

Az.: II/52-1171

Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen in Privatrechtsform

A. Auftrag

Die Landesregierung hat in der vergangenen Wahlperiode einen Gesetzentwurf zur Änderung kommunalrechtlicher Vorschriften vorgelegt¹. Ziel des Gesetzentwurfs war es, die kommunalrechtlichen Bestimmungen über die "Wirtschaftliche Betätigung und privatrechtliche Beteiligung der Gemeinde" zu novellieren. Die rechtlichen Möglichkeiten der Kommunen, ihre wirtschaftlichen Unternehmen und Einrichtungen als Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts "zu errichten, zu übernehmen oder wesentlich zu erweitern" sollten verbessert werden und es sollte zugleich auf die Festlegung eines Vorrangs für bestimmte Rechtsformen für kommunale Unternehmen verzichtet werden.

Der Gesetzentwurf wurde jedoch in dieser Form nicht verabschiedet, da nach den Sitzungen des Innenausschusses weiterer Beratungsbedarf bestand².

¹ Drucksache 12/7458.

² Vgl. dazu die Begründung des Abgeordneten Harald Schweitzer, Protokoll der 57. Sitzung des Innenausschusses - Teil I - S. 3.

Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes sind parlamentsinterne Stellungnahmen, die nicht für die öffentliche Diskussion außerhalb des Landtags bestimmt sind. Eine - auch nur auszugsweise - Veröffentlichung oder Verbreitung bedarf der Zustimmung des Direktors beim Landtag.

Vor diesem Hintergrund hat die SPD-Fraktion den Wissenschaftlichen Dienst um eine gutachtliche Stellungnahme zu folgenden Rechtsfragen gebeten:

1. Entspricht der Verzicht auf die Festlegung eines Vorranges bestimmter Rechtsformen für kommunale Unternehmen und Einrichtungen den verfassungsrechtlichen Vorgaben?
2. Welche rechtlichen Konsequenzen ergeben sich aus der Freiheit der Formwahl?
3. Gewährleistet der Gesetzentwurf, daß die kommunale Vertretungskörperschaft ausreichenden Einfluß auf die laufende Geschäftsführung hat?
4. Ist es verfassungsrechtlich geboten, auch bei privatrechtlichen Organisationsformen eine ausreichende Kontrolle durch den Landesrechnungshof vorzuschreiben?
5. Welche Probleme ergeben sich hinsichtlich der Prüfungs-kompetenz bei sogenannten gemischten Unternehmen?

B. Gutachtliche Stellungnahme

I. Freiheit der Formenwahl

Nach Artikel 28 Abs. 2 Satz 1 GG haben die Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze "in eigener Verantwortung" zu regeln. Eigenverantwortlichkeit bedeutet neben Ermessens- und Weisungsfreiheit auch Gestaltungsfreiheit³. Letztere findet ihre besondere Ausprägung in den sog. Gemeindehoheiten⁴, zu denen auch die Organisationshoheit zählt⁵. Den Gemeinden steht eine verfassungsrechtlich garantierte organisationsrechtliche Gestaltungsautonomie zu. Diese Autonomie erfaßt auch den Bereich der Gemeinde-

³ Pieroth in Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl., 1995, Artikel 28 Rdnr. 9; Stern in Bonner Kommentar, Loseblattsammlung, Zweitbearbeitung 1964, Artikel 28 Rdnr. 94 f.

⁴ Vgl. zum Begriff Gabler u.a., Kommunalverfassungsrecht Rheinland-Pfalz, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand Januar 1996, § 1 GemO Anm. 3.1.3; Stern, a.a.O., Rdnr. 96 ff.

⁵ BVerfGE 52, 95, 117; Pieroth, a.a.O., Rdnr. 7; Englisch, Die verfassungsrechtliche Gewährleistung kommunalen Eigentums im Geltungskonflikt von Bundes- und Landesverfassung, 1994, S. 107; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 8. Aufl., 1995, Artikel 28 Rdnr. 11; Löwer in von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl., 1995, Artikel 28 Rdnr. 61; Stern, a.a.O., Rdnr. 102.

wirtschaft. Aus der Selbstverwaltungsgarantie folgt deshalb die grundsätzliche Wahlmöglichkeit der Kommune, ihre kommunalen Unternehmen und Einrichtungen in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Rechtsform zu führen⁶. Dieses Prinzip der kommunalverwaltungsrechtlichen Formenfreiheit ist somit Bestandteil der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen.

II. Grenzen der Freiheit der Formenwahl

Gemäß Artikel 28 Abs. 2 Satz 1 GG besteht die Selbstverwaltungsgarantie allerdings nur im Rahmen der Gesetze. Dies gilt auch für das Prinzip der kommunalverwaltungsrechtlichen Formenfreiheit. Auch dieses Prinzip ist deshalb gesetzlichen Regelungen zugänglich, wobei allerdings die gesetzlichen Bestimmungen durch das Gemeinwohl geboten sein müssen. Gesetzliche Regelungen sind daher auf das zu beschränken, was der Gesetzgeber zur Wahrung des jeweiligen Gemeinwohlbelangs für erforderlich halten kann, wobei er angesichts der unterschiedlichen Ausdehnung, Einwohnerzahl und Struktur der Gemeinden typisieren darf und auch im übrigen einen grundsätzlich weiten Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum hat⁷.

⁶ Graf Vitzthum, *Gemeinderechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Wirtschaftsunternehmen*, AöR 104 (1979) 580, 605; Löwer, a.a.O., Rdnr. 70; Scholz, *Neue Entwicklungen im Gemeindegewirtschaftsrecht - Strukturfragen und Verfassungskritik* (zit. neue Entwicklungen), DÖV 1976, 441, 442; Seewald, *Kommunalrecht*, in Steiner (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 5. Aufl., 1995, S. 33; Waechter, *Kommunalrecht*, 1993, Rdnr. 092, S. 50 f.; Burmeister, *Verfassungsrechtliche Grundfragen der kommunalen Wirtschaftstätigkeit* in von Mutius (Hrsg.), *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft*, 1983, S. 623; Scholz/Pitschas in Püttner (Hrsg.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, Bd. 5, 2. Aufl., 1984, S. 129 f.

⁷ BVerfGE 83, 363, 382 f.; VGH Rheinland-Pfalz, NVwZ 1993, 159, 160.

Dabei ist es durchaus denkbar, daß der Gesetzgeber unter Umständen sogar tätig werden muß, weil es gilt, ein Spannungsverhältnis zwischen dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht und anderen Verfassungsgütern im Wege der praktischen Konkordanz auszugleichen. Demnach sind einfachgesetzliche organisationsrechtliche Regelungen in bezug auf die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen nur zulässig, wenn und soweit sie aus Gründen des Gemeinwohls geboten sind.

Unter Beachtung dieser Grundsätze können sich in dem hier interessierenden Zusammenhang Einschränkungen der Organisationsfreiheit der Gemeinden aus dem Demokratieprinzip (1), dem Funktionsvorbehalt nach Artikel 33 Abs. 4 GG (2) und den Grundrechten (3) ergeben⁸.

1. Das Demokratieprinzip

Das Demokratieprinzip nach Artikel 20 Abs. 1 GG, Artikel 74 Abs. 1 LV besagt, daß jede Staatsgewalt sich in ihrem Ursprung auf das Volk zurückführen lassen muß. Wenn das Volk zwar Träger, aber nicht Ausübender der Staatsgewalt ist, so muß doch von demjenigen, der öffentliche Gewalt ausübt, bis zum Volk eine ununterbrochene Legitimationskette bestehen, wenn mit der Aufgabenerfüllung Entscheidungsbefugnisse verbunden sind⁹. Nach Artikel 28 Abs. 1 Satz 2 GG gilt dies auch für die Gemeinden und Kreise.

⁸ Die Einrichtung von Privatrechtssubjekten und deren Betrauung mit Verwaltungsaufgaben erfordert nach der sog. Wesentlichkeitstheorie sicherlich eine gesetzliche Grundlage. Dem trägt der hier in Rede stehende Gesetzentwurf Rechnung. Grundlegend zu diesen Rechtsfragen Ossenhühl, VVDStRL 29 (1971), 137, 172 ff.; Schoch, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, 962, 970; differenzierend von Amim, Rechtsfragen der Privatisierung, 1995, S. 37 ff.

⁹ Vgl. zum Ganzen Böckenförde in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1987, S. 895; BVerfG EuGZ, 1990, 449; Ziegler, Bürgerbeteiligung in der kommunalen Selbstverwaltung, 1974, S. 103 f.; Schmidt-Jortzig, Kommunale Organisationshoheit, 1979, S. 258.

Die demokratische Legitimation der Gemeindeorgane wird jeweils durch die Bürger vermittelt¹⁰. Alle gemeindlichen Selbstverwaltungsorgane sind der demokratisch gewählten Volksvertretung und damit den Bürgern gegenüber verantwortlich und können sich durch Organisationsakte dieser Verantwortung nicht ohne weiteres entziehen¹¹. Daher muß auch der Gesetzgeber den Gemeinde- und Kreisvertretungen ein hinreichendes Mitspracherecht einräumen, damit diese ihre Funktion als Organ der demokratischen Selbstbestimmung erfüllen können¹².

Den kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform und ihren Organen fehlt dagegen eine demokratische Legitimation. Sie sind selbständige juristische Personen des Privatrechts; die Organe sind vom Gemeindevolk weder unmittelbar noch mittelbar gewählt. Dieses Legitimationsdefizit macht es erforderlich, daß die demokratisch legitimierten Gemeindeorgane die Möglichkeit haben, auf die Führung der kommunalen Wirtschaftsunternehmen einzuwirken¹³. Denn unabhängig von der Rechtsform, in der eine Gemeinde ihre Angelegenheit erledigt, behalten die den Kommunen obliegenden Aufgaben ihren öffentlichen Charakter und werden nicht zu privaten Angelegenheiten. Die Bildung privatrechtlicher kommunaler Wirtschaftsunternehmen in alleiniger Trägerschaft der Gemeinde - die sog. Organisationsprivatisierung - wäre ohne entsprechende Einflußsicherung der kommunalen Organe mithin verfassungsrechtlich bedenklich¹⁴. Private Organisationsformen, die diesen Einfluß - etwa aufgrund gesellschaftsrechtlicher Bestimmungen - nachhaltig einschränken oder gar ausschließen, sind daher nicht ohne verfassungsrechtliches Risiko.

¹⁰ Löwer, a.a.O., Rdnr. 27; Grawert in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1987, § 14 Rdnr. 25; Graf Vitzthum, a.a.O., S. 583; von Mutius, Kommunalrecht, 1996, Rdnr. 44 f.

¹¹ Von Mutius, a.a.O., Rdnr. 46; Püttner in derslb. (Hrsg.), Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 3, 2. Aufl., 1983, S. 437

¹² Stern, a.a.O. Rdnr. 50

¹³ Schoch, a.a.O., S. 973; Püttner, a.a.O., S. 439; Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 128 f.; kritisch zu den Einwirkungsmöglichkeiten Zuleeg, der Anwendungsbereich des öffentlichen Rechts und des Privatrechts, VerwArch 73 (1982), 384, 399 f.

¹⁴ So auch Vitzthum, a.a.O., S. 627.

Der hier in Rede stehende Gesetzentwurf enthält mehrere Bestimmungen, die eine Einflußnahme der Gemeindeorgane einschließlich der Gemeindevertretung sicherstellen sollen¹⁵. Soweit ein solcher Einfluß nicht erreicht werden kann, bleibt der Gemeinde die fragliche Organisationsform regelmäßig verschlossen oder sie darf allenfalls subsidiär auf diese Unternehmensform zurückgreifen. Insoweit schränkt der Gesetzentwurf die Freiheit der Formenwahl und damit die Organisationshoheit der Gemeinden ein. Diese Einschränkungen dienen jedoch der Verwirklichung des Demokratieprinzips auf der kommunalen Ebene; sie sind daher im Grundsatz durch das Gemeinwohl bedingt und begegnen somit keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

2. Der Funktionsvorbehalt nach Artikel 33 Abs. 4 GG

Nach Artikel 33 Abs. 4 GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Die Bestimmung ist kein bloßer Programmsatz¹⁶. Sie verpflichtet als "Organisationsnorm"¹⁷ alle Träger öffentlicher Gewalt - also auch die Kommunen -, die ständige Ausübung *hoheitsrechtlicher* Befugnisse regelmäßig Beamten und nicht Angestellten und Arbeitern des öffentlichen Dienstes zu übertragen. Die Vorschrift "sichert die Kontinuität hoheitlicher Funktionen des Staates"¹⁸. Abweichungen von dieser Regel sind daher nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig¹⁹.

¹⁵ Vgl. dazu im einzelnen die Beispiele unten S. 10 f. sowie die beiliegende gutachtliche Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes, II/52-1154.

¹⁶ Kunig, in von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl., 1995, Artikel 33 Rdnr. 39.

¹⁷ BVerfGE 6, 376, 385; 35, 79, 147.

¹⁸ BVerfGE 88, 103, 114; Pieroth, a.a.O., Artikel 33 Rdnr. 9.

¹⁹ BVerfGE 9, 268, 284; BVerwGE 57, 55, 59; Pieroth, a.a.O., Artikel 33 Rdnr. 10.

Allerdings ist die Reichweite des Funktionsvorbehalts umstritten. Einigkeit besteht allein insoweit, daß der Vorbehalt grundsätzlich alle Dienstposten im Bereich der Eingriffsverwaltung erfaßt, es sei denn, die mit ihnen verbundenen Aufgaben sind rein wirtschaftlich-fiskalischer, technischer oder künstlerischer Natur²⁰.

Inzwischen ist ferner herrschende Meinung, daß auch die Leistungsverwaltung vom Funktionsvorbehalt erfaßt wird²¹. Für diese Auffassung sprechen sowohl rechtliche als auch praktische Erwägungen: auch die Leistungsverwaltung kann unter Umständen auf die Mittel des Zwangs nicht völlig verzichten. Ferner ist es oft sehr schwierig, die Grenzlinie zu bestimmen, an der der Eingriff beginnt und die bloße Leistung aufhört²².

Nach herrschender Meinung kommt es daher maßgeblich darauf an, ob mit dem Verwaltungshandeln ein öffentlicher Zweck verfolgt wird²³. Daher ist die Diskussion um die Reichweite des Funktionsvorbehalts auch eingebettet in die Rechtsfragen um die Privatisierung bisher in öffentlich-rechtlicher Form, - jedenfalls in *hoheitlicher* Regie - angebotener Leistungen der Daseinsvorsorge²⁴. So hat Artikel 33 Abs. 4 GG bei der Privatisierung der Flugkontrolle eine besondere Rolle gespielt, da der Bundespräsident seine Weigerung, das entsprechende Gesetz auszufertigen, u.a. auf eine Verletzung des Funktionsvorbehalts stützte²⁵.

Die Gemeinden verfolgen bei ihrer wirtschaftlichen Betätigung, wie § 85 Abs. 2 Satz 1 GemO-E belegt, einen öffentlichen Zweck. Denn nach dieser Bestimmung sind wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde so zu führen, daß der "öffentliche Zweck" erfüllt wird. Ein öffentlicher Zweck liegt nur dann nicht vor, wenn das Unternehmen ausschließlich erwerbswirtschaftlichen

²⁰ Lecheler, Der öffentliche Dienst, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. III, 1988, § 72 Rdnr. 27; Pieroth, a.a.O., Artikel 33 Rdnr. 9.

²¹ Lecheler, a.a.O., Rdnr. 33 ff.; Pieroth, a.a.O., Rdnr. 9; Ehlers, a.a.O., S. 122 f.; Grabbe, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Aufgaben, 1979, S. 54; Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand Mai 1994, Artikel 33 Rdnr. 33.

²² Lecheler, a.a.O., Rdnr. 35; Kunig, a.a.O., Rdnr. 48; vgl. dazu die Beispiele bei Thyssen, Flugsicherung durch Private?, DÖV 1989, S. 1073, 1075.

²³ Lecheler, a.a.O., Rdnr. 37 m.w.N.

²⁴ Kunig, a.a.O., Rdnr. 44 m.w.N.

²⁵ Vgl. dazu im einzelnen Thyssen, a.a.O., S. 1073 ff.; Epping, Das Ausfertigungsverweigerungsrecht im Selbstverständnis des Bundespräsidenten, JZ 1991, 1102, 1104.

Zwecken, d.h. der Gewinnerzielung dient²⁶. Auch beim Handeln in privatrechtlichen Unternehmensformen erfüllt die Gemeinde öffentliche Aufgaben. Das Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe ist geradezu Voraussetzung für die Beanspruchung gemeindlicher Hoheitskompetenzen²⁷. Daher dürfen die Gemeinden wirtschaftliche Unternehmen auch nur im Rahmen ihres Aufgabebereichs einrichten, übernehmen und wesentlich erweitern²⁸. Zwischen Wirtschaft und Verwaltung besteht kein qualitativer Gegensatz, sondern kommunale Wirtschaftsteilnahme in Erfüllung eines öffentlichen Auftrags ist verwaltende Tätigkeit. Die kommunalen Unternehmen sind daher ungeachtet ihrer häufigen Verselbständigung durch Ausgliederungen aus der allgemeinen Kommunalverwaltung und Einkleidung in privatrechtliche Organisationsformen Bestandteile der mittelbaren Staatsverwaltung²⁹. Der Funktionsvorbehalt stellt daher prinzipiell eine auch bei der Privatisierung kommunaler Leistungen zu beachtende Schranke dar. Die Einrichtung von Privatrechtsvereinigungen mit eigenem Anstellungsrecht kann jedenfalls dann an die Grenzen des Artikels 33 Abs. 4 GG stoßen, wenn sie zur Folge hätte, daß regelmäßig Nichtbeamte *hoheitliche* Aufgaben wahrnehmen würden³⁰.

3. Die Geltung von Grundrechten

Nach Artikel 1 Abs. 3 GG ist neben Gesetzgebung und Rechtsprechung auch die vollziehende Gewalt an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht gebunden. Diese Bindung erfaßt die vollziehende Gewalt im weitesten Sinne, d.h. neben den öffentlich-rechtlichen Einrichtungen des Bundes und der Länder auch die Kommunen³¹. Ferner ist anerkannt, daß sich die Grundrechtsbindung nicht nur auf die eingreifende, sondern auch auf die leistende Verwaltung erstreckt³².

²⁶ BVerfGE 61, 87, 107; von Amim, a.a.O., S. 125.

²⁷ Burmeister, a.a.O., S. 645.

²⁸ Gabler, a.a.O., § 85 GemO Anm. 2 S. 5 f.; Burmeister, a.a.O., S. 649.

²⁹ Burmeister, a.a.O., S. 646 m.w.N.

³⁰ Ehlers, a.a.O., S. 122 f.; einschränkend von Amim, a.a.O., S. 42: die Bestimmung greift nicht bei echten, sondern nur bei Organisationsprivatisierungen.

³¹ Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 1202 f., S. 1339 ff.; Jarass in Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl., 1995, Artikel 1 Rdnr. 15.

³² Höfling in Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 1996, Artikel 1 Rdnr. 92.

Die Freiheit der Formenwahl der Gemeinden im Rahmen ihrer Selbstverwaltungstätigkeit könnte daher eingeschränkt sein, wenn die Kommunen sich durch die Wahl privatrechtlicher Organisationsformen für ihre Unternehmen und Einrichtungen der Grundrechtsbindung (weitgehend) entziehen könnten.

Die Grundrechtsbindung privatrechtlicher Einrichtungen, die sich im Allein- oder Mitbesitz der öffentlichen Hand befinden, ist umstritten. Das Bundesverfassungsgericht hat - soweit ersichtlich - die Frage der Grundrechtsbindung bisher nicht ausdrücklich entschieden. Es hat allerdings im umgekehrten Fall - also zur Frage des Grundrechtsschutzes - die Wahl der Rechtsform, in der ein Hoheitsträger auftritt, als unerheblich gewertet. Eine juristische Person des Privatrechts, deren alleiniger Träger eine Gemeinde ist, kann sich nach Auffassung des Gerichts ebensowenig wie die Kommune selbst auf Individualgrundrechte berufen, da andernfalls die Frage der Grundrechtsfähigkeit der öffentlichen Hand von den jeweiligen Organisationsformen abhängig wäre³³.

Nichts anderes kann - erst recht - für die Frage der Grundrechtsbindung gelten. Denn auch hier könnte sich die öffentliche Hand andernfalls durch die bloße Veränderung der Rechtsform der verfassungsrechtlich vorgegebenen Grundrechtsbindung entziehen. Daher spricht viel für die in der Literatur wohl herrschende Auffassung, daß Staat und Kommunen auch dann an die Grundrechte gebunden sind, wenn sie sich zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben - bei den Kommunen also insbesondere im Bereich der Daseinsvorsorge - privatrechtlichen Organisationsformen bedienen³⁴. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die öffentliche Hand entweder allein Träger des Unternehmens ist (Eingetragene) oder bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen zumindest über eine beherrschende Stellung verfügt, weil sie dann entsprechende

³³ BVerfGE 45, 63, 79 f.; ebenso BVerfG NJW 1980, S. 1093.

³⁴ Ehlers, a.a.O., S. 247 f.; Stern, a.a.O., S. 1421 f.; Jarass, a.a.O., Rdnr. 19; von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl., 1985, Artikel 1 Rdnr. 144; Rübner, Grundrechtsadressaten in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. V, 1992, S. 117 Rdnr. 43, 47 f.; a.A. Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl., 1985, S. 119.

Einwirkungsmöglichkeiten hat³⁵. Sofern dagegen beides nicht der Fall ist, erscheint eine Grundrechtsbindung eher fraglich, weil andernfalls die Privatautonomie der anderen Beteiligten verfassungswidrig eingeschränkt würde³⁶ und sich zudem in diesen Fällen nicht nur die Form der Verwaltungsausübung ändert, sondern auch die Trägerschaft³⁷.

Für die Freiheit der Formenwahl der Gemeinden folgt daraus: die Grundrechtsbindung nach Artikel 1 Abs. 3 GG beschränkt die Wahlfreiheit dann nicht, wenn die Gemeinde alleiniger Träger des privaten Unternehmens ist oder zumindest eine das Unternehmen beherrschende Stellung inne hat. In beiden Fällen ist die Gemeinde verpflichtet, über ihre Einwirkungsmöglichkeiten eine grundrechtskonforme Betätigung sicherzustellen³⁸. Dagegen besteht bei einer Beteiligung der Gemeinde an gemischtwirtschaftlicher Unternehmen, in denen sie nicht über eine beherrschende Stellung verfügt, die Gefahr, daß die Grundrechtsbindung der Kommune umgangen wird. Daher ist an der Beteiligung solcher Unternehmen Zurückhaltung geboten³⁹.

III. Einflußnahme der Kommunalvertretung auf die Geschäftsführung privater kommunaler Unternehmen

Der Kommunalvertretung muß aufgrund des Demokratieprinzips - wie oben dargelegt⁴⁰ - prinzipiell eine Einflußnahme auf die Geschäftsführung privater kommunaler Unternehmen möglich sein. Der von der Landesregierung in der vergangenen Wahlperiode vorgelegte Gesetzentwurf wollte dem mit verschiedenen Regelungen Rechnung tragen. So sah § 88 Abs. 5 Satz 1 GemO-E vor, daß die zuständigen Organe der Gemeinde

- die Änderung des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung des privaten Unternehmens,
- die Maßnahmen der Kapitalbeschaffung und der Kapitalherabsetzung und
- die in § 87 Abs. 3 Nr. 1 GemO-E genannten Angelegenheiten, wie etwa den Erwerb und die Veräußerung von Unternehmen und Beteiligungen,

³⁵ Höfling, a.a.O., Rdnr. 96; Stern, a.a.O., S. 1421; Ehlers, a.a.O., S. 248 f.; Grabbe, a.a.O., S. 109.

³⁶ Von Mangoldt/Klein/Starck, a.a.O., Rdnr. 145; Höfling, a.a.O., Rdnr. 96; Grabbe, a.a.O., S. 110.

³⁷ Ehlers, a.a.O., S. 249.

³⁸ Rübner, Grundrechtsadressaten, a.a.O., Rdnr. 48 weist zutreffend darauf hin, daß dies aufgrund gesellschaftsrechtlicher Bestimmungen bei einigen Unternehmensformen allerdings nur eingeschränkt möglich ist, vgl. dazu sogleich unten S. 13 ff.

³⁹ In diesem Sinne auch Ehlers, a.a.O., S. 250.

⁴⁰ Vgl. dazu oben S. 4 ff.

vor der Beschlußfassung des zuständigen Organs des Unternehmens zu beraten und darüber zu beschließen haben. Nach § 88 Abs. 5 Satz 2 GemO-E sollten die Vertreter der Gemeinde in den Organen des Unternehmens an diese Beschlüsse gebunden sein, "soweit nicht gesetzliche Bestimmungen des Gesellschaftsrechts entgegenstehen".

Ein Weisungsrecht des Gemeinderates sah der Gesetzentwurf ferner gemäß § 88 Abs. 3 i.V.m. Absatz 1 Satz 3 GemO-E gegenüber den kommunalen Vertretern in der Gesellschafterversammlung sowie "in der Geschäftsführung, im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Organ eines Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts" vor. Doch auch hier enthielt der Gesetzentwurf die Einschränkung, daß dieses Weisungsrecht nur besteht, "soweit nicht gesetzliche Bestimmungen des Gesellschaftsrechts entgegenstehen" (§ 88 Abs. 3 GemO-E).

Inwieweit allerdings gesellschaftsrechtliche Regelungen des Bundes zu einer Kompetenzbegrenzung der kommunalen Vertretungsorgane führen und damit deren Befassungs- und Weisungsrechten entgegenstehen können, läßt sich nicht für alle Organisationsformen des Privatrechts einheitlich beantworten. Private kommunale Unternehmen werden regelmäßig entweder in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung geführt.

Dabei ist für die Gemeinde im Hinblick auf ihre Einflußmöglichkeiten und Weisungsrechte in erster Linie die Rechtsform der GmbH von Interesse. Durch eine entsprechende Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags kann sie nachhaltig Einfluß auf die Geschäftsführung nehmen. Insbesondere stehen zwingende gesellschaftsrechtliche Bestimmungen einer Weisungsbefugnis der Gemeinde und einer Weisungsgebundenheit von Geschäftsführung und kommunalen Vertretern in den Organen der Gesellschaft nicht entgegen. Eine Ausnahme gilt lediglich für den sog. obligatorischen Aufsichtsrat.

Dagegen sind Weisungen an den Vorstand und den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft unzulässig. Der Einfluß der Kommune auf ein solches Unternehmen ist auf die Hauptversammlung beschränkt und daher in der Sache begrenzt.

Der Wissenschaftliche Dienst hat dies im einzelnen in der gutachtlichen Stellungnahme vom 8. Januar 1996 "Zum Weisungsrecht des Gemeinderats gegenüber kommunalen Vertretern in den Organen kommunaler Unternehmen" (Aktenzeichen: II/52-1154) dargelegt; auf diese Stellungnahme wird insoweit Bezug genommen.

IV. Rechnungsprüfung kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform als Verfassungsgebot

Die Frage, ob die Rechnungsprüfung kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform durch den Rechnungshof verfassungsrechtlich geboten ist, ist - soweit ersichtlich - bisher weder von der Rechtsprechung noch der Literatur ausdrücklich behandelt worden. Es wird zuweilen - eher umgekehrt - die Frage erörtert, ob einer Prüfung von Unternehmen in Privatrechtsform durch den Rechnungshof bundesgesetzliche und landesverfassungsrechtliche Regelungen entgegenstehen⁴¹. Diese Frage ist der Prüfung eines Verfassungsgebots vorgelagert. Sie soll daher zunächst behandelt werden (1). Sodann schließt sich die Frage nach einer unabhängigen Rechnungsprüfung als möglichem Verfassungsgebot an (2).

1. Eine landesgesetzliche Regelung zur Prüfung der kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform durch den Rechnungshof muß mit dem Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsätzegesetz - HGrG) vom 19. August 1969⁴² in Einklang stehen (a), in den Zuständigkeitsbereich des Landesgesetzgebers fallen (b) und den landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen über die Aufgaben des Rechnungshofs entsprechen (c). Schließlich darf eine solche Aufgabenzuweisung nicht im Widerspruch zum kommunalen Selbstverwaltungsrecht stehen (d).
 - a) Nach Artikel 109 Abs. 3 GG können durch Bundesgesetz für Bund und Länder gemeinsam geltende Grundsätze unter anderem für das Haushaltsrecht und für eine konjunkturgerechte Haushaltswirtschaft aufgestellt werden. Der Bund hat mit dem Haushaltsgrundsätzegesetz von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht. An den darin festgelegten Grundsätzen hat sich die Haushaltswirtschaft im Land und in den Kommunen auszurichten.

⁴¹ Vgl. dazu im einzelnen Knöpfle, Rechtsgutachten vom 10. November 1995 für den Rechnungshof Rheinland-Pfalz (zit. Gutachten), S. 82 ff.

⁴² BGBl. I S. 1273.

In § 42 HGrG sind die Aufgaben des Rechnungshofs beschrieben. Eine Kompetenzzuweisung zur Prüfung von öffentlichen Unternehmen in Privatrechtsform enthält dieser Aufgabenkatalog nicht. § 43 Abs. 1 HGrG gibt dem Landesgesetzgeber darüber hinaus allerdings die Möglichkeit, den Rechnungshof auch zur Prüfung bei Stellen außerhalb der Verwaltung zu ermächtigen. Voraussetzung ist danach, daß diese Stellen,

- "1. Teile des Haushaltsplans ausführen oder vom Bund oder vom Land Ersatz von Aufwendungen erhalten,
2. Mittel oder Vermögensgegenstände des Bundes oder des Landes verwalten oder
3. vom Bund oder Land Zuwendungen erhalten".⁴³

Aus dieser Bestimmung folgt jedoch kein Prüfungsrecht des Rechnungshofs für kommunale Unternehmen in Privatrechtsform. Denn die Beteiligung der Gemeinde an einer juristischen Person des Privatrechts oder deren alleinige Trägerschaft erfüllt keinen der vorgenannten Tatbestände⁴⁴. Außerdem folgt aus der Formulierung, Prüfung "bei" Stellen, daß unmittelbarer Prüfungsadressat nur die Landesbehörde oder Gemeinde und nicht ein ganz oder überwiegend in deren Trägerschaft stehendes privatrechtlich organisiertes Unternehmen ist⁴⁵.

Gleichwohl müßte eine solche Prüfungsbefugnis des Rechnungshofs nicht zwangsläufig gegen das Haushaltsgrundsatzgesetz verstoßen. §§ 42, 43 HGrG stehen im Teil I des Gesetzes, d.h. sie gelten nicht unmittelbar, sondern enthalten nur Grundsätze, die Bund und Länder zu beachten haben. Das Haushaltsgrundsatzgesetz enthält mithin in Teil I keine starren Vorgaben, sondern es sollte - insoweit dem Rahmenrecht vergleichbar - die Rechtseinheitlichkeit in Bund und Ländern gesichert, zugleich aber auch den organisatorischen und strukturellen

⁴³ Von dieser "Ermächtigung" hat der Landesgesetzgeber in § 91 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 LHO Gebrauch gemacht.

⁴⁴ Vgl. im einzelnen Knöpfle, Gutachten, S. 43 ff.

⁴⁵ Heuer, in: ders. (Hrsg.), Kommentar zum Haushaltsrecht, Loseblattsammlung, Stand: Mai 1995, § 91 BHO Rdnr. 1; Tiemann, Die staatsrechtliche Stellung der Finanzkontrolle des Bundes, 1974, S. 92 f.; Leisner, Staatliche Rechnungsprüfung Privater, 1990, S. 97 f.; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II (zit. Staatsrecht II), 1980, S. 430; Piduch, Bundeshaushaltsrecht, Loseblattsammlung, 2. Aufl., Stand: Jan. 1995, § 91 BHO Anm. 1 S. 2; Rüfner, Zur Stellung der bundesunmittelbaren Unternehmen des öffentlichen Rechts im Haushaltsrecht, in: Delbrück u.a. (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Menzel, 1975, S. 67 f.; Knöpfle, Gutachten, S. 40 ff.

Unterschieden zwischen den Gebietskörperschaften Rechnung getragen werden⁴⁶. Der Landesgesetzgeber ist danach insbesondere nicht gehindert, die ihm vorgegebenen Haushaltsgrundsätze näher zu konkretisieren und auszugestalten. Bei der Ausgestaltung dieser Grundsätze ist zu beachten, daß in Konkretisierung des Bundesstaatsprinzips Bund und Länder in ihrer Haushaltswirtschaft grundsätzlich selbständig und voneinander unabhängig sind⁴⁷. Das Haushaltsrecht zählt für Bund und Länder jeweils zum "Hausgut". Dies hat auch die Grundsatzgesetzgebung nach Artikel 109 Abs. 3 GG zu beachten. Der Bundesgesetzgeber darf insoweit keine erschöpfenden Regelungen treffen, sondern er muß den Ländern einen ausreichenden Spielraum zur Berücksichtigung landesstaatlicher Eigenarten und föderativer Unterschiede bei der Struktur und Organisation belassen⁴⁸.

Um eine umfassende Kontrolle der Verwendung öffentlicher Mittel sicherzustellen, haben sowohl der Bundes- als auch der Landesgesetzgeber Regelungen vorgesehen, die über den vom Haushaltsgrundsätzegesetz gesteckten Rahmen hinausgehen. Sowohl § 104 der Bundeshaushaltsordnung (BHO) vom 19. August 1969⁴⁹ als auch § 104 der Landeshaushaltsordnung sehen die Möglichkeit vor, unter bestimmten Voraussetzungen juristische Personen des privaten Rechts unmittelbar zu prüfen⁵⁰. Zwar gilt § 104 LHO nicht für den hier interessierenden kommunalen Bereich, da § 111 Abs. 1 LHO nicht auf die entsprechende Anwendung dieser Bestimmung verweist, der Gesetzgeber ist jedoch verfassungsrechtlich nicht gehindert, auch für den kommunalen Bereich eine entsprechende Regelung vorzusehen.

- b) Die somit prinzipiell bestehende Kompetenz des Landes zu haushaltsrechtlichen Regelungen im Zusammenhang mit der Rechnungsprüfung juristischer Personen des privaten Rechts ist auch für die Frage der Gesetzgebungskompetenz von Bedeutung.

⁴⁶ Entwurf eines Haushaltsgrundsätzegesetzes, BT-Drucksache V/3040, S. 35 Nr. 23.

⁴⁷ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl., 1995, Art. 109 Rdnr. 1 m.w.N.

⁴⁸ Maunz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand: Mai 1994, Art. 109 Rdnr. 51.

⁴⁹ BGBl. I S. 1284.

⁵⁰ Heuer, a.a.O., § 104 BHO Anm. 1 S. 2; Piduch, a.a.O., § 104 BHO Rdnr. 1.

Nach Artikel 74 Abs. 1 Nr. 11 GG erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf das Recht der Wirtschaft. Das Recht der Wirtschaft wird weit definiert und erfaßt daher grundsätzlich alle Normen, die das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung regeln⁵¹. Auch auf die Rechtsform der wirtschaftlichen Betätigung kommt es grundsätzlich nicht an⁵².

Allerdings tritt die Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Artikel 74 Abs. 1 Nr. 11 GG insoweit zurück, als ein stärkerer Sachzusammenhang zur Gesetzgebungskompetenz der Länder besteht⁵³. Dies dürfte hier der Fall sein. Dem Bund ist jede in die innere Organisation der Gemeinden eingreifende Regelung untersagt. Dies gilt auch für die organisatorische, personelle sowie vermögens- und haushaltsrechtliche Einordnung der gemeindlichen Betriebe in das Trägergemeinwesen⁵⁴.

Daher ist es grundsätzlich Sache der Länder, dem Landesrechnungshof in bezug auf die Prüfung kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform neue Aufgaben zuzuweisen. Dies gilt jedenfalls insoweit, als - wie bei der Regelung der Rechnungsprüfung - durch die entsprechenden Bestimmungen das materielle Gesellschaftsrecht nicht unmittelbar tangiert wird⁵⁵.

- c) Der Landesgesetzgeber könnte durch eine Ergänzung der Landeshaushaltsordnung⁵⁶ eine unmittelbare Prüfung kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform nur vorsehen, wenn dieses Prüfungsrecht mit Artikel 120 Abs. 2 Satz 1 der Landesverfassung vereinbar wäre. Diese Bestimmung weist dem Rechnungshof die Prüfungsbefugnis allein für die Haushalts- und Wirtschaftsführung des Landes, nicht aber der Kommunen zu. Dies folgt sowohl aus der systematischen Stellung der

⁵¹ BVerfGE 8, 143, 148 f.; 55, 274, 308; 68, 310, 330 st. Rspr.; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl., 1995, Artikel 74 Rdnr. 22.

⁵² Pieroth, a.a.O.

⁵³ Pieroth, a.a.O., Rdnr. 24.

⁵⁴ Rengeling, Bonner Kommentar, Artikel 74 Rdnr. 56.

⁵⁵ Ähnlich auch Knöpfle, Gutachten, S. 160; vgl. auch die Stellungnahme des Präsidenten des Landesrechnungshofs, Protokoll der 55. Sitzung des Innenausschusses am 25.01.1996, Teil II, S. 4; Hans Meyer, Rechtsgutachten zu Grundlagen und Reichweite der Einrichtungs- und der Betätigungsprüfung nach dem Gesetz zur Regelung der überörtlichen Prüfung kommunaler Körperschaften in Hessen (ÜPKKG), S. 66 ff.

⁵⁶ Sollte das Prüfungsrecht nur für die Gemeinden als (Mit-) Gesellschafter privatrechtlich organisierter Unternehmen gedacht sein, würde sich als Standort einer entsprechenden Regelung die Gemeindeordnung anbieten.

Norm im Abschnitt "Finanzwesen" der Landesverfassung als auch aus Artikel 120 Abs. 2 Satz 4 LV, wonach der Rechnungshof jährlich dem Landtag und der Landesregierung berichtet.

Allerdings gibt Artikel 120 Abs. 2 Satz 5 LV dem Gesetzgeber die Befugnis, das Nähere über die Stellung und die Aufgaben des Rechnungshofs durch Gesetz zu regeln. Dies könnte auch die Übertragung neuer Aufgaben beinhalten.

Das Bundesverwaltungsgericht hat die entsprechende grundgesetzliche Regelung in Artikel 114 Abs. 2 Satz 3 GG⁵⁷ in dem Sinne interpretiert, daß die Bestimmung auch die Übertragung zusätzlicher Aufgaben ermöglicht⁵⁸. Die Prüfungsbefugnisse des Rechnungshofs sind danach nicht auf die Vorbereitung der parlamentarischen Finanzkontrolle zur Entlastung der Regierung begrenzt. Allerdings muß es sich bei der Rechnungsprüfung durch den Rechnungshof um eine Kontrolle "von Finanzabläufen mit haushaltsmäßigem Bezug" handeln⁵⁹. Wörtlich heißt es in dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts:

"Eine solche Finanzkontrolle dient dem Schutz des öffentlichen Vermögens und darf sich im Rahmen dieses Schutzzwecks auch auf Stellen außerhalb der staatlichen Verwaltung erstrecken, denen Verantwortung für das öffentliche Vermögen obliegt. Deshalb kann keine Rede davon sein, daß nach § 104 Abs. 1 Nr. 4 BHO jede beliebige juristische Person des Privatrechts sich der Rechnungshofkontrolle unterwerfen könne und der Bundesrechnungshof befugt sei, einer solchen Unterwerfung zuzustimmen. Ein berechtigtes Kontrollinteresse... ist vielmehr nur dort anzuerkennen, wo öffentliche Mittel im öffentlichen Interesse auf juristische Personen übertragen worden sind."⁶⁰

Die herrschende Meinung in der Literatur hat sich diesen Grundsätzen im wesentlichen angeschlossen. Jedenfalls wird die Regelung in Artikel 114 Abs. 2 Satz 3 GG als Kompetenznorm an den einfachen Gesetzgeber verstanden, dem Rechnungshof weitere Aufgaben zu

⁵⁷ Art. 114 Abs. 2 Satz 3 GG lautet: "Im übrigen werden die Befugnisse des Bundesrechnungshofes durch Bundesgesetz geregelt."

⁵⁸ BVerfGE 74, 58, 60.

⁵⁹ BVerwG, a.a.O., S. 61.

⁶⁰ BVerwGE, a.a.O., S. 61.

übertragen⁶¹. Die Befugnisse des Rechnungshofs sollen insbesondere den sich jeweils wandelnden historischen Bedürfnissen angepaßt werden können⁶². Die Aufgaben müssen allerdings ihrer Art nach in dem Zusammenhang mit der Finanzkontrolle stehen⁶³.

Auch der rheinland-pfälzische Gesetzgeber versteht Artikel 120 Abs. 2 Satz 5 LV in diesem Sinne. Denn nach § 2 Satz 2 RHG können dem Rechnungshof "weitere Aufgaben" durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes übertragen werden.

Demnach wäre eine Prüfung kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform mit Artikel 120 Abs. 2 Satz 5 LV vereinbar, da die Unternehmen sich in der Regel ausschließlich aus öffentlichen Haushaltsmitteln der jeweiligen Kommune finanzieren. Der vom Bundesverwaltungsgericht geforderte "haushaltsmäßige Bezug" wäre daher gegeben⁶⁴.

- d) Eine unabhängige Rechnungsprüfung der kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform generell als auch speziell durch den Rechnungshof müßte schließlich mit dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht nach Artikel 28 Abs. 2 Satz 1 GG, Artikel 49 LV in Einklang stehen. Dabei kann sich zwar das kommunale Unternehmen als juristische Person des Privatrechts nicht auf das Selbstverwaltungsrecht berufen, wohl aber die Gemeinde als Trägerin der Eigengesellschaft⁶⁵.

Allerdings dürften Bedenken im Hinblick auf das kommunale Selbstverwaltungsrecht nicht durchgreifen. Wie bereits im einzelnen dargelegt⁶⁶, ist die Selbstverwaltung der Gemeinden lediglich im Rahmen der Gesetze gewährleistet. Eingriffe in dieses Recht sind daher unter Wahrung eines Kernbereichs zulässig, wenn dies durch das Gemeinwohl geboten und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet ist⁶⁷.

⁶¹ Piduch, a.a.O., Art. 114 GG, S. 33; Rübner, a.a.O., S. 69 f.; Vogel/Kirchhof, Bonner Kommentar, Loseblattsammlung (Zweitbearbeitung 1973), Art. 114 Rdnr. 210; Reger, Bemerkungen zur Finanzkontrolle, VerwArch. Bd. 66 (1975), S. 195, 239, 344; Stern, Die staatsrechtliche Stellung des Bundesrechnungshofs und seine Bedeutung im System der Finanzkontrolle (zit. Die staatsrechtliche Stellung), in: Zavelberg (Hrsg.), Die Kontrolle der Staatsfinanzen, 1989, S. 26 ff.; Tiemann, a.a.O., S. 76; Stern, Staatsrecht II, S 418; a.A. Leisner, a.a.O., S. 103 ff.

⁶² Vogel/Kirchhof, a.a.O., Art. 114 Rdnr. 211.

⁶³ Stern, Die staatsrechtliche Stellung, S. 29.

⁶⁴ Auf die Frage des Grundrechtsschutzes bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, die nicht mehrheitlich in der Trägerschaft der Kommune sind, wird unten in Teil V S. 22 ff. noch näher eingegangen.

⁶⁵ Vgl. zu diesem Aspekt Knöpfle, Gutachten, S. 116 ff.

⁶⁶ Vgl. oben S. 3 f.

⁶⁷ Vgl. dazu die Nachweise oben in Fn. 16, 17.

Diese Voraussetzungen dürfte eine gesetzliche Regelung, die dem Rechnungshof Prüfungskompetenzen privater kommunaler Unternehmen einräumt, erfüllen. Die Gemeinde bedient sich dieser Unternehmensform zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Das kommunale Unternehmen steht regelmäßig nicht im Wettbewerb, sondern erhält seine Aufträge ausschließlich von der Kommune. Dies hat zur Folge, daß es sich letztlich aus öffentlichen Mitteln finanziert. In dieser (finanziellen) Hinsicht unterscheidet sich das privatrechtlich organisierte Unternehmen nicht von seiner Trägerin, der jeweiligen Kommune⁶⁸.

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Rechenschaftspflicht der Gemeinde über die Verwendung öffentlicher Mittel sind bisher weder mit Blick auf die Belange des Gemeinwohls noch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit erhoben worden. Im Gegenteil, die Rechnungsprüfung gilt vielmehr als eine verfassungsgemäße Einschränkung des kommunalen Selbstverwaltungsrechts in Form der kommunalen Finanzhoheit⁶⁹. Denn die Befugnis zu einer eigenverantwortlichen Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft ist den Gemeinden lediglich im Rahmen eines gesetzlich geordneten Haushaltswesens gewährleistet⁷⁰. Daran ändert sich nichts, wenn die Gemeinde in das "Gewand eines Privaten" schlüpft, da sich der Rechtsträger der handelnden Organe allenfalls formal ändert.

Zusammenfassend läßt sich daher feststellen, daß keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine unabhängige Rechnungsprüfung kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform bestehen.

2. Da bisher weder die Rechtsprechung noch die Literatur ausdrücklich die Frage erörtert haben, ob bei kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform eine unabhängige Rechnungsprüfung durch die Verfassung geboten ist, kann die nachfolgende Darstellung allenfalls einige Grundsätze erläutern, die für eine verfassungsrechtlich fundierte Antwort auf diese Frage von Bedeutung sind.

⁶⁸ Auf diese Gesichtspunkte wird bei der Thematik, ob die Rechnungsprüfung dieser Unternehmen ein Verfassungsgebot ist, noch näher einzugehen sein, vgl. dazu unten S. 41 ff.

⁶⁹ Vgl. dazu Pagenkopf, Kommunalrecht, Bd. 1, 2. Aufl., 1975, S. 81 ff. m.w.N.

⁷⁰ BVerfGE 26, 228, 244; Schmidt-Jortzig/Makswit, Handbuch des kommunalen Finanz- und Haushaltsrechts, 1991, S. 6.

- a) Nach Artikel 120 Abs. 2 Satz 1 LV ist Gegenstand der unabhängigen Rechnungsprüfung u.a. die Wirtschaftlichkeit der Haushalts- und Wirtschaftsführung. Dieser Kontrollmaßstab verlangt die Prüfung, ob nicht mit geringerem Aufwand der gleiche Nutzen oder mit gleichem Aufwand ein größerer Nutzen erzielt werden kann⁷¹. Das Gebot der Wirtschaftlichkeit hat mit seiner Aufnahme in Artikel 120 Abs. 2 Satz 1 LV Verfassungsrang erhalten⁷².

Zwar gilt Artikel 120 Abs. 2 Satz 1 LV - wie bereits dargelegt - unmittelbar nur für die Haushaltsführung des Landes, doch der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit beansprucht darüber hinaus auch Gültigkeit für die Kommunen. Dies ergibt sich aus folgenden Gründen:

Die Kommunen stehen dem Staat nicht als autonomer Teil der Gesellschaft gegenüber, sondern sie sind integrierter Teil eines föderalen Staatsorganismus. Ihre Verwaltungen sind ein Bestandteil der öffentlichen Verwaltung neben denen von Bund und Ländern⁷³. Die Verknappung der öffentlichen Ressourcen, die komplexen Aufgabenstrukturen auf allen Ebenen öffentlicher Verwaltung und die Ausweitung der Personalausgaben erfordern eine wirksame Rechnungsprüfung. Verfassungsrechtliche Grundlage und Rechtfertigung der Rechnungsprüfung sind jedoch nicht allein diese Entwicklungen, sondern die Treuhänderschaft, die jede Verwaltung bei der Verwendung öffentlicher Mittel gegenüber dem Volk als dem Träger der Staatsgewalt wahrzunehmen hat⁷⁴. Insbesondere im kommunalen Bereich gilt das Verfassungsgebot, daß die Gemeinden ihre Aufgaben in eigener Verantwortung zu erfüllen haben. Der Grundsatz der Eigenverantwortung beinhaltet jedoch nicht nur ein Recht, sondern mit dem Prinzip der Verantwortlichkeit zugleich eine Pflicht. Verantwortlichkeit bedeutet, daß die handelnden Organe Rechenschaft abzulegen haben. Dies setzt

⁷¹ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl., 1995, Art. 114 Rdnr. 6; Kisker, Staatshaushalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, 1990, § 89 Rdnr. 111; Stern, Staatsrecht II, S. 1251; Vogel/Kirchhof, a.a.O., Art. 114 Rdnr. 87; Tiemann, a.a.O., S. 132; v. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988, S. 19 f.

⁷² Vgl. für die insoweit wortgleiche Regelung in Artikel 114 Abs. 2 Satz 1 GG, Knöpfle, Die Zuständigkeit der Rechnungshöfe für die Prüfung der Körperschaften des öffentlichen Rechts (zit. Zuständigkeit), 1987, S. 50.

⁷³ Klappstein, Kommunale Selbstverwaltung und Finanzkontrolle, in: v. Mutius (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, 1983, S. 479, 489.

⁷⁴ Siedentopf, Die Rechnungsprüfung, in: Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 6, 2. Aufl., 1985, S. 529; Klappstein, a.a.O., S. 493 f.; Stern, Die staatsrechtliche Stellung, S. 11, 15 f.; zur Finanzkontrolle im Verfassungssystem aus historischer Sicht, siehe Stern, Staatsrecht II, S. 451.

zwangsläufig ein System von Kontrollen voraus, um die ordnungsgemäße Pflichtenerfüllung auch unabhängig von der Darstellung des Handelnden überprüfen zu können⁷⁵. Die Gemeinden haben sich in ihrem institutionellen Rahmen sowohl gegenüber dem Staat in Form der Aufsichtsbehörden als auch über die kommunale Vertretung dem Volk gegenüber zu verantworten⁷⁶. Schließlich ist zu bedenken, daß auch die Kommunen ihre finanziellen Mittel zumindest weitgehend in Form von Steuern und Abgaben erhalten. Daher sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit auch für deren Handeln von elementarer Bedeutung, weil die gesamte öffentliche Hand in ihrer wirtschaftlichen Betätigung nur begrenzt "der Zählung durch den Wettbewerb" unterliegt⁷⁷. Die gesamte Staatstätigkeit und alle öffentlichen Einrichtungen sind dem Gemeinwohl verpflichtet, wie auch in Artikel 1 Abs. 1 und 3 LV zum Ausdruck kommt⁷⁸. Dies erfordert eine grundsätzlich lückenlose Finanzkontrolle, die das Korrelat für das Recht der öffentlichen Hand darstellt, von den Bürgern Steuern, Gebühren, Beiträge und Sonderabgaben zu erheben⁷⁹. Mit anderen Worten: Effektive Rechnungsprüfung ist ein Gebot des Demokratieprinzips⁸⁰.

Die vorstehenden Überlegungen legen es mithin nahe, eine unabhängige Rechnungsprüfung als Verfassungsgebot zu verstehen.

-
- ⁷⁵ Püttner, Verantwortlichkeit und Kontrollpflicht, in: ders. (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 3, 2. Aufl., 1983, S. 435.
- ⁷⁶ Püttner, a.a.O., S. 437.
- ⁷⁷ Stem, Staatsrecht II, S. 1251; siehe dazu auch schon BVerfGE 1, 141, 161; 44, 125, 143 f.
- ⁷⁸ VGH Rhld.-Pf., DVBl. 1969, S. 799, 800; vgl. zu diesem Aspekt auch von Amim, Wirtschaftlichkeit, S. 267 f.
- ⁷⁹ Reger, a.a.O., S. 195; Haferkate, Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem, VVDStRL 46 (1988), S. 231: Es gilt der Grundsatz einer möglichst lückenlosen Rechnungsprüfung; er hat Verfassungsrang; vgl. dazu auch den Präsidenten des Rechnungshofs Rheinland-Pfalz, Protokoll der 55. Sitzung des Innenausschusses am 25.01.1996, Teil II, S. 1.
- ⁸⁰ Haferkate, Prüfungsfreie Räume, in: Zavelberg (Hrsg.), Die Kontrolle der Staatsfinanzen, 1989, S. 197, 219 f.; v. Mutius, Finanzkontrolle und Öffentlichkeit, ebenda, S. 305, 306: Kontrolle des Finanzgebahrens als Kernbestand demokratischer Staatskontrolle; Tiemann, a.a.O., S. 213 f.; v. Amim, Rechtsfragen der Privatisierung, 1995, S. 30 ff.; a.A. Leisner, a.a.O., S. 27.

- b) Dieses Verfassungsgebot gilt auch dann, wenn sich Staat und Kommunen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben privater Organisationsformen bedienen⁸¹. Auch bei der Wahl privater Unternehmensformen bleiben Staat und Kommunen der öffentlichen Finanzkontrolle verpflichtet, wenn sie ihre (öffentlichen) Aufgaben aus öffentlichen Mitteln finanzieren⁸².

Die kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen, ohne daß sie im Wettbewerb mit anderen Unternehmen stehen, und die zudem ausschließlich oder überwiegend Aufträge der Gemeinde erhalten, in deren Trägerschaft sie sich befinden, finanzieren sich zwangsläufig aus öffentlichen Mitteln. Sie befinden sich damit in der gleichen "finanziellen Abhängigkeit" von der Gemeinde wie die unmittelbaren Gemeindeorgane und -einrichtungen. Daher ist auch nicht ersichtlich, weshalb sie hinsichtlich der Rechnungsprüfung anders behandelt werden sollen. In dem einen wie in dem anderen Fall geht es um die wirtschaftliche und damit rechtmäßige Verwendung öffentlicher Mittel⁸³. Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand einschließlich der Kommunen ist prinzipiell nur mit der Maßgabe zulässig, daß ein öffentlicher Zweck verfolgt wird. Freistellungen von der Rechnungsprüfung sind nur zulässig, wenn kein öffentliches Interesse an der Rechnungsprüfung besteht⁸⁴. Der öffentliche Zweck, den kommunale Unternehmen in Privatrechtsform regelmäßig verfolgen, indiziert mithin grundsätzlich das öffentliche Interesse an einer unabhängigen Rechnungsprüfung⁸⁵.

⁸¹ Püttner, a.a.O., S. 439; Reger, a.a.O., S. 222, 241 f.

⁸² Leisner, a.a.O., S. 99: Formenmißbrauch durch "Flucht ins Privatrecht" darf es nicht geben; solche "Schattenhaushalte" müssen der Rechnungsprüfung unterworfen werden.

⁸³ Zur Frage der Wirtschaftlichkeit als Rechtskriterium s. OVG Rhld.-Pf., A.S. 13, 412, 413; DVBl. 1980, 767, 768; v. Mutius, Die Steuerung der Verwaltung durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, in: VVDStRL 42 (1984) S. 147, 187; v. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Kontrollmaßstab des Rechnungshofs, in: Zavelberg (Hrsg.), Die Kontrolle der Staatsfinanzen, 1989, S. 259, 260; ders., Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988, S. 60 ff.; kritisch dazu Tiemann, a.a.O., S. 114 f.

⁸⁴ Haverkate, a.a.O., VVDStRL 46 (1988) S. 232.

⁸⁵ Zutreffend Haverkate, a.a.O., S. 233: Der Ausfall des "klassischen Kontrollinstruments" Rechnungsprüfung wird nicht durch die Mitarbeit von Parlamentariern (hier: kommunalen Vertretern) in den Aufsichtsorganen der verselbständigten Einheit ausgeglichen, denn dies ist letztlich Tätigkeit der verselbständigten Einheit selbst, die ja gerade kontrolliert werden soll.

- c) Allerdings ist es verfassungsrechtlich nicht geboten, daß diese Kontrolle vom Rechnungshof vorgenommen wird. Die Pflicht zum wirtschaftlichen Haushalten ist ein Rechtsgebot⁸⁶. Die entsprechende Prüfung darf daher beispielsweise auch - weil Rechtskontrolle - von den Kommunalaufsichtsbehörden vorgenommen werden. Allerdings unterliegt in Rheinland-Pfalz nach Maßgabe der §§ 110 f. GemO die örtliche Rechnungsprüfung dem gemeindlichen Rechnungsprüfungsausschuß und ggf. den Rechnungsprüfungsämtern⁸⁷. Die überörtliche Prüfung erfolgt nach § 110 Abs. 4 Satz 1 GemO durch den Rechnungshof⁸⁸. Daher würde es sich anbieten, diese Stellen jeweils auch mit der Prüfung der kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform zu beauftragen.

V. Die Rechnungsprüfung gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen

1. Gegen eine Rechnungsprüfung gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen bestehen keine Bedenken, wenn diese Unternehmen öffentliche Aufgaben erfüllen und die Gemeinde zumindest die Mehrheit der Gesellschaftsanteile besitzt. In diesen Fällen unterliegt das Unternehmen angesichts des beherrschenden Einflusses der Gemeinde - wie dargelegt - den gleichen rechtlichen Bindungen und Verpflichtungen wie die Kommune selbst.
2. Als problematisch erweist sich dagegen die Rechnungsprüfung privater Unternehmen, an denen die Gemeinde nicht mehrheitlich beteiligt ist. Die Unternehmen befinden sich dann nicht mehr in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung. Die beherrschende Trägerschaft der öffentlichen Hand ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedoch ein maßgeblicher Grund dafür, diesen Unternehmen den Grundrechtsschutz zu versagen. Daher ließe sich im Umkehrschluß aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts der Grundsatz ableiten, daß privatrechtlich organisierten kommunalen Unternehmen der Grundrechtsschutz nicht versagt werden darf, wenn die Gemeinde zwar Gesellschaftsanteile besitzt, aber nicht über eine

⁸⁶ So ausdrücklich OVG RPL, AS 13, 412, 413; DVBl. 1980, 767, 768; Knöpfle, Zuständigkeit, S. 82.

⁸⁷ Vgl. dazu Siedentopf, a.a.O., S. 531 ff.; Klappstein, a.a.O., S. 496 ff.

⁸⁸ Reger, a.a.O., S. 353; Stern, Staatsrecht II, S. 420.

Darüber hinaus erscheint eine unabhängige Rechnungsprüfung auch als erforderlich, da der Gesetzgeber nicht über ein mildereres, aber gleich effektives Mittel verfügt. Zwar normiert § 86 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GemO - ebenso wie § 89 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 des hier in Rede stehenden Gesetzentwurfs - die Pflicht zur sachverständigen Abschlußprüfung. Diese Prüfung dient jedoch nicht der Kontrolle des sparsamen und wirtschaftlichen Umgangs mit öffentlichen Mitteln. Vielmehr handelt es sich dabei um eine bloß formelle Prüfung, "ob die Belege richtig abgeheftet sind und ob die Buchführung stimmt"⁹². Wenn der Abschlußprüfer keine Mängel rügt, heißt dies noch nicht, daß mit den vorhandenen Mitteln sparsam und wirtschaftlich verfahren wurde⁹³. Dagegen ist die Rechnungsprüfung keine reine Belegprüfung, sondern sie besteht aus drei Elementen: der förmlichen und rechnerischen Richtigkeit sowie der sachlichen Berechtigung der Ausgaben. Letztere enthält auch Elemente der Organisations- und Wirtschaftlichkeitsprüfung⁹⁴. Ebenso erweist sich auch die Betätigungsprüfung nach §§ 91, 92 LHO nicht als ein gleich effektives Mittel. Wie bereits dargelegt, ist Gegenstand dieser Prüfung nicht das Unternehmen als solches, sondern der beteiligte Träger öffentlicher Gewalt⁹⁵. Dies ermöglicht daher allenfalls eine mittelbare Prüfung des Finanzgebahrens der Gesellschaft.

Die Prüfung von Privatrechtssubjekten muß schließlich auch dem Gebot der Verhältnismäßigkeit im engen Sinne genügen, der verfolgte Zweck - Schutz öffentlichen Vermögens - also in angemessenem Verhältnis zu der mit dem Eingriff verbundenen Beeinträchtigung stehen.

⁹² So der Präsident des Rechnungshofes Rheinland-Pfalz, Prot. der 55. Sitzung des Innenausschusses am 25.01.1996, Teil II, S. 2.

⁹³ Knöpfle, Gutachten, S. 77 f.

⁹⁴ Schuppert, Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, VVDStRL 42 (1984), S. 216, 256.

⁹⁵ Vgl. dazu oben S. 12 ff.

Die besondere Problematik bei gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen dürfte darin liegen, daß der Gesellschaft öffentliche Gelder nur in Höhe der jeweiligen Beteiligung der öffentlichen Hand zustehen. Im übrigen handelt es sich um private Gelder. Es ist fraglich, ob der Staat auf Private einwirken darf, sparsam mit ihren Geldern umzugehen⁹⁶.

Vor diesem Hintergrund dürfte die mit dem Schutz öffentlichen Vermögens begründete Prüfungspflicht⁹⁷ jedenfalls dann verfassungsrechtlich bedenklich sein, wenn die Kommune nur geringfügig an einem Unternehmen beteiligt ist und daher der Anteil privater Gelder deutlich überwiegt. Allerdings kann an dieser Stelle nicht abschließend geklärt werden, ab welchem Umfang kommunaler Beteiligung eine unabhängige Rechnungsprüfung noch dem Gebot der Verhältnismäßigkeit im engen Sinne genügt. Bei ähnlicher Fragestellung hat sich das Bundesverfassungsgericht bisher daran orientiert, ob die öffentliche Hand einen beherrschenden Einfluß auf das Unternehmen ausüben kann. So versagt das Gericht - wie bereits dargelegt - in diesen Fällen öffentlichen Unternehmen in Privatrechtsform den Grundrechtsschutz⁹⁸ oder es hält die Einbeziehung leitender Angestellter privatrechtlich organisierter Unternehmen in die Inkompatibilitätsvorschriften für zulässig, wenn die öffentliche Hand mit mehr als 50 % beteiligt ist⁹⁹.

Sofern man allerdings auf die überwiegende Beteiligung der Gemeinde abstellt, entfällt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ohnehin der Grundrechtsschutz jedenfalls dann, wenn das Unternehmen eine öffentliche Aufgabe erfüllt. Sollte dies ausnahmsweise nicht der Fall sein, erscheint eine Prüfung des Unternehmens jedenfalls dann als verhältnismäßig, wenn die öffentliche Hand mehr als 50 % der Gesellschaftsanteile hält. Bei geringeren Anteilen sind die verfassungsrechtlichen Bedenken nicht von der Hand zu weisen; sie werden größer, je geringer die im kommunalen Besitz befindlichen Anteile sind.

⁹⁶ Vgl. zu diesen Bedenken Knöpfle, Gutachten, S. 133 f.

⁹⁷ BVerwGE 74, 58, 61.

⁹⁸ BVerfGE 45, 63, 79 f.

⁹⁹ BVerfGE 38, 339 f.; 48, 64, 84 f.

VI. Zusammenfassung

Die von der SPD-Fraktion aufgeworfenen Rechtsfragen lassen sich zusammenfassend wie folgt beantworten:

1. Der Verzicht auf die Festlegung eines Vorrangs bestimmter Rechtsformen für kommunale Unternehmen und Einrichtungen ist Ausfluß des Grundsatzes der Organisationshoheit der Gemeinden. Die kommunale Organisationshoheit folgt aus dem von Grundgesetz und Landesverfassung garantierten Recht kommunaler Selbstverwaltung. Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen daher gegen eine grundsätzlich freie Formenwahl der Kommunen im Zusammenhang mit deren wirtschaftlicher Betätigung nicht.
2. Die Freiheit der Formenwahl unterliegt Grenzen. Die öffentliche Hand darf sich auf diesem Wege weder ihrer Grundrechtsbindung noch der Beachtung grundlegender Verfassungsprinzipien - wie etwa dem Demokratieprinzip oder dem Funktionsvorbehalt nach Artikel 33 Abs. 4 GG - entziehen. Eine Grundrechtsbindung dürfte jedenfalls bestehen, solange das privatrechtlich organisierte kommunale Unternehmen öffentliche Aufgaben wahrnimmt und die Gemeinde über eine das Unternehmen beherrschende Stellung verfügt. Um dem Demokratieprinzip zu genügen muß die Gemeinde sich in jedem Fall entsprechende Einflußmöglichkeiten auf die Unternehmensführung sichern.
3. Zur Sicherung dieser Einflußmöglichkeiten sieht der von der Landesregierung in der vergangenen Wahlperiode vorgelegte Gesetzentwurf zwar entsprechende Regelungen vor. Allerdings setzt das bundesrechtlich geregelte Gesellschaftsrecht diesen Einflußmöglichkeiten Grenzen.
4. Rechtsprechung und Literatur haben bisher nicht ausdrücklich dazu Stellung genommen, ob es verfassungsrechtlich geboten ist, privatrechtlich organisierte kommunale Unternehmen einer unabhängigen Rechnungsprüfung zu unterwerfen. Allerdings lassen sich aus dem Grundsatz einer möglichst lückenlosen Rechnungsprüfung durchaus beachtliche Argumente für ein solches Gebot ableiten. Dies gilt jedenfalls, wenn das private Unternehmen ausschließlich in kommunaler Trägerschaft steht, daher auch ausschließlich mit

öffentlichen Mitteln arbeitet und öffentliche Aufgaben erfüllt. Ferner bestehen in diesen Fällen auch keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine unabhängige Rechnungsprüfung.

5. Die Prüfung sogenannter gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen, an denen also neben der Gemeinde noch Private beteiligt sind, ist differenzierend zu bewerten. Sofern das Unternehmen öffentliche Aufgaben erfüllt und es in überwiegender Trägerschaft der Gemeinde steht, erscheint eine unabhängige Rechnungsprüfung zulässig. Überwiegt dagegen die Trägerschaft Privater, so könnte im Hinblick auf deren Grundrechtsschutz eine Rechnungsprüfung durch staatliche Stellen verfassungsrechtlich bedenklich sein. Dies gilt jedenfalls, je geringer der Unternehmensanteil in kommunaler Trägerschaft ist.

Wissenschaftlicher Dienst