Vortrag DHV 6. April 2005

Die Anstalt des öffentlichen Rechts als Alternative zur Privatisierung

I. Zur Thematik

Meine Damen und Herren, erlauben Sie mir in Bezug auf die Thematik der Veranstaltung allgemein als auch das Thema meines Vortrags einige grundsätzliche Überlegungen vorweg.

Das Erscheinungsbild des öffentlichen Sektors wird wesentlich davon geprägt, welcher Formen und Gestaltungsmittel sich die öffentliche Hand bedient, um ihre Aufgaben zu erfüllen. Denn in der Struktur als auch den Handlungsformen der öffentlichen Hand spiegeln sich ihr Selbstverständnis und die von ihr verfolgte Strategie wider.

Verfolgt man vor diesem Hintergrund die aktuelle **Privatisierungsdebatte**[1], so prallen dort im Wesentlichen zwei **Grundströmungen** aufeinander, in denen die unterschiedlichen Strategie und Aufgabenphilosophien zum Ausdruck kommen.

Die Befürworter von Deregulierung und Liberalisierung plädieren für einen **Rückzug des öffentlichen Sektors auf hoheitliche Kernaufgaben** (Schlagworte sind etwa „schlanker Staat", „Mehr Markt, weniger Staat"). Die öffentliche Hand soll danach alle Aufgaben der Leistungs- und Daseinsvorsorgeverwaltung auf Private übertragen und sich künftig auf die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben konzentrieren. Hat sich die öffentliche Hand erst einmal für eine solche **materielle oder Aufgabenprivatisierung**[2] entschieden, stellt sich die Frage nach der Anstalt des öffentlichen Rechts als Alternative zur Privatisierung nicht mehr, denn die betreffenden Aufgaben sollen ja ganz aus dem Einflussbereich des öffentlichen Sektors genommen werden.

---

[1] Ausführlich dazu *Katz*, Kommunale Wirtschaft – Öffentliche Unternehmen zwischen Gemeinwohl und Wettbewerb (2004), Rdnrn. 1 ff., 192 ff. Zur Privatisierungsdiskussion allgemein *Ossenbühl* und *Gallwas*, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), S. 137 ff. und 211 ff.; *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, 962 ff.

[2] Zum Privatisierungsbegriff allgemein *Kämmerer*, Privatisierung (2001), S. 16 ff., insbes. 36 ff., 56 ff.

Die gegenteilige Auffassung warnt davor, Effektivität und (vermeintliche) Wirtschaftlichkeit über alles zu stellen und verweist auf die Grundsätze der Rechts- und Sozialstaatlichkeit. Insbesondere auf kommunaler Ebene wird eine Aushöhlung des bürgerschaftlichen Elements, des Demokratieprinzips und des kommunalen Selbstverwaltungsrechts befürchtet.[3] Die öffentliche Hand sei eben nicht nur Marktteilnehmer und Dienstleister, sondern trage eine Verantwortung für das Gemeinwohl („**Konkurrieren ja, Privatisieren nein**"). Nach dieser Ansicht sollen Bund, Länder und insbesondere Kommunen ihr Angebot an Leistungen erhalten. Statt sich ihrer Leistungsaufgaben zu entledigen, soll die öffentliche Hand vielmehr versuchen, ihre Struktur den veränderten Rahmenbedingungen anzupassen, eventuell auch in Kooperation mit anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften oder Privaten. Dabei hat sich mittlerweile die Einsicht durchgesetzt, dass den Anforderungen an Wirtschaftlichkeit, Wettbewerb, Transparenz und Kostensenkung nur gerecht wird, wer klare Strukturen und Verantwortungsbereiche schafft. Dementsprechend erscheint es sinnvoll, die Erfüllung betrieblicher Aufgaben, die diesen Anforderungen unterliegen, auf verselbständigte Unternehmen zu verlagern. Die öffentliche Hand bleibt dabei weiterhin Träger der Aufgabe. Sie kann sich aber nunmehr auf ihre hoheitlichen Kernaufgaben und die Steuerung und Kontrolle der verselbständigten Einheiten konzentrieren.

Diese Umstrukturierung innerhalb der öffentlichen Hand vollzog sich in der Vergangenheit in der Regel im Rahmen der **formellen** oder **Organisationsprivatisierung**, d.h. sie überführte ein in der Form des öffentlichen Rechts bestehendes Unternehmen in eine Privatrechtsform, in der Regel eine GmbH oder AG.

Genau an dieser Stelle kommt die Anstalt des öffentlichen Rechts, kurz Anstalt oder AöR, als Alternative zu den Privatrechtsformen ins Spiel. Soweit hier von „Privatisierung" die Rede ist, geht es also in erster Linie um die formelle Privatisierung im Sinne der Verwendung von Privatrechtsformen. Es geht also vorrangig um die Auswahl der richtigen Rechtsform, genauer um einen Vergleich der Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts mit den Privatrechtsformen. Hintergründig stellt die Anstalt freilich

[3] *Schoch*, Kommunales Wirtschaftsrecht, DÖV 1993, S. 377, 381; *Knemeyer*, in: *Henneke*, Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung (1998), S. 131, 134. Die Kommunen stehen dabei strukturell vor einer ganz anders gearteten Situation als Bund und Länder. Denn auf kommunaler Ebene sind zentrale Bereiche der kommunalen Selbstverwaltung von Privatisierungsbestrebungen – etwa das Krankenhauswesen, die Abfallentsorgung, Wasserversorgung oder der Kulturbereich - betroffen, während die Privatisierung von Unternehmensbeteiligungen des Bundes oder der Länder kaum deren zentrale Politikfelder tangiert.

einen Eckpfeiler für eine Strategie gegen eine weitere Privatisierung öffentlicher Aufgaben dar.

Vor diesem Hintergrund möchte ich – ohne die eingangs dargestellten Strategiemodelle einer Bewertung zu unterziehen oder eine grundlegende Aufgabenkritik zu üben - hier die Anstalt des öffentlichen Rechts in einer rechtsformbezogenen Analyse als Alternative zu den Privatrechtsformen vorstellen. Bei den Privatrechtsformen wiederum werde ich mich auf Darstellungen zur AG und zur GmbH konzentrieren, weil diese Gesellschaftsformen die größte Rolle bei Privatisierungen spielen.

II. Die Anstalt des öffentlichen Rechts

Zunächst aber einige kurze Anmerkungen zur Rechtsform der Anstalt.

1. Strukturmerkmale

Die Anstalt des öffentlichen Rechts ist eine **juristische Person des öffentlichen Rechts**. Sie ist gegenüber Dritten, aber auch gegenüber dem Anstaltsträger rechtlich selbständig. Sie kann Träger von Rechten und Pflichten sein, Eigentum und andere dingliche Rechte erwerben und ist im Prozess parteifähig. Die Anstalt kann auch selbst Träger der zu erfüllenden öffentlichen Aufgabe sein und hoheitliche Befugnisse ausüben, soweit diese vom Anstaltsträger auf die Anstalt übertragen worden sind.

Anstaltsträger wiederum ist diejenige Hoheitsperson, die die Anstalt errichtet und deren Aufgabe die Anstalt künftig wahrnimmt. Der Bund und die Länder können Anstalten unmittelbar durch Erlass eines entsprechenden formellen Gesetzes errichten. Die Gemeinden und Verbandskörperschaften bedürfen dazu einer landesgesetzlichen Rechtsgrundlage. Auf dieser Grundlage können die Gemeinden dann durch Erlass einer entsprechenden Satzung eine Anstalt gründen.

Der Anstaltsträger ist gleichzeitig **Gewährträger** der Anstalt und haftet daher grundsätzlich subsidiär für die Verbindlichkeiten der Anstalt. Denn bedient sich ein Träger öffentlicher Verwaltung zur Erfüllung seiner Aufgaben einer Anstalt, muss er auch dafür Sorge tragen, dass diese Anstalt funktionsfähig bleibt und ihre Verbindlichkei-

ten erfüllen kann. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass der Anstaltsträger sich seiner gesetzlichen Pflicht entzöge. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Gesetz- und Rechtmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) und gilt jedenfalls in Bezug auf Pflichtaufgaben des Anstaltsträgers.

Die Anstalt selbst besitzt in der Regel eine **monistische Trägerstruktur**. Denn die öffentlichen Aufgaben, die die Anstalt erfüllen soll, sind in der Regel einem Verwaltungsträgern zur alleinigen Wahrnehmung zugewiesen sind. Eine **Mehrträgerschaft** ist aber dann möglich, wenn das Gesetz eine solche ausdrücklich vorsieht[4].

2. Die innere Organisation der Anstalt

Als juristische Person des öffentlichen Rechts handelt die Anstalt durch Anstaltsorgane. **Organe** der Anstalt sind der Vorstand bzw. die Geschäftsführung und der Verwaltungs- bzw. Aufsichtsrat. Als weiteres Organ kann eine Gewährträgerversammlung hinzutreten.

Der **Vorstand** ist das Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan der Anstalt. Die Vertretungsmacht des Vorstandes ist dabei unentziehbar, d.h. die Vertretung der Anstalt nach außen kann nicht auf andere Organe übertragen werden. Die Vorstandsmitglieder selbst sind meist im Rahmen von Privatdienstverträgen angestellt. Besitzt die Anstalt Dienstherrnfähigkeit, kommt eine Beschäftigung im Beamtenverhältnis in Betracht.

Der **Verwaltungsrat** hat im Wesentlichen die Aufgabe, die Geschäftsführung des Vorstandes zu überwachen. Weiterhin bestellt der Verwaltungsrat die Mitglieder des Vorstandes auf bestimmte Zeit. Daneben können ihm weitere Aufgaben per Gesetz bzw. Satzung zugewiesen sein, so etwa die Entscheidung über die Beteiligung an anderen Unternehmen, den Erlass von Verordnungen oder Satzungen oder die Ergebnisverwendung. Die Zusammensetzung des Verwaltungsrats, die Mitgliederzahl und die Bestellung seiner Mitglieder selbst ist im Gründungsgesetz bzw. der Anstaltssatzung geregelt.

[4] Vgl. z.B. Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes über die Errichtung der Bayerischen Landesbank Girozentrale vom 27.6.1972 (GVBl. S. 210); Art. 49 f. BayKommZG (gemeinsames Kommunalunternehmen), § 13 f NdsZweckVerbG (gemeinsame kommunale Anstalt).

Eine **Gewährträgerversammlung** als weiteres Organ existiert nur ausnahmsweise und nur bei den Anstalten, die von mehreren Anstaltsträgern errichtet werden, soweit diese nicht schon im Verwaltungsrat repräsentiert sind.[5] Die Gewährträgerversammlung nimmt dann die Aufgaben einer Hauptversammlung bei der Aktiengesellschaft bzw. Gesellschafterversammlung bei der GmbH wahr, z.B. bestimmt sie die Mitglieder des Aufsichtsrats (vgl. § 119 AktG, § 46 GmbHG).

III. Entscheidungsgründe für die Wahl einer Rechtsform

Bevor wir nun tiefer in den Vergleich der Anstalt des öffentlichen Rechts mit Privatrechtsformen einsteigen, stellt sich zunächst die Frage, welche Kriterien für die Entscheidung für oder gegen eine bestimmte Rechtsform maßgeblich sind.[6]

Entscheidend ist dabei, welches **Ziel** die öffentliche Hand mit der Umstrukturierung verfolgt. Anhand des verfolgten Zieles lässt sich sodann das relevante Entscheidungskriterium herausfiltern.

- Im Mittelpunkt der Überlegungen muss dabei stehen, die Erfüllung der jeweiligen öffentlichen Aufgabe zu **optimieren**. Vor dem Hintergrund der finanziellen Knappheit wird es dabei vorrangig um die **Steigerung der Wirtschaftlichkeit** der Aufgabenerfüllung gehen. Ein wesentliches Entscheidungskriterium wird also sein, welche Rechtsform am wirtschaftlichsten arbeitet.
- Daneben ist die Aufgabenerfüllung **veränderten Rahmenbedingungen** anzupassen, die sich aus dem fortschreitenden Prozess der Deregulierung und Liberalisierung, aber auch dem verstärkten Wettbewerb ergeben. Gefragt sind also **flexible Strukturen**, um diese Herausforderungen zu bewältigen.
- Nachdem die öffentlichen Betriebe verstärkt dem Wettbewerb ausgesetzt sind, gilt es weiter, die **Wettbewerbsposition zu stärken**, die Kräfte der öffentlichen Hand zu bündeln und zu koordinieren, aber auch Kapital und „Know how“ zu gewinnen. Die **Kooperation** mit anderen öffentlich-rechtlichen Rechtsträgern und Privaten – Stichwort Public-Private-Partnership – gewinnt

[5] Eine Gewährträgerversammlung sieht § 13 des Berliner Betriebegesetzes (BerlBG) vom 7.9.1993 (GVBl. S. 319) vor; vgl. dagegen Art. 50 Abs. 4 BayKommZG (gemeinsames Kommunalunternehmen) und § 13 f Abs. 2 NdsZweckVerbG (gemeinsame kommunale Anstalt).
[6] Umfassend dazu *Wurzel/Schraml/Becker*, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen (2004), S. 421 ff.; *Gaß*, Die Umwandlung gemeindlicher Unternehmen (2003), S. 56 ff.; jeweils m.w.N.

daher mehr und mehr an Bedeutung. Hier sind Organisationsformen gefragt, die Kooperationsmöglichkeiten eröffnen.

- Die **steuerliche Belastung** zu minimieren, stellt einen weiteren Motivationsgrund für Umstrukturierungen dar.
- Gleiches gilt für die Reduzierung der **Personalkosten**.
- Schließlich können auch Fragen der **Haftung** und des **Vergaberechts** zur weiteren Kosten- und Risikominimierung eine Rolle spielen.

Die weitaus größte Relevanz hat allerdings der ordnungspolitische Aspekt, wie weit die öffentliche Hand das jeweilige Unternehmen aus ihrem Einflussbereich entlassen will. Hier zeigt sich der grundsätzliche **Zielkonflikt** bei der formalen Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, den es zu bewältigen gilt: einerseits soll dem Unternehmen durch Verselbständigung die erforderliche **Handlungsfreiheit** eingeräumt werden, andererseits will der kommunale Unternehmensträger weiterhin die notwendige **Einflussnahme** auf das Unternehmen haben, um die ordnungsgemäße Erfüllung der jeweiligen Aufgabe zu gewährleisten.[7]

Im Rahmen der geplanten Umstrukturierungsmaßnahmen gilt es daher in erster Linie, eine **Balance** zwischen diesen konfligierenden Zielen herzustellen. Vor diesem Hintergrund werden sich die Anstalt des öffentlichen Rechts mit den in Frage stehenden Privatrechtsformen der GmbH oder AG messen lassen müssen.

IV. Die AöR: wirtschaftliche und flexible Organisationsform

Dabei möchte ich zunächst die jeweiligen Unternehmensstrukturen und Handlungsformen unter dem viel zitierten Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit näher beleuchten.

1. Die AöR: Flexible = aufgabenorientierte = wirtschaftliche Unternehmensstrukturen

[7] So bereits *Scholz/Pitschas*, Rechtsformenwahl, in: *Püttner*, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 5 (2. Aufl. 1984), S. 128, 132 ff.

Unternehmerisches Handeln benötigt Selbständigkeit, Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit der Leitungskräfte. Nur bei einer klaren Abgrenzung der Kompetenzen, strikter Trennung von Verantwortung und Kontrolle sowie hinreichender **Autonomie** der Leitungsebene kann die Geschäftsführung eines Unternehmens schnelle, effiziente und marktorientierte Entscheidungen treffen. Dabei darf der eigentliche Zweck der Unternehmung, die zu erfüllende öffentliche Aufgabe, nicht aus den Augen verloren werden: je wichtiger oder bedeutender die Aufgabe für den öffentlichen Rechtsträger ist, desto mehr Einflussnahme und Kontrolle wird er sich ausbedingen wollen.
Diesen Bedürfnissen kann nur eine Rechtsform gerecht werden, die flexible interne Strukturen bei klarer interner **Kompetenzverteilung** aufweist und gleichzeitig eine flexible Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse zum Unternehmensträger ermöglicht.

Hier ist die Anstalt gegenüber der Aktiengesellschaft eindeutig im Vorteil und hat mit der GmbH vieles gemeinsam.

Für die **Aktiengesellschaft** besteht nur sehr wenig Spielraum für eine aufgabenorientierte Gestaltung der internen Unternehmensstruktur, denn das Aktiengesetz gibt eine zwingende Organisationsstruktur vor. Dabei wird dem Vorstand eine starke und unabhängige Stellung eingeräumt, während der Aufsichtsrat auf seine Überwachungsfunktion beschränkt wird. Die Hauptversammlung ist nur hinsichtlich der Grundlagen der Gesellschaft entscheidungsbefugt. Eine Verlagerung von Zuständigkeiten des Vorstandes auf den Aufsichtsrat oder die Hauptversammlung ist selbst in grundlegenden Geschäftsfragen von weitreichender Bedeutung nicht möglich.[8]

Ganz anders stellen sich die Gestaltungsmöglichkeiten bei der GmbH dar. Das Gesetz betreffend die **GmbH** lässt dem Unternehmensträger bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrags weitgehende Freiheiten, da viele seiner Regelungen disponibel sind.[9] Beispielsweise können bestimmte Zuständigkeiten von der Geschäftsführung auf den Aufsichtsrat oder die Gesellschafterversammlung verlagert werden, sodass

[8] Vgl. §§ 23 Abs. 5 Satz 2, 111 Abs. 4 Satz 1, 76 Abs. 1 AktG. Ob eine Einflussnahme über den Abschluss von Beherrschungsverträgen nach § 291 AktG zulässig ist, ist wegen des Konflikts zwischen der (kommunalen) Haftungsbegrenzungspflicht und § 302 AktG umstritten, vgl. *Becker*, in: *Wurzel/Schraml/Becker*, a.a.O., S. 174 f.
[9] Für die GmbH folgt dies aus den §§ 45, 37 Abs. 1, 52 Abs. 1 GmbHG.

die vom Unternehmensträger in den Aufsichtsrat oder die Gesellschafterversammlung entsandten Vertreter insoweit unmittelbar entscheidungsbefugt sind.

Noch freier ist die öffentliche Hand bei der Ausgestaltung des Gründungsgesetzes einer **Anstalt**. Gleiches gilt für die Unternehmenssatzung kommunaler Anstalten, da sich die Landesgesetz- und -verordnungsgeber bewusst auf die Festlegung von Mindestregelungen beschränkt haben, um eine flexible Anpassung an die Bedürfnisse der Anstalt zu ermöglichen. Das Gestaltungsspektrum reicht dabei von einer der Aktiengesellschaft vergleichbaren Verfassung mit einer starken Stellung des Vorstandes bis hin zu einer Kompetenzverschiebung zugunsten des Verwaltungsrats unter entsprechender Reduzierung der Befugnisse des Vorstands.

Dementsprechend können die Kompetenzen der einzelnen Unternehmensorgane der Anstalt oder GmbH flexibel, d.h. den öffentlich-rechtlichen Vorgaben und den Bedürfnissen des Unternehmens entsprechend ausgestaltet werden. Durch eine klare Kompetenzverteilung zwischen den Unternehmensorganen kann eine effiziente Entscheidungsfindung ohne reibungsbedingte Verzögerungen gefördert werden. Der Unternehmensleitung können die erforderliche Autonomie und ausreichende Entscheidungsbefugnisse eingeräumt werden, sodass Entscheidungswege verkürzt und flexibel auf die Anforderungen des Marktes reagiert werden kann.

Folglich ist mit den Rechtsformen der Anstalt und der GmbH eine **optimale Ausrichtung** der internen Struktur des Unternehmens **auf die zu erfüllende Aufgabe** möglich. Dadurch werden gleichzeitig die optimalen Bedingungen für die wirtschaftlichste Erfüllung dieser Aufgaben geschaffen.

2. Die AöR: Mehr Wirtschaftlichkeit durch flexibles Verwaltungshandeln

Die Anstalt eröffnet darüber hinaus flexibles und damit wirtschaftliches Verwaltungshandeln nach außen, was sie auch gegenüber der GmbH in Vorlage bringt.

Die Anstalt kann nämlich nicht nur als bloßer „Erfüllungsgehilfe“ zur Erledigung der entsprechenden Aufgabe eingesetzt werden. Anders als bei den Privatrechtsformen kann der Anstalt auch die Aufgabe selbst übertragen werden. Damit tritt die Anstalt

mit allen Rechten und Pflichten an die Stelle des Anstaltsträgers und erledigt die übertragene Aufgabe völlig selbständig. Die Tätigkeit des Anstaltsträgers reduziert sich dann auf die Gewährleistung der ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgabe durch Kontrolle der Anstalt (Stichwort „Beteiligungsmanagement“). Durch die **Aufgabenübertragung** werden klare Strukturen geschaffen. Die Verwaltung wird dadurch „verschlankt“.

Die Anstalt kann im Rahmen der Aufgabenübertragung weiter mit **hoheitlichen Befugnissen** ausgestattet werden, was bei privatrechtlichen Rechtsträgern nicht möglich ist. Damit steht der Anstalt grundsätzlich frei, welcher Handlungsform sie sich gegenüber Dritten bedient. So kann sie die Leistungs- bzw. Nutzungsverhältnisse durch den Erlass von Satzungen, Verwaltungsakte, durch Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags oder durch privatrechtliche Verträge regeln. Bei Privatrechtsformen sind die Leistungsbeziehungen zum Kunden dagegen notwendig privatrechtlich gestaltet. Der wirtschaftliche Vorteil öffentlich-rechtlicher Handlungsformen zeigt sich in der Möglichkeit der **Verwaltungsvollstreckung**: Erfüllt der Bürger seine Leistungspflicht gegenüber einer GmbH nicht oder nicht fristgemäß, bleibt dieser nur der oftmals beschwerlich und zeitaufwendige Zivilrechtsweg. Die Anstalt hingegen kann ihre Gebührenbescheide selbst und unmittelbar beim Bürger vollstrecken und läuft allenfalls Gefahr eines Eilverfahrens vor den Verwaltungsgerichten.

Im Übrigen kommen die Unternehmen in Privatrechtsform keineswegs in den „Vollgenuss der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie“[10]. Privatunternehmen in öffentlicher Trägerschaft sind gleichfalls an die grundlegenden Prinzipien der öffentlichen Entgelt- und Gebührenkalkulation – Gleichheitssatz, Äquivalenz- und Kostendekkungsprinzip – gebunden.[11]

V. Die AöR: Optimale Balance zwischen Selbständigkeit und Steuerung

Ein weiterer Vorteil der Anstalt des öffentlichen Rechts liegt in den gegenüber Privatrechtsformen verbesserten Möglichkeiten der Einflussnahme und Steuerung. Dies gilt insbesondere in Bezug auf Weisungs- und Informationsrechte des Unternehmensträgers gegenüber den Unternehmensorganen.

[10] *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht I (11. Aufl. 1999), § 23, Rn. 29.
[11] Vgl. nur BGH, NJW 1985, S. 197, 200.

Bei der **Aktiengesellschaft** kann sich der Unternehmensträger bzw. Aktionär weder gegenüber dem Vorstand noch gegenüber dem Verwaltungsrat **Weisungsrechte** in der Satzung sichern.[12] So bleibt allenfalls die Möglichkeit einer mittelbaren, personellen Einflussnahme über die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder, die wiederum die Vorstandsmitglieder bestellen und abberufen und überwachen.[13] Unterliegt die Aktiengesellschaft allerdings den Regelungen des **Mitbestimmungsrechts**, sind die Einflussnahmemöglichkeiten durch die drittelparitätische bzw. paritätische Mitgliedschaft von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat auch in personeller Hinsicht äußerst gering.[14] **Informationsrechte** gegenüber Organmitgliedern bestehen nur eingeschränkt im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen.[15] Insbesondere der Umfang von Informationspflichten der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber dem Unternehmensträger ist äußerst umstritten.[16] Bei der Wahl der Aktiengesellschaft kann die öffentliche Hand ihrem Unternehmen daher ein **Maximum an unternehmerischer Freiheit** zur Verfügung stellen. Durch die zwingenden gesetzlichen Vorgaben reduziert sie ihre **Möglichkeiten zur Einflussnahme und Steuerung** aber auf ein **Minimum**.

Das Recht der GmbH dagegen lässt grundsätzlich sehr weite Spielräume bei der Normierung von Weisungsrechten der Gesellschafter gegenüber Geschäftsführung und (fakultativem) Aufsichtsrat. Lediglich die Informationspflichten des (fakultativen) Aufsichtsrats sind umstritten. Anders verhält es sich allerdings bei der **GmbH**, die mitbestimmungsrechtlichen Regelungen[17] unterliegt. Dort ist die Rechtslage der bei der Aktiengesellschaft vergleichbar: Die Mitglieder des obligatorischen Aufsichtsrats sind weisungsunabhängig und der Verschwiegenheit verpflichtet.

Demgegenüber ist der Gesetzgeber bzw. kommunale Satzungsgeber bei der Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Anstaltsträger und **Anstalt** weitgehend frei. Weisungs- und Informationsrechte gegenüber den Anstaltsorganen können ohne weiteres festgelegt werden. Für die kommunalen Anstalten gehen die einschlägigen

---

[12] Dies folgt aus den §§ 76 Abs. 1, 78 Abs. 1, 82 Abs. 1, 111 Abs. 4 Satz 1 AktG und den §§ 111 Abs. 5, 116, 93 AktG. Vgl. auch BGHZ 36, 296, 306; *Hüffer*, AktG (2002), § 394 Rn. 27 ff.
[13] Vgl. §§ 84, 111 Abs. 1 AktG.
[14] Vgl. §§ 1 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 1,4 Abs. 1 DrittelbG bzw. §§ 1 Abs. 1, 6 Abs. 1, 7 Abs. 1 MitbestG.
[15] Vgl. §§ 131, 132 und §§ 116, 93 Abs. 1, 394, 395 AktG.
[16] Dazu *Gaß*, a.a.O., S. 390 ff.; *Strobel*, Verschwiegenheit und Auskunftspflicht kommunaler Vertreter im Aufsichtsrat öffentlicher Unternehmen, 2002.
[17] Vgl. §§ 1 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 3, 4 Abs. 1 DrittelbG bzw. §§ 1 Abs. 1, 6 Abs. 1, 7 Abs. 1 MitbestG.

Landesgesetze allerdings von einer Weisungsungebundenheit des Vorstandes jedenfalls gegenüber dem Anstaltsträger aus. Dies stellt aber kein Manko dar, denn die Kommune kann Zuständigkeiten vom Vorstand auf den an ihre Weisungen gebundenen Verwaltungsrat verlagern oder Weisungsrechte des Verwaltungsrates gegenüber dem Vorstand normieren. So kann die Kommune unmittelbar oder mittelbar den notwendigen Einfluss auf unternehmerische Entscheidungen nehmen.

Der zentrale Zielkonflikt zwischen Gewährung unternehmerischer Freiheit einerseits und Sicherung von Einflussnahme und Steuerung andererseits lässt sich daher mit den flexiblen Strukturen des Anstaltsrechts am ehesten bewältigen.[18]

VI. Kooperationsmöglichkeiten

Ein weiterer wesentlicher Aspekt bei der Umstrukturierung öffentlicher Unternehmen ist die Verbesserung der Möglichkeiten, mit anderen Rechtssubjekten zu kooperieren.

Auf diesem Feld sind die **Privatrechtsformen** jedenfalls auf den ersten Blick eindeutig vorzugswürdig. An einer Aktiengesellschaft oder GmbH können sich öffentlich-rechtliche Rechtsträger und Private gleichermaßen unbeschränkt beteiligen. Will der öffentliche Gesellschafter noch Einfluss auf die Entscheidungen in der Gesellschaft ausüben, muss die Beteiligungsquote Privater allerdings auf maximal 49 % beschränkt sein.

Schwieriger ist die Rechtslage bei der Anstalt. Zunächst einmal ist eine Beteiligung **mehrerer öffentlich-rechtlicher Rechtsträger** an einer Anstalt ohne weiteres möglich. Das Gründungsgesetz regelt dann die Mehrheitsverhältnisse und Rechte der einzelnen Anstaltsträger ähnlich wie in einem privatrechtlichen Gesellschaftsvertrag. Auf kommunaler Ebene ist eine „gemeinsame AöR“ in Bayern und Niedersachsen mittlerweile ebenfalls zugelassen.[19] Andere Länder sollten sich diesem Beispiel anschließen.

---

[18] So bereits *Knemeyer*, Das selbständige Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts in Bayern, in: *Henneke* (Hrsg.), Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung (1998), S. 131, 142.
[19] Vgl. Art. 49 f. BayKommZG (gemeinsames Kommunalunternehmen); § 13 f NdsZweckVerbG (gemeinsame kommunale Anstalt).

Demgegenüber wirft eine Beteiligung Privater unmittelbar an der **Anstalt** nicht unerhebliche Rechtsprobleme auf. Kompetenzrechtliche Probleme treten auf, wenn sich das Verwaltungsorganisationsrecht der Landesgesetzgeber mit der Gesetzgebungskompetenz des Bundes hinsichtlich des Gesellschaftsrechts überschneidet.[20] Bedenklich erscheint die **Beteiligung Privater** an öffentlich-rechtlichen Anstalten auch im Hinblick auf das Demokratieprinzip, insbesondere wenn gleichzeitig Aufgaben und hoheitliche Befugnisse auf die Anstalt übertragen werden sollen.[21] Denn Privaten, die nicht mit der Ausübung von Staatsgewalt beliehen sind, ist es nicht gestattet, über Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Bürger mit zu entscheiden. Hinzu treten strukturelle Probleme etwa in Bezug auf die Gewährträgerhaftung, die sich kaum mit einer maßgeblichen Beteiligung Privater verträgt. Diese Schwierigkeiten sind aber nicht unüberwindbar, wie die Beispiele der DSL-Bank[22], der bayerischen Landesbank[23] und anderer Landesbanken oder der Berliner Wasserbetriebe[24] zeigen.

Bei den **Berliner Wasserbetrieben** (BWB) beispielsweise ist das Land Berlin Anstaltsträger der BWB. Gleichzeitig ist das Land Mehrheitsaktionär einer BWB-Holding-AG, an der auch private Minderheitsaktionäre beteiligt sind. Diese Holding-AG wiederum ist atypisch stiller Gesellschafter an der BWB-AöR. Stiller Gesellschafter deshalb, weil nur das Land Berlin nach außen über die AöR Rechte und Pflichten gegenüber Dritten hat. Atypisch still ist die Beteiligung, weil die Holding-AG über Weisungsrechte gegenüber der Anstalt verfügt.

Die Beteiligung Privater ist also auch an einer AöR grundsätzlich möglich. Allerdings muss die Beteiligungsquote der Privaten so begrenzt werden, dass den demokratisch legitimierten Vertretern des öffentlich-rechtlichen Anstaltsträgers ein Letztentscheidungsrecht zukommt.[25] Nur so kann auch gewährleistet werden, dass die Erfüllung

---

[20] Näher dazu *Hecker*, Privatisierung unternehmenstragender Anstalten des öffentlichen Rechts, VerwArch 2001, S. 261, 271 ff.
[21] *Ehlers*, Die Anstalt öffentlichen Rechts als neue Unternehmensform der kommunalen Wirtschaft, ZHR 167 (2003), S. 546, 578; *Hecker*, a.a.O., VerwArch 2001. S. 261, 273 ff.
[22] Gesetz über die Deutsche Siedlungs- und Landesrentenbank (DSLBG) vom 11.7.1989 (BGBl. I S. 1421), das eine unmittelbare Beteiligung Privater am Grundkapital der Anstalt zulässt (§ 4 Abs. 1).
[23] Sh. zum Bayerische Landesbank-(Holding-)Modell die Ergänzung zum Geschäftsberichts 2000 der Bayerischen Landesbank (www.bayernlb.de) sowie die Presseerklärung des Sparkassenverbandes Bayern vom 13.9.2002 (www.sparkassenverband-bayern.de).
[24] Gesetz zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe vom 17.5.1999 (GVBl. S. 183); vgl. dazu BerlVerfGH, NVwZ 2000, S. 794.
[25] *Ehlers*, a.a.O., ZHR 167 (2003), S. 546, 578; *Thode/Peres*, BayVBl. 1999, S. 6, 9

öffentlicher Aufgaben im Vordergrund bleibt und nicht durch private Interessen und Ziele verdrängt wird.

Ist eine Beteiligung Privater an der Anstalt gesetzlich nicht zugelassen – wie dies etwa auf kommunaler Ebene der Fall ist – bleibt nur der Weg einer mittelbaren Beteiligung Privater im Rahmen einer **Holding**. Der private Dritte beteiligt sich dann nicht an der Anstalt selbst, sondern an einer von der Anstalt gegründeten Tochtergesellschaft. Die Tochtergesellschaft wird dann als „Erfüllungsgehilfe“ der Anstalt tätig. So kann das Know-how und die Finanzausstattung hinsichtlich der zu erfüllenden Aufgabe wenigstens mittelbar verbessert werden.

VII. Steuerlicher Vorteile durch die hoheitlich tätige Anstalt

Aus steuerrechtlicher Sicht lassen sich grundsätzlich keine allgemeinen Aussagen über die Vorteilhaftigkeit einer bestimmten Rechtsform treffen. Zum einen ist das Steuerrecht ständigen, unvorhersehbaren Änderungen unterworfen und wohl so kurzlebig wie keine andere Rechtsmaterie. Zum anderen hängt die konkrete Steuerbelastung eines Unternehmens stark von den Umständen des Einzelfalls ab.

Grundsätzlich verhält sich das Steuerrecht rechtsformneutral, d.h. juristische Personen des öffentlichen und des Privatrechts im Steuerrecht aus Gründen der **Wettbewerbsneutralität** grundsätzlich gleich behandelt.[26] Daher lassen sich kaum zwingenden Gründe für oder gegen die eine oder andere Rechtsform benennen.

Ein steuerlicher Vorteil kann sich aber ergeben, wenn die Anstalt **hoheitliche Tätigkeiten** erfüllt. Denn während die Kapitalgesellschaften und teilweise auch Personengesellschaften kraft ihrer Rechtsform körperschafts-, gewerbe- und umsatzsteuerpflichtig sind, gilt dies für die Anstalt nur, soweit sie einen „Betrieb gewerblicher Art“ (BgA) betreibt.[27] Wird die Anstalt dagegen hoheitlich tätig[28], ist sie von der Körper-

[26] Vgl. *Kessler/Fritz/Gastl*, Ertragssteuerliche Belastung wirtschaftlicher Betätigungen von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, BB 2001, S. 961, 967; *Gay/Neudert*, in: *Wurzel/Schraml/Becker*, a.a.O., S. 329 f.

[27] Vgl. §§ 1 Abs. 1 Nr. 1 und 6, 4 KStG, § 2 Abs. 2 und 3 GewStG, § 2 Abs. 1 und 3 UStG. Ausführlich zu Begrifflichkeiten und Abgrenzungsfragen *Gay/Neudert*, in: *Wurzel/Schraml/Becker*, a.a.O., S. 277 ff. m.w.N.

[28] Auf kommunaler Ebene sind dies unter anderem die Abfallentsorgung (nicht: Abfallverwertung), Abwasserbeseitigung und Straßenreinigung. Vgl. für die Bundesebene Art. 87 und 89 GG.

schaft-, Gewerbe-, Umsatz- und Grundsteuer[29] befreit. Freilich ist dies nur dann von Vorteil, wenn durch die Tätigkeit auch nennenswerte Gewinne erzielt werden. Andernfalls kann die **Steuerfreiheit** zum Nachteil gereichen, da der umsatzsteuerliche **Vorsteuerabzug** entfällt, mithin die Kosten für Investitionen „brutto“ anfallen und damit teurer sind als bei Vorliegen der Umsatzsteuerpflicht. Dennoch gilt hier der Grundsatz, dass es „nichts besseres als die völlige Steuerfreiheit geben kann“[30]

X. Das Personal der Anstalt

Auch in personalrechtlicher Hinsicht kann es die Anstalt mit den Privatrechtsformen aufnehmen.

Als juristische Person ist die Anstalt wie die Kapitalgesellschaften auch grundsätzlich selbst **Arbeitgeberin** der bei ihr beschäftigten ArbeitnehmerInnen und Angestellten. Der Vorstand der Anstalt trifft alle personalpolitischen Entscheidungen und besitzt eine uneingeschränkte Weisungsbefugnis. Kraft Gesetzes oder Satzung kann der Anstalt darüber hinaus auch die **Dienstherrnfähigkeit** verliehen werden. Im Gegensatz zu den Privatrechtsgesellschaften kann die Anstalt also Beamten beschäftigen und diese auch in nicht hoheitlichen Bereichen einsetzen. Dies ist insbesondere dann von Vorteil, wenn die Anstalt im Wege der Umwandlung eines bislang in die Verwaltung des Anstaltsträgers eingegliederten Betriebs hervorgehen soll, bei dem Beamte beschäftigt sind. Dienstrechtliche Hindernisse, die bei einer Privatisierung aufträten, lassen sich so vermeiden.[31]

Die Anstalt gehört als eigenständiges Rechtssubjekt auch nicht automatisch den Tarifverbänden an. Wird sie nicht Mitglied, so gelten im Falle einer Umwandlung die bisher einschlägigen tarifvertraglichen Regelungen nur für die bereits vorhandenen Arbeitnehmer weiter.[32] Neueinstellungen können bei Nichtmitgliedschaft dann wie bei privatrechtlichen Gesellschaften auch zu untertariflichen Bedingungen erfolgen. Im

---

[29] Vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1 GrStG. Für den Grunderwerb gilt § 4 Nr. 1 GrEStG, soweit eine öffentlich-rechtliche Aufgabe auf die Anstalt übertragen wird.
[30] So *Britsch*, Steuerliche Apekte bei der Gründung einer Entsorgungs-GmbH, in: *Bauer/Schink*, Organisationsformen in der öffentlichen Abfallwirtschaft (1993), S. 52, 66.
[31] Vgl. *Lindt/Schmitz*, in: *Wambach*, a.a.O., S. 40, 50. In privatrechtlich organisierten Unternehmen können Beamte nur im Wege der Dienstüberlassung oder einer Zuweisung nach § 123a BRRG eingesetzt werden. Dienstherr bleibt dann aber die überlassende bzw. zuweisende Stelle. Ausführlich dazu *Gaß*, a.a.O., S. 262 ff.
[32] Vgl. § 613a Abs. 1 Sätze 2 bis 4 BGB.

Übrigen wird die Bindung an das **Tarifrecht** des öffentlichen Dienstes in der Regel nicht als entscheidender Grund für eine Privatisierung angesehen.[33] Im Gegenteil birgt eine Privatisierung bislang öffentlich-rechtlicher Betriebe wegen des Übergangs der Versorgungslasten zugunsten der ArbeitnehmerInnen oftmals nicht unerhebliche finanzielle Risiken, weil keine Pensionsrückstellungen beim umwandelnden öffentlichen Rechtsträger vorhanden sind.

Was die **Mitbestimmung** der ArbeitnehmerInnen anlangt, so richtet sich diese bei der Anstalt nicht nach den arbeitsrechtlichen Regelungen, sondern nach dem Personalvertretungsrecht des Bundes bzw. der Länder. Die Anstalten sind auch nicht den Regelungen des MitbestG bzw. DrittelbG unterworfen, die eine drittelparitätische oder paritätische Mitgliedschaft von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat von Kapitalgesellschaften vorsehen. Letztere ist vor dem Hintergrund des **Demokratieprinzips** ohnehin nicht unbedenklich.[34] Zumindest wird die Möglichkeit der Einflussnahme des öffentlichen Gesellschafters über den Aufsichtsrat durch die Mitgliedschaft auch von Arbeitnehmern nicht unerheblich eingeschränkt. Allerdings bleibt es den Gesetzgebern unbenommen, auch im Anstaltsrecht eine unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer durch Entsendung von Mitgliedern in den Verwaltungsrat vorzusehen.

XI. Haftung, Gewährträgerhaftung, Vergaberecht

Last but not least noch einige Worte zur Haftung und Gewährträgerhaftung:

Als juristische Personen haften sowohl die Anstalt als auch die Kapitalgesellschaften den Gläubigern unbeschränkt mit ihrem Vermögen. Darüber hinaus besteht bei den **Kapitalgesellschaften** das so genannte **Trennungsprinzip**: Danach ist eine unmittelbare Haftung der Gesellschafter, also der öffentlichen Hand als Unternehmensträger, gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft ausgeschlossen. Dagegen trifft den Träger einer **Anstalt** in der Regel eine **Gewährträgerhaftung**. Danach haftet der Anstaltsträger für die Verbindlichkeiten der Anstalt gegenüber Dritten nachrangig, aber unbeschränkt.

---

[33] Vgl. *Augat*, in: *Wurzel/Schraml/Becker*, a.a.O., S. 237, 245, 267; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 309. Zu den Möglichkeiten und Vorteilen einer Ausgliederung des Personals auf eine Tochtergesellschaft der Anstalt („Service-Gesellschaft“) vgl. *Schraml*, in: *Wambach*, a.a.O., S. 144, 152 f.
[34] Dazu *Ossenbühl*, Mitbestimmung in Eigengesellschaften der öffentlichen Hand, ZGR 1996, S. 504, 510 f.; *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen (2. Aufl. 1985), S. 139 ff.

Die Beschränkung der Außenhaftung auf das Gesellschaftsvermögen wird oft als Pro der Privatrechtsformen gewertet. Diese Ansicht verkennt aber, dass die öffentliche Hand im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft sehr wohl eine **Konkursabwendungspflicht** treffen kann. Denn die öffentliche Hand darf sich durch eine „Flucht ins Privatrecht“ nicht ihrer Verantwortung für die Erfüllung einer Aufgabe entziehen. Dies muss jedenfalls für die Erfüllung von Pflichtaufgaben gelten.[35]

Im Übrigen kann die Gewährträgerhaftung der Anstalt auch zum Vorteil gereichen, wenn es um die Bewertung der Bonität der Anstalt bei der Kreditvergabe geht. Immerhin haben die Gläubiger der Anstalt die Garantie, dass ihre Ansprüche bedient werden, sodass auch die **Kreditwürdigkeit** der Anstalt höher zu bewerten ist. Allerdings ist fraglich, ob das Modell der Gewährträgerschaft bei weiterer Verbreitung dieser Organisationsform unter wettbewerbs- und gemeinschaftsrechtlichen Gesichtspunkten noch zukunftsfähig ist. Für den Bereich der Landesbanken und Sparkassen sind Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bis 19.7.2005 wettbewerbskonform umzugestalten. Einige Landesgesetzgeber haben bereits Konsequenzen gezogen und auch für die kommunalen Anstalten eine Gewährträgerhaftung der Kommune nicht mehr vorgesehen.[36] Meiner Ansicht nach stellt die Gewährträgerhaftung daher kein für die Zukunft tragfähiges Argument für die Anstalt dar.

Aus dem Haftungsrecht im weitesten Sinne lassen sich daher weder für die Anstalt noch für eine Privatisierung Vorteile ableiten.

Gleiches gilt auch für das **Vergaberecht**, das als Privatisierungsfolgerecht immer mehr an Bedeutung gewinnt.[37] Oberhalb der Schwellenwerte[38] gilt das Vergaberecht für öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 98 GWB unabhängig von der Rechtsform. Unterhalb der Schwellenwerte gilt vorrangig das staatliche und kommunale Haushaltsrecht. Demnach liegt es in der Hand des jeweiligen Gesetzgebers, das Vergabe-

[35] Str. vgl. *Lindt/Schmitz*, in. *Wambach*, a.a.O, S. 40, 51; *Wurzel/Schraml*, in: *Wurzel/Schraml/Becker*, a.a.O., S. 421, 433; *Gaß*, a.a.O., S. 79 f.; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, a.a.O., S. 321. A.A. (statt aller) *Katz*, a.a.O., S. 96 ff. m.w.N.
[36] Vgl. § 113d NdsGO; § 106a Abs. 4 GO S-H i.V.m. § 9 KUVO S-H.
[37] Insgesamt dazu *Neusinger/Schröder*, in: *Wurzel/Schraml/Becker*, a.a.O., S. 331, 342 ff.
[38] Vgl. § 2 VgV.

recht für bestimmte Rechtsformen als anwendbar zu erklären. Von dieser Möglichkeit wird sehr unterschiedlich Gebrauch gemacht.[39]

XII. Zusammenfassung

Nach Untersuchung aller wesentlichen Entscheidungskriterien kann die AöR meines Erachtens uneingeschränkt als Alternative zur Privatisierung empfohlen werden. Dies insbesondere wegen der elastischen Organisationsstruktur, die eine optimale Ausrichtung der Struktur der Anstalt an der zu erfüllenden Aufgabe ermöglicht. Mit der AöR ist weiter die Trennung von Verantwortung und Kontrolle innerhalb der Anstalt, aber auch im Verhältnis zum Anstaltsträger möglich, die für unternehmerisches Handeln unerlässlich ist. Und schließlich gelingt auch der Verbund von unternehmerischer Freiheit einerseits und notwendiger Einflussnahme und Kontrolle andererseits am, ehesten mit der Anstalt. Ich denke, die Ausführungen haben gezeigt, dass die Anstalt es auch sonst mit den Privatrechtsformen aufnehmen kann. Die Anstaltsform sollte daher auch im staatlichen Bereich – also auf Bundes- und Landesebene – wieder ins Bewusstsein Entscheidungsträger rücken.

Fazit: Der öffentliche Sektor kann und darf sich den neuen Entwicklungen nicht entziehen und muss sich dem Wettbewerb stellen. Einen anderen Weg wird es angesichts der finanziellen Lage, des aktuellen ordnungspolitischen Leitbildes und fortschreitender Deregulierung auch nicht geben. Trotz dieser Entwicklungen hat die öffentliche Hand aber in jedem Fall Gestaltungsspielräume bei der Auswahl der Mittel. Ich plädiere für eine Trennung der hoheitlichen von den betrieblichen Aufgaben, die auch in der Struktur zum Ausdruck kommt. Dabei darf sich der öffentliche Sektor aber eben nicht völlig zurückziehen, sondern muss auch seiner Verantwortung gerecht werden. Um diese Ziele miteinander zu vereinbaren, ist die Anstalt des öffentlichen Rechts die richtige Rechtsform!