

**Corporate Governance und
öffentlich-rechtliche Unternehmen**

Helmut Siekmann

Arbeitspapier 7/95

Corporate Governance
und öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen

von
Helmut Siekmann
Ruhr-Universität Bochum

Gliederung

A. Einführung und Problemstellung	1
B. Corporate governance	4
1. Grundlagen	4
11. Grenzüberschreitende Sichtweise	5
111. "Corporate governance" Modelle	7
IV. Die Bedeutung institutioneller Anleger	8
C. Öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen	10
1. Öffentliche Unternehmen	10
11. Die öffentlich-rechtliche Organisation eines Unternehmens	12
111. Bedeutung und Verbreitung	13
D. Das maßgebende Rechtsregime	17
1. Verwaltungsrecht statt Gesellschaftsrecht	18
11. Fehlen gesamtstaatlicher Organisationsgesetze	19
111. Spezialgesetze des Bundes	20
IV. Landesrecht	20
V. Satzungsrecht	22
VI. Ungeschriebene Regeln des allgemeinen Verwaltungsrechts	22
VII. Besondere Anforderungen des Verfassungsrechts	23
1. Institutioneller Gesetzesvorbehalt	23
2. Erfüllung öffentlicher Aufgaben	24
3. Die Verantwortlichkeit gegenüber demokratisch legitimierten Repräsentanten	26
4. Reduzierter Rechtsschutz	28
VIII. Kirchenrecht	29
E. Die rechtlichen Grundstrukturen	30
1. Organisation	30
11. Unternehmensleitung und Verwaltungskontrolle	32
111. Rechnungswesen	33
IV. Abschlußkontrolle	34
V. Steuerpflicht und Transferleistungen	36
VI. Begrenzung des Tätigkeitsfeldes	37
1. Sachliche Grenzen	37
2. Örtliche Grenzen	39

F. Die verhaltensbestimmenden Faktoren	39
I. Grundprobleme	39
1. Widerstreitende Ziele	39
2. Verselbständigung und Instrumentalfunktion	
3. Verschachtelung	43
4. Markt für Unternehmenskontrolle	45
5. Internes Monitoring	46
11. Das Management	48
III. Grenzen für den Unternehmensträger	50
1. Personengleichheit	50
2. Fehlende Information und fachliche Qualifikation der Kontrollorgane	50
3. Desinteresse der Leitung des Trägergemeinwesens	51
4. Zeitliche Belastung der Kontrollpersonen	52
5. Rollenverständnis der Kontrollpersonen	53
IV. Die Kapitalgeber	54
V. Die Produktmärkte	58
VI. Ergebnisse und Schlußfolgerungen	58
G. Effizienz	60
H. Zusammenfassung	61

A. Einführung und Problemstellung

Die öffentlichen Unternehmen sind sowohl von rechtswissenschaftlicher¹ als auch von wirtschaftswissenschaftlicher Seite eingehend untersucht worden. Verstärkte Aufmerksamkeit hat dabei die **Kontrolle** dieser Unternehmen **gefunden**.³ Die Besonderheiten **öffentlich-rechtlicher Organisationsformen** sind allerdings kaum systematisch aufgearbeitet worden.⁴ Das mag nicht zuletzt an der nahezu unübersehbaren Vielfalt der Erscheinungsformen liegen, mit erheblichen lokalen oder regionalen Besonderheiten. Auch werden sie von betriebswirtschaftlicher Seite kurzer Hand für unbedeutend erklärt, da es vom ökonomischen Standpunkt

-
- ¹ Vgl. nur Hans Staudinger, *Der Staat als Unternehmer*, Berlin 1932; **Hans H. Klein**, *Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb*, Stuttgart Berlin Köln Mainz, 1968; **Volker Emmerich**, *Das Wirtschaftsrecht öffentlicher Unternehmen*, Bad Homburg 1969; **Wolfgang Rübner**, *Zur Stellung der bundesunmittelbaren Unternehmen des öffentlichen Rechts im Haushaltsrecht*, in: Festschrift E. Menzel, 1975, S. 67 ff.; Jürgen **Backhaus**, *Öffentliche Unternehmen*, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1980; Bernd **Janson**, *Rechtsformen öffentlicher Unternehmen in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden 1980; **Gunnar Folke Schuppert**, *Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten*, Göttingen 1981; Günter **Piittner**, *Die öffentlichen Unternehmen*, Stuttgart München Hannover, 2. Aufl. 1985; **Christoph Gusy**, *Die wirtschaftliche Betätigung des Staates*, JA 1995, S. 166 ff., 253 ff..
 - ² **Albert Schnettler**, *Öffentliche Betriebe*, Essen, 1956; **Eberhard Witte** und **Jürgen H. Hauschild**, *Die öffentliche Unternehmung im Interessenkonflikt*, Berlin 1966; **Theo Thiemeyer**, *Wirtschaftslehre öffentlicher Betriebe*, Reinbek 1975; **Karl Oettle**, *Grundfragen öffentlicher Betriebe 1*, Baden-Baden 1976; **Charles Beut Blankart**, *Ökonomie der öffentlichen Unternehmen*, München 1980.
 - ³ Vgl. die Beiträge in: *Kontrolle öffentlicher Unternehmen*, Band 1, Baden-Baden 1980; *Kontrolle öffentlicher Unternehmen*, Band 2, herausgegeben von der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft, Baden-Baden 1982; **Heidrun Abromeit**, *Öffentlicher Zweck und öffentliche Kontrolle. Ansätze zu einer politischen Theorie der öffentlichen Unternehmung*, PVS 1985, 292; **Gunnar Folke Schuppert**, *Zur Kontrollierbarkeit öffentlicher Unternehmen*, *Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen*, Bd. 8 (1985), S. 310 ff., der aber das Schwergewicht seiner Untersuchung auf die Steuerung durch Normgebung und nicht so sehr auf die Steuerung durch Organisation und Personal legt (3 11); **Stefan Machura**, *Die Kontrolle öffentlicher Unternehmen*, 1993; **ders.**, *Kontrolle öffentlicher Unternehmen durch eine mehrdimensionale Strategie*, *Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen*, Bd. 17 (1994), S. 156 ff.
 - ⁴ Eine Ausnahme bilden die Beiträge von **Münch**, **Eichhorn**, **Eiermann**, **Witte**, **Schauwecker**, **Burmeister**, **Rehm**, **Kaluza**, **Bolsenkötter** und **Weber** im dritten Kapitel der Festschrift für Erich Potthoff (Peter Eichhorn [Hrsg.], *Unternehmensverfassung in der privaten und öffentlichen Wirtschaft*), Baden-Baden 1989, S. 177-302.

tend erklärt, da es vom ökonomischen Standpunkt aus gleichgültig sei, in welcher Form der Staat die von ihm angebotenen Güter und Dienste anbiete.⁵

Nicht auf den ersten Blick erkennbar ist, was "corporate governance" mit solchen öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen zu tun haben kann. "Corporate governance" ist doch im Kern ein **angelsächsisches** Thema, das sich zudem fast ausschließlich mit **privatrechtlich** organisierten Kapitalgesellschaften befaßt. **Handelbare Anteile** spielen dabei eine wichtige Rolle, auch wenn sie nicht zwingend damit verbunden sind. All das fehlt bei öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen. Schon wegen ihrer Organisationsform müssen sie als Hervorbringungen des deutschen Verwaltungsrechts, als Einrichtungen **mittelbarer Staatsverwaltung**, angesehen werden, jedenfalls in **Deutschland**.⁶

Auf den ersten Blick dürfte aber kaum etwas ferner für die "corporate governance" Debatte liegen als **deutsches Verwaltungsrecht**, namentlich Landesverwaltungsrecht oder gar autonomes Satzungsrecht, das nicht selten das maßgebende Rechtsregime für derartige Unternehmen ist. Dementsprechend kommen öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen in der "corporate governance" Diskussion praktisch nicht vor. Aber auch in der umgekehrten Blickrichtung ist weitgehend "Fehlannonce" zu vermeiden. Selbst in der verhältnismäßig ausführlichen Erörterung von Führung und **Kontrolle öffentlicher Unternehmen** in Deutschland ist "corporate governance" ein Fremdwort geblieben.

Gleichwohl ergeben sich bei genauerem Hinsehen Berührungspunkte, von der beide Seiten profitieren könnten: Nachdem sich "corporate governance" zunehmend mit institutionellen Anlegern befaßt, dürfte der Staat und seine Untergliederungen als Träger von Unternehmen ein interessantes Studienobjekt sein. Das gilt vor allem im Hinblick auf eine wichtige Gruppe institutioneller Anleger: die amerikanischen **Pensions-**

5 Vgl. *Arnold Picot and Birgitta Wolff*, Institutional Economics of Public Firms and Administrations, *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)*, 150 (1994), S. 213.

6 Vergleichbare Einrichtungen in anderen Rechtsordnungen, wie die "**société nationale**" im französischen Rechtskreis, müssen ausgeklammert werden, um das Thema auch nur einigermaßen eingrenzen zu können.

fonds öffentlicher **Bediensteter**.⁷ Sie unterscheiden sich nach Organisation und Verhalten möglicherweise gar nicht so sehr von autonomen Subjekten deutscher Verwaltung. Darüber hinaus ist im amerikanischen "corporate governance" Schrifttum eine Hinwendung zu "politischen Modellen" zu beobachten.' Zum Teil wird sogar ausdrücklich gefordert, Anleihen beim **öffentlichen Sektor** zur Lösung von "corporate governance" Problemen privater Unternehmen zu **machen**.⁹ Auch das macht öffentlich-rechtliche Einrichtungen interessant.

Umgekehrt kann aber auch die öffentlich-rechtliche Seite von der langjährigen "corporate governance" Debatte profitieren. Leitung und Kontrolle öffentlicher Unternehmen ist durchaus noch nicht immer befriedigend gelöst. Im Gegenteil bestehen Anzeichen für die Ausdehnung kontrollfreier Räume, in denen ein starkes Management weitgehend nach Belieben agieren kann. Auch die von manchen amerikanischen Autoren gepriesenen "demokratischen" Kontrollstrukturen, die in öffentlich-rechtlichen Einrichtungen hervorragend funktionieren müßten, weisen in der Praxis erhebliche Schwächen und Tücken auf. Nicht ohne Grund ist deshalb die Ausformulierung von "Grundsätzen ordnungsmäßiger Überwachung öffentlicher Unternehmen" gefordert worden.¹⁰

Im folgenden soll untersucht werden, ob eine Brücke zwischen öffentlich-rechtlichen Organisationsformen und "corporate governance" geschlagen werden kann, und zwar von beiden Seiten her. Möglichkeiten und Grenzen eines solchen Unternehmens kön-

7 Hervorhebung ihrer Bedeutung bei Bernard *S. Black*, Shareholder Passivity Reexamined, 89 Michigan Law Review 598 f. (1990); *Roberta Romano*, Public Pension Fund Activism in Corporate Governance Reconsidered, 93 Columbia Law Review, 795 (1993); dies., Public Pension Fund Activism in Corporate Governance Reconsidered, in: *Theodor Baums, Richard M. Buxbaum, Klaus J. Hopt*, (Ed.), Institutional Investors und Corporate Governance, Berlin New York 1994, S. 105 ff.

8 *Mark J. Roe*, A Political Theory of American Corporate Finance, 91 Columbia Law Review, 10 (1991); *John Pound*, The Rise of the Political Model of Corporate Governance and Corporate Control, 68 New York University Law Review, 1003 (1993).

9 Nachdrücklich *Pound*, ebda., S. 1026, 1028 ff.

10 Vgl. Theo *Thiemeyer*, in: Kontrolle öffentlicher Unternehmen, Bd. 1, 1980, S. 13. Der Wissenschaftliche Beirat der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft hat ebenfalls eine dahingehende Empfehlung ausgesprochen (ebd. S. 15).

nen hier nur angedeutet werden. Einzelheiten müssen eingehenderen Untersuchungen, namentlich auch zur weiteren Aufklärung der Rechtstatsachen, vorbehalten bleiben.

B. Corporate governance

1. Grundlagen

Schon seit Jahrzehnten wird in den USA eine intensive "Corporate Governance Debate" geführt; mit wechselnden Inhalten und Ergebnissen. Das American Law Institute hat dazu nunmehr Prinzipien veröffentlicht.¹¹ Als Ausgangspunkt wird stereotyp das Unternehmensmodell von *Berle* und *Means* genannt: Auseinanderfallen von Eigentum und Leitung des modernen Unternehmens.¹² Es ist Teil der allgemeinen "principal-agent" Problematik. Die damit verbundenen Fragen waren indes nicht so neu, wie es jetzt erscheinen mag. Sie tauchen immer dann auf, wenn es gegliederte Organisationsstrukturen gibt und Geld für fremde Rechnung verwaltet wird. Schon im Zeitalter des Absolutismus haben sie im öffentlichen Sektor zur Gründung von verselbständigten Einrichtungen der Finanzkontrolle geführt ("Ober-Rechen-Rath" 1707 in Sachsen, "General-Rechen-Kammer" 1714 in Preußen).¹³ Damit ist ansatzweise schon sehr früh der Versuch einer "corporate governance" unternommen worden.

Die "corporate governance" Debatte befaßt sich nach der Umschreibung von *Heinz-Dieter Assmann* schwergewichtig mit "den Zusammenhängen zwischen Unternehmensleitung, Leitungskontrolle und Unternehmenserfolg aus der Sicht der Anteilseigner".¹⁴ "Corporate governance" hat danach etwas mit **Kontrolle zu** tun, aber nur

¹¹ Eingehende Würdigung unter Einbeziehung ihres Entstehungsprozesses durch *Alex Elson* und *Michael L. Shakman*, *The ALI Principles of Corporate Governance: A Tainted Process and a Lawed Product*, 49 *The Business Lawyer* 1761-1792 (1994).

¹² *Roe* (Fn. 8), S. 10.

¹³ Vgl. *Klaus Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band 2, München 1980, S. 410 f. mit zahlr. Nachw.

¹⁴ *Die Aktiengesellschaft* 1995, S. 289.

in einem sehr weit verstandenen Sinne und nicht nur mit ex post Maßnahmen. Keinesfalls vernachlässigt werden darf aber der Aspekt der **Leitung**. Leitungsmacht hat aber auch etwas mit Kontrolle zu tun.¹⁵ Wer seine Vorstellungen von der Unternehmensführung durchsetzen kann, kontrolliert das Unternehmen.¹⁶ Treffend ist der englische Begriff "monitoring", der noch in ex ante, interim und ex post aufgliedert werden kann.

Dieses Dilemma ist auch dem Verwaltungsrecht bekannt. Sobald Einheiten verselbständigt werden, kann ihr Verhalten **nachträglich** durch Gerichte, Parlamente oder Rechnungshöfe überprüft werden. Das ist **Kontrolle** in einem engen Sinne. Davon zu unterscheiden ist das Instrument der **Aufsicht**, das überall im öffentlichen Recht zu finden ist. Es läßt sich nicht so eindeutig einordnen. Die Aufsicht ist sowohl Kontrollinstrument - Maßnahmen können (nachträglich) beanstandet oder aufgehoben werden - als auch Führungsinstrument: Es können mehr oder weniger weitgehende Weisungen erteilt werden. Das öffentliche Recht unterscheidet dabei - je nach Intensität der Weisungsbefugnisse - zwischen Fachaufsicht und Rechtsaufsicht. Fach- und Rechtsaufsicht sind **institutionenbezogen**. Die davon getrennte und regelmäßig auch institutionell verselbständigte Dienstaufsicht ist **personenbezogen**.

11. Grenzüberschreitende Sichtweise

Seit geraumer Zeit gewinnen rechtsvergleichende Überlegungen zunehmenden Stellenwert. Dabei geht der Blick der - auf diesem Gebiet führenden - Amerikaner vornehmlich nach Japan und Deutschland,¹⁷ da diese Länder in mancher Hinsicht

¹⁵ *Manfred H. Kessler*, Die Leitungsmacht des Vorstandes der Aktiengesellschaft, Die Aktiengesellschaft 1995, 61, 120; zu den Rechtstatsachen *Eddy Wymeersch*, Unternehmensführung in Westeuropa, Die Aktiengesellschaft 1995, 299 ff.

¹⁶ Vgl. Die Definition im Report Report of the Committee on the **Financial Aspects** of Corporate Governance v. 1. 12. 1992 ("Cadbury Report"), London 1992, S. 15: "Corporate governance is the **system** by which companies are directed and **controlled**".

¹⁷ Vgl. nur *Ronald J. Gilson* and *Mark J. Roe*, Understanding the Japanese Keiretsu: Overlaps between Corporate Governance and Industrial Organization, 102 The Yale Law Journal, 871 (1993); *Mark J. Roe*, Some **Differences** in Corporate Structures in Germany, Japan, and the

ökonomisch - und vielleicht auch gesellschaftlich - großen Erfolg haben. Dieses Erkenntnisinteresse hat sich seit den letzten Schwächeanfällen des Dollar-Wechselkurses, die eher eine Stärke der DM und des Yen sind, noch verstärkt.

Für die Amerikaner kann es von vitalem Interesse sein, herauszufinden, ob die Organisation der Wirtschaft, namentlich aber die Führung der Großunternehmen, dafür verantwortlich ist. Zwei Fragen stehen dabei im Vordergrund:

- (1) Welche normativen **und** tatsächlichen **Unterschiede** sind festzustellen?
- (2) Sind sie zumindest **mitursächlich** für eine bessere "performance"?

“Corporate governance” interessiert aber auch seit einiger Zeit die Gegenseite. So gibt es mittlerweile eine ganze Reihe von Untersuchungen aus deutscher Sicht, die entweder in den USA oder in Deutschland publiziert worden sind.¹⁸ Auch sind bereits erste Gemeinschaftswerke zu verzeichnen.¹⁹ Zum Teil werden die amerikanischen Strukturen und Verfahrensweisen studiert, um ebenso wie die Amerikaner von der Gegenseite zu lernen. Zum Teil werden aber auch deutsche Verhältnisse, allerdings mit den amerikanischen Fragestellungen untersucht.²⁰ Das ist nicht zuletzt für die großen, international tätigen institutionellen Anleger von Bedeutung. Schließlich kann es von

United States, 102 *The Yale Law Journal*, 1927 (1993); *ders.*, German “Populism” and the Large Public Corporation, 14 *International Review of Law and Economics*, 187 (1994); **Edward B. Rock**, *America’s Fascination with German Corporate Governance*, Die Aktiengesellschaft 1995, S. 291 m. zahlr. Nachw.

18 Vgl. **Detlev F. Vagts**, Reforming the “Modern” Corporation: Perspectives from the German, 80 *Harvard Law Review*, 23 (1966); **Klaus J. Hopt**, *New Ways in Corporate Governance: European Experiments with Labor Representation on Corporate Boards*, 82 *Michigan Law Review*, 1338 (1984); **Alfred F. Conard**, *The Supervision of Corporate Management: A Comparison of Developments in European Community and United States Law*, 82 *Michigan Law Review*, 1459 (1984); **Christian J. Meierschatz**, 13 *Journal of Corporation Law*, 43 1-480 (1988); **Friedrich K. Kübler**, Institutional Owners and Corporate Managers: A German Dilemma, 57 *Brooklyn Law Review*, 97-111 (1991); **Theodor Baums**, *The German Banking System and Its Impacts on Corporate Finance and Governance*, EDI Working Papers, 94-13.

19 **Theodor Baums**, **Richard M. Buxbaum**, **Klaus J. Hopt**, (Ed.), *Institutional Investors und Corporate Governance*, Berlin New York 1994.

20 **Vagts** (Fn. 18); **Hopt** (Fn. 18); **Stephan Barthelmeß**, *Der Aufsichtsrat im Spiegel des “Monitoring Model” des American Law Institute*, Diss. Erlangen-Nürnberg 1987; **Baums** (Fn. 18), **Theodor Baums**, *Corporate Governance - System and recent Developments*, in: Mats Isaksson / Rolf Skog (Ed.), *Aspects of Corporate Governance*, Stockholm 1994, S. 31 ff.; **Wymeersch** (Fn. 15), S. 299.

besonderem Reiz sein, die Amerikaner zu beobachten, wie sie die Deutschen beobachten ("a German watching the Americans watching the Germans")²¹.

111. "Corporate governance" Modelle

Längere Zeit war die "corporate governance" Diskussion in den USA von der Idee eines **Marktes für Unternehmenskontrolle** beherrscht.²² Dem entsprach in der Praxis die weite Verbreitung feindlicher Übernahmen von Unternehmen: in einer ersten Welle in den dreißiger Jahren und dann in einer sehr spektakulären zweiten Welle in den siebziger und achtziger Jahren dieses Jahrhunderts. Sie ist dann Anfang der neunziger Jahre abrupt **verebbt**.²³ In Deutschland haben sie aber nie eine nennenswerte Rolle gespielt. **Dafür** waren namentlich institutionelle Gründe der Unternehmensleitung und -finanzierung in Deutschland maßgebend.²⁴

Das »Takeover« Modell der »corporate governance« entspricht dem »transaction-based model« der Wirtschaft.²⁵ Zweck von »corporate governance« ist es danach, »competing management teams« zu ermöglichen, in Wettbewerb um die Kontrolle des Firmenvermögens (control of corporate assets) zu treten.

In den letzten Jahren hat aber die Idee einer »baseline continuity« für die Unternehmen und ihr Management zunehmendes Gewicht **gewonnen**.²⁶ "Corporate governance"

21 **Rock** (Fn. 17), S. 295.

22 **Assmann** (Fn. 14), S. 290.

23 **Rock** (Fn. 17), S. 294.

24 Vgl. **Theodor Baums**, Feindliche Übernahmen und Managementkontrolle - Anmerkungen aus deutscher Sicht, Universität Osnabrück, Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht, Arbeitspapier 93-1; **ders** (Fn. 18), S. 16; zu den rechtlichen Möglichkeiten **Kessler** (Fn. 15), S. 129 f.

25 **Pound** (Fn. 8), S. 1020.

26 **Pound** (Fn. 8), S. 1021 bei Fn. 64.

spielt sich nunmehr fast ausschließlich **innerhalb** des Unternehmens ab,²⁷ namentlich mit Hilfe von Verhandlungen und Auseinandersetzungen um "proxy" Stimmrechte. Auch das wissenschaftliche Interesse hat sich in den Vereinigten Staaten ganz **überwiegend** den **Institutionen** zugewendet, namentlich den Mechanismen interner Kontrolle ("institutional monitoring").²⁸ Besondere Aufmerksamkeit wird in diesem Zusammenhang dem - sowohl in den USA als auch in Deutschland - rapide gewachsenen Anteil institutioneller Anleger gewidmet.²⁹ "**Institutional ownership**" ist nun das große Thema.³⁰

IV. Die Bedeutung institutioneller Anleger

Von den institutionellen Anlegern versprach man sich eine Überwindung der **rationalen Apathie** der Anteilsinhaber und eine **aktivere** Rolle im Rahmen des "corporate governance". Bessere Qualifikation und umfangreichere Informationen von **Fondsmanagern**³¹ sollten neben zunehmenden Skalenerträgen dazu beitragen. Besonders aktives Eingreifen wurde von den Pensionsfonds öffentlicher Bediensteter, wie CalPERS (California Public Employees Retirement System), **erwartet**.³² Die

27 Diesem Wechsel entspricht die grundlegende Dichotomie zwischen Verkauf des Unternehmens oder der Anteile daran und der internen Einflußnahme, grundlegend dazu **Albert O. Hirschman**, *Exit, Voice and Loyalty*, Cambridge, Mass., 1970.

28 Eingehender Vergleich der Vor- und Nachteile von "Institutional and Market Control" bei **Theodor Baums** (Fn. 18), S. 31-36.

29 Für die USA **Richard M. Buxbaum**, 57 *Brooklyn Law Review* 16 (1991); **Rock** (Fn. 17), S. 294; für Deutschland: **Kübler** (Fn. 18); **Heinz-Dieter Assmann**, in: *Großkommentar AktG*, 4. Aufl. 1992, Einl. Rdn. 308 f.; **Theodor Baums** und **Christian Fraune**, *Die Aktiengesellschaft* 1995, S. 97 ff.

30 **Black** (Fn. 7), 520, 595 ff.; **Ronald J. Gilson / Reinier Kraakman**, *Reinventing the Outside Director: An Agenda for Institutional Shareholders*, 43 *Stanford Law Review*, 863-906 (1991); **John C. Coffee, Jr.**, *Liquidity versus Control: The Institutional Investor as Corporate Monitor*, 9 *Columbia Law Review* 20 (1991).

31 **Pound** (Fn. 8), S. 1040: "More concentrated ownership increases the general level of expertise and informedness among major corporate shareholders."

32 **Black** (Fn. 7), S. 599 f.; Auseinandersetzung mit dieser Auffassung und weitgehende Widerlegung durch **Romuno** (Fn. 7), S. 105 f., 108, 126 ff.

deutschen Erfahrungen sollten wegen der starken Stellung der Großbanken neue Erkenntnisse liefern. ³³

In Deutschland bedeuten die Veränderungen in der Aktionärsstruktur keine ebenso einschneidende Änderung für die Leitung des Unternehmens wie in den USA, da deutsche Aktiengesellschaften immer schon in erheblichem Umfang von Institutionen beherrscht wurden, den (drei) Großbanken. Sie können über eigene Anteile, die von ihnen beherrschten Finanzintermediäre (Investmentsfonds) und das Depotstimmrecht ihrer Kunden maßgebenden Einfluß auf einen nennenswerten Teil der größten deutschen Unternehmen ausüben. Hinzu kommt noch ihre Stellung als **Fremdkapitalgeber**.³⁴

Deutsche **öffentlich-rechtlich** organisierte Unternehmen müßten in diesem Kontext besondere Aufmerksamkeit erregen: Sie werden - bisher jedenfalls - **ausschließlich** von institutionellen Trägern par excellence beherrscht, juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Allerdings werden sie bisher von gesellschaftsrechtlicher Seite nur ansatzweise wahrgenommen. ³⁵ Einzelstudien könnten weitere Aufschlüsse über Verhalten und Durchsetzungsfähigkeit institutioneller Träger von Unternehmen beisteuern. Allerdings gilt es, ihre Besonderheiten gebührend zu berücksichtigen.

33 *Assmann* (Fn. 14), S. 290.

34 Sie ist aber weniger bedeutend als meist angenommen *Baums* (Fn. 18), S. 12 f.

35 Vgl. *Baums / Fraune* (Fn. 29), S. 97, die bei der Aufzählung der institutionellen Anleger lediglich die berufsständischen Versorgungswerke und die Zusatzversorgungseinrichtungen für den öffentlichen Dienst nennen. Sie sind aber in verschiedener Hinsicht Sonderfälle. Jedenfalls sind sie nicht in nennenswertem Umfang Unternehmensträger, da sie sich nicht über Kapitalanlagen finanzieren.

C. Öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen

1. Öffentliche Unternehmen

Öffentliche Unternehmen sind Unternehmen, die ganz oder teilweise vom Staat oder einer seiner Untergliederungen getragen werden.³⁶ Ob reine Finanzanlagen dazurechnen sind, ist nicht sicher. Jedenfalls wird meist vorausgesetzt, daß der Staat auf Grund seiner Beteiligung in der Lage sein muß, bestimmenden Einfluß auf das Unternehmen auszuüben.³⁷ Die **Rechtsform**, in der das Unternehmen organisiert ist, spielt für diese Einordnung keine Rolle. Die **öffentliche Zweckbindung** ist aber wohl kein Begriffsmerkmal öffentlicher Unternehmen,³⁸ sondern eine einfachgesetzliche oder verfassungsrechtliche Anforderung an ihre Rechtmäßigkeit.

Ganz überwiegend wird dem Staat nicht nur die Freiheit eingeräumt, die Leistungsbeziehungen öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich **auszugestalten**.³⁹ Ihm soll auch **Wahlfreiheit** im Hinblick auf die **Organisationsform** zustehen.⁴⁰ Entscheidet er sich allerdings für privatrechtliche Formen, werden sie von Anforderungen des öffentlichen Rechts **überlagert**. Die Wahl der privatrechtlichen Organisationsform darf nicht zur "Abstreifung der Pflichten und Bindungen des Staates führen".⁴¹ Zudem unterliegen öffentliche Unternehmen mehr oder weniger intensiv der gezielten

36 Ähnlich *Thiemeyer* (Fn. 36), S. 19. *Piittner* stellt auf die "Inhaberschaft" der öffentlichen Hand ab, die "regelmäßig das Eigentum der öffentlichen Hand an der Unternehmenssubstanz" einschließt (Fn. 1, S. 35). Was "Eigentum der öffentlichen Hand" genau sein soll, wird allerdings nicht recht klar.

37 Vgl. *Machura*, Besonderheiten des Managements öffentlicher Unternehmen, Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, Bd. 16 (1993), S. 169, dessen Beschränkung der Träger auf Gebietskörperschaften aber zu eng ist.

38 So aber *Abromeit* (Fn. 3), S. 288.

39 Vgl. die ausführlichen Nachweise bei *Dirk Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin 1984, S. 65 f.; **dagegen** *Christian Pestalozza*, Formenmißbrauch des Staates, 1973, S. 166 ff.

40 *Piittner* (Fn. 1, S. 85; grundsätzlich ebenso *Ehlers* (Fn. 39), S. 113, allerdings mit zahlreichen Vorbehalten; **grundsätzlich dagegen** *Joachim Burmeister*, WiR 1972, 3 11, 3 13, 350; *Bernhard Kempen*, Die Formenwahlfreiheit der Verwaltung, München 1989, S. 91, 128.

41 *Piittner* (Fn. 1), S. 235, ferner 82 f.

Zugriffsmöglichkeit politischer **Instanzen**.⁴² Sie müssen deshalb immer auch als **Teil** der (mittelbaren) **Staatsverwaltung** begriffen werden.

Seit einiger Zeit wird auch in Deutschland der aus den USA stammende Begriff der **“Non-Profit-Organisationen”** verwendet.⁴³ Nicht selten ist seine Anwendung auf deutsche Verhältnisse jedoch irreführend oder gar sachlich falsch. Eine besondere Organisationsform der “non-profit organization” ist dem deutschen Recht fremd. Der Begriff kann allenfalls als grobe Kategorisierung für solche Einrichtungen verwendet werden, die nicht die sonst üblichen Unternehmensziele verfolgen (Gewinnmaximierung, Umsatzmaximierung, Marktanteilssicherung u.ä.) und regelmäßig als gemeinnützig anerkannt sind. Dahinter können sich jedoch sehr unterschiedliche Organisationsformen verbergen.

Zur Kennzeichnung öffentlicher Unternehmen ist der Begriff nicht geeignet.⁴⁴ Die Mehrzahl von ihnen arbeitet durchaus gewinnorientiert, auch wenn sie öffentliche Aufgaben erfüllen. Das gilt selbst dann, wenn sie keine Gewinne (offen) ausweisen (dürfen), wie beispielsweise die Provinzial-Versicherungen (Düsseldorf). Häufig sind sie **nicht gemeinnützig im** Sinne des Steuerrechts. Andererseits gibt es durchaus Gesellschaften des privaten Rechts, denen steuerrechtliche Gemeinnützigkeit zugebilligt worden ist (Beispiel: Blutspendedienste des DRK) oder die keine erwerbswirtschaftlichen Ziele verfolgen.⁴⁵ Beide Kategorien sind also nicht deckungsgleich.

42 Ähnlich **Abromeit** (Fn. 3), S. 289.

43 Vgl etwa **Peter Schwan**, Management in Nonprofit Organisationen, Bern Stuttgart Wien 1992.

44 Sinngemäß ebenso **Püttner** (Fn. 1), S. 29, 35.

45 Dazu **Volker Loidl**, Die GmbH ohne erwerbswirtschaftliche Zielsetzung, Köln 1970, der sich auch mit Gesellschaften befaßt, die nur “ideale Zwecke” verfolgen (S. 79 ff.).

11. Die öffentlich-rechtliche Organisation eines Unternehmens

Ein Unternehmen ist dann öffentlich-rechtlich organisiert, wenn sich seine "Verfassung", also sein Aufbau, seine Willensbildung und das Verhältnis zu seinen Trägern, Inhabern oder Teilhabern nach den Normen des öffentlichen Rechts richtet.

Trotz der Vielfalt der Erscheinungen lassen sich einige anerkannte **Grundtypen** öffentlich-rechtlicher **Organisationsformen** unterscheiden, in denen ein Unternehmen organisiert sein kann. Das sind:

- Körperschaft
- Anstalt
- Stiftung
- Eigenbetrieb
- Sondervermögen
- Regiebetrieb

Körperschaft, Anstalt und Stiftung können eigene Rechtspersönlichkeit haben. Eigenbetrieb und Sondervermögen sind teilweise organisatorisch verselbständigt und - in Grenzen - teilrechtsfähig.⁴⁶ Der Regiebetrieb ist dagegen nahezu vollständig in die Verwaltung integriert und besitzt fast keine rechtliche Selbständigkeit. Ganz überwiegend sind die öffentlich-rechtlichen Unternehmen als Anstalten oder Eigenbetriebe **organisiert**.⁴⁷ Über Umwandlungen und Entwicklungstendenzen liegt fast kein Zahlenmaterial vor.⁴⁸

46 Vgl. **Rupert Scholz /Rainer Pitschas**, Gemeindegewirtschaft zwischen Verwaltungs- und Unternehmensstruktur, Berlin 1982, S. 24 f., 33, 36; **Heinrich Schraffer**, Der kommunale Eigenbetrieb, Baden-Baden 1993 mit Reformvorschlägen (S. 97 ff.)

47 Genaue Angaben sind nur schwer erhältlich. Zum Teil ist kein entsprechendes Datenmaterial vorhanden. **Christoph Landerer** gibt die Anzahl der Eigenbetriebe mit 1000 an (Vor- und Nachteile verschiedener Rechtsformen öffentlicher Unternehmen, WSI-Mitteilungen 1990, S. 213).

48 **Landerer**, ebd., S. 214, der aber die Entwicklung der Mitgliederzahl des Verbandes kommunaler Unternehmen in der Rechtsform des Eigenbetriebes mit 477 im Jahre 1952, 623 im Jahre 1969 und 402 im Jahre 1988 angibt; ähnliche Zahlen bei **Paul Miinch**, in: Festschrift für Erich Potthoff, Baden-Baden 1989, S. 179.

Grundsätzlich ist anerkannt, daß eine solche Anstalt mehrere Träger haben kann. Sie nähert sich damit den Gesellschaften des Privatrechts an.⁴⁹ Kommunalkörperschaften können sich aber auch zu einem **Zweckverband** zusammenschließen, der dann Träger des Unternehmens ist,⁵⁰ das in beliebiger Rechtsform geführt werden kann.

111. Bedeutung und Verbreitung

Das geringere Interesse der Wissenschaft an den öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen mag darauf beruhen, daß sie zumindest zeitweise als eine aussterbende Spezies angesehen wurden, die über kurz oder lang der Privatisierung zum Opfer fallen wurden.⁵¹

Bahn und Post - ehemals sehr große Sondervermögen des Bundes - sind mittlerweile in Aktiengesellschaften umgewandelt worden. Auch einige öffentlich-rechtliche Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen sind nunmehr privatrechtlich organisiert; Beispiele: die Bayerische Staatsbank, die DBV-Versicherung, in ihrem Kern ursprünglich eine Anstalt hessischen Rechts.⁵²

-
- 49 Dazu näher **Helmut Siekmann**, Die verwaltungsrechtliche Anstalt-eine Kapitalgesellschaft des öffentlichen Rechts?, NWVBl. 1993, 361, 362 f.; zust. **Christian Koenig**, WM 1995, .
- 50 Unzutreffend **Münch** (Fn. 48). **Heinz Schauwecker** bejaht grundsätzlich seine Tauglichkeit als "Unternehmensverfassung" (Der Zweckverband als kommunale Unternehmensverfassung, in: Festschrift Erich Potthoff, Baden-Baden 1989, S. 219.
- 51 Vgl. dazu nur Gregory S. **Alexander** und **Gazyna Skapska (Ed.)**, A Fourth Way? Privatization, Property, and the Emergence of New Market Economies, New York and London, 1994; review in: 107 Harvard Law Review, 2105-2110 (1994); **Angelika Benz**, Privatisierung und Deregulierung - Abbau von Staatsaufgaben?, Die Verwaltung, Bd. 24 (1995), S. 337 ff. m. zahl. w. Nachw. ; **Albert Krölls**, Rechtliche Grenzen der Privatisierungspolitik, GewArch 1995, S. 129 ff. Sehr instruktiv sind die facher-übergreifenden Beiträge in **Jörn Ipsen** (Hrsg.), Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Köln Berlin Bonn München 1994, die auch Mischformen unter Beteiligung privaten Kapitals behandeln.
- 52 Problematisch ist, ob ein Rechtsanspruch für den Träger, die Anstalt oder die Benutzer auf Fortbestand der öffentlich-rechtlichen Organisationsform besteht; dazu eingehend und im Ergebnis verneinend **Klaus Stern** und **Helmut Siekmann**, Die Rechtsstellung der Provinzial-Versicherungsanstalten der Rheinprovinz, unveröffentlichtes Rechtsgutachten, 1993, S. 129 ff., 131 ff. ; in diesem Sinne auch **BVerfG** (1. Kammer), NJW 1995, S. 514 f. im Hinblick auf die Privatisierung der Hamburger Feuerkasse.

Es sind aber noch sehr große, finanzkräftige Unternehmen verblieben, die öffentlich-rechtlich organisiert sind, namentlich **Banken**,⁵³ **Versicherungen**,⁵⁴ Versorgungs- und Verkehrsbetriebe sowie **Rundfunkanstalten**⁵⁵.

Auch nach der Rechtsformprivatisierung der Postbank gibt es immer noch mehrere große **Kreditinstitute** des Bundes, die als Anstalt des öffentlichen Rechts organisiert sind; Beispiel: **DSL-Bank**.⁵⁶ Noch wichtiger sind die **Landesbanken**⁵⁷ und die **kommunalen Sparkassen**⁵⁸. Nach ihrem Bilanzsumme beträgt ihr Anteil mehr als ein Drittel aller Banken, einschließlich Spezialinstitute. Er ist größer als alle privaten Großbanken zusammengerechnet.⁵⁹

Im Bereich der Landesbanken zeichnen sich vor allem die **NordLB** nach ihrer Fusion mit der Bremer Landesbank, die Hessische Landesbank nach ihrer Wiedergesundung und Ausdehnung nach Thüringen und vor allem die **WestLB** aus. Dieses Institut betreibt in großem Stile internationale Geschäfte von Hongkong bis Luxemburg. Aber auch innerhalb Deutschlands entfaltet es eine rege Tätigkeit weit über den Finanzsektor hinaus. Die **WestLB** beherrscht - mit Unterstützung der **SüdWestLB** - einen der

-
- 53** Dazu Hannes **Rehm**, Zur Korrespondenz von Aufgabenstellung, Rechtsform und Unternehmensverfassung öffentlicher Banken, in: Festschrift Erich Potthoff, Baden-Baden 1989, S. 248 ff.
- 54** Dazu **Bernd Kaluza**, Unternehmensverfassung öffentlich-rechtlicher Versicherer, in: Festschrift Erich Potthoff, Baden-Baden 1989, S. 268 ff.
- 55** Dazu **Heinz Bolsenkötter**, Führungsstrukturen öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, in: Festschrift Erich Potthoff, Baden-Baden 1989, S. 278 ff.
- 56** Dazu **Olaf Schmidt**, Das DSL-Bank-Modell, Berlin 1992; krit. Bspr. **Friedrich Schoch**, DVBl. 1995, S. 636.
- 57** Dazu Georg **Dörries**, Zur Rechtstellung von Landesbanken, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris 1988
- 58** Dazu **Joachim Burmeister**, Ist die Unternehmensverfassung der Stadt- und Kreissparkassen als öffentlich-rechtliche Anstalten noch funktionsgerecht?, in: Festschrift Erich Potthoff, Baden-Baden 1989, S. 225 ff.
- 59** Statistische Beihefte zu den Monatsberichten der deutschen Bundesbank, Reihe 1: Bankenstatistik nach Bankgruppen, Juni 1991, Nr. 6.

größten Reisekonzerne Europas (LTU-Gruppe, Thomas Cook) und ist nur knapp mit dem Versuch gescheitert, die Marktführerschaft durch den Erwerb von TUI zu übernehmen.“ Dabei spielten industrie- und regionalpolitische Interessen rivalisierender Landesregierungen, aber auch des Bundes, der damals noch einige wichtige Mitbewerber (Lufthansa, Bundesbahn) beherrschte, eine wichtige Rolle.

Aber auch auf dem **Versicherungsmarkt** sind in erheblichem Umfang Unternehmen tätig, die Anstalten des öffentlichen Rechts sind. Das gilt auch nach Wegfall der europarechtlichen Exemptionen für die regional zum Teil weit verbreiteten öffentlich-rechtlichen Monopol- und Zwangsversicherungen. Zum Teil entfallen nur diese Sonderrechte, während die öffentlich-rechtliche Organisationsform verbleibt. Als Beispiele für große öffentlich-rechtliche Versicherungsunternehmen können die Provinzial-Versicherungen⁶¹ sowie die Hessen-Nassauische Brandkasse genannt werden. Diese Versicherungen treten häufig gemeinsam mit “befeundeten” öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten auf, vor allem den Sparkassen. Organisationsrechtliche Verflechtungen bestehen jedoch nicht oder sind wegen Verstoßes gegen zwingende öffentlich-rechtliche Vorgaben von zweifelhafter juristischer Qualität.

Als weitere große Unternehmensgruppe können die **Studentenwerke** genannt werden. Sie waren ursprünglich privatrechtlich organisierte Vereine zur Verbesserung der sozialen Lage der Studenten. Sie wurden erst vor etwa zwanzig Jahren in rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts umgewandelt. Das soll angeblich notwendig gewesen sein, damit sie Mittel nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz im Auftrag des Bundes verwalten konnten. Sie betreiben aber auch in erheblichem Umfang Wirtschaftsbetriebe, die ihre Leistungen am Markt verkaufen, zum Teil allerdings staatlich subventioniert.⁶²

60 Das war einer der wenigen feindlichen Übernahmeveruche in Deutschland. Besonders bemerkenswert ist dabei, daß Zielobjekt nicht eine AG, sondern eine GmbH ist.

61 Es handelt sich um mehrere rechtlich selbständige Anstalten in den preußischen Nachfolgestaaten (Kiel, Hannover, Münster, Düsseldorf), die aber nach außen in erheblichem Umfang gemeinsam auftreten, zum Teil als Teil der Sparkassenorganisation, obwohl es “kapitalmäßige” Verflechtungen nicht gibt oder von zuweifelhafter rechtlicher Wirksamkeit sind.

62 Dieser Teil soll aber durch die letzte Reform ihrer Finanzierungsmodalitäten in Nordrhein-Westfalen erheblich reduziert werden.

Schließlich sind hier auch noch die öffentlich-rechtlichen **Kirchen** und Religionsgemeinschaften zu nennen. Auch sie bieten in erheblichem Umfang Leistungen am Markt an, die keinen unmittelbaren Bezug zur Ausübung des Kultus haben (Beispiele: Gartenbauprodukte, Gaststätten und Beherbergung, Verlagsprodukte, alkoholische Getränke). Soweit sie diese Tätigkeit nicht auf juristische Personen des Privatrechts übertragen haben, werden sie als öffentlich-rechtlich organisierte Einrichtungen unternehmerisch tätig und dürfen hier nicht ausgeklammert werden.

Auszuschließen sind dagegen die gesetzlichen **Sozialversicherungsträger**, da sie im wesentlichen auf Zwangsmitgliedschaft beruhen und durch Zwangsbeiträge und Zuweisungen des Staates finanziert werden. Sie sollten als parafiskalische Einrichtungen öffentlicher Verwaltung begriffen werden. Der Teil ihrer Leistungen, der freiwillig in Anspruch genommen werden kann, ist zu vernachlässigen.

In letzter Zeit werden zunehmend Kooperationsformen zwischen dem öffentlichen Sektor und Privaten diskutiert und erprobt (**public-private-partnership**). Namentlich im Bereich kommunaler Investitionen und dort schwergewichtig bei der Entsorgung von Abwässern und Abfällen gibt es bereits eine Reihe von **Beispielen**.⁶³

Ob die Wahl dieser Organisationsformen effizient ist, wie sie gegebenenfalls zu ändern sind und ob die getroffenen Privatisierungsentscheidungen im Sinne einer normativen Theorie richtig sind, soll hier nicht weiter untersucht werden. Dazu gibt es bereits zahlreiche Studien ("institutional choice").⁶⁴ Namentlich wird auch

⁶³ Vgl. die Beiträge in *Peter J. Tettinger* (Hrsg.), *Rechtlicher Rahmen für Public-Private-Partnership auf dem Gebiet der Entsorgung*, Stuttgart München Hannover Berlin Weimar Dresden 1994; *Rudolf Wendt*, *Haushaltsrechtliche Probleme der Kapitalbeteiligung Privater*, in: Jörn Ipsen (Hrsg.), *Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, Köln Berlin Bonn München 1994, S. 37 ff.; *Friedrich Schoch*, *Rechtsfragen der Privatisierung von Abwasserbeseitigung und Abfallentsorgung*, ebd., S. 63 ff.

⁶⁴ Vgl. *Christoph Landerer*, *Vor- und Nachteile verschiedener Rechtsformen öffentlicher Unternehmen*, WSI-Mitteilungen, 1990, 212 ff.; *Nikolaus Müller*, *Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben - Institutional choice*, Köln Berlin Bonn München 1993; Bspr. *Armin Dittmann*, DÖV 1995, 347 f.; *Alexander Schink*, *Organisationsformen für die kommunale Abfallwirtschaft*, *VerwArchiv*, Bd. 85 (1994), S. 251 ff., vor allem S. 267 ff.; *Günter Püttner*, *Alternative Rechtsformen kommunaler Einrichtungen*, RdJB 1995, S. 187ff.; aus theoretischer Sicht *Picot/Wolff* (Fn. 5), 214 ff.

zunehmend erörtert, welche Leistungen der öffentliche Sektor mit eigenen Kräften herstellen sollte, welche auf dem Markt erworben werden sollten ("make or buy")⁶⁵ und wann Zwischenformen (Kooperation, Regulierung) vorteilhaft sind.⁶⁶

Auch wenn die bestehenden Einrichtungen im Sinne der ökonomischen Theorie ineffiziente Organisationsformen sind, darf man dabei nicht stehenbleiben. Ihre Governance-Strukturen sind von erheblichem Interesse, so wie sie sind. Schon das für sie maßgebende Rechtsregime ist nicht ohne weiteres feststellbar und bedarf systematischer Aufarbeitung. Anreizwirkungen, Handlungsspielräume und Kontrollstrukturen sind noch kaum erörtert. Ihr tatsächliches Verhalten ist ebenfalls noch kaum systematisch untersucht worden. Hier Transparenz zu erzeugen, kann bereits viel bewirken.

D. Das maßgebende Rechtsregime

Öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen bieten ihre Leistungen zu einem erheblichen Teil auf Wettbewerbsmärkten an. Das sind vor allem die öffentlich-rechtlichen Banken, Sparkassen, Versicherungen und nun auch - mit einigen Besonderheiten - die Rundfunkanstalten. Die **Leistungsbeziehungen** dieser Unternehmen zu ihren Kunden sind auf diesen Märkten ganz überwiegend **privatrechtlich** ausgestaltet. Es gilt insoweit uneingeschränkt Bürgerliches Recht und Handelsrecht. Darüber hinaus müssen die öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen aber auch die **allgemeinen Regeln** beachten, welche die **Geschäftstätigkeit** regulieren, wie das Wettbewerbsrecht und das Steuerrecht. Hinzu kommen die **besonderen Normenkomplexe**, die für den **Gegenstand** ihrer Tätigkeit geschaffen worden sind, wie das VAG, das VVG und das KWG. Auch sie gelten für sie grundsätzlich ebenso, wie für ihre Mitbewerber. Allerdings sind hier schon eher Sonderregeln zu finden, die an die öffentlich-rechtliche Organisationsform anknüpfen; Beispiel: die Eigenkapitalausstattung von **Kredit-**

⁶⁵ Dazu Andreas *Hoffjahn*, Zur Make-Or-Buy-Problematik in der öffentlichen Verwaltung, Die Verwaltung, Bd. 27 (1995), S. 389 ff.

⁶⁶ *Picot/Wolff* (Fn. 5), 216 unter besonderer Berücksichtigung der Transaktionskosten (214, 219), der Eigentumsrechte (property rights) (217) und principal-agent-probleme (220).

instituten (Haftsummenzuschlag), die Anstalt des öffentlichen Rechts als zulässige Rechtsform eines Versicherungsunternehmens, § 7 Abs . 1 VAG.

Trotz dieser weitgehenden Gleichbehandlung kann die öffentlich-rechtliche Organisationsform erhebliche Auswirkungen auf die Unternehmensleitung, also “corporate governance”, haben. Regelmäßig sind solche Unternehmen schon wegen ihrer Rechtsform nicht **konkursfähig**. Das kann ein entscheidender Gesichtspunkt für die Entscheidungen des Managements und vor allem der Kapitalgeber **sein**.⁶⁷ Vor allem zeigen sich aber deutliche Unterschiede in den **Organisationsstrukturen**. Sie richten sich nach völlig anderen Vorschriften, als sie für privatrechtlich organisierte Unternehmen gelten.

Zum Teil wird aber auch die These von der **Wesensverschiedenheit** juristischer Personen des öffentlichen Rechts und des Zivilrechts vertreten. Damit soll gerechtfertigt werden, warum öffentliche Unternehmen im Hinblick auf verfassungsrechtliche Anforderungen unterschiedlich behandelt werden, je nachdem in welcher Rechtsform sie organisiert sind, z.B. bei der Zulässigkeit der Arbeitnehmer-Mitbestimmung.⁶⁸

1. Verwaltungsrecht statt Gesellschaftsrecht

Maßgebendes Rechtsregime für Aufbau, Leitung und Kontrolle eines öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmens ist das **Verwaltungsrecht**. **Gesellschaftsrecht** ist **nicht anwendbar**, auch nicht entsprechend. Selbst wenn öffentlich-rechtliche Rechtsregeln fehlen, wie für die Frage nach Auseinandersetzungsguthaben bei Ausscheiden aus einem öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen oder seiner Auflösung, darf es nicht hilfsweise herangezogen werden. Entsprechendes dürfte auch für die ebenfalls noch wenig geklärten Fragen einer Haftung vor Entstehung der öffentlich-rechtlichen Einrichtung (Vorgesellschaft oder Vorgründungsgesellschaft des öffentlichen Rechts) gelten. Daran ist ungeachtet aller Bestrebungen festzuhalten, öffentlich-rechtliche

⁶⁷ Dazu mehr unten F IV.

⁶⁸ So etwa *Norbert Zimmermann*, Der **grundrechtliche** Schutzanspruch juristischer Personen des öffentlichen Rechts, München 1993, S. 257.

Organisationsformen der Kapitalgesellschaft anzunähern.⁶⁹ Deshalb können die Erkenntnisse, die namentlich zur “corporate governance” der Aktiengesellschaft gewonnen worden sind, nur sehr beschränkt für diese Unternehmen nutzbar gemacht werden.

Sonderprobleme ergeben sich, wenn **Private** kapitalmäßig an einem solchen Unternehmen beteiligt werden; Beispiele **DSL-Bank**.⁷⁰ Aber auch sie sind grundsätzlich mit den Mitteln des öffentlichen Rechts zu lösen.⁷¹

Organisatorische Maßnahmen im Bereich der öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen werden zudem nicht ohne weiteres vom GWB erfaßt, selbst wenn der Staat grundsätzlich “Unternehmen” im Sinne des Kartellrechts sein kann. Fusionen, die Bildung von **Konzernstrukturen**⁷², informelle Absprachen (Kooperation) mit “befreundeten” öffentlich-rechtlichen Unternehmen gleicher oder ähnlicher Träger, die Übertragung von Geschäftsstellen sowie die regionale und sachliche Abgrenzung von Geschäftsbereichen sind auch **kartellrechtlich relevant**. Gleichwohl sind sie möglicherweise anders zu behandeln als vergleichbare Maßnahmen privatrechtlich organisierter Unternehmen, da sie in die staatsrechtlich abgesicherte **Organisationshoheit** ihrer Träger fallen.

11. Fehlen gesamtstaatlicher Organisationsgesetze

Nun gibt es aber kein **einheitliches** verwaltungsrechtliches Rechtsregime, das an die Stelle des Gesellschaftsrechts tritt. Ein gesamtstaatlich wirksamer Kodex für Aufbau und Leitung öffentlich-rechtlicher Unternehmen ist bisher nicht geschaffen worden, wurde auch auf verfassungsrechtliche Bedenken stoßen, soweit Unternehmen der Länder oder der Kommunen erfaßt werden. Hier ist wieder die Organisationshoheit

⁶⁹ Für die Anstalt des öffentlichen Rechts **Helmut Siekmann** (Fn. 49, 361, 366 f.

⁷⁰ **Schmidt** (Fn. 56), 37 ff., 83, 171.

⁷¹ **Siekmann** (Fn. 49), S. 370.

⁷² Dazu **Thorsten Koch**, Kommunale Unternehmen im Konzern, DVBl. 1994, S. 667 ff.

betroffen. Ein **Bundesorganisationsgesetz**, das immerhin für die Unternehmen des Bundes gelten könnte, ist vielfach erörtert, aber nie realisiert worden. Ebenso wenig sind Vorschläge, besondere Vorschriften oder Abschnitte für öffentliche Unternehmen in das **Aktiengesetz** aufzunehmen, verwirklicht worden. Lediglich die **Umwandlung** öffentlich-rechtlich organisierter Unternehmen in Gesellschaften des privaten Rechts ist im Aktiengesetz geregelt worden (§ 385 a AktG, jetzt im §§ 301-304 e UmwG).

Für den Zentralstaat bestand kein Anreiz, ein übergreifendes Rechtsregime für seine Unternehmen zu schaffen. Er konnte im Bedarfsfall durch innerstaatliche Organisationsakte oder auf den Einzelfall zugeschnittene Gesetze die notwendigen Anordnungen treffen. Diese Möglichkeiten sind Privatpersonen versperrt. Für die Schaffung neuer Rechtsträger bedürfen sie entweder der staatlichen Ermächtigung im Einzelfall, oder einer gesetzlichen Grundlage, die der Staat für eine Vielzahl von Fällen zur Verfügung stellt. Aber selbst wenn sie nicht verfassungsrechtlich notwendig sein sollte, ist die Vorgabe einer derartigen Rechtsordnung jedenfalls außerordentlich zweckmäßig (ökonomisch).

111. Spezialgesetze des Bundes

Mangels übergreifender organisationsrechtlicher Vorschriften, hat der Bund jedoch für seine öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen regelmäßig Spezialgesetze erlassen; Beispiel: DSL-Bank Gesetz.⁷³ Sie müssen im einzelnen analysiert werden, um den Rechtsrahmen für die “corporate governance” dieser Unternehmen zu bestimmen.

IV. Landesrecht

Auf Landesebene sieht die Situation etwas anders aus. Die Länder haben regelmäßig **Landesorganisationsgesetze** erlassen. In ihnen sind einige Vorgaben für die **Abgren-**

⁷³ Gesetz über die Deutsche Siedlungs- und Landesrentenbank (DSL Bank Gesetz - DSLBG) vom 11.7.1989, BGBl. 11421.

zung und Errichtung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts enthalten, allerdings nur sehr rudimentär. Aussagen über die Leitung von öffentlichen Unternehmen lassen sich ihnen kaum entnehmen.

Das gilt auch für die Gesetze über **kommunale Gemeinschaftsarbeit**. In ihnen ist regelmäßig kommunalen Körperschaften die Rechtsmacht eingeräumt, ähnlich wie im Gesellschaftsrecht, Einrichtungen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks zu errichten. Namentlich die darin vorgesehenen Zweckverbände haben eine erhebliche Bedeutung als Träger öffentlich-rechtlicher Unternehmen, wie bei den Sparkassen oder den Verkehrsunternehmen. Dabei ist aber nicht sicher, ob die Organe des Zweckverbandes Teil des Unternehmens sind oder des davon zu unterscheidenden Unternehmensträgers.

Es gibt aber auch Landesgesetze, die einzelne Gruppen von öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen regeln. Verhältnismäßig detailliert normiert ist die Organisation der kommunalen Sparkassen. Die **Sparkassengesetze** der Länder und die dazu ergangenen Ausführungsverordnungen erfüllen zumindest teilweise dieselbe Funktion, wie die gesellschaftsrechtlichen Vorgaben für die Unternehmen des Privatrechts. Allerdings hat sich der Staat nicht unerhebliche Einwirkungsmöglichkeiten vorbehalten. Ebenfalls in Spezialgesetzen geregelt sind Aufgaben und Organisation der **Studentenwerke**, die in erheblichem Umfang unternehmerisch tätig sind.

Die **Landesbanken** sind wegen ihrer Herkunft als Girozentralen für die Sparkassen zum Teil in den Sparkassengesetzen geregelt. Zum Teil sind aber auch besondere Gesetze erlassen worden. Soweit sie länderübergreifend tätig sind, müssen noch die dafür notwendigen Staatsverträge beachtet werden. Sie sind durch die entsprechenden Transformationsgesetze unmittelbar anwendbares Recht.

Die **kommunalen Eigenbetriebe** sind regelmäßig in den Gemeinde- und Kreisordnungen, den Gemeindehaushaltsverordnungen und besonderen Eigenbetriebsverordnungen geregelt. Die Regelungsdichte für diese öffentlich-rechtlichen Unternehmen hat in letzter Zeit erheblich zugenommen.

V. Satzungsrecht

Ein erheblicher Teil der rechtlichen Rahmenbedingungen, die für "corporate governance" öffentlich-rechtlich organisierter Unternehmen wesentlich sind, befinden sich indes nicht in Gesetzen, sondern in **Satzungen**. Ihre Bedeutung geht über das Satzungsrecht privatrechtlicher Gesellschaften weit hinaus, da gesetzliche Vorgaben entweder völlig fehlen oder sehr viel weitmaschiger sind, als im Gesellschaftsrecht. Satzungsrecht aus der Zeit vor dem Ersten Weltkrieg ist beispielsweise die maßgebliche Rechtsgrundlage für die Leitung eines großen Versicherungsunternehmens wie der *Provinzial-Lebensversicherung*, Düsseldorf. Aber auch alle Studentenwerke haben verhältnismäßig ausgefeilte Satzungen.

VI. Ungeschriebene Regeln des allgemeinen Verwaltungsrechts

Trotz - oder vielleicht auch wegen - der Mannigfaltigkeit der geschriebenen Rechtsregeln verbleiben erhebliche Lücken. Schon die Grundstruktur der sehr häufig verwendeten Rechtsform, Anstalt des öffentlichen Rechts, ist nicht festgelegt. Der Grad der Verselbständigung des Unternehmens, die Haftung für seine Verbindlichkeiten, Übertragbarkeit und Auseinandersetzung sind häufig nicht oder nur rudimentär geregelt. Zur Klärung muß in erheblichem Umfang auf ungeschriebene Regeln des allgemeinen Verwaltungsrechts zurückgegriffen werden. Sie sind - unausgesprochen - mitgedacht, wenn beispielsweise von einer Anstalt des öffentlichen Rechts die Rede ist.⁷⁴

Solche Regeln haben indes erhebliche immanente Schwächen. Das betrifft nicht nur die Feststellung ihres Inhalts, sondern auch ihre Geltungskraft. Sie binden nicht den einfachen Gesetzgeber. Er kann sich in jedem Einzelfall darüber hinwegsetzen, da es sich im wesentlichen nicht um Verfassungsrecht handelt. Das dürfte wohl auch für den Landesgesetzgeber gelten,⁷⁵ der grundsätzlich frei ist in der Organisation seiner

⁷⁴ *Siekmann* (49), S. 366 f.

⁷⁵ Näher *Siekmann*, ebda., S. 369.

Verwaltung, also auch der öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen. Offen ist die Bindung des Satzungsgebers.

VII. Besondere Anforderungen des Verfassungsrechts

Allerdings sind mittlerweile einige Vorgaben des Verfassungsrechts für die Organisation selbständiger Einheiten des Verwaltungsrechts anerkannt. Sie müssen auch vom Gesetzgeber beachtet werden. Sie können hier nur kurz angedeutet werden.

1. Institutioneller Gesetzesvorbehalt

An erster Stelle ist der **institutionelle Gesetzesvorbehalt** zu nennen. Er besagt, daß wesentliche Maßnahmen der Staatsorganisation nur **durch Gesetz** oder **auf Grund** eines Gesetzes erfolgen dürfen. Daraus folgt, daß rechtlich selbständige (“rechtsfähige”) Einrichtungen des öffentlichen Rechts nur auf der Grundlage eines formellen Gesetzes errichtet, wesentlich geändert oder aufgelöst werden dürfen. Änderungen der Trägerschaft oder der Haftungsverhältnisse zählen auch **dazu**.⁷⁶ Deshalb ist es nicht möglich, ohne weiteres eine Landesbank oder Anteile daran zu veräußern, obschon das vielfach in der politischen Diskussion oder in den Medien so dargestellt wird. Fraglich ist, ob er auch die Änderung des bilanziell oder satzungsmäßig ausgewiesenen (festen) Eigenkapitals erfaßt, das aber als Haftungsgrundlage für öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen keinen rechten Sinn macht.

⁷⁶ **Arnold Köttgen**, Die Organisationsgewalt, VVDStRL, Heft 16 (1958), S. 161 ff.; **Ernst-Wolfgang Böckenförde**, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, Berlin 1964, S. 95 ff.; Dirk **Ehlers**, Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin 1984, S. 156; **Rüdiger Breuer**, Die verwaltungsrechtliche Anstalt, VVDStRL, Heft 44 (1986), S. 235; **Günter Cornelius Burmeister**, Herkunft, Inhalt und Stellung des institutionellen Gesetzesvorbehalts, Berlin 1991; jeweils m.w.N.

2. Erfüllung öffentlicher Aufgaben

Überwiegend wird davon ausgegangen, daß alle öffentlichen Unternehmen nur dann zulässig sind, wenn sie eine besondere **öffentliche Aufgabe** wahrzunehmen haben.⁷⁷ Die bloße Gewinnerzielungsabsicht reicht dafür nicht aus.⁷⁸ Das bedeutet indes nicht, daß von Verfassungs wegen keine Gewinne bei ihrer Tätigkeit anfallen dürfen. Die Erzielung von Erträgen zur Finanzierung des Staatshaushalts darf jedoch nicht ihr einziger Zweck sein.

Das gilt in besonderem Maße für öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen. Rechtsformen des öffentlichen Rechts bedürfen der besonderen Legitimation durch einen öffentlichen Zweck.⁷⁹ Sie sind in besonderem Maße dazu da, öffentliche Aufgaben zu **erfüllen**.⁸⁰ Sehr problematisch ist jedenfalls die Verwendung einer Anstalt des öffentlichen Rechts als bloße **Holdingeinrichtung**.⁸¹ Eine solche Aufgabe ist der neu geschaffenen Bundesanstalt für Post und Telekommunikation zugewiesen worden, welche die Aktien der drei Postunternehmen: Deutsche Post AG, Deutsche Postbank AG und Deutsche Telekom AG verwaltet. Ihr obliegt allerdings auch die vorgesehene Veräußerung der Aktien. Sie soll bei der Telekom **bis 1999 erfolgen**. Die Kapitalmehrheit bei der Deutschen Post AG darf der Bund allerdings nicht vor Ablauf von fünf Jahren aufgeben, Art. 143 b GG.⁸²

77 Vgl. *Janson* (Fn. 1), S. 37-41; *Helmut Karehnke*, Zur Kontrolle staatlicher Beteiligungsunternehmen, *DVBl.* 1981, 174, der die Anforderung allerdings als Leerformel bezeichnet, die der Ausfüllung durch politische Entscheidung bedürfe; *Theo Thiemeyer* (Hrsg.), *Öffentliche Bindung von Unternehmen*, Baden-Baden 1983; *Schuppert* (Fn. 3), S. 3 11.

78 *BVerfGE* 61, 82 (107): "Dabei muß das Unternehmen unmittelbar durch seine Leistung, nicht nur mittelbar durch seine Gewinne und Erträge" dem Wohl der Allgemeinheit dienen.

79 *Josef Isensee*, *Der Betrieb*, 1979, 145 f.; *Dörries* (Fn. 57), S. 86 m.w.N.

80 *Ulrich Scheuner*, in: *Gedächtnisschrift H. Peters*, 1967, S. 796 ff., 811, 813; *Peter Badura*, in: *Festschrift Schlochauer*, 1981, S. 3 ff., 6.

81 *Siekmann* (Fn. 49), S. 367.

82 Also nicht vor dem 1. 9. 1999.

Öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen müssen dazu dienen, einen öffentlichen Auftrag erfüllen, in diesem Sinne also gemeinwohlorientiert sein.⁸³ **Gemeinnützigkeit** als Kategorie des Steuerrechts kommt ihnen indes nicht automatisch zu. Sie ist nicht an die Rechtsform geknüpft und muß es von Verfassungs wegen auch nicht sein. Allerdings gibt es Unternehmen, die maximal kostendeckend arbeiten dürfen. Der Grund ist aber nicht die steuerrechtliche **Gemeinnützigkeit**, sondern die **Finanzverfassung** des Grundgesetzes, die eine Finanzierung des Gemeinbedarfs über solche Einrichtungen der mittelbaren Staatsverwaltung grundsätzlich verbietet.

Verschärfte Anforderungen für öffentliche Unternehmen enthält das Haushaltsrecht (z.B. § 65 Abs. 1 Nr. 1 BHO/LHO), das aber keinen Vorrang gegenüber gesetzlichen Grundlagen öffentlich-rechtlicher Unternehmen genießt.⁸⁴

Für die kommunalen Sparkassen in Nordrhein-Westfalen ist beispielsweise als **öffentlicher Auftrag** genannt (§ 3 Abs. 2 SpkG NW):

Stärkung des Wettbewerbes im Kreditgewerbe
Förderung des Sparsinns und der Vermögensbildung
Förderung des eigenverantwortlichen Verhaltens der Jugend in wirtschaftlicher Hinsicht
Beitrag zur Finanzierung der Schuldnerberatung
Kreditversorgung des Mittelstandes und der wirtschaftlich schwächeren Bevölkerungskreise

Diese Vorschrift zeigt symptomatisch die Problematik derartiger Kataloge. Bis auf den letzten Punkt besteht entweder kein Bedarf für ein Tätigwerden des Staates als Unternehmer oder aber es handelt sich um Aufgaben, die aus dem allgemeinen Haushalt des Trägergemeinwesens zu finanzieren sind.

Interessant ist allenfalls die Versorgung der wirtschaftlich schwächeren Bevölkerungskreise mit Bankdienstleistungen. Dazu waren Sparkassen auch hauptsächlich gegründet worden. Immerhin verpflichtet § 4 der Ausführungsverordnung (SpkVO NW) die Sparkassen, ohne weitere Voraussetzungen Spareinlagen von mehr als eine Deutsche

83 Ausdrücklich für die Sparkassen **VerfGH** NW, OVGE 39, 292 (298); OVG NW, **DVB**I. 1980, 70 f. m.w.N.

84 Vgl. *Karehnke* (Fn. 77), S. 174.

Mark anzunehmen (Abs. 1) und für natürliche Personen aus dem Gewährträgeregebiet “Girokonten zur Entgegennahme von Einlagen in Deutscher Mark” zu führen (Abs. 2). Allerdings sind insoweit Ausnahmen vorgesehen, namentlich, wenn die “Aufnahme oder Fortführung der Geschäftsbeziehung den Sparkassen im Einzelfall nicht zumutbar ist” (§ 4 Abs. 2 S. 2 d SpkVO NW). Das eröffnet Spielräume, die wirklich bedürftigen Bevölkerungskreise, die sonst keine Bankdienstleistungen angeboten bekommen, auszuschließen.

3. Die *Verantwortlichkeit* gegenüber demokratisch legitimierten Repräsentanten

Die Ausübung von Staatsgewalt bedarf nach dem Grundgesetz und den Landesverfassungen der demokratischen Legitimation. Ausübung von Staatsgewalt ist nicht nur die Wahrnehmung echter Hoheitsbefugnisse, sondern der Gesamtbereich der öffentlichen Verwaltung des Staates, der Gemeinden und der von ihnen getragenen Einrichtungen des öffentlichen Rechts. Es kommt nicht darauf an, ob es sich um obrigkeitliche Hoheitsverwaltung, um schlichte Hoheitsverwaltung oder verwaltungsprivatrechtliche Tätigkeit handelt.⁸⁵ Deshalb sind namentlich auch die öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen grundsätzlich dazuzurechnen. Sie sind Einrichtungen öffentlicher Verwaltung. Ihre Leitung Ausübung von Staatsgewalt.” Für die kommunalen Sparkassen und die Westdeutsche Landesbank ist das mehrfach ausdrücklich festgestellt worden.⁸⁷

85 VerfGH NW, OVGE 39, 292 (294 f.) unter Berufung auf BVerfGE 9, 268 ff., wo das aber nicht so apodiktisch steht (vor allem S. 281 f.), und BVerfGE 47, 253 (273 f.), wo die Anforderungen strenger sind und ausdrücklich auch die Leistungsverwaltung in privatrechtliche Formen erwähnt ist.

86 Ausdrücklich bejaht für die kommunalen Sparkassen vom VerfGH NW, ebd. S. 297 f.; noch weitergehend *Machura* (Fn. 3), S. 172, für alle öffentlichen Unternehmen ungeachtet ihrer Rechtsform.

87 Vgl. beispielsweise BVerwGE 41, 195 (196); 69, 11 (21 f.); BGH, NJW 1983, 2511: “Teil der vollziehenden Gewalt”; BayVerfGH, DVBl. 1986, 41 f.; HessVGH, ESVGH 16, 154 f.; OLG Hamm, DVBl. 1981 (228) für die WestLB.

Wegen des in Art. 20 Abs. 1 GG verankerten **Demokratieprinzips** muß es einen ununterbrochenen Kontroll- und Aufsichtsstrang zu einem Parlament oder einem anderen demokratisch legitimierten Vertretungsorgan geben.⁸⁸ Ihm gegenüber müssen sie verantwortlich und rechenschaftspflichtig sein. Es darf grundsätzlich keine der demokratischen Kontrolle entzogenen ("ministerialfreien") Bereiche geben.⁸⁹ Etwas anderes gilt aber dann, wenn sie von der Verfassung vorgesehen sind, wie beispielsweise für die **Bundesbank**⁹⁰, die Rechnungshöfe und unter besonderen Voraussetzungen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.

Die enge Verbindung zu den Trägergemeinwesen hat vor allem im kommunalen Bereich immer wieder Pläne hervorgebracht, in den öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen eine **Mitbestimmung** der **Arbeitnehmer**, wie in den privaten Großunternehmen, einzuführen oder sogar darüber hinaus zu **gehen**.⁹¹ In Nordrhein-Westfalen ist dazu ein spezielles Landesgesetz erlassen worden,⁹² das aber zum Teil vom Verfassungsgericht des Landes für nichtig erklärt worden ist.⁹³ Eine paritätische Mitbestimmung der Arbeitnehmer in öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen ist mit den Anforderungen demokratischer Legitimation und Kontrolle aber nicht zu vereinbaren.⁹⁴ Gruppen- oder Bedienstetenvertretungen vermögen diese Legitimation

88 BVerfGE 47, 253 (275): "ununterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und **Amtswaltern**"; VerfGH NW, OVGE 39, 292 (294): "ununterbrochene Legitimationskette aller mit Staatsgewalt betrauter Amtswaltet".

89 BVerfGE 9, 268 (282), nur im Grundsatz; 22, 106 (113); 47, 253 (273 f.); *Ehlers* (Fn. 39), S. 124 f.: "Einwirkungs- und Kontrollpflicht"; *Püttner* (Fn. 1), S. 135.

90 BVerwGE 4 1, 334 (356-358).

91 Weitgehende Mitbestimmungsrechte finden sich in den Verwaltungsräten der Berliner Eigenbetriebe. Sie sind zur Hälfte mit Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertreter besetzt (vgl. *Landerer* [Fn. 47], S. 216).

92 Gesetz zur Arbeitnehmer-Mitbestimmung in öffentlich-rechtlichen Unternehmen (**Mitbestimmungs-Artikelgesetz**) v. 26.6.1984 (GV NW 362), das in § 10 Abs. 2 eine unmittelbare Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern durch die Mitarbeiter vorsah.

93 VerfGH NW, OVGE 39, 292.

94 Günter *Püttner*, in: v. Mutius / Friauf / Westermann (Hrsg.), Handbuch der öffentlichen Verwaltung, Bd. 2, 1984, S. 364; *Fritz Ossenbühl*, Grenzen der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, Baden-Baden 1986, S. 37 ff., 42, 73.

nicht zu vermitteln. Sie sind weder das Volk noch eine vom Volk legitimierte Vertretung. Selbst eine Minderheit in den Leitungsgremien darf durch sie nicht bestellt werden.⁹⁵

Namentlich die öffentlich-rechtliche Anstalt muß ein Instrument in der Hand ihres Trägers bleiben und darf aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht ihren Bediensteten überantwortet werden. Der Rückzug auf eine bloße **Rechtsaufsicht** ist nicht erlaubt. Anders dürfen die Aufsichts- und Kontrollstränge in körperschaftlich strukturierte Anstalten verlaufen (Beispiel: Studentenwerke). Hier genügt eine Rechtsaufsicht verbunden mit der Verantwortlichkeit des Management gegenüber den **Anstaltsdestinatären**. Das sind bei den Studentenwerken mit ihren umfangreichen Wirtschaftsbetrieben in erster Linie die Studenten und darüber hinaus die in der Hochschule tätigen Mitarbeiter.

4. Reduzierter Rechtsschutz

Nach Art. 19 Abs.3 GG gelten die Grundrechte zwar auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Das Bundesverfassungsgericht klammert jedoch - von einigen engen, hier nicht einschlägigen Ausnahmen abgesehen - die juristischen Personen des **öffentlichen** Rechts als mögliche Grundrechtsträger aus,⁹⁶ auch wenn der Wortlaut der Bestimmung eine solche Einschränkung nicht ausdrücklich vorsieht. Das soll auch dann gelten, wenn sich diese Personen erwerbswirtschaftlich betätigen.⁹⁷ Damit sind namentlich auch die öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen gemeint.⁹⁸

⁹⁵ VerfGH NW, OVGE 39, 292 (294).

⁹⁶ BVerfGE 15, 256 (262); 21, 362 (369); 31, 314 (322); 39, 302 (312 ff.); 42, 312 (321 ff.); 61, 82 (102 ff.); 62, 354 (369); 68, 193 (205 f.).

⁹⁷ BVerfGE 61, 82 (105-108); *Josef Isensee*, Privatwirtschaftliche Expansion öffentlich-rechtlicher Versicherer, Der Betrieb, 1979, S. 145 f.

⁹⁸ Vgl. *Herbert Bethge*, Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen nach Art. 19 Abs. 3 Grundgesetz, Passau 1985, S. 106 ff. m. eingehenden Nachweisen.

Die dagegen geäußerte Kritik in der Literatur⁹⁹ ist nicht immer überzeugend und dürfte wenig bewirken, da der Standpunkt des Gerichts wesentliche Folge seines grundlegenden Verständnisses der Grundrechte als »Ausdruck der freien Entfaltung der natürlichen Personen« ist. Die Einbeziehung juristischer Personen, gleich welcher Art, ist danach nur dann gerechtfertigt, wenn der Schutz der hinter ihnen stehenden Menschen dies als sinnvoll und erforderlich erscheinen lasse.¹⁰⁰ Hinter den juristischen Personen des öffentlichen Rechts stehen aber keine natürlichen Personen, sondern der Staat.

Damit kommt öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen im Vergleich zu privaten Unternehmen, die möglicherweise in direktem Wettbewerb zueinander stehen (Banken, Versicherungen), ein **reduzierter Rechtsschutz zu**.

VIII. Kirchenrecht

Soweit die öffentlich-rechtlich organisierten Kirchen und Religionsgesellschaften unternehmerisch tätig werden, muß zum einen das **innerkirchliche** Recht beachtet werden. Zum anderen ist aber auch das staatliche Recht angesprochen. Dem **Staatskirchenrecht** ist zu entnehmen, ob und in welchem Umfang die staatlichen Vorschriften anzuwenden sind, Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 2 WRV. Das ist namentlich für das Arbeitsrecht, das Abgabenrecht und die Rechnungslegungsvorschriften wichtig. In geringerem Umfang können aber auch organisationsrechtliche Vorgaben eingreifen.

⁹⁹ Vgl. beispielsweise **Friedrich E. Schnapp**, Öffentliche Verwaltung und privatrechtliche Handlungsformen, DÖV 1990, 827; eingehende Darstellung bei **Zimmermann** (Fn. 68) S. 109 ff., der selbst zu differenzieren versucht (S. 121, 128, 135).

¹⁰⁰ BVerfGE 21, 362 (369).

E. Die rechtlichen Grundstrukturen

Angesichts der Vielfalt und Heterogenität der maßgebenden Rechtsquellen ist es außerordentlich schwierig, übergreifende Aussagen über Grundstrukturen des “corporate governance” öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen zu machen. Dazu bedarf es noch eingehender Untersuchung von Einzelunternehmen oder Gruppen gleichartig strukturierter Unternehmen. Einige Aussagen lassen sich aber schon jetzt treffen:

Öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen sind wegen ihrer **Organisationsform** Teil der öffentlichen Verwaltung geblieben.¹⁰¹ Zugleich sind sie im öffentlichen Recht verwurzelte Unternehmen, denen der Gesetzgeber öffentliche Aufgaben zugewiesen hat.¹⁰² Auch soweit ihre Geschäftstätigkeit in privatrechtlichen Formen abgewickelt wird und sie auf Wettbewerbsmärkten tätig sind, werden sie “von ihrem Träger durch Instrumente geführt, die auf Verwaltungsrecht ... beruhen”.¹⁰³

1. Organisation

Das von der deutschen Aktiengesellschaft her bekannte Modell von Hauptversammlung, Vorstand (Management) und Aufsichtsrat ist nur sehr begrenzt für die öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen übernommen worden.

Zum Teil finden sich Strukturen, die eher an die Organisation einer amerikanischen Aktiengesellschaft erinnern. Allerdings ist der Vorstand eines solchen Unternehmens kaum mit einem “board” amerikanischer Prägung zu vergleichen, da er weder “outside directors” noch irgendwelche “proxy” Rechte kennt. Er ist vielmehr schlicht die Spitze des Managements. Ihm steht ein Organ gegenüber, das die Rechte der Träger der Einrichtung wahrt.

101 Ausdrücklich auf diese Bedeutung der Organisationsform für die Sparkassen stellt ab VerfGH NW, OVGE 39, 292 (297); im übrigen s. oben Fn. 87.

102 VerfGH NW, OVGE 39, 292 (296) für die Sparkassen.

103 VerfGH NW, OVGE 39, 292 (297) für die Sparkassen.

Auf der einen Seite steht also die Spitze des Managements (Vorstand, Werksleitung). Es wird auf der anderen Seite beaufsichtigt und kontrolliert durch **unternehmensinterne** Vertretungsorgane des Trägers (Verwaltungsrat, Aufsichtsrat). In einigen öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen werden statt dessen maßgebliche Fragen der Geschäftsführung und der Verwendung des Jahresüberschusses durch **unternehmensexterne** Organe entschieden, beispielsweise durch die Vertretungskörperschaft des Trägers oder einen speziellen Ausschuß (Werksausschuß).

Für kommunale Sparkassen in Nordrhein-Westfalen sind nach § 8 SpkG drei Organe vorgesehen

Verwaltungsrat
Kreditausschuß
Vorstand

Der Verwaltungsrat bestimmt die Richtlinien der Geschäftspolitik und überwacht die Geschäftsführung, § 14 Abs. 1 SpkG NW. Er bestellt die Mitglieder des Kreditausschusses und des Vorstandes und muß in anderen wichtigen Angelegenheiten zustimmen oder angehört werden. Über die Verwendung des Jahresüberschusses beschließt zum Teil der Verwaltungsrat und zum Teil ein **unternehmensexternes** Organ, die Vertretung des Gewährträgers, § 28 SpkG NW. Allerdings darf er nur für bestimmte näher bezeichnete Zwecke verwendet werden.

Eine weitere wesentliche Abweichung von den Kapitalgesellschaften privaten Rechts besteht darin, daß eine institutionalisierte paritätische **Mitbestimmung der Arbeitnehmer** in den Unternehmensorganen nicht vorgesehen ist. Sie wurde auch auf erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken stoßen.¹⁰⁴ Deshalb sind jetzt auch nach § 9 SpkG NW nur 2/5 bis maximal 1/3 der Mitglieder der Verwaltungsrates einer Sparkasse Dienstkräfte des Unternehmens. Das bleibt weit hinter den privaten Gesellschaften zurück.

Zumindest in der Theorie kann deshalb der Träger der Einrichtung, die meistens als Anstalt des öffentlichen Rechts organisiert ist, wesentlich direkter und genauer seine

104 Oben Seite 27.

Vorstellungen in dem Unternehmen durchsetzen. Daneben sind aber auch in wachsendem Maße **Beiräte** als Unternehmensorgane etabliert worden. Sie haben aber regelmäßig keine Entscheidungsmacht und dienen eher zur “Pflege der politischen Landschaft” der Trägergemeinwesen.

11. Unternehmensleitung und Verwaltungskontrolle

Öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen unterscheiden sich von solchen des privaten Rechts dadurch, daß sie den **verwaltungsinternen Kontrollmechanismen** unterliegen.¹⁰⁵ Das sind vor allem Aufsichts- und Weisungsbefugnisse. Das öffentliche Recht sieht zwingend eine Reihe direkter Steuerungsmittel in der Hand des Trägergemeinwesens vor.

Da sie Teil der öffentlichen Verwaltung sind, hat ihr Träger das Recht, die Geschäftspolitik des Unternehmens maßgeblich zu beeinflussen. Dieses Recht kann in den kommunalen Sparkassen über den Verwaltungsrat ausgeübt werden und ist Bestandteil der kommunalen Selbstverwaltung.¹⁰⁶

Öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen genießen allerdings gelegentlich eine gesetzlich oder verfassungsrechtlich abgesicherte Autonomie. Sie haben Selbstverwaltungsrechte. Dann sind die Steuerungsmittel des Trägers eingeschränkt. Bei kommunalen **Eigenbetrieben** ist der Gemeinderat und sein Werksausschuß in den meisten Ländern Organ des Unternehmens. Trotz aller landes- und satzungsrechtlichen Unterschiede soll ein Überblick über die “corporate governance” Strukturen verschiedener öffentlich-rechtlicher Rechtsformen versucht werden.

105 *Peter Eichhorn* faßt unter den Begriff “Verwaltungskontrolle” sowohl die externe Kontrolle durch Rechnungsprüfungseinrichtungen als auch die Amts-, Organ- und Staatsaufsicht zusammen (in: Kontrolle öffentlicher Unternehmen, Bd. 1, 1980, S. 30).

106 BVerwG, DÖV 1980, 692.

ANSTALT	STIFTUNG	EIGENBETRIEB	REGIEBETRIEB
----------------	-----------------	---------------------	---------------------

maßgebendes Entscheidungsorgan:

Vorstand	Vorstand	Verwaltungsrat	Verwaltungsleiter (Dezernent)
----------	----------	----------------	----------------------------------

Kontrollmöglichkeit des Trägers

mittel	gering	stark	unbegrenzt
--------	--------	-------	------------

Staatsaufsicht

u.U. eingeschränkt	eingeschränkt	wie über Träger	wie über Träger
--------------------	---------------	-----------------	-----------------

parlamentarischer Kontrolle

mediatisiert	gering	eingeschränkt	unbeschränkt
--------------	--------	---------------	--------------

111. Rechnungswesen

Das Rechnungswesen einiger Formen von öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen folgt der kameralistischen Buchführung, die im Grundsatz nur eine einfache Einnahmen- Ausgabenrechnung ist. Eine Vermögensrechnung fehlt oder ist unvollständig. Vermögensveränderungen sind nicht systematisch mit der Erfolgsrechnung verknüpft.

Grundsätzlich arbeiten Regiebetriebe und Eigenbetriebe nach diesem Prinzip. Wegen seiner Unvollkommenheit sind namentlich im Hinblick auf die öffentlichen Unternehmen verschiedene Versuche unternommen worden, das kameralistische Rechnungswesen weiterzuentwickeln. Flächendeckend sind diese Erweiterungen jedoch nicht eingeführt worden. Statt dessen wird partiell das kaufmännische Rechnungswesen angewendet, namentlich wenn gesetzliche Vorgaben für die Kalkulation öffentlich-rechtlicher Preise (Gebühren und Beiträge) vorhanden sind

(“kostenrechnende Einrichtungen”). Das hat dazu geführt, daß sich zunehmend die Verwaltungsgerichte mit der Nachkalkulation von Gebühren öffentlich-rechtlicher Unternehmen befassen müssen.

IV. Abschlußkontrolle

Die Durchführung der **Abschlußkontrolle** öffentlich-rechtlich organisierter Unternehmen bietet kein einheitliches Bild. In großem Umfang werden sie wie privatrechtliche Unternehmen durch externe **Wirtschaftsprüfer** geprüft. Zum Teil werden dabei auf Betreiben ihrer Träger Anforderungen gestellt, die für private Gesellschaften erst de lege ferenda erwogen werden, wie z.B. der Wechsel der Wirtschaftsprüfer in einem festen Turnus.¹⁰⁷

Darüber hinaus kann die Gebietskörperschaft, die das Unternehmen trägt, unabhängig von der Höhe der Beteiligung nach § 55 Abs. 2 i.V.m. § 53 Abs. 1 HGrG verlangen, daß eine "**Geschäftsführungsprüfung**"¹⁰⁸ vorgenommen wird. Das bedeutet, daß

auch die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung geprüft wird (Nr. 1)
weitere Einzelheiten zu Vermögens- und Ertragslage im Abschlußbericht
dargestellt werden (Nr. 2)
ihr der Bericht unverzüglich übersandt wird (Nr. 3).

In gewissem Umfang werden öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen aber auch von den **Rechnungsprüfungseinrichtungen** des Staates geprüft (Rechnungshöfe, Rechnungsprüfungsämter, Gemeindeprüfungsämter), entweder zusätzlich oder exklusiv. Sie muß sich nicht auf das Verhalten des **Trägers** in den Gremien dieses Unternehmens beschränken.¹⁰⁹ Das ist die **Beteiligungsprüfung**.¹¹⁰ De facto erstreckt sie

¹⁰⁷ **Karl-Heinz Forster**, Staatliche Finanzkontrolle und private Wirtschaftsprüfung, in: Festschrift General-Rechen-Kammer, Berlin 1989, S. 139: alle fünf Jahre, mit weiteren Einzelheiten zur Praxis, S. 134 ff.

¹⁰⁸ Begriff bei **Karehnke** (Fn. 77), S. 175, der darauf hinweist, daß die Kontrolle nach der Vorgängervorschrift (§ 48 RHO) noch wesentlich strenger war, u.U. unmittelbare Beauftragung allgemeiner und spezieller Prüfer durch den Träger.

¹⁰⁹ So aber **Abromeit** (Fn. 3), S. 293.

sich auch auf das Gebaren des Unternehmens (“Betätigungsprüfung”).¹¹¹ Vor allem können Rechnungsprüfungseinrichtungen des Trägers - anders als Wirtschaftsprüfer - auch die **Wirtschaftlichkeit** als Prüfungsmaßstab anwenden.

Namentlich körperschaftlich strukturierte Einrichtungen des öffentlichen Rechts versuchen aber hinhaltend, sich einer derartigen Prüfung zu entziehen.¹¹² Aber auch anstaltsmäßig organisierte Finanzunternehmen des öffentlichen Rechts stehen ihr ablehnend gegenüber. Das Bundesverwaltungsgericht hat allerdings unlängst bestätigt, daß die Haushalts- und Wirtschaftsführung der Handwerkskammern in Bayern der Prüfung durch den Bayerischen Obersten Rechnungshof unterliegt.¹¹³

Jedenfalls ordnet § 55 Abs. 2 HGrG unmißverständlich eine Prüfung durch den Rechnungshof des Bundes oder eines Landes an, wenn die juristische Person des öffentlichen Rechts, namentlich eine Anstalt

Zuschüsse vom Bund oder einem Land erhält oder
eine gesetzliche Garantieverpflichtung des Bundes oder eines Landes besteht.

Entsprechendes gilt, wenn die Prüfung in der Satzung vorgesehen ist, § 55 Abs. 1 S. 2 HGrG.

Die kommunalen **Eigenbetriebe** unterliegen der überörtlichen Prüfung durch die **Gemeindeprüfungsämter**. Sie sind regelmäßig Teil der Kommunalaufsichtsbehörden und bedienen sich in Nordrhein-Westfalen bei der Jahresabschlußprüfung von kommunalen Eigenbetrieben eines Wirtschaftsprüfers.¹¹⁴

110 Eingehende Darstellung bei **Eckert**, Externe Prüfung staatlicher Beteiligungsunternehmen, Baden-Baden 1979, S. 79 ff.

111 **Karehnke** (Fn. 77), S. 176, ohne auf die Besonderheiten öffentlich-rechtlich organisierter Unternehmen einzugehen.

112 Wohlwollend **Ferdinand Kopp**, Die Regelung der Rechnungsprüfung der Handwerkskammern durch die Handwerksordnung, Wirtschaft und Verwaltung, 1994, S. 20 ff.

113 Urteil v. 11.4.1995, GewArch 1995, 377; anders zuvor **Ferdinand Kopp**, Die Regelung der Rechnungsprüfung der Handwerkskammern durch die Handwerksordnung, Wirtschaft und Verwaltung 1994, S. 20 ff.

114 **Machura** (Fn. 3), S. 174.

V. Steuerpflicht und Transferleistungen

Steuerrechtliche Unterschiede für öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen gibt es fast keine, da die Besteuerung in Deutschland grundsätzlich nicht an die Rechtsform anknüpft.¹¹⁵ Hoheitliche Tätigkeiten werden jedoch nicht besteuert. Sie dürfen nur durch öffentlich-rechtlich organisierte Einrichtungen durchgeführt werden. Aber sowohl die gegenständliche **Abgrenzung**¹¹⁶ als auch die Möglichkeiten der Übertragung auf private Rechtssubjekte ("beliehene Unternehmen") sind im Fluß.

Punktuell sind allerdings Durchbrechungen dieses Grundsatzes zu erkennen, die sich aus der Rechtsnatur der betreffenden Einrichtung ergeben. So hat die Anstalt keine übertragbaren Anteile.¹¹⁷ Dementsprechend hat sich die Finanzverwaltung zu Recht auf den Standpunkt gestellt, daß Änderungen im Bestand oder Wechsel des Gewährträgers einer Sparkasse, die als solche fortbesteht, nicht der Grunderwerbsteuer unterliegt, obwohl der Vorgang wirtschaftlich mit der rechtsgeschäftlichen Anteilsvereinigung oder -übergang bei Gesellschaften des privaten Rechts gern § 1 Abs. 3 GrEStG gleichsteht.¹¹⁸ Das kann erhebliche wirtschaftliche Bedeutung haben.

Die Gewährung von **Subventionen** knüpft indes zum Teil an öffentlich-rechtliche Formen an. Zuweisungen zum Erwerb von Grundstücken, setzen regelmäßig voraus, daß das Grundstück in das Eigentum einer juristischen Person des öffentlichen Rechts übergeht.

11.5 Steuerrechtliche Unterschiede werden fast immer überschätzt, vgl. **Klaus Lüder**, in: Peter Friedrich / Peter Kupsch (Hrsg.), Die Besteuerung öffentlicher Unternehmen, Baden-Baden 1981, S. 207, 211 ff.; **Landerer** (Fn. 47), S. 217.

116 Üblicherweise werden noch Abfallbeseitigung, Entwässerung und Straßenreinigung dazu gerechnet.

117 **Siekmann** (Fn. 49), S. 370.

118 Erlag des **FinMin.** Sachsen-Anhalt v. 31. 5. 1995, Az. 41-S 4548-15.

VI. Begrenzung des Tätigkeitsfeldes

1. Sachliche Grenzen

Das **Tätigkeitsfeld** öffentlich-rechtlich organisierter Unternehmen ist durch die Festlegung ihrer Aufgaben im Gründungsakt, heute wegen des institutionellen Gesetzesvorbehalts regelmäßig eine Rechtsnorm, gegenständlich begrenzt. Überschreiten sie diese Grenzen, verhalten sie sich rechtswidrig. Allerdings sind solche Akte **nicht** automatisch **nichtig**, wie es der **ultra-vires-Lehre** entsprechen wurde,¹¹⁹ die im wesentlichen angelsächsischem Rechtsdenken und dem Völkerrecht entstammt.¹²⁰ Auch **wenn** die Unternehmen ihren gesetzlichen Wirkungskreis überschreiten, ist ihnen insoweit nicht die Rechtsfähigkeit **abzusprechen**¹²¹ oder die Handlung als rechtswidriges Privatverhalten der Amtsträger anzusehen, wie es dem englischen Recht entsprach.¹²²

119 Versuch der Übertragung auf deutsche Verhältnisse durch *Mnfred Eggert*, Die deutsche **ultra-vires-Lehre**, 1977; zur Nichtigkeitsfolge vor allem S. 53 f., 115 f.; ähnlich *Stephan Detterbeck*, Zum präventiven Rechtsschutz gegen ultra-vires-Handlungen öffentlich-rechtlicher Zwangsverbände, 1990, S. 34 ff.; *Joachim Burmeister*, Verträge und Absprache zwischen der Verwaltung und Privaten, *VVDStRL*, Heft 52 (1993), S. 219 f. unter Berufung auf mehrere Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, die diese Aussage aber nicht stützen; *Christian Koenig*, Zur Anwendbarkeit der Ultra-vires-Lehre im Falle des Überschreitens der gesetzlich begrenzten Aufgaben öffentlicher Kreditanstalten am Beispiel einer Landesbank, *WM-Mitteilungen* 1995, 3 17 ff., 323 ff.; ferner *Fuß*, Die Überschreitung des Wirkungskreises juristischer Personen des öffentlichen Rechts, *DÖV* 1956, S. 566 ff.; *Klotz*, Beschränkter Wirkungskreis der juristischen Personen des öffentlichen Rechts, *DÖV* 1984, S. 18 1 ff.; *K. Schmidt*, Ultra-vires-Doktrin: tot oder lebendig?, *AcP* Bd. 184 (1984), S. 529 ff.

120 Ausdrücklich gegen die Übertragung der anglo-amerikanischen ultra-vires-Lehre *Wolff/Bachof/Stober*, *Verwaltungsrecht* 1, 10. Aufl. 1994, § 25 Rdn. 4; § 49 Rdn. 4.

121 So aber *Fubricius*, Relativität der Rechtsfähigkeit, 1963, S. 53 ff., 82 ff., der den Anstalten nur innerhalb ihrer Kompetenzen Rechtsfähigkeit einräumt. Sobald ihre Kompetenzen überschritten werden, höre die Anstalt auf, als Rechtssubjekt zu existieren (vgl. v. *Mutius*, in: v. *Mutius* [Hrsg.], *Autonomie öffentlicher Unternehmen in Anstaltsform*, 1987, S. 30 f.); ebenso für alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts *Burmeister* (Fn. 120), S. 220: "kompetenzbezogene Teilrechtsfähigkeit", der das für verfassungsrechtlich geboten erachtet; wenig konsequent für Rechtsfähigkeit nur innerhalb der Kompetenzgrenzen *Wolff/Bachof/Stober* (Fn. 120), § 32 Rdn. 9.

122 Vgl. *Wolff/Bachof/Stober* (Fn. 120), § 7 Rdn. 7, aber ausdrücklich gegen eine Geltung in Deutschland (§ 49 Rdn. 3).

Allerdings können Aufsichtsbehörden einschreiten, sind dazu aber regelmäßig verwaltungsrechtlich nicht verpflichtet.¹²³ Ihnen ist insoweit ein Ermessensspielraum eingeräumt. Es kommt aber entsprechend den allgemeinen Regeln eine Ermessensschrumpfung auf Null in Betracht. Mitglieder oder Destinatäre der Einrichtung haben aber selbst in diesen Fällen **kein subjektives Recht** auf Einschreiten der Aufsichtsbehörden.

In Einrichtungen mit **Zwangsmitgliedschaft** muß jedoch der Aufgabenkreis der Einrichtung **gesetzlich** eng begrenzt sein.¹²⁴ Jedem **Mitglied** dieser Einrichtung steht ein einklagbares Recht auf Einhaltung dieser Grenzen zu.¹²⁵ Entsprechendes wird man auch für körperschaftlich strukturierte Anstalten (Beispiel: Studentenwerke) annehmen müssen. Ob bloße **Kunden** oder **Konkurrenten** von öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen derartige Ansprüche haben, ist nicht undenkbar, aber weitgehend noch nicht geklärt. Jedenfalls soll den Vorschriften der Gemeindeordnungen, welche die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden einschränken (z.B. §§ 107, 108 GO NW),¹²⁶ drittschützende Wirkung zukommen. Auf sie kann sich damit ein **Wettbewerber** berufen.¹²⁷

123 Vgl. jüngst nur **BayVGH n.F.** 47, 128 (130).

124 **BVerfGE** 10, 89 (102). Bei Rechtsanwaltskammern beschränkt die Rechtsprechung - angreifbar - den Funktionsbereich nicht nur auf die ausdrücklich zugewiesenen Aufgaben, vgl. z.B. **BGH NJW** 1986, 992, 994; **BayVerfGH n.F.** 47, 203 (206).

125 **BVerwGE** 34, 69 (74) - Studentenschaft; 59,231 (237 f.) - Studentenschaft; 242 (245) - Studentenschaft; 64, 115 (117 f.) - Steuerberaterkammer; 298 (301) - Ärztekammer; **VGH Kassel, NVwZ-RR** 1991,636 ff., 639 f.: Die Aufgaben müssen dem gesetzlichen Aufgabekatalog entsprechen. Es dürfen keine Aufgaben wahrgenommen werden mit allgemein gesellschaftlichem Bezug, die die Studentenschaft nur wie jeden anderen Bürger tangieren und keine studenten- oder hochschulspezifische Relevanz aufweisen; vgl. auch **BVerwG, NJW** 1982, 1300; **KMK HochschulR** 1982, 362, 365; allgemein Christian **Koenig**, Die unfreiwillige Mehrbelastung von Pflichtmitgliedern in öffentlich-rechtlichen Zwangskörperschaften, **GewArch** 1995, S. 354 f. ; **a.A. Fröhler/Oberndorfer**, Körperschaften des öffentlichen Rechts und Interessenvertretung, 1974, S. 77.

126 Krit. **Manfred Koch**, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden: Ein Beitrag zur finanzwirtschaftlichen Ordnungspolitik, Berlin 1992.

127 Vgl. **BVerwGE** 39, 329; **BVerwG, DVBl.** 1978, S. 639; **VGH Baden-Württemberg, BB** 1994, S. 1956 f.

Auf Einhaltung dieser Regeln wird selten geklagt (Ausnahme: Studentenschaften). Es sind allenfalls Wettbewerber oder Schuldner von Zwangsbeiträgen, die diese Mühen auf sich nehmen. Für andere lohnt der zu erwartende Ertrag nicht den Aufwand. Zudem bestehen erhebliche "free-rider"-Effekte, selbst wenn die erstrittene Entscheidung nur *inter-partes* Rechtskraft erlangt.

2. Örtliche Grenzen

Begreift man die Tätigkeit öffentlich-rechtlich organisierter Unternehmen als Verwaltungstätigkeit in weitestem Sinne, müssen auch die öffentlich-rechtlichen Zuständigkeitsvorschriften gelten. Das bedeutet, daß solche Unternehmen räumlich nur in einem Bereich tätig werden dürfen, welcher der örtlichen Zuständigkeit ihrer Träger entspricht. Das ist die wesentliche Aussage des "**Regionalprinzips**", das namentlich im Sparkassenrecht eine maßgebliche Bedeutung besitzt. Die Landesbanken haben sich allerdings in erheblichem Umfang darüber hinweggesetzt, ohne daß das bisher genügend kritisch gewürdigt worden ist. Namentlich die **WestLB** ist sogar in großem Umfang außerhalb der Grenzen Deutschlands tätig, wenn auch meist durch privat-rechtlich organisierte Tochtergesellschaften.

F. Die verhaltensbestimmenden Faktoren

1. Grundprobleme

1. *Widerstreitende Ziele*

Das Kernproblem in der Leitung eines öffentlichen Unternehmens besteht darin, daß es verschiedene, nicht unbedingt miteinander kompatible Ziele erfüllen soll.¹²⁸ Einerseits ist es dazu geschaffen, eines oder mehrere **Sachziele** zu verwirklichen (öffentlicher Auftrag). Zum anderen soll es auch **Formalziele** erfüllen, also wirt-

128 Vgl. **Pierre Pestiau** and **Henry Tulkens**, *Assessing and Explaining the Performance of Public Enterprises*, *FinArch* n.F. Bd. 50 (1993), 293 (296), die das aber nicht als Spezifikum öffentlicher Unternehmen ansehen.

schaftlich arbeiten und möglicherweise einen Beitrag zur **Finanzierung** des Trägergemeinwesens leisten.¹²⁹

Beispiel: § 3 Abs. 3 SpkG NW: "Die Geschäfte der Sparkassen sind unter Beachtung ihres öffentlichen Auftrags nach kaufmännischen Grundsätzen zu führen. Die Erzielung von Gewinn ist nicht Hauptzweck des Geschäftsbetriebs. "

Die Sachziele sind zudem nicht immer ausreichend genau definiert.¹³⁰ Sehr allgemeine oder nur bruchstückhafte Zielvorgaben, wie sie häufig zu finden sind,¹³¹ lassen grundsätzlich dem Management große Spielräume zur Bestimmung der Unternehmensziele.¹³² Der **Zielfindungsprozeß** ist aber insgesamt schwer zu durchschauen und offen für vielfältige informelle Einwirkungsmöglichkeiten aus dem politischen Raum des Trägergemeinwesens.¹³³ Die Beziehung zwischen Träger und Unternehmensleitung ist insoweit vielschichtig und muß von Fall zu Fall untersucht werden.¹³⁴ Zu Recht hat *Schuppert* davor gewarnt, die Lösung des Steuerungsproblems öffentlicher Unternehmen allein in einem "konsistenten Zielsystem" zu sehen.¹³⁵

129 Vgl. *Thiemeyer* (Fn. 36), S. 29; *Backhaus* (Fn. 2), S. 31 f., 63; *Janson* (Fn. 1), S. 39 Fn. 5.

130 Die Bedeutung klarer und möglichst konkreter Ziele für eine effektive Kontrolle betonen *Peter Eichhorn*, in: Festschrift v. Eynem, 1977, S. 65 ff. (PVS, Sonderheft 8); *Karehnke* (Fn. 77), S. 174; *Abromeit* (Fn. 3), S. 297; *Schuppert* (Fn. 3), S. 312.

131 Zum Beispiel für die **WestLB** in § 38 Abs. 1 S. 1 **SpkG NW**: "Der Westdeutschen Landesbank Girozentrale obliegen die Aufgaben einer Staats- und Kommunalbank sowie einer Sparkassenzentralbank. Sie betreibt bankmäßige Geschäfte aller Art und sonstige Geschäfte, die ihren Aufgaben dienen. "

132 Sie werden aber meist als exogen durch den politischen Prozeß vorgegeben behandelt, vgl. *Picot/Wolff* (Fn. 5), S. 211.

133 Dazu *Machura* (Fn. 3), S. 52-77.

134 Zu pauschal *Thiemeyer* (Fn. 36), S. 26; *Abromeit* (Fn. 3), S. 290, die eine übergreifende gesamtwirtschaftliche Orientierung fordert.

135 *ZögU*, 8 (1985), 314; ähnlich *Abromeit* (Fn. 3), S. 297: "Mit der Konkretisierung des öffentlichen Zwecks werden nicht schon alle Probleme der Kontrolle öffentlicher Unternehmen gegenstandslos; ohne sie jedoch scheint keines lösbar. "

Noch komplexer wird die Zielsetzung, wenn Privatpersonen an dem Unternehmen beteiligt sind.¹³⁶ Das ist zwar bei öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen grundsätzlich ausgeschlossen. Es finden sich aber Bestrebungen in diese Richtung.¹³⁷

Die widerstreitende Zielsetzung öffentlicher Unternehmen schließt die Anwendung von Überlegungen zum "corporate governance" nicht schlechthin aus, machen sie nur schwieriger. "Corporate governance" darf nicht auf eine Sicht des Unternehmens als eine Einrichtung reduziert werden, die allein den Ertragsinteressen der Anteilseigner gerecht zu werden hat.¹³⁸ Vielmehr kommt es darauf an, ob das Unternehmen, die ertragswirtschaftlichen, regulativen und distributiven Ziele, die sein Träger in dieser Eigenschaft - und nicht als wirtschaftsverwaltungsrechtliche Aufsichtsbehörde - verfolgt, erfüllt. Das Problem stellt sich damit letztlich so dar, wie bei privaten Unternehmen: Wie kann die Unternehmensleitung veranlaßt werden, die von den Anteilseignern oder Trägern vorgegebenen Zwecke bestmöglich zu erfüllen. Zweck ist allerdings weiter zu verstehen, als der rein monetäre betriebswirtschaftliche Erfolg.

Auch für die (deutsche) Aktiengesellschaft geht die im Schrifttum herrschende Lehre von einem mehrdimensionalen "**Unternehmensinteresse**" aus, das mehr sein soll als die bloße **Maximierung** des **Anteilswertes**.¹³⁹ Ob das richtig ist, bedarf hier keiner Entscheidung. Jedenfalls stellen sich dann ähnliche Entscheidungsprobleme.

136 *Machura* (Fn. 3), S. 177.

137 Es sind bereits rechtliche Möglichkeiten für stille Beteiligungen geschaffen: § 4 **DSL-Bank-Gesetz**; § 42 Abs. 3 **SpkG** BW für die Südwestdeutsche Landesbank. § 29 **SpkG** NW beschränkt die Beteiligung aber auf öffentlich-rechtliche Einrichtungen.

138 So aber wohl *Assmann* (Fn. 14), S. 289, allerdings nur beiläufig.

139 Prägnant *Hüffer*, Aktiengesetz, 2. Aufl. 1995, § 76 Rdn. 12: "Daß der Vorstand unter eigener Verantwortung tätig wird, bedeutet positiv, daß er seine Leitentscheidungen nach eigenem Ermessen trifft. "Ermessensausübung bedeutet sachgerechte Wahrnehmung der in der Gesellschaft und ihrem Unternehmen zusammentreffenden Interessen. Träger solcher Interessen sind die **Aktionäre** (Kapital), die **AN** (Arbeit) und die **Öffentlichkeit** (Gemeinwohl). Vorstand ist also weder berechtigt noch verpflichtet, sich bei der Erfüllung seiner Leitungsaufgabe allein von Aktionärsinteressen leiten zu lassen. AG muß sich 'in die Interessen der Gesamtwirtschaft und in die Interessen der Allgemeinheit einfügen' und hat 'auch das Wohl der AN zu beachten' (*Nachweise*). Eine bestimmte Rangfolge der maggeblichen Interessen gibt es nicht, indes keine vorrangige Bindung zugunsten der AN-Interessen oder durch eine Gemeinwohlklausel wie noch nach § 70 1 **AktG** 1937 (*Nachweise*). Es ist also Aufgabe, aber auch Recht des Vorstands, divergierende Interessen gegeneinander abzuwägen und danach zu einer Entscheidung zu

2. Verselbständigung und Instrumentalfunktion

Weitere Probleme ergeben sich durch die ambivalente Einstellung zum **Ausmaß der Verselbständigung**. Von Anfang an ist kaum verhehlt worden, daß der eigentliche Grund für die Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf öffentliche Unternehmen war, die **Einwirkungsmöglichkeiten** der demokratisch gewählten Vertretungsorgane **abzuschwächen**. Man wollte beispielsweise verhindern, daß jede Änderung von Stromtarifen ausgiebig im Gemeinderat diskutiert wurde. Auch versprach man sich durch die Zusammenfassung einzelner Aufgaben in spezialisierten Organisationseinheiten eine **Effizienzsteigerung**. In dieselbe Richtung sollte auch die Ausschaltung "politischer" Einflüsse wirken.

Andererseits haben öffentliche Unternehmen, vor allem wenn sie öffentlich-rechtlich organisiert sind, nur eine Existenzberechtigung, wenn sie einen öffentlichen Sachauftrag erfüllen.¹⁴⁰ Sie sind ein Instrument mittelbarer Staatsverwaltung. Diese **Instrumentalfunktion**¹⁴¹ kann eine besonders **enge Anbindung** an das Trägergemeinwesen erfordern mit einem "close monitoring". Sie ist besonders deutlich bei den Eigenbetrieben.¹⁴² Für das Management stellt sich unter diesem Aspekt die Aufgabe, möglichst genau den politischen Willen des Trägergemeinwesens umzusetzen. Allerdings droht dann die Gefahr, daß das Unternehmen für solche politischen Ziele eingesetzt wird, für die es nicht geschaffen worden ist.

gelangen." Die Ermessensausübung findet ihre Schranke in der Pflicht des Vorstandes, für den "**Bestand des Unternehmens** und damit für dauerhafte Rentabilität zu sorgen" (ebda. Rdn. 13). Dabei ist dauerhafte Rentabilität von "**kurzfristiger Gewinnmaximierung**" zu unterscheiden (ebda. Rdn. 14).

¹⁴⁰ **Abromeit** (Fn. 3), S. 289; zur juristischen Bedeutung oben bei Fn. 77.

¹⁴¹ Diese Funktion wird vor allem von den gemeinwirtschaftlich geprägten Untersuchungen über die öffentlichen Unternehmen betont; vgl. **Thiemeyer** (Fn. 36), S. 28 m.w.N.; **Dietrich Budäus**, Controlling als Ansatz zur **Operationalisierung** der Instrumentalfunktion öffentlicher Unternehmen, Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, Bd. 7 (1984), S. 143; **Machura** (Fn. 3), S. 169; **ders.** (Fn. 3), S. 157.

¹⁴² **Huter/Landerer**, Die Berliner Eigenbetriebe als Instrumente kommunaler Politik, 1984; **Klaus Lange**, Politische Steuerung öffentlicher Unternehmen am Beispiel Berliner Eigenbetriebe, Diss. Berlin 1986.

In vielen Fällen hat sich das Management die Unternehmensziele selbst gesetzt.¹⁴³

In der Praxis finden sich alle Erscheinungsformen:

- reines Werkzeug des Trägergemeinwesens
- starkes Management, das aber mit dem Unternehmen Ziele der Exekutive des Trägergemeinwesens verfolgt,
- autonom handelndes, kaum beaufsichtigtes Management
- starke Stellung der Bediensteten, Konsum am Arbeitsplatz

Die **Ertragslage** dürfte für das **Autonomiestreben** des Managements eine wichtige Rolle spielen: In öffentlichen Unternehmen, die Gewinn erzielen, üben die Träger typischerweise weniger Einfluß aus, als in defizitären.¹⁴⁴ Eine Aussage über Kausalitätsbeziehungen kann damit allerdings nicht getroffen werden. Zum Ganzen sind vertiefende rechtstatsächliche und ökonomische Untersuchungen erforderlich.

3. Verschachtelung

Bei privatrechtlichen Gesellschaften verringert sich der Einfluß der Gesellschafter auf das Management beim Erwerb von Beteiligungen oder Auslagerung von Tätigkeitsfeldern auf selbständige Tochtergesellschaften.¹⁴⁵ Ähnliches geschieht bei öffentlichen Unternehmen. Die Steuerungskraft der öffentlich-rechtlichen erforderlichen Zielvorgaben und Aufgabenbegrenzung nimmt in dem Maße ab, in dem sich das öffentliche Unternehmen horizontal und vertikal aufgliedert.¹⁴⁶ Je weiter ein öffentliches Unter-

143 **Machura** (Fn. 3), S. 171; *ders.* (Fn. 3), S. 161.

144 **Machura** (Fn. 3), S. 171.

145 Vgl. dazu **Eberhard Scheffler**, Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats im Konzern, BB 1994, s. 793 ff.

146 **Eckert** (Fn. 110), S. 171 f.

nehmen gestuft ist, desto mehr versickert das öffentliche Interesse. ¹⁴⁷ Verschärft wird diese Verselbständigung dadurch, daß im Gegensatz zu privaten Konglomeraten ein einheitliches **Oberziel** fehlt, auf das die Einzelaktivitäten der Tochterunternehmen ausgerichtet werden könnten. ¹⁴⁸ Das ist ausführlich für die Hamburger Hochbahn AG dokumentiert worden. ¹⁴⁹

Besonders deutlich tritt diese Entwicklung bei öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen zu Tage, die sich verstärkt bemühen, auf diese Weise den **strengeren Bindungen**, die sich aus der öffentlichen Rechtsform ergeben, zu entgehen. Beispielfähig war die DBV-Versicherungsgruppe, die in ihrem Kern eine verwaltungsrechtliche Anstalt hessischen Rechts war. ¹⁵⁰ Neben verschiedenen kommunalen Sparkassen sind aber vor allem auch die Landesbanken - Anstalten des öffentlichen Rechts - zu nennen, unter denen vor allem die **WestLB** mit einem ausgedehnten und tief gestaffelten Beteiligungsvermögen hervorrangt, das kaum noch mit der ohnehin überaus weiten gesetzlichen Aufgabenbestimmung zu vereinbaren ist. ¹⁵¹

Auch aus diesem Grunde ist die Holdingfunktion öffentlich-rechtlich organisierter Unternehmen sehr bedenklich. ¹⁵²

147 **Helmut Karehnke**, Ist die Verwaltung von kaufmännisch eingerichteten Staatsbetrieben (§ 15 RHO) durch Beteiligungsgesellschaften des Staates begrifflich möglich?, **DöH**, Jg. 9 (1967/68), 21, 25 f.; *ders* (Fn. 77), S. 176.

148 Vgl. **Budäus** (Fn. 141), S. 155.

149 **Schuppert** (Fn. 3), S. 316-319, unter Auswertung des Jahresberichts 1977 des Rechnungshofes der Freien und Hansestadt Hamburg.

150 Vgl. **Siekmann** (Fn. 49), 364.

151 Oben Fn. 131.

152 Gegen eine als Holding konstruierte Beteiligungsverwaltung **Günter Püttner**, in: **Wagener** (Hrsg.), Verselbständigung von Verwaltungsträgern, 1976, S. 140; **Janson** (Fn. 1), S. 292-294; **Schuppert** (Fn. 3), S. 319; **Machura** (Fn. 3), S. 164.

4. Markt für Unternehmenskontrolle

Einen Markt für Unternehmenskontrolle gibt es in Deutschland fast nicht. Feindliche Übernahmen sind ausgesprochen selten.¹⁵³ Aber auch in den USA sind sie nunmehr rar geworden.¹⁵⁴ Öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen sind zudem schon wegen ihrer Rechtsform als Übernahmezziel wenig geeignet. Handelbare Anteile an Anstalten des öffentlichen Rechts gibt es nicht. Gleichwohl werden in der praktischen Politik nicht selten prozentual genau bezeichnete Anteile an solchen Unternehmen übertragen, getauscht und fusioniert - mit und ohne Ausgleichszahlungen. Soweit erkennbar spielt dabei aber das Management eine treibende Rolle, so daß dieser rudimentäre Markt kaum als Instrument des "corporate governance" eingestuft werden kann.

Auch die Weiterentwicklung zu einem **Markt für Stimmrechtsvertreter**¹⁵⁵ ist für öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen eher die Ausnahme. Die Unternehmensträger lassen sich regelmäßig **nicht** durch Außenstehende in den Unternehmensorganen vertreten. Die vorgeschlagene **Professionalisierung der Vertretung**¹⁵⁶ könnte aber auch die Qualität der Aufsicht über die öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen deutlich verbessern. Allerdings entstehen zusätzliche Kosten, deren Deckung den Inhabern des Budgetrechts nur schwer plausibel zu machen sein dürfte.

Eine beachtenswerte Besonderheit ergibt sich für die öffentlichen Unternehmen aber insoweit, daß zwar Träger und Aufsichtsgremien weitgehend festliegen und nur ausnahmsweise ausgetauscht werden. Allerdings **wechseln** die natürlichen **Personen**, die **für** und in diesen Einrichtungen tätig werden. Das gilt zum Teil **für** die leitenden Verwaltungsbeamten, aber vor allem für die demokratisch gewählten Politiker, die

153 Oben Fn. 24.

154 Oben Fn. 23.

155 Dazu eingehend *Theodor Baum* und *Philip v. Randow*, Die Aktiengesellschaft 1995, 145 ff., die ein weiterführendes Marktmodell vorführen (S. 152 ff.).

156 Ebda., S. 155, 157, 159; skeptisch *Marcus Lutter*, Professionalisierung der Aufsichtsräte, NJW 1995, 1113 f.

letztlich die Verantwortung auch für diese Unternehmen tragen. Sie unterliegen einem (politischen) Markt- oder Ausleseprozeß. ¹⁵⁷

5. Internes Monitoring

“Corporate governance” öffentlich-rechtlich organisierter Unternehmen ist danach im wesentlichen auf **interne Mechanismen** angewiesen, so wie es zum Teil im neueren amerikanischen Schrifttum auch für private Kapitalgesellschaften gefordert wird. Dort werden sogar ausdrücklich Anleihen beim Willensbildungsprozeß im öffentlichen Sektor (*public sector*) gefordert. Ob die dabei propagierten demokratischen Werte und rechtsstaatlichen Anforderungen (“due process”) zur Steuerung und Überwachung von Unternehmen das leisten können, was von ihnen erwartet wird, ist bereits anhand des Verhaltens der Pensionsfonds amerikanischer öffentlicher Bediensteter nachdrücklich in Zweifel gezogen worden. ¹⁵⁸

Diese Fonds kommen nach Rechtsgrundlage, Struktur und politischer Einbindung deutschen öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen recht nahe. Ihre Ausgangszielsetzung ist indes nicht so komplex und ist eher einseitig auf Ertragsmaximierung ausgerichtet. Bemerkenswerte Parallelen finden sich aber in ihrer Indienstnahme für Zwecke der örtlichen Wirtschaftsförderung, allgemeinpoltische Ziele oder rein fiskalische Interessen.

Melvin Eisenberg hat für private Gesellschaften mit breit gestreutem Aktionärskreis in Zweifel gezogen, daß das “board” einer amerikanischen “corporation” tatsächlich die Tätigkeit des Unternehmens ausrichten könne. Es seien allein die Manager, welche die Unternehmenspolitik festsetzten (*set policy*). Das “board” sollte sich deshalb auf

¹⁵⁷ Theoretische Untersuchung der Verhaltensanreize durch *Andrei Schleifer* und *Robert W. Vishny*, *Politicians and Firms*, CIX The Quarterly Journal of Economics, S. 995 ff. (1994), die zu dem Ergebnis gelangen, daß private Beteiligungen an öffentlichen Unternehmen für Politiker optimal sein können (S. 1021).

¹⁵⁸ Oben A.

ein "monitoring" des Managements beschränken.¹⁵⁹ Das interne "monitoring" des Vorstandes durch den Aufsichtsrat nach deutschem Aktienrecht¹⁶⁰ ist deshalb in der amerikanischen "corporate governance" Diskussion auf erhebliches Interesse gestoßen. Die deutsche "two-tier" Konstruktion wirkte als erwägenswerte Alternative für die Reform der amerikanischen Aktiengesellschaft.¹⁶¹

In Deutschland wird die Rolle des Aufsichtsrates nach den letzten spektakulären Unternehmensfehleistungen allerdings eher zwiespältig gesehen.¹⁶² Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung hatte schon Anlaß, sich kritisch mit den Pflichten des Aufsichtsrates auseinanderzusetzen.¹⁶³ Seine Wirksamkeit in Großunternehmen wird maßgebend von den Großbanken bestimmt, die dort über ihre eigenen Anteile, das Depotstimmrecht für ihre Kunden und die Stimmen der von ihnen beherrschten Finanzintermediäre (Fonds) eine sehr starke Stellung einnehmen.¹⁶⁴

Diese Faktoren spielen zwar bei öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen keine Rolle. Nur haben sie nicht immer ein Aufsichtsgremium, das mit dem Aufsichtsrat einer deutschen Aktiengesellschaft vergleichbar wäre. Eine allgemeine Aussage ist nicht möglich, da es namentlich für diese Punkte kein gesamtstaatliches Organisationsstatut des öffentlichen Rechts gibt. Es wird aber berichtet, daß

159 The Structure of the Corporation, Boston und Toronto 1976, S. 164-172.

160 Dazu insgesamt **Barthelmeß** (Fn. 20), S. 25 ff.; zu den Grundsätzen ordnungsgemäßer Kontrolle und Beratung der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat **Theisen**, Die Aktiengesellschaft 1995, 193 ff. ; zu den rechtlichen Mindestanforderungen **Karlheinz Boujong**, ebd., S. 203 ff. ; dazu aus betriebswirtschaftlicher Sicht **Eberhard Scheffler**, ebd., S. 207 ff. ; aus der Sicht der Praxis **Peter Frerk**, ebd., S. 212 ff. ; zur Einbeziehung von Wirtschaftsprüfern **Lebrecht Rürup**, ebd., S. 219 ff.; speziell im Hinblick auf die Beteiligungsverwaltung **Peter Hommelhoff**, ebd., S. 225 ff.

161 Vgl. **Vagts** (Fn. 18), S. 49; **Conard** (Fn. 18), S. 52.

162 **Theodor Baums**, Der Aufsichtsrat - nützlich, schädlich, überflüssig?, Arbeitspapier 7/94 des Instituts für Handels- und Wirtschaftsrecht der Universität Osnabrück; **Jochem Reichert** und **Michael Schlitt**, Konkurrenzverbot für Aufsichtsratsmitglieder, Die Aktiengesellschaft 1995, S. 241 ff. ; **Dietrich Dörner** und **Peter Oser**, Erfüllen Aufsichtsrat und Wirtschaftsprüfer ihre Aufgaben?, Die Aktiengesellschaft 1995, S. 1085 ff.; vgl. auch **Rock** (Fn. 17), S. 296.

163 BGHZ 114, 127; 124, 111.

164 Dazu **Baums** (Fn. 18), S. 23, 25, 27 f.

“typischerweise” die “informale ... Verständigung zwischen den Aufsichtsratsgruppen untereinander und jeweils mit der Unternehmensleitung” dominiere.¹⁶⁵

11. Das Management

Der Träger hat die rechtlichen Mittel, seine Vorstellungen bei der Personalauswahl durchzusetzen. Bei den kommunalen Sparkassen in Nordrhein-Westfalen bestellt z.B. der vom Träger beherrschte Verwaltungsrat den Vorstand. Die **personelle Besetzung** des Managements erfolgt weniger durch Kooptation, als im privaten Sektor. Die Kehrseite ist jedoch, daß die Personalauswahl unter starkem politischem Einfluß steht. Die Besetzung von Führungspositionen in derartigen Unternehmen ist nicht selten einer der wichtigsten Gründe für den Träger und seine Organwalter aktiv zu werden. **Ämterpatronage** darf in öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen nicht unterschätzt werden, ist aber auch wegen des notwendigen besonderen Vertrauensverhältnisses und der Verwaltungskennnisse - in Grenzen - legitim.¹⁶⁶ Die Wettbewerbsintensität auf dem Produktmarkt mag aber bremsend wirken.

Wenig ergiebig ist die Debatte geblieben, ob die Manager öffentlicher Unternehmen **spezielle Einstellungen** und **Verhaltensweisen** herausbilden,¹⁶⁷ oder ob die “Konvergenz” mit ihrer Bezugsgruppe, den Managern privater Unternehmen, unvermeidlich ist¹⁶⁸ und wie das zu bewerten ist.¹⁶⁹

Die **Interessengegensätze** zwischen Management und Anteilseignern in der privaten Gesellschaft sind in drei große Gruppen unterteilt worden:

¹⁶⁵ *Machura* (Fn. 3), S. 171.

¹⁶⁶ Im Hinblick auf die Rekrutierung des Managements aus der Verwaltung *Bernd Janson*, Die Wahl der Rechtsform bei öffentlichen Unternehmen, Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, Bd. 10 (1987), S. 126.

¹⁶⁷ Dafür unter bestimmten Voraussetzungen *Abromeit* (Fn. 3), S. 303.

¹⁶⁸ Dafür *Thiemeyer* (Fn. 36), S. .

¹⁶⁹ Für eine besondere “Dienstgesinnung” *Machura* (Fn. 3), S. 167 f. m.w.N.

Arbeitsvermeidung ("shirking")
traditionelle Interessenkonflikte
Positionsunterschiede. ¹⁷⁰

Es spricht einiges dafür, daß die Trennung von "Eigentum" und Management in öffentlichen Unternehmen wenigstens zum Teil deutlich anders geartete Probleme aufwirft. Namentlich in öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen stehen für das "monitoring" des Managements wirkungsvollere Instrumente zur Verfügung. Beispielsweise kann der Verwaltungsrat einer Sparkasse wesentlich mehr Einfluß auf das Verhalten des Vorstandes nehmen als der Aufsichtsrat oder die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft oder beide zusammen. Ob das auch der Wirklichkeit entspricht, müßte näher untersucht werden, namentlich wenn die Rolle der Großbanken berücksichtigt wird oder der Einfluß von Alleinaktionären,

Andererseits dürften Ziele und Interessenlage des Managements weiter und grundsätzlicher von den Vorstellungen des Trägers abweichen als bei privaten Unternehmen. Eine zu weitgehende Verselbständigung des Managements stellt aber den Seinsgrund des öffentlichen Unternehmens, die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, insgesamt in Frage. ¹⁷¹

Allerdings braucht das öffentliche Unternehmen Entscheidungsspielräume. **Andernfalls** könnte auf die organisatorische Verselbständigung verzichtet werden. ¹⁷² Es gibt jedoch öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen, die aus einem ganz anderen Grunde geschaffen worden sind: **Vermeidungsstrategien**. Es sollen finanz- und haushaltsrechtliche Bindungen unterlaufen werden, ohne den Anforderungen des privaten Gesellschaftsrechts (Rechnungslegung, Minderheitenrechte, Kapitalausstattung u.ä.) genügen zu müssen. Die richtige **Trennlinie** zwischen notwendiger Steuerung durch das Trägergemeinwesen und wünschenswerten Autonomie des Unternehmens kann kaum allgemein gezogen werden.

¹⁷⁰ *Melvin A. Eisenberg*, 89 Columbia Law Review 4171-1474 (1989).

¹⁷¹ *Abromeit* (Fn. 3), S. 296.

¹⁷² *Abromeit* (Fn. 3), S. 299.

111. Grenzen für den Unternehmensträger

Auch in öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen wirken sich die Beschränkungen aus, die zum Auseinanderfallen von normativem Modell und Realität in privaten Unternehmen: Begrenztheit von Zeit, Information und Zusammensetzung von Organen. ¹⁷³

1. Personengleichheit

Öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen werden nicht selten in Personalunion von Mitarbeitern der Verwaltung des Trägergemeinwesens geleitet. Das trifft vor allem bei kleinen kommunalen Betrieben zu. ¹⁷⁴ Aufsicht und Kontrolle sind dann im wesentlichen auf das Repräsentationsorgan des Trägergemeinwesens verlagert, namentlich wenn das Unternehmen vom Hauptverwaltungsbeamten geleitet wird. Das kann dazu führen, daß dieser das Unternehmen beherrscht wie eine Aktiengesellschaft in der Privatwirtschaft durch einen Alleinaktionär oder gar noch strikter. ¹⁷⁵

2. Fehlende Information und fachliche Qualifikation der Kontrollorgane

Nicht selten fehlt **demokratisch gewählten Repräsentanten** bei der Aufsicht das notwendige **Fachwissen**, um ein Unternehmen effektiv zu überwachen und zu steuern, also das notwendige "monitoring" des Managements in die Hand zu nehmen. ¹⁷⁶ Das gilt namentlich für Unternehmen auf der kommunalen Ebene, aber auch auf höherer Ebene, wenn sie beispielsweise von Kommunalverbänden getragen

¹⁷³ Vgl. *Rock* (Fn. 17), S. 292 m.w.N.

¹⁷⁴ *Machura* (Fn. 3), S. 176.

¹⁷⁵ *Erich Potthoff*, Zur Aktiengesellschaft als Rechtsform für öffentliche Betriebe, in: Festschrift *H. Ritschl*, 1972, S. 174.

¹⁷⁶ Nicht selten handelt es sich um verdiente Lokalpolitiker, die aber kaum dem Management eines Großunternehmens gewachsen sind; vgl. *Günter Piittner*, in: Kontrolle öffentlicher Unternehmen, Bd. 1, Baden-Baden 1980, S. 145-150, 153-156.

werden. Das sind beispielsweise die Landschaftsverbände in Nordrhein-Westfalen, die Mitträger der Provinzial-Versicherungsanstalten sind.

Aber auch die **Verwaltung** des Trägergemeinwesens hat nicht immer die notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten. Das liegt zum Teil an der wenig zweckentsprechenden Organisation der Beteiligungsverwaltung. Vor allem auf der kommunalen Ebene wird sie nicht selten "nebenher" erledigt.¹⁷⁷ Als Abhilfe bietet sich an, entweder

eine zentrale, mit qualifiziertem Personal ausgestattete Beteiligungsverwaltung einzurichten oder

die betreffenden Unternehmen den Fachressorts zuzuordnen, deren Verwaltungsaufgaben sie erfüllen sollen.¹⁷⁸

Je nachdem, welchen Weg man einschlägt, ist indes zu erwarten, daß unterschiedliche **Kontrollmaßstäbe** angelegt werden. Eine Zentralstelle, regelmäßig das Finanzressort, wird eher eine finanzwirtschaftliche Sichtweise zugrunde legen, während Fachabteilungen die Erfüllung von Sachzwecken in den Vordergrund stellen und finanzielle Restriktionen und Wirtschaftlichkeitsüberlegungen vernachlässigen werden.¹⁷⁹

3. Desinteresse der Leitung des Trägergemeinwesens

Die Leitung des Trägergemeinwesens hat häufig kein ausformuliertes Konzept, das mit dem Unternehmen verwirklicht werden soll. Sie überläßt das Unternehmen sich selbst. Eine Kontrolle findet allenfalls vom Produktmarkt her statt, wenn es auf einem

¹⁷⁷ Vgl. Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung, Kommunale Beteiligungen 11: Organisation der Beteiligungsverwaltung, **KGSt-Bericht** Nr. 9, Köln 1985, S. 5.

¹⁷⁸ Dafür *Schuppert* (Fn. 3), S. 332.

¹⁷⁹ *Karehnke* (Fn. 77), S. 176; Vgl. Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung, Kommunale Beteiligungen 11: Organisation der Beteiligungsverwaltung, **KGSt-Bericht** Nr. 9, Köln 1985, S. 14 und 16.

Wettbewerbsmarkt tätig ist. Bisweilen werden solche Unternehmen, je nach politischer Opportunität, mit “willkürlichen, konzeptionslosen Eingriffen traktiert”.¹⁸⁰

Für den Hauptverwaltungsbeamten des Trägergemeinwesens gibt es keine oder nur sehr mittelbare “incentives”, sich um ein solches Unternehmen zu kümmern. Allenfalls wenn seine Wiederwahl durch die Zustände in einem solchen Unternehmen gefährdet ist, mag es einen Anreiz geben, aktiv zu werden.¹⁸¹ Die maßgeblichen Wahlperioden sind sehr unterschiedlich. Sie betragen aber lange Zeit durchaus zwölf Jahre. Erst in letzter Zeit sind sie sukzessive verringert worden; zuletzt in Nordrhein-Westfalen für die Hauptkommunalbeamten auf fünf Jahre. Neu hinzugekommen ist in diesem Land jetzt auch die Direktwahl des Hauptverwaltungsbeamten. Das mag Änderungen bewirken.

Entgegen den Klagen des Managements dürfte die Praxis eher durch ein Zuwenig als ein Zuviel an Einmischung charakterisiert sein.¹⁸²

4. Zeitliche Belastung

Ein weiterer limitierender Faktor ist das begrenzte Zeitbudget, das den Personen zur Verfügung steht, die das interne “monitoring” durchführen sollen. Bei größeren Trägergemeinwesen sind sie möglicherweise in einer Vielzahl solcher Unternehmen eingesetzt. Soweit es sich um örtliche Politiker handelt, sind sie zudem regelmäßig keine Berufspolitiker. Auch von daher ist ihre Zeit sehr begrenzt.

180 *Machura* (Fn. 3), S. 172.

181 Skeptisch *Abromeit* (Fn. 3), S. 300 f.: “Desinteresse der Wähler”.

182 *Abromeit*, (Fn. 3), S. 300.

5. Rollenverständnis der Kontrollpersonen

Die Rolle der "Regierungsvertreter", unabhängig davon, an welcher Stelle sie im Unternehmen organisatorisch eingeordnet sind, wird als "üblicherweise eher passiv" gekennzeichnet.¹⁸³ Das entspricht den Ergebnissen empirischer Studien zum Verhalten "öffentlicher" Pensionsfonds in den USA,¹⁸⁴ denen man zuvor im amerikanischen Schrifttum erheblich mehr Aktivitätsdrang zugesprochen hatte als privaten Fonds.

Spitzenpolitiker mögen die öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen noch als Instrumente zur Verwirklichung von Zielen einsetzen wollen, die nicht den Vorstellungen des Managements entsprechen. Das trifft aber für untergeordnete, "kleine" Bürokraten und Politiker nicht zu. Es bringt für sie keinerlei Vorteil, aktiv die Leistung des Unternehmens verbessern zu wollen und sich mit dem Management oder den sonstigen dort tätigen Personen auseinanderzusetzen. Im Gegenteil besteht die Gefahr, daß sie für Fehlentwicklungen verantwortlich gemacht werden, wenn sie eingreifen und sich über den "Sachverstand" des Managements hinwegsetzen.¹⁸⁵ Wenn alles seinen "geordneten Gang" geht, bedeutet für sie jedes andere Verhalten zusätzliche Arbeit, Risiko und Unannehmlichkeiten bei minimalem zusätzlichem Nutzen.

Hinzu kommt eine weitere Erscheinung, die nur schwer exakt zu erfassen ist. Amtsträger, die in den Kontrollorganen der verselbständigten Verwaltungseinheiten sitzen, werden leicht zu "Lobbyisten 'ihrer' jeweiligen Unternehmung" oder des ganzen Industriezweigs.¹⁸⁶ Sie identifizieren sich aber nicht nur mit "ihrem" Unternehmen, sondern häufig mit dessen Hauptakteuren, dem im Amt befindlichen Management.

183 *Abromeit* (Fn. 3), S. 295.

184 *Romano* (Fn. 7), S. 108, 126 ff.

185 *Abromeit* (Fn. 3), S. 295.

186 *Abromeit* (Fn. 3), S. 296; *dies.*, in: *Abromeit/Himmelman/Jürgens* (Hrsg.), *Steuerungsinstrument öffentliche Wirtschaft?, Veröffentlichungen des Instituts für Vergleichende Gesellschaftsforschung/Arbeitspolitik des Wissenschaftszentrums Berlin, IIVG/dp86-214*, Berlin 1986, S. 215.

Dazu wird vom Management nicht selten ein autonomes "Unternehmensinteresse" konstruiert, das ihm im Zweifel die Durchsetzung seiner Anliegen erleichtert. ¹⁸⁷

IV. Die Kapitalgeber

Die **Besonderheiten** des **deutschen Banksystems** und sein Einfluß auf Unternehmensleitung und Unternehmensfinanzierung ¹⁸⁸ wirken sich bei öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen **nicht** aus. Die wichtigsten Hebel: Anteilsbesitz der Banken, Depotstimmrecht, bankbeherrschte Finanzintermediäre können wegen der Eigenart der Rechtsform nicht zum Einsatz kommen. Auch entfällt regelmäßig der Einfluß einer "Hausbank". ¹⁸⁹ Die Rolle der "Hausbank" ist jedenfalls nach neuesten Untersuchungen auch für große Aktiengesellschaften mit breit gestreutem Aktionärskreis wesentlich weniger bedeutend als lange Zeit angenommen worden ist. ¹⁹⁰ Damit läßt sich auch zum Teil die von amerikanischer Seite zu Recht aufgeworfene Frage beantworten, warum die Adam Opel AG als ein Unternehmen, das voll in amerikanische Managementstrukturen eingebunden ist, auch ohne Hausbank lange Zeit erfolgreicher als seine Muttergesellschaft oder andere Tochtergesellschaften von General Motors gearbeitet hat, aber auch nicht schlechter als andere, selbständige Automobilunternehmen in Deutschland. ¹⁹¹

Es gibt einzelne öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen, die so ertragreich arbeiten, daß sie kein Fremdkapital benötigen (Beispiel: **Provinzial-Versicherungsanstalten**, Düsseldorf). Bei ihnen entfällt jegliches "monitoring" durch die **Fremdkapitalgeber**. Aber auch wenn mit Fremdkapital gearbeitet wird, ist die Situation

187 **Machura** (Fn. 3), S. 172.

188 Eingehende Darstellung bei **Baum** (Fn. 18), S. 16 ff.

189 Dazu **Fischer**, Hausbankbeziehungen als Instrument der Bindung zwischen Banken und Unternehmen, Diss. Bonn, 1990; **Baum** (Fn. 18), S. 9, 15.

190 **Baums** (Fn. 18).

191 Vgl. **Rock** (Fn. 17), S. 296, der zur Erklärung auf den Wettbewerb und das Geflecht der sozialen Normen, Werte und Motive verweist S. 298).

grundlegend anders als bei privaten Unternehmen. Ungeachtet aller Unterschiede und Zweifelsfragen im einzelnen, die hier außer Ansatz gelassen werden müssen, sind öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen überwiegend **nicht konkursfähig**.¹⁹²

Das bedeutet aber zunächst einmal nur, daß ein Konkursverfahren nicht stattfindet. Regelmäßig schließt das für sie maßgebende öffentliche Recht aber auch aus, daß die von ihnen eingegangenen Forderungen nicht beglichen werden. Entweder besteht die **Gewährträgerschaft** einer staatlichen Körperschaft oder es greift das Rechtsinstitut der Anstaltslast ein.¹⁹³ Es hat eine besondere, noch jüngst vom Bundesverfassungsgericht bestätigte Bedeutung für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.¹⁹⁴ Aber auch für sonstige Anstalten des öffentlichen Rechts ist es im Grundsatz anerkannt. Es besagt, daß der Anstaltsträger die Anstalt mit genügenden Mitteln ausstatten muß, damit sie ihre Aufgaben erfüllen kann. Ob das allerdings auch bedeutet, daß er ihre Zahlungsunfähigkeit verhindern muß, ist noch nicht mit letzter Sicherheit geklärt. Es werden aber bereits Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als nach Art. 92 EGV unzulässige staatliche Beihilfen angesehen.¹⁹⁵

Jedenfalls sind damit die Anreize für Fremdkapitalgeber, kostenträchtige Kontrollmaßnahmen zu ergreifen, wesentlich reduziert. Wichtiger Nebeneffekt ist eine Verringerung der Fremdkapitalkosten. Sie sind dem Vernehmen nach etwa 1/8 Prozentpunkt günstiger. Daraus kann sich ein unschlagbarer Wettbewerbsvorteil ergeben.

192 Beschlüsse vom 5. 10. 1993, NJW 1994, 1465 und 1466.

193 Einschränkung *Janbernd Oebbecke*, Die Anstaltslast - Rechtspflicht oder politische Maxime?, DVBl. 1981, S. 960, 965; daran anknüpfend *Christian Koenig*, Begründen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung unabhängig von ihrer Kodifizierung tragfähige Kreditmerkmale öffentlicher Finanzinstitute?, WM 1995, S. 821, 828 unter Berufung auf die Entwicklung von anstaltsmäßig organisierten Unternehmen zu Kapitalgesellschaften des öffentlichen Rechts (*Siekmann* [Fn. fußnote:siekmann93]), S. 362 ff.).

194 Unzulässigkeit des Konkurses öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, BVerfG, NJW 1994, S. 1466.

195 Vgl. *Christian Koenig*, Öffentlich-rechtliche Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als staatliche Beihilfen gern. Art. 92 EGV?, EuZW 1995, S. 595, 602, unter Auswertung der Analyse von *Siekmann* (Fn. 49; S. 361, 365, 369; gegen das Ergebnis *Hannes Schneider* und *Torsten Busch*, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als Beihilfen im Sinne von Art. 92 EGV?, EuZW 1995, 602 ff.

Zunehmende Aufmerksamkeit erregt deshalb auch ein **dafür** maßgebendes Informationsinstrument: das **Rating** öffentlich-rechtlicher Unternehmen durch die internationalen Rating-Agenturen. Im Hinblick auf die Anstaltslast und die Gewährträgerhaftung sind sie ursprünglich wie Länderrisiken eingestuft worden, nachdem die Agenturen das deutsche Rechtsinstitut der Gewährträgerhaftung verstanden hatten. Nun gehen sie aber zusätzlich dazu über, die **innere** Wirtschaftskraft der Unternehmen ohne die Ressourcen der Gewährträger zu bewerten.

Ein weiterer wichtiger Effekt ist die Fragwürdigkeit einer Beitragspflicht zum **Pensionssicherungsverein**¹⁹⁶ und zur **Konkursausfallgeldversicherung**¹⁹⁷. Betriebswirtschaftlich dürfte sich aber daraus keine entscheidende Wettbewerbsverzerrung ergeben, da die Gewährträger, richtig kalkuliert, Reserven für eine eventuelle Haftung auf Grund von Anstaltslast und Gewährträgerschaft bilden und ihrem Unternehmen in Rechnung stellen müßten.

Aber auch von Seiten der **Eigenkapitalgeber** besteht kaum Anreiz für ein effektives “monitoring” öffentlich-rechtlich organisierter Unternehmen. Das gilt namentlich, wenn sie keine Gewinne ausschütten, aber auch keinen Zuschußbedarf haben (Provinzial-Versicherungen) oder aber nur eine feste Grundfinanzierung erhalten, gleich wie sie wirtschaften (Studentenwerke). Das in diesen Unternehmen gebundene Kapital interessiert ihre Träger üblicherweise nicht. Abschreibungen kennt das kameralistische Rechnungswesen der Trägergemeinwesen nicht. Opportunitätskosten sind durchweg ein Fremdwort. **Innenfinanzierung führt** in jedem Fall zu einer Stärkung der Stellung des Managements, das sich zunehmend “emanzipieren” kann.¹⁹⁸ Ein pauschaler, nachträglicher **Verlustausgleich**, wie er bei einer Reihe von öffent-

196 Es handelt sich um einen privaten Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, dem nach § 14 Abs. 1 **BetrAVG** Verwaltungsaufgaben übertragen worden sind. Das Bundesverwaltungsgericht verlangte nur eine gesetzliche Grundlage und sah im übrigen keinen Anlaß zu einer kritischen Würdigung derartiger Konstruktionen (Urteil v. 22.11.1994, DÖV 1995, S. 641).

197 Das Bundesverfassungsgericht sah in der differenzierenden Regelung des § 186 c Abs. 3 Satz 1 i.V.m. Abs. 2 Satz 2 AFG für juristische Personen des öffentlichen Rechts keinen Willkürverstoß (NJW 1994, S. 1465).

198 Vgl. *Witte /Hauschild*, Die öffentliche Unternehmung im Interessenkonflikt, 1966, S. 68; für private Unternehmen *Baums* (Fn. 18), S. 3 1.

lieh-rechtlich organisierten Unternehmen zu finden ist, verringert die Wirksamkeit aller Steuerungsbemühungen.¹⁹⁹

Ein interessanter Sonderfall sind die kommunalen **Sparkassen**, die durchaus nennenswerte Gewinne erwirtschaften. Ihre Verwendung ist aber zum Teil gesetzlich festgelegt und steht den Trägern nicht zur freien Verfügung. Allerdings haben diese ein anderes Interesse an der Rentabilität dieser Einrichtungen. Der größte Teil ihrer **Gewerbesteuerzahlungen** kommt ihren Trägern zugute. Das ist selbst für große Städte ein wichtiger Einnahmeposten. So wird berichtet, daß sogar in einer Industriestadt wie Bochum - je nach Konjunkturlage - die städtische Sparkasse der größte Gewerbesteuerzahler ist.²⁰⁰ Allerdings fließt der größte Teil der Körperschaftsteuerzahlungen in Bundes- und Landeskassen.

Darüber hinaus gibt es vielfältige Bestrebungen, **privates Kapital** an öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen zu **beteiligen**. Das stößt auf mannigfaltige rechtliche Schwierigkeiten, ist aber bei der DSL-Bank bereits verwirklicht worden: Es wurde eine Aktiengesellschaft zum Zwecke einer stillen Beteiligung an der Bank, einer Anstalt des öffentlichen Rechts, gegründet, die ihrerseits Aktien an ein breit gestreutes Publikum ausgegeben hat. Allerdings hat sich der Bund den beherrschenden Einfluß auf das Unternehmen vorbehalten.²⁰¹ Für andere öffentlich-rechtliche Unternehmen sind die gesetzlichen Voraussetzungen geschaffen worden. Auch wenn sie umgesetzt werden, wird der Einfluß der privaten Kapitalgeber vernachlässigbar bleiben, da er durch gesetzliche Vorschriften oder die Beschränkung auf die Stellung eines atypischen stillen Gesellschafters zur Passivität gezwungen wird.

199 *Thiemeyer* (Fn. 36), S. 419.

200 Allgemein, aber ohne Nennung von Bochum *Köhler*, Der Städtetag 1995, 620.

201 *Schmidt* (Fn. 56), S. 72 ff.

V. Die Produktmärkte

Effektive Kontrolle öffentlich-rechtlich organisierter Unternehmen findet allenfalls durch den Wettbewerb auf den **Produktmärkten** statt. Rechtlich abgesicherte Monopolemärkte, auf denen zumindest früher solche Unternehmen häufig tätig waren, sollen hier außer Ansatz bleiben. Aber auch die Wettbewerbsmärkte, auf denen sie tätig sind, weisen einige Besonderheiten auf. Teilweise handelt es sich schon wegen der örtlichen Gegebenheiten um schwer zugängliche Märkte mit wenig Wettbewerb. Zum Teil können die Unternehmensträger den Marktzutritt für Wettbewerber erschweren, um so "ihre" Unternehmen zu schützen.

Auf den Bank- und Versicherungsmärkten herrschte zudem lange Zeit weniger Wettbewerb, als von den Beteiligten behauptet wurde. Das war nicht zuletzt durch eine recht weitgehende staatliche Regulierung bedingt. Durch die europarechtlichen Öffnungen mag sich insoweit einiges ändern. Aber auch der Staat in allen seinen Ausprägungen kann durch seine Anlageentscheidungen in erheblichem Umfang "seine" Finanzunternehmen begünstigen, wenn man den Anteil des Sozialprodukts bedenkt, der über öffentliche Kassen gelenkt wird. Aber auch hierzu sind Detailuntersuchungen erforderlich.

VI. Ergebnisse und Schlußfolgerungen

"Corporate governance" öffentlich-rechtlich organisierter Unternehmen ist keinesfalls "bank-based", wie es für die private Wirtschaft zum Teil behauptet wird.²⁰²

Öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen zeichnen sich dadurch aus, daß bei ihnen

- das Konkursrisiko fehlt oder stark verringert ist
- die interne und externe Aufsicht keinen Anreiz zum Einschreiten hat oder politisch blockiert ist und
- häufig kein Wettbewerb auf den Märkten besteht, auf denen sie tätig werden.

²⁰² Vgl. dazu **Baum** (Fn. 18), S. 4.

Für Fremdkapitalgeber ist es nicht rational, Ressourcen für ein effektives “monitoring” dieser Unternehmen einzusetzen. Das Management kann riskante Strategien verfolgen, ohne Sanktionen befürchten zu müssen.

Schädliche oder riskante Verhaltensweisen werden nicht durch Regeln gebremst, wie sie das Gesellschaftsrecht für privatrechtliche Gesellschaften kennt. Öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen sind anfällig für **Überschreitungen ihres Aufgabekreises** durch das Management. Die Unternehmensaufgabe wird dem Unternehmensgegenstand gleichgesetzt und damit das Mittel zum Zweck erhoben.²⁰³

Beispiele:

- (1) Auftragsvergabe an örtliche Geschäftsleute, die nicht selten in den Aufsichtsgremien sitzen,
- (2) finanzielle Unterstützung gefährdeter regionaler Unternehmen,
- (3) lokale Entwicklungshilfepolitik (ausschließliche Verwendung bestimmter Waren aus der “Dritten Welt”, “fair” gehandelte Produkte),
- (4) lokale Menschenrechtspolitik (keine Geschäfte mit Süd-Afrika).
- (5) neuerdings verstärkt: lokale Ansprüche an den Umweltschutz.

Allerdings sind Unternehmensgegenstand und Unternehmensaufgabe nicht immer eindeutig zu trennen. Beispiel: § 3 Abs. 1 SpkG NW: “Die Sparkassen sind **Wirtschaftsunternehmen** ... mit der Aufgabe, der geld- und kreditwirtschaftlichen Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft insbesondere des Geschäftsgebietes und ihres Gewährträgers **zu dienen**. ”

Nicht selten findet sich zudem ein Zusammenwirken von Arbeitnehmern und Management in solchen Unternehmen, die sich sowohl gegen die Vorgaben des

203 Vgl. Günter **Pittner**, in: **Wagener** (Hrsg), *Verselbständigung von Verwaltungsträgern*, 1976, S. 126, für Unternehmen in Privatrechtsform; zust. mit zahlreichen Beispielen von öffentlichen Unternehmen in Hamburg, **Schuppert** (Fn. 3), S. 326-331, der die bloße Benennung des Unternehmensgegenstandes als “Flucht des Unternehmensträgers aus der Verantwortung” bezeichnet (331).

Trägergemeinwesens stellen als auch gegen die Wünsche und Interessen derjenigen, für die ihre Leistungen bestimmt sind.²⁰⁴

Ein Aspekt, der in der "corporate governance" Debatte privater Unternehmen eine Rolle spielt ist die **Kontinuität** der Institutionen, die das "monitoring" wahrnehmen.²⁰⁵ Sie ist bei öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen aus juristischen Gründen besonders groß. Allerdings mag die Institution über lange Zeit dieselbe sein, die sie beherrschenden Personen (Organwalter) können im öffentlichen Sektor schnell wechseln. Das gilt nicht so sehr bei Einrichtungen der Exekutive, wohl aber bei demokratisch gewählten Vertretungskörperschaften, die zum Teil ebenfalls das "monitoring" durchführen. Es muß aber nicht so sein. Sehr interessant wäre in diesem Zusammenhang, die empirischen Untersuchungen über freiwillige oder erzwungene Abgänge des Leitungspersonals von **Aktiengesellschaften**²⁰⁶ auf öffentlich-rechtlich organisierter Unternehmen auszudehnen.

Insgesamt ist die Überwachung und Leitung öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen durch das Trägergemeinwesen sehr skeptisch zu sehen,²⁰⁷ bedarf aber noch eingehender empirischer Untersuchung.

G. Effizienz

Die Effizienz ("performance") öffentlicher Unternehmen läßt sich nicht allein anhand betriebswirtschaftlicher Kennzahlen (Gewinn, Umsatz, Marktanteil) beurteilen. Anders als in der Privatwirtschaft, haben sie auch davon abweichende Sachaufgaben

204 Vgl. sinngemäß *Machura* (Fn. 3), S. 178.

205 *Baums* (Fn. 18), S. 35.

206 Vgl. *Franks/Mayer*, The Ownership and Control of German Corporations, Working Paper, London Business School/University of Oxford, 1994; *Kaplan*, Top Executives, Turnover, and Firm Performance in Germany, *Journal of Law, Economics, & Organization*, 142 (1994); *Schrader/Lüthje*, Das Ausscheiden der Spitzenführungskraft aus dem Unternehmen, *ZfB* 1995, 467.

207 Im Ergebnis ähnlich *Karehnke* (Fn. 77), S. 176.

zu erfüllen.²⁰⁸ Diese Ziele sind aber häufig nicht genau genug definiert, um eine Erfolgsmessung zu ermöglichen, prinzipiell ungeeignet sind sie dazu indes nicht.²⁰⁹

Aber auch die betriebswirtschaftlichen Kennzahlen sind ein wichtiges Kriterium, vor allem dann, wenn öffentliche Unternehmen gleiche oder ähnliche Aufgaben erfüllen, wie beispielsweise ein Wasserwerk oder eine kommunale Sparkasse. Noch genauer wäre eine Messung und der Vergleich der **technischen Produktionseffizienz**. Sie beruht auf physischen Größen und kann Bewertungsprobleme **ausklammern**.²¹⁰ Unter diesem Aspekt kann auch die öffentlich-rechtliche Organisationsform einbezogen werden. Es müßte untersucht werden, ob beispielsweise der betriebswirtschaftliche Erfolg eines Kreditinstituts der öffentlichen Hand von seiner **Organisationsform** abhängt; vorausgesetzt, daß es einen gleichen oder ähnlichen öffentlichen Auftrag zu erfüllen hat. Ein derartiges Meßkonzept ist auch für Verlustindustrien (Beispiel: öffentlicher Nahverkehr) geeignet.

H. Zusammenfassung

- (1) Die öffentlich-rechtliche Organisationsform hat erhebliche Auswirkungen auf das "corporate governance" dieser Unternehmen.
- (2) Allerdings sind nur wenige allgemeine Aussagen möglich, da ein übergreifendes Rechtsregime wie das **GmbHG** oder das AG fehlt.
- (3) Wichtige Bestimmungsgründe für die "Governance-Strukturen" öffentlich-rechtlich organisierter Unternehmen ergeben sich erst aus der "**Verfassung**" des einzelnen Unternehmens oder einer Gruppe von Unternehmen (Beispiel: Sparkassen eines Landes)

²⁰⁸ *Pestieau/Tulkens* (Fn. 128), S. 296; *Abromeit* (Fn. 3), S. 291 f.

²⁰⁹ *Pestieau / Tulkens* halten dieses Unternehmen für zur Zeit unerreichbar (Fn. 128), S. 297

²¹⁰ Vgl. *Pestieau/Tulkens* (Fn. 128), S. 300.

(4) Die **wichtigsten** Bestimmungsgründe - auch im Hinblick auf die "property rights"-Lehre - sind im einzelnen:

- Sicherung der Zahlungsfähigkeit
- **Gewinnausschüttung**
- Übertragbarkeit von "Anteilen"
- Anspruch auf ein Auseinandersetzungsguthaben bei Ausscheiden eines Trägers
- **Durchsetzbarkeit** der Vorstellungen des Trägers gegenüber dem Management

(6) Bei öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen entstehen leicht nur schwach kontrollierte Freiräume für ein selbständig agierendes Management. Das rechtliche Instrumentarium ist allerdings ausreichend, muß aber im einzelnen genauer analysiert werden (Beispiel: Rechnungshofskontrolle). Es müssen allerdings Anreizstrukturen geschaffen werden, es auch einzusetzen.