

Schriften zum deutschen und europäischen Kommunalrecht

Herausgegeben von
Professor Dr. Dr. h.c. Eberhard Schmidt-Aßmann
und Professor Dr. Friedrich Schoch

Band 44

RICHTER

Institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaften der Gemeinden in Deutschland und Frankreich

 | BOORBERG

Institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaften der Gemeinden in Deutschland und Frankreich

Auf dem Weg zu einem europäischen
Gesellschaftsmodell

Angela Richter

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek | Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über www.dnb.de abrufbar.

ISBN 978-3-415-05088-4

E-ISBN 978-3-415-05229-1

© 2013 Richard Boorberg Verlag

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Thomas Schäfer, www.schaefer-buchsatz.de | Druck und Bindung: freiburger graphische betriebe GmbH & Co. KG, Bebelstr. 11, 79108 Freiburg

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG | Scharstraße 2 | 70563 Stuttgart
Stuttgart | München | Hannover | Berlin | Weimar | Dresden
www.boorberg.de

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2012 von der Juristischen Fakultät der Universität Potsdam als Dissertation angenommen. Sie befindet sich nach einer Aktualisierung auf dem Stand von Dezember 2012.

Während der Anfertigung dieser Untersuchung wurde ich von vielen Menschen unterstützt. Mein Dank gebührt zuerst meinem Doktorvater und Betreuer Prof. Dr. Thorsten Ingo Schmidt, für die konstruktive Begleitung dieser Arbeit sowie für die interessante und lehrreiche Zeit, die ich als wissenschaftliche Hilfskraft an seinem Lehrstuhl erfahren durfte.

Danken möchte ich zudem PD Dr. Norbert Janz für die besonders rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Prof. Dr. Friedrich Schoch danke ich für die Aufnahme in diese Schriftenreihe.

Diese Arbeit konnte nicht ohne die wertvolle Hilfe von Freunden und Kollegen entstehen. Ich danke Torsten Dube und Dr. Günther Kolende, die die Mühe auf sich nahmen, das gesamte Werk zu lesen und manchen Verbesserungsvorschlag unterbreiteten. Für wertvolle Gespräche und persönliche Unterstützung danke ich Nicole Meerstedt und Jeanne Dupendant.

Den größten Dank schulde ich meiner Familie. Ohne die stetig aufmunternden Worte sowie die großzügige und liebevolle Unterstützung meiner Eltern wäre diese Arbeit nicht möglich gewesen. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im Dezember 2012

Angela Richter

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Einführung	23
A. Problemstellung	23
B. Diskussionsstand des Begriffs institutionalisierte öffentlich- private Partnerschaften (IÖPP)	26
C. Abschnitte der Untersuchung und Schwerpunktsetzung	29
Erstes Kapitel. Die kommunalen gemischtwirtschaftlichen Gesell- schaften in der Bundesrepublik Deutschland	30
Erster Abschnitt. Das Phänomen der kommunalen gemischtwirtschaft- lichen Gesellschaften	30
A. Die historische Entwicklung der öffentlich-privaten Partner- schaften (ÖPP)	31
B. Die Bedeutung und die Einsatzmöglichkeiten von ÖPP auf kommunaler Ebene	32
C. Rechtliche Grundlagen der kommunalen gemischtwirtschaft- lichen Gesellschaft	35
I. Die verfassungsrechtliche Legitimation der wirtschaftli- chen Betätigung von Gemeinden	35
1. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG als Legitimationsgrundlage für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden	35
2. Bedeutung der Grundrechte des Grundgesetzes	37
a) Grundrechte und kommunale Unternehmen in Privatrechtsform	38
b) Grundrechte und kommunale gemischtwirtschaft- liche Unternehmen	39
3. Landesverfassungsrechtliche Grundlagen	43
II. Die einfachgesetzlichen Beschränkungen der wirtschaftli- chen Betätigung der Gemeinden	44
1. Der numerus clausus der Organisationsformen des Kapitalgesellschaftsrechts	44
a) Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung	44
b) Die Aktiengesellschaft	45
c) Die Kommanditgesellschaft auf Aktien	46
2. Die Beschränkungen in den Gemeindeordnungen und Kommunalverfassungen	46
a) Allgemeine kommunalverfassungsrechtliche Grenzen	48
(1) Das Erfordernis eines rechtfertigenden öffent- lichen Zweckes	48

(2) Die Grenzen der Leistungsfähigkeit und des Bedarfs	49
(3) Die Subsidiaritätsklausel	50
(4) Das Örtlichkeitsprinzip	51
b) Besondere kommunalverfassungsrechtliche Grenzen für kommunale Unternehmen in Privatrechtsform	52
c) Keine besonderen Regeln für gemischtwirtschaftliche Unternehmen	53
3. Vergaberechtliche Vorgaben für gemischtwirtschaftliche Unternehmen	54
III. Die Vorgaben europarechtlicher Normen	55
1. Die Geltung der EU-Grundfreiheiten	56
2. Die Anwendung der EU-Normen	58
3. Die Regelungen der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung	60
D. Abgrenzung zu anderen Formen öffentlich-privater Zusammenarbeit auf kommunaler Ebene	62
I. Die Beteiligung von Kommunen an weiteren Gesellschaften des Privatrechts	62
II. Die Beteiligung von Privaten an öffentlich-rechtlichen Einrichtungen der Kommunen	63
III. Die vertraglichen ÖPP	66
1. Betreiber- und Betriebsführungsmodelle	66
2. Vertragliche ÖPP im öffentlichen Hochbau	67
IV. Andere Unterscheidungsmöglichkeiten	69
Zweiter Abschnitt. Die kommunalen gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften im Spannungsfeld zwischen Gesellschaftsrecht und Kommunalrecht	70
A. Das Gesellschaftsrecht als Grundlage	71
I. Die Entstehung der kommunalen gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft	72
1. Die Gründung der GmbH	72
a) Formelle Gründungsvoraussetzungen	72
b) Gründungsmängel	72
2. Die Gründung der AG	73
a) Formelle Voraussetzungen	73
b) Gründungsmängel	73
II. Die Organisation der kommunalen gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften	74
1. Die Organisation der gemischtwirtschaftlichen GmbH	74
a) Die Geschäftsführung	74
b) Die Gesellschafterversammlung	75
c) Der Aufsichtsrat	76
2. Die Organisation der gemischtwirtschaftlichen AG	77
a) Der Vorstand	77

b) Die Hauptversammlung	79
c) Der Aufsichtsrat	79
III. Die Kontrolle der GmbH und der AG mit kommunaler Beteiligung	80
1. Die Kontrolle in der GmbH	80
2. Die Kontrolle der kommunalen Aufsichtsratsmitglieder	80
3. Die Kontrolle der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung	82
IV. Der kommunale Einfluss auf Vertrags- und Satzungsmodifikationen	82
1. Die Änderung des Gesellschaftsvertrages in der GmbH	82
2. Die Satzungsänderung in der AG	83
B. Das Recht der Gemeindeordnungen und Kommunalverfassungen als Beschränkung	83
I. Die Eingrenzung der Rechtsformenwahl	83
II. Die Beschränkung des Gesellschaftszweckes	85
1. Öffentlicher Zweck	85
2. Subsidiarität der Zweckerfüllung	85
III. Die Wahrung des gemeindlichen Einflusses in den Gesellschaftsgremien	86
IV. Die Berichtspflichten	88
V. Die Rechtsaufsicht	89
Dritter Abschnitt. Zusammenfassung der Ausführungen über die kommunalen gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften und Ausblick	89
Zweites Kapitel. Die <i>société d'économie mixte locale</i> in Frankreich.	91
Erster Abschnitt. Die <i>société d'économie mixte locale</i> als einzige kommunale Gesellschaft mit privater Beteiligung in Frankreich	92
A. Begriffsbestimmung	92
I. Die <i>société d'économie mixte locale</i>	92
II. Der <i>service public local</i>	93
III. Das <i>partenariat public-privé</i>	94
IV. Die <i>collectivités territoriales</i>	94
V. Der <i>intérêt général</i>	95
B. Die historische Entwicklung der <i>société d'économie mixte locale</i>	96
C. Die wirtschaftliche Bedeutung der <i>société d'économie mixte locale</i>	99
D. Rechtliche Grundlagen der <i>société d'économie mixte locale</i>	100
I. Die verfassungsrechtliche Grundlage für die wirtschaftliche Betätigung der französischen Kommunen	100
II. Die einfachgesetzlichen Grundlagen	101
1. Die Regelungen im Gesetz über die Gebietskörperschaften	102

2.	Die Regelungen im französischen Handelsgesetzbuch	103
3.	Die Regelungen im französischen Strafgesetzbuch	104
III.	Unionsrechtliche Grundlagen	104
1.	Die Verpflichtung zu fairem Wettbewerb	104
2.	Die Publizitätserfordernisse im Rahmen von öffentlichen Ausschreibungen	105
E.	Andere Formen von ÖPP auf kommunaler Ebene	105
I.	Typische privatrechtliche IÖPP	106
1.	Der nichtwirtschaftliche Verein (<i>association</i>)	106
2.	Die Arbeitsgemeinschaft (<i>groupement d'intérêt économique</i>) und die europäische Arbeitsgemeinschaft (<i>groupement européen d'intérêt économique</i>)	107
3.	Sonstige gemischtwirtschaftliche Gesellschaften	108
II.	Keine IÖPP in öffentlich-rechtlichen Rechtsformen	109
1.	Die Gemeinschaft des öffentlichen Interesses (<i>groupement d'intérêt public</i>)	110
2.	Die öffentlichen Erschließungsgesellschaften der Gebietskörperschaften (<i>sociétés publiques locales d'aménagement</i>)	112
3.	Die lokalen öffentlichen Gesellschaften der Gebietskörperschaften (<i>sociétés publiques locales</i>)	112
III.	Vertragliche ÖPP	113
IV.	Beteiligung an ausländischen ÖPP	114
	Zweiter Abschnitt. Die <i>société d'économie mixte locale</i> im Spannungsfeld zwischen öffentlichem und privatem Recht	115
A.	Die Anwendung von Gesellschaftsrecht auf die <i>société d'économie mixte locale</i>	115
I.	Die Errichtung der <i>société d'économie mixte locale</i>	116
1.	Die Neugründung einer <i>société d'économie mixte locale</i>	116
a)	Die Gründungsakte	116
(1)	Der privatrechtliche Gründungsvertrag	116
(2)	Der öffentlich-rechtliche Beschluss	117
b)	Die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister	118
c)	Gründungsmängel	119
2.	Die Beteiligung an einer bestehenden <i>société d'économie mixte locale</i>	119
3.	Die Umwandlung in eine <i>société d'économie mixte locale</i>	120
II.	Die Organisation der <i>société d'économie mixte locale</i>	120
1.	Die Hauptversammlungen als Entscheidungsträger	121
a)	Die ordentliche Hauptversammlung (<i>l'assemblée générale ordinaire</i>)	121
b)	Die außerordentliche Hauptversammlung (<i>l'assemblée générale extraordinaire</i>)	122

2.	Die Leitung und Geschäftsführung der <i>société d'économie mixte locale</i>	123
a)	Der Verwaltungsrat und sein Präsident (<i>le conseil d'administration et son président directeur général</i>)	123
b)	Der Aufsichtsrat und das Direktorium (<i>le conseil de surveillance et le directoire</i>)	125
III.	Die interne Kontrolle der <i>société d'économie mixte locale</i>	126
1.	Der Rechnungsprüfer (<i>le commissaire aux comptes</i>)	126
a)	Aufgaben des Rechnungsprüfers	126
b)	Die Haftung des Rechnungsprüfers	127
2.	Die Kontrolle durch die Gesellschafter	127
a)	Die Information über die Angelegenheiten der Gesellschaft	128
b)	Die Kontrolle über die Ausübung des Stimmrechts	128
IV.	Die Behandlung der <i>société d'économie mixte locale</i> in wirtschaftlichen Schwierigkeiten	129
V.	Das Steuersystem und die Buchführung in der <i>société d'économie mixte locale</i>	130
1.	Das Steuersystem der <i>société d'économie mixte locale</i>	130
2.	Die Buchführung in der <i>société d'économie mixte locale</i>	132
a)	Die Einordnung in das allgemeine Buchführungswesen	132
b)	Die strengeren Regeln für bevollmächtigte <i>sociétés d'économie mixte locales</i>	133
c)	Die Einziehung von öffentlichen Erträgen durch eine <i>société d'économie mixte locale</i>	133
B.	Der Einfluss öffentlich-rechtlicher Normen auf die <i>société d'économie mixte locale</i>	134
I.	Die gesetzliche Festlegung des Gesellschaftszweckes	134
1.	Die traditionellen Einsatzbereiche	135
a)	Die Erschließung	135
b)	Der Bau	135
c)	Die Bewirtschaftung von öffentlichen Gewerbebetrieben	136
d)	Die Aktivitäten für das Gemeinwohl	136
2.	Neuere Einsatzfelder	139
a)	Die Intervention im Gesundheitssektor	139
b)	Die Verwaltung von Häfen, Flughäfen und lokalem Vermögen	139
c)	Der Bau und die Erschließung von Telekommunikationsnetzen	140
d)	Die Verwaltung eines lokalen Fernsehsenders	141

3.	Die <i>sociétés d'économie mixte locales</i> mit verschiedenen Aktivitäten	141
4.	Die <i>sociétés d'économie mixte locales</i> mit speziellen Regeln	141
a)	Die Sport-SEML (<i>sociétés d'économie mixtes sportives locales</i>)	141
b)	Die <i>sociétés d'économie mixte locales</i> in Elsass-Lothringen	142
c)	Die <i>sociétés d'économie mixte locales</i> in den französischen Überseegebieten	143
II.	Die veränderten Regeln zu den Einlagen der Gebietskörperschaften	144
1.	Erhöhtes Mindestkapital	144
2.	Das Prinzip der Mehrheitsbeteiligung	144
3.	Die Ausnahmen vom Prinzip der Mehrheitsbeteiligung	146
4.	Die Modifikationen des Kapitals der <i>société d'économie mixte locale</i>	147
a)	Die Beteiligung der Gebietskörperschaft bei Kapitalveränderungen	148
b)	Der Rückzug einer Gebietskörperschaft aus dem Kapital einer <i>société d'économie mixte locale</i>	148
c)	Teilweise Veräußerung	149
d)	Die Umwandlung einer <i>société d'économie mixte locale</i> in eine <i>société anonyme</i>	150
e)	Die Auflösung der <i>société d'économie mixte locale</i>	150
III.	Die Vertretung der Gebietskörperschaften in der <i>société d'économie mixte locale</i>	150
1.	Die Zusammensetzung von Verwaltungs- oder Aufsichtsrat	150
a)	Die direkte Vertretung im Verwaltungs- oder Aufsichtsrat	151
b)	Die indirekte Vertretung in der besonderen Versammlung	151
c)	Die Entmachtung der Hauptversammlungen	152
2.	Die Vertreter der Gebietskörperschaften	153
a)	Die Benennung und Abberufung	153
b)	Die Altersgrenzen	153
c)	Die Vergütung der gewählten Vertreter	154
d)	Die Vereinbarkeit von Abgeordnetenmandat und Repräsentation der Gebietskörperschaft in der SEML	154
(1)	Die Qualifizierung als lokaler Unternehmer i. S. d. französischen Wahlgesetzbuches	155
(2)	Die Beteiligung an Beschlüssen der Gebietskörperschaften	155

	(3) Die Beteiligung an Ausschreibungsverfahren und an Beleihungen	156
3.	Das Mandat der Vertreter der Gebietskörperschaften	156
	a) Die Dauer des Mandats	156
	b) Die Verlängerung des Mandats	157
	c) Die Häufung von Funktionen	157
	d) Benennung und Dauer des Mandats eines speziellen Delegierten	158
4.	Die Haftung der Vertreter der Gebietskörperschaften	158
	a) Die zivilrechtliche Haftung	158
	b) Die strafrechtliche Haftung	159
	c) Die disziplinarische Haftung	161
IV.	Die Kontrolle der <i>société d'économie mixte locale</i>	162
1.	Interne Kontrolle durch die beteiligten Gebietskörperschaften	162
	a) Die Entscheidung über die Beteiligung an einer <i>société d'économie mixte locale</i>	162
	b) Der Jahresbericht des Bevollmächtigten	163
	c) Die Kontrolle des Spezialdelegierten	163
	d) Die Kontrolle der mit den Gebietskörperschaften vertraglich verbundenen <i>sociétés d'économie mixte locales</i>	163
	e) Die Kontrolle der hoheitliche Gewalt ausübenden <i>sociétés d'économie mixte locales</i>	163
2.	Externe hoheitliche Kontrolle	164
	a) Aufsicht des staatlichen Vertreters (<i>le préfet</i>)	164
	(1) Die staatliche Kontrolle über die Beschlüsse der Gebietskörperschaft	164
	(2) Die staatliche Kontrolle über die <i>société d'économie mixte locale</i>	166
	b) Aufsicht durch die regionale Rechnungskammer (<i>la chambre régionale des comptes</i>)	166
	(1) Die Überprüfung des eingegangenen Risikos	167
	(2) Die finanzielle Kontrolle durch die regionalen Rechnungskammern	167
	c) Die Erweiterung des Haushaltsplans der Gemeinde durch die Rechnungslegung der <i>société d'économie mixte locale</i>	168
	d) Die einstweilige Verfügung zum Abschluss eines Vertrages	168
	e) Die Überprüfung durch die staatlichen Verwaltungskontrollorgane	168
	f) Die Weiterleitung von sonstigen Dokumenten über Rechtsgeschäfte der <i>société d'économie mixte locale</i>	169

Dritter Abschnitt. Zusammenfassung der Ausführungen über die <i>société d'économie mixte locale</i> und Ausblick	170
Drittes Kapitel. Möglichkeiten und Grenzen einer Übertragung des französischen Modells auf das deutsche Rechtssystem	173
Erster Abschnitt. Die praktischen Grenzen des Rechtsvergleichs im Verwaltungsrecht	174
A. Der Regelungsbedarf für IÖPP als Grenze des Rechtsvergleichs	175
I. Der Regelungsbedarf für IÖPP	175
1. Auseinandersetzung mit der Kritik an IÖPP	175
2. Der tatsächliche Regelungsbedarf als Grenze des Vergleichs	179
II. Das französische Modell als ein mögliches Regelungsbeispiel	179
B. Plädoyer für die Vergleichbarkeit von deutschem und französischem Verwaltungsrecht	180
I. Deutsche und französische Verwaltungsrechtswissenschaft und die Methodik des Rechtsvergleichs	181
1. Traditioneller wechselseitiger Einfluss auf beide Rechtssysteme seit Beginn des 19. Jahrhunderts	184
a) Der <i>Code civil</i> und seine Auswirkungen auf das deutsche Rechtssystem	184
b) Die Systematisierungsprozesse des Verwaltungsrechts Ende des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts	185
c) Verflechtung der Rechtsstrukturen in den deutsch-französischen Grenzregionen	186
2. Interdependente Rechtsentwicklungen in Europa	187
a) EU-Recht mit Auswirkungen für die EU-Mitgliedstaaten	187
b) Einflüsse der EU-Mitgliedstaaten auf das Unionsrecht	188
3. Keine aktuellen deutsch-französischen Vergleiche in der Verwaltungsrechtswissenschaft	188
a) Das konjunkturelle Interesse an der Rechtsvergleichung mit dem angelsächsischen System	188
b) Die Lobbyarbeit der Wirtschaft für die ÖPP	191
c) Vom Nutzen des Vergleichs für die Verwaltungsrechtswissenschaft	192
II. Der französische Zentralismus und der deutsche Föderalismus als Ausgangspunkt für unterschiedliche Gesetzgebungskompetenzen	193
III. Französische Formenvielfalt und Formalisierung	195

Zweiter Abschnitt. Vergleich der französischen und deutschen gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften mit kommunaler Beteiligung	196
A. Die Gemeinsamkeiten der deutschen und französischen gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften	197
I. Die Rechtsform der privatrechtlichen Handelsgesellschaft	197
1. Die Handelsgesellschaft als klassischer Wirtschaftsakteur in Deutschland und Frankreich	197
2. Die Harmonisierung des deutschen und französischen Gesellschaftsrechts	197
II. Die Errichtung und die Organisation gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften nach nationalem Gesellschaftsrecht	199
1. Der Vorrang des Gesellschaftsrechts bei der Errichtung und Organisation der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft	199
2. Die Parallelität der französischen und deutschen Vor- gaben für die Errichtung und Organisation der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften	200
III. Die Einschränkung des Gesellschaftszweckes	201
1. Öffentlicher Zweck und öffentliches Interesse (<i>intérêt général</i>)	202
2. Überlegungen zur Erweiterung des Tätigkeitsfeldes deutscher gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften	203
B. Die Unterschiede zwischen den deutschen und den französi- schen gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften	204
I. Die Festlegung auf eine Rechtsform in Frankreich	204
II. Die Mindestkapitalbeteiligung	205
III. Die Kontroll- und Einflussmöglichkeiten auf die Vertreter der Gebietskörperschaften	207
IV. Die nachträgliche Änderung der Satzung oder des Gesell- schaftsvertrages	209
V. Die übergemeindliche Kontrolle	211
C. Europarechtliche Gesichtspunkte und mögliche Entwicklun- gen	213
I. Die bessere Vereinbarkeit mit Unionsrecht	213
II. Die europäische gemischtwirtschaftliche Gesellschaft	216
1. Die <i>Societas Europaea</i> (SE)	216
2. Überlegungen zur Einführung einer gemischtwirt- schaftlichen europäischen Gesellschaft	217
D. Zwischenergebnis	219
Dritter Abschnitt. Die Übertragbarkeit der französischen Regelungen in das deutsche Recht	220
A. Modifikationen auf der Ebene des Bundesrechts	221
I. Die Gesetzgebungskompetenz	221
II. Kein Eingriff in die Selbstverwaltungsgarantie	222
III. Modifikationen im Recht der AG und im Recht der GmbH	222

B.	Modifikationen auf der Ebene des Landesrechts	224
I.	Die Änderung der Gemeindeordnungen und Kommunalverfassungen	224
II.	Die Änderung des Haushaltsrechts	225
C.	Die Übernahme des französischen Modells in den Gesellschaftsvertrag	226
I.	Flexible Gestaltung des Gesellschaftsvertrags nach dem französischen Modell	226
II.	Vorschlag für mögliche Gesellschaftsvertragsänderungen	227
	Vierter Abschnitt. Zusammenfassung und Ausblick	227
	Anhang. Übersetzung der Art. L1521–1 bis L1525–3 des <i>Code général des collectivités territoriales</i>	231
	Literaturverzeichnis	248
	Stichwortverzeichnis	277