



Verband kommunaler Unternehmen e.V. • Brohler Straße 13 • 50968

Herrn Präsident
des Landtages Nordrhein-Westfalen
Referat II.1.F.1 – Herr Fröhlecke
Postfach 10 11 43

40002 Düsseldorf



Brohler Straße 13
50968 Köln

Tel. + 49/(0)221 37 70 – 224
Fax. + 49/(0)221 37 70 – 264
Internet: <http://www.vku.de>
e-mail: vku-nrw@netcologne.de

Unser Zeichen
Ro/Fri

Aktenzeichen
B/04-20-060

Datum
07.04.1999

Gesetz zur Modernisierung von Regierung und Verwaltung in Nordrhein-Westfalen
Artikel 1, Änderung der Gemeindeordnung
– Ihr Schreiben vom 29.03.1999 –

Sehr geehrter Herr Fröhlecke,

wir danken Ihnen für die Einladung zu der öffentlichen Anhörung am 28.04.1999.

Als Anlage übermitteln wir Ihnen die Stellungnahme des Verbandes kommunaler Unternehmen (VKU) vom 06.04.1999.

Der Gesetzentwurf der Landesregierung bringt gegenüber dem ursprünglichen Referentenentwurf zwar eine Verbesserung der rechtlichen Situation für die kommunalwirtschaftliche Betätigung. Die im Wettbewerb unabdingbare Chancengleichheit von privaten und kommunalen Unternehmen gewährleistet der Entwurf in einigen Punkten allerdings immer noch nicht in hinreichendem Maße.

Abgesehen von dem sich insoweit ergebenden Änderungsbedarf, darf es im Interesse der kommunalen Unternehmen keinesfalls dazu kommen, daß § 107 GO wieder in Richtung des Referentenentwurfs geändert wird. In diesem Falle stände nicht nur die Existenz der 220 NRW-Stadtwerke mit allein über 40.000 Arbeitsplätzen auf dem Spiel, sondern letztlich auch der Fortbestand der kommunalen Wirtschaft schlechthin.

Von einem Erhalt der Stadtwerke profitiert auch das Handwerk. Während nämlich die großen, überregional tätigen Versorgungsunternehmen, die derzeit bereits in großem Umfang im Bereich der Versorgungsdienstleistungen engagiert sind, die hier anfallenden Arbeiten durch eigene Mitarbeiter durchführen, greifen die Stadtwerke insoweit zumeist auf das Leistungsangebot des örtlichen Handwerks zurück. Hieran wird sich auch in Zukunft nichts ändern.

Verwehrt man den Stadtwerken, auf die neuen Marktgegebenheiten und das veränderte Nachfrageverhalten mit – von ihnen im wesentlichen nur organisierten – zusätzlichen Dienstleistungsangeboten zu reagieren, ist also nicht nur ihre Existenz gefährdet, sondern es geht letztlich auch dem örtlichen Handwerk ein großer Markt verloren.

Die mit dem Gesetzesvorhaben intendierte Ausweitung der kommunalwirtschaftlichen Handlungsmöglichkeiten zielt damit keineswegs gegen die privatwirtschaftliche Betätigung, sondern beseitigt lediglich die bestehenden Diskriminierungen der kommunalen Unternehmen im Wettbewerb mit in- und ausländischen Anbietern.

Exakt dies gebietet aber bereits das europäische Gemeinschaftsrecht. So hat etwa jüngst der Kasseler Wirtschaftsrechtler Professor Dr. Bernhard Nagel in einem im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung und des VKU angefertigten Gutachten nachgewiesen, daß die Novellierung des Gemeindefinanzrechts nicht im Belieben der Landesgesetzgeber steht. Vielmehr lasse sich aus dem Gemeinschaftsrecht ableiten, daß die Gemeinden bei ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit Anspruch auf gleiche Wettbewerbsbedingungen haben. Insofern sind die Landesgesetzgeber – zumindest mittelbar – verpflichtet, die sich durch die Regeln über die wirtschaftliche Betätigung ergebenden Fesseln für kommunale Unternehmen zu beseitigen, damit diese sich ohne Diskriminierungen gegenüber Privaten im liberalisierten Energiemarkt bewegen können.

Das Gutachten wird in Kürze als Buch erscheinen und Ihnen rechtzeitig vor dem Anhörungstermin zur Verfügung gestellt.

Wir wären Ihnen außerordentlich dankbar, wenn Sie Herrn Prof. Dr. Nagel zusätzlich als Sachverständigen zu der Anhörung am 28.04.1999 einladen würden.

Die ausgefüllte Teilnahmeerklärung des VKU fügen wir als weitere Anlage bei.

Mit freundlichen Grüßen



Zimmermann

Anlagen

6. April 1999
Mg/zN
B/04-20-060

Stellungnahme

des Verbandes kommunaler Unternehmen

zum Art. 1 des Ersten Gesetzes
zur Modernisierung von Regierung und Verwaltung in Nordrhein-Westfalen
- Drucksache 12/3730 -

I.

Der Verband kommunaler Unternehmen begrüßt nachdrücklich die Absicht der Landesregierung, die Gemeindeordnung zu novellieren, um den durch europäisches und nationales Recht geänderten Rahmenbedingungen für viele Bereiche der kommunalen Wirtschaft Rechnung zu tragen. Während der ursprüngliche Referentenentwurf diesem außerordentlich dringlichen Anliegen noch in keinster Weise gerecht wurde, bringt der Gesetzentwurf der Landesregierung demgegenüber zumindest eine leichte Verbesserung der rechtlichen Situation für die kommunalwirtschaftliche Betätigung. Die im Wettbewerb unabdingbare Chancengleichheit von privaten und kommunalen Unternehmen gewährleistet der Entwurf an einigen Punkten allerdings immer noch nicht in hinreichendem Maße.

Abgesehen von dem sich insoweit ergebenden Änderungsbedarf darf es jedoch keinesfalls dazu kommen, daß § 107 wieder in Richtung des Referentenentwurfs geändert wird. In diesem Fall stände nicht nur die Existenz der 220 NRW-Stadtwerke mit allein über 40.000 Arbeitsplätzen auf dem Spiel, sondern letztlich auch der Fortbestand der kommunalen Wirtschaft schlechthin.

Jede Gemeindeordnung muß heute unter dem Blickwinkel beurteilt werden, ob sie einen tauglichen Rahmen für das Bestehen der kommunalen Unternehmen unter den neuen Rahmenbedingungen liefert oder ob sie noch geprägt ist von der Idee der geschlossenen Märkte und der beschränkten Handlungsfähigkeit von Kunden und Konkurrenten. Die kommunalen Unternehmen befinden sich inzwischen insbesondere im Bereich der Energieversorgung, darüber hinaus aber

auch in vielen weiteren Bereichen infrastruktureller Leistungserbringung (Abfallentsorgung, Telekommunikation etc.) in einer Konkurrenzsituation, in der es bei vielen Unternehmen um das Überleben geht. Um in dem immer härter werdenden Wettbewerb bestehen zu können, benötigen die kommunalen Unternehmen zumindest faire und gleiche Chancen für alle Marktteilnehmer. Hierzu gehört vor allem, daß sie nicht durch gesetzliche Regelungen benachteiligt oder diskriminiert werden. Für das Gemeindefirtschaftsrecht heißt dies, daß die hier unter anderen Vorzeichen geschaffenen, einseitig die kommunale Wirtschaft treffenden Restriktionen zugunsten von Regelungen beseitigt werden müssen, die eine chancengleiche Wettbewerbsteilnahme der Stadtwerke ermöglichen. Dies bedeutet zum einen, daß es den kommunalen Unternehmen künftig offenstehen muß, auch außerhalb der engen Gemeindegrenzen aktiv zu werden. Dies stellt der Gesetzentwurf der Landesregierung sicher. Zum anderen müssen die kommunalen Unternehmen jedoch - wie ihre privaten Konkurrenten auch - die Möglichkeit haben, ihre Produktpalette zu erweitern und neue Geschäftsfelder zur Abstützung des Kerngeschäfts entwickeln zu können. An diesem Punkt enthält der Gesetzentwurf noch Defizite. Schließlich kommt es darauf an, alles zu vermeiden, was unternehmerische Entscheidungen erschweren könnte. Auch hier bedarf es noch Nachbesserungen, und zwar insbesondere bei den die gemeindliche Selbstverwaltung über Gebühr beschränkenden Sonderregelungen für die AG und die GmbH sowie den unnötigen Vorgaben des § 107 Abs. 4 und 5.

Nur unter den vorgenannten Maßgaben sind die kommunalen Ver- und Entsorgungsunternehmen wettbewerbsfähig. Eine konsequente Stärkung der kommunalwirtschaftlichen Handlungsmöglichkeiten ist insofern im Interesse des Erhalts einer leistungsfähigen kommunalen Wirtschaft und damit zugleich im Interesse der kommunalen Selbstverwaltung unabdingbar. Anderenfalls käme es nicht nur zu massiven Auswirkungen auf die Ertragslage der Stadtwerke mit entsprechenden Folgen für den Querverbund mit Verkehrsunternehmen, sondern letztlich auch zu einer Zerschlagung der pluralistisch strukturierten Landschaft der Energieversorgung zugunsten eines unter wenigen „Großen“ oligopolartig aufgeteilten Marktes.

Vor diesem Hintergrund profitiert auch das Handwerk von einem Erhalt der Stadtwerke. Während nämlich die großen, überregional tätigen Versorgungsunternehmen, die derzeit bereits in großem Umfang im Bereich der Versorgungsdienstleistungen bis hin zum Gebäudemanagement engagiert sind, die hier anfallenden Arbeiten durch eigene Mitarbeiter durchführen, greifen die Stadtwerke insoweit zumeist auf das Leistungsangebot des örtlichen Handwerks zurück. Hieran wird sich schon mit Blick auf das Gehaltsgefüge ihrer Mitarbeiter auch in Zukunft nichts ändern. Verwehrt

man den Stadtwerken, auf die neuen Marktgegebenheiten und das veränderte Nachfrageverhalten mit - von ihnen im wesentlichen nur organisierten - zusätzlichen Dienstleistungsangeboten zu reagieren, ist also nicht nur ihre Existenz gefährdet, sondern es geht letztlich auch dem örtlichen Handwerk ein großer Markt verloren. Die mit dem Gesetzesvorhaben intendierte Ausweitung der kommunalwirtschaftlichen Handlungsmöglichkeiten zielt damit keineswegs gegen die privatwirtschaftliche Betätigung, sondern beseitigt lediglich die bestehenden Diskriminierungen der kommunalen Unternehmen im Wettbewerb mit in- und ausländischen Anbietern.

Exakt dies gebietet aber bereits das europäische Gemeinschaftsrecht. So hat etwa jüngst der Kasseler Wirtschaftsrechtler Professor Dr. Bernhard Nagel in einem im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung und des VKU angefertigten Gutachten nachgewiesen, daß die Novellierung des Gemeindegewirtschaftsrechts nicht im Belieben der Landesgesetzgeber steht. Vielmehr lasse sich aus dem Gemeinschaftsrecht ableiten, daß die Gemeinden bei ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit Anspruch auf gleiche Wettbewerbsbedingungen haben. Insofern sind die Landesgesetzgeber - zumindest mittelbar - verpflichtet, die sich durch die Regeln über die wirtschaftliche Betätigung ergebenden Fesseln für kommunale Unternehmen zu beseitigen, damit diese sich ohne Diskriminierungen gegenüber Privaten im liberalisierten Energiemarkt bewegen können. Das Gutachten von Prof. Nagel wird in Kürze als Buch vorliegen und allen Mitgliedern der betroffenen Fachausschüsse noch vor der Anhörung zur Verfügung gestellt.

II.

Im einzelnen sieht der Verband kommunaler Unternehmen noch bei folgenden Vorschriften Änderungs- bzw. Ergänzungsbedarf:

1. Zu § 107 Abs. 1

a) Zu der vorgeschlagenen Neufassung des § 107 Abs. 1 ist zunächst anzumerken, daß die Ergänzung des Satzes 1 um die Formulierung „zur Erfüllung ihrer Aufgaben“ rechtssystematisch verfehlt ist. Im Grunde handelt es sich hier um eine Selbstverständlichkeit, von der die gesamte Gemeindeordnung ausgeht und die daher nicht noch einmal erwähnt werden muß. Wenn dies gleichwohl - und zwar gerade in den Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung - geschieht, könnte dies Anlaß für künftige Fehlinterpretationen in Richtung auf eine besondere Beschränkung

des Bereichs der wirtschaftlichen Betätigung sein. Dies gilt um so mehr, als sich diese Formulierung in den Gemeindeordnungen der übrigen Bundesländer nicht findet.

b) Ausdrücklich zu begrüßen ist demgegenüber, daß die Zulässigkeitsvoraussetzung des § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 den Vorschriften in den Gemeindeordnungen anderer Länder angepaßt wird, die Wörter „*dringend*“ und „*erfordern*“ also künftig entfallen. Die hierdurch bewirkte zumindest begrenzte Ausweitung der materiellen Handlungsmöglichkeiten der Gemeinden wird dann allerdings zum Teil wieder zunichte gemacht durch die Einführung einer (einfachen) Subsidiaritätsklausel in der neuen Ziffer 3 (siehe hierzu unten unter d)).

Abgesehen hiervon halten wir es im Interesse der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der kommunalen Unternehmen für erforderlich, die Ziffer 1 des § 107 Abs. 1 Satz 1 wie folgt zu fassen:

„1. ein öffentlicher Zweck die Betätigung rechtfertigt *oder diese zur Erreichung eines solchen Zweckes beiträgt* und“ ...

Diese Ergänzung der Ziffer 1 ist vonnöten, um den Stadtwerken die im Wettbewerb erforderliche Bewegungsfreiheit auch tatsächlich zu sichern. Wie ihren privaten Konkurrenten muß es auch den kommunalen Unternehmen möglich sein, den neuen Marktgegebenheiten und hier insbesondere dem veränderten Nachfrageverhalten durch eine Ergänzung der Angebotspalette Rechnung tragen zu können. Den Kunden geht es heute mehr und mehr nicht mehr allein darum, nur eine bestimmte Menge an Strom oder Gas möglichst preisgünstig zu erhalten. Gesucht werden vielmehr maßgeschneiderte Pakete an Versorgungsdienstleistungen, die eine ressourcenschonende, kostenoptimierte Bewirtschaftung von Gebäuden, Anlagen und Einrichtungen ermöglichen. Die großen Wettbewerber der Stadtwerke haben hierauf bereits reagiert und ihre Angebotspalette an dem veränderten Nachfrageverhalten im liberalisierten Energiemarkt durch Dienstleistungsangebote im Planungs-, Bau-, Unterhaltungs- und Finanzierungsbereich neu ausgerichtet. Um sich auch künftig am Markt behaupten zu können, müssen die kommunalen Unternehmen entsprechendes tun dürfen. Die vorgeschlagene Ergänzung der Ziffer 1 trägt dem Rechnung.

c) Der im Gesetzentwurf unverändert gelassene § 107 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 2 sollte, um den wirtschaftlichen und rechtlichen Realitäten Genüge zu tun, um die Worte „... *ihres Unternehmens oder ihrer Einrichtung* ...“ ergänzt werden.

Auch „nicht leistungsfähige“ Gemeinden können durchaus Unternehmen haben, deren Leistungsfähigkeit eine weitergehende wirtschaftliche Betätigung erlaubt.

d) *Unbedingt entfallen* - auch in der jetzigen Form - sollte die dem Subsidiaritätsgedanken verpflichtete *neue Ziffer 3 des § 107 Abs. 1 Satz 1*.

Zwar ist die jetzt vorgeschlagene Klausel gegenüber der völlig inakzeptablen, klar gegen die kommunale Wirtschaft Stellung beziehenden Subsidiaritätsklausel des Referentenentwurfs als Verbesserung der rechtlichen Situation für die kommunalwirtschaftliche Betätigung zu werten. Gleichwohl ist auch sie abzulehnen, da der Privatwirtschaft hier immer noch eine nicht gerechtfertigte Vorrangstellung eingeräumt wird.

Subsidiaritätsklauseln gleich welcher Art sind im Gesamtsystem der kommunalverfassungsrechtlichen Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen durchweg als rechtlich fragwürdig zu bezeichnen. So setzen sie im Grunde einen Vergleich zwischen einem optimal wirtschaftenden Privatunternehmen und einer ebenso optimalen wirtschaftlichen Betätigung der Kommune im Einzelfall voraus. Solche Vergleiche sind aber im Grunde nicht möglich, da die wirtschaftlichen Unternehmen der Kommune gerade nicht ausschließlich der Gewinnerzielung verpflichtet sind, sondern - wie etwa § 109 Abs. 1 unterstreicht - in erster Linie den öffentlichen Zweck nachhaltig erfüllen sollen. Hinzu kommt, daß die verfassungsrechtlich garantierte Allzuständigkeit der Kommunen die Entscheidung darüber, ob bestimmte Bereiche der örtlichen Daseinsvorsorge durch gemeindliche Unternehmungen bedient werden sollen, prinzipiell den demokratisch legitimierten Gemeindeorganen zuweist. Etwaige Privatisierungsentscheidungen einer Kommune sind insoweit vor Ort zu treffende konkrete Einzelfallentscheidungen; ein maßgeblich durch die jeweiligen konkreten örtlichen Rahmenbedingungen geprägter Entscheidungsprozeß aber sollte durch den Gesetzgeber keine grundsätzliche Beeinflussung erfahren.

Der Verzicht auf den § 107 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 3 entspräche im übrigen auch der Intention des Grundgesetzes. Dieses ist nämlich wirtschafts- und ordnungspolitisch neutral formuliert und enthält gerade keinen Vorrang der privaten vor der öffentlichen Wirtschaft.

Schließlich erscheinen Subsidiaritätsklauseln gleich welcher Art vor dem Hintergrund der Liberalisierung der Märkte als nicht mehr zeitgemäße ordnungspolitische Instrumente. So soll sich doch ihnen zufolge die Rechtsaufsicht und ggf. die Gerichte damit befassen, von wem eine konkrete wirtschaftliche Betätigung besser oder wirtschaftlicher ausgeübt werden kann - von der Kommune oder von der Privatwirtschaft. In einem marktwirtschaftlichen System sollte dagegen üblicherweise

der Wettbewerb entscheiden, ob die Güte und Wirtschaftlichkeit einer Leistung ausreichende Absatzchancen für das Produkt und damit Überlebenschancen für das Unternehmen zulassen. Sofern in diesem Zusammenhang von manchen darauf verwiesen wird, die öffentliche Hand verfüge über strukturelle Wettbewerbsvorteile gegenüber der privaten Wirtschaft, so kann dies jedenfalls nicht gelten für die privatrechtlich verfaßten kommunalen Unternehmen. Abgesehen davon steht das Wettbewerbsrecht als hinreichendes Korrektiv für alle die Fälle zur Verfügung, in denen eine Vermischung hoheitlicher und erwerbswirtschaftlicher Betätigung in Rede steht.

2. Zu § 107 Abs. 2

Die vorgeschlagene Änderung des Absatzes 2 halten wir für sachgerecht. Da sich allerdings auch die kommunalen Entsorgungsunternehmen im Wettbewerb behaupten müssen, halten wir es entsprechend dem eingangs Gesagten für erforderlich, den § 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 um den Halbsatz: „ ..., auch soweit sie ihre Tätigkeiten außerhalb der Grenzen der örtlichen Gemeinschaft entfalten.“ zu ergänzen.

3. Zu § 107 Abs. 3

Die Einfügung des neuen Absatzes 3 halten wir - wie eingangs bereits betont - ebenfalls für sachgerecht und dringend notwendig.

4. Zu § 107 Abs. 4

Der vorgeschlagene neue Absatz 4 sollte *entfallen*, zumindest aber die *Genehmigungspflicht* durch eine *Anzeigepflicht* ersetzt werden.

Mit Blick auf die allseits angestrebte Verwirklichung eines europäischen Binnenmarktes ist nicht einsichtig, warum gerade ein kommunales Engagement im Ausland besonderen Restriktionen unterworfen werden soll. Abgesehen davon ist ein qualifizierter Unterschied zu entsprechenden inländischen Aktivitäten nicht erkennbar. Bei Auslandsaktivitäten kommunaler Unternehmen in deregulierten Märkten konterkariert eine Genehmigungspflicht zudem das Ziel der Herstellung von Chancengleichheit im Wettbewerb.

Besteht die sachgerechteste Lösung hiernach in einer Streichung des Absatzes 4, so müßte doch zumindest die Genehmigungspflicht durch eine Anzeigepflicht ersetzt werden. Mit einem Genehmigungserfordernis würde nämlich ein Sondertatbestand wieder eingeführt, der nach den Diskus-

sionen um die Änderung der Gemeindeordnung im Jahre 1994 eigentlich der Vergangenheit angehören sollte. Seinerzeit hat sich der Gesetzgeber ganz bewußt gegen Genehmigungspflichten entschieden, um die gemeindliche Eigenverantwortlichkeit und damit im Ergebnis das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht nicht zu schwächen. Hierbei muß es auch in Zukunft bleiben.

5. Zu § 107 Abs. 5

Diese Regelung sollte ersatzlos entfallen.

Die sorgfältige Vorbereitung eines wirtschaftlichen Engagements einer Gemeinde anhand einer Marktanalyse sowie die diesbezügliche umfassende Unterrichtung des Rates dürfte im Grunde eine Selbstverständlichkeit sein. Insofern ist eine entsprechende gesetzgeberische Vorgabe entbehrlich, zumal auch § 62 Abs. 4 GO bereits eine umfassende Unterrichtungspflicht vorsieht. Abgesehen davon handelt es sich hier um eine Selbstverwaltungsangelegenheit der Kommunen, die durch den Gesetzgeber keine Beeinflussung erfahren sollte. Die Kommunen haben in der Vergangenheit durchaus einen angemessenen Umgang mit der Bewertung kommunalwirtschaftlicher Vorgänge bewiesen.

6. Zu § 108 Abs. 3

Der hier vorgeschlagene Nachrang der Aktiengesellschaft ist nachdrücklich abzulehnen und sollte daher unbedingt gestrichen werden.

Mit dieser Neuregelung würden die Kommunen bei der Auswahl der effizientesten Rechtsform zur Erfüllung des Gesellschaftszwecks ohne triftigen Grund in gravierender Weise beschränkt. Es handelt sich hier um einen schwerwiegenden Eingriff in die durch die institutionelle Garantie der kommunalen Selbstverwaltung besonders geschützte Organisationshoheit der Gemeinden, der im Ergebnis nicht zu rechtfertigen ist. Zwar ist richtig, daß in der Aktiengesellschaft der Einfluß der Aktionäre auf den Vorstand gering ist. Ob sich daraus aber - wie in der Begründung anklingt - ein Steuerungs- und Kontrolldefizit ergibt, hängt vom Einzelfall und von der Gestaltung der Satzung ab, in der die Wahrung des öffentlichen Zwecks durchaus konkret festgeschrieben werden kann. Hinzu kommen die nicht zu unterschätzenden faktischen Einwirkungsmöglichkeiten. Schon insofern sollte nicht in derart gravierender Weise in den Grundsatz der gemeindlichen Eigenverantwortlichkeit und damit in Art. 28 Abs. 2 GG eingegriffen werden.

Hinzu kommt, daß in dem veränderten wettbewerblichen Umfeld gerade die Rechtsform der Aktiengesellschaft für (größere) kommunale Unternehmen Vorteile bieten kann. Hier zusätzliche Hür-

den bei der Wahl dieser im Gesellschaftsrecht und im Wirtschaftsleben anerkannten Organisationsform aufzubauen, widerspricht also auch den heutigen wirtschaftlichen Verhältnissen und Notwendigkeiten. Auch mit Blick auf diese muß jede Kommune eigenverantwortlich darüber befinden können, welche Rechtsform sie für ihr Unternehmen als am geeignetsten erachtet. Im übrigen muß die im Wettbewerb unabdingbare Chancengleichheit auch für die Rechtsformwahl gelten.

7. Zu § 108 Abs. 4

Auch diese Regelung begegnet durchgreifenden Bedenken und sollte unbedingt gestrichen werden.

Mit den in Ziffer 1 vorgesehenen Vorgaben für die Ausgestaltung von Gesellschaftsverträgen wird erneut ohne triftigen Grund in den Grundsatz der gemeindlichen Eigenverantwortlichkeit und damit der Selbstverwaltung eingegriffen. Die „richtige“ gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung einer GmbH hängt entscheidend von den unterschiedlichen Rahmenbedingungen vor Ort ab. Insofern sollte die Ausgestaltung der Gesellschaftsverträge denn auch in Zukunft der jeweiligen Kommune überlassen werden. Dies gilt um so mehr, als die vorgesehene Verlagerung wesentlicher Entscheidungen vom Aufsichtsrat auf die Gesellschafterversammlung mit Blick auf das Mitbestimmungsrecht auch rechtlich zumindest fragwürdig ist.

Hinzu kommt - und dies gilt auch mit Blick auf das Weisungsrecht in Ziffer 2 -, daß bei den im Wettbewerb stehenden kommunalen Unternehmen alles zu vermeiden ist, was unternehmerische Entscheidungen erschweren könnte.

Auch im Hinblick auf die Ziffer 2 ergeben sich im übrigen Zweifel hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit vorrangigem Bundesrecht. So wird in der gesellschaftsrechtlichen Literatur mit guten Gründen die Ansicht vertreten, daß auch die Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrates weisungsfrei sind. Abgesehen davon zeigt die eindeutige gesetzliche Regelung bei Aufsichtsratsmitgliedern einer Aktiengesellschaft bzw. einer GmbH mit obligatorischem Aufsichtsrat, daß es ein gebundenes Mandat im Interesse des Wohls der jeweiligen Gesellschaft gerade nicht geben soll.