

Die Veröffentlichung des Werkes

„Die Holding in der Gemeindegewirtschaft“

erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

DIE HOLDING IN DER GEMEINDEWIRTSCHAFT

Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

84 V. 12 / 130

vorgelegt von

Thomas Ahrens

aus

Dortmund

1984

Meinem lieben Vater
in Dankbarkeit und Verehrung

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Schmidt-Jortzig
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Stober
Dekan: Prof. Dr. Großfeld

Tag der mündlichen Prüfung: 04.07.1984

Inhaltsverzeichnis

Seite

Die Holding in der Gemeindegewirtschaft

Einleitung - Gegenstand der Darstellung	E1
<u>1. Teil</u>	
Die Holding - Definitionsmerkmale und Typisierung	1
A) Definitionsmerkmale	1
I. Unternehmensgegenstand: Erwerb und Verwaltung von Beteiligungen	1
1. Die Gesellschafterstellung juristischer Personen	3
2. Die Gesellschafterstellung der Personengesellschaft	5
3. Abgrenzung zur Vermögensverwaltungs- gesellschaft	7
II. Erwerb und Verwaltung von Beteiligungen als Haupt- oder ausschließlicher Zweck des Unternehmens	8
III. Rechtsformunabhängigkeit	10
IV. Abgrenzung zur Kapitalanlagegesell- schaft	10
B) Holdingtypen	12
I. Die geschäftsführende Holding	13
1. Im Gleichordnungskonzern	13
2. Im Subordinationskonzern	16
a) Konzernvermutung des § 18 Abs. 1 S. 3 AktG	17
b) Konzernvermutung des § 18 Abs. 1 S. 2 AktG	17

S

- II. Die beteiligungszusammenfassende Holding
 - 1. Außerhalb einer aktienrechtlichen Unternehmensverbindung
 - 2. Als Teil einer aktienrechtlichen Unternehmensverbindung
- III. Unterschiedliche Entstehungsvoraussetzungen der originären geschäftsführenden Holding
 - 1. Im Gleichordnungskonzern
 - 2. Im Subordinationskonzern
 - a) Holding mit übergeordneter Konzernspitze
 - b) Holding mit einer Mehrzahl von Gesellschaftern

2. Teil

Die Holding in der Praxis kommunaler Wirtschaftsbetätigung

- A) Die beteiligungszusammenfassende Holding
- B) Die geschäftsführende Holding dargestellt am Fall Nürnberg
 - I. Der Konzernaufbau
- II. Das Konzerninnenverhältnis - Unternehmensverträge und Personalstruktur
 - 1. Unternehmensvertragliche Beziehungen
 - a) Beherrschungsverträge
 - b) Ergebnisabführungsverträge
 - 2. Personalstruktur
 - a) Personenidentität in den Geschäfts-führungsorganen
 - b) Personenidentität in den Aufsichts-räten

- III. Die Einordnung in das Recht der verbundenen Unternehmen
 - 1. Holding und Tochtergesellschaften
 - 2. Aktienrechtliche Stellung der Gemeinde im Holding-Konzern
- C) Weitere Holding-Konzerne
 - I. Köln, Saarbrücken, Mannheim, Stuttgart
 - II. Freiburg: Die Integration der Interessen eines dritten Gesellschafters
- D) Zusammenstellung der Strukturmerkmale des klassischen kommunalen Holding-Konzerns

3. Teil

Die rechtlichen Kompetenzstrukturen im kommunalen Holding-Konzern

- A) Ingerenzpflicht und Mitbestimmung in Unternehmensorganen
- B) Kompetenzstrukturen zwischen Gemeinde und Holding-GmbH
 - I. Die mitbestimmungsfreie GmbH
 - 1. Die Organe der mitbestimmungsfreien GmbH
 - 2. Instrumente der Unternehmensleitung und deren Verteilung auf die Gesellschaftsorgane
 - a) Personalkompetenz
 - b) Sachkompetenz
 - II. Die mitbestimmte GmbH
 - 1. Die gestärkte Stellung der Geschäftsführung
 - 2. Überwachung der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat

Seite

32

33

37

40

40

45

49

51

54

58

59

59

60

60

60

63

68

70

	<u>Seite</u>
a) Kein Mitbestimmungseinfluß im Kompetenzbereich der Gesellschafter?	71
b) Integration des Mitbestimmungseinflusses durch § 111 Abs. 4 S. 2 und 3. AktG	74
c) Die Ausübung der Beteiligungsrechte nach § 32 MitbestG	77
d) Arbeitsdirektor	79
3. Zusammenfassung zur Stellung der Gemeinde im Kompetenzsystem der normal statuarischen mitbestimmten GmbH	79
C) Kompetenzstruktur zwischen der Holding und ihren Töchtern	80
I. Töchter in der Rechtsform der GmbH	81
II. Töchter in der Rechtsform der Aktiengesellschaft	82
1. Leitungsmacht durch Ausübung der Beteiligungsrechte	82
2. Leitungsmacht der Holding aufgrund von Beherrschungsverträgen	84
a) Der Beherrschungsvertrag als Organisationsvertrag	84
b) Mitbestimmungseinfluß	87
D) Abschließende Betrachtung zur Leitungsstruktur im kommunalen Holding-Konzern	91
<u>4. Teil</u>	
Die Besteuerung des Holding-Konzerns	94
A) Die Körperschaftsteuer	94
I. Die Steuertatbestände des § 1 Abs. 1 Ziff. 1 und 6 KStG	94
II. Die Entwicklung der Gewinnbesteuerung öffentlicher Verkehrs- und Versorgungsunternehmen	97

	<u>Seite</u>
III. Gewinnbesteuerung öffentlicher Unternehmen und Finanzausgleich	101
IV. Gewinnbesteuerung öffentlicher Unternehmen und steuerwirksame Organisationsbemühungen der Anteilseigner	104
1. Tarifäre Belastungsunterschiede für die ausgeschütteten Gewinne von Eigengesellschaften und Eigenbetrieben	106
2. Belastungsunterschiede nach geltendem Recht	109
V. Das steuerliche Organisationsinteresse der Gemeinde am Holding-Konzern	111
1. Anteilbesteuerung nach dem Anrechnungsverfahren	111
a) Steuerpflicht der einzelnen Körperschaften und Gegenstand der Gewinnbesteuerung	111
b) Beseitigung der Doppelbelastung durch Anrechnung der Körperschaftsteuer	112
(1) Herstellung der Ausschüttungsbelastung	114
(2) Anrechnung beim Anteilseigner	116
2. Besteuerung des Holding-Konzerns als Organkreis - Grundzüge der organschaftlichen Einkommensbesteuerung	117
a) Steuerrechtliche Selbständigkeit der am Organkreis beteiligten Unternehmen und getrennte Einkommensermittlung	123
b) Einkommenszurechnung beim Organtträger	124
c) Verbleibendes eigenes Einkommen der Organgesellschaft	125

VI. Die Voraussetzungen der körperschaftsteuerlichen Organschaft im kommunalen Holding-Konzern

- 1. Organgesellschaften
- 2. Die Holding als Organträger
 - a) Kapitalgesellschaft i.S.d. § 1 Abs. 1 Ziff. 1 KStG
 - b) Gewerbliches Unternehmen des Organträgers
 - (1) Unternehmen im aktienrechtlichen Sinne
 - (2) Gewerbesteuerpflichtig
- 3. Eingliederungsvoraussetzungen
 - a) Die finanzielle Eingliederung
 - b) Die organisatorische Eingliederung
 - c) Die wirtschaftliche Eingliederung
- 4. Gewinnabführungsvertrag

B) Die Gewerbesteuer

- I. Gegenstand der Gewerbesteuer
- II. Die gewerbesteuerliche Behandlung des Organkreises

C) Die Umsatzsteuer

D) Die Vermögenssteuer

I. Mehrfache vermögenssteuerliche Belastung

- 1. Anteilbesitz an vermögenssteuerrechtlich privilegierten Wasserversorgungs- und Verkehrsunternehmen
- 2. Anteilbesitz an nichtprivilegierten Unternehmen und an Unternehmen mit nichtprivilegierten Vermögensteilen

II. Vermögenssteuerliche Schachtelvergünstigung

5. Teil

Rechnungslegung und Abschlußprüfung im Holding-Konzern

A) Die Einzelabschlüsse und deren Prüfung	148
I. Aktienrechtliche und haushaltsrechtliche Prüfung	148
II. Die Jahresabschlußbilanz	153
III. Gewinn- und Verlustrechnung	154
B) Der Konzernabschluß	156
I. Konzerntatbestand und eingeschränkte Aussagefähigkeit der Einzelabschlüsse	156
II. Konzernbilanz	161
III. Konzern-Gewinn- und Verlustrechnung	163
IV. Abschließende Betrachtung zur Konzernrechnungslegung	163
Zusammenfassung	166

Abkürzungsverzeichnis

A	= Anmerkung bei Baumbach/Duden Handelsgesetzbuch und Baumbach/Hueck, „Kommentar zum GmbH-Gesetz
a.A.	= anderer Ansicht
a.a.O.	= am angegebenen Ort
Abs.	= Absatz
AG	= Aktiengesellschaft
AktG	= Aktiengesetz
Anm.	= Anmerkung
AÖR	= Archiv für öffentliches Recht
Aufl.	= Auflage
ArR	= Arbeit und Recht
BaWü	= Baden-Württemberg
BB	= Betriebs-Berater
Bd.	= Band
Begr.	= Begründer
BfH	= Bundesfinanzhof
BfHE	= Entscheidungen des Bundesfinanzhofs (amtliche Sammlung)
BetrVG	= Betriebsverfassungsgesetz
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
BStBl.	= Bundessteuerblatt
BT-Drucks.	= Bundestags-Drucksache
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
DB	= Der Betrieb
dens.	= denselben
ders.	= derselbe
DGB	= Deutscher Gewerkschaftsbund
Die AG	= Die Aktiengesellschaft
dies.	= dieselben
Diss. iur.	= rechtswissenschaftliche Dissertation

DÖH	= der öffentliche Haushalt
DStR	= Deutsches Steuerrecht
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
EG-AktG	= Einführungsgesetz zum Aktiengesetz
Einf.	= Einführung
EL	= Ergänzungslieferung
etc.	= et cetera
f., ff.	= folgende
FAZ	= Frankfurter Allgemeine Zeitung
FBn.	= Fußnote
gem.	= gemäß
GewStG	= Gewerbesteuer-gesetz
GmbH	= Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	= Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	= GmbH-Rundschau
Hab.-Schr.	= Habilitationsschrift
HBl	= Handelsblatt
HGB	= Handelsgesetzbuch
Hrsg.	= Herausgeber
-hrsgg.	= herausgegeben
IdW	= Institut der Wirtschaftsprüfer
i.S.d.	= im Sinne des/der
i.V.m.	= in Verbindung mit
JA	= Juristische Arbeitsblätter
JuS	= Juristische Schulung
KG	= Kommanditgesellschaft
KGaA	= Kommanditgesellschaft auf Aktien
KStG	= Körperschaftsteuergesetz
KStR	= Körperschaftsteuer-Richtlinien
Lfg.	= Lieferung
LG	= Landgericht
MitBestG	= Mitbestimmungsgesetz
m. umfangr. Nachw.	= mit umfangreichen Nachweisen
m. Verweis	= mit Verweis
m.w.Nachw.	= mit weiteren Nachweisen
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift

- Nr. = Nummer
- NRW = Nordrhein-Westfalen
- OHG = Offene Handelsgesellschaft
- RdA = Recht der Arbeit
- Rdn. = Randnummer
- rechts- und staatswiss. Diss. = rechts- und staatswissenschaftliche Dissertation
- RFH = Reichsfinanzhof
- RFHE = Entscheidungen des Reichsfinanzhofs (amtliche Sammlung)
- S. = Seite
- s. = siehe
- StuW = Steuer und Wirtschaft
- u. a. = und andere
- UStG = Umsatzsteuergesetz
- v. = von/vom
- VGH = Verwaltungsgerichtshof
- VG = Verwaltungsgericht
- vgl. = vergleiche
- VStG = Vermögensteuergesetz
- WpG = Die Wirtschaftsprüfung
- WP-Handbuch = Wirtschaftsprüfer-Handbuch
- wirtschaftswiss. Diss. = wirtschaftswissenschaftliche Dissertation
- z. B. = zum Beispiel
- ZfA = Zeitschrift für Arbeitsrecht
- ZGR = Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
- ZHR = Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
- Ziff. = Ziffer
- zit. = zitiert

Literaturverzeichnis

Backhaus, Jürgen	Öffentliche Unternehmen. Zum Wirtschaftsrecht, den Funktionen und Rechtsformen öffentlicher Unternehmen, 2. Aufl., 1980 Frankfurt/Main zit.: Öffentliche Unternehmen
Bahn, Karl	Die Besteuerung öffentlicher Betriebe, Diss. iur. Köln 1931
Ballerstedt, Kurt	Das Mitbestimmungsgesetz zwischen Gesellschafts-, Arbeits- und Unternehmensrecht, in: ZGR 4977, 133 ff.
Baumann, Horst	GmbH und Mitbestimmung, in: ZHR 142 (1978), 557 ff.
Baumbach, Adolf/ Duden, Konrad	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 24. Aufl., 1980 München zit.: Handelsgesetzbuch
Baumbach, Adolf/ Hueck, Alfred	Kommentar zum Aktiengesetz, 13. Aufl., 1968 München
Dies.	Kommentar zum GmbH-Gesetz 13. Aufl., 1970 München
Biedenkopf, Kurt H./ Säcker, Franz-Jürgen	Grenzen der Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen, in: ZfA 1971, 211 ff.
Bolsenkötter, Heinz	Die steuerliche Behandlung des Verbundes öffentlicher Unternehmen, in: Friedrich, Peter/ Kupsch, Peter (Hrsg.), s. dort S. 339 ff.

Brachvogel, Gerrit

Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im Konzern,
Diss. iur. München 1967

Bühler, Otfmar/
Paulick, Heinz

Einkommensteuer, Körperschaftsteuer,
Handkommentar,
Loseblatt, Stand: Sept. 1982
3. Aufl.
München
zit.: KStG

Busse von Colbe, Walter/
Ordelheide, Dieter

Konzernabschlüsse.
Rechnungslegung für Konzerne
nach betriebswirtschaftlichen
Grundsätzen und gesetzlichen
Vorschriften,
Wiesbaden 1983
zit.: Konzernabschlüsse

Carlein, Walter

Die Besteuerung der Gemeindebetriebe unter besonderer
Berücksichtigung der Konzessionsabgabe,
Diss. iur. Erlangen 1952
zit.: Die Besteuerung der
Gemeindebetriebe

Commerzbank (Hrsg.)

Wer gehört zu wem?,
14. Aufl., 1982
Hamburg, Berlin

Creifelds, Carl

Rechtswörterbuch,
7. Aufl., 1983
München

Döllner, Georg

Steuerrecht und GmbH-Konzern-Praxis,
in: Emmerich u. a., Der GmbH-Konzern, s. dort S. 154 ff.

Duden Konrad

Zur Mitbestimmung in Konzernverhältnissen nach dem Mitbestimmungsgesetz,
in: ZHR 141 (1977), 145 ff.

Eder, Karl u. a.

Handbuch der GmbH, Bd. I,
Loseblatt, Stand: Nov. 1983
10. Aufl.
Köln
zit.: Handbuch der GmbH, Bd. I

Eichhorn, Peter

Struktur und Systematik kommunaler Betriebe,
(Verwaltung und Wirtschaft,
Heft 40)
Stuttgart 1969

Eisenhardt, Ulrich

Gesellschaftsrecht,
München 1978

Ellerich, Marian

Zur Bedeutung und den Auswirkungen der aktienrechtlichen Unternehmenseigenschaft der öffentlichen Hand unter Berücksichtigung ökonomischer Gesichtspunkte,
wirtschaftswiss. Diss.
(Bochumer wirtschaftswissenschaftliche Studien, Nr. 65)
Bochum 1980
zit: Unternehmenseigenschaft

Emmerich, Volker

Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen
(Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd. 9)
Bad Homburg v.d.H., Berlin,
Zürich 1969

Ders.

Das GmbH-Konzernrecht,
in: Die AG 1975, 253 ff.

Emmerich, Volker/
Sonnenschein, Jürgen

Konzernrecht.
Ein Studienbuch
2. Aufl., 1977
München

Emmerich, Volker u. a.

Der GmbH-Konzern
Köln 1976

Everling, Wolfgang

Konzernführung durch eine Holdinggesellschaft,
in: DB 1981, 2549 ff.

Falterbaum, Hermann/
Barthel, Klaus

Bewertungsrecht, Vermögen-
steuer,
7. Aufl., 1980
Bonn Achim

Fäsöld, Rudolf

Organschaft und Anrechnung im
KStG 1977,
in: DStR 1976, 655 ff.

Felix, Günter/
Streck, Michael

Körperschaftsteuergesetz 1977.
Erläutert von Günter Felix und
Michael Streck,
München 1979
zit.: Körperschaftsteuergesetz

Fikentscher, Wolfgang

Die Interessengemeinschaft.
Eine gesellschaftsrechtliche
und kartellrechtliche Unter-
suchung,
(FIW-Schriftenreihe, Heft 30)
Köln, Berlin, Bonn, München
1966

Fitting, Karl/
Wlotzke, Otfried/
Wissmann, Hellmut

Mitbestimmungsgesetz.
Kommentar,
2. Aufl., 1978
München

zit.: Mitbestimmungsgesetz

Flume, Werner

Die Organschaft zu einer Hol-
dinggesellschaft,
in: DB 1959, 1296 ff.

Friauf, Karl Heinrich

Zur Rechtfertigung der Steuer-
privilegien öffentlicher Unter-
nehmen,
in: Friedrich, Peter/
Kupsch, Peter (Hrsg.), s. dort
S. 57 ff.

Friedrich, Peter/
Kupsch, Peter

Betriebswirtschaftliche und
finanzwissenschaftliche Aspekte
der Besteuerung öffentlicher
Unternehmen,
in: Friedrich, Peter/
Kupsch, Peter (Hrsg.), s. dort
S. 13 ff.

Friedrich, Peter/
Kupsch, Peter (Hrsg.)

Die Besteuerung öffentlicher
Unternehmen,
(Schriften zur öffentlichen
Verwaltung und öffentlichen
Wirtschaft, Bd. 57)
Baden-Baden 1981

Gemeindetag Baden-Württemberg

Städte und Gemeinden fragen -
Der Gemeindetag Baden-Württem-
berg antwortet:
Weisungsrecht des Gemeinderats
an Vertreter in Gesellschafts-
organen,
in: Die Gemeinde 1982, 547 f.
zit.: Weisungsrecht des Gemein-
derats an Vertreter in Gesell-
schaftsorganen

Godin, Freiherr von/
Wilhelmi, Hans

Aktiengesetz,
Kommentar, Bd. I u. II
4. Aufl., 1971
Berlin - New York

zit.: Kommentar zum Aktienge-
setz, Bd.

Goerdeler, Reinhard

Die Rechnungslegung im GmbH-
Konzern,
in: Emmerich u. a., Der GmbH-
Konzern, s. dort. S. 60 ff.

Greif, Martin/
Münzner, Herbert/
Krebs, Joachim

Körperschaftsteuer:
systematische Darstellung des
neuen Rechts,
Stuttgart, Wiesbaden 1978
zit.: Körperschaftsteuer

Greif, Martin

Die wirtschaftlichen Auswir-
kungen des Anrechnungsverfahrens
bei der Körperschaftsteuer,
Stuttgart, Wiesbaden 1977

Großfeld, Bernhard

Bilanzrecht,
Heidelberg, Karlsruhe 1978

Großkommentar zum
Aktiengesetz

bearbeitet von:
Carl Hans Barz, Herbert Brönner,
Ulrich Klug, Konrad Mellerowicz,
Joachim Mayer-Landrut, Wolfgang
Schilling, Herbert Wiedemann,
Hans Würdinger
3. Aufl.,
Bd. I 1973
Bd. IV 1975
Berlin, New York

zit.: Bearbeiter, in: Groß-
kommentar zum Aktiengesetz

Großkommentar zum
Handelsgesetzbuch

vormals Kommentar der Reichs-
gerichtsrate,
3. Aufl., 1967
Berlin

zit.: Bearbeiter, in: Groß-
kommentar zum HGB

Hachenburg, Max

Kommentar
zum Gesetz betreffend die Ge-
sellschaften mit beschränkter
Haftung, Bd. 2,
7. Aufl., 1979
Berlin, New York

zit.: Bearbeiter, in: Hachen-
burg, Kommentar zum GmbH-Gesetz

Hansmeyer, Karl-Heinrich

Der kommunale Finanzausgleich
als Instrument zur Förderung
zentraler Orte,
in: Pohmer, Dieter (Hrsg.),
Probleme des Finanzausgleichs. 2.
(Schriften des Vereins für
Socialpolitik, Bd. 96, 2)
Berlin 1980

Hardach, Wilhelm

Konzernorganisation,
2. Aufl., 1964
Köln, Opladen

Heinen, Edmund

Handelsbilanzen,
10. Aufl., Wiesbaden 1982
5. Aufl., Wiesbaden 1969
(Zitate aus dieser Auflage sind
in der Fußnote kenntlich gemacht)

Hensche, Detlef

Erweiterung der Mitbestimmung
durch privatautonome Regelung
insbesondere in Unternehmen
der öffentlichen Hand,
in: AuR 1971, 33 ff.

Herrmann/Heuer/Raupach u. a.

Kommentar
zur Einkommensteuer und Körper-
schaftssteuer,
Loseblatt, Stand: Dez. 1983
19. Aufl.
Köln

zit.: Herrmann/Heuer, KStG

Herzog, Roman

Subsidiaritätsprinzip und
Staatsverfassung,
in: Der Staat, Bd. 2, 1963,
399 ff.

Hesselmann, Malte

Handbuch der GmbH & Co. KG,
16. Aufl., 1980
Köln

Hirsch, Hans

Die Besteuerung öffentlicher
Unternehmen aus der Sicht von
Hans Ritschl,
in: Friedrich, Peter/
Kupsch, Peter (Hrsg.), s. dort
S. 93 ff.

Hoffmann, Dietrich/
Lehmann, Jürgen/
Weinmann, Heinz

Kommentar
zum Mitbestimmungsgesetz
München 1978

zit.: Mitbestimmungsgesetz

Hoffmann, Dietrich/
Neumann, Nikolaus

Die Mitbestimmung bei GmbH und
GmbH & Co. KG nach dem Mitbe-
stimmungsgesetz 1976 (Teil 1),
in: GmbHR 1976, 149 ff.

Höhner, Georg

Zur Beteiligung von Personenge-
sellschaften an Gesellschaften
in: NJW 1975, 718 ff.

Hölters, Wolfgang

Satzungsgestaltung und Organisationsstruktur von Unternehmen bei Einführung der qualifizierten Mitbestimmung, in: BB 1975, 797 ff.

Hommelhoff, Peter

Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH, in: ZGR 1978, 119 ff.

Hueck, Alfred

Gesellschaftsrecht. Ein Studienbuch, München 1975

IG Farbenindustrie in Liquidation

Bericht über Entflechtung und Liquidation; vorgelegt aus Anlaß der ordentlichen Hauptversammlung am 27. Mai 1953, Frankfurt/Main 1953

zit.: IG-Farben, Bericht über Entflechtung und Liquidation, 1953

Jacob, Herbert

Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 4. Aufl., 1981 Wiesbaden

Janson, Bernd

Rechtsformen öffentlicher Unternehmen in der Europäischen Gemeinschaft, (Schriften zur öffentlichen Verwaltung und öffentlichen Wirtschaft, Bd. 55) Baden-Baden 1980

Jurkat, Werner

Einzelfragen zur Neuregelung der Körperschaftsteuerlichen Organschaft, in: BB 1970, 204 ff.

ders.

Die Organschaft im Körperschaftsteuerrecht, Heidelberg 1975

zit.: Organschaft

ders.

Das Körperschaftsteuerreformgesetz, in: Die Wirtschaftsprüfung 1976, 513 ff.

Karehnke, Helmut

Die Prüfung der Geschäftsführung nach § 53 des Haushaltgrundgesetzes, in: Die AG 1970, 259 ff.

ders.

Die staatliche Betätigung bei Beteiligungsunternehmen privaten Rechts und die Prüfung dieser Betätigung, in: DÖH 1974, 124 ff.

Kießling, Heinz

Körperschaftsteuergesetz, 8. Aufl., 1981 Bonn

Kohorst, Erwin

Die Besteuerung der Gemeindebetriebe, rechts- und staatswiss. Diss. Würzburg 1965

Kölner Kommentar zum Aktiengesetz

hrsgg. von Wolfgang Zöllner, bearbeitet von Kurt H. Biedenkopf, Carsten P. Claussen, Gerd Geilen, Hans-Georg Koppensteiner, Alfons Kraft, Heinrich Kronstein, Marcus Lutter, Hans-Joachim Mertens, Wolfgang Zöllner, Köln, Berlin, Bonn, München 1970 - 1976

zit.: Bearbeiter, in: Kölner Kommentar zum AktG

Konow, Karl Otto

Die GmbH als Rechtsform der Beteiligungsunternehmen der öffentlichen Hand, in: GmbHR 1966, 153 ff.

Krebs, Joachim

Die Reform der Körperschaftsteuer - Grundzüge mit Beispielen, in: Sonderveröffentlichung des BB 1976, 40 ff.

Krollmann, Heinz

Organschaft im Steuerrecht Konzerne, Ergebnisabführung, Unternehmereinheit, Diss. iur. Köln 1960

zit.: Organschaft im Steuerrecht

Kropff, Bruno	Aktiengesetz, Textausgabe, Düsseldorf 1965 zit.: Aktiengesetz 1965	Martens, Klaus Peter	Die Auswirkungen der erweiter- ten Mitbestimmung auf die Konzern-Praxis, in: Emmerich u. a., Der GmbH- Konzern, s. dort S. 106 ff.
Kübler, Friedrich	Gesellschaftsrecht. Lehrbuch, Heidelberg 1981	Meilicke, Heinz/ Meilicke, Wienand	Mitbestimmung im Konzern, in: BB 1978, 406 ff.
Küting, Karlheinz	Konsolidierungspraxis, 2. Aufl., 1981 Berlin	Mertens, Hans-Joachim	Zuständigkeiten des mitbestimm- ten Aufsichtsrates, in: ZGR 1977, 270 ff.
Lehmann, Heinrich/ Dietz, Rolf	Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 1970 Berlin, Frankfurt/Main-	Mettenheim, Heinrich v.	Der Aufsichtsrat im Kräfte- feld der mitbestimmten GmbH, in: DB 1977, 447 ff.
Lüder, Klaus	Steuerliche Überlegungen bei der Wahl der Rechts- und Orga- nisationsform verselbständig- ter Verwaltungseinheiten, in: Friedrich, Peter/ Kupsch, Peter (Hrsg.), s. dort S. 207 ff.	Müller-Zur Hörst, Norbert	Die wirtschaftliche Lage öffentlicher Verkehrsunternehmen, in: Der Nahverkehr 1983, 18 ff.
Ludwig, Wolfgang	Zur Wahl der Rechtsform für kommunale Wirtschaftsunternehmen, in: Der Städtetag 1970, 474 ff.	v. Mutius, Albert/ Nesselmüller, Günter	Juristische Personen des öffent- lichen Rechts als herrschende Unternehmen i.S. des Konzern- rechts, in: NJW 1976, 1878 ff.
Lutter, Markus	Mitbestimmung im Konzern, Köln, Berlin, Bonn, München 1975	Naendrup, Peter-Hubert	Mitbestimmungsgesetz und Orga- nisationsfreiheit, in: AuR 1977, 225 ff.
Maiberg, Hermann	Gesellschaftsrecht. Lehrbuch, 4. Aufl., 1981 München	Nesselmüller, Günter	Rechtliche Einwirkungsmöglich- keiten der Gemeinden auf ihre Eigengesellschaften, Diss. iur. Münster 1976 (Schriften zum deutschen Kommun- alrecht, Bd. 14)
Mangold, Fritz	Zur Körperschaftsteuer in: StuW 1978, 162 ff.	Obermayer, Klaus	Mitbestimmung in der Kommunal- verwaltung, Neuwied, Berlin 1973
Martens, Klaus Peter	Allgemeine Grundsätze bei der Anwendbarkeit des Mitbestim- mungsgesetzes, in: Die AG 1976, 113 ff.	Oettle, Karl	Grundsätze der Besteuerung öffentlicher Unternehmen - Thesen in: Friedrich, Peter/ Kupsch, Peter (Hrsg.), s. dort S. 45 ff.

Pagenkopf, Hans

Kommunalrecht Bd. 2,
Wirtschaftsrecht,
2. Aufl.,-1976
Köln, Berlin, Bonn, München

ders.

Das Gemeindefinanzsystem und
seine Problematik
(Schriften zum deutschen
Kommunalrecht, Bd. 15)
Siegburg 1978

ders.

Der Finanzausgleich im Bundes-
staat,
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz
1981

Palandt, Otto (Begr.)

Bürgerliches Gesetzbuch,
41. Aufl., 1982
München

zit.: Palandt/Bearbeiter,
Bürgerliches Gesetzbuch

Püttner, Günther

Das Recht der kommunalen Ener-
gieversorgung. Zum Problem der
besonderen öffentlichen Auf-
gaben der Gemeindeunternehmen,
(Schriftenreihe des Vereins
für Kommunalwissenschaften e.V.
Berlin, Bd. 19)
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz
1967

zit.: Das Recht der kommunalen
Energieversorgung

ders.

Die öffentlichen Unternehmen.
Verfassungsfragen zur wirt-
schaftlichen Betätigung der
öffentlichen Hand,
Hab.-Schr. Köln
Bad Homburg v.d.H., Berlin,
Zürich 1969

zit.: Die öffentlichen Unter-
nehmen

ders.

Die Einwirkungspflicht,
in: DVBl. 1975, 353 ff.

Püttner, Günter

Aktuelle Probleme des Verwal-
tungsprivatrechts im Organi-
sationsbereich,
in: JA 1980, 218 ff.

Quack, Klaus

Die Entsendung von Gemeinde-
vertretern in die Organe von
Kapitalgesellschaften,
in: DVBl. 1965, 345 ff.

Raiser, Thomas

Paritätische Mitbestimmung
der Arbeitnehmer in wirtschaft-
lichen Unternehmen der Gemeinde,
in: RdA 1972, 65 ff.

ders.

Der neue Koalitionskompromiß
zur Mitbestimmung,
in: BB 1976, 145 ff.

ders.

Mitbestimmungsgesetz,
Kommentar,
Berlin 1977

zit.: Mitbestimmungsgesetz

ders.

Recht der Kapitalgesellschaften.
Aktiengesellschaft, Gesell-
schaft mit beschränkter Haf-
tung, Kapitalgesellschaft und
Co.,
München 1983

zit: Recht der Kapitalgesell-
schaften

Rasch, Harold

Deutsches Konzernrecht,
5. Aufl., 1974
Köln, Berlin, Bonn, München

Reich, Norbert/
Lewerenz, Karl Jochen

Das neue Mitbestimmungsgesetz,
in: AuR 1976, 261 ff.

Reinhardt, Rudolf

Gesellschaftsrecht.
Lehrbuch,
Tübingen 1973

Ritschl, Hans

Die Besteuerung der öffentlichen
Unternehmen,
(Schriftenreihe der Gesell-
schaft für öffentliche Wirt-
schaft, Heft 7)
Berlin 1960

- Rüfner, Wolfgang
Formen öffentlicher Verwaltung
im Bereich der Wirtschaft.
Untersuchung zum Problem der
leistenden Verwaltung,
(Schriften zum Öffentlichen
Recht, Bd. 44)
Berlin 1967
- Ruwe, Wolfgang
Kein Minderheitenschutz im
GmbH-Konzernrecht,
in: Die AG 1980, 21 ff.
- Säcker, Franz-Jürgen
Die Anpassung des Gesell-
schaftsvertrages der GmbH an
das Mitbestimmungsgesetz,
in: DB 1977, 1845 ff.
- Sauerland, Heinz/
Schmidt, Arnold
Umsatzsteuer,
14. Aufl., 1981
Bonn, Achim
- Selmer, Peter/
Schulze-Osterloh, Lerke
Besteuerung öffentlicher Unter-
nehmen und Wettbewerbsneutra-
lität,
in: DÖV 1978, -381 ff.
- Siedentopf, Heinrich
Standort und Zukunft der ge-
meindlichen Selbstverwaltung,
in: Städte- und Gemeindebund
1976, 272 ff.
- Sonnenschein, Jürgen
Organschaft und Konzerngesell-
schaftsrecht unter Berücksich-
tigung des Wettbewerbsrechts
und des Mitbestimmungsrechts,
(Wirtschaftsrecht und Wirt-
schaftspolitik, Bd. 48)
Baden-Baden 1976
zit.: Organschaft und Konzern-
gesellschaftsrecht
- Schäfer, Ludwig
Aktuelle Probleme des neuen
Aktienrechts,
in: BB 1966, 229 ff.
- Schefold, Dian
BVerfG und kommunalwirtschaft-
liche Inkompatibilität,
in: JuS 1980, 493 ff.

- Schmidt, Ludwig
Die Organschaft im Körperschaft-
steuerrecht nach dem Körper-
schaftsteuerreformgesetz,
in: GmbHR 1977, 7 ff.
- Schmidt-Jortzig, Edzard
Kommunalrecht.
Lehrbuch,
Stuttgart 1982
- Schneider, Uwe H.
Konzernrecht der Personenge-
sellschaften,
in: ZGR 1980, 511 ff.
- ders.
Konzernleitung als Rechtspro-
blem,
in: BB 1981, 249 ff.
- Schnettler, Albert
Öffentliche Betriebe,
Essen 1956
Betriebswirtschaftliche Biblio-
thek
- Schönberger, Norbert
Die Gebietskörperschaften und
ihre Aktiengesellschaften
zwischen Konzern- und Verwal-
tungsrecht,
Diss. iur. Frankfurt 1980
- Schöne, Wolf Dieter
Körperschaftsteuer,
Bonn 1977
- Schubert, Werner/
Küting, Karlheinz
Unternehmungszusammenschlüsse,
München 1981
- Schwichtenberg, Knut W.
Das Schachtelprivileg bei ge-
samthänderischer Beteiligung,
in: BB 1974, Beilage 4 zu
Heft 16
- Stern, Klaus/
Püttner, Günter
Die Gemeindegewirtschaft -
Recht und Realität.
Zum staats- und kommunalverfas-
sungsrechtlichen Standort der
kommunalen Wirtschaft,
(Schriftenreihe des Vereins für
Kommunalwissenschaften e.V.
Berlin, Bd. 8)
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz
1965
zit.: Die Gemeindegewirtschaft -
Recht und Realität

- Stober, Rolf
Die privatrechtlich organisierte öffentliche Verwaltung,
in: NJW 1984, 449 ff.
- Strobel, Wilhelm
Organschaft und Mitbestimmung,
in: BB 1974, 1 ff.
- Tiepelmann, Klaus
Politische Entscheidungsfindung über die Besteuerung öffentlicher Unternehmen,
in: Friedrich Peter/
Kupsch, Peter (Hrsg.), s. dort S. 253 ff.
- Timm, Wolfgang
HV-Kompetenzen und Aktionärsrechte in der Konzernspitze,
in: Die AG 1980, 172 ff.
- Ulrich, Konrad
Aktuelle Zielkonflikte in der gemeindlichen Selbstverwaltung,
in: Probleme der kommunalen Selbstverwaltung, Hrsg.:
Niedersächsische Landeszentrale für politische Bildung
Hannover 1980
- Vitzthum, Wolfgang Graf
Gemeinderechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Wirtschaftsunternehmen,
in: AöR 1979, 580 ff.
- Vollmer, Lothar
Die mitbestimmte GmbH - Gesetzliches Normalstatut, mitbestimmungsrechtliche Satzungsgestaltungen und gesellschaftsrechtlicher Minderheitenschutz,
in: ZGR 1979, 135 ff.
zit.: Die mitbestimmte GmbH
- v. Wallis, Hugo
Die Besteuerung der Holding-Aktiengesellschaften,
in: Die AG 1956, 36 ff.
- ders.
Zur Neuregelung der Körperschaftsteuerlichen Organschaft,
in: Die AG 1969, 308 ff.
- Weber, Hans
Die Organschaft nach dem neuen Körperschaftsteuerrecht,
in: DB 1976, 1784 ff.

- Wenzel, Dieter
Neuordnung des Rechts der Kommunalwirtschaftlichen Beteiligung und privatrechtlichen Beteiligung,
in: Der Gemeindehaushalt 1979, 217 ff.
- Wertheimer, Ludwig
Holding- und Kapitalverwaltungsgesellschaften,
Frankfurt 1932
- Westermann, Harry
Handbuch der Personengesellschaften, Bd. 1, Gesellschaftsrecht von H. Westermann, Betriebswirtschaft von Peter Scherpf und Jochen Sigloch, Loseblatt, Köln
zit.: Westermann u. a., Handbuch der Personengesellschaften, Bd. 1
- Wiedemann, Herbert
Aufgaben und Grenzen der unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer,
in: BB 1978, 5 ff.
- Wiedemann, Herbert/
Martens, Klaus Peter
Die Unternehmensqualifikation von Gebietskörperschaften im Recht der verbundenen Unternehmen,
in: Die AG 1976, 197 ff.
- Wöhe, Günter
Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre,
14. Aufl., 1981
München
- Wolff, Hans J.
Rechtsformen gemeindlicher Einrichtungen,
in: Archiv für Kommunalwissenschaften 1963, 149 ff.
- Würdinger, Hans
Öffentliche Hand und Unternehmen,
in: DB 1976, 613 ff.

v. Wysocki, Klaus/
Wohlgemuth, Michael

Konzernrechnungslegung,
Tübingen, Düsseldorf 1975

Zeiß, Friedrich

Die Besteuerung der öffentlichen
Betriebe,
in: Archiv für öffentliche und
freigemeinwirtschaftliche
Unternehmen, Bd. 8, 1966/67,
141 ff.

Zeller, Eugen

Kommunale Mitbestimmung.
Mitbestimmung in Betrieben und
Unternehmen der öffentlichen
Hand,
Bonn 1972

zit.: Kommunale Mitbestimmung

Zöllner, Wolfgang

Arbeitsrecht.
Ein Studienbuch,
3. Aufl., 1983
München

Einleitung -

Gegenstand der Darstellung

Die Organisationsformen des Privatrechts haben für die überaus umfangreiche wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden erhebliche Bedeutung. Das resultiert aus der Anerkennung des Prinzips der freien Formenwahl für kommunales leistendes bzw. gewährendes Tätigwerden innerhalb des Rahmens der Zulässigkeitsvoraussetzungen für wirtschaftliche Unternehmen im allgemeinen und für zivilrechtliche Organisationsformen im besonderen. Die Bedeutung der Privatrechtsform im Kommunalwirtschaftsrecht entspringt dem Streben der errichtenden Gemeinde nach der Nutzbarmachung ihrer tatsächlichen oder vermeintlichen Organisationsvorteile¹⁾.

Die vorliegende Untersuchung befaßt sich mit einem gemeindlichen Unternehmenstyp in Privatrechtsform, der durch seinen besonderen Unternehmensgegenstand Beachtung verdient: der Holding, als ein auf den Erwerb und die Verwaltung von Beteiligungen gerichtetes Unternehmen, dessen Errichtung zur Mittelbarkeit der gemeindlichen Wertschöpfung führt.

Zunächst erfolgt eine Aufstellung der Definitionsmerkmale der Holding-Gesellschaft und eine Einteilung in verschiedene Unternehmenstypen. (1. Teil).

1) Eine umfassende Zusammenstellung der Organisationsmotivation für die Wahl der Privatrechtsform jetzt STÖBER, Die privatrechtlich organisierte öffentliche Verwaltung, in: NJW 1984, 449 (452).

Ein Blick in die Praxis zeigt die Bedeutung der Holding für die kommunale Wirtschaftsbetätigung und ermöglicht eine Zuordnung der kommunalen Holding zu den herausgestellten Unternehmenstypen. (2. Teil). Die Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinde als Gesellschafterin einer Holding auf die von diesem Unternehmen gehaltenen Betriebsgesellschaften ergeben sich aus der darzustellenden Leitungsstruktur innerhalb der entstandenen Unternehmensverbindung. Hierbei wird auf die Besonderheiten einzugehen sein, die sich aus dem Mitbestimmungseinfluß der Arbeitnehmer in Unternehmensorganen ergeben können. (3. Teil).

Die grundlegende Darstellung der Besteuerung des über eine Holding vermittelten Beteiligungsbesitzes der Gemeinde beschränkt sich auf diejenigen Steuerarten, wegen derer vorrangige Organisationsinteressen denkbar sind: Gewinn-, Gewerbe-, Umsatz- und Vermögensteuer. (4. Teil). Sie betrifft die bestehende Organisationsform und enthält daher keine Ausführungen zu den sich aus einem Wechsel der Unternehmensform (Umwandlung) ergebenden Steuertatbeständen.

Der abschließende Teil der Arbeit gilt den grundlegenden Aussagen zur Vermögens- und Ertragslage, die in den Abschlüssen der einzelnen Unternehmen und in dem von der Holding zusätzlich aufzustellenden Abschluß der Unternehmenszusammenfassung (Konzernabschluß) enthalten sind. (5. Teil).

1. Teil

Die Holding - Definitionsmerkmale und Typisierung

A) Definitionsmerkmale

Der Terminus "Holding" ist kein Rechtsbegriff in dem Sinne, daß an einen Tatbestand bereits bestimmte zivilrechtliche oder steuerrechtliche Folgen geknüpft sind, wie dies bei den abschließend geregelten Gesellschaftsformen wie etwa GmbH, BGB-Gesellschaft, Aktiengesellschaft etc. der Fall ist. Er ist ein den Gegenstand des Unternehmens kennzeichnender Begriff und bezeichnet einen Unternehmenstyp, der von einer bestimmten Gesellschaftsform unabhängig ist.

Eine Zusammenstellung der Definitionsmerkmale der Holding Gesellschaft muß daher eine Aussage über ihren Unternehmensgegenstand enthalten.

I. Unternehmensgegenstand:

Erwerb und Verwaltung von Beteiligungen

Die Holding ist ein auf den "Erwerb und die Verwaltung von Beteiligungen" gerichtetes Unternehmen¹⁾.

Der Begriff ist vom englischen "holding the shares"²⁾

1) RASCH, Deutsches Konzernrecht, S. 70; v. WALLIS, Die Besteuerung der Holding-Aktiengesellschaft, in: Die AG 1956, 36.

2) So bereits WERTHEIMER, Holding- und Kapitalverwaltungsgesellschaften, S. 10; RASCH, a.a.O., S. 60; REINHARDT, Gesellschaftsrecht Rdn. 616; zitiert bei NESSELMÜLLER, Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinden auf ihre Eigen-gesellschaften, S. 26.

und "share-holder" in den deutschen Sprachgebrauch übernommen und meint in seiner Kennzeichnung des Unternehmensgegenstandes denselben Sachverhalt wie die Bezeichnung "Beteiligungsgesellschaft" und "Verwaltungsgesellschaft". Inhaltliche Unterschiede zwischen diesen Begriffen lassen sich nicht feststellen.

Im Sprachgebrauch enthält die Verwendung des Begriffs "Holding" vielleicht eher den Hinweis auf eine Konzernleitungsfunktion des Unternehmens als die Verwendung der Begriffe "Beteiligungs-" bzw. "Verwaltungsgesellschaft"¹⁾.

Auch scheint der Terminus "Holding" speziell für die Charakterisierung solcher Unternehmen bereitzustehen, die sich an Kapitalgesellschaften beteiligen²⁾. Unternehmen, deren Gegenstand ausschließlich darin besteht, als persönlich haftende Gesellschafter in einer oder mehreren Kommanditgesellschaften zu fungieren, werden soweit ersichtlich wohl "Beteiligungs-" oder "Verwaltungsgesellschaft", kaum aber Holding genannt.

Vor allem ist zu unterscheiden zwischen der mit der Verwendung der Begriffe verbundenen Kennzeichnung eines strukturellen Tatbestandes und deren Übernahme in den Firmennamen. Hier läßt sich vielleicht der Terminus "Holding" eher bei der Aktiengesellschaft, der Begriff "Beteiligungs-" bzw. "Verwaltungsgesellschaft" eher bei der Gesellschaft mbH finden. Dieses mag daran liegen, daß der deutschsprachige Begriff bereits die Wendung "Gesellschaft" enthält, und daher

1) CREIFELDS, Rechtswörterbuch, Definition: Holdinggesellschaft.

2) Vgl. z. B. WESTERMANN u. a., Handbuch der Personengesellschaften, Bd. 1, Rdn. 41 (Lfg. 15).

einen sprachlich flüssigen Übergang zur "-Gesellschaft mbH" ermöglicht¹⁾.

Im Rahmen dieser Arbeit werden Unternehmen mit dem bezeichneten Unternehmensgegenstand unter dem Begriff "Holding" vorgestellt, da vornehmlich diese Bezeichnung bisher in der kommunalwirtschaftlichen Literatur Verwendung gefunden hat²⁾.

1. Die Gesellschafterstellung juristischer Personen

Die Beteiligung an Gesellschaften ist nicht ausschließlich natürlichen Personen vorbehalten. Auch juristische Personen sowohl des Privatrechts als

1) Vgl. z. B. Commerzbank, Wer gehört zu wem?, 14. Aufl., Gesellschafts-Nr. 882: Beteiligungsgesellschaft mbH, Frankfurt; Gesellschafts-Nr. 7950: Stella Automobil-Beteiligungsgesellschaft mbH, Frankfurt; Gesellschafts-Nr. 4196: Industrieverwaltungsgesellschaft mit beschränkter Haftung, Bonn; Gesellschafts-Nr. 4792: Comet Automobil-Beteiligungsgesellschaft mbH, Frankfurt; Gesellschafts-Nr. 4810: Kommunale Energie-Beteiligungsgesellschaft mbH, Dortmund; Gesellschafts-Nr. 7931: Steigerwald Beteiligungs- und Verwaltungs-GmbH, Bochum; Gesellschafts-Nr. 1995: Dierig Holding-Aktiengesellschaft, Augsburg; Gesellschafts-Nr. 5559: Mercedes Automobil Holding Aktiengesellschaft, Frankfurt; anders aber z. B.: Gesellschafts-Nr. 1003: Holding für Versorgung und Verkehr GmbH, Bochum; Gesellschafts-Nr. 1388: Chemie Verwaltungs-Aktiengesellschaft, Düsseldorf.

2) So statt vieler SCHMIDT-JORTZIG, Kommunalrecht Rdn. 729; PAGENKOPF, Kommunalrecht Bd. 2, Wirtschaftsrecht, S. 191 m.w.Nachw.; NESSEL-MÜLLER, Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinden auf ihre Eigengesellschaften, S. 26; zuletzt STÖBER, Die privatrechtlich organisierte öffentliche Verwaltung, in: NJW 1984, 449 (451).

auch des öffentlichen Rechts können kraft ihrer Rechtsfähigkeit grundsätzlich Gesellschafterstellungen bekleiden.

Bei den juristischen Personen des Privatrechts interessiert hier vornehmlich die Gesellschafterstellung der Kapitalgesellschaften - AG, KGaA und GmbH¹⁾.

Diese können sich sowohl an anderen Kapitalgesellschaften, als auch an Personengesellschaften - Gesellschaften bürgerlichen Rechts - und an Personenhandelsgesellschaften - offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft - beteiligen²⁾.

Bei den juristischen Personen des öffentlichen Rechts hat im Rahmen dieser Arbeit vornehmlich die Gesellschafterstellung der Gemeinden Bedeutung. Ihr eröffnet die Rechtsfähigkeit grundsätzlich die Möglichkeit, eine Gesellschafterstellung in allen Unternehmensformen einzunehmen. Da die Gemeindeordnungen aber für die Zulässigkeit der Beteiligung an Unternehmensformen des Privatrechts die Begrenzung der gemeindlichen Haftung auf einen bestimmten

- 1) Zu den Begriffen Kapitalgesellschaft, Personengesellschaft und Personenhandelsgesellschaft RAISER, Recht der Kapitalgesellschaften, S. 1; BAUMBACH/DUDEN, Handelsgesetzbuch, Einf. Buch II A 2) A.
- 2) Siehe zur Beteiligung einer juristischen Person an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts PALANDT/THOMAS, Bürgerliches Gesetzbuch § 705 Anm. 3 a; zur Beteiligung einer juristischen Person an einer OHG BAUMBACH/DUDEN, a.a.O., § 105 A 1) C; DIES., a.a.O., § 161 A 2) C und A 4) C zur juristischen Person als persönlich haftende Gesellschafterin einer KG; dazu auch HESSELMANN, Handbuch der GmbH & Co. KG, S. 3 ff.; HOHNER, Zur Beteiligung von Personengesellschaften an Gesellschaften, in: NJW 1975, 718.

Betrag verlangen¹⁾, ist die Gemeinde auf die Mitgliedschaft in einer Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, eingetragenen Genossenschaft mit beschränkter Haftung, auf die Stellung als Kommanditaktionärin in der KG auf Aktien und die Kommanditistenstellung in der KG beschränkt.

2. Die Gesellschafterstellung der Personengesellschaft

Die auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtete Personenhandelsgesellschaft - OHG und KG - ist nach überwiegender Ansicht keine juristische Person mit eigener Rechtspersönlichkeit und kann auch nicht wie diese, also der natürlichen Person gleich, eine Gesellschafterstellung einnehmen. Beteiligt sich eine OHG oder eine KG an einer anderen Gesellschaft, so werden letztlich ihre Gesellschafter als Träger des Gesellschaftsvermögens in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit i.S.d. §§ 718 ff. BGB Inhaber der Gesellschafterrechte und -pflichten. Die Einbringung des Gesellschaftsvermögens in die Gesamthandberechtigung führt zu einer Lösung des Gesellschaftsvermögens von dem übrigen Vermögen der Gesellschafter und damit zu einer äußeren Verselbständigung der Gesellschaft.

- 1) SCHMIDT-JORTZIG, Kommunalrecht Rdn. 711, 716 m. Verweis auf PÜTTNER, Aktuelle Probleme des Verwaltungsprivatrechts im Organisationsbereich, in: JA 1980, 218 (220), zur Möglichkeit einer BGB-Gesellschafterstellung der Gemeinde; zur Gesellschafterstellung juristischer Personen des öffentlichen Rechts in der GmbH RAISER, Recht der Kapitalgesellschaften, S. 162 in F8n. 11.

Wegen der hierdurch gegebenen Annäherung an die juristische Person ist die Personenhandelsgesellschaft nach allgemeiner Ansicht mögliche Gesellschafterin einer anderen Personenhandelsgesellschaft, einer Kapitalgesellschaft und einer Personengesellschaft¹⁾.

Die Rechtsverhältnisse am Gesellschaftsvermögen der BGB-Gesellschaft entsprechen denen bei der Personenhandelsgesellschaft, so daß die BGB-Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit Anteile an anderen Gesellschaften erwerben können. Nach allgemeiner Ansicht wird eine Gesellschafterstellung der BGB-Gesellschaft selbst zwar in einer anderen BGB-Gesellschaft, nicht aber in einer Personenhandelsgesellschaft anerkannt²⁾.

1) Vgl. zu diesem Problemkreis WESTERMANN u. a., Handbuch der Personengesellschaften, Bd. 1, Rdn. 48 u. 281 (Lfg. 15), 336 (Lfg. 8), 345 (Lfg. 6); BAUMBACH/DUDEN, Handelsgesetzbuch, Einf. Buch II, vor § 105 A 1) C und § 105 A 1) C und § 124 A 1) A und § 124 A 4) C; HOHNER, Zur Beteiligung von Personengesellschaften an Gesellschaften, in: NJW 1975, 718 (719); SCHWICHTENBERG, Das Schachtelprivileg bei gesamthänderischer Beteiligung, in: BB 1974, Beilage 4 zu Heft 16/1974, 1 (3 f., 8); REINHARDT, Gesellschaftsrecht, S. 23 ff.; RAISER, Recht der Kapitalgesellschaften, S. 7.

2) Dies allerdings mit unterschiedlicher Begründung vgl. FISCHER, in: Großkommentar zum HGB, § 105 Anm. 28, der auf die fehlende Verselbständigung der BGB-Gesellschaft in handlungsmäßiger Hinsicht abstellt. Gegen diese Begründung WESTERMANN u. a., Handbuch der Personengesellschaften, Bd. 1, Rdn. 119 (Lfg. 15), und HOHNER, a.a.O., S. 719, die das Maß der "äußeren Verselbständigung" der BGB-Gesellschaft in bezug auf eine Gesellschafterstellung als ausreichend ansehen. HOHNER, a.a.O., S. 718 stellt auf den handelsregisterrechtlichen Gesichtspunkt ab, daß die BGB-Gesellschaft nicht wie die Personenhandelsgesellschaft wegen § 124 HGB als Gesellschafterin von OHG und KG in das Handelsregister eingetragen werden kann. WESTERMANN, a.a.O., der daneben das Fehlen einer den § 128 HGB entsprechenden Haftungsnorm für die BGB-Gesellschaft ins Feld führt.

Die Frage nach einer eigenen Gesellschafterstellung der BGB-Gesellschaft in einer Kapitalgesellschaft wird kontrovers beantwortet, wobei insbesondere die Möglichkeit der Übernahme einer Aktie oder eines Geschäftsanteils bei der Gründung einer Kapitalgesellschaft umstritten ist¹⁾.

3. Abgrenzung zur Vermögensverwaltungsgesellschaft

Der Unternehmensgegenstand "Erwerb und Verwaltung von Beteiligungen" als Definitionsmerkmal ermöglicht eine Abgrenzung der Holding von der Vermögensverwaltungsgesellschaft. Diese entfaltet in ihrer Reinform wie die Holding keine betriebliche Tätigkeit. Ihr Unternehmensgegenstand ist aber insofern weiter zu fassen, als der Begriff "Vermögen" neben dem Erwerb von Beteiligungen an Gesellschaften weitere Vermögenswerte wie etwa Edelmetalle und Grundbesitz erfaßt.

Als Vermögensverwaltungsgesellschaft in diesem Sinne kann beispielsweise die Hamborner Bergbau Aktiengesellschaft, Duisburg-Hamborn, angesehen werden. Ausweislich des Geschäftsberichtes dieses Unternehmens aus dem Jahre 1981²⁾ erstrecken sich die wesentlichen Ergebnisse vor allem auf Erlöse aus Grundstücksverkäufen, Mieten und Pachten sowie Ausschüttungen von Gesellschaften, die in ihrem Beteiligungsbesitz stehen. Typisch für dieses Unternehmen³⁾ ist auch die Entwicklung von einem ehemals

1) Siehe hierzu HOHNER, Zur Beteiligung von Personengesellschaften an Gesellschaften, in: NJW 1975, 718 (719 ff.) m. umfangr. Nachw. in FFn. 12; WESTERMANN u. a., Handbuch der Personengesellschaften, Bd. 1, Rdn. 123 (Lfg. 15), für die Gesellschafterstellung in einer GmbH; RAISER, Recht der Kapitalgesellschaften, S. 162.

2) Geschäftsbericht 1981, S. 9 ff.

3) Ähnlich auch die Harpener Aktiengesellschaft, Dortmund, zu diesem Unternehmen vgl. HBl vom

bergbaulichen Unternehmen zur Vermögensverwaltungsgesellschaft mit lediglich 25 Beschäftigten.

II. Erwerb und Verwaltung von Beteiligungen als Haupt- oder ausschließlicher Zweck des Unternehmens

Nicht jedes Unternehmen, welches sich an anderen Gesellschaften beteiligt, ist eine Holding. Die Geschäftsberichte vieler Unternehmen weisen einen umfangreichen Beteiligungsbesitz aus, ohne daß bereits hierdurch deren Eigenschaft als Holding begründet wird. Erst die Ausschließlichkeit oder zumindest die überwiegende Bedeutung des bezeichneten Unternehmensgegenstandes im Gesamtrahmen der Tätigkeit rechtfertigt die Qualifizierung des Unternehmens als Holding¹⁾.

Bei den Kapitalgesellschaften weist die Satzung den bei der Unternehmensgründung konkret beabsichtigten, oder später durch satzungsändernden Gesellschafterbeschuß aktuell werdenden, Tätigkeitsbereich des Unternehmens aus²⁾. Die Satzung kann eine sehr weitgefaßte Formulierung für die Erreichung des Unternehmenszieles enthalten. Sie kann insbesondere bestimmen, daß die Erfüllung der festgelegten Aufgaben

Fortsetzung Fußn. 3 v. S. 7

31.5.1983, S. 13, "Umschichtung des Konzerns macht Fortschritte" und FAZ vom 31.5.1983, S. 15, "Harpen: 1983 rund 160 Millionen DM Investitionen."

1) RASCH, Deutsches Konzernrecht, S. 70; JURKAT, Die Organschaft im Körperschaftsteuerrecht Rdn. 108; v. WALLIS, Die Besteuerung der Holding-Aktiengesellschaften, in: Die AG 1956, 36; EVERLING, Konzernführung durch eine Holding Gesellschaft, in: BB 1981, 2549 (2550).

2) Vgl. §§ 23 Abs. 3 Ziff. 3, 281 Abs. 1 AktG; § 3 Abs. 1 Ziff. 2 GmbHG; RAISER, Recht der Kapitalgesellschaften, S. 37, 109 u. 159.

auch durch die Beteiligung an anderen Unternehmen erfolgen kann. Die Satzung läßt in einem solchen Falle die Entwicklung eines Unternehmens zur reinen Betriebsgesellschaft, zu einer Holding mit untergeordneter betrieblicher Tätigkeit oder zu einer reinen Holding¹⁾ zu. Anders als bei einem Unternehmen, dessen Charakter als reine Holding oder als reine Betriebsgesellschaft durch eine entsprechend enge Fassung des Unternehmensgegenstandes augenscheinlich ist, erfordert eine weite Fassung des Unternehmensgegenstandes die Charakterisierung anhand der Art der Ausstattung mit sachlichen und personellen Mitteln und der tatsächlichen Unternehmensaktivitäten.

Unternehmen, deren Gegenstand entsprechend gefaßt ist, können so im Verlaufe der Geschäftsjahre Holding-Charakter erlangen, obwohl zunächst eine betriebliche Tätigkeit im Vordergrund stand. Auch umgekehrt ist es möglich, daß eine originäre Holding nach und nach ihre statuarisch zulässigen betrieblichen Tätigkeiten derart ausweitet, daß der Beteiligungsbesitz des Unternehmens an Bedeutung verliert.

Die getroffenen Feststellungen ermöglichen die Unterscheidung zwischen:

- der reinen Holding, deren Tätigkeit auf den Erwerb und die Verwaltung von Beteiligungen beschränkt ist,
- der Holding mit zusätzlicher eigener betrieblicher Tätigkeit von untergeordneter Bedeutung,

1) Begriff z. B. bei SONNENSCHNEIN, Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, S. 50; TIMM, Hauptversammlungskompetenzen und Aktionärsrechte in der Konzernspitze, in: Die AG 1980, 172 (180); BACKHAUS, Öffentliche Unternehmen, S. 226.

der originären Holding, deren Charakter als Holding seit Beginn der Aufnahme des Geschäftsbetriebs festzustellen ist,

der Holding, deren Unternehmenscharakter sich erst im Verlaufe der Geschäftsjahre entwickelt hat.

III. Rechtsformunabhängigkeit

Verschiedentlich werden die Rechtsformen der Kapitalgesellschaften, und hier insbesondere der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, als die für eine Holding typische Rechtsform genannt¹⁾.

Die Definition der Holding kann allerdings nicht die Kapitalgesellschaft als ausschließliche Rechtsform bezeichnen. Auch Personengesellschaften können prinzipiell Holding-Charakter haben²⁾. Die Kennzeichnung eines Unternehmens als Holding ist unabhängig von einer bestimmten Rechtsform.

IV. Abgrenzung zur Kapitalanlagegesellschaft

Wenn auch bei den Kapitalanlagegesellschaften - Investmentgesellschaften - der den Holding-Charakter begründende Unternehmensgegenstand sogar durch eine

1) RASCH, Deutsches Konzernrecht, S. 71; WESTERMANN u. a., Handbuch der Personengesellschaften, Bd. 1, Rdn. 41 (Lfg. 15); v. WALLIS, Die Besteuerung der Holding-Aktiengesellschaften, in: Die AG 1956, 36.

2) HERRMANN/HEUER § 14 KStG Anm. 40 (Lfg. 134); RASCH, d.a.O., für OHG und Kommanditgesellschaft; als praktisches Beispiel dient insoweit die Bayerische Brau-Beteiligungs GmbH & Co. Holding KG, München, zu diesem Unternehmen vgl. FAZ vom 30.03.1982, S. 12, "Beherrschungsvertrag für Hacker-Pschorr".

Gesetzesdefinition als Geschäftsbereich festgelegt ist¹⁾, so verbieten doch die bestehenden, sich aus der gesetzlichen Regelung der Kapitalanlagegesellschaften ergebenden, Unterschiede eine Gleichstellung der beiden Unternehmenstypen²⁾:

Bereits die im § 1 Abs. 2 KAGG enthaltene Beschränkung auf die Rechtsformen der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung entspricht nicht dem Unternehmensbild der Holding, die, wie ausgeführt, in der Wahl der Rechtsform unabhängig ist.

Kapitalanlagegesellschaften sind gem. § 1 Abs. 1 KAGG auf den Erwerb von Wertpapieren, also auf die Beteiligung an Aktiengesellschaften, KGaA und bergrechtliche Gewerkschaften beschränkt, während die Holding sich auch an solchen Gesellschaften beteiligen kann, die ihre Mitgliedschaft nicht verbriefen, also auch an Gesellschaften mit beschränkter Haftung und vor allem an Personengesellschaften.

Gemäß § 6 KAGG sind bei der Kapitalanlagegesellschaft die einzelnen Beteiligungen Teil eines Sondervermögens, welches gem. § 10 Abs. 2 KAGG auch haftungsmäßig vom übrigen Vermögen der Gesellschaft getrennt ist. Im Unterschied dazu ist der Beteiligungsbesitz bei der Holding ein nicht getrennter Bestandteil des gesamten übrigen Gesellschaftsvermögens. Kapitalanlagegesellschaften sind gem. §§ 8 ff. KAGG in ihrer Beteiligungspolitik im Interesse der Risikomischung und der Vermögenssicherung an bestimmte

1) Vgl. § 1 Abs. 1 des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG) in der Fassung vom 14. Januar 1970 (BGBl. I, 127).

2) RASCH, Deutsches Konzernrecht, S. 72, spricht im Hinblick auf den gleichen Unternehmensgegenstand davon, daß die Kapitalanlagegesellschaften den Holding Gesellschaften "in gewisser Hinsicht verwandt" seien.

Anlagegrundsätze¹⁾, und insbesondere an Höchstgrenzen des Beteiligungsumfanges an einem bestimmten Unternehmen in bezug auf das einzelne Sondervermögen gebunden²⁾. Die Holding dagegen unterliegt allenfalls der Fusionskontrolle zur Verhinderung einer marktbeherrschenden Stellung.

Schließlich zählt das KAGG die Kapitalanlagegesellschaft zu den Kreditinstituten und unterwirft sie den für diese geltenden Bestimmungen, insbesondere also der Bundesaufsicht für das Kreditwesen i.S.d. §§ 5 ff. KWG³⁾. Holding-Gesellschaften sind dagegen nur den für die gewählte Rechtsform geltenden Vorschriften unterworfen.

B) Holdingtypen

In der Praxis sind je nach der Einordnung in das Recht der verbundenen Unternehmen unterschiedliche Holdingtypen denkbar. Eine Einteilung ist möglich in solche Holding-Gesellschaften, die zur Beeinflussung der Geschäftsführung der Untergesellschaften im Konzern errichtet werden - geschäftsführende Holding - und solche, die lediglich der Zusammenfassung von Beteiligungen zu sonstigen Zwecken dienen - beteiligungszusammenfassende Holding⁴⁾.

1) Beachte insbesondere die Beschränkung im § 8 Abs. 1 KAGG auf solche Wertpapiere, die an einer deutschen Börse zugelassen sind.

2) Vgl. § 8 Abs. 3 - 5 KAGG.

3) Gesetz über das Kreditwesen (KWG) in der Fassung vom 3. Mai 1976 (EGBl. I, 1121).

4) Zu dieser Einteilung vgl. RASCH, Deutsches Konzernrecht, S. 70 ff.; HERRMANN/HEUER § 14 KStG Anm. 40 (Lfg. 134); HARDACH, Konzernorganisation, S. 38.

I. Die geschäftsführende Holding

Geschäftsführende Holding Gesellschaften können danach unterschieden werden, ob sie Glied eines Ordnungskonzerns nach § 18 Abs. 1 AktG oder eines Gleichordnungskonzerns nach § 18 Abs. 2 AktG sind.

1. Im Gleichordnungskonzern

Im Gleichordnungskonzern kann die Holding als Organ-gesellschaft einer aktienrechtlichen konzernierten Interessengemeinschaft vorkommen. Unter Interessengemeinschaft soll hier mit der herrschenden Meinung die auf einer vertraglichen Grundlage beruhende Gewinn-gemeinschaft rechtlich selbständiger Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck verstanden werden. Der gemeinsame Zweck besteht darin, durch die Gewinn-gemeinschaft und -ausschüttung nach anderen Grundsätzen oder auf anderen Wegen, als es der Wettbewerb bewirkt, eine Minderung des unternehmerischen Risikos zu erreichen¹⁾.

Die konzernierte Interessengemeinschaft unterscheidet sich von der nichtkonzernierten durch das Element der einheitlichen unternehmerischen Leitung i.S.d. § 18 AktG, der sich die einzelnen Mitglieder unterstellen, um so unter Wahrung ihrer rechtlichen

1) LEHMANN/DIETZ, Gesellschaftsrecht, S. 125 f.; FIKENTSCHER, Die Interessengemeinschaft, S. 18 f.; die Interessengemeinschaft entspricht so der Gewinn-gemeinschaft i.S.d. § 291 Abs. 1 Nr. 1 AktG, vgl. hierzu DENS., a.a.O., S. 27; EMMERICH/SONNENSCHNEIDER, Konzernrecht, S. 64 u. S. 129 ff.; HUECK, Gesellschaftsrecht, S. 282 f.; RASCH, Deutsches Konzernrecht, S. 87 ff. m.w. Nachw. in FbN.-127; KÜBLER, Gesellschaftsrecht, S. 350; REINHARDT, Gesellschaftsrecht, Anm. 987.

Selbständigkeit wirtschaftlich zu einer Einheit zu werden¹⁾. Da die Interessengemeinschaft eine BGB-Gesellschaft ist²⁾, bestehen weitgehende Möglichkeiten, die Mitgliedsunternehmen an eine einheitliche Geschäftsführung zu binden.

Die Konzernleitung kann beispielsweise vereinbarungsgemäß durch ein Mitgliedsunternehmen ausgeübt werden³⁾, oder durch die Aufstellung grundsätzlicher Richtlinien für die gemeinsame Geschäftspolitik und die Überwachung ihrer Durchführung⁴⁾, durch eine im Wege des gegenseitigen Austausches von Vorstandsmitgliedern herbeigeführte Personalunion in den geschäftsführenden Organen der Mitgliedsunternehmen⁵⁾, sowie durch die Errichtung von besonderen Leitungsorganen⁶⁾.

Die einheitliche Leitung kann aber auch durch eine von den Mitgliedern der Interessengemeinschaft errichtete Verwaltungsgesellschaft als Konzernorgan

- 1) FIKENTSCHER, Die Interessengemeinschaft, S. 52; RASCH, Deutsches Konzernrecht, S. 88; GODIN/WILHELMI, Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. I, § 18 Anm. 4; EMMERICH/SONNENSCHNEIN, Konzernrecht, S. 132.
- 2) WESTERMANN u. a., Handbuch der Personengesellschaften, Bd. 1, Rdn. 42 (Lfg. 15), für "Zweckgemeinschaften"; BAUMBACH/HUECK, Kommentar zum Aktiengesetz § 292 Rdn. 4.
- 3) JACOB, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 107; WÜRDINGER, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, Bd. I, § 18 Anm. 13.
- 4) RASCH, a.a.O., S. 89.
- 5) RASCH, a.a.O., S. 91; EMMERICH/SONNENSCHNEIN, a.a.O., S. 132.
- 6) Z. B. eines mit eigener Geschäftsordnung ausgestatteten Gemeinschaftsrates, auch Gesamtaufsichtsrat oder Gesamtvorstand genannt. Vgl. hierzu RASCH, a.a.O., S. 91 ff. u. S. 109.

ausgeübt werden. Hierbei handelt es sich um eine juristische Person, die nach außen im eigenen Namen handelt, die im Innenverhältnis aber bloßes Organ der Interessengemeinschaft ist. Ihre Rechtsposition ist im Vertrag der Interessengemeinschaft näher geregelt und spiegelt sich in ihrer Satzung wider¹⁾. Dieses rechtlich selbständige Konzernorgan ist eine Holding, wenn die Mitgliedsunternehmen der Interessengemeinschaft wechselseitig aneinander beteiligt sind, und diese Beteiligungen in die Organgesellschaft eingebracht werden. Soweit die Holding keine Mehrheitsbeteiligungen an einem Mitgliedsunternehmen erhält, wird sie leitendes Organ im Gleichordnungskonzern²⁾.

Neben den Beteiligungen an den Mitgliedsunternehmen können in diese Holding selbstverständlich auch Beteiligungen an außerhalb der Interessengemeinschaft stehenden Unternehmen eingebracht werden. In bezug auf diese Beteiligung kann die Gesellschaft den Charakter einer schlicht beteiligungszusammenfassenden Holding, aber auch den des herrschenden Unternehmens im Subordinationskonzern haben.

- 1) Es entsteht eine sogenannte "Doppelgesellschaft" durch die Verknüpfung der juristischen Person als Geschäftsführungsorgan mit der Interessengemeinschaft als einer BGB-Gesellschaft. Vgl. hierzu LEHMANN/DIETZ, Gesellschaftsrecht, S. 127; REINHARDT, Gesellschaftsrecht Anm. 989; RASCH, Deutsches Konzernrecht, S. 83 u. S. 93; WESTERMANN u. a., Handbuch der Personengesellschaften, Bd. 1, Rdn. 44 (Lfg. 15); HUECK, Gesellschaftsrecht, S. 283.
- 2) GODIN/WILHELMI, Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. I, § 18 Anm. 10; REINHARDT, a.a.O., Anm. 713; zur Möglichkeit der Bildung eines Gleichordnungskonzerns bei Mehrheitsbeteiligung der Holding und Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung des § 17 Abs. 2 AktG WÜRDINGER, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, Bd. I, § 18 Anm. 14.

2. Im Subordinationskonzern

Der Subordinationskonzern i.S.d. § 18 Abs. 1 AktG ist wie der Gleichordnungskonzern durch die einheitliche Leitung gekennzeichnet, unter der die verbundenen Unternehmen* zusammengefaßt sind, wobei die einheitliche Leitung im Subordinationskonzern stets von einem herrschenden Unternehmen ausgeübt wird¹⁾. Die geschäftsführende Holding ist hier also immer ein herrschendes Unternehmen. Ihre Qualifikation als herrschend und konzernleitend kann sich aus verschiedenen, in ihren Beziehungen zu der oder den Untergesellschaften begründeten Tatbeständen ergeben.

a) Die Konzernvermutung des § 18 Abs. 1 S. 3 AktG

Die mehrheitliche Beteiligung der Holding an einer Untergesellschaft löst gem. § 17 Abs. 2 AktG die widerlegbare Vermutung aus, daß die Untergesellschaft von der Holding abhängig ist, die Holding also auf die Untergesellschaft einen beherrschenden Einfluß ausüben kann. Wird diese Vermutung nicht widerlegt - etwa durch das Bestehen von Stimmrechtsbeschränkungen²⁾ - so greift die weitere Vermutung des § 18 Abs. 1 S. 3 AktG ein, daß die Untergesellschaft unter der einheitlichen Leitung der Holding steht, die beiden Unternehmen also einen Konzern bilden³⁾. Diese Vermutung ist widerlegbar durch den

- 1) GODIN/WILHELMI, Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. I, § 18 Anm. 6; HUECK, Gesellschaftsrecht, S. 286; WÜRDINGER, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, Bd. I, § 18 Anm. 1, 4.
- 2) Vgl. HUECK, a.a.O., S. 285.
- 3) Zu dieser zweistufigen Konzernvermutung vgl. GODIN/WILHELMI, a.a.O., § 18 Anm. 6; WÜRDINGER, a.a.O., § 18 Anm. 9.

Nachweis, daß die Holding von der sich aus der Mehrheitsbeteiligung ergebenden Möglichkeit, einen beherrschenden Einfluß auszuüben, tatsächlich keinen Gebrauch macht.

In diesem Fall kann das Unternehmen nicht dem konzernleitend tätigen Holdingtyp zugeordnet werden.

b) Die Konzernvermutung des § 18 Abs. 1 S. 2 AktG

Ist die Holding gegenüber der Untergesellschaft aus einem Beherrschungsvertrag i.S.d. § 291 Abs. 1 S. 1 AktG berechtigt, oder liegen im Verhältnis der Untergesellschaft zur Holding die Eingliederungsvoraussetzungen des § 319 AktG vor, so übt die Holding nach der unwiderlegbaren Vermutung des § 18 Abs. 1 S. 2 AktG die einheitliche Leitung aus, ohne daß es insoweit eines weiteren Nachweises bedarf¹⁾.

Für das auf einem Beherrschungsvertrag beruhende Konzernverhältnis hat sich die Bezeichnung Vertragskonzern, zur Abgrenzung von dem auf rein tatsächlichem Beherrschungsverhältnis beruhenden faktischen Konzern, eingebürgert²⁾. Im Gesetz selbst kommen diese Begriffe nicht vor. Die den sogenannten faktischen Konzern regelnden Vorschriften der §§ 311 ff. AktG verlangen nur das Fehlen eines Beherrschungsvertrages. Sie gelten daher auch für Unternehmensverbindungen, die auf den anderen Unternehmensverträgen der §§ 291 f. AktG beruhen, vorausgesetzt, es liegt ein Konzernverhältnis vor³⁾.

- 1) GODIN/WILHELMI, Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. I, § 18 Anm. 8.
- 2) Vgl. HUECK, Gesellschaftsrecht, S. 291 f.; KÜBLER, Gesellschaftsrecht, S. 348; MAIBERG, Gesellschaftsrecht Rdn. 279; WÜRDINGER, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, Bd. I, § 18 Anm. 7.
- 3) GODIN/WILHELMI, a.a.O., § 18 Anm. 15 u. Bd. II, Vorbem. zu §§ 291 - 328 Anm. 5 u. Vorbem. zu §§ 308 - 310.

II. Die beteiligungszusammenfassende Holding

Holding Gesellschaften, deren Beziehungen zu der oder den Untergesellschaften sich auf das Beteiligungsverhältnis und auf die normale Ausübung der Verwaltungsrechte beschränken¹⁾, die also lediglich der Zusammenfassung von Beteiligungen und nicht der einheitlichen Leitung dienen, sind gewöhnlich nicht Teil einer der in den §§ 16 - 19 AktG aufgezählten aktienrechtlichen Unternehmensverbindungen, können es aber sein.

1. Außerhalb einer Unternehmensverbindung

Soweit die Beteiligung einer solchen Holding an den einzelnen Tochterunternehmen nicht die Grenze zur Mehrheitsbeteiligung i.S.d. § 16 AktG und zur wechselseitigen Beteiligung i.S.d. § 19 AktG überschreitet, ist keiner der im § 15 AktG aufgezählten Tatbestände erfüllt. Die Beziehungen zwischen der Holding und den Unternehmen, deren Geschäftsanteile sie hält, unterliegen nicht den für verbundene Unternehmen geltenden Vorschriften. Rasch²⁾ nennt die Chemie-Verwaltungs AG, Frankfurt (Hüls-Holding), beispielhaft für ein lediglich beteiligungszusammenfassendes Unternehmen, welches nach dem Gründerwillen keine konzernleitenden Funktionen über die in ihrem 50prozentigen Anteilbesitz befindlichen Chemischen-Werke-Hüls AG, Marl, ausüben sollte³⁾.

Weiter kann als Beispiel für eine lediglich beteiligungszusammenfassende Holding Gesellschaft, die mit

- 1) WÜRDINGER, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, d. I, § 18 Anm. 6.
- 2) RASCH, Deutsches Konzernrecht, S. 71.
- 3) Zur Gründung dieser Holding Gesellschaft vgl. IG-Farben, Bericht über Entflechtung und Liquidation 1953, S. 31.

ihrer Untergesellschaft keine Unternehmensverbindung i.S.d. § 15 AktG bildet, die Esch Vermögens- und Beteiligungs-GmbH, Mainz¹⁾, mit ihrer Minderheitsbeteiligung an der IBH-Holding AG, Mainz, dienen²⁾.

2. Als Teil einer aktienrechtlichen Unternehmensverbindung

Die lediglich der Beteiligungszusammenfassung dienende Holding kann auch Teil einer der Unternehmensverbindungen der §§ 16 - 19 AktG sein.

Zunächst ist denkbar, daß Holding und Untergesellschaft als wechselseitig beteiligte Unternehmen i.S.d. § 19 AktG miteinander verbunden sind.

Ferner können Holding und Tochtergesellschaft als mehrheitlich beteiligtes und in Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen gem. § 16 AktG verbunden sein. Eine Mehrheitsbeteiligung der Holding löst, wie ausgeführt, die Vermutung des § 17 Abs. 2 AktG aus, daß die Holding einen beherrschenden Einfluß auf die Tochtergesellschaft ausüben kann, diese also von der

- 1) Zu diesem Unternehmen vgl. FAZ vom 4. Mai 1982, S. 15, "Ein saudi-arabischer Scheich beteiligt sich an IBH-Holding".
- 2) Zu den Beteiligungsverhältnissen an der IBH-Holding siehe Commerzbank, Wer gehört zu wem?, 14. Aufl., Gesellschafts-Nr. 4114. Diese Unternehmensgruppe dient gleichzeitig zur Verdeutlichung der praktischen Relevanz der Holding-Gesellschaften in ihren unterschiedlichen Erscheinungsformen. So hält die Esch Vermögens- und Beteiligungs-GmbH als lediglich beteiligungszusammenfassende Holding eine Beteiligung an der im Subordinationskonzern leitend tätigen IBH-Holding. Zum Beteiligungsbesitz der IBH-Holding vgl. Commerzbank, a.a.O., Gesellschafts-Nr. 3619, 5435 (beide 100 %); 5068 (91 %); 9120 (über 25 %).

Holding abhängig ist. Die Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung - etwa durch vertragliche Stimmrechtsbeschränkung¹⁾ - läßt das Bestehen der Unternehmensverbindung nach § 16 AktG unberührt.

Ansonsten führt ein durch Mehrheitsbeteiligung begründetes Abhängigkeitsverhältnis zu der weiteren Vermutung des § 18 Abs. 2 AktG, daß die Tochtergesellschaft und Holding unter der einheitlichen Leitung der Holding stehen. Dient die Holding nur der Beteiligungszusammenfassung, kann sie die Konzernvermutung durch den Nachweis widerlegen, daß sie die ihr mögliche Leitungsmacht nicht tatsächlich ausübt²⁾. Da aber nach den Erfahrungen des Wirtschaftslebens ein herrschendes Unternehmen seinen Einfluß zur Konzernleitung nutzt, wird eine Holding mit Mehrheitsbeteiligung, abgesehen von dem Fall, daß bereits die Abhängigkeitsvermutung des § 17 Abs. 2 AktG widerlegt ist, praktisch kaum lediglich beteiligungszusammenfassender Natur, sondern stets geschäftsführend tätig sein³⁾.

Soweit eine Holding Beteiligungen an mehreren Unternehmen hält, kann die Verschiedenartigkeit der Beziehungen zwischen Holding und Tochtergesellschaften eine einheitliche Einordnung nach den hier herausgestellten Kriterien unmöglich machen.

III. Unterschiedliche Entstehungsvoraussetzungen der originären geschäftsführenden Holding

Bei der originären geschäftsführenden Holding ist eine Hervorhebung typischer Entstehungsvoraussetzungen möglich.

1) Vgl. HUECK, Gesellschaftsrecht, S. 285.

2) WÜRDINGER, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, Bd. I, § 18 Anm. 9.

3) Vgl. SONNENSCHNIG, Organshaft und Konzerngesellschaft, S. 281 f.

Demgegenüber kann für die Entwicklung eines betrieblich tätigen Unternehmens zur Holding und für die Entstehung einer beteiligungszusammenfassenden Holding eine Unzahl nicht typisierbarer Sachverhalte verantwortlich sein.

1. Im Gleichordnungskonzern

Der Holding-Gründung im Gleichordnungskonzern kann, soweit ersichtlich, nur die Einbringung der Beteiligungen der konzernverbundenen Unternehmen aneinander in die zur Konzernleitung errichtete Gesellschaft zugrunde liegen¹⁾.

2. Im Subordinationskonzern

Die Entstehungsbedingungen eines Holding-Konzerns mit Unterordnungsstruktur können unterschiedlich sein je nach der Art der Beteiligungsverhältnisse an den Untergesellschaften, bevor diese in die Holding eingebracht werden, und den sich daraus ergebenden Beteiligungsverhältnissen an der Holding selbst. Es kann danach unterschieden werden, ob eine Mehrheitsbeteiligung bereits vor Holding-Gründung vorhanden ist oder erst durch die Gründung der Holding entsteht.

a) Holding mit übergeordneter Konzernspitze

Gründer einer Holding und deren Alleingesellschafter kann beispielsweise ein Unternehmen sein, welches seine Beteiligung an einem oder verschiedenen

1) Vgl. S. 15 dieser Arbeit.

anderen Unternehmen in die Holding einbringt. Beabsichtigt ist hierbei die rechtlich verselbständigte Verwaltung des Beteiligungsvermögens des Gründungsunternehmens gesondert von dessen übrigen Betriebsvermögen¹⁾.

Die Beteiligungsverhältnisse der Holding an den eingebrachten Unternehmen entsprechen denen des Gründungsunternehmens an diesen Gesellschaften. Die Holding kann daher einen durch Mehrheitsbesitz begründeten beherrschenden Einfluß auf die Untergesellschaften nur bekommen, wenn bereits das Gründungsunternehmen einen solchen beherrschenden Einfluß ausüben konnte. In diesem Falle führt die Gründung der Holding nicht zu einer grundsätzlich veränderten Einordnung der eingebrachten Gesellschaften in das Recht der verbundenen Unternehmen. Neu entsteht lediglich das Konzernverhältnis zwischen der Holding und dem Gründungsunternehmen, welches durch seinen beherrschenden Einfluß auf die Holding zur Konzernspitze wird und die Holding selbst zum beherrschten Unternehmen macht.

Die Holding ist hier sowohl Tochter- als auch Muttergesellschaft in einem, was zur Bildung eines mehrstufigen Konzerns führt, in welchem die einheitliche Leitung von mehreren Obergesellschaften ausgeübt wird. Von der Konzernspitze aus gesehen steht die Holding als Tochter der Konzernspitze auf der ersten Konzernstufe, deren Tochter- und Enkelgesellschaften auf den jeweils nachfolgenden Stufen²⁾.

1) Vgl. RASCH, Deutsches Konzernrecht, S. 107 f., der eine solche Holding "Kontrollgesellschaft" nennt und auf die weiter üblichen Bezeichnungen "Dach-" und "Spitzengesellschaft" hinweist.

2) Vgl. SCHUBERT/KÜTING, Unternehmungszusammenschlüsse, S. 243; WÜRDINGER, in: Grobkommentar zum Aktiengesetz, Bd. I, § 18 Anm. 8.

b) Holding mit einer Mehrzahl von Gesellschaftern

Anders liegt der Fall, wenn mehrere an einem oder verschiedenen anderen Unternehmen beteiligte Gesellschafter diese Anteile in die von ihnen gegründete Holding einbringen, um so mit der Summe ihrer Beteiligungen über die Holding einen beherrschenden Einfluß auf das oder die anderen Unternehmen zu erlangen. Hier führt erst die Zusammenfassung der Beteiligungen bei der Holding zu dem für den Subordinationskonzern notwendigen Abhängigkeitsverhältnis.

Die Beteiligungsverhältnisse an der Holding entsprechen dann zwangsläufig dem Wert der von den einzelnen Gesellschaftern in die Holding eingebrachten Anteile an der oder den Untergesellschaften. Hier ist die Holding nicht beherrschtes Unternehmen sondern selbst Konzernspitze.

2. Teil

Die Holding in der Praxis kommunaler Wirtschaftsbeschäftigung

A) Die beteiligungszusammenfassende Holding

In der Kommunalwirtschaft existiert die Holding zum einen als beteiligungszusammenfassendes Unternehmen. Hier kommt eine einzelne Gemeinde als Alleingesellschafterin oder als Mitgesellschafterin mehrerer kommunaler und anderer öffentlich-rechtlicher Anteilseigner in Betracht. Denkbar ist eine solche Holding auch als gemischtwirtschaftliches Unternehmen.

Als Beispiel kann die Kommunale Energie-Beteiligungsgesellschaft mbH, Dortmund, mit ihrem nicht ausschließlich aus kommunalen aber vornehmlich aus öffentlich-rechtlichen Körperschaften bestehenden Gesellschafterkreis dienen¹⁾. Diese beteiligungszusammenfassende Holding hält 32,59 % der Geschäftsanteile an der Vereinigten Elektrizitätswerke Westfalen AG, Dortmund (VEW). Durch dieses Beteiligungsverhältnis wird keine aktienrechtliche Unternehmensverbindung begründet.

Das für dieses Unternehmen typische Zusammentreffen öffentlich-rechtlicher Gesellschafter wirft ein Licht auf die mögliche Bedeutung der Holding Gesellschaft für gemeinschaftliche und koordinierte

1) Zu den Gesellschaftern dieses Unternehmens vgl. Commerzbank, Wer gehört zu wem?, 14. Aufl., Gesellschafts-Nr. 4810, danach haben die Stadt Dortmund, der Landschaftsverband Westfalen-Lippe, der Hochsauerland-Kreis sowie sechs weitere den Kommunen nahestehende Gesellschaften 68 % und die Westdeutsche Landesbank Girozentrale, Düsseldorf - Münster (Westfalen), 32 % Beteiligung an der Holding.

wirtschaftliche Aktivitäten einer Vielzahl von Kommunen, möglicherweise sogar den für Unternehmenszwecke zu schwerfälligen Zweckverband¹⁾ ersetzend.

Die Typisierung dieser Holding-Gesellschaften als lediglich beteiligungszusammenfassend folgt aus dem Umstand, daß nur Minderheitsbeteiligungen an der oder den Tochterunternehmen bestehen und nicht etwa aus dem Verzicht auf die Ausübung der durch ein Mehrheitsverhältnis möglichen Leitungsmacht. Gerade bei den in kommunaler Hand befindlichen Unternehmen ist wegen der dort bestehenden Verpflichtung zur Wahrung der Einflußnahmemöglichkeiten kaum denkbar, daß ein Beherrschungseinfluß entgegen den sich bereits aus den Beteiligungsverhältnissen ergebenden Möglichkeiten nicht ausgeübt wird²⁾.

In dem Falle, daß mehrere Gesellschafter ihre Anteile in eine Holding einbringen, führt die Beteiligungszusammenfassung zur einheitlichen Stimmrechtsausübung im Beschlußorgan der Tochtergesellschaft und somit zu einer Vergrößerung des Einflusses des Gesellschafterkreises als Gesamtheit.

Die Überschreitung der Grenze zur Mehrheitsbeteiligung wird regelmäßig entsprechend den Interessen ihrer Gesellschafter zu einer konzernleitenden Tätigkeit der Holding führen.

1) SCHMIDT-JORTZIG, Kommunalrecht Rdn. 708; JANSON, Rechtsformen öffentlicher Unternehmen in der Europäischen Gemeinschaft, S. 198 m.w.Nachw. in FRn. 304.

2) Vgl. S. 20 dieser Arbeit.

B) Die geschäftsführende Holding - dargestellt am Fall Nürnberg

Für die Kommunalwirtschaft von größerem Interesse ist der Typ Holding Gesellschaft, wie er beispielsweise in Nürnberg, aber auch in anderen Städten der Bundesrepublik Deutschland als konzernleitendes Organ vorkommt. Der Nürnberger Holding-Konzern hat in der kommunalwirtschaftlichen Literatur bereits des öfteren Erwähnung gefunden¹⁾. Äußere Struktur und Innenbeziehungen des Konzerns verdienen es, einer näheren Betrachtung unterzogen zu werden.

Das Beispiel in der Stadt Nürnberg kann als klassischer Fall eines kommunalen Holding-Konzerns angesehen werden, da wesentliche Merkmale mit denen anderer kommunaler Holding-Konzerne übereinstimmen.

I. Konzernaufbau

Als Holding fungiert die Städtische Werke Nürnberg GmbH (StwN). Dieses Unternehmen befindet sich im 100prozentigen Anteilbesitz der Stadt Nürnberg²⁾.

Der satzungsmäßige Unternehmensgegenstand ist die Versorgung der Bevölkerung mit elektrischer Energie, Gas, Wasser und Wärme, der Betrieb von öffentlichen Verkehrseinrichtungen sowie die Übernahme artverwandter wirtschaftlicher Aufgaben, wobei dem Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt wird,

1) Vgl. PAGENKOPF, Kommunalrecht Bd. 2, Wirtschaftsrecht, S. 191; EICHHORN, Struktur und Systematik kommunaler Betriebe, S. 67; NESSEL-MÜLLER, Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinden auf ihre Eigengesellschaften, S. 26.

2) Commerzbank, Wer gehört zu wem?, 14. Aufl., Gesellschafts-Nr. 7844.

sich zur Erfüllung dieser Aufgaben auch anderer Gesellschaften zu bedienen durch Beteiligung, Erwerb oder Pacht und durch den Abschluß von Interessengemeinschaftsverträgen¹⁾. Die StwN ist daher nicht bereits der satzungsmäßigen Ausgestaltung ihres Unternehmensgegenstandes nach als reine Holding zu identifizieren, sondern erst durch die Art ihrer tatsächlichen Unternehmensaktivitäten²⁾. Das Unternehmen hat keine eigenen Umsatzerlöse. Es erfüllt ausschließlich zentrale Aufgaben für die Konzerngesellschaften; dieses sind insbesondere steuerliche und juristische Aufgaben, Finanzierungsgeschäfte, Gestaltung und Abschluß von wichtigen Verträgen sowie Unternehmensplanung³⁾.

Die StwN hat drei 100prozentige Tochtergesellschaften. Es sind diese:

die Energie- und Wasserversorgung Aktiengesellschaft, Nürnberg - EWAG,

die Verkehrs-Aktiengesellschaft, Nürnberg - VAG,

die Fränkische Energie-Gesellschaft mbH, Nürnberg - FEG.

Unternehmensgegenstand der EWAG ist die Versorgung der Bevölkerung mit elektrischer Energie, Gas und Wasser, der Betrieb einer Fernheizung sowie die Übernahme artverwandter wirtschaftlicher Aufgaben. Unternehmensgegenstand der VAG ist der Betrieb von öffentlichen Verkehrsmitteln und Verkehrsanlagen⁴⁾.

1) Vgl. § 2 Abs. 2 der Satzung der StwN, Stand: 28.7.1981.

2) Vgl. hierzu S. 9 dieser Arbeit.

3) Geschäftsbericht der StwN und Konzerngeschäftsbericht 1980, S. 11.

4) Vgl. § 2 Abs. 1 Satzung der EWAG und der VAG, Stand: 28.7.1981.

Die Unternehmen sind Betriebsgesellschaften. Sie haben von der satzungsmäßig eingeräumten Möglichkeit, sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben an anderen Gesellschaften zu beteiligen¹⁾ teilweise Gebrauch gemacht²⁾.

Die FEG ist ein Handelsunternehmen, dessen Aufgabe darin besteht, die Kohlelieferungen für ein von der EWAG betriebenes Heizkraftwerk und eine weitere nicht zum kommunalen Konzern gehörende Kraftwerks-Aktiengesellschaft abzuwickeln. Sie ist ihrerseits 100prozentige Muttergesellschaft der Monopol Bergwerks-Gesellschaft mbH-Monopol³⁾.

II. Das Konzerninnenverhältnis - Unternehmensverträge und Personalstruktur

1. Unternehmensvertragliche Beziehungen

Die Rechtsbeziehungen zwischen der StwN auf der einen und der VAG sowie der EWAG auf der jeweils anderen Seite sind seit 1959 durch Verträge gestaltet, die die rechtliche Selbständigkeit der beteiligten Unternehmen unberührt lassen, die aber eine wirtschaftliche Verflechtung begründen.

1) § 2 Abs. 2 Satzung der EWAG und der VAG.

2) Die EWAG hält beispielsweise eine 50prozentige Beteiligung an der Gasversorgung Hersbruck GmbH, Hersbruck, vgl. Geschäftsbericht der StwN und Konzerngeschäftsbericht 1980, S. 14.

3) Geschäftsbericht der StwN und Konzerngeschäftsbericht 1980, S. 11 u. S. 14.

a) Beherrschungsverträge

Nach diesen für die EWAG und die VAG gleichlautenden Vereinbarungen

- bedürfen alle wesentlichen Rechtsgeschäfte dieser Unternehmen der Zustimmung der StwN
- kann die StwN den Unternehmen den Abschluß oder Nichtabschluß von Rechtsgeschäften vorschreiben und sie durch eigene Rechtsgeschäfte unmittelbar verpflichten.
- bestimmt und entscheidet ausschließlich die StwN über die Gestaltung der Finanzierungs-, Investitions- und Preispolitik der Unternehmen
- müssen die Unternehmen der StwN jedes Jahr einen Investitions- und Finanzierungsplan zur Genehmigung vorlegen
- ist in allen wesentlichen Angelegenheiten der Unternehmen allein die StwN federführend und entscheidungsbefugt.

Die Gesamtheit dieser Vereinbarungen ist jeweils als Beherrschungsvertrag i.S.d. § 291 Abs. 1 S. 1 AktG¹⁾ zu qualifizieren, da hierdurch die EWAG und die VAG die Leitung ihrer Gesellschaften der StwN als einem anderen Unternehmen im aktienrechtlichen Sinne unterstellt haben. Die StwN verdankt als reine Holding ihre aktienrechtliche Unternehmenseigenschaft zum

1) Die Verträge wurden als sogenannte "Organverträge" vor Inkrafttreten des Aktiengesetzes 1965 geschlossen und unterliegen daher der Übergangsregel des § 22 EG-AktG vom 6. Sept. 1965 (BGBl. I, 1185), vgl. hierzu WÜRDINGER, in: "Großkommentar zum Aktiengesetz, Bd. IV, § 291 Anm. 50 f.; GODIN/WILHELMI, Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. II, Vorbem. zu §§ 291 - 328 Anm. 15.

einen bereits der Rechtsform als Kapitalgesellschaft¹⁾, vor allem aber der Ausübung der einheitlichen Leitung ihrer Tochterunternehmen²⁾.

Auf die sich aus den Beherrschungsverträgen ergebenden Leitungsstrukturen im Konzern wird im 3. Teil der Arbeit einzugehen sein.

b) Ergebnisabführungsverträge

Die bestehenden Verträge bestimmen weiter, daß die EWAG und die VAG im Innenverhältnis ausschließlich für Rechnung der Holding handeln und ihre gesamten Gewinne an sie abführen. Diese Vereinbarungen enthalten wirtschaftlich betrachtet ein und dasselbe, nämlich die Verpflichtung zur Gewinnabführung i.S.d. § 291 Abs. 1 S. 1 AktG³⁾.

In konsequenter Anwendung des § 302 AktG übernimmt die StwN vertraglich die etwaigen Verluste der EWAG und der VAG, so daß die gegenseitig eingegangenen Verpflichtungen als Ergebnisübernahmeverträge bezeichnet werden können. Die vertraglichen Beziehungen zwischen StwN und FEG sowie zwischen der FEG und Monopol beschränken sich auf solche Ergebnisübernahmeverträge.

Die sich aus den Ergebnisübernahmeverträgen ergebenden steuerlichen Konsequenzen im Holding-Konzern werden im 4. Teil dieser Arbeit behandelt.

1) BAUMBACH/HUECK, Kommentar zum Aktiengesetz § 15 Rdn. 3 u. 5.

2) WÜRDINGER, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, Bd. I, vor §§ 15 - 19 sub II, § 18 Anm. 1, Bd. IV, § 291-Anm. 10 u. 15; WIEDEMANN/MARTENS, Unternehmensqualifikation von Gebietskörperschaften, in: Die AG 1976, 197 (201).

3) GODIN/WILHELMI, Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. II, Vorbem. zu §§ 291 - 328 Anm. 10 u. § 291 Anm. 4.

2. Personalstruktur

Die folgenden Ausführungen stützen sich auf den StwN-Geschäftsbericht und den Konzerngeschäftsbericht 1980 und die darin enthaltenen Einzelgeschäftsberichte der beteiligten Unternehmen. Sie haben nur Geltung für den Berichtszeitraum, zeigen aber dennoch eine einheitliche Linie in der Personalpolitik des Konzerns auf.

a) Personenidentität in den Geschäftsführungsorganen

Zwischen der Geschäftsführung der StwN und dem Vorstand der EWAG herrscht Personenidentität. Diese Gremien bestehen aus jeweils vier Mitgliedern einschließlich eines satzungsmäßigen Arbeitsdirektors und haben ein und dieselbe Person als Vorsitzenden ernannt.

Der Vorstand der VAG besteht neben dem auch den Vorstandsvorsitz bei der StwN und der EWAG bekleidenden Vorsitzenden aus zwei weiteren, auch in der Geschäftsführung der StwN und der EWAG tätigen Mitgliedern, sowie zwei nicht zum kommunalen Konzern gehörenden Vertretern. Auch dem Vorstand der VAG gehört ein Arbeitsdirektor an.

Es bestehen keine personellen Verflechtungen zwischen den gesetzlichen Vertretungsorganen und den Aufsichtsräten der genannten Unternehmen¹⁾.

1) Zu den eingeschränkten Möglichkeiten einer solchen Verflechtung vgl. im übrigen § 100 Abs. 2 Ziff. 2 u. 3 AktG.

b) Personenidentität in den Aufsichtsräten

Die personelle Verflechtung in den Aufsichtsräten hält sich in Grenzen. Dies veranschaulichen folgende Zahlen:

Die 60 Aufsichtsratsmandate in den drei genannten Unternehmen entfallen auf 44 Mandatsträger, von denen 31 in nur einem Aufsichtsrat, 10 in zwei und lediglich 3 in allen drei Aufsichtsräten tätig sind.

Bei den Letztgenannten handelt es sich zum einen um einen Bürgermeister der Stadt Nürnberg, der einfaches Aufsichtsratsmitglied bei der StwN und Aufsichtsratsvorsitzender der EWAG und der VAG ist, zum anderen um zwei ÖTV-Mitglieder als Arbeitnehmervertreter.

Die Zweifach-Mandatsträger sind stets Mitglieder des Aufsichtsrats der StwN in Verbindung mit der Aufsichtsratsstätigkeit in einer der Untergesellschaften, nicht aber Mitglieder der Aufsichtsräte beider Untergesellschaften.

Aufsichtsratsvorsitzender der StwN ist der Erste Bürgermeister der Stadt Nürnberg, der neben dieser Funktion in keinem anderen Organ der genannten Unternehmen tätig ist.

III. Die Einordnung in das Recht der verbundenen Unternehmen

In den vorhergegangenen Ausführungen war bereits mehrfach von den genannten Unternehmen der Stadt Nürnberg als im Sinne des Aktiengesetzes verbundene

Unternehmen die Rede. Im folgenden soll eine genaue Einordnung in das Recht der verbundenen Unternehmen vorgenommen werden, um herauszustellen, zu welchem Holding-Typus im Sinne der hier vorgenommenen Einteilung die gemeindliche Holding zu zählen ist.

Die Erörterung am Beispiel der Nürnberger Holding bietet sich an, da das Unternehmen auch im Hinblick auf die Einordnung in das Recht der verbundenen Unternehmen typisch für kommunale Holding Gesellschaften ist.

1. Holding und Tochtergesellschaften

Die aktienrechtliche Unternehmenseigenschaft setzt keine bestimmte Rechtsform, insbesondere nicht diejenige der Aktiengesellschaft voraus. Bei der StwN als GmbH ergibt sie sich vor allem aus der Ausübung der einheitlichen Leitung der von ihr zusammengefaßten Gesellschaften¹⁾.

Auch die §§ 15 ff. AktG, denen die Aufgabe zukommt, die Arten der Unternehmensverbindungen, für die das Aktiengesetz bestimmte Rechtsfolgen vorsieht, abschließend aufzuzählen, ohne jedoch selbst schon materielle Regelungen zu enthalten, verlangen lediglich die aktienrechtliche Unternehmenseigenschaft. Unternehmensverbindungen i.S.d. §§ 15 ff. AktG können daher auch von solchen Gesellschaften gebildet werden, die sämtlich keine Aktiengesellschaften

1) Vgl. S. 30 dieser Arbeit und die dort in FbN. 2 genannten Autoren sowie EISENHARDT, Gesellschaftsrecht Rdn. 308 m. Verweis auf EMMERICH/SONNENSCHNEIN, Konzernrecht, S. 38; ROWE, Kein Minderheitenschutz im GmbH-Konzernrecht?, in: Die AG 1980, 21 (22).

sind, sofern sie nur die aktienrechtliche Unternehmenseigenschaft besitzen¹⁾. Für solche Unternehmensverbindungen löst aber die Subsumtion unter die §§ 15 ff. AktG nicht die Rechtsfolgen aus, die das Aktiengesetz an die verschiedenen Tatbestände der Unternehmensverbindungen knüpft.

Dieses folgt aus der Beschränkung des Aktiengesetzes auf die Regelung der Rechtsverhältnisse der AG bzw. KGaA, was gleichzeitig bedeutet, daß von den Konsequenzen der Einordnung unter die §§ 15 ff. AktG grundsätzlich nur AG und KGaA betroffen sein können²⁾.

Unternehmensverbindungen i.S.d. § 15 AktG können also im Verhältnis der StwN zu ihren Tochter-Aktiengesellschaften aber auch zu den in ihrem Anteilbesitz befindlichen Gesellschaften mbH bestehen.

Die Beziehungen der StwN zu den Untergesellschaften lassen sich jeweils mehreren der im § 15 AktG aufgezählten Tatbestände zuordnen. Sämtliche Untergesellschaften besitzen wegen der Führung eines Gewerbetriebes die aktienrechtliche Unternehmensqualität und wahren trotz bestehender wirtschaftlicher Verflechtungen ihre rechtliche Selbständigkeit, was Voraussetzung einer aktienrechtlichen Unternehmensverbindung ist³⁾.

Die StwN ist im Verhältnis zu den in ihrem 100prozentigen Anteilbesitz stehenden Gesellschaften EWAG,

1) EMMERICH, Das GmbH-Konzernrecht, in: Die AG 1975, 253 (255); ebenso ELLERICH, Unternehmenseigenschaft, S. 114 m. Verweis in FbN. 2 auf Autoren, die bereits die Subsumtion unter die §§ 15 ff. AktG von der Beteiligung wenigstens einer AG/KGaA abhängig machen wollen.

2) EMMERICH, a.a.O., S. 255; WÜRDINGER, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, Bd. I, vor §§ 15 - 19 II, § 15 Anm. 1.

3) BAUMBACH/HUECK, Kommentar zum Aktiengesetz § 15 Rdn. 3 u. 6.

VAG und FEG jeweils mehrheitlich beteiligtes Unternehmen i.S.d. § 16 Abs. 1 AktG, die Untergesellschaften sind im Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen im Sinne dieser Vorschrift.

Die StwN ist darüber hinaus jeweils unmittelbar herrschendes, die genannten Untergesellschaften jeweils abhängige Unternehmen i.S.d. § 17 Abs. 1 AktG, da die sich aus den bestehenden Mehrheitsbeteiligungen ergebende Vermutung des § 17 Abs. 2 AktG nicht widerlegt ist.

Die die FEG ein von der StwN abhängiges Unternehmen ist, werden die Anteile der FEG an ihrer 100prozentigen Tochter Monopol gem. § 16 Abs. 4 AktG der StwN zugerechnet. StwN und Monopol sind daher im Verhältnis zueinander mehrheitlich beteiligtes und im Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen.

Weiter ist die StwN mit der 100prozentigen FEG-Tochter Monopol als mittelbar herrschendes Unternehmen i.S.d. § 17 Abs. 1 AktG verbunden, da der beherrschende Einfluß nur die über die FEG als Alleingesellschafterin und unmittelbar herrschenden Unternehmen ausgeübt werden kann. Die FEG ist daher im Verhältnis zur StwN ein in Mehrheitsbesitz stehendes und abhängiges Unternehmen und im Verhältnis zur Monopol ein mehrheitlich beteiligtes und unmittelbar herrschendes Unternehmen.

Die bisher herausgestellten Merkmale begründen Unternehmensverbindungen, die durch Abhängigkeitsverhältnisse gekennzeichnet sind, die aber lediglich im Verhältnis der StwN zu den einzelnen Untergesellschaften, und im Verhältnis der aneinander beteiligten Untergesellschaften, bestehen. Sie führen noch nicht zu einer Verbindung der nicht aneinander beteiligten Untergesellschaften miteinander¹⁾.

1) Vgl. BAUMBACH/HUECK, Kommentar zum Aktiengesetz § 15 Rdn. 9.

Die mit der StwN als abhängig verbundenen Unternehmen werden erst dadurch zu auch miteinander verbundenen Unternehmen, daß sie unter einheitlicher Leitung der StwN als herrschendem Unternehmen zusammengefaßt sind, um so einen Unterordnungskonzern i.S.d. § 18 Abs. 1 AktG zu bilden¹⁾.

Ein Konzernverhältnis mit Unterordnungscharakter i.S.d. § 18 Abs. 1 AktG wird zwischen StwN, EWAG und VAG durch die bestehenden Beherrschungsverträge gem. § 18 Abs. 1 S. 2 AktG begründet.

Daß auch FEG und Monopol unter der einheitlichen Leitung der StwN stehen, ergibt sich mangels eines Beherrschungsvertrages aus der unwiderlegten Konzernvermutung des § 18 Abs. 1 S. 3 AktG, da FEG und Monopol von der StwN abhängige Unternehmen sind. Hierbei sollte noch auf die Mehrstufigkeit des Konzerns im Verhältnis StwN, FEG und Monopol hingewiesen werden, die sich aus dem Umstand ergibt, daß FEG und Monopol, wie ausgeführt, ihrerseits als herrschend und abhängig miteinander verbunden sind, so daß Monopol unter der Leitung mehrerer Obergesellschaften steht²⁾.

1) NESSELMÜLLER, Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinden auf ihre Eigengesellschaften, S. 103, sieht die gemeindlichen Holding-Konzerne als Gleichordnungs-Konzerne i.S.d. § 18 Abs. 2 AktG an, mit der allerdings unzutreffenden Begründung, daß die Holding mangels gewerblicher Tätigkeit kein Unternehmen im aktienrechtlichen Sinne sei.

2) Vgl. zum mehrstufigen Konzern S. 22 dieser Arbeit und GODIN/WILHELMI, Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. I, § 18 Anm. 4.

Alle genannten Untergesellschaften stehen somit unter der einheitlichen Leitung der StwN und sind daher als Konzernunternehmen i.S.d. § 18 Abs. 1 AktG miteinander verbunden.

Die vorgenommene Einordnung der StwN in das Recht der verbundenen Unternehmen ermöglicht eine Zuordnung zu einem der in dieser Arbeit herausgestellten Holdingtypen. Die StwN zählt danach zu dem Kreis derjenigen Holding-Gesellschaften, deren Aufgabe die Ausübung der einheitlichen Leitung über Konzernunternehmen ist. Da die bestehenden Beziehungen zu den Tochtergesellschaften diese zu abhängigen Unternehmen macht, entsteht ein Subordinationskonzern i.S.d. § 18 Abs. 1 AktG. Die StwN ist eine geschäftsführende Holding im Subordinationskonzern.

2. Die aktienrechtliche Stellung der Gemeinde im Holding-Konzern

Eine aktienrechtliche Einordnung der Gemeinde in die bestehende Unternehmensverbindung setzt ihre aktienrechtliche Unternehmensqualifikation voraus.

Die Subsumtion der sich wirtschaftlich in privatrechtlichen Organisationsformen betätigenden öffentlichen Hand, und insbesondere der Gemeinden, ist vielfach diskutiert worden. Dabei steht die Frage im Vordergrund, ob das Konzernrecht als Maßstab für die Beziehungen zwischen öffentlicher Hand/Gemeinden und den in ihrem alleinigen oder mehrheitlichen Anteilbesitz stehenden Aktiengesellschaften, insbesondere im Hinblick auf die Beurteilung bzw. Gestaltung der Einwirkungsmöglichkeiten, dienen kann.

Im Rahmen dieser Arbeit soll diese Diskussion nicht erneut aufgerollt werden¹⁾.

Die im Falle der mehrheitlichen Beteiligung an mehr als einem Unternehmen mögliche Qualifizierung der Gemeinde als Unternehmen im aktienrechtlichen Sinne führt bei der Einbringung dieser Beteiligungen in eine gemeindliche Holding zu keiner anderen Beurteilung. Für die die Unternehmenseigenschaft des Aktionärs begründende Gefahr des Widerstreites von Unternehmensinteressen kann es nicht darauf ankommen, ob der beherrschende Einfluß auf die Aktiengesellschaft direkt, oder indirekt über die Holding ausgeübt wird. Auf etwaige weitere, außerhalb des Holding-Konzerns betriebenen unternehmerische Betätigung der Gemeinde kommt es nicht an.

1) Vgl. hierzu statt vieler die zusammenfassende Darstellung bei SCHÖNBERGER, Die Gebietskörperschaften und ihre Aktiengesellschaften zwischen Konzern- und Verwaltungsrecht, §§ 1 - 3; ELLERICH, Unternehmenseigenschaft, S. 79 - 111; NESSELMÜLLER, Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinde auf ihre Eigengesellschaften, 4. Teil; WIEDEMANN/MARTENS, Die Unternehmensqualifikation von Gebietskörperschaften im Rechte der verbundenen Unternehmen, in: Die AG 1976, 197 ff.; WÜRDINGER, Öffentliche Hand und Unternehmen, in: DB 1976, 613 ff.; EMMERICH, Die öffentliche Unternehmung im deutschen Konzern- und Wettbewerbsrecht, in: Die AG 1976, 255 ff.; v. MUTIUS/NESSELMÜLLER, Juristische Personen des öffentlichen Rechts als herrschendes Unternehmen i.S. des Konzernrechts, in: NJW 1976, 1878 ff.; LG Köln, Beschluß vom 26.1.1976, in: Die AG 1976, 244 ff.; LG Essen, Urteil vom 27.1.1976, in: NJW 1976, 1987 ff. = Die AG 1976, 136 ff.; BGH, Urteil vom 13.10.1977, BGHZ 69, 335; BACKHAUS, Öffentliche Unternehmen, S. 79 f.

Die aktienrechtliche Unternehmenseigenschaft der Gemeinde Nürnberg und ihr 100prozentiger Anteilbesitz an der Holding (StwN) macht diese zu einem in Mehrheitsbesitz stehenden, die Gemeinde zu einem mit Mehrheit beteiligten Unternehmen i.S.d. § 16 Abs. 1 AktG. Dies führt im Verhältnis Gemeinde/Holding zu der Abhängigkeitsvermutung des § 17 Abs. 2 AktG und weiter zur Konzernvermutung des § 18 Abs. 1 S. 3 AktG. Deren Widerlegung kommt wegen der bestehenden Verpflichtung der Gemeinde zur Wahrung ihrer Einflußnahmemöglichkeiten¹⁾ nicht in Betracht. Zu dem bereits zwischen der Holding und ihren Tochter- und Enkelgesellschaften bestehenden Konzernverhältnis tritt so die Konzernstufe Gemeinde/Holding hinzu²⁾.

Die vorgenommene Einordnung ermöglicht die weitere Typisierung der StwN als eine Holding mit übergeordneter Konzernspitze³⁾.

Die aktienrechtliche Unternehmenseigenschaft einer Gemeinde und der Umstand, daß die am Holding-Konzern beteiligten Unternehmen unter der (mittelbaren) einheitlichen Leitung der Gemeinde stehen, führt dazu, daß diese Konzernunternehmen auch mit etwaigen anderen gemeindlichen Unternehmen einen Konzern bilden, die zwar außerhalb des Holding-Konzerns, aber doch ebenfalls unter der einheitlichen Leitung der Gemeinde stehen. In dem Falle also, in welchem die Gemeinde weitere, ein aktienrechtliches Konzernverhältnis begründende Beteiligungen hat, ist der Holding-Konzernkreis nicht

1) Vgl. hierzu S. 25 dieser Arbeit sowie unten S. 51 f.

2) Vgl. zum mehrstufigen Konzernverhältnis S. 22, 36 dieser Arbeit.

3) Im Ergebnis auch PAGENKOPF, Kommunalrecht Bd. 2, Wirtschaftsrecht, S. 191; vgl. zu dieser Typisierung S. 21 f. dieser Arbeit.

"in sich geschlossen"¹⁾, sondern nur abgrenzbarer Teil des gesamten gemeindlichen Konzerns. Auf alle, so als Konzernunternehmen zu qualifizierende Unternehmen, sind die an den Konzerntatbestand anknüpfenden Vorschriften grundsätzlich anzuwenden²⁾.

C) Weitere Holding-Konzerne

In verschiedenen anderen Gemeinden finden sich unter einer Holding-Gesellschaft zusammengefaßte Unternehmensverbindungen, denen eine Reihe von Merkmalen gemein ist, und die insoweit auch mit dem klassischen kommunalen Holding-Konzern in Nürnberg übereinstimmen.

I. Köln, Saarbrücken, Mannheim, Stuttgart³⁾

So fungiert die im 100prozentigen Anteilbesitz der Stadt Köln stehende Stadtwerke Köln GmbH als Holding. Sie hält jeweils 90 % der Anteile an der Kölner-Verkehrsbetriebe AG (KVB) und der Gas-Elektrizitäts- und Wasserwerke AG, Köln (GEW), sowie 100 % der Anteile an der Wohnungsgesellschaft der Stadtwerke

1) So aber PAGENKOPF, Kommunalrecht-Bd. 2, Wirtschaftsrecht, S. 191.

2) Zu diesen Vorschriften WÜRDINGER, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, Bd. I, § 18 Anm. 10 f. Diese Feststellung gilt uneingeschränkt im Verhältnis der Konzernunternehmen untereinander. Eine andere Frage ist die Anwendbarkeit der an den Konzerntatbestand anknüpfenden Vorschriften auf das Verhältnis dieser Unternehmen zur Gemeinde, vgl. SCHÖNBERGER, Die Gebietskörperschaften und ihre Aktiengesellschaften zwischen Konzern- und Verwaltungsrecht, S. 7.

3) Die unter I. folgenden Ausführungen fußen auf den Ergebnissen eines Schriftwechsels des Verfassers mit den genannten Gemeinden. Daneben

Köln GmbH. Die restlichen 10 % an KVB und an GEW sind direkter Anteilbesitz der Stadt Köln. Die Holding ist im Verhältnis zu diesen beiden Unternehmen aus bestehenden Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträgen berechtigt.

Die GEW als Holding-Tochter hat ihrerseits Beteiligungsbesitz an drei Aktiengesellschaften und an vier Gesellschaften mbH mit einem versorgungswirtschaftlichen Unternehmensgegenstand. Der gesamte Kapitalwert dieser GEW-Beteiligungen erreicht die beachtliche Höhe von rd. 74 Mio DM. Angesichts eines

Fortsetzung Fußn. 3 v. S. 40

weist Commerzbank, Wer gehört zu wem? 14. Aufl., weitere kommunale Unternehmen als Anteilseigner rechtlich voneinander abhängiger Verkehrs- und Versorgungsbetriebe aus. Unter anderem beispielsweise die Energieversorgungs- und Verkehrsgesellschaft mbH, Aachen, Bremerhavener Versorgungs- und Verkehrsgesellschaft mbH, Duisburger Versorgungs- und Verkehrsgesellschaft mbH, Stadtwerke Hamm GmbH, Krefelder Versorgungs- und Verkehrsgesellschaft mbH, Stadtwerke Regensburg GmbH.

Den Rechtsbeziehungen dieser Unternehmensverbindungen wurde nicht nachgegangen. Die Aufzählung ist nicht auch nur annähernd vollständig. In der Presse machte vor allem die Hamburger Gesellschaft für Beteiligungsverwaltung mbH (HVG) als konzernleitende Holding des Landes Hamburg von sich reden. Vgl. hierzu HBl vom 9.8.1983, S. 7, "Eine bayerisch-hanseatische Holding ist jetzt der größte Aktionär bei MBB". Bemerkenswert ist hier die als beteiligungszusammenfassende Holding zu qualifizierende Bayerisch-Hamburgische Beteiligungsgesellschaft mbH (BBH), an der die HVG zusammen mit der Bayerischen Landesanstalt für Aufbaufinanzierung beteiligt ist. Die Gründung dieser Zwischenholding erfolgte zum Zwecke der Zusammenfassung der Beteiligungen der HVG und der Bayerischen Landesanstalt an der Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH, München

Zu den Plänen der Gründung einer Bundesholding siehe vor allem JANSON, Rechtsformen öffentlicher Unternehmen in der Europäischen Gemeinschaft, S. 288 ff. m.w.Nachw.

Grundkapitals der GEW von 500 Mio DM hat der Beteiligungsbesitz daher für dieses Unternehmen zwar keine überwiegende aber auch nicht lediglich untergeordnete Bedeutung, so daß es insoweit zumindest auch einen holdingähnlichen Charakter hat. Die GEW hat aber an keiner ihrer Untergesellschaften eine Mehrheitsbeteiligung, und es bestehen soweit ersichtlich auch keine aktienrechtlichen Vertragsbeziehungen. Die GEW dient daher nicht der Konzernleitung, sondern allenfalls der Beteiligungszusammenfassung.

Im übrigen repräsentiert der Kreis der Unternehmen, an welchem die Kölner Holding mittelbaren oder unmittelbaren Beteiligungsbesitz hat, nur einen Teil der überaus umfangreichen Kölner Wirtschaftsbeteiligung in Privatrechtsform¹⁾.

Ein vergleichbarer Konzernaufbau findet sich in Saarbrücken. Dort hält die Versorgungs- und Verkehrsgesellschaft Saarbrücken mbH (VSV) unter anderem einen 90prozentigen Anteil an der Gesellschaft für Straßenbahnen im Saartal AG (GSS) und einen 88,45prozentigen Anteil an der Stadtwerke Saarbrücken AG (SWS). Der restliche Anteilbesitz an diesen beiden Holding-Töchtern befindet sich direkt in den Händen der Stadt, die im übrigen Alleingesellschafterin der VSV als Holding ist.

Zwischen der Holding und den beiden genannten Tochtergesellschaften bestehen Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträge.

Beide Holding-Töchter verfügen über weiteren Anteilbesitz. Die SWS verfügt über Minderheitsbeteiligungen

1) Von besonderem Interesse ist hier die Zusammenfassung wohnungsbaulicher Aktivitäten unter der Eigengesellschaft Grund und Boden GmbH mit Tochtergesellschaften in den Bereichen Wohnungsbau, Wohnungsbaubetreuung und treuhänderischer Verwaltung.

an einem Gasversorgungsunternehmen (17,99 % an der Saar-Ferngas AG), einer Kraftwerks GmbH (33,3 % an der Kraftwerk Wehrden GmbH) und an einer städtebaulich tätigen Gesellschaft (16,64 % an der Entwicklungs- und Sanierungsgesellschaft Saarbrücken mbH). Sie ist Mehrheitsgesellschafterin der Wasserwerke Bliesthal GmbH (86 %) und gegenüber diesem Unternehmen aus einem Beherrschungs- und Ergebnisübernahmevertrag berechtigt. Den Minderheitsgesellschaftern der Wasserwerke ist eine jährliche Dividende garantiert.

Die GSS ist an einem Gasversorgungsunternehmen beteiligt (12,35 % an der Vereinigte Saar-Elektrizitäts AG).

Die Holding hat weiteren Anteilbesitz, der aber keine Unternehmensverbindungen begründet. Ihre Geschäftsführer sind Vorstandsmitglieder bzw. Geschäftsführer der verbundenen, also mehrheitlich im Anteilbesitz der Holding stehenden Unternehmen.

In Mannheim existiert die Mannheimer Versorgungs- und Verkehrsgesellschaft mbH (MVV) als Holding mit den 100prozentigen Tochtergesellschaften Stadtwerke Mannheim AG (SMA) und Mannheimer Verkehrs AG (MVG). Zwischen der Holding und den Töchtern bestehen Beherrschungs- und Ergebnisübernahmeverträge, wie auch zwischen der SMA und deren Tochter, der Energie- und Wasserwerke Rhein-Neckar AG (RHE). Die RHE hat ihrerseits verschiedene Beteiligungen an versorgungswirtschaftlichen Unternehmen. Auch in diesem kommunalen Holding-Konzern sind die Mitglieder des geschäftsführenden Organs der Holding in den Vorständen der Tochter-Aktiengesellschaften vertreten. Die wirtschaftlichen Aktivitäten der Stadt Mannheim beschränken sich nicht auf die unter der Holding zusammengefaßten Unternehmen.

In Stuttgart fungiert die Stuttgarter Versorgungs- und Verkehrsgesellschaft mbH (SVV) als Holding.

Die von diesem Unternehmen wahrgenommenen geschäftsführenden Aufgaben erstrecken sich insbesondere auf die Finanzdisposition, die Beschaffung von Darlehen, die Bearbeitung von grundsätzlichen Rechts- und Steuerfragen, die Überwachung der Betriebsergebnisse, die Führung der Zentralstatistik, die gemeinsame Beschaffung von Bau-, Betriebs- und Installationsstoffen, von Kraftfahrzeugen und Schmierstoffen sowie die Vermietung des in Stuttgart-Freiberg für die Betriebsangehörigen der Holding-Töchter erbauten Wohnhauses.

Die Holding ist Eigengesellschaft der Stadt Stuttgart. Sie ist mit jeweils 90 % an der Technische Werke der Stadt Stuttgart AG (TWS AG) und der Stuttgarter Straßenbahnen AG (SSB AG) beteiligt. Die restlichen 10 % des Grundkapitals befinden sich direkt in den Händen der Stadt Stuttgart.

Zwischen der Holding und ihren beiden Töchtern bestehen Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträge.

Bemerkenswert ist im Stuttgarter Holding-Konzern ein umfangreicher Beteiligungsbesitz beider Holding-Töchter. Beispielsweise ist die TWS AG Alleingesellschafterin von 4 in der Energieversorgung tätigen Gesellschaften mbH und gegenüber diesen Unternehmen aus Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträgen berechtigt. Daneben besteht eine ebenfalls ein Konzernverhältnis begründende Mehrheitsbeteiligung sowie verschiedene Minderheitsbeteiligungen an Energieversorgungsunternehmen.

Die Geschäftsführung der Holding besteht aus zwei Vorstandsmitgliedern der TWS AG und einem Vorstandsmitglied der SSB AG.

II. Freiburg:

Die Integration der Interessen eines dritten Gesellschafters

Der Freiburger Holding-Konzern ist gegenüber den bisher vorgestellten gemeindlichen Unternehmenszusammenschlüssen durch die Integration der wirtschaftlichen Interessen eines außerhalb der Stadt stehenden Mitgesellschafters des zum Konzernkreis zählenden Energieversorgungsunternehmens gekennzeichnet. Die vertragliche Ausgestaltung des Konzerninnenverhältnisses sowie die Besetzung der Geschäftsführungsorgane mit einer dem nicht-kommunalen Mitgesellschafter nahestehenden Person, führt zu einer gegenüber den Verhältnissen im klassischen Holding-Konzern veränderten Kompetenzstruktur¹⁾.

Die als Holding fungierende Stadtwerke Freiburg GmbH²⁾ hält als Eigengesellschaft der Stadt Freiburg sämtliche Anteile (100 %) der Freiburger Verkehrs AG, Freiburg (VAG), sowie 66,66 % der Energie- und Wasserversorgungs AG, Freiburg (FEW). An diesem

- 1) Zur rechtlichen Kompetenzstruktur im klassischen kommunalen Holding-Konzern vgl. den 3. Teil der Arbeit.
- 2) Zum Freiburger Holding-Konzern ausführlich: GRAF VITZTHUM, Gemeinderechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Wirtschaftsunternehmen, in: AÖR 1979, 579 (617 ff.), bei dem allerdings die 27,5prozentige Beteiligung der Holding an der Energieversorgung Oberraden GmbH, Breisach (Rhein), noch nicht genannt ist, vgl. Commerzbank, Wer gehört zu wem?, 14. Aufl., Gesellschafts-Nr. 2438. Die übrigen Gesellschafter dieses Unternehmens sind die Thüringer Gas Aktiengesellschaft, München (45 %), und die Stadt Breisach (27,5 %).

letzten genannten Unternehmen ist die Thüringer Gas Aktiengesellschaft, München, zu 33,33 % beteiligt¹⁾.

Die Stellung der Thüringer Gas Aktiengesellschaft innerhalb des Holding-Konzerns ist allerdings stärker, als es ihrem lediglich eine Sperrminorität²⁾ begründenden Beteiligungsverhältnis an der FEW entspricht.

Ursache hierfür sind Vertragsbeziehungen zwischen der Stadt Freiburg und der Thüringer Gas Aktiengesellschaft, die neben den auch in den bereits vorgestellten Konzernen bestehenden unternehmensvertraglichen Bindungen zwischen Holding und Töchtern³⁾ wesentlich das Bild der täglichen

1) Zu den gegenüber den Angaben VITZTHUMS, Gemeinderechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Wirtschaftsunternehmen, in: AÖR, 1979, 579 (618) in FbN. 121, veränderten Beteiligungsverhältnissen an diesem Unternehmen vgl.: Commerzbank, Wer gehört zu wem?, 14. Aufl., Gesellschafts-Nr. 8309, danach besitzen die Preußische Elektrizitäts-Aktiengesellschaft, Hannover (PreaG), ca. 52 % und die Bayerische Landesbank Girozentrale, München, ca. 25 % der Anteile an der Thüringer Gas Aktiengesellschaft, München.

2) Unter 50 %, aber über 25 % liegende Beteiligung, mit der sämtliche Hauptversammlungsbeschlüsse, die mit einer Dreiviertelmehrheit gefaßt werden müssen, verhindert werden können.

3) VITZTHUM, a.a.O., 618, spricht insoweit von "gesetzlich vorgeschriebenen Verträgen". Er meint hiermit diejenigen Vereinbarungen, die entsprechend der steuerlichen Zielrichtung der Stadt notwendige Voraussetzung für die Bildung eines anerkannten Körperschaftsteuerlichen Organkreises sind. Das Gesetz - hier § 14 KStG 1977 - fordert insoweit nur das Vorliegen eines Ergebnisabführungsvertrages. Die übrigen Organisationsvoraussetzungen müssen sich aus dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse ergeben und verlangen nicht zwingend das Vorliegen vertraglicher Vereinbarungen. Es ist aber davon auszugehen, daß zur Erfüllung der Organisationsvoraussetzungen der organisatorischen Eingliederung zwischen Holding und Töchtern Beherrschungsverträge bestehen. Vgl. dazu den 4. Teil dieser Arbeit.

Konzernpraxis prägen. Dieses hebt Graf Vitzthum¹⁾ hervor. Allerdings enthält seine Abhandlung keine ins Detail gehende Aufstellung des Vertragswerkes²⁾. Vitzthum spricht insoweit lediglich von einem Konsortial- und Fachbetreuungsvertrag zwischen Stadt und Thüringer Gas Aktiengesellschaft. Ein Konsortialvertrag regelt gewöhnlich die einheitliche Ausübung des Stimmrechts durch die am Vertrag beteiligten Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft³⁾. Im Falle der FEW, wo nicht die Stadt als deren Gesellschafterin Stimmrechte ausübt, sondern die Holding, und wo das bestimmende Element der Unternehmensführung der Beherrschungsvertrag ist, kann das nur bedeuten, daß sich die Stadt gegenüber der Thüringer Gas Aktiengesellschaft verpflichtet hat, als Gesellschafterin der Holding auf eine Ausübung der sich aus dem Beherrschungsvertrag ergebenden Rechte gegenüber der FEW in Abstimmung mit der Thüringer Gas Aktiengesellschaft hinzuwirken.

Ein als Bestandteil des Konsortialvertrages bestehender Fachbetreuungsvertrag gewährt der Thüringer Gas Aktiengesellschaft nach Einschätzung Vitzthums im praktischen Konzerngeschehen die

1) GRAF VITZTHUM, Gemeinderechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Wirtschaftsunternehmen, in: AÖR 1979, 579 (618 f., 624).

2) Die Stadt Freiburg hat dem Verfasser gegenüber keine näheren Angaben machen wollen, was angesichts VITZTHUMS kritischer Würdigung der sich durch das Vertragswerk ergebenden Einschränkungen der gemeindlichen Kontroll- und Einflußnahmemöglichkeiten und deren Vereinbarkeit mit den kommunalverfassungsrechtlichen Anforderungen an die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden vielleicht verständlich ist.

3) WESTERMANN u. a., Handbuch der Personengesellschaften, Bd. 1, Rdn. 41 (Lfg. 15.).

Möglichkeit, in allen wichtigen Unternehmensbereichen entscheidenden Einfluß zu nehmen¹⁾.

Besonders augenscheinlich wird die Ausrichtung des bestehenden Vertragswerkes auf die Interessen der Thüringer Gas Aktiengesellschaft durch die vereinbarungsgemäße Einsetzung einer von der Thüringer Gas Aktiengesellschaft stammenden Person als Geschäftsführer der Holding und gleichzeitig als Vorstandsmitglied der FEW²⁾.

Die Stadt hat allerdings die Möglichkeit, durch Ausübung des Rückkaufrechts für die im Eigentum der Thüringer Gas Aktiengesellschaft befindlichen FEW-Anteile Einfluß und Kontrolle wieder an sich zu ziehen³⁾.

Die im Falle Freiburg gegebene Einschränkung der Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeiten ist allerdings nicht typischerweise mit der Konzernierung kommunaler Unternehmen nach dem Vorbild der beschriebenen Holding-Konzerne verbunden. Dies wird die Darstellung der rechtlichen Leitungsbeziehungen im klassischen Holding-Konzern - 3. Teil der Arbeit - zeigen. Sie ist eher der Preis für die Kapitalbeschaffung durch Aufnahme dritter Gesellschafter in ein zum Konzernkreis zählendes Unternehmen. Dem Verlangen des Mitgeschafters nach der vertraglichen Einräumung von Sonderrechten wird sich die Gemeinde lediglich dann widersetzen können, wenn sie selbst so finanzstark ist, daß sie auf die Beteiligung Dritter auch verzichten kann.

1) VITZTHUM, Gemeinderechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Wirtschaftsunternehmen, in: AöR 1979, 579 (624),

2) VITZTHUM, a.a.O., 619.

3) VITZTHUM, a.a.O., 619.

D) Zusammenstellung der Strukturmerkmale des klassischen kommunalen Holding-Konzerns

Nach dem Blick auf eine Reihe von geschäftsführenden Holding Gesellschaften in der Praxis der kommunalen Wirtschaftstätigkeit lassen sich für den klassischen kommunalen Holding-Konzern die folgenden einheitlichen Strukturmerkmale herausstellen.

Der kommunale Holding-Konzern ist ein Unterordnungskonzern i.S.d. § 18 Abs. 1 AktG. Die einheitliche Leitung wird von einer Holding ausgeübt, die regelmäßig eine GmbH ist. Die Tochtergesellschaften der Holding befinden sich überwiegend in deren vollständigem, zumindest aber in deren mehrheitlichem Anteilbesitz. Die Beziehungen der Holding zu diesen Unternehmen beschränken sich vielfach nicht auf das Beteiligungsverhältnis, sondern sind durch Unternehmensverträge besonders ausgestaltet. Außerdem sind die Vertretungsorgane von Holding und beherrschten Tochtergesellschaften vielfach mit den gleichen Personen besetzt.

Neben dem ein Konzernverhältnis begründenden Beteiligungen bestehen teilweise Minderheitsbeteiligungen der Holding, aus denen sich keine Unternehmensverbindungen ergeben.

Die Holding befindet sich im 100prozentigen Anteilbesitz der Gemeinde. Kein außenstehender Gesellschafter, dessen Interessen die Gemeinde zu berücksichtigen hätte, ist an ihr beteiligt. Die Entscheidungsfindung in der Gesellschafterversammlung der Holding folgt daher ausschließlich der politischen Willensbildung der Gemeinde.

Das durch den alleinigen Anteilbesitz begründete Abhängigkeitsverhältnis zwischen Holding und Gemeinde und die hieraus folgende, nicht widerlegte Vermutung, daß die Holding unter der einheitlichen Leitung der Gemeinde steht, führt bereits im Verhältnis Gemeinde - Holding - Holding-Töchter zu einem mehrstufigen Konzernverhältnis, welches sich im Falle von weiteren Unterbeteiligungen der Holding-Töchter fortsetzt. Die Gemeinde ist als Konzernspitze anzusehen, die weitere Unternehmensverbindungen zu etwaigen anderen, außerhalb des Holding-Konzerns, aber unter ihrer Leitung stehenden Unternehmen vermittelt.

Es ist nicht festzustellen, daß die Gemeinden regelmäßig ihre gesamten wirtschaftlichen Aktivitäten in die Holding einbringen. Vielfach repräsentiert der Kreis der konzernierten Unternehmen lediglich einen Teil der kommunalen Wirtschaftstätigkeit.

Bezüglich des Unternehmensgegenstandes der Holding-Töchter ist die einheitliche Aussage möglich, daß ständig jeweils ein Unternehmen im Bereich der Energie- und Wasserversorgung, und ein Unternehmen in der Verkehrswirtschaft tätig ist.

Diese Feststellung führt aus konzernorganisatorischer Sicht zu einer Typisierung des kommunalen Holding-Konzerns als heterogen, da sich das Leistungsprogramm der Untergesellschaften auf verschiedene Marktbereiche erstreckt¹⁾.

Im Hinblick auf den Unternehmensgegenstand etwaiger sonstiger Holding-Töchter kann eine einheitliche Aussage nicht gemacht werden.

1) Vgl. hierzu SCHUBERT/KÜTING, Unternehmenszusammenschlüsse, S. 241 insbes. Fußn. 12, S. 21 u. 33 ff.

3. Teil

Die rechtlichen Kompetenzstrukturen im kommunalen Holding-Konzern

Die Kompetenzstrukturen innerhalb des Holding-Konzerns ergeben sich aus der Rechtsform der konzernbeteiligten Unternehmen und der jeweiligen satzungsmäßigen Ausgestaltung der Organbefugnisse, aus den bestehenden unternehmensvertraglichen Beziehungen der Holding zu den Tochtergesellschaften sowie aus dem Umstand, daß es im kommunalen Konzern Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer in Unternehmensorganen gibt.

Wie der oben vorgestellte Holding-Konzern in Freiburg zeigt, können die Leitungsstrukturen darüber hinaus durch vertraglich eingeräumte Befugnisse dritter Mitgesellschafter der Holding-Töchter beeinflusst sein.

Denkbar ist weiter, daß die Konzernrealität durch eine sich vornehmlich in großen städtischen Konzernen entwickelnde Eigendynamik, und durch ein auf der Seite der Stadt fehlendes Gegengewicht zur betriebswirtschaftlichen Fachkompetenz des Managements, nicht den rechtlichen Kompetenzstrukturen entspricht.

Gegenstand der folgenden Untersuchung soll der klassische kommunale Holding-Konzern sein, in welchem keine Einwirkungsrechte außenstehender Gesellschafter vorhanden sind, und in welchem die Möglichkeiten der Einflußnahme den rechtlichen Bedingungen entsprechen.

Da sich der kommunale Holding-Konzern an der kommunalverfassungsrechtlichen Forderung nach Wahrung der Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinde auf ihre in Privatrechtsform betriebenen Unternehmen messen

lassen muß¹⁾, soll die Untersuchung der Leitungsstrukturen in zwei Schritten erfolgen.

Zunächst werden die Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinde auf die Holding als deren Alleingesellschafterin beleuchtet. Hierbei ist besonderes Augenmerk auf die Einflußnahme bei solchen Entscheidungen zu legen, die die Holding als konzernleitendes Organ gegenüber den Tochtergesellschaften trifft, da sich hier die Funktion der Holding als Mittlerin gemeindlicher Einflußnahme auf die Geschäftsführung der

1) Zu der dogmatischen Grundlage der "Ingerenz- oder Einwirkungspflicht" und ihrer Bedeutung als vorrangiger Zulässigkeitsmaßstab für die wirtschaftliche Unternehmenstätigkeit der Gemeinden in zivilrechtlichen Organisationsformen SCHMIDT-JORTZIG, Kommunalrecht Rdn. 712 m. Verweis auf PÜTTNER, Die Einwirkungspflicht, in: DVBl. 1975, 553 ff., und VGH BaWü DVBl. 1981, 220 (222); PÜTTNER, Aktuelle Probleme des Verwaltungsprivatrechts im Organisationsbereich, in: JA 1980, 218; Gemeindetag Baden-Württemberg, Weisungsrecht des Gemeinderats an Vertreter in Gesellschaftsorganen, in: Die Gemeinde 1982, 547; GRAF VITZTHUM, Gemeinderechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Wirtschaftsunternehmen, in: AöR 1979, 579 (587) m.w.Nachw. in Ffn. 24.

In der älteren Literatur bereits H. J. WOLFF, Rechtsformen gemeindlicher Einrichtungen, in: Archiv für Kommunalwissenschaften 1963, 149 (173); QUACK, Die Entsendung von Gemeindevertretern in die Organe von Kapitalgesellschaften, in: DVBl. 1965, 345; RUFNER, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, S. 258 f.; LUDWIG, Zur Wahl der Rechtsform für kommunale Wirtschaftsunternehmen, in: Der Städtetag 1970, 474 (476). Abweichend RAISER, vgl. dazu Ffn. 3 auf S. 56 f. dieser Arbeit.

Zur Fortgeltung dieser Zulässigkeitsvoraussetzung nach der Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts in NRW mit Wirkung zum 1.10.1979 WENZEL, Neuordnung des Rechts der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung und privatrechtlichen Beteiligung in Nordrhein-Westfalen, in: der Gemeindehaushalt 1979, 217 (219), der hervorhebt, daß die Pflicht zur Wahrung der Einflußnahme nicht wie im Gesetzesentwurf vorgehen in den Katalog der Beteiligungsvoraussetzungen aufgenommen sei, woraus sich freilich kein Verzicht des Gesetzgebers auf dieses Erfordernis ergebe, sondern vielmehr dessen Einschätzung als selbstverständlich.

Betriebsgesellschaften zeigt. Sodann ist der durch Beteiligungsverhältnisse und Vertragsbeziehungen bestimmte Leitungsmechanismus der Holding gegenüber ihren Tochtergesellschaften zu untersuchen.

Die kommunale Holding erreicht wegen der bei ihr nach § 5 MitbestG erfolgenden Zurechnung der gesamten Konzernbelegschaft¹⁾ regelmäßig die für die Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes erforderliche Größenschwelle von 2 000 Mitarbeitern²⁾. Daher ist das Maß der sich aus der unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Unternehmensorganen ergebenden Beschränkung der gemeindlichen Einflußnahmemöglichkeiten aufzuzeigen.

Die Prüfung soll die Beantwortung der Frage ermöglichen, ob durch die Errichtung eines Holding-Konzerns der beschriebenen Art der Weg der Einflußnahme schwieriger und komplizierter wird³⁾, oder ob die

1) MitbestG vom 4. Mai 1976 (BGBl. I, 1153); vgl. hierzu DUDEN, Zur Mitbestimmung in Konzernverhältnissen nach dem Mitbestimmungsgesetz, in: ZHR 141 (1977), 145 (148 T.).

2) Der Nürnberger Holding-Konzern hatte im Geschäftsjahr 1980 beispielsweise folgende Belegschaftszahlen:

StwN (Holding)	74 Mitarbeiter
EWAG	2 110 Mitarbeiter
VAG	2 157 Mitarbeiter

Vgl. Geschäftsbericht StwN und Konzerngeschäftsbericht 1980, S. 12 - 14; die Belegschaftszahlen der übrigen Konzernunternehmen sind nicht angegeben.

3) So SCHMIDT-JORTZIG, Kommunalrecht Rdn. 730; auch STOBER, Die privatrechtlich organisierte öffentliche Verwaltung, in: NJW 1984, 455; PÜTTNER, Aktuelle Probleme des Verwaltungsprivatrechts im Organisationsbereich, in: JA 1980, 218 (219); nach einer These von LÜDER, Steuerliche Überlegungen bei der Wahl der Rechts- und Organisationsform verselbständigter Verwaltungseinheiten, in: FRIEDRICH/KUPSCH, Die Besteuerung öffentlicher Unternehmen, S. 207 (219), führt die Holding-Konstruktion dazu, daß sich "die schon ausgegliederten Verwaltungseinheiten weiter vom Verwaltungskernbereich entfernen." JANSON, Rechtsformen öffentlicher Unternehmen in der Europäischen Gemeinschaft, S. 307, mit

Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinde durch die Holding als Mittlerin insgesamt verbessert werden können.

A) Ingerenzpflicht und Mitbestimmung in Unternehmensorganen

Vorangestellt seien einige grundsätzliche Überlegungen zum Spannungsverhältnis zwischen der Ingerenzpflicht der Gemeinden und dem vom Gesetzgeber gewollten Ziel der unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer.

Die Einführung der unternehmerischen Mitbestimmung, gleich welchen Modells, führt zu einer Einschränkung der Entscheidungsfreiheit der Anteilseigner zugunsten einer Mitentscheidungsbefugnis der mitbestimmenden Arbeitnehmerschaft eines Betriebes oder einer Gesamtheit von Betrieben (Konzernen). Die öffentliche Hand ist hiervon als Anteilseignerin in gleicher Weise betroffen wie der private Unternehmer auch. Die Gewährleistung der unternehmerischen Mitbestimmung entspricht dem Grundgedanken der gerechtfertigten Gleichgewichtung des Einsatzes von Kapital und Arbeit¹⁾ und hält einer verfassungsrechtlichen

Fortsetzung Fußn. 3 v. S. 53

der Feststellung, daß "mit dem Grad der Konzentrierung die Instrumentierbarkeit der beteiligten Unternehmen abnimmt."

1) Vgl. BAUMANN, GmbH und Mitbestimmung, in: ZHR 142 (1978), 557 (562) m. Verweis in F8n. 23 auf die Regierungsbegründung zum Gesetzesentwurf (BT-Drucks. 7/2172, S. 17) und auf die Begründung des Bundestagsausschusses für Arbeit und Sozialordnung vom 10.3.1976 zu der dem Wortlaut des Gesetzes entsprechenden Entwurfsfassung (BT-Drucks. 7/4845, S. 1). Weiter zitiert bei SÄCKER, Die Anpassung des Gesellschaftsvertrages der GmbH an das Mitbestimmungsgesetz, in: DB 1977, 1845 (1850) in F8n. 41, zum Ausbau der Mitbestimmung "... ausgehend vom Grundsatz der Gleichberechtigung und Gleichgewichtigkeit von Arbeitnehmern und Anteilseignern ...".

Prüfung stand¹⁾.

Die verfassungsrechtliche Gewichtung der Eigentumsrechte rechtfertigt keine andere mitbestimmungsrechtliche Behandlung solcher Unternehmen, die zwar Privatrechtsform haben, sich aber in öffentlichem Anteilbesitz befinden. Bedenken gegen die Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen können daher auch keinesfalls zu dem Schluß führen, daß dort auch bei Vorliegen der entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen eine Mitbestimmung nicht eingeführt zu werden braucht. Auch eine Aufnahme der kommunalen Unternehmen in den Katalog der mitbestimmungsfreien Unternehmen - § 1 Abs. 4 MitbestG, § 81 BetrVG 1952 i.V.m. § 129 Abs. 1 BetrVG 1972²⁾ - wäre unter diesem Aspekt nicht zu rechtfertigen.

Vor der gesetzlichen Einführung der paritätischen Mitbestimmung auch außerhalb der Montan-Industrie und des Bergbaus durch das MitbestG 1976 wurde die Frage diskutiert, ob die öffentliche Hand als Anteilseignerin solcher Unternehmen, die mitbestimmungsrechtlich unter das Minimalsystem des BetrVG von 1952 und 1972 fielen³⁾, eine dem Modell der paritätischen Mitbestimmung entsprechende Besetzung des Aufsichtsrates mit Arbeitnehmervertretern einführen durfte. Dabei wurde es allgemein für zulässig erachtet, wenn die paritätische Vertretung der

1) BVerfGE, 50, 290 ff., Urteil vom 1.3.1979 = NJW 1979, 699; zur verfassungsrechtlichen Problematik vor allem die Nachweise bei SONNENSCHNEIDER, Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, S. 202 in F8n. 25.

2) BetrVG vom 11. Oktober 1952 (BGBl. I, 681); BetrVG vom 15. Januar 1972 (BGBl. I, 13).

3) Drittelbeteiligung von Arbeitnehmervertretern, vgl. §§ 76, 77, 77 a BetrVG 1952 i.V.m. § 129 BetrVG 1972.

Arbeitnehmer auf einem freiwilligen Abstimmungsverhalten der Gemeindevertreter in der Hauptversammlung beruhte¹⁾.

Bedenken erhoben sich aber vor allem in den Fällen, in denen sich Gemeinden als Anteilseigner rechtsverbindlich verpflichteten, ihre Stimmrechte in bestimmter Weise mit dem Ziel einer paritätischen Besetzung des Aufsichtsrates auszuüben²⁾. Dabei stand insbesondere der Gesichtspunkt im Vordergrund, daß die Gemeinden durch den Abschluß von Stimmbindungsverträgen ohne zwingenden Grund in unzulässiger Weise ihre Einwirkungsmöglichkeiten auf die in Privatrechtsform betriebenen Unternehmen preisgaben³⁾.

1) Sogenanntes "Wiesbadener Modell" vgl. RAISER, Paritätische Mitbestimmung der Arbeitnehmer in wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinde, in: RdA 1972, 65 a.E., 67 m.w.Nachw. in FfN. 14; ausdrücklich auch VG Düsseldorf, Beschluß vom 12.2.1971, in: DVBl. 1971, 225 (226); a.A. OBERMAYER, Mitbestimmung in der Kommunalverwaltung, S. 29, der generell Aufsichtsratsmitgliedern, die nicht auch der Gemeindevertretung angehören, die demokratische Legitimation abspricht.

2) Vgl. im einzelnen zum Inhalt solcher als Stimmbindungsverträge zu qualifizierenden Vereinbarungen VG Düsseldorf, a.a.O., 225, zum Fall Duisburg, in welchem dem DGB als Vertragspartner der Gemeinde hinsichtlich der Arbeitnehmervertreter ein Vorschlagsrecht eingeräumt wurde; zum ähnlich gelagerten Fall Kiel vgl. RAISER, a.a.O., 66.

3) BIEDENKOPF/SÄCKER, Grenzen der Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen, in: ZfA 1971, 211 (255, 257); MERTENS, in: Kölner Kommentar zum AktG § 96 Anm. 25; ZELLER, Kommunale Mitbestimmung 1972, S. 16; ZÖLLNER, Arbeitsrecht, S. 492 f.; VG Düsseldorf, a.a.O., 226; OBERMAYER, a.a.O., S. 35 u. S. 40; a.A. HENSCHKE, Erweiterung der Mitbestimmung durch privat-autonome Regelung insbesondere in Unternehmen der öffentlichen Hand, in: AuR 1971, 33 (41 ff.), der im

Unter der Geltung des Mitbestimmungsgesetzes 1976 bleibt die Fragestellung weiter im Hinblick auf solche Unternehmen bestehen, für die lediglich das Minimalsystem des Betriebsverfassungsgesetzes 1972 gilt, da sie unterhalb der für die Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes 1976 erforderlichen Arbeitnehmerzahl liegen. Sie könnte weiter zu der hier nicht zu vertiefenden Überlegung führen, ob die Betätigung der Gemeinden in solchen Unternehmen oder Unternehmenszusammenschlüssen, die unter das Mitbestimmungsgesetz 1976 fallen, unzulässig ist, da die paritätische Mitbestimmung eine weitere Minderung der Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinde als Anteilseignerin bedeutet.

Fortsetzung Fußn. 3 v. S. 56

Bewußtsein des ohnehin geringen Einflusses der Gemeinde auf den Aufsichtsrat in den Stimmbindungsverträgen keine weitere ins Gewicht fallende Einflußminderung der Gemeinde erkennt; RAISER, Paritätische Mitbestimmung der Arbeitnehmer in wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinde, in: RdA 1972, 65 (71), der offensichtlich die Existenz eines die Gemeinden zur Wahrung der Einwirkungsmöglichkeiten verpflichtenden Rechtssatzes leugnet, mit der allerdings unzutreffenden Begründung, das Gesetz habe "indem es die Wahl der Rechtsform des Privatrechts für gemeindliche Unternehmen ohne größere Modifikation des Gesellschaftsrechts zuließ, in Kauf genommen, daß deren Führung der politischen Kontrolle, der die Gemeindeorgane unterliegen, weitgehend entzogen wird". RAISER zieht somit aus dem Umstand, daß das Gesellschaftsrecht besondere Einflußmöglichkeiten für die öffentliche Hand als Anteilseignerin nicht gewährt, den Schluß, daß die Gemeinden zur Einflußnahme nicht verpflichtet sind.

B) Kompetenzstruktur zwischen Gemeinde und Holding-GmbH

In allen vorgestellten Fällen eines gemeindlichen Holding-Konzerns fungiert eine GmbH als konzernleitendes Organ. Die Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinde auf das konzernleitende Organ entsprechen daher der Stellung der GmbH-Gesellschafter im Leitungssystem einer GmbH, welches im folgenden näher untersucht werden soll. Von besonderem Interesse ist dabei die Zuständigkeitsordnung im Bereich derjenigen Maßnahmen, die die GmbH als Konzernleitung an Ausübung ihrer aus den Beherrschungsverträgen fließenden Rechte trifft.

Bei der GmbH ist die gesellschaftsinterne Zuständigkeitsordnung im Gegensatz zu derjenigen der Aktiengesellschaft nicht zwingend festgeschrieben. Hierauf und auf die Bedeutung der weitgehenden Möglichkeiten satzungsmäßiger Verankerung von direkten Einwirkungsrechten der Gesellschafter für die Verwirklichung der gemeindlichen Ingerenzpflicht, wurde in der kommunalwirtschaftlichen Literatur bereits vielfach hingewiesen¹⁾.

Die Beurteilung der betriebsindividuellen Verhältnisse setzt eine genaue Kenntnis der satzungsmäßigen Ausgestaltung der Organbefugnisse voraus. Abweichungen mit unterschiedlichen Auswirkungen auf die

1) SCHMIDT-JORTZIG, Kommunalrecht Rdn. 725; NESSELMÜLLER, Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinden auf ihre Eigengesellschaften, S. 33 ff.; PAGENKOPF, Kommunalrecht Bd. 2, Wirtschaftsrecht, S. 185 f.; KONOW, Die GmbH als Rechtsform der Beteiligungsunternehmen der öffentlichen Hand, in: GmbHR 1966, 153 (154); EMMERICH, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 162 f.; PÜTTNER, Das Recht der kommunalen Energieversorgung, S. 85; DERS., Die öffentlichen Unternehmen, S. 320 f.

tägliche Konzernpraxis sind denkbar. Es soll daher im folgenden die Zuständigkeitsordnung einer dem gesetzlichen Normalstatut entsprechenden GmbH unter Berücksichtigung der sich möglicherweise aus der Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes 1976 ergebenden Besonderheiten dargestellt werden.

I. Die mitbestimmungsfreie GmbH

Zur Beurteilung der Frage, ob und in welchem Maße die Führungsorganisation einer mitbestimmten GmbH von derjenigen einer mitbestimmungsfreien GmbH zu Lasten der Einflußnahmemöglichkeiten der Gesellschafter, insbesondere bei den hier interessierenden konzernleitenden Maßnahmen abweicht, kann auf die Darstellung der Gesellschafter-Kompetenzen in der mitbestimmungsfreien GmbH nicht verzichtet werden.

1. Die Organe der mitbestimmungsfreien GmbH

Die GmbH hat zwei obligatorische Organe: die Geschäftsführung - §§ 6 und 35 ff. GmbHG - und die Gesellschafterversammlung - §§ 45, 48 GmbHG -.

Einem Aufsichtsrat kommt als drittem obligatorischen Organ nur in der mitbestimmten GmbH Bedeutung zu¹⁾.

1) RAISER, Recht der Kapitalgesellschaften, S. 223; FITTING/WLOTZKE/WISSMANN, Mitbestimmungsgesetz § 1 Rdn. 17.

2. Die Instrumente der Unternehmensleitung und deren Verteilung auf die Gesellschaftsorgane

Instrumente der Unternehmensleitung und der Einflußnahme sind die Sach- und die Personalkompetenz. Deren Verteilung auf die Gesellschaftsorgane macht das Bild der Führungsorganisation des Unternehmens aus.

a) Personalkompetenz

Von der Ausübung der Personalkompetenz verspricht sich der Berechtigte die Besetzung derjenigen Positionen, auf die sich die Personalkompetenz erstreckt, mit ihm gegenüber in der Ausübung ihrer Befugnisse loyalen Personen. Hier interessiert insbesondere das Recht zur Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer, da deren Kompetenzen am ehesten mit den Interessen der Gesellschafter in Konflikt geraten können. Gemäß § 46 Nr. 5 GmbHG steht dieses Recht den Gesellschaftern zu. Die Gemeinde kann daher die Geschäftsführer einer in ihrem vollen Anteilbesitz stehenden, mitbestimmungsfreien GmbH unbeeinflusst bestimmen, und nach ihren Vorstellungen Personen mit besonderem Augenmaß für die neben die wirtschaftlichen Ziele tretenden besonderen Aufgaben eines öffentlichen Unternehmens einsetzen.

b) Sachkompetenz

Die Sachkompetenz gewährt eine Entscheidungsbefugnis für eine konkret zu treffende Maßnahme.

Das GmbH-Gesetz enthält keine generelle Kompetenzaussage, sondern lediglich im § 46 einen punktuell angelegten Aufgabenkatalog der Gesellschafter sowie einzelne, im öffentlichen Interesse unentziehbare

Geschäftsführerkompetenzen, wie etwa die gerichtliche und außergerichtliche Vertretungsbefugnis des § 35 GmbHG oder das Konkursantragsrecht des § 64 GmbHG. Diese vereinzelt Zuständigkeitsaussagen des Gesetzes werden von einer umfassenden Sachentscheidungs- und Organisationskompetenz der Gesellschafter überlagert, die sich aus deren oberster Stellung innerhalb der Gesellschaft ergibt, und die sich als Letztentscheidungs- und Weisungsrecht in allen Unternehmensbereichen konkretisiert¹⁾.

Die Gesellschafter haben hinsichtlich der Unternehmenspolitik eine uneingeschränkte Grundlagenkompetenz²⁾, die sie durch die Aufstellung allgemeiner Grundsätze für die Geschäftspolitik und gem. § 37 Abs. 1 GmbHG durch konkrete Weisungen an die Geschäftsführer im Einzelfall ausüben können. Die unternehmenspolitische Grundlagenkompetenz der GmbH-Gesellschafter erstreckt sich auf solche Entscheidungen, die für das Unternehmen von grundsätzlicher Bedeutung sind. Sie erwächst zum einen aus der gesetzlichen Zuordnung des Rechts, die Jahresbilanz festzustellen und den Reingewinn zu verteilen - § 46 Nr. 1 GmbHG, wie aus dem Grundsatz, daß die Geschäftsführer keine

1) HOMMELHOFF, Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH, in: ZGR 1978, 119 (121 ff.) m. Verweis auf SCHMIDT, in: HACHENBURG, Kommentar zum GmbH-Gesetz § 45 Anm. 1, 46; SCHILLING, in: HACHENBURG, a.a.O., § 37 Anm. 1; RAISER, Recht der Kapitalgesellschaften, S. 223, 225, 227; EDER u. a., Handbuch der GmbH, Bd. I, Rdn. 430 f. (Lfg. 29); BAUMBACH/HUECK, Kommentar zum GmbH-Gesetz § 37 A 2 A.

2) Vgl. hierzu im einzelnen HOMMELHOFF, a.a.O., S. 125 ff. m. umfangr. Nachw.

Entscheidungen treffen dürfen, von denen anzunehmen ist, daß die Gesellschafter sie mißbilligen werden. Die Geschäftsführer sind aber an die unternehmenspolitischen Vorstellungen der Gesellschafter nur gebunden, wenn diese konzipiert sind, oder wenn konkrete Weisungen i.S.d. § 37 Abs. 1 GmbHG vorliegen. Ist beides nicht der Fall, können die Geschäftsführer eigene Vorstellungen verfolgen.

Durch den in § 49 Abs. 2 GmbHG niedergelegten Grundsatz, daß die Geschäftsführer in eigener Verantwortung keine außergewöhnlichen Entscheidungen treffen dürfen, die den Rahmen des bisherigen Geschäftsbetriebes sprengen, sondern die Gesellschafterversammlung einzuberufen haben, sind für außergewöhnliche Maßnahmen die Gesellschafter zuständig¹⁾. Diese können in Ausübung ihrer Kompetenzen die Sachentscheidung entweder selbst fällen oder auf die Geschäftsführer übertragen. Ohne eine Entscheidung der Gesellschafter in eine der beiden Richtungen können die Geschäftsführer nicht tätig werden.

Für die laufende Geschäftsführung²⁾ sind die Geschäftsführer zuständig, freilich auch hier gebunden an die von den Gesellschaftern aufgestellten unternehmenspolitischen Grundsätze und allgemeinen Weisungen, soweit diese einschlägig sind. Die Weisungen im Bereich der laufenden Geschäftsführung dürfen sich aber in ihrer Gesamtheit nicht so stark verdichten, daß sich das Entscheidungszentrum für die Tagesgeschäfte völlig auf die Ebene der Gesellschafter verlagert. Über diesen Mindestbereich an Weisungsfreiheit

1) Vgl. HOMMELHOFF, Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH, in: ZGR 1978, 126 f.

2) Vgl. HOMMELHOFF, a.a.O., S. 127 ff.

der Geschäftsführer besteht weitgehend Einigkeit. Die Gesellschafter können die Entscheidungsbefugnis für Tagesgeschäfte aber durch eine entsprechende Satzungs-gestaltung an sich ziehen.

Angesichts der bestehenden Letztentscheidungs- und Organisationsrechte der GmbH-Gesellschafter in allen genannten Unternehmensbereichen, ist zur Bestimmung der gemeindlichen Einflußnahmemöglichkeiten auf die konzernleitenden Maßnahmen der Holding nicht deren generelle Qualifizierung als zur laufenden Geschäftsführung oder zur Unternehmenspolitik¹⁾ gehörend erforderlich. Bedeutsam ist insoweit lediglich die Feststellung, daß die Gemeinde die Geschäftsführer der Holding-GmbH für die Ausübung der Beteiligungsrechte und der Rechte aus den bestehenden Beherrschungsverträgen durch Aufstellung eines konzernpolitischen Konzepts, und durch - gegebenenfalls satzungsmäßig normierte - Einzelanweisungsrechte bis in den Bereich der laufenden Tagesgeschäftsführung, binden kann.

II. Die mitbestimmte GmbH

Fällt die Holding als GmbH unter das Mitbestimmungsgesetz 1976, so erhält sie gem. § 6 Abs. 1 einen Aufsichtsrat als drittem, nunmehr obligatorischem, Gesellschaftsorgan, welches entsprechend dem aktienrechtlichen Aufsichtsrat die Geschäftsführung zu überwachen hat²⁾. Gemäß § 7 MitbestG ist der Aufsichtsrat

1) Vgl. hierzu SCHNEIDER, Konzernleitung als Rechtsproblem, in: BB 1981, 249 (251 f.); DERS., Die Mitverwaltung der Gesellschafter in der verbundenen GmbH, in: EMMERICH u. a., Der GmbH-Konzern, S. 78 (95 ff.) m.w.Nachw.

2) Vgl. § 25 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MitbestG i.V.m. § 111 Abs. 1 AktG.

paritätisch, d. h. mit jeweils der Anzahl Anteilseigner - wie Arbeitnehmervertretern zu besetzen. Unter den Aufsichtsratsmitgliedern müssen sich gem. § 7 Abs. 1 MitbestG immer eine bestimmte Anzahl Gewerkschaftsvertreter befinden¹⁾.

Je nach der Art der Überwachungsrechte, mit denen der Aufsichtsrat ausgestattet ist, ist so die Integration von Interessen in die Entscheidungsabläufe der Holding-GmbH denkbar, die sich dem Einfluß der Gemeinde entziehen.

So kann das Abstimmungsverhalten der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat im Gegensatz zu den Interessen der Gemeinde stehen, die diese als Anteilseignerin zu wahren sucht. Diese Feststellung kann in besonderem Maße für die Vertreter von Gewerkschaften gelten, da diese möglicherweise einem gewerkschaftspolitischen Konzept verpflichtet sind.

Auch ist nicht generell von denjenigen Arbeitnehmervertretern eine Ausrichtung auf die gemeindlichen Interessen zu erwarten, die gleichzeitig Ratsmitglieder sind. Diese können einmal als Gewerkschaftsvertreter i.S.d. § 7 Abs. 2 MitbestG, aber auch als Arbeitnehmer eines konzernbeteiligten Unternehmens²⁾ in den Aufsichtsrat der Holding gelangt sein. Ob diese im Konfliktfall eher den kommunalen oder den Interessen der Arbeitnehmer folgen, entzieht sich einer allgemeinverbindlichen Aussage.

1) So z. B. bei dem aus 20 Mitgliedern bestehenden Aufsichtsrat der StwN Nürnberg nach § 7 Ziff. 3: drei Vertreter von Gewerkschaften.

2) Eine solche Konstellation ist denkbar, da von den kommunalwirtschaftlichen Inkompatibilitätsvorschriften nur (leitende) Angestellte der kommunalen Unternehmen, und nicht deren Arbeitnehmer, die den mitbestimmungsrechtlichen Wahlkörper bilden, betroffen sein können. Vgl. hierzu SCHEFOLD, BVerfG und kommunalwirtschaftliche Inkompatibilität - zu BVerfGE 48, 64, in: JuS 1980, 493 ff.

Schließlich gewährleisten nicht einmal die Vertreter der Gemeinde als Anteilseignerin im Aufsichtsrat eine Übereinstimmung der Abstimmungsergebnisse mit den gemeindlichen Interessen, selbst wenn diese in der Regel durch die Zweitstimme des Aufsichtsratsvorsitzenden nach § 29 Abs. 2 MitbestG ein Übergewicht gegenüber den Arbeitnehmervertretern geltend machen können¹⁾. Denn alle Aufsichtsratsmitglieder sind in der Ausübung ihres Amtes lediglich auf das Unternehmensinteresse verpflichtet und an keinerlei Weisung der Gemeinde gebunden. Richtlinien und Empfehlungen können, aber müssen sie nicht befolgen²⁾. Daher ist aus der Sicht der Gemeinde auch weder das Ergebnis der Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden, noch dessen Ausübung des Zweitstimmrechts rechtlich bestimmbar.

Kann der Aufsichtsrat daher, rechtlich betrachtet, als Gegenpart zu den Interessen der Gemeinde als Anteilseignerin angesehen werden, kommt es entscheidend auf die dem Aufsichtsrat in der mitbestimmten GmbH gesetzlich zugewiesenen Kompetenzen an. Die Auswirkungen des Mitbestimmungsgesetzes auf das Kompetenzgefüge einer GmbH und insbesondere auf die

1) Zur Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden nach § 27 MitbestG FITTING/WLOTZKE/WISSMANN, Mitbestimmungsgesetz § 27 Rdn. 2, 8 ff. Danach können die Anteilseignervertreter bei einheitlichem Abstimmungsverhalten den Vorsitzenden des Aufsichtsrates wählen - § 27 Abs. 2 MitbestG -, wenn sich nicht schon mit den Stimmen der Arbeitnehmervertreter die 2/3-Mehrheit des § 27 Abs. 1 MitbestG gefunden hat. So wurden beispielsweise im Nürnberger Holding-Konzern Bürgermeister und Oberbürgermeister als Aufsichtsratsvorsitzende gewählt, vgl. S. 32 dieser Arbeit.

2) FITTING/WLOTZKE/WISSMANN, a.a.O., § 25 Rdn. 78 u. 94; zu den verschiedenen Versuchen, diesem gesellschaftsrechtlichen Faktum für in öffentlicher Hand befindliche Unternehmen eine andere Bewertung entgegenzuhalten statt vieler SCHMIDT-JORTZIG, Kommunalrecht Rdn. 726 m. Verweis auf NESSELMÜLLER, Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinden auf ihre Eigengesellschaften, S. 73 ff.

Gesellschafterrechte ist Gegenstand einer seit Einführung des Gesetzes anhaltenden Diskussion und ist noch nicht völlig geklärt. Die Schwierigkeiten ergeben sich daraus, daß das Mitbestimmungsgesetz, indem es gem. § 6 Abs. 1 für alle mitbestimmungspflichtigen Unternehmen einen Aufsichtsrat obligat macht und ihn gem. § 25 Abs. 1 im wesentlichen mit den Rechten des aktienrechtlichen Aufsichtsrates ausstattet, prinzipiell an das Kompetenzgefüge der Aktiengesellschaft anknüpft, ohne den bei der GmbH bestehenden Besonderheiten ausdrücklich Rechnung zu tragen. Die Eigenverantwortlichkeit des AG-Vorstandes nach § 76 AktG und auch § 119 Abs. 2 AktG, wonach die Hauptversammlung in Fragen der Geschäftsführung nur auf Verlangen des Vorstandes entscheiden kann, schließen Weisungs- und Letztentscheidungsrechte der Gesellschafter, wie sie bei der GmbH bestehen, für die Aktiengesellschaft aus. Das Schicksal dieser, für das Kompetenzgefüge einer mitbestimmungsfreien GmbH typischen, Gesellschaftsrechte ist daher für die mitbestimmte GmbH äußerst umstritten¹⁾.

Die mitbestimmungsrechtliche und unternehmensverfassungsrechtliche Diskussion soll im Rahmen dieser Arbeit nicht fortgeführt werden. Es soll hier mit der überwiegenden Meinung nicht davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber generell das Kompetenzsystem einer mitbestimmten GmbH an dasjenige einer Aktiengesellschaft, mit der Folge einer völligen Eliminierung der GmbH-typischen Gesellschafterrechte, angleichen wollte. Diejenigen Autoren²⁾, die dem Mitbestimmungsgesetz einen so weitgehenden Regelungsgehalt entnehmen, lassen sich dabei allzu sehr von

1) Zu dieser Problemstellung vor allem BAUMANN, GmbH und Mitbestimmung, in: ZHR 142 (1978), 557 (558 ff.); VOLLMER, Die mitbestimmte GmbH, in: ZGR 1978, 135 f.
 2) NAENDRUP, Mitbestimmungsgesetz und Organisationsfreiheit, in: AuR 1977, 225 ff.; REICH/LEWERENZ, Das neue Mitbestimmungsgesetz, in: AuR 1976, 261 (277).

der rechtspolitischen Vorstellung leiten, der Mitbestimmungsgedanke führe zwingend zu einer Gesetzesauslegung im Sinne eines einheitlichen Unternehmensrechtes¹⁾.

Immerhin hat der Gesetzgeber seine Absicht formuliert, das Mitbestimmungsrecht "unter weitgehender Beibehaltung des geltenden Gesellschaftsrechts" zu regeln²⁾. Er hat sich damit zum Grundsatz der organspezifischen Mitbestimmung bekannt, welcher besagt, daß die Arbeitnehmer nur insoweit an der Entscheidungsfindung im Unternehmen beteiligt sind, als der Aufsichtsrat in den Entscheidungsprozeß mit eingeschaltet ist³⁾. Einen grundlegenden Eingriff in das Kompetenzgefüge der GmbH hat der Gesetzgeber nicht vornehmen wollen⁴⁾, wengleich die rechtspolitische Diskussion um das Erfordernis eines einheitlichen Unternehmensrechtes zur konsequenten Verwirklichung des Mitbestimmungsgedankens noch nicht abgeschlossen ist.

Im übrigen enthält das Mitbestimmungsgesetz selbst einen deutlichen Hinweis auf die zu berücksichtigenden strukturellen Unterschiede zwischen GmbH und AG. Es verweist im § 25 Abs. 1 Nr. 2 zur Konkretisierung der Rechte des Aufsichtsrats der mitbestimmten GmbH zwar auf § 111 AktG, nicht aber auf § 119 Abs. 2 AktG, und es regelt an keiner Stelle die Rechte der

1) Zur Kritik an den in FbN. 2 v. S. 66 dieser Arbeit genannten Autoren in diesem Sinne BAUMANN, GmbH und Mitbestimmung, in: ZHR 142 (1978), 557-562.
 2) BT-Drucks. 7/2172, S. 17; BT-Drucks. 7/4845, S. 1, zitiert bei BAUMANN, a.a.O., FbN. 6. u. 23.
 3) Vgl. hierzu HOMMELHOFF, Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH, in: ZGR 1978, 119 (141).
 4) FITTING/WLOTZKE/WISSMANN, Mitbestimmungsgesetz § 25 Rdn. 6 ff., 62.

Geschäftsführer entsprechend dem § 76 Abs. 1 AktG. Diese beiden genannten Vorschriften bilden aber den Kern der Eigenverantwortlichkeit des AG-Vorstandes, mit der besondere Gesellschafterrechte nicht vereinbar sind. Nimmt das Mitbestimmungsgesetz auf sie nicht Bezug, und läßt es die umfassende Zuständigkeit der GmbH-Gesellschafter begründenden §§ 45 Abs. 1 und 37 Abs. 1 GmbHG unberührt, so sollen prinzipiell die besonderen Gesellschafterrechte in der mitbestimmten GmbH gewahrt bleiben¹⁾.

Vor dem Hintergrund dieses Gesetzesverständnisses lassen sich die Gesellschafterrechte der mitbestimmten GmbH wie folgt umreißen:

1. Die gestärkte Stellung der Geschäftsführung

Die Geschäftsführung der mitbestimmten GmbH erlangt ein größeres Maß an Unabhängigkeit gegenüber den Gesellschaftern als die Geschäftsführung der mitbestimmungsfreien GmbH. § 31 MitbestG entzieht den Gesellschaftern insoweit die Personalkompetenz und überträgt sie auf den Aufsichtsrat. Fällt die Holding daher unter das Mitbestimmungsgesetz, ist der Gemeinde das rechtliche Instrumentarium genommen, bestimmte Personen als Geschäftsführer einzusetzen. Sie ist

1) HOMMELHOFF, Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH, in: ZGR 1978, 119 (132, 136); BAUMANN, GmbH und Mitbestimmung, in: ZHR 142 (1978), 557 (559, 561, 563); SÄCKER, Die Anpassung des Gesellschaftsvertrages der GmbH an das Mitbestimmungsgesetz, in: DB 1977, 1845; FITTING/WLOTZKE/WISSMANN, Mitbestimmungsgesetz § 25 Rdn. 63; EDER u. a., Handbuch der GmbH, Bd. I, Rdn. 430.3 (lfg. 29); REICH/LÄWERENZ, Das neue Mitbestimmungsgesetz, in: AuR 1976, 261 (227), wollen angesichts des fehlenden Verweises den § 119 Abs. 2 AktG für entsprechend anwendbar erklären. Vgl. aber hierzu BAUMANN, a.a.O., S. 563.

insoweit auf das Einvernehmen mit den Aufsichtsratsmitgliedern angewiesen¹⁾.

Je nach den dort zustande kommenden Mehrheiten bestimmt sich die Unabhängigkeit der gewählten Geschäftsführer gegenüber beiden Seiten des Aufsichtsrates²⁾.

Außerdem gilt für die Abberufung der Geschäftsführer außerhalb der fünfjährigen Amtsperiode nicht wie in der mitbestimmungsfreien GmbH der Grundsatz der jederzeitigen freien Amtsenthebung, sondern der strengere Maßstab des § 84 Abs. 3 AktG. Danach ist zur vorzeitigen Amtsenthebung ein wichtiger Grund erforderlich, den die Gemeinde als Gesellschafterin zwar durch ihren Vertrauensentzug schaffen kann, was aber gem. § 84 Abs. 3 S. 2 AktG nicht aus offenbar unsachlichen Gründen geschehen darf.

Das Mitbestimmungsgesetz stärkt so die Stellung der Geschäftsführung gegenüber den Gesellschaftern, ohne aber prinzipiell eine den §§ 76 Abs. 1, 119 Abs. 2 AktG entsprechende Eigenverantwortlichkeit der Geschäftsführer zu begründen.

1) Zu den Möglichkeiten, Richtlinien für die Bestellung der Geschäftsführer und den Inhalt der Anstellungsverträge aufzustellen RAISER, Recht der Kapitalgesellschaften, S. 258; MARTENS, Die Auswirkungen der erweiterten Mitbestimmung auf die Konzern-Praxis, in: EMMERICH u. a., Der GmbH-Konzern, 106 (130 f.); SCHILLING, in: HACHENBURG, Kommentar zum GmbH-Gesetz § 35 Anm. 36 ff.

2) Vgl. zum mehrstufigen Kompromißverfahren des § 31 Abs. 2 - 4 MitbestG HOMMELHOFF, Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH, in: ZGR 1978, 119 (132 f.); zu der aus seiner Personalkompetenz erwachsenen faktischen Macht des Aufsichtsrates auch SONNENSCHNEIN, Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, S. 216 ff.

2. Überwachung der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat

Nach dem Grundsatz der organspezifischen Mitbestimmung hat der Aufsichtsrat keine Mitentscheidungsbezugnis auf der Ebene der Gesellschafterbeschlüsse. Mitbestimmungsfrei sind daher die Entscheidungen der Gemeinde, die sie als Satzungsgeberin¹⁾ der Holding fällt sowie ihre Entscheidungen zur Bilanzfeststellung und zur Gewinnverwendung²⁾.

Das gleiche gilt für die unternehmenspolitischen Grundlagenentscheidungen, die Beschlüsse der Gemeinde zu außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen und die Beschlüsse zur Ausübung der generellen Weisungsrechte. Der Aufsichtsrat ist insoweit auf die sich aus § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG i.V.m. § 118 Abs. 2 AktG ergebende Möglichkeit beschränkt, Gesellschafterentscheidungen durch seine Teilnahme an der Gesellschafterversammlung zu beeinflussen.

Der Aufsichtsrat hat die Aufgabe, die Geschäftsführung zu überwachen. Geschäftsführungsmaßnahmen selbst können ihm nicht übertragen werden³⁾. Die Auswirkungen des Mitbestimmungsgesetzes auf das Kompetenzgefüge der mitbestimmten Holding als GmbH bestimmen sich daher nach den dem Aufsichtsrat zur Erfüllung der Überwachungsaufgabe zugewiesenen Rechten. Von besonderer Bedeutung ist insoweit der Verweis des

1) HOMMELHOFF, Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH, in: ZGR 1978, 119 (143) m. Verweis in FbN. 68 auf RAISER, Mitbestimmungsgesetz, Einleitung, Anm. 63, § 25 Anm. 63.

2) Dem Aufsichtsrat steht hier gem. § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG nur das Prüfungsrecht des § 171 AktG und nicht das Mitwirkungsrecht der §§ 172 f. AktG zu, kritisch VOLLMER, Die mitbestimmte GmbH, in: ZGR 1979, 135 (163 f.).

3) Vgl. § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG i.V.m. § 111 Abs. 1 u. 4 AktG.

§ 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG auf § 111 AktG¹⁾, der neben umfassenden Einsichts- und Prüfrechten und dem Recht, die Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung einzuberufen, dem Aufsichtsrat die Möglichkeit einräumt, bestimmte Arten von Geschäften seiner Zustimmung zu unterwerfen. - § 111 Abs. 4 S. 2 AktG.

Die Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrates stehen zu den, auch in der mitbestimmten GmbH fortbestehenden, Weisungsrechten der Gesellschafter in einem Spannungsverhältnis. Verweigert der Aufsichtsrat seine Zustimmung zu einer Maßnahme, welche auszuführen die Gesellschafter die Geschäftsführer angewiesen haben, so ist fraglich, welcher Kompetenz die Geschäftsführer sich unterordnen müssen²⁾. Vor allem in der Auflösung dieses Spannungsverhältnisses zeigt sich das Maß der durch die Aufsichtsrätskompetenzen gegebenen Verringerung des Gesellschaftereinflusses in der mitbestimmten GmbH.

a) Kein Mitbestimmungseinfluß im Kompetenzbereich der Gesellschafter?

Aus dem organspezifischen Ansatz des Mitbestimmungsgesetzes wird teilweise gefolgert, daß diejenigen Entscheidungen, die in den Kompetenzbereich der Gesellschafter fallen, nicht dem Zustimmungsvorbehalt

1) Zu den weiteren Verweisen auf die die Rechte des Aufsichtsrats regelnden Vorschriften des Aktiengesetzes FITTING/WLOTZKE/WISSMANN, Mitbestimmungsgesetz § 25 Rdn. 17.

2) RAISER, Der neue Koalitionskompromiß zur Mitbestimmung, in: BB 1976, 145 (150 f.).

des Aufsichtsrates unterworfen werden können¹⁾. Das Mitbestimmungsgesetz habe konsequent das Prinzip verwirklicht, Entscheidungen auf Gesellschafterebene der Mitentscheidung der Arbeitnehmer zu entziehen, indem es Arbeitnehmervertretern ausschließlich im Überwachungsorgan der Unternehmen, nicht aber in der Gesellschafterversammlung ein Stimmrecht gewährt. Dieses Prinzip werde umgangen, wenn der Aufsichtsrat Maßnahmen, die die Geschäftsführer zur Durchführung der Gesellschafterentscheidungen ergreifen, seiner vorherigen Zustimmung unterwerfen kann. Hierdurch würde eine dem Prinzip nach mitbestimmungsfreie Gesellschafterentscheidung zwar nicht schon auf der Gesellschafterebene, wohl aber auf der Ebene des Aufsichtsrates mitbestimmt.

Nach dieser im einzelnen von Hommelhoff²⁾ dargelegten Auffassung sind Gesellschafterentscheidungen, die ohne jegliche Mitwirkung der Geschäftsführer getroffen wurden, kontrollfest und mitentscheidungsfeindlich. Durch eine eigene Entscheidung können die Gesellschafter den Mitbestimmungseinfluß ausschalten. Der Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates kommt danach erst bei Einschaltung der Geschäftsführer in den Entscheidungsprozeß zum Zuge. Der Einfluß des

1) WIEDEMANN, Aufgaben und Grenzen der unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer, in: BB 1978, 5 (7); HOMMELHOFF, Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH, in: ZGR 1971, 119 (140 ff., 143); ZÖLLNER, Arbeitsrecht, S. 488; BERS., GmbH und GmbH & Co. KG in der Mitbestimmung, in: ZGR 1977, 319 (327 f.); MEILICKE/MEILICKE, Mitbestimmungsgesetz 1976 § 25 - 29 Rdn. 42; HOFFMANN/LEHMANN/WEINMANN, Mitbestimmungsgesetz § 25 Rdn. 92; HOFFMANN/NEUMANN, Die Mitbestimmung bei GmbH und GmbH & Co. KG nach dem Mitbestimmungsgesetz, in: GmbHR 1976, 149 (152); MARTENS, Allgemeine Grundsätze der Anwendbarkeit des Mitbestimmungsgesetzes, in: Die AG 1976, 113 (121).

2) HOMMELHOFF, a.a.O., S. 140 - 146, 150 ff.

Aufsichtsrates auf die Maßnahmen der Geschäftsführer richtet sich dann danach, ob diese Maßnahmen der Verwirklichung von Gesellschafterentscheidungen dienen, oder ob die Geschäftsführer sie allein bzw. in Zusammenwirken mit den Gesellschaftern beschlossen haben. Soweit Gesellschafterentscheidungen den Geschäftsführern einen eigenen Spielraum zur Durchführung belassen, kann der Aufsichtsrat die beschlußausführenden Maßnahmen der Geschäftsführung seinem Zustimmungsvorbehalt unterwerfen, wobei er an die Grundsatzentscheidung der Gesellschafter gebunden ist. Ebenfalls können Geschäftsführerentscheidungen, denen keine Anweisung der Gesellschafter vorausgegangen ist, vom Aufsichtsrat unter den Vorbehalt seiner Zustimmung gestellt werden.

Angesichts der beschriebenen Kompetenzstruktur in der GmbH und des für den Aufsichtsrat geltenden Geschäftsführungsverbot des § 111 Abs. 1 AktG, beschränkt sich der Mitbestimmungseinfluß nach dieser Auffassung auf solche Maßnahmen der allgemeinen Geschäftsführung, die aus der Tagesroutine herausstechen, aber noch keine außergewöhnlichen Maßnahmen sind. Im Bereich der unternehmenspolitischen und der außergewöhnlichen Maßnahmen sind Zustimmungsvorbehalte nur möglich, soweit die Gesellschafter den Geschäftsführern die Entscheidung überlassen haben.

Nach dieser Auffassung kann die Überwachungsfunktion des Aufsichtsrates in letzter Konsequenz auch bei den bedeutsamen Maßnahmen der Konzernleitung durch solche Gesellschafterbeschlüsse ausgeschaltet werden, die den Geschäftsführern keinen eigenen Entscheidungsspielraum in der Ausführung belassen.

b) Integration des Mitbestimmungseinflusses durch § 111 Abs. 4 S. 2 und 3 AktG

Andere Autoren fordern wegen des uneingeschränkten Verweises im § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG auf § 111 AktG, unter Anerkennung der GmbH-typischen Gesellschafterrechte, eine Integration des Mitbestimmungseinflusses nach dem im § 111 Abs. 4 S. 2 u. 3 AktG vorgesehenen Verfahren¹⁾.

Danach sollen entsprechend dem Grundsatz der organspezifischen Mitbestimmung die Entscheidungen der Gesellschafter zu den unternehmenspolitischen Grundsätzen, wie auch alle Einzelanweisungen zur Konkretisierung der Unternehmenspolitik, zu außergewöhnlichen Maßnahmen und im Bereich der laufenden Geschäftsführung auf der Ebene der Gesellschafter mitbestimmungsfrei bleiben. Die Maßnahmen, die die Geschäftsführer zur Durchführung der Gesellschafterbeschlüsse ergreifen, kann der Aufsichtsrat aber seiner Zustimmung gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG unterwerfen.

1) So BAUMANN, GmbH und Mitbestimmung, in: ZHR 142 (1978); 557 (577); RAISER, Mitbestimmungsgesetz § 25 Rdn. 68; SÄCKER, Die Anpassung des Gesellschaftsvertrages der GmbH an das Mitbestimmungsgesetz, in: DB 1977, 1845 (1848 f.); MERTENS, Zuständigkeiten des mitbestimmten Aufsichtsrates in: ZGR 1977, 270 (282); BALLERSTEDT, Das Mitbestimmungsgesetz zwischen Gesellschafts-, Arbeits- und Unternehmensrecht, in: ZGR 1977, 133 (153 f.); v. METTENHEIM, Der Aufsichtsrat im Kräftefeld der mitbestimmten GmbH, in: DB 1977, 447 (450); MERTENS, in: Kölner Kommentar zum AktG § 77 Rdn. 4; SCHILLING, in: HACHENBURG, Kommentar zum GmbH-Gesetz § 35 Anm. 34; FITTING/WLOTZKE/WISSMANN, Mitbestimmungsgesetz § 25 Rdn. 68, wohl aber ähnlich wie HOMMELHOFF mit der Einschränkung, daß den Geschäftsführern in der Ausführung der Gesellschafterbeschlüsse ausfüllungsbedürftige Entscheidungsspielräume verbleiben.

Eine verweigerte Zustimmung können die Gesellschafter gem. § 111 Abs. 4 S. 3 u. 4 AktG mit einer 3/4-Mehrheit überwinden.

Anders als bei der Aktiengesellschaft, bei der das Geschäft unterbleibt, wenn der Vorstand die Anrufung der Hauptversammlung unterläßt, kann die Gemeinde als Gesellschafterin der Holding-GmbH die Geschäftsführer von vornherein anweisen, ihr im Aufsichtsrat abgelehnte Geschäfte zur Entscheidung vorzulegen¹⁾.

Die Anwendung dieses Verfahrens sichert die Bedeutung der Gesellschafterversammlung einer mitbestimmten GmbH als Letztentscheidungsinstanz, indem es auch diejenigen Fragen der Geschäftsführung, die unter den Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats gestellt sind, letztlich wieder dem Votum der Gesellschafter zuführt. Wengleich wichtige Entscheidungen so verzögert werden können, erlangt der Aufsichtsrat bei diesem Verständnis der Integration der Mitbestimmung in das GmbH-Recht nicht etwa die funktionale Qualität einer Unternehmensversammlung oder eines obersten Gesellschaftsorgans, in welchem die Arbeitnehmer systemwidrig bereits an den Grundlagenentscheidungen der Gesellschafter selbst beteiligt werden²⁾. Im Aufsichtsrat können nur solche Gesellschafterentscheidungen endgültig zu Fall gebracht werden, für die sich lediglich eine einfache Mehrheit findet. Das Mitbestimmungsrecht enthält so auch ein Element des Minderheitenschutzes auf der Gesellschafterebene.

1) So FITTING/WLOTZKE/WISSMANN, Mitbestimmungsgesetz § 25 Rdn. 69; SÄCKER, Die Anpassung des Gesellschaftsvertrages der GmbH an das Mitbestimmungsgesetz, in: DB 1977, 1845 (1849); nach DUDEN, Mitbestimmung in Konzernverhältnissen nach dem Mitbestimmungsgesetz, in: ZHR 141 (1977), 145 (178), kann die Gesellschafterversammlung gleich mit 3/4-Mehrheit auf Vornahme des vom Aufsichtsrat abgelehnten Geschäfts entscheiden, egal ob die Geschäftsführer die Angelegenheit vorgelegt haben oder nicht.

2) So aber HOMMELHOFF, Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH, in: ZGR 1978, 119 (142, 144).

Maßnahmen, die aufgrund von Gesellschafteranweisungen getroffen werden sollen, müssen entweder vom Aufsichtsrat mitgetragen werden, oder aber auf einer breiten Gesellschaftermehrheit beruhen.

Für die gemeindliche Holding-GmbH hat die qualifizierte Mehrheit des § 11 Abs. 4 S. 4 AktG keine praktische Bedeutung. Die Meinungsbildung in dieser Eigengesellschaft ist auf der Gesellschafterebene nach Durchführung des parlamentarischen Verfahrens grundsätzlich einheitlich, wofür die Weisungsrechte der Gemeinde gegenüber ihren Vertretern in der Gesellschafterversammlung sorgen.

Nach diesem Verständnis können auch die konzernleitenden Maßnahmen der Holding unter den Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats gestellt werden¹⁾, um so im Verfahren des § 111 Abs. 4 S. 3 u. 4 AktG letztlich von der Gemeinde als Holding-Gesellschafterin verbindlich geregelt zu werden. Das gilt unabhängig davon, ob die konkrete konzernleitende Maßnahme auf einer Initiative der Holdinggeschäftsführer oder auf einer Gesellschafteranweisung beruht.

Zur Vermeidung von Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftsorganen der Holding über das Recht des Aufsichtsrates, im Bereich der konzernleitenden Maßnahmen Zustimmungsvorbehalte zu begründen, empfiehlt es sich, bereits in der Satzung der Holding eine eindeutige Aussage zu machen. Hierbei kommt allerdings nur die

1) FITTING/WLOTZKE/WISSMANN, Mitbestimmungsgesetz § 30 Rdn. 21 für konzernleitende Maßnahmen einer Aktiengesellschaft, § 25 Anm. 68 a.E., 49 für die GmbH; WÜRDINGER, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, Bd. IV, § 308 Anm. 5 allgemein für die "herrschende Gesellschaft".

positive Aufnahme der Konzernmaßnahmen in den Katalog der zustimmungsbedürftigen Geschäfte in Betracht, da nach allgemeiner Ansicht eine einschränkende Satzungsregelung nicht zulässig ist¹⁾.

c) Die Ausübung der Beteiligungsrechte nach § 32 MitbestG

Für die Ausübung der Rechte, die die Holding als Anteilseignerin anderer Unternehmen hat, gilt im Hinblick auf die Kompetenzen der Gemeinde als Holding-Gesellschafterin grundsätzlich das oben Gesagte. Es greifen hier die umfassenden Weisungsrechte der Gemeinde gegenüber den Geschäftsführern ein sowie auch der Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG. Eine verweigerte Zustimmung des Aufsichtsrates kann dann auch hier durch qualifiziert mehrheitlichen Gesellschafterbeschuß überspielt werden²⁾.

§ 32 MitbestG enthält demgegenüber für die Fälle einer mindestens 25prozentigen Beteiligung an einer ebenfalls unter das Mitbestimmungsgesetz fallenden Untergesellschaft für die Ausübung bestimmter Beteiligungsrechte³⁾ eine abweichende Regelung. Danach

1) FITTING/WLOTZKE/WISSMANN, Mitbestimmungsgesetz § 25 Rdn. 68; SÄCKER, Die Anpassung des Gesellschaftsvertrages der GmbH an das Mitbestimmungsgesetz, in: DB 1977, 1845 (1848) m. umfangr. Nachw. in FFn. 32; a.A. HÖLTERS, Satzungsgestaltung und Organisationsstruktur von Unternehmen bei Einführung der qualifizierten Mitbestimmung, in: BB 1975, 797 ff.; HOFFMANN/NEUMANN, Die Mitbestimmung bei GmbH und GmbH & Co. KG nach dem Mitbestimmungsgesetz, in: GmbHR 1976, 149 (152).

2) FITTING/WLOTZKE/WISSMANN, a.a.O., § 32 Rdn. 28 zu der Ausübung der außerhalb des § 32 MitbestG stehenden Beteiligungsrechte.

3) § 32 betrifft die Rechte bei der Bestellung, den Widerruf der Bestellung und die Entlastung von Verwaltungsträgern

können die gepannten Beteiligungsrechte von den Geschäftsführern nur aufgrund von Beschlüssen des Aufsichtsrates ausgeübt werden, die der Mehrheit der Stimmen der Anteilseignervertreter bedürfen¹⁾.

Die Ausübung der erfaßten Beteiligungsrechte ist daher dem Mitbestimmungseinfluß der Arbeitnehmervertreter entzogen und in den Kompetenzbereich der Anteilseignervertreter gestellt. Von diesen ist zwar eher eine Ausrichtung auf die gemeindlichen Interessen zu erwarten als von den Arbeitnehmervertretern. Da ein entsprechendes Abstimmungsverhalten aber keineswegs gewährleistet ist, gewinnen auch hier wieder die GmbH-typischen Sonderrechte der Gesellschafter Bedeutung, deren Ausübung (Weisung an Geschäftsführer) auch im Bereich des § 32 MitbestG die Einschaltung der Anteilseignervertreter des Aufsichtsrates entbehrllich macht²⁾.

Fortsetzung Fußn. 3 v. S. 77

- die Beschlußfassung über die Auflösung, Verschmelzung oder Umwandlung des anderen Unternehmens
- den Abschluß von Unternehmensverträgen mit dem anderen Unternehmen
- die Beschlußfassung über die Fortsetzung nach Auflösung der Untergesellschaft
- die Beschlußfassung über die Übertragung des Vermögens.

Vgl. FITTING/WLOTZKE/WISSMANN, Mitbestimmungsgesetz § 32 Rdn. 10 u. 13; DUDEN, Mitbestimmung in Konzernverhältnissen nach dem Mitbestimmungsgesetz, in: ZHR 141 (1977), 145 (156).

- 1) Kritisch zu § 32 MitbestG als einer die Steigerung des Mitbestimmungseinflusses im Konzern zu verhindern suchenden Vorschrift FITTING/WOLTZKE/WISSMANN, a.a.O., § 32 Rdn. 2 ff. und DUDEN, a.a.O., 155 ff.
- 2) FITTING/WLOTZKE/WISSMANN, a.a.O., § 32 Rdn. 14 m.w.Nachw.; anders HOFFMANN/LEHMANN/WEINMANN, Mitbestimmungsgesetz § 32 Rdn. 23.

d) Arbeitsdirektor

Die Geschäftsführung der mitbestimmten GmbH ist gem. § 33 MitbestG um einen Arbeitsdirektor erweitert. Er ist gleichberechtigtes Mitglied des gesetzlichen Vertretungsorgans mit der besonderen Ressortzuständigkeit für personelle und soziale Angelegenheiten. Durch ihn ergeben sich keine Besonderheiten für die dargestellte Kompetenzstruktur der mitbestimmten GmbH, da das Gesetz ihm keine weisungsfreie Sonderstellung eingeräumt hat¹⁾.

3. Zusammenfassung zur Stellung der Gemeinde im Kompetenzsystem der normal statuarischen mitbestimmten GmbH

Die Gemeinde kann die geschäftsführende Position der GmbH nur über den Aufsichtsrat besetzen. Dort wird die Geschäftsführung von den nichtweisungsgebundenen Vertretern der Anteilseignerin (Gemeinde) und der Arbeitnehmer in paritätischer Besetzung gewählt. Hierbei kann das Zweitstimmrecht des Aufsichtsrats-Vorsitzenden zu einem den gemeindlichen Interessen entsprechenden Abstimmungsergebnis führen, wenn nicht bereits beide Seiten des Aufsichtsrats entsprechend abgestimmt haben. Die direkte Personalkompetenz aber hat die Gemeinde im Vergleich zur nichtmitbestimmten GmbH verloren.

Der Verlust der Personalkompetenz bewirkt allerdings keine wesentliche Verschlechterung gemeindlicher Einflußnahmemöglichkeiten, da die Gemeinde auch in der mitbestimmten GmbH, anders als in der Aktiengesellschaft, nicht auf eine interessenorientierte Personalpolitik angewiesen ist, sondern als Gesellschafterin

1) HOMMELHOFF, Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH, in: ZGR 1978, 119 (139 ff.) m.w.Nachw.

ausreichend Möglichkeiten der direkten Einflußnahme auf die Geschäftsführung hat.

Die Gemeinde verfügt als alleinige Gesellschafterin der Holding über die unternehmenspolitische Grundlagenkompetenz und hat die Möglichkeit, die Geschäftsführung durch konkrete Einzelanweisungen maßgeblich in ihrem Interesse zu lenken. Das gilt auch und vor allem im Bereich der konzernleitenden Maßnahmen sowie bei der Ausübung von einfachen und von Beteiligungsrechten des § 32 MitbestG. Diese Kompetenzzuweisung wird nach der hier vertretenen Ansicht durch die dem mitbestimmten Aufsichtsrat zugewiesenen Rechte nicht wesentlich beeinträchtigt, da die Überwindung einer verweigerten Zustimmung im Verfahren nach § 111 Abs. 4 S. 4 AktG in der Holding als Unternehmen mit einheitlicher Willensbildung auf Gesellschafterebene keine Schwierigkeiten bereitet und allenfalls zu einer Verzögerung der Durchführung von Gesellschafterbeschlüssen führen kann.

C) Kompetenzstruktur zwischen der Holding und ihren Töchtern

Die Leitungsbefugnisse der Holding gegenüber den Unternehmen, an denen sie beteiligt ist, ergeben sich aus ihren Rechten als Anteilseignerin und gegebenenfalls aus bestehenden unternehmensvertraglichen Beziehungen. Es ist zwischen den verschiedenen Rechtsformen der Untergesellschaften zu unterscheiden. Bei denjenigen Unternehmen, die sich nicht im vollständigen Anteilbesitz der Holding befinden, und zu denen keine unternehmensvertragliche Beziehungen bestehen, ist zu beachten, daß die Leitungsbefugnisse um das Maß der Beteiligung Dritter an diesen Unternehmen verringert sind. Mit einer Beteiligung unterhalb von 25 % können Dritte Beschlüsse verhindern,

die laut Satzung oder Gesetz Einstimmigkeit erfordern, mit einer über 25 % liegenden Beteiligung solche, die einer qualifizierten (3/4-)Mehrheit bedürfen¹⁾.

Die folgenden Ausführungen gelten denjenigen Holding-Töchtern, die in vollständigem Anteilbesitz der Holding stehen. Zur Veranschaulichung der möglichen Konsequenzen einer Beteiligung Dritter an den Untergesellschaften für das Leitungsgefüge sei hier noch einmal auf den Freiburger Konzern verwiesen²⁾.

I. Töchter in der Rechtsform der GmbH

Die Leitungsmacht der Holding gegenüber Gesellschaften mbH entspricht den unter B dargestellten Befugnissen der GmbH-Gesellschafter in dieser Unternehmensform. Soweit die Untergesellschaft mangels entsprechender Anzahl an Arbeitnehmern nicht mitbestimmt ist, kommen die umfassenden Weisungsrechte uneingeschränkt zur Geltung. Im Falle der Anwendung des Mitbestimmungsrechts hat die Holding die Personalkompetenz für die Wahl der Geschäftsführer verloren. Sie kann jedoch eine verweigerte Zustimmung des Aufsichtsrates der Tochter-GmbH zur Ausführung einer Anweisung durch erneuten Beschluß nach § 111 Abs. 4 S. 4 AktG überwinden, um so mit einer möglichen Verzögerung letztlich ihre Vorstellungen durchsetzen zu können³⁾.

1) RAISER, Recht der Kapitalgesellschaften, S. 108 u. S. 245, zu den Mehrheitserfordernissen bei Aktiengesellschaften und Gesellschaften mbH. Von größter Bedeutung ist die gesetzliche 3/4-Mehrheit für die Grundlagenbeschlüsse der Unternehmen.

2) S. 45 ff. dieser Arbeit.

3) SONNENSCHNEIDER, Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, S. 223; Einzelprobleme zur konzernabhängigen GmbH DUDEN, Zur Mitbestimmung in Konzernverhältnissen nach dem Mitbestimmungsgesetz, in: ZHR 141 (1977), 145 (174 ff.).

Die Zwischenschaltung einer Holding-GmbH hat demnach für die gemeindlichen Einwirkungsmöglichkeiten auf eine GmbH in rechtlicher Hinsicht weder gravierende positive noch negative Auswirkungen.

II. Töchter in der Rechtsform der Aktiengesellschaft

1. Leitungsmacht durch Ausübung der Beteiligungsrechte

Bei den Holding-Töchtern in der Rechtsform der Aktiengesellschaft beschränken sich die Rechte der Holding aus der bestehenden Beteiligung auf die Stimmrechtsabgabe in der Hauptversammlung und somit auf die der Hauptversammlung zugewiesenen Kompetenzen.

Die Hauptversammlung ist vor allem zuständig für alle die Grundlagen der Aktiengesellschaft betreffenden Entscheidungen¹⁾. Dies sind Satzungsänderungen²⁾, Maßnahmen der Kapitalbeschaffung und der Kapitalherabsetzung³⁾, die Auflösung der Gesellschaft⁴⁾, Umwandlung⁵⁾, Verschmelzung⁶⁾, Zustimmung zu Unternehmensverträgen⁷⁾ und zur Eingliederung⁸⁾ sowie zur Vermögensübertragung⁹⁾.

1) RAISER, Recht der Kapitalgesellschaften, S. 99.

2) § 119 Abs. 1 Nr. 5 AktG.

3) § 119 Abs. 1 Nr. 6 AktG.

4) § 119 Abs. 1 Nr. 8 AktG.

5) §§ 362 ff. AktG.

6) §§ 340, 353 ff. AktG.

7) §§ 293 ff. AktG.

8) §§ 319 f. AktG.

9) §§ 359 ff. AktG.

Einwirkungsmöglichkeiten auf die gem. 76 Abs. 1 AktG grundsätzlich in der Eigenverantwortlichkeit des Vorstandes stehende laufende Geschäftsführung ergeben sich für die Hauptversammlung indirekt über die Wahl des Aufsichtsrats, der seinerseits für die Bestellung des Vorstandes zuständig ist. Wegen der Weisungsfreiheit der Aufsichtsratsmitglieder sind aber die personalpolitischen Einflußnahmemöglichkeiten beschränkt auf die Auswahl solcher Aufsichtsratsmitglieder, die bei der Vorstandswahl ein auf die Vorgabe der Holding ausgerichtetes Abstimmungsverhalten erhoffen lassen. Diese Aussage gilt in gleichem Maße für sämtliche dem Aufsichtsrat zugewiesenen Rechte und vor allem für die Überwachungsrechte des § 111 AktG.

Soweit die Holding-Töchter auch mitbestimmt werden, sind die indirekten Einflußnahmemöglichkeiten weiter dadurch gemindert, daß die Holding nur die Anteilseignervertreter in den Aufsichtsrat wählt, und das Abstimmungsverhalten der Arbeitnehmervertreter ebenfalls nicht zwingend den Vorstellungen der Konzernleitung folgen muß.

Weiter von Bedeutung für indirekte Einwirkungsmöglichkeiten der Holding auf die Geschäftsführung sind die außerdem im § 119 AktG aufgeführten Rechte der Hauptversammlung zur Entscheidung über die Verwendung des Bilanzgewinns, die Entlastung der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates und die Wahl der Abschlußprüfer¹⁾.

1) Zu diesen Rechten der Hauptversammlung RAISER, Recht der Kapitalgesellschaften, S. 98 f.

2. Leitungsbefugnisse der Holding aufgrund von Beherrschungsverträgen

a) Der Beherrschungsvertrag als Organisationsvertrag

Von größerer Wichtigkeit für das Leitungsgefüge zwischen der Holding und ihren Töchtern sind die sich aus den bestehenden Beherrschungsverträgen ergebenden Rechte der Holding ¹⁾.

Der Beherrschungsvertrag regelt nach allgemeiner Ansicht nicht schuldrechtliche Beziehungen zwischen den vertragschließenden Unternehmen in dem Sinne, daß Ansprüche auf ein bestimmtes Verhalten begründet werden. Er ist vielmehr ein körperschaftlicher Organisationsvertrag, der den rechtlichen Status der beherrschten Gesellschaft durch Rechtsübertragung von Organzuständigkeiten verändert. Ein Beherrschungsvertrag durchbricht den Grundsatz der alleinigen und ausschließlichen Leitung der Aktiengesellschaft durch ihren Vorstand nach § 76 AktG, indem er dem herrschenden Unternehmen vorrangig die körperschaftliche Zuständigkeit zur Ausübung der Leitung der beherrschungsvertraglich unterworfenen Gesellschaft überträgt. Das herrschende Unternehmen übernimmt so die Verantwortlichkeit für die Leitung des Gesamtkonzerns, dessen Interessen es durch die Ausübung der Leitungsmacht zu wahren nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist.

1) Zur Rechtsnatur des Beherrschungsvertrages und seiner Auswirkungen auf die Zuständigkeitsordnung des beherrschten Unternehmens statt vieler WÜRDINGER, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, Bd. IV, § 291 Anm. 11 ff.; GODIN/WILHELMI, Kommentar zum Aktiengesetz Vorbem. zu §§ 291 - 328 Anm. 8; SONNENSCHNEIN, Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, S. 319 ff., insbesondere S. 321; MARTENS, Die Auswirkungen der erweiterten Mitbestimmung auf die Konzern-Praxis, in: EMMERICH u. a., Der GmbH-Konzern, S. 106 (120).

Für die Untergesellschaft hat dies eine vollständige Änderung der unternehmerischen Interessenausrichtung zur Folge. Diese erhält durch den Beherrschungsvertrag die Sonderform einer auf das herrschende Unternehmen ausgerichteten, dem Konzerninteresse verpflichteten Konzerngesellschaft. Sie wird Teil eines gegliederten Gesamtunternehmens, dessen Interessen es zu dienen hat ¹⁾.

Instrument der organschaftlichen Leitung der beherrschten Aktiengesellschaft durch die Holding ist im Falle des Bestehens eines Beherrschungsvertrages die Ausübung des Weisungsrechtes nach § 308 AktG. Solche Weisungen der Holding konkretisieren die dem Vorstand der beherrschten Aktiengesellschaft gegenüber seinem eigenen Unternehmen gem. § 76 AktG obliegende Geschäftsführungspflicht. Er hat die Weisungen zu befolgen ohne Rücksicht darauf, ob ihr Vollzug für sein Unternehmen sachgemäß oder gar nachteilig ist. Denn Maßstab verantwortlicher Geschäftsführung des beherrschten Unternehmens ist nicht mehr deren Gesellschaftsinteresse, sondern das Konzerninteresse ²⁾. Ein eigenes Prüfrecht bleibt dem Vorstand der beherrschten Aktiengesellschaft nur im Hinblick auf einen etwaigen Verstoß gegen Gesetz oder Satzung durch Befolgen einer Weisung. Nach § 308 Abs. 2 ist er auch dann berechtigt, die Befolgung einer Weisung zu verweigern, wenn sie offensichtlich nicht den Belangen des herrschenden oder eines konzernverbundenen Unternehmens dient ³⁾.

1) So SCHNEIDER, Konzernrecht der Personengesellschaften, in: ZGR 1980, 511 (517); DERS., Konzernleitung als Rechtsproblem, in: BB 1918, 249 (251).

2) WÜRDINGER, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, Bd. IV, § 291 Anm. 13; BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER, in: Kölner Kommentar zum AktG § 308 Rdn. 11.

3) BAUMBACH/HUECK, Kommentar zum Aktiengesetz § 291 Rdn. 5.

Angesichts dieser, dem aus einem Beherrschungsvertrag berechtigten Unternehmen übertragenen, umfassenden Leitungsmacht, kann die Konzernleitung der Holding bei Vorliegen eines solchen Beherrschungsvertrages einmal erfolgen durch die Aufstellung von allgemeinen Richtlinien für die grundsätzlich zu realisierende Unternehmenspolitik. Solche Richtlinien gewähren dem Vorstand der beherrschten Aktiengesellschaft naturgemäß einen Freiraum, in dem er frei operieren kann. Zusätzlich hat die Holding das Recht der konkreten Einzelanweisung für sämtliche Maßnahmen der Leitung des Unternehmens. Sie ist dabei nicht auf die Leitung in "wesentlichen Fragen der Geschäftsführung" beschränkt. Ihre organschaftliche Zuständigkeit deckt sich vollinhaltlich mit dem im § 76 Abs. 1 AktG geregelten Zuständigkeitsbereich des Vorstandes der beherrschten Aktiengesellschaft¹⁾.

Erstreckt sich also die Weisungsbefugnis nach § 308 AktG auf das gesamte Management des beherrschten Unternehmens, so ist der Holding auch die rechtliche Möglichkeit eröffnet, Vorgaben des Gemeinwohls in die Unternehmenstätigkeit der Betriebsgesellschaften zu integrieren. Die Wahrung des Gemeinwohls kann so einer der Maßstäbe des Konzerninteresses werden. Da bei der Holding als herrschendem Unternehmen

1) Von "wesentlichen Fragen der Geschäftsführung" ging noch der Referentenentwurf zum Aktiengesetz aus. Diese Formulierung hätte eine dem § 76 AktG inhaltsgleiche Zuständigkeitsübertragung nicht enthalten. Vgl. BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER, in: Kölner Kommentar zum AktG § 308 Rdn. 5 m.w.Nachw.; WÜRDINGER, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, Bd. IV, § 308 Anm. 9, nennt beispielsweise als Gegenstände der Unternehmensführung: Beschaffung von Rohstoffen, Absatz der Erzeugnisse, Kalkulation, Bestimmung der Preise und Marktstrategie, Anweisung zur Warenlieferung und Warenbezug an oder von konzernbeteiligten Unternehmen zu von der Konzernleitung festgesetzten Preisen.

Gesellschafts- und Konzerninteresse zusammenfallen¹⁾, ist die Geschäftsleitung der Holding gegenüber ihrer Gesellschafterin (Gemeinde) an das von dieser im Rahmen ihrer Möglichkeiten als GmbH-Gesellschafterin formulierte Konzerninteresse gebunden.

b) Mitbestimmungseinfluß

Diese generelle Festlegung der umfassenden Konzernleitungsbefugnis der Holding leitet über zu der Frage des Mitbestimmungseinflusses in der beherrschten Aktiengesellschaft auf deren Maßnahmen der Geschäftsführung, die in Befolgung von Anweisungen der Konzernleitung durchgeführt werden müssen. Hier enthält § 308 Abs. 2 AktG die Regelung, daß auch der Aufsichtsrat des beherrschten Unternehmens Maßnahmen der Geschäftsführung seinem Zustimmungsvorbehalt unterwerfen und seine Zustimmung versagen kann. Er hat demnach auch im Bereich derjenigen Maßnahmen, die der Vorstand aufgrund von Weisungen der Holding ausführen muß, ein Veto-Recht. Diese Vorschrift trägt dem Mitbestimmungsgedanken auch für die beherrschte, unternehmensvertraglich gebundene Aktiengesellschaft Rechnung, indem sie hier die eigenverantwortlichen Organbefugnisse des Aufsichtsrats zur Überwachung der Geschäftsführung unangetastet läßt²⁾. Wenn der Aufsichtsrat der beherrschten Gesellschaft seine Zustimmung verweigert, so kann die Geschäftsführung der Holding die Weisungen nach § 308 Abs. 3 S. 2 AktG wiederholen, ohne daß es einer nochmaligen

1) BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER, in: Kölner Kommentar zum AktG § 308 Rdn. 11 m. Verweis auf BRACHVOGEL, Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im Konzern, S. 17 ff., zum Zusammenfallen von Konzerninteresse und Gesellschaftsinteresse bei den Gesellschaftern des herrschenden Unternehmens.

2) GODIN/WILHELMI, Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. II, § 308 Anm. 3; WÜRDINGER, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, Bd. IV, § 308 Anm. 16.

Zustimmung des Aufsichtsrats der Untergesellschaft bedarf. Weisungen der Holding sind daher in der beherrschungsvertraglich unterworfenen Aktiengesellschaft gegen den Willen ihres mitbestimmten Aufsichtsrates letztlich durchsetzbar, so daß dort kein Verlust der Steuerbarkeit durch den Mitbestimmungseinfluß festzustellen ist.

Allerdings bestimmt § 308 Abs. 3 S. 2 AktG auch, daß die wiederholte Weisung der herrschenden Gesellschaft nur mit der Zustimmung seines (im kommunalen Holding-Konzern regelmäßig nach dem Mitbestimmungsgesetz mitbestimmten¹⁾) Aufsichtsrats erfolgen darf. Diese Bestimmung kann zu einer bedeutsamen Erschwerung der Konzernleitung durch die Geschäftsführer der Holding führen. Dies veranschaulicht die folgende denkbare Situation:

Die Holding ergreift gegenüber einer beherrschten Aktiengesellschaft eine Maßnahme der Konzernleitung durch Ausübung des Weisungsrechts nach § 308 AktG. Diese Maßnahme der Konzernleitung geht auf eine Initiative der Gemeinde als Gesellschafterin der Holding zurück und wurde nach Versagung der Zustimmung des Holding-Aufsichtsrats erst im Verfahren nach § 111 Abs. 4 S. 3 u. 4 AktG durch (gemeindlichen) Gesellschafterbeschuß möglich. Der Aufsichtsrat der beherrschten Aktiengesellschaft stellt die Durchführung der Maßnahme unter den Vorbehalt seiner Zustimmung und verweigert diese. Kommt dann die Konzernleitungsmaßnahme aufgrund des § 308 Abs. 3 S. 2 AktG zur Erteilung der Zustimmung für die wiederholte Anweisung der Holding erneut zur Abstimmung in deren Aufsichtsrat, so ist davon auszugehen, daß hier die Gelegenheit genutzt wird, die betreffende Maßnahme durch Versagung der Zustimmung endgültig zu Fall zu bringen.

1) Vgl. S. 53 dieser Arbeit.

Hier zeigt sich dann die Bedeutung einer personellen Verflechtung in den Aufsichtsräten von Holding und Untergesellschaft¹⁾. Es kann nämlich nicht erwartet werden, daß ein und dieselbe Person als Aufsichtsratsmitglied der Holding in ein und derselben Frage ein anderes Abstimmungsverhalten zeigt, als als Aufsichtsratsmitglied der Untergesellschaft. Das gilt für Abstimmungen zur Begründung eines Zustimmungsvorbehaltes im gleichen Maße wie für die Abstimmung über die Zustimmung selbst. Dort, wo nicht eine Personengleichheit zu einheitlichem Abstimmungsverhalten führt, wird ein entsprechender Informationsaustausch zwischen den Aufsichtsräten eine entsprechende Wirkung haben.

Das bezeichnete Problem hat teilweise zu einer kritischen Beurteilung der gesetzlichen Möglichkeiten eines Zustimmungsvorbehaltes im Aufsichtsrat einer beherrschungsvertraglich unterworfenen Aktiengesellschaft geführt²⁾. Aus mitbestimmungsrechtlicher Sicht ist die Vorschrift zwar systemkonform. Richtigerweise ist aber festzustellen, daß der Charakter der auf einem Beherrschungsvertrag beruhenden Weisungsrechte durch die Bindung der Ausführung von angewiesenen Maßnahmen an einen möglichen Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates

1) Vgl. FITTING/WLOTZKE/WISSMANN, Mitbestimmungsgesetz § 30 Rdn. 23, die weiter auf die befriedigende Funktion dieser Vorschrift hinweisen, weil sie im Bereich der konzernleitenden Maßnahmen zu einer Planung des herrschenden Unternehmens in Abstimmung mit seinem Aufsichtsrat führen kann. Hier können dann bereits die Vorstellungen des Aufsichtsrats der beherrschungsvertraglich gebundenen Untergesellschaft berücksichtigt werden.

2) SONNENSCHNEIDER, Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, S. 209 f. m.w.Nachw.; BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER, in: Kölner Kommentar zum AktG § 308 Rdn. 28.

der beherrschten Gesellschaft verändert werden kann. Die zu befürchtenden Einbußen der Führungsdurchlässigkeit im Konzernverbund sind aber aus rechtlicher Sicht betrachtet gering. Dies gilt vor allem unter Berücksichtigung der Möglichkeit des herrschenden Unternehmens, anstatt die Weisung zu wiederholen, den Vorstand der beherrschten Aktiengesellschaft anzuweisen, die Angelegenheit nach § 111 Abs. 4 S. 3 AktG der Hauptversammlung zur Entscheidung vorzulegen¹⁾. Hier entscheidet das herrschende Unternehmen kraft seiner Stimmenmehrheit, so daß die Maßnahme letztlich gegen den Willen beider Aufsichtsräte durchgesetzt werden kann.

1) LUTTER, Mitbestimmung im Konzern, S. 46 f.; SONNENSCHNEIN, Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, S. 211; HOFFMANN/LEHMANN/WEINMANN, Mitbestimmungsgesetz § 30 Rdn. 19; FITTING/WLOTZKE/WISSMANN, Mitbestimmungsgesetz § 30 Rdn. 29, wollen aber in entsprechender Anwendung des § 308 Abs. 3 S. 2 AktG dieses Vorgehen des Vorstandes des beherrschenden Unternehmens von der Zustimmung seines Aufsichtsrats abhängig machen, da es sich letztlich um die Durchsetzung einer Weisung handle. Berücksichtigt man aber, daß in der Holding-GmbH, wie ausgeführt, auch die Maßnahmen der Konzernleitung dem Weisungsrecht der Gesellschafter unterliegen, so wird man auch hier von der Ersetzbarkeit der verweigerten Zustimmung des Aufsichtsrats durch Gesellschafterbeschluss nach § 111 Abs. 4 S. 4 AktG ausgehen müssen.

D) Abschließende Betrachtung zur Leitungsstruktur im kommunalen Holding-Konzern

Die vorstehenden Ausführungen rechtfertigen die Feststellung, daß eine Konzernierung kommunaler Unternehmen in der dem klassischen kommunalen Holding-Konzern entsprechenden Ausprägung, aus rechtlicher Sicht betrachtet, eine durchgängige Steuerungsmöglichkeit der zusammengefaßten Unternehmen durch die Gemeinde als Holding-Gesellschafterin gewährt. Ihre Einflußnahmemöglichkeiten auf die Holding-GmbH führen, bedingt durch die unternehmensvertraglich geregelte Übertragung der Organzuständigkeiten des Vorstandes der Tochter-Aktiengesellschaften auf die Holding, zur Leitung der Aktiengesellschaften weitgehend nach dem Willen der Gemeinde. Bei einem gemäßigten Verständnis der Einfügung des Mitbestimmungsrechts der Arbeitnehmer in das Kompetenzgefüge der GmbH kann die Ausführung gemeindlicher Weisungen im Konzern zwar zeitlich verzögert werden, das Letztentscheidungsrecht der Gemeinde bleibt jedoch gewahrt.

Die Gemeinde muß allerdings zur Wahrung kommunaler Interessen von ihren Befugnissen gegenüber der Holding Gebrauch machen und darf sich nicht etwa von der Geschäftsführung der Holding davon abhalten lassen. Entsprechendes gilt für die persönlichen Beziehungen zwischen der Holding und den Vorständen der Tochter-Aktiengesellschaften soweit keine Personenidentität besteht. Im Hinblick auf dieses Problem ist dem Verfasser gegenüber allerdings eine mündliche, eher pessimistische Stellungnahme des Dezernenten einer Kommune mit einem umsatzstarken Holding-Konzern abgegeben worden. Diese Stellungnahme kann aber die rechtliche Beurteilung der Einflußnahmemöglichkeiten nicht beeinflussen.

Im Vergleich zur rechtlichen Steuerbarkeit nicht Konzernierter, und vor allem nicht unternehmensvertraglich gebundener Aktiengesellschaften, bei denen Eigenverantwortlichkeit und Weisungsfreiheit des Vorstandes zu einem Ausschluß direkter Einwirkung der Gemeinde auf die Geschäftsführung führt¹⁾, stellt sich die durch eine Konzernierung in der beschriebenen Form erreichbare Steuerbarkeit als Organisationsvorteil dar, welchen zu nutzen den Gemeinden zur Verwirklichung ihrer Ingerenzpflicht angeraten werden kann.

Dieser rechtliche Befund muß auch der Beurteilung zugrunde liegen, ob die Errichtung einer Holding dem "öffentlichen Zweck" im Sinne der Zulässigkeitsvoraussetzungen für wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinden²⁾ gerecht wird. Die Zusammenfassung kommunaler Unternehmen unter einer Holding führt zu keiner zusätzlichen erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde, sondern lediglich zur Mittelbarkeit der kommunalen Wertschöpfung³⁾.

1) Statt vieler NESSELMÜLLER, Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinden auf ihre Eigengesellschaften, S. 31 ff., 68 70; SCHMIDT-JORTZIG, Kommunalrecht Rdn. 726 m. Verweis auf NESSELMÜLLER, a.a.O., S. 73 ff., zum Verhältnis kommunalrechtlicher Weisungsmöglichkeiten zu den gesellschaftsrechtlichen Zuständigkeitsregelungen der Unternehmensorgane; PÜTTNER, Die öffentlichen Unternehmen, S. 321; DERS. Das Recht der kommunalen Energieversorgung, S. 83 ff.; EMMERICH, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S. 198 - 210.

2) Zum "öffentlichen Zweck" als Zulässigkeitsvoraussetzung für wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinden nach den Gemeindeordnungen der Länder SCHMIDT-JORTZIG, a.a.O., Rdn. 686 ff. m. umfangr. Nachw.

3) SCHMIDT-JORTZIG, a.a.O., Rdn. 728, zur Holding als "gemeindemittelbar wirtschaftendes Unternehmen".

Zu fragen ist daher nicht nach der Rechtfertigung einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Holding selbst. Das Vorliegen dieser Zulässigkeitsvoraussetzung ist für jede einzelne der Holding-Töchter gesondert zu prüfen und deckt bejahendfalls das vermittelnde Erwerbsstreben der Holding als Anteilseignerin.

Der die Errichtung der Holding rechtfertigende öffentliche Zweck liegt vielmehr in der durch die Ausübung der Konzernleitung gegebenen Möglichkeit der Integration gemeindlicher Vorgaben in die Unternehmensführung der Betriebsgesellschaften sowie in der Möglichkeit, die wohlverstandenen Gemeindeinteressen zum Konzerninteresse zu machen, denen zu dienen die Betriebsgesellschaften als beherrschungsvertraglich unterworfenen Unternehmen verpflichtet sind.

Die Koordination kommunaler Wertschöpfung und deren Abstimmung auf öffentliche Interessen im Wege der Konzernleitung ist Aufgabe der Holding und gleichzeitig der ihre Errichtung rechtfertigende öffentliche Zweck. Angesichts der gegebenen Verbesserung der Einwirkungsmöglichkeiten muß die Errichtung einer Holding auch unter der Geltung solcher Gemeindeordnungen als zulässig angesehen werden, die nicht nur die Rechtfertigung der Errichtung durch einen öffentlichen Zweck verlangen, sondern bestimmen, daß - gegebenenfalls ein "dringender" (NRW) - öffentlicher Zweck das Unternehmen "erfordern" müsse (Bayern und NRW).

4. Teil

Die Besteuerung des Holding-Konzerns

A) Die Körperschaftsteuer

I. Die Steuertatbestände des § 1 Abs. 1 Ziff. 1 und 6 KStG

Nach dem geltenden Körperschaftsteuerrecht unterliegen juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht der unbeschränkten Körperschaftsteuerpflicht¹⁾. Sie sind in der abschließenden Aufzählung der Steuersubjekte des § 1 Abs. 1 Ziff. 1 - 6 KStG nicht aufgeführt.

Nach § 1 Abs. 1 Ziff. 6 KStG sind aber die "Betriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts" unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig. Die Begriffsmerkmale des Betriebes

1) KIESSLING, Körperschaftsteuer, S. 20 ff. Die unbeschränkte Körperschaftsteuerpflicht erfaßt gem. § 1 Abs. 2 KStG "sämtliche Einkünfte" und erstreckt sich sachlich auf Einkünfte i.S.d. § 2 Abs. 1 EStG. Davon zu unterscheiden ist die beschränkte Körperschaftsteuerpflicht, der die Gemeinden gem. § 2 Ziff. 2 KStG mit ihren "inländischen Einkünften, von denen ein Steuerabzug vorzunehmen ist", unterliegt. Diese Vorschrift begründet die Pflicht der bezeichneten Körperschaften, ihre im § 43 EStG genannten Kapitalerträge der Kapitalertragsteuer zu unterwerfen. Bei den Kapitalerträgen gem. § 43 EStG handelt es sich vornehmlich um solche Erträge i.S.d. § 20 Abs. 1 Ziff. 1 EStG (insbesondere Gewinnanteile aus Aktien und Anteilen an Gesellschaften mbH).
Zum Gesetzesmaterial:
Körperschaftsteuergesetz vom 31. Aug. 1976 (BGBl. I, 2597 ff.) in der Fassung der Bekanntmachung vom 10. Dez. 1981 (BStBl. 1982 I, 1 ff.), im folgenden: KStG.

gewerblicher Art sind gem. § 4 KStG¹⁾:

- Einrichtung jeder Art,
- einer nachhaltigen wirtschaftlichen Tätigkeit außerhalb der Land- und Forstwirtschaft dienend,
- zur Erzielung von Einnahmen,
- wirtschaftlich herausgehoben innerhalb der Gesamttätigkeit der juristischen Person,
- nicht zur Ausübung hoheitlicher Gewalt.

Nicht erforderlich dagegen ist:

- eine Gewinnerzielungsabsicht,
- eine Beteiligung am wirtschaftlichen Verkehr.

Unter § 1 Abs. 1 Ziff. 6 KStG fallen die gemeindlichen Regie- und Eigenbetriebe. Diese nichtrechtsfähigen Gebilde wurden nach der früher herrschenden Lehre körperschaftsteuerrechtlich verselbständigt, da sie nach den finanzpolitischen Vorstellungen des Gesetzgebers ihrer wirtschaftlichen Funktion nach den rechtsfähigen Körperschaften gleichzustellen waren²⁾. Nach neuerer Rechtsprechung des BFH³⁾ ist

Fortsetzung Fußn. 1 v. S.
Einkommensteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 6. Dez. 1981 (BStBl. I, 666 ff.), im folgenden: EStG.

- 1) Zu den Begriffsmerkmalen im einzelnen KOHORST, Die Besteuerung der Gemeindebetriebe, S. 29 ff.
- 2) KOHORST, a.a.O., S. 39 m. Verweis auf CARLEIN, Die Besteuerung der Gemeindebetriebe, S. 43 ff., sowie auf die Rechtsprechung des RFH und die ältere Rechtsprechung des BFH.
- 3) BFH-Urteil v. 13.3.1974 (BStBl. II 1974, 391), zitiert bei FELIX/STRECK, Körperschaftsteuergesetz § 4 Anm. 3; HERRMANN/HEUER § 4 KStG Rdn. 7 (Lfg. 137).

die juristische Person des öffentlichen Rechts steuerliches Zuordnungssubjekt wegen jedes einzelnen Betriebes gewerblicher Art. Danach ist das Einkommen eines jeden Betriebes gesondert zu ermitteln und gegen die juristische Person des öffentlichen Rechts festzusetzen.

Ob die gemeindlichen Eigengesellschaften - also die in Privatrechtsform errichteten Gesellschaften, deren gesamten Anteile sich in den Händen der Gemeinde befinden - als Kapitalgesellschaften i.S.d. § 1 Abs. 4 Ziff. 1 KStG begrifflich auch unter § 1 Abs. 1 Ziff. 6 KStG fallen¹⁾, oder ob hier ausschließlich die rechtlich nicht verselbständigte gewerbliche Tätigkeit der öffentlich-rechtlichen Körperschaften erfaßt werden soll²⁾, kann offenbleiben. Die Besteuerung der Eigengesellschaften erfolgt jedenfalls nach den für in Privatrechtsform gekleidete Unternehmen geltenden Vorschriften³⁾.

Nach § 4 Abs. 3 KStG gehören auch solche Betriebe zu den Betrieben gewerblicher Art. i.S.d. § 1 Ziff. 6 KStG, die der Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Gas, Elektrizität oder Wärme, dem öffentlichen Verkehr oder dem Hafenbetrieb dienen. Diese Vorschrift ordnet nicht etwa Kapitalgesellschaften mit den bezeichneten Unternehmensgegenständen dem

1) So KOHORST, Die Besteuerung der Gemeindebetriebe, S. 42. m.w.Nachw.
2) So im Ergebnis SCHÖNE, Körperschaftsteuer, Rdn. 34; HERRMANN/HEUER § 4 KStG Rdn. 15 (Lfg. 134).
3) Vgl. Abschn. 5 Abs. 23 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Ausführung des Körperschaftsteuergesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Dez. 1981 (BStBl. 1982 I, 71) = Körperschaftsteuer-Richtlinien 1981, im folgenden: KStR.

§ 1 Ziff. 6 KStG zu. Sie ist als erläuternde Vorschrift aus der im folgenden dargestellten geschichtlichen Entwicklung der Gewinnbesteuerung dieser Betriebe zu sehen.

II. Die Entwicklung der Gewinnbesteuerung öffentlicher Verkehrs- und Versorgungsunternehmen

Die gemeindlichen Betriebe waren unabhängig von ihrer Rechtsform nicht schon immer in gleicher Weise der unbeschränkten Körperschaftsteuerpflicht unterworfen, wie in privater Hand befindliche Unternehmen¹⁾. Die Gewinnbesteuerung der gemeindlichen Betriebe ist seit Anfang des Jahrhunderts immer wieder Gegenstand von Kontroversen und in deren Folge von Gesetzesänderungen gewesen, wobei die "Versorgungsbetriebe"²⁾ zunächst eine Sonderstellung einnahmen. Eindeutig sind die im Rahmen der Diskussion vorgebrachten Argumente für oder gegen die Besteuerung der gemeindlichen Betriebe den Gegnern bzw.

1) Vgl. hierzu und zu den folgenden Ausführungen die tabellarische Übersicht über die Entwicklung der Steuerpflicht gemeindlicher Unternehmen bei RITSCHL, Die Besteuerung der öffentlichen Unternehmen, S. 99; HERRMANN/HEUER § 4 KStG Rdn. 23 f. (Lfg. 134); TIEPELMANN, Politische Entscheidungsfindung über die Besteuerung öffentlicher Unternehmen, in: FRIEDRICH/KUPSCH, Die Besteuerung öffentlicher Unternehmen, S. 253 (255 ff., 272 ff.).
2) Der Begriff "Versorgungsbetriebe" entstammt dem Steuerrecht und wurde erstmalig definiert im § 7 Abs. 1 des KStG 1925 (RGBl. 1925 I, 208): solche Betriebe oder Verwaltungen, denen die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser, Gas oder Elektrizität obliegt, oder die dem öffentlichen Verkehr oder dem Hafenbetriebe dienen.

den Anhängern der kommunalen Wirtschaftsbetätigung zuzuordnen¹⁾.

Die Entwicklung der Körperschaftsteuerpflicht öffentlicher Unternehmen, speziell der Versorgungsunternehmen im oben genannten Sinne, verlief bis zum heutigen Stand in drei Entwicklungsstufen:

Vor der Finanzreform von 1919/20²⁾ wurde die Unterscheidung zwischen Einkommensteuer und Körperschaftsteuer als Gewinnsteuer für natürliche Personen einerseits und als Gewinnsteuer juristischer Personen andererseits noch nicht durchgeführt. Einheitlich unterlagen beide Steuersubjekte der Einkommensteuer als einer Ländersteuer, wobei die Einkommensteuerpflicht der nichtnatürlichen Personen sowohl des Privatrechts als auch des öffentlichen Rechts in den einzelnen Ländern unterschiedliche Tradition hatte³⁾. Nachdem die Einkommensteuerpflicht, die ursprünglich nur natürliche Personen betraf, auch auf juristische Personen des Privatrechts

1) RITSCHL, Die Besteuerung der öffentlichen Unternehmen, Einleitung in FbN. 2 m. Verweis auf SCHNETTLER, Öffentliche Betriebe, S. 161; RITSCHL, a.a.O., S. 53; FRIAUF, Zur Rechtfertigung der Steuerprivilegien öffentlicher Unternehmen, in: FRIEDRICH/KUPSCH, Die Besteuerung öffentlicher Unternehmen, S. 57 f.; BAHN, Die Besteuerung der öffentlichen Betriebe, S. 23 ff. führt in seiner zeitgenössischen Darstellung dazu aus: "Im Grunde ist dieser Kampf um die Besteuerung der öffentlichen Betriebe nur ein Ausschnitt aus dem großen Streite zwischen zwei um die Weltherrschaft ringenden Wirtschaftsideoen, dem Kapitalismus und dem Sozialismus" ... "Dieser sucht die bisherige Vormachtstellung des Kapitalismus zu brechen und die Wirtschaftsführung an sich zu reißen."

2) "Erzbergsche" Finanzreform, vgl. GREIF/MÜNZNER/KREBS, Körperschaftsteuer, Einl. S. 10.

3) GREIF/MÜNZNER/KREBS, a.a.O., Einl. S. 10; im einzelnen RITSCHL, a.a.O., S. 66.

wie auch des öffentlichen Rechts ausgedehnt worden war, blieben die Gemeinden und deren Betriebe, von Ausnahmen abgesehen, steuerfrei. Dabei wurden die Gemeinden als öffentlich-rechtliche Körperschaften in den einzelnen staatlichen Einkommensteuergesetzen entweder ausdrücklich privilegiert, oder es wurden, ohne daß es gesetzlich besonders normiert gewesen wäre, von den Gemeinden keine Steuern erhoben. Dies entsprach dem um die Jahrhundertwende als selbstverständlich vorherrschenden Gedanken, daß die Besteuerung des Staates und anderer Träger öffentlicher Gewalt durch den Staat wesensfremd sei¹⁾. Die Gemeinden konnten so die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Mittel vorrangig durch die Gewinne aus ihrer gewerblichen Betätigung decken²⁾.

Das Körperschaftsteuergesetz vom 30. März 1920³⁾ unterwarf in § 1 Ziff. 1 die juristischen Personen des öffentlichen Rechts nunmehr grundsätzlich der Steuerpflicht. § 2 normierte aber die ausdrückliche Steuerbefreiung für das Reich, die Länder und die Gemeinden (Gemeindeverbände) sowie für Unternehmungen, deren Erträge ausschließlich den bezeichneten Körperschaften zuflossen. Steuerbefreit waren somit auch die rechtlich selbständigen Kapitalgesellschaften, deren Anteilbesitz sich in den Händen der Gemeinden befand.

Die ausdrückliche Privilegierung der öffentlichen Hand kann als äußeres Zeichen des damaligen Auffassungswandels angesehen werden, daß die Steuerfreiheit

1) RITSCHL, Die Besteuerung der öffentlichen Unternehmen, S. 66.

2) Vgl. hierzu CARLEIN, Die Besteuerung der Gemeindebetriebe, S. 62, und PÜTTNER, Das Recht der kommunalen Energieversorgung, S. 220.

3) RGBl. I, 393.

der Gemeinden nicht mehr selbstverständlich war¹⁾.

Im Zuge der Schliebenschen Finanzreform von 1925 wurde die wohl ausgiebigste Debatte über die Einführung einer Körperschaftsteuerpflicht für öffentliche Unternehmen geführt²⁾.

Im Gesetz über die gegenseitigen Besteuerungsrechte des Reichs, der Länder und der Gemeinden vom 10. August 1925³⁾ wurde die Körperschaftsteuerpflicht des Reichs, der Länder und der Gemeinden "nach Maßgabe der Vorschriften des KStG manifestiert". Damit hätte sich der Gesetzgeber im Grundsatz gegen eine weitere Aufrechterhaltung der Körperschaftsteuerfreiheit der Wirtschaftsbetätigung der öffentlichen Hand entschieden. Dementsprechend sah der Entwurf des KStG 1925 eine allgemeine Steuerpflicht der Betriebe und Verwaltungen der Gemeinde vor. Hiervon sollten nur solche Betriebe und Verwaltungen ausgenommen werden, die öffentliche Gewalt ausübten oder gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecken dienen. Im KStG vom 10. August 1925⁴⁾ blieb es dann aber noch bei der Steuerbefreiung der Versorgungsbetriebe gem. § 2 Ziff. 3 Buchst. b i.V.m. § 7 KStG 1925, soweit ihre Versorgung nicht über den Bereich der Gebietskörperschaft hinausging⁵⁾.

1) CARLEIN, Die Besteuerung der Gemeindebetriebe, S. 62.

2) Eine ausführliche Darstellung der damals vertretenen Positionen bei RITSCHL, Die Besteuerung der öffentlichen Unternehmen, S. 78 - 84 m.w. Nachw.

3) RGBl. I, 252.

4) RGBl. I, 208.

5) HERRMANN/HEUER § 1 KStG Rdn. 40 (Lfg. 119) und § 4 KStG Rdn. 23 (Lfg. 137).

Die Begründung zum KStG vom 10. August 1925¹⁾ übernahm insbesondere die wettbewerbspolitische Argumentation gegen die steuerliche Ungleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen sowie den Gedanken, daß nur eine gleiche Steuerlast einen Rentabilitätsvergleich zwischen beiden Unternehmensformen möglich macht. Bei den eher dem Gemeinwohl verpflichteten als auf Gewinnerzielung bedachten Versorgungsunternehmen scheidet dagegen in der Regel der Wettbewerb mit privatwirtschaftlichen Betrieben aus, so daß eine "Heranziehung zur Steuer nicht etwa zu rationellerer Wirtschaftsführung, sondern zu einer die Allgemeinheit benachteiligenden Preiserhöhung führen würde," die auch durch das "fiskalische Interesse nicht ausgeglichen werden könnte."

Die Steuerbefreiung der Versorgungsbetriebe wurde dann endgültig im KStG vom 16. Oktober 1934²⁾ aufgehoben³⁾.

Damit wurde hinsichtlich der Steuersubjektivität der öffentlichen Unternehmen gleich welcher Rechtsform der bis heute geltende Zustand hergestellt.

III. Gewinnbesteuerung öffentlicher Unternehmen und Finanzausgleich

Auf die Argumentation für bzw. gegen die Besteuerung öffentlicher Unternehmen soll hier nicht eingegangen

1) RT-Drucks. 1924/25, Nr. 976, zit. bei RITSCHL, Die Besteuerung der öffentlichen Unternehmen, S. 71.

2) RGBl. I, 1031.

3) Das Aufkommen an Körperschaftsteuer wurde zunächst noch den Gemeinden bis 1930 überlassen, vgl. hierzu HERRMANN/HEUER § 1 KStG Rdn. 46 (Lfg. 119) und § 4 KStG Rdn. 24 (Lfg. 137); CARLEIN, Die Besteuerung der Gemeindebetriebe, S. 65.

werden¹⁾. Im Mittelpunkt der Diskussion stehen die wettbewerbpolitischen Gesichtspunkte sowie Überlegungen, ob und auf welche Weise eine Gemeinwohlorientierung öffentlicher Unternehmen steuerlich zu berücksichtigen ist. Hier begegnen sich wirtschaftliche und systempolitische Interessen. So hebt Oettle²⁾ hervor, daß die Forderung nach steuerlicher Gleichbehandlung von den Konkurrenten öffentlicher Unternehmen und von "Entstaatlichern" gestellt wird, während differenzierenden Steuerregeln von sich dem Gemeinwohl verpflichtete öffentliche Unternehmen und von "Verstaatlichern" das Wort geredet wird.

Einer generellen Aufhebung der Steuerpflicht für öffentliche Unternehmen würde insbesondere ihre Einbettung in die finanziellen Verflechtungen zwischen den Trägern von Verwaltungen entgegenstehen³⁾. Das bestehende System des Finanzausgleichs würde gestört, wenn die zu verteilenden Mittel um dem

1) Zu der Diskussion vor allem in: FRIEDRICH/KUPSCH, Die Besteuerung öffentlicher Unternehmen, die Beiträge von HIRSCH, Die Besteuerung öffentlicher Unternehmen aus der Sicht von Hans RITSCHEL, S. 93 ff., und TIEPELMANN, Politische Entscheidungsfindung über die Besteuerung öffentlicher Unternehmen, S. 253 ff.. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Aufrechterhaltung der Steuerfreiheit für die Ausübung öffentlicher Gewalt nach § 4 Abs. 5 KStG bei SELMER/SCHULZE-OSTERLOH, Besteuerung öffentlicher Unternehmen und Wettbewerbsneutralität, in: DÖV 1978, 381 ff.; dazu auch FRIAUF, Zur Rechtfertigung der Steuerprivilegien öffentlicher Unternehmen, in: FRIEDRICH/KUPSCH, a.a.O., S. 57 ff.

2) OETTLER, Grundsätze der Besteuerung öffentlicher Unternehmen - Thesen, in: FRIEDRICH/KUPSCH, a.a.O., S. 45 ff. mit Vorschlägen für eine aufgabenbezogene Besteuerung öffentlicher Unternehmen entsprechend ihrem jeweiligen Anteil der erwerbswirtschaftlichen Betätigung.

3) FRIEDRICH/KUPSCH, Betriebswirtschaftliche und finanzwissenschaftliche Aspekte der Besteuerung öffentlicher Unternehmen, in: DIES., a.a.O., S. 13 (30).

wesentlichen Betrag des Steueraufkommens öffentlicher Unternehmen geschmälert würden. Im dreigliedrigen Bundesstaat soll der Finanzausgleich entsprechend der Forderung des Grundgesetzes nach Herstellung der "Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse"¹⁾ eine Annäherung der Gebietskörperschaften in der Aufgabenerfüllung gewährleisten sowie einen möglichst gleichmäßigen Belastungs- und Leistungsstandard erreichen²⁾.

Die den Gemeinden zugeordneten primären Einnahmequellen - Gemeindesteuern i.S. von Art. 106 Abs. 6 GG (Realsteuern) - führen zu einer erheblich abweichenden Finanz- und Steuerkraft. Dies ist durch eine unterschiedliche Struktur der Gemeinden bedingt und gefährdet die angenäherte Bedarfsbefriedigung³⁾. Der kommunale Finanzausgleich soll versuchen, Abhilfe zu schaffen. Nach Art. 106 Abs. 7 GG in Verbindung mit den Finanzausgleichsgesetzen der Länder⁴⁾ weisen die Länder von ihrem Anteil am Gesamtaufkommen der Gemeinschaftsteuern, zu denen gem. Art. 106 Abs. 3 GG die Körperschaftsteuer zählt, den

1) Art. 72 Abs. 3 Ziff. 3, 106 Abs. 3 Ziff. 2 GG.

2) PAGENKOPF, Kommunalrecht Bd. 2, Wirtschaftsrecht, S. 23, und DERS., Finanzausgleich, S. 33 ff. Zu der Gefahr, der durch ein falsches Verständnis von der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse bewirkten Einengung kommunaler Selbstverwaltung, ULLRICH, Aktuelle Zielkonflikte in der gemeindlichen Selbstverwaltung, in: SCHMIDT-JORTZIG u. a., Probleme der kommunalen Selbstverwaltung, S. 63 m. Verweis auf SIEDENTOPF, Standort und Zukunft der gemeindlichen Selbstverwaltung, in: Städte- und Gemeindebund 1976, 272 (276); siehe auch zu dem Besorgnis des durch staatliche Finanzzuweisungen bewirkten Verlustes der Unabhängigkeit der empfangenden Gemeinde, SCHMIDT-JORTZIG, Kommunalrecht Rdn. 781 m. Verweis auf HERZOG; Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung, in: Der Staat, Bd. 2, 1963, 399 (409).

3) PAGENKOPF, Kommunalrecht Bd. 2, Wirtschaftsrecht, S. 25.

4) Zusammenstellung der aktuellen Landesgesetze bei: SCHMIDT-JORTZIG, Kommunalrecht in FfBn. 25 zu Rdn. 777.

Gemeinden und Gemeindeverbänden einen nach Prozentsätzen festzulegenden Teil zu. Hierbei soll ein System von Finanzausweisungen Sorge für eine gerechte Berücksichtigung der kommunalen Finanzkraftunterschiede tragen¹⁾.

Die Höhe der Ausgleichsmasse spielt aber bei dem Versuch, auf kommunaler Ebene eine angenäherte Bedarfsbefriedigung zu gewährleisten, eine wesentliche Rolle. Nur die Verteilung erheblicher Mittel kann geeignet sein, die voneinander abweichenden Lebensverhältnisse in den Gemeinden auf einen - im Idealfall - einheitlichen Stand zu bringen²⁾.

IV. Gewinnbesteuerung öffentlicher Unternehmen und steuerwirksame Organisationsbemühungen der Anteilseigner

Der Umstand, daß hinsichtlich der Steuersubjektivität von Unternehmen kein Unterschied zwischen öffentlichen und privaten Rechtsträgern gemacht wird, kann in der Praxis der Kommunalwirtschaft zu Organisationsbemühungen führen, die eine möglichst niedrige

1) Finanzwissenschaftlich gesehen handelt es sich hierbei um einen "kombinierten Finanzausgleich"; zum Begriff vgl. PAGENKOPF, Kommunalrecht Bd. 2, Wirtschaftsrecht, S. 25 u. S. 42 ff.: Die übergeordnete Körperschaft - hier das Land - erledigt in Verbindung mit der vertikalen Zuweisung an die Gesamtheit der Gemeinden einen an den unterschiedlichen Bedürfnissen ausgerichteten horizontalen Ausgleich unter den Kommunen; zur Berechnung im einzelnen PAGENKOPF, Der Finanzausgleich im Bundesstaat, S. 279 ff.; DERS., Das Gemeindefinanzsystem und seine Problematik, S. 69 ff.; zum Umfang der Zuweisungen und deren Anteil an den Gesamtressourcen der Gemeinde vgl. SCHMIDT-JORTZIG, Kommunalrecht Rdh. 781.

2) PAGENKOPF, Der Finanzausgleich im Bundesstaat - S. 279 u. S. 281 m. Verweis in FBn. 616 auf HANSMEYER, Der kommunale Finanzausgleich als

Steuerbelastung und einen hohen direkten Zufluß der Unternehmensgewinne gewährleisten sollen¹⁾. Diese Bemühungen folgen der Erkenntnis, daß der Wegfall von Steuerprivilegien für öffentliche Unternehmen auf Kosten der Finanzkraft der Gemeinden zu einer Stärkung der Finanzkraft des Bundes und der Länder führt²⁾. Sie ergeben sich vor allem aus der Überlegung, daß im Rahmen des Finanzausgleichs den Leistungen der gemeindlichen Unternehmen zur Verbundmasse nicht Zuwendungen an die Gemeinden in derselben Größenordnung gegenüberstehen müssen³⁾.

Gewiß führt dies zu einer "Finanzausgleichs-Unmoral"⁴⁾ - entsprechend der "Steuer-Unmoral" privater Steuersubjekte -, wenn die Gemeinden so einerseits an den

Fortsetzung Fußn. 2 v. S. 104

Instrument zur Förderung zentraler Orte, in: POHMER, Probleme des Finanzausgleichs, S. 83 ff. (103).

- 1) LÜDER, Steuerliche Überlegungen bei der Wahl der Rechts- und Organisationsform verselbständiger Verwaltungseinheiten, in: FRIEDRICH/KUPSCH, Die Besteuerung öffentlicher Unternehmen, S. 207 (208 ff.), mit Angaben zur Anzahl von aus steuerlichen Gesichtspunkten vorgenommenen Umwandlungen gemeindlicher Versorgungsbetriebe in den Jahren zwischen 1955 und 1973; TIEPELMANN, Politische Entscheidungsfindung über die Besteuerung öffentlicher Unternehmen, ebenda, S. 253 (274 f.).
- 2) LÜDER, a.a.O., S. 210 f. m. Verweis aus ZEISS, Die Besteuerung der öffentlichen Betriebe, in: Archiv für öffentliche und freigemeinnützige Unternehmen, Bd. 8, 1966/67, 141 (145 f.).
- 3) FRIEDRICH/KUPSCH, Betriebswirtschaftliche und finanzwissenschaftliche Aspekte der Besteuerung öffentlicher Unternehmen, in: DIES., Die Besteuerung öffentlicher Unternehmen, S. 13 (32), die vor allem darauf hinweisen, daß die Verwendung der Steuerkraftmaßzahl, in der sich auch die Steuerzahlungen aus öffentlichen Unternehmen niederschlagen, zu einer tendenziellen Benachteiligung von Gemeinden mit ausgebauten öffentlichen Unternehmen führt.
- 4) PUTTNER, Das Recht der kommunalen Energieversorgung, S. 222 f.; TIEPELMANN, Politische Entscheidungsfindung über die Besteuerung öffentlicher Unternehmen, in: FRIEDRICH/KUPSCH, Die Besteuerung öffentlicher Unternehmen, S. 253 (276) "Free-rider-Verhalten".

Mitteln des kommunalen Finanzkraftausgleichs partizipieren wollen, andererseits aber bedacht sind, ihren Betrag zur Bildung der Verbundmasse möglichst gering zu halten. Parallelen zu den privaten Steuer-subjekten ergeben sich insoweit, als diese geneigt sind, mit Steuergeldern finanzierte Leistungen des Staates in Anspruch zu nehmen, ihr eigenes Einkommen aber möglichst von Steuern ungeschmälert halten wollen.

Dieses am eigenen Wohl orientierte Verhalten der Gemeinden muß klar als ein zwangsläufig mit der Steuersubjektivität verbundener Effekt erkannt werden. Der öffentlichen Hand kann im bestehenden Steuersystem die Inanspruchnahme steuerlich vorteilhafter Gestaltungsformen nicht verwehrt werden¹⁾. Dieses gilt um so mehr, als gerade der wettbewerbspolitische Gesichtspunkt zur Gleichbehandlung der öffentlichen Hand und Privater hinsichtlich der Steuersubjektivität als Rechtsträger von Unternehmen führt.

1. Tarifäre Belastungsunterschiede für die ausgeschütteten Gewinne für Eigengesellschaften und Eigenbetriebe

Das angesprochene Bemühen der Gemeinden ist naturgemäß zu beobachten, seit gemeindliche Unternehmen der Steuerpflicht unterworfen sind, und bestimmte, auch kommunalrechtlich zulässige Organisationsformen Steuervorteile bieten. Dabei haben im Hinblick auf die Gewinnsteuern insbesondere solche Gestaltungsformen eine Bedeutung, die die Möglichkeit der Saldierung von positiven Betriebsergebnissen mit Verlusten

1) JANSON, Rechtsformen öffentlicher Unternehmen in der Europäischen Gemeinschaft, S. 307, m. Verweis auf STERN/PÜTTNER, Die Gemeindegewirtschaft - Recht und Realität, S. 92.

aus anderen Betriebszweigen bieten¹⁾. Wie später gezeigt wird, ist auch die Errichtung eines Holding-Konzern aus steuerlicher Sicht vor allem diesem Organisationsinteresse zu erklären.

Hervorzuheben sind aber auch die durch die Einführung des gespaltenen Körperschaftsteuertarifs im Jahre 1953²⁾ hervorgerufenen Umwandlungen von Eigenbetrieben in kommunale Kapitalgesellschaften³⁾. Durch die sogenannte "kleine Steuerreform" war die Besteuerung ausgeschütteter Gewinne von unbeschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaften auf 30 % ermäßigt worden, während die Eigenbetriebe weiterhin sowohl mit ihren thesaurierten als auch mit ihren ausgeschütteten Gewinnen dem Normaltarif von 60 % unterlagen. Soweit Püttner und Ritschl in ihren bereits zitierten Darstellungen der im Zusammenhang mit der Besteuerung gemeindlicher Unternehmen stehenden Streitfragen die Einführung des gespaltenen Steuersatzes als "sachlich unhaltbar" und als die Kapitalgesellschaften gegenüber den Eigenbetrieben ungerechtfertigt privilegierend qualifizieren, muß ihnen widersprochen werden:

Die Ermäßigung des Steuersatzes für ausgeschüttete Gewinne von Kapitalgesellschaften entsprach in

- 1) TIEPELMANN, Politische Entscheidungsfindung über die Besteuerung öffentlicher Unternehmen, in: FRIEDRICH/KUPSCH, Die Besteuerung öffentlicher Unternehmen, S. 253 (275) bezeichnet diese Organisationsbemühungen als "Ausbau der Verbundwirtschaft"; LÜDER, Steuerliche Überlegungen bei der Wahl der Rechts- und Organisationsform verselbstständigter Verwaltungseinheiten, ebenda, S. 207 (211 ff.), gibt Hinweise zu weiteren steuerlichen Regeln, die besondere Organisationsinteressen begründen.
- 2) Vgl. Art. 5 des Gesetzes zur Änderung steuerlicher Vorschriften und zur Sicherung der Haushaltsführung vom 24.6.1953 (BGBl. I, 413 ff.).
- 3) PÜTTNER, Das Recht der kommunalen Energieversorgung, S. 255; RITSCHL, Die Besteuerung öffentlicher Unternehmen, S. 47 u. S. 51; TIEPELMANN, a.a.O., S. 256.

erster Linie dem Bemühen des Gesetzgebers, die sich aus der damaligen Systematik der Körperschaftsteuer ergebende "Doppelbelastung" abzuschwächen¹⁾. Bis zur Einführung des Anrechnungsverfahrens im KStG 1977²⁾ unterlagen die ausgeschütteten Gewinne von Kapitalgesellschaften regelmäßig einer zweifachen Besteuerung, soweit die Anteilseigner entweder einkommen- oder körperschaftsteuerpflichtig waren. Die erwirtschafteten Gewinne wurden zunächst bei der Kapitalgesellschaft nach dem geltenden Tarif besteuert³⁾. Der verbleibende Betrag unterlag dann im Falle der Ausschüttung noch einmal zusammen mit den sonstigen Einkünften des Anteilseigners der Besteuerung nach dessen sich aus der Höhe der Einkünfte ergebenden Steuersatzes. Entsprechendes galt für den körperschaftsteuerpflichtigen Gewinnempfänger.

Die Herabsetzung des Ausschüttungssteuersatzes gewährleistete eine geringere Vorabbelastung der beim Anteilseigner noch einmal zu versteuernden Gewinne.

Eine Doppelbelastung in der beschriebenen Form konnte aber bei den Eigenbetrieben nicht eintreten, da die Gemeinden als deren Gewinnempfänger selbst nicht steuerpflichtig waren. Sollte aber durch die Einführung des gespaltenen Steuersatzes die doppelte Steuerbelastung abgeschwächt werden, so war es konsequent, einen niedrigeren Ausschüttungssteuersatz nur für solche Körperschaften einzuführen, deren Anteilseigner die erhaltenen Gewinne noch einmal

1) GREIF/MÜNZNER/KREBS, Körperschaftsteuer, S. 165, m. Verweis auf die amtliche Begründung zum Gesetz vom 24.6.1953 (BR-Drucks. 49/53).

2) Vgl. hierzu unten S. 111 ff. dieser Arbeit.

3) Zur Entwicklung des Körperschaftsteuertarifs vgl. GREIF/MÜNZNER/KREBS, a.a.O., S. 163 f.

versteuern mußten. Zwangsläufig waren daher nur die Kapitalgesellschaften zu privilegieren.

Sachlich war die Beschränkung des niedrigeren Ausschüttungssteuersatzes auf Kapitalgesellschaften durchaus gerechtfertigt. Daß die Gemeinden ihre Eigenbetriebe in Kapitalgesellschaften umbildeten, um neben ihrer Steuerfreiheit noch in den Genuß des niedrigeren Ausschüttungssteuersatzes zu kommen, ist eher eine vom Gesetzgeber nicht erkannte und unbeabsichtigte Folge gewesen. Hier ist der gesetzgeberische Fehler zu sehen, und nicht etwa in einer bewußten Privilegierung der Privatrechtsform.

Eine absolute gewinnsteuerliche Gleichbehandlung des Eigenbetriebes und der gemeindlichen Kapitalgesellschaft wäre daher nur möglich, wenn die gemeindliche Eigengesellschaften nach den für die Eigenbetriebe geltenden Vorschriften besteuert würden. Zu denken wäre etwa an die Besteuerung der Eigengesellschaften mit dem einheitlichen Steuersatz des § 23 Abs. 2 KStG 1977 von 50 %. Dieses würde jedoch gegen das Prinzip verstoßen, daß Anknüpfungspunkt der Körperschaftsteuerpflicht das Steuersubjekt und nicht der Anteilseigner ist, und auch weitere Schwierigkeiten für die Besteuerung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen mit sich bringen.

2. Belastungsunterschiede nach geltendem Recht

Nach geltendem Recht bestehen zwischen Unternehmen mit öffentlich-rechtlicher und solchen mit zivilrechtlicher Organisationsform folgende gewinnsteuerliche

Belastungsunterschiede¹⁾:

Die Gemeinden unterliegen mit ihren Betrieben gewerblicher Art dem einheitlichen Steuersatz von 50 % gem. § 23 Abs. 2 Nr. 2 KStG. Diese Einkünfte fallen nicht unter § 43 EStG²⁾ und sind mithin kapitalertragsfrei.

Bei den Eigengesellschaften ist zu unterscheiden zwischen der Belastung der ausgeschütteten Gewinne von 36 % gem. § 27 KStG, die zusammen mit der nach § 44 c Abs. 2 Nr. 2 EStG auf die Hälfte reduzierten Kapitalertragsteuer zu einer Endbelastung von 44 % führt, und der Belastung nichtausgeschütteter Gewinne, die gem. § 23 KStG der Besteuerung von 56 % unterliegen.

Die Gewinnsteuerbelastung der Eigenbetriebe ist also bei den ausgeschütteten Gewinnen um 6 % höher als bei den Eigengesellschaften; bei den einbehaltenen Gewinnen ist sie um 6 % niedriger. Der Eigenbetrieb stellt sich daher aus gewinnsteuerlicher Sicht gegenüber der Kapitalgesellschaft als günstigere Alternative dar, wenn Rücklagen gebildet werden sollen. Die Kapitalgesellschaft ist zu bevorzugen, wenn Ausschüttungen als Beitrag zum Gemeindehaushalt benötigt werden³⁾.

1) Vgl. hierzu GREIF/MÜNZNER/KREBS, Körperschaftsteuer, S. 171; FRIEDRICH/KUPSCH, Betriebswirtschaftliche und finanzwissenschaftliche Aspekte der Besteuerung öffentlicher Unternehmen, in: DIES., Die Besteuerung öffentlicher Unternehmen, S. 13 (25 ff.); LÜDER, Steuerliche Überlegungen bei der Wahl der Rechts- und Organisationsform verselbständigter Verwaltungseinheiten, ebenda, S. 207 (212 f.), beschränkt auf den Vergleich der Steuerbelastung ausgeschütteter Gewinne.

2) KIESSLING, Körperschaftsteuer, S. 23.

3) FRIEDRICH/KUPSCH, a.a.O., S. 13 (26 u. 29), weisen darauf hin, daß im Falle von ertragsstarken Unternehmen regelmäßig nur geringeres Interesse an der Bildung von Rücklagen als an Ausschüttungen besteht.

V. Das steuerliche Organisationsinteresse der Gemeinde am Holding-Konzern

1. Anteilbesteuerung nach dem Anrechnungsverfahren

Im folgenden Abschnitt wird dargestellt, zu welchen steuerlichen Konsequenzen die Bildung eines Holding-Konzerns der oben beschriebenen, in der gemeindlichen Praxis anzutreffenden, Ausprägung führt. Soweit die Holding im Verhältnis zu den Unternehmen, an denen sie beteiligt ist, nicht die Voraussetzungen der Körperschaftsteuerlichen Organschaft erfüllt - siehe hierzu unter 2) - erfolgt die Gewinnbesteuerung aus den Anteilen unter Anwendung des Körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens. Dasselbe gilt für den Anteilbesitz der Holding-Töchter.

a) Steuerpflicht der einzelnen Körperschaften und Gegenstand der Gewinnbesteuerung

Anknüpfungspunkt für die Körperschaftsteuerpflicht ist die Rechtsform des Steuersubjekts, ohne daß es auf die Beteiligungsverhältnisse oder etwa auf eine wirtschaftliche Selbständigkeit ankäme¹⁾. So unterliegen also zunächst die Betriebsgesellschaften mit ihren gesamten Einkünften gem. § 1 Abs. 2 KStG der Steuerpflicht. Soweit ein Verlust erwirtschaftet wird, bleibt das Unternehmen gewinnsteuerfrei; daneben eröffnet der Verlustabzug nach § 10 d EStG die Möglichkeit, Verluste zwei Jahre zurückzutragen bzw. auf fünf Jahre vorzutragen. Das zu versteuernde Einkommen dieser Jahre wird in Höhe des Verlustes gemindert²⁾.

1) HERRMANN/HEUER § 1 KStG Rdn. 67 (Lfg. 91) und Rdn. 20 (Lfg. 137).

2) Zum Verlustabzug vgl. FELIX/STRECK, Körperschaftsteuergesetz § 33 Anm. 4.

Auch die Holding, die Anteile an den Betriebsgesellschaften besitzt, ist als Kapitalgesellschaft körperschaftsteuerpflichtig. Bei ihren Einkünften handelt es sich, von etwaigen Einkünften aus sonstiger gewerblicher Tätigkeit abgesehen, um solche, die sich aus der Beteiligung an den Betriebsgesellschaften ergeben. Dies sind Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S. von § 8 Abs. 1 KStG i.V.m. §§ 2 Abs. 1 Ziff. 5, 20 Abs. 1 EStG. Diese Einkünfte sind gem. § 8 Abs. 2 KStG als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu behandeln¹⁾. Die Holding muß demnach grundsätzlich Körperschaftsteuer entrichten, soweit ihr aus der gehaltenen Beteiligung Gewinne zufließen. Beteiligungen an solchen Kapitalgesellschaften, die ohne Gewinn oder gar mit Verlust arbeiten, sind insoweit "steuerneutral". Denn nach dem Körperschaftsteuer- und Einkommensteuerrecht wirken sich die Verluste von Körperschaften grundsätzlich nicht beim Gesellschafter aus, lediglich der steuerpflichtigen Körperschaft selbst bleibt die Möglichkeit des Verlustabzuges nach § 10 d EStG.

b) Beseitigung der Doppelbelastung durch Anrechnung der Körperschaftsteuer

Die erwirtschafteten Gewinne einer Kapitalgesellschaft werden also zunächst bei dieser der Steuer unterworfen. Die um den Steueranteil gekürzten Ausschüttungen unterliegen dann noch einmal der persönlichen Gewinnbesteuerung des Anteilseigners. Dieser von der Steuerrechtswissenschaft als "Doppelbelastung" bezeichnete Effekt stand wegen seiner insgesamt

1) HERRMANN/HEUER § 8 KStG Erläuterung in Abs. 2 (Lfg. 124 auf grünen Blättern); FELIX/STRECK, Körperschaftsteuergesetz § 8 Anm. 26 m. Verweis auf BFH-Urteil vom 20.10.1976, in: BStBl. II 1977, 96 f.; GmBHR 1977, 21 f.; JURKAT, Das Körperschaftsteuerreformgesetz, in: Die Wirtschaftsprüfung 1976, 513 (515).

nachteiligen Auswirkungen auf die als Kapitalgesellschaften betriebenen Unternehmen ständig im Mittelpunkt der Kritik am bestehenden System der Körperschaftsteuer¹⁾.

Der Gesetzgeber hat mit der Körperschaftsteuerreform 1977 die Doppelbelastung durch die Einführung des körperschaftsteuerrechtlichen Anrechnungsverfahrens mit gespaltenem Steuersatz beseitigt²⁾.

Nach dem Grundprinzip des im 4. Teil des KStG 1977 geregelten Anrechnungsverfahrens wird die von der gewinnausschüttenden Körperschaft geleistete Körperschaftsteuer auf die persönliche Einkommen- oder Körperschaftsteuerschuld des Anteilseigners angerechnet, was letztlich zu einer Besteuerung der Ausschüttung in Höhe des persönlichen Steuersatzes des Anteilseigners führen soll. Die Spaltung des Steuersatzes von 56 % für thesaurierte Gewinne einerseits und von 36 % für ausgeschüttete Gewinne andererseits ist wegen der erfolgenden Anrechnung keine notwendige Voraussetzung für die Beseitigung der Doppelbelastung. Jedoch hätte ein für ausgeschüttete Gewinne geltender Steuersatz von 56 % zu einer einkommenspolitisch nicht erwünschten niedrigeren Barausschüttung und zu einer höheren Belastung solcher Anteilseigner geführt, bei denen keine Anrechnung der geleisteten Körperschaftsteuer auf die persönliche Steuerschuld mehr erfolgen kann. Hiervon wären beispielsweise die Gemeinden mit ihren Eigengesellschaften betroffen³⁾.

1) Vgl. hierzu GREIF/MÜNZNER/KREBS, Körperschaftsteuer, S. 11 ff.

2) FELIX/STRECK, Körperschaftsteuergesetz vor § 1 Anm. 14; GREIF/MÜNZNER/KREBS, a.a.O., S. 13.

3) Vgl. hierzu GREIF/MÜNZNER/KREBS, a.a.O., S. 14; GREIF, Die wirtschaftlichen Auswirkungen des Anrechnungsverfahrens bei der Körperschaftsteuer, S. 18; SCHÖNE, Körperschaftsteuer Rdn. 250 f.

Das Anrechnungsverfahren vollzieht sich in zwei Schritten¹⁾: Auf der Ebene der ausschüttenden Gesellschaft ist eine einheitliche Ausschüttungsbelastung von 36 % der Gewinnausschüttung vor Abzug der Körperschaftsteuer herzustellen. Sodann erfolgt die Anrechnung der auf der Ausschüttung lastenden Körperschaftsteuer auf die Steuerschuld des Anteilseigners. Die Herstellung der einheitlichen Ausschüttungsbelastung ist in den §§ 27 ff. KStG, die Anrechnung beim Anteilseigner in den §§ 36 ff. EStG, die gem. § 49 Abs. 1 KStG auch auf körperschaftsteuerpflichtige Steuersubjekte Anwendung finden, geregelt.

(1) Herstellung der Ausschüttungsbelastung

Bei der ausschüttenden Körperschaft sind die im Veranlagungszeitraum eingetretenen Vermögensmehrungen, die für eine Ausschüttung in Betracht kommen, zu ermitteln. Diese ausschüttungsfähige Masse - "verwendbares Eigenkapital" i.S. von § 29 Abs. 1 u. 2 KStG²⁾ wird zunächst nach dem geltenden Tarif mit Körperschaftsteuer belastet. Dieser Tarif beträgt gem. § 23 Abs. 1 KStG regelmäßig 56 %, er kann aber auch für bestimmte Einkommensteile kleiner sein. Es gibt auch solche Einkommensteile, die, soweit sie nicht ausgeschüttet werden, nicht der Körperschaftsteuer unterliegen.

1) Zum Anrechnungsverfahren im einzelnen: GREIF, Die wirtschaftlichen Auswirkungen des Anrechnungsverfahrens bei der Körperschaftsteuer, S. 21 - 86; GREIF/MÜNZNER/KREBS, Körperschaftsteuer, S. 199 - 298; SCHÖNE, Körperschaftsteuer Rdn. 248 ff.; FELIX/STRECK, Körperschaftsteuergesetz zu §§ 27 - 43.

2) "Für Ausschüttungen verwendbares Eigenkapital" vgl. zum Begriff FELIX/STRECK, a.a.O., § 29 Anm. 1 und ABC Anrechnungsverfahren (Überblick) Anm. 3 u. 11.

Da ein Gewinn nicht in dem Jahr ausgeschüttet werden muß, in welchem er erwirtschaftet und besteuert wurde¹⁾, ist das verwendbare Eigenkapital gem. §§ 30 u. 32 KStG je nach der Höhe der auf ihm ruhenden Belastung mit Körperschaftsteuer in Teilbeträge zu gliedern²⁾. Die Ausschüttungsbelastung von 36 % wird dann je nach der bestehenden Vorabbelastung der verwendeten Eigenkapitalteile entweder durch eine Erhöhung oder eine Minderung der Körperschaftsteuer hergestellt. Bei Ausschüttung von normaltariflich belasteten Eigenkapitalteilen erfolgt demnach eine Minderung der Körperschaftsteuer um 20 % Punkte. Dies geschieht durch eine entsprechende Erstattung an das ausschüttende Unternehmen.

Bei einem auszuschüttenden Gewinn von 100 ergibt sich bei einer Tarifbelastung von 56 % nach Abzug der Körperschaftsteuerminderung von 20 % Punkten eine Ausschüttungsbelastung von 36 % und eine Bruttodividende von 64 %³⁾.

Von der Bruttodividende erfolgt ein weiterer Steuerabzug gem. § 43 Abs. 1 Nr. 1 EStG als sogenannter Steuerabzug vom Kapitalertrag - Kapitalertragsteuer. Dieser macht gem. § 43 a Abs. 1 Nr. 1 EStG 25 % der Bruttodividende aus, was einer Belastung von 16 % der Ausschüttung vor Abzug der Körperschaftsteuer

1) KIESSLING, Körperschaftsteuer, S. 240.

2) Zur Gliederung in ungemildert (56 %) , ermäßigt (unter 56 % aber über 0) und nichtbelastete Einkommensteile vgl. KIESSLING, a.a.O., S. 262 f.

3) Vgl. die Berechnungsbeispiele bei: GREIF/MÜNZNER/KREBS, Körperschaftsteuer, S. 202; GREIF, Die wirtschaftlichen Auswirkungen des Anrechnungsverfahrens bei der Körperschaftsteuer, S. 25; FELIX/STRECK, Körperschaftsteuergesetz, S. 25 und ABC Anrechnungsverfahren Anm. 5.

entspricht. Die so als Vorauszahlung erhobene Kapitalertragsteuer wird gem. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG auf die Steuerschuld des Anteilseigners angerechnet¹⁾. Sie führt zusammen mit der Körperschaftsteuer zu einer Gesamtvorabbelastung der ausgeschütteten Gewinne in Höhe von 52 %.

(2) Anrechnung beim Anteilseigner

Die Anrechnung der Körperschaftsteuer auf die Steuerschuld des Anteilseigners soll im Ergebnis zu einer Besteuerung der Ausschüttung nach dessen steuerlichen Verhältnissen führen. Bei einkommensteuerpflichtigen Anteilseignern ergibt sich ein individueller Steuersatz aus der Höhe der Gesamteinkünfte.

Bei der gemeindlichen Holding und deren Tochtergesellschaften als Körperschaftsteuerpflichtige Gewinnempfänger führt die Anrechnung von Körperschaft- und Kapitalertragsteuer je nachdem, ob sie die erhaltenen Ausschüttungen an ihre Anteilseigner weitergeben, zu unterschiedlichen Ergebnissen.

Ausschüttungen, die an die Holding weitergegeben werden, sind der Ausschüttungsbelastung von 36 % und der 16prozentigen Kapitalertragsteuer zu unterwerfen. Dieses entspricht der bereits bei dem Holding-Enkel hergestellten Belastung.

Hinsichtlich der Ausschüttungen, die bei einer Holding-Tochter als Gewinn thesauriert werden, entsteht

1) Vgl. zum Steuerabzug vom Kapitalertrag und zur Anrechnung auf die Steuerschuld GREIF, Die wirtschaftlichen Auswirkungen des Anrechnungsverfahrens bei der Körperschaftsteuer, S. 22; KIESSLING, Körperschaftsteuer, S. 76; gem. § 44 EStG ist der Anteilseigner Schuldner dieser Steuer. Die ausschüttende Körperschaft nimmt den Steuerabzug für Rechnung des Anteilseigners vor und führt den Betrag an das Finanzamt ab.

dort eine Steuerschuld in Höhe der Differenz zwischen anrechenbarer Vorabbelastung (52 %) und Normaltarif für nichtausgeschüttete Gewinne (56 %). Dasselbe gilt für solche Ausschüttungen, die die Holding von einem Tochter-Unternehmen erhält, und die bei der Holding als Gewinn thesauriert werden, die also nicht an die Gemeinde als Anteilseignerin abgeführt werden. Auch hier entsteht eine entsprechende steuerliche Nachforderung.

Bei den Ausschüttungen der Holding an die Gemeinde ist deren Anspruch auf Erstattung der Hälfte der Kapitalertragsteuer nach § 44 c Abs. 2 Nr. 2 EStG zu beachten, der zusammen mit der bereits hergestellten Ausschüttungsbelastung von 36 % zu einer Endbelastung bei der Gemeinde von 44 % der Ausschüttung vor Abzug der Körperschaftsteuer führt.

Die Anwendung des Anrechnungsverfahrens gewährleistet, daß trotz Zwischenschaltung der Holding als einem weiteren Körperschaftsteuersubjekt keine zusätzliche Gewinnsteuerbelastung entsteht.

2. Besteuerung des Holding-Konzerns als Organkreis - Grundzüge der organschaftlichen Einkommensbesteuerung

Einer ganz anderen Besteuerungssystematik unterliegt die Holding mit denjenigen Unternehmen, mit denen sie einen Körperschaftsteuerlichen Organkreis bildet.

Die Körperschaftsteuerliche Organschaft war lange Zeit vor ihrer gesetzlichen Normierung im Jahre 1969¹⁾ lediglich ein von der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofes entwickeltes rechtstheoretisches Gebilde. Ihm lag die Überlegung zugrunde, daß rechtlich selbständige Körperschaftsteuersubjekt wirtschaftlich

1) § 7 a KStG vom 15.8.1969; BGBl. I, 1182.

betrachtet unselbständig sein können, soweit sie in bestimmter Weise in ein übergeordnetes Unternehmen, in dessen Anteilbesitz sie sich befinden, eingegliedert sind. Sie können so unter Wahrung ihrer rechtlichen Selbständigkeit mit dem übergeordneten Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit bilden und wie ein einziges Unternehmen dastehen¹⁾. Das Körperschaftsteuerrecht kannte bis zur Entwicklung der Körperschaftsteuerlichen Organtheorie keine Möglichkeit einer diesen wirtschaftlichen Gegebenheiten angepaßten Ertragsbesteuerung. Durch die Ausdehnung der bereits bei der Umsatzsteuer praktizierten Organschaftstheorie²⁾ auf die Körperschaftsteuer hatte der RFH lange vor der Einführung des gespaltenen Steuersatzes der Möglichkeit der Bildung einer wirtschaftlichen Einkommeneinheit durch mehrere selbständige Körperschaftsteuersubjekte Rechnung getragen³⁾. Danach konnten bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen übergeordnete Unternehmen als Organträger auf der einen und untergeordnete Unternehmen als Organgesellschaften auf der anderen Seite als Organkreis angesehen werden, innerhalb dessen die anfallenden Gewinne nur einmal einer Ertragsbesteuerung unterworfen werden. Die Besteuerung erfolgt lediglich beim Organträger, dem die Gewinne der Organgesellschaft zugerechnet werden⁴⁾. Die Körperschaftsteuerliche Organschaft beseitigt so in bestimmten Fällen die doppelte ertragsteuerliche Belastung ausgeschütteter Gewinne von Kapitalgesellschaften und hat daher im Prinzip

- 1) Zu diesem Ausgangspunkt der Körperschaftsteuerlichen Organschaftstheorie vgl. GREIF/MÜNZNER/KREBS, Körperschaftsteuer, S. 315 ff.; SCHÖNE, Körperschaftsteuer Rdn. 320.
- 2) Vgl. GREIF/MÜNZNER/KREBS, a.a.O., S. 316, m. Verweis auf RFH-Urteil vom 12.5.1920, in: RStBl. I, 357.
- 3) GREIF/MÜNZNER/KREBS, a.a.O., m. Verweis in FbN. 106 auf RFH-Urteil vom 31.3.1922, in: RStBl. I, S. 296; SCHÖNE, a.a.O., Rdn. 322, m. Verweis auf RFH-Urteil vom 26.7.1932, in: RStBl. 1933, 136.
- 4) SCHÖNE, a.a.O., Rdn. 323.

dieselbe Wirkung wie die Durchführung des oben dargestellten Anrechnungsverfahrens nach dem Körperschaftsteuergesetz 1977. Sie ist aber nicht etwa nach der Einführung des Anrechnungsverfahrens entbehrlich geworden, da die bei der Organschaft angewandte Methode zur Beseitigung der Mehrfachbelastung zu weitergehenden steuerrechtlichen Folgen führt, die dem Anrechnungsverfahren nicht immanent sind, und die den Gesetzgeber bewogen haben, die Organschaft auch im neuen Körperschaftsteuerrecht (§§ 14 - 19 KStG 1977) zu belassen¹⁾. Im Anrechnungsverfahren entfällt, wie oben dargestellt, die mehrfache Belastung durch Anrechnung der bereits von der ausschüttenden Gesellschaft geleisteten Körperschaftsteuer auf die Steuerschuld des Anteilseigners. Innerhalb eines Organkreises aber werden sämtliche anfallenden Ergebnisse gem. § 14 KStG dem Organträger zugerechnet und nur hier unmittelbar nach dessen Verhältnissen besteuert²⁾.

Erst diese Methode der Gewinnzurechnung eröffnet die Möglichkeit des Verlustausgleichs unter den am Organkreis beteiligten Unternehmen dergestalt, daß Verluste von Organgesellschaften die Einkünfte des Organträgers mindern, und die Steuerlast im Organkreis niedriger ist, als es die Summe der Steuern der beteiligten Unternehmen wäre³⁾.

- 1) SCHÖNE, Körperschaftsteuer Rdn. 323.
- 2) GREIF/MÜNZNER/KREBS, Körperschaftsteuer, S. 325, m. Verweis in FbN. 324 auf die Begründung zum Regierungsentwurf eines dritten Steuerreformgesetzes, vor Art. 2 § 13, BT-Drucks. 7/1470, 347; SCHÖNE, a.a.O., Rdn. 323; FELIX/STRECK, Körperschaftsteuergesetz § 14 Anm. 1.
- 3) GREIF, Die wirtschaftlichen Auswirkungen des Anrechnungsverfahrens bei der Körperschaftsteuer, S. 113, m. Verweis auf FASOLD, Organschaft und Anrechnung im Körperschaftsteuergesetz 1977, in: DStR 1976, 655; WEBER, Die Organschaft nach dem neuen Körperschaftsteuerrecht, in: DB 1976, 1784 (1786); SCHMIDT, Die Organschaft im Körperschaftsteuerrecht nach dem Körperschaftsteuerreformgesetz, in: GmbHR 1977, 7 (8); KREBS, Die Reform der Körperschaftsteuer - Grundzüge mit Beispielen, in: Sonderveröffentlichung des BB 1976, 40 ff.; SCHÖNE, a.a.O., Rdn. 323.

Sind in den Organkreis also neben den Gewinne erwirtschaftenden Unternehmen solche Betriebe einbezogen, die mit Verlusten abschließen, so fallen im gesamten Organkreis weniger Steuern an als im Falle des einfachen Anteilbesitzes unter Durchführung des Anrechnungsverfahrens.

Die Errichtung einer Organschaft muß also auch im kommunalwirtschaftlichen Bereich besonders dort von Interesse sein, wo eine Gemeinde sich sowohl in gewinnträchtigen als auch in chronisch defizitären Wirtschaftszweigen betätigt. Dies ist vor allem im Fall des Zusammentreffens eines Engagements in der Energieversorgungs- und Verkehrswirtschaft gegeben.

Die praktische Bedeutung des Verlustausgleiches zwischen Verkehrs- und Versorgungsunternehmen veranschaulichen folgende Zahlen¹⁾:

Mehr als die Hälfte der im Verband öffentlicher Verkehrsbetriebe zusammengeschlossenen Unternehmen steht mit Versorgungsunternehmen in einem den Verlustausgleich ermöglichenden Organisationsverhältnis. Hierdurch wurde beispielsweise im Jahre 1981 der gesamte von den Verkehrsunternehmen erwirtschaftete Verlust von 2 Mrd. DM in Höhe eines Anteils von 25,1 % gedeckt²⁾.

- 1) Vgl. hierzu MÜLLER-ZUR HÖRST, Die wirtschaftliche Lage öffentlicher Verkehrsunternehmen, in: Der Nahverkehr 1983, 18 ff.; VERBAND ÖFFENTLICHER VERKEHRSBETRIEBE, Statistik 1981, S. 30.
- 2) MÜLLER-ZUR HÖRST, a.a.O., S. 19 u. S. 22, zur Entwicklung des Anteils der organisatorischen Maßnahmen an der Gesamtheit der Bemühungen um Verlustausgleich. Danach erhöhte sich der Anteil der direkten kommunalen Zahlungen zum Verlustausgleich, während sich der Anteil der Verlustverrechnung durch bestimmte steuerliche Organisationsformen verringerte.

Da in der zitierten Statistik allgemein von "Querverbund mit Versorgungsbetrieben" die Rede ist, muß an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, daß nicht nur die Errichtung eines Holding-Konzerns in der dargestellten Ausprägung¹⁾ eine Gewinn-Verlust Poolung verschiedener Unternehmensbereiche ermöglicht. So ergeben sich nach Bolsenkötter für öffentliche Unternehmen daneben die folgenden theoretisch denkbaren Verbundformen:

- Zusammenschluß mehrerer Einrichtungen in einem Betrieb gewerblicher Art (Eigenbetrieb) unter bestimmten Voraussetzungen²⁾

- 1) Zu den Voraussetzungen der Körperschaftsteuerlichen Organschaft im kommunalen Holding-Konzern siehe S. 126 ff. dieser Arbeit.
- 2) BOLSENKÖTTER, Die steuerliche Behandlung des Verbundes öffentlicher Unternehmen, in: FRIEDRICH/KUPSCH, Die Besteuerung öffentlicher Unternehmen, S. 339 (343); vgl. hierzu Abschn. 5 Abs. 9 KStR m. Verweis auf BFH-Rechtsprechung. Die zusammenfassenden Betriebe gewerblicher Art müssen nach Satz 1 entweder gleichartig sein, oder (Satz 2) es muß "zwischen diesen Betrieben nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse objektiv eine enge wechselseitige technisch-wirtschaftliche Verflechtung" bestehen. Eine solche ist nach Satz 4 u. 6 ohne Prüfung zu bejahen bei Zusammenschluß von Versorgungs-, von Verkehrs- und von Hafenbetrieben sowie von Hafen- mit Verkehrsbetrieben oder von Verkehrs- oder Hafenbetrieben mit Versorgungsbetrieben; siehe auch HERRMANN/HEUER, § 4 KStG Rdn. 80 (Lfg. 134); KIESSLING, Körperschaftsteuer, S. 56; LÜDER, Steuerliche Überlegungen bei der Wahl der Rechts- und Organisationsform selbstständiger Verwaltungseinheiten, in: FRIEDRICH/KUPSCH, Die Besteuerung öffentlicher Unternehmen, S. 207 (214); krit. mit Blick auf die unbeschränkten Möglichkeiten der Zusammenfassung von öffentlichen Unternehmen in Privatrechtsform JANSON, Rechtsformen öffentlicher Unternehmen in der Europäischen Gemeinschaft, S. 299 f.; dazu auch S. 137 dieser Arbeit.

- Zusammenschluß von Betrieben gewerblicher Art in einer Kapitalgesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen¹⁾
- Eigengesellschaft oder Eigenbetrieb als Gesellschafterin eines anderen Unternehmens (Untergesellschaft)²⁾
- Körperschaftsteuerliche Organschaft zwischen zwei Betriebsgesellschaften ohne Überordnung einer Holding als Organträger³⁾
- Organschaftsverhältnis zu einer von gemeindlichen Unternehmen gebildeten Gesellschaft bürgerlichen Rechts⁴⁾

1) BOLSENKÜTTER, a.a.O., S. 344; vgl. hierzu Abschn. 5 Abs. 10 KStR, wonach auch hier objektiv eine enge wechselseitige technisch-wirtschaftliche Verflechtung verlangt und für Versorgungs-, Verkehrs- und Hafengebäudebetriebe vermutet wird.

2) BOLSENKÜTTER, a.a.O., S. 344 f.; eine Verbundwirkung ist hier beschränkt auf den Fall, daß das dividendenempfangende Unternehmen (Gesellschafterin) selbst einen Verlust erwirtschaftet. Dann führt die Anwendung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens bei der Gesellschafterin zur Erstattung der einbehaltenen Steuer. Die Verbundwirkung tritt in der Regel erst im Jahr der Ausschüttung, also mit "Phasenverschiebung" ein und kommt nicht zum Zuge, wenn die erwirtschafteten Gewinne bei der Untergesellschaft thesauriert werden.

3) BOLSENKÜTTER, a.a.O., S. 346 ff. u. S. 349, stellt aber heraus, daß bei der Verbundform "Organschaft" die Konstruktion mit einer geschäftsleitenden Holding als Organträger eine größere praktische Bedeutung hat.

4) BOLSENKÜTTER, a.a.O., S. 350 f., "Mehrmütterorganschaft", geeignet für das Zusammenwirken mehrerer Gebietskörperschaften. Zur Abbildung 4 auf S. 351: Gewinne der gemeindlichen Unternehmen A u. B würden entsprechend der über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Organträger erfolgende anteilige Ergebniszuweisung um einen etwaigen Verlust der von A u. B gehaltenen Kapitalgesellschaft steuerwirksam gemindert.

Schließlich ist festzustellen, daß in einer Kapitalgesellschaft mit verschiedenen Betriebsabteilungen (Einheitsunternehmen) im Rahmen der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung ebenfalls eine steuerwirksame Verrechnung der Ergebnisse der einzelnen Betriebsabteilungen erfolgt.

Die genannte Statistik für 1981 enthält keine Angaben über den Anteil der Holding-Konzerne an den organisatorisch möglichen Verlustausgleichsmodellen.

a) Steuerrechtliche Selbständigkeit der am Organkreis beteiligten Unternehmen und getrennte Einkommensermittlung

Organträger und Organgesellschaften bleiben selbständige Körperschaftsteuersubjekte¹⁾. Es ist daher zunächst eine getrennte Einkommensermittlung durchzuführen²⁾. Alle am Organkreis beteiligten Unternehmen bilanzieren ihr Geschäftsergebnis³⁾.

Für die kommunalwirtschaftliche Praxis ist dieses von besonderem Interesse, da so die Rentabilität eines jeden gemeindlichen Unternehmens für die kommunalen Vertretungsorgane sichtbar gemacht wird, was sich als ein Organisationsvorteil gegenüber dem gemeindlichen Einheitsunternehmen darstellt⁴⁾.

1) GREIF/MÜNZNER/KREBS, Körperschaftsteuer, S. 333.

2) GREIF/MÜNZNER/KREBS, a.a.O., S. 325; SCHÖNE, Körperschaftsteuer Rdn. 345; SCHMIDT, Die Organschaft im Körperschaftsteuerrecht nach dem Körperschaftsteuer-Reformgesetz, in: GmbHR 1977, 7 (10).

3) Vgl. FELIX/STRECK, Körperschaftsteuergesetz § 15 Anm. 3.

4) PAGENKOPF, Kommunalrecht Bd. 2, Wirtschaftsrecht, S. 190; siehe aber auch S. 156 ff. dieser Arbeit.

Die Einkommensermittlung erfolgt sowohl für Organgesellschaft als auch für Organträger grundsätzlich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 7 - 10 KStG. Danach werden alle im Veranlagungszeitraum entstehenden Vermögensmehrungen der Steuersubjekte berücksichtigt.

b) Einkommenszurechnung beim Organträger

Das gesamte Einkommen der Organgesellschaften wird dem Einkommen des Organträgers zur Versteuerung zugerechnet. Dabei bleibt der von der Organgesellschaft an den Organträger abgeführte Bilanz-Gewinn bzw. der vom Organträger an die Organgesellschaft geleistete Betrag zum Ausgleich eines Verlustes unberücksichtigt¹⁾. Unter zuzurechnendem und beim Organträger zu versteuernden Organeinkommen i.S.d. § 14 KStG wird nicht etwa das handelsbilanzielle übernommene Ergebnis verstanden, sondern das steuerliche Einkommen der Organgesellschaft vor Ergebnisabführung²⁾.

Dies hat zur Folge, daß der Organgesellschaft, von einer weiter unten zu erörternden Ausnahme abgesehen, kein eigenes zu versteuerndes Einkommen verbleibt. Würde lediglich das Bilanzergebnis der Organgesellschaft zugerechnet, verbliebe dieser ein eigenes zu versteuerndes Einkommen in Höhe der steuerlich nicht

- 1) Abschn. 57 Abs. 1 S. 1 KStR; KIESSLING, Körperschaftsteuer, S. 153.
- 2) SCHMIDT, Die Organschaft im Körperschaftsteuerrecht nach dem Körperschaftsteuer-Reformgesetz, in: GmbHR 977, 11; SCHÖNE, Körperschaftsteuerrecht, Rdn. 343; BFH-Urteil vom 29.10.1974, in: BStBl. II 1975, 126.

abziehbaren Aufwendungen und der zulässigen Rücklagen¹⁾. Die geltende Übung führt zu einer konsequenten Besteuerung des gesamten steuerlichen Organeinkommens. So werden die nichtabziehbaren Ausgaben i.S.d. § 10 KStG, die bei der Organgesellschaft als betriebswirtschaftliche Aufwandsposten gebucht sind, dem Organträger als Gewinn zur Besteuerung zugerechnet²⁾.

Bildet die Organgesellschaft zulässige freie Rücklagen i.S.d. § 14 S. 1 Nr. 5 KStG, so werden auch diese Beträge dem Einkommen des Organträgers zugerechnet und dort versteuert³⁾.

c) Verbleibendes eigenes Einkommen der Organgesellschaft

Eigenes Einkommen der Organgesellschaft, welches auch bei dieser besteuert wird, entsteht gem. § 16 KStG nur im Falle von Ausgleichszahlungen an Minderheitsgesellschafter der Organgesellschaft für die durch die Gewinnabführung erlittenen Gewinneinbußen. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob Organträger oder Organgesellschaft die Ausgleichszahlungen leisten⁴⁾.

- 1) SCHÖNE, Körperschaftsteuerrecht, der darauf hinweist, daß diese Form der Einkommenszurechnung vom BFH vor der gesetzlichen Regelung der Organschaft durchgeführt wurde.
- 2) FELIX/STRECK, Körperschaftsteuergesetz § 15 Anm. 12.
- 3) Vgl. HERRMANN/HEUER § 14 KStG Rdn. 231 ff. (Lfg. 134).
- 4) Z. B. die Dividendengarantien des § 304 AktG im Falle einer Aktiengesellschaft als Organgesellschaft, aber auch bei Ausgleichszahlungen sonstiger Kapitalgesellschaften, vgl. FELIX/STRECK, a.a.O., § 16 Anm. 3; JURKAT, Organschaft Rdn. 753.

Diese Ausgleichszahlungen mindern zwar das handelsbilanzielle Betriebsergebnis als nichtabziehbare Ausgaben i.S. von § 4 Abs. 5 Nr. 8 EStG, nicht aber das zu versteuernde Einkommen¹⁾.

VI. Die Voraussetzungen der Körperschaftsteuerlichen Organshaft im kommunalen Holding-Konzern

Die steuerlichen Wirkungen der Organshaft sollen nach dem Willen des Gesetzgebers eintreten, wenn die wirtschaftliche Betrachtungsweise die in einen Organkreis einzubeziehenden Unternehmen trotz ihrer rechtlichen Selbständigkeit als eine Einheit erscheinen läßt. Ob dies bei den gemeindlichen Holding-Konzernen der Fall ist, soll im folgenden untersucht werden.

1. Organgesellschaften

Der Kreis der denkbaren Organgesellschaften erstreckt sich gem. §§ 14 u. 17 KStG auf alle sogenannten Kapitalgesellschaften i.S. von § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG mit Sitz und Geschäftsleitung im Inland. Die im Anteilbesitz der gemeindlichen Holding stehenden Aktiengesellschaften und Gesellschaften mbH können daher Organgesellschaften im Sinne des Körperschaftsteuerrechts sein.

2. Die Holding als Organträger

§ 14 Abs. 3 KStG bezeichnet diejenigen Steuersubjekte, die grundsätzlich geeignet sind, mit ihrem Unternehmen als Organträger zu fungieren. Es sind

1) Vgl. FELIX/STRECK, Körperschaftsteuergesetz § 16 Anm. 4 und Abschn. 63 Abs. 1 S. 1 KStR.

dies natürliche Personen, soweit sie unbeschränkt steuerpflichtig i.S. von § 1 Abs. 1 oder 2 EStG sind, alle im § 1 Abs. 1 Ziff. 1 - 6 KStG 1977 genannten Steuersubjekte, soweit sie nicht von der Körperschaftsteuer befreit sind und Geschäftsleitung und Sitz im Inland haben, sowie Personengesellschaften, bei denen die Voraussetzungen der Mitunternehmerschaft¹⁾ i.S. von § 15 Abs. 1 Ziff. 2 KStG vorliegen. Auch die Personengesellschaft muß Geschäftsleitung und Sitz im Inland haben.

a) Kapitalgesellschaft i.S.d. § 1 Abs. 1 Ziff. 1 KStG

Der Kreis, der als Organträger in Betracht kommenden Rechtssubjekte, beschränkt sich also nicht auf die Kapitalgesellschaften und ist mithin weiter gefaßt als bei den Organgesellschaften. Jeder Rechtsträger kann mit seinem Unternehmen Organträger sein²⁾, wobei an das Unternehmen des Organträgers noch die weiter unten nachfolgend zu behandelnden besonderen Anforderungen zu stellen sind. Im kommunalen Holding-Konzern kann die Holding-GmbH als Kapitalgesellschaft i.S.d. § 1 Abs. 1 Ziff. 1 KStG als Organträger fungieren.

1) Mitunternehmerschaften i.S.d. § 15 Abs. 1 Ziff. 2 EStG: OHG, KG, GbR, atypische stille Gesellschaft, GmbH & Co. KG; vgl. hierzu FELIX/STRECK, Körperschaftsteuergesetz § 14 Fbn. 38.

2) SCHÖNE, Körperschaftsteuer Rdn. 328; FELIX/STRECK, a.a.O., § 14 Rdn. 4.

b) Gewerbliches Unternehmen des Organträgers

Gemäß § 14 S. 1 KStG muß der Organträger Träger eines inländischen gewerblichen Unternehmens sein, an das die Organgesellschaft ihren Gewinn abführt¹⁾.

(1) Unternehmen im aktienrechtlichen Sinne

Aus der im § 14 S. 1 KStG vorausgesetzten Eignung zum Abschluß eines Gewinnabführungsvertrages i.S.d. § 29 Abs. 1 AktG wird allgemein der Schluß gezogen, daß das Unternehmen des Organträgers die Voraussetzungen des aktienrechtlichen Unternehmensbegriffes i.S.d. dritten Buches des AktG erfüllen muß²⁾. Das ist bei den gemeindlichen Holding-Gesellschaften mbH als Handelsgesellschaften der Fall³⁾.

1) Der begriffliche Unterschied zwischen dem gewinnempfangenden Unternehmen und dem Träger dieses Unternehmens, der im Organkreis als Organträger fungiert, erlangt vornehmlich Bedeutung in dem Fall, daß eine Personengesellschaft i.S. von § 15 Abs. 1 Ziff. 2 EStG Obergesellschaft in einem Organkreis ist, vgl. insoweit JURKAT, Organschaft Rdn. 159 f. u. Rdn. 182 - 185; FELIX/STRECK, Körperschaftsteuergesetz § 14 Rdn. 38 - 53; HERRMANN/HEUER § 14 KStG Rdn. 36 (Lfg. 134); Abschn. 52 KStR.

2) JURKAT, a.a.O., Rdn. 202; DERS., Einzelfragen zur Neuregelung der körperschaftsteuerlichen Organschaft, in: BB 1970, 204 (205); HERRMANN/HEUER § 14 KStG Rdn. 37 (Lfg. 134); BFH-Urteil vom 21.1.1976, in: BStBl., 389; v. WALLIS, Zur Neuregelung der körperschaftsteuerlichen Organschaft, in: Die AG 1969, 308 (313).

3) Siehe oben zur aktienrechtlichen Unternehmensgesellschaft der Holding auf S. 33 dieser Arbeit; JURKAT, Organschaft Rdn. 208 m. Verweis in FbN. 91 auf ADLER/DÜRING/SCHMALTZ, Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, Bd. 1, vor §§ 311 - 313, Exkurs zu § 15 Tz 10, und SCHÄFER, Aktuelle Probleme des neuen Aktienrechts, in: BB 1966, 229 (231), und BAUMBACH/HUECK, Aktiengesetz § 15 Rdn. 3 a.E. und Rdn. 5; JURKAT, Einzelfragen zur Neuregelung der körperschaftsteuerlichen Organschaft, in: BB 1970, 204 (205);

(2) Gewerbsteuerpflichtig

Nach § 14 S. 1 KStG muß der Organträger ein "gewerbliches" Unternehmen sein.

Diese Voraussetzung wirft die Frage auf, ob der Organträger lediglich ein gewerbsteuerpflichtiges Unternehmen sein muß, wofür gem. § 2 Abs. 2 Ziff. 2 GewStG¹⁾ die Rechtsform als Kapitalgesellschaft ausreichend wäre, oder ob insoweit ein Gewerbebetrieb kraft gewerblicher Tätigkeit i.S. von § 2 Abs. 1 GewStG i.V.m. § 1 GewStDV verlangt ist²⁾.

Für die gemeindliche Holding kann dies von Bedeutung sein, wenn sie - was regelmäßig der Fall ist - neben ihrem Beteiligungsbesitz kein geschäftliches Unternehmen betreibt, selbst also nicht unmittelbar am wirtschaftlichen Verkehr beteiligt ist, wie § 1 GewStDV es verlangt.

Es erscheint aber angebracht, die Diskussion um das Erfordernis einer eigenen unmittelbaren Beteiligung des Organträgers am wirtschaftlichen Verkehr nicht an dem Tatbestandsmerkmal "gewerblich" des § 14 S. 1 KStG aufzuhängen. Mit Jurkat³⁾ sollte das Erfordernis

Fortsetzung Fußn. 3 v. S. 128

RASCH, Deutsches Konzernrecht, S. 61 f.; SONNENSCHNEIN, Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, S. 264 m.w.Nachw. in FbN. 37; a. A. BIEDENKOPF, KOPPENSTEINER, in: Kölner Kommentar zum AktG § 15 Anm. 3.

1) Zum gewerbsteuerrechtlichen Gesetzesmaterial siehe S. 139 dieser Arbeit.

2) Vgl. zu dieser Frage HERRMANN/HEUER § 14 KStG Rdn. 39 (Lfg. 134); FELIX/STRECK, Körperschaftsteuergesetz § 14 Anm. 5 f.

3) JURKAT, Organschaft Rdn. 162 u. 217.

eines vom Organträger betriebenen geschäftlichen Unternehmens allenfalls als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal im Sinne einer "materiellen Organschaft" ausgelegt werden. Danach ist die im § 14 Ziff. 1 KStG geforderte wirtschaftliche Eingliederung der Organgesellschaft in das Unternehmen des Organträgers nur möglich, wenn dieser selbst eine geschäftliche Tätigkeit entfaltet, die alle Voraussetzungen des § 1 der GewStDV erfüllt. Diese dogmatische Einordnung der Streitfrage ist insbesondere durch einen Blick auf die Entwicklung der Rechtsprechung zu den Voraussetzungen der körperschaftsteuerlichen Organschaft gerechtfertigt:

Die Rechtsprechung hat zur Anerkennung eines Organisationsverhältnisses bereits vor der gesetzlichen Normierung immer die finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung des Organunternehmens in das Unternehmen des Organträgers geprüft¹⁾. Die Rechtsprechung forderte das Vorliegen dieser Eingliederungsvoraussetzungen derart, daß das eingegliederte Unternehmen als "Geschäftsabteilung"²⁾ der Obergesellschaft geführt wird. Die Führung der Obergesellschaft als Geschäftsabteilung der Obergesellschaft setze aber notwendig eine eigene unmittelbare

1) Vgl. auch zu den folgenden Ausführungen Urteil des RFH vom 11.11.1927, in: RStBl. 1928, 52 ff., welches nach JURKAT, Organschaft Rdn. 116, die klassische Definition des RFH zur körperschaftsteuerlichen Organschaft enthält; RFH-Bescheid vom 25.5.1937, bestätigt durch Urteil vom 26.10.1937, in: RStBl. 1937, 365 (367); RFH-Urteil vom 1.4.1941, in: RStBl. 1942, 947.

2) Dieser Begriff findet sich jetzt in abgeänderter Form im Abschn. 50 Abs. 1 S. 5 KStG wieder, s. dort "unselbständige Betriebsabteilung" zur Förderung der gewerblichen Betätigung des herrschenden Unternehmens.

geschäftliche Tätigkeit der Obergesellschaft voraus¹⁾.

"Gewerblich" i.S.d. § 14 S. 1 KStG stellt daher in konsequenter Fortführung des BFH-Urteils vom 12.8.1965²⁾ zur gesetzlich nicht geregelten Organschaft lediglich sicher, daß das als Organträger in Betracht kommende Unternehmen im aktienrechtlichen Sinne zugleich auch gewerbsteuerpflichtig ist. Hierdurch wird die natürliche Person mit ihrer freiberuflichen Tätigkeit als Organträger ausgeschlossen³⁾.

1) Während die in Fbn. 1 auf S. 130 genannten Entscheidungen noch nicht differenzieren, benennt vor allem BFH-Urteil vom 18.4.1973, in: BStBl. II, 740 (742), nach Inkrafttreten der gesetzlichen Regelung der körperschaftsteuerlichen Organschaft als Begründung für die Forderung nach einer eigenen geschäftlichen Betätigung des Organträgers i.S.d. § 1 GewStDV die Voraussetzung der wirtschaftlichen Eingliederung.

In diesem Sinne wird die Rechtsprechung verstanden von HERRMANN/HEUER § 14 Rdn. 39 (Lfg. 134); FELIX/STRECK, Körperschaftsteuergesetz § 14 Anm. 6; BÜHLER/PAULICK § 14 KStG Rdn. 13 f. (EL 22); sowie von der Steuerverwaltung: in Abschn. 48 Abs. 1 KStR ist "gewerblich" des § 14 S. 1 KStG i.S. von § 2 GewStG definiert, ohne daß eine Beschränkung auf solche Unternehmen ersichtlich ist, die die Voraussetzungen des § 1 GewStDV erfüllen. In Abschn. 50 Abs. 1 S. 5 KStG ist dann bei der Erläuterung des Begriffes "wirtschaftliche Eingliederung" die Forderung nach einer eigenen gewerblichen Betätigung des Organträgers enthalten. Die von der Finanzverwaltung aufgestellten Bedingungen sind daher nicht "unklar" wie FELIX/STRECK, a.a.O., § 14 Anm. 8 es beurteilen. Sie beruhen auf der dargestellten dogmatischen Einordnung der behandelten Streitfrage; so auch DÖLLERER, Steuerrecht und GmbH-Konzern-Praxis, in: EMMERICH u. a., Der GmbH-Konzern, 154 (157); zur weiteren Begründung noch JURKAT, Organschaft Rdn. 210.

2) BStBl. III, 589 ff.

3) JURKAT, a.a.O., Rdn. 166, 210 m. umfangr. Nachw.; BÜHLER/PAULICK, a.a.O., Rdn. 14.

Die gemeindliche Holding-GmbH ist aufgrund ihrer Rechtsform als Kapitalgesellschaft nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 GewStG gewerbesteuerpflichtig und daher als gewerbliches Unternehmen i.S.d. § 14 S. 1 KStG 1977 geeignet, als Organträger zu fungieren.

3: Eingliederungsvoraussetzungen

Die besonderen Beziehungen zwischen dem Organträger und der oder den Organgesellschaften können die wirtschaftliche Einheit im Sinne des Organbegriffs entstehen lassen. Die von der Rechtsprechung entwickelten Merkmale der finanziellen, wirtschaftlichen und organisatorischen Eingliederung haben ihre gesetzliche Regelung zunächst im § 7 a KStG 1969 erfahren und sind auch im § 14 Ziff. 1 u. 2 KStG 1977 enthalten.

a) Die finanzielle Eingliederung

Die finanzielle Eingliederung der Organgesellschaft in den Organträger i.S.d. § 14 Ziff. 2 KStG setzt dessen auf Anteilbesitz beruhende Stimmrechtsmehrheit an der Organgesellschaft voraus¹⁾. Mehrheit der Stimmrechte bedeutet hier die für allgemeine Beschlüsse nach dem Gesetz - beispielsweise § 133 Abs. 1 AktG und § 47 GmbHG - oder Gesellschaftssatzung erforderliche Mehrheit. Im Regelfalle reicht also die einfache Stimmrechtsmehrheit. Eine qualifizierte Mehrheit ist nur erforderlich, wenn die Gesellschaftssatzung für allgemeine Beschlüsse eine solche festlegt²⁾.

1) Vgl. Abschn. 49 Abs. 1 KStR.

2) FELIX/STRECK, Körperschaftsteuergesetz § 14 Anm. 13; JURKAT, Organschaft Rdn. 255; HERRMANN/HEUER § 14 Rdn. 111 ff. (BzG. 134) u. Rdn. 121 ff. zur finanziellen Eingliederung aufgrund mittelbarer Beteiligung an der Organgesellschaft.

Die Holding hat regelmäßig den gesamten oder den nahezu vollständigen Anteilbesitz an ihren Tochtergesellschaften, so daß deren finanzielle Eingliederung in die Holding gegeben ist.

b) Die organisatorische Eingliederung

Mit dem Merkmal der organisatorischen Eingliederung i.S.d. § 14 Nr. 2 KStG fordert das Gesetz die Sicherstellung, daß die Geschäfte der Organgesellschaft nach dem Willen des Organträgers geführt werden¹⁾. Die organisatorische Eingliederung kann bei der gemeindlichen Holding gem. § 14 Nr. 2 S. 2 KStG unwiderrleglich durch das Bestehen von aktienrechtlichen Beherrschungsverträgen begründet sein. Vielfach ist daneben die Führung der Geschäfte des Organs nach dem Willen der Holding durch eine Personalunion in den Geschäftsführungsorganen der verbundenen Unternehmen sichergestellt. Dieses ist als eine starke Form der organisatorischen Eingliederung anzusehen²⁾.

Da es der Holding möglich ist, konzernleitende Maßnahmen auch gegenüber solchen Untergesellschaften durchzusetzen, in deren Unternehmensorganen die Arbeitnehmer ein Mitbestimmungsrecht haben, können auch diese Unternehmen organisatorisch in die Holding eingegliedert sein. Das gilt jedenfalls unter

1) FELIX/STRECK, Körperschaftsteuergesetz § 14 Anm. 28; JURKAT, Organschaft Rdn. 322; SONNENSCHN, Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, S. 123 ff. m. umfangr. Nachw.; Abschn. 51 KStR.

2) JURKAT, a.a.O., Rdn. 324 m.w.Nachw.; SONNENSCHN, a.a.O., S. 125 f. m. umfassenden Rechtsprechungsnachweisen in FfBn. 13.

Gleichsetzung des steuerrechtlichen Merkmals der organisatorischen Eingliederung mit der Ausübung der einheitlichen Leitung im Konzern¹⁾.

c) Die wirtschaftliche Eingliederung

Das Merkmal der wirtschaftlichen Eingliederung wurde seit dem klassischen Organschafts-Urteil des RFH vom 11.11.1927²⁾ ständig von der Rechtsprechung als Organschaftsvoraussetzung neben den Merkmalen der organisatorischen und finanziellen Eingliederung geprüft. Es hat seine gesetzliche Regelung zunächst im § 7 a Abs. 1 Nr. 2 KStG 1969 und dann im § 14 Ziff. 2 KStG 1977 gefunden. Bedeutung und systematische Einordnung dieser Eingliederungsvoraussetzung sind seit jeher Gegenstand der Diskussion um die Organschaft im Gewerbe- Umsatz- und Körperschaftsteuerrecht³⁾.

Der BFH rückt mit seiner Forderung nach einer eigenen gewerblichen Tätigkeit des Organträgers als Voraussetzung für die Eingliederung nach "Art einer Betriebsabteilung"⁴⁾ insbesondere die Holding in den

1) SONNENSCHNEIN, Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, S. 225 ff. u. S. 233 f., kritisch zu STROBEL, Organschaft und Mitbestimmung, in: BB 1974, 1 ff.; HERRMANN/HEUER § 14 KStG Rdn. 138 (Lfg. 134); zur Durchsetzung der Konzernleitung gegenüber mitbestimmten Untergesellschaften vgl. S. 84 ff. dieser Arbeit.

2) RFH-Urteil vom 11.11.1927, in: RStBl. 1928, 52 ff.

3) JURKAT, Organschaft Rdn. 291 - 318 m. umfangr. Rechtssprechungsnachweisen und ausführlicher Darstellung des Streitstandes; SCHMIDT, Die Organschaft im Körperschaftsteuerrecht nach dem Körperschaftsteuer-Reformgesetz, in: GmbHR 1977, 7 (9).

4) Vor allem BFH-Urteil vom 25.6.1957, in: BStBl. 157 III, 303 (305).

Blickpunkt des Interesses, da diese gewöhnlich keine eigene geschäftliche Tätigkeit ausübt. Der Holding fehlt es insoweit an einer eigenen Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr i.S.d. § 1 GewStDV¹⁾. Allerdings reicht nach der genannten Rechtsprechung die Ausübung der einheitlichen Leitung im Konzern als geschäftliche Betätigung im hier geforderten Sinne aus²⁾. Der Konzern ist danach regelmäßig als wirtschaftliche Einheit anzusehen, die neben die beteiligten Unternehmen tritt, und innerhalb derer die Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr der Konzern-Obergesellschaft zuzurechnen ist. Eine Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr wird der Obergesellschaft gewissermaßen durch die Tätigkeit der Untergesellschaften vermittelt. Willensbildung und Gewinnerzielungsabsicht vereinigen sich bei der Konzernspitze, so daß die rechtliche Zugehörigkeit der eingesetzten sachlichen und personellen Mittel zu den Untergesellschaften die Zuordnung der geschäftlichen Tätigkeit zur Obergesellschaft nicht beeinflussen kann.

Allerdings fordert die Rechtsprechung insoweit eine Konzernleitung, die sich nicht in einem stillschweigenden, beispielsweise auf personeller Verflechtung beruhenden Übereinkommen der Geschäftsführung der

1) Ausgenommen sei hier die bereits vom RFH im Urteil vom 1.4.1941, in: RStBl. 1942, 947 ff. aufgezeigte und vom BFH im Urteil vom 17.12.1969, BFHE 98, 152 (160) = BStBl. 1970 II, 257 (261) bestätigte Möglichkeit der Teilnahme der Obergesellschaft am wirtschaftlichen Verkehr durch die Übernahme von Gemeinschaftsaufgaben im Konzern, wie etwa die Beschaffung von Wirtschaftsgütern der Konzernunternehmen, oder die Bearbeitung von Rechts- und Steuerfragen und anderer, Wirksamkeit nicht nur für einzelne Konzernunternehmen entfaltende Tätigkeiten.

2) Vor allem BFH-Urteil vom 17.12.1969, BFHE 98, 152 (158 f.) = BStBl. 1970 II, 257 (260).

Konzernunternehmen erschöpft. Vielmehr muß die Ausübung der einheitlichen Leitung bei näherer Prüfung durch dazu befugte Personen - wie Abschluß- oder Betriebsprüfer - durch äußere Merkmale erkennbar sein¹⁾. Als geeignete äußere Merkmale nennt die zitierte Entscheidung beispielhaft die Zuleitung von Richtlinien der Geschäftspolitik oder von schriftlichen Weisungen an die beherrschten Unternehmen.

Nach dieser Rechtsprechung muß aber das herrschende Unternehmen im Konzern die einheitliche Leitung über mehr als ein Unternehmen ausüben²⁾.

Es entstehe sonst keine neben die konzernbeteiligten Unternehmen tretende wirtschaftliche Einheit bei der Konzernspitze, so daß auch die wirtschaftliche Betätigung des beherrschten Unternehmens der Obergesellschaft nicht zugerechnet werden könne.

Im Falle einer geschäftsleitenden Gesellschaft mit nur einem Tochterunternehmen wird daher ein Organisationsverhältnis von der Rechtsprechung nicht anerkannt³⁾.

1) BFH-Urteil vom 17.12.1969, BFHE 98, 152 (157) = BStBl. 1970 II, 257 (260 f.); krit. SONNENSCHNEIN, Organshaft und Konzerngesellschaftsrecht, S. 258 ff., der im Falle der nach § 18 Abs. 1 AktG begründeten unwiderleglichen Konzernvermutung keinen Anlaß sieht, weitere Erfordernisse aufzustellen.

2) BFH-Urteil vom 15.4.1970, BFHE 99, 123 ff. = BStBl. 1970 II, 554 ff., in Anlehnung an FLUME, Die Organshaft zu einer Holding-Gesellschaft, in: DB 1959, 1296, (1998 f.); krit. JURKAT, Organshaft Rdn. 316 m.w.Nachw. und SONNENSCHNEIN, a.a.O., S. 261 ff., der mit Recht darauf abstellt, daß eine neue Wirtschaftseinheit, innerhalb derer Gewinne nur einmal besteuert werden sollen, auch im Falle des nur aus zwei Unternehmen bestehenden Konzerns entsteht.

3) Die Kennzeichnung dieses Umstandes als "Holding-Problematik" bei FELIX/STRECK, Körperschaftsteuergesetz § 14 Anm. 9 ist, wie FLUME, a.a.O.,

Der kommunalen Holding kann die wirtschaftliche Betätigung der Tochterunternehmen zugerechnet werden, da sie insoweit eine einheitliche Leitung über wenigstens zwei Unternehmen ausübt. Sie ist daher aus der Sicht der Rechtsprechung ein gewerbliches Unternehmen, in welches die Tochterunternehmen auch wirtschaftlich eingegliedert werden können. Die Gemeinden verfolgen bei der Errichtung eines Holding-Konzerns insbesondere das Ziel, ihre gewinnerwirtschaftende und ihre verlustbringende wirtschaftliche Betätigung steuerwirksam zu verbinden, so daß in der gemeindefirtschaftlichen Praxis eine Konzernbildung mit nur einem von der Holding beherrschten Unternehmen nicht in Betracht kommt.

Die Bedeutung der Rechtsprechung zu den Voraussetzungen der wirtschaftlichen Eingliederung besteht vor allem darin, daß die Gleichsetzung von Organshaft und Konzern und die Aufgabe der Forderung nach einem tätigkeitsbezogenen wirtschaftlichen Zusammenhang eine weitere Diversifikation¹⁾ des kommunalen Holding-Konzerns ermöglicht. Demgegenüber

Fortsetzung Fußn. 3 v. S. 136

1296 (1297) bereits feststellt, ungenau. Da unter dem Begriff Holding eine Mehrzahl von Unternehmenstypen verstanden werden kann, ist aus diesem Terminus allein nichts für die Frage der Organträgerschaft herzuleiten. Insoweit kommt es lediglich auf die rechtlichen und wirtschaftlichen Beziehungen der Unternehmen, und letztlich auf die Bedeutung der geschäftsleitenden Tätigkeit eines Unternehmens an.

1) MANGOLD, Zur Körperschaftsteuer, in: StuW 1978, 162 (173) zu BFH-Urteil vom 21.11.1976, in: BStBl. 1976 II, 389 ff.; SONNENSCHNEIN, Organshaft und Konzerngesellschaftsrecht, S. 273 ff., zu den sich hieraus ergebenden wettbewerbsrechtlichen Konsequenzen.

wird für die Anerkennung der Zusammenfassung von Betrieben gewerblicher Art nach wie vor das Bestehen eines engen wirtschaftlichen Zusammenhangs gefordert¹⁾.

4. Gewinnabführungsvertrag

Zwischen der gemeindlichen Holding und den Tochterunternehmen bestehen in der Praxis Gewinnabführungsverträge i.S.d. § 291 Abs. 1 AktG. Diese lassen bei den organschaftlich verbundenen Unternehmen die körperschaftsteuerlichen Wirkungen der Einkommenszurechnung beim Organträger eintreten²⁾.

Der Gewinnabführungsvertrag ist die einzige zwingend durch Vertrag zu begründende Rechtsbeziehung innerhalb des ansonsten nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse zu beurteilenden Organkreises³⁾.

- 1) Siehe hierzu S. 121 dieser Arbeit.
- 2) SCHMIDT, Die Organschaft im Körperschaftsteuerrecht nach dem Körperschaftsteuer-Reformgesetz, in: GmbHR-1977, 7 (9); JURKAT, Organschaft Rdn. 369; zu den besonderen Voraussetzungen des Gewinnabführungsvertrages vgl. Abschn. 55 KStR.
- 3) RASCH, Deutsches Konzernrecht, S. 84 zur Kritik an dem Terminus "Organschaftsvertrag".

B) Gewerbsteuer

I. Gegenstand der Gewerbesteuer

Gemäß § 2 GewStG¹⁾ unterliegt "jeder stehende Gewerbebetrieb, soweit er im Inland betrieben wird", der Gewerbesteuer. Die gemeindliche Holding und die in ihrem Anteilbesitz befindlichen Unternehmen sind Kapitalgesellschaften und werden deswegen gem. § 2 Abs. 2 Nr. 2 GewStG als Gewerbebetriebe besteuert.

Bemessungsgrundlage für die Gewerbesteuer ist der Gewerbesteuermaßbetrag. Dieser wird gebildet aus Gewerbeertrag und Gewerkekaptital unter Anwendung der jeweiligen Steuermaßzahl. - § 14 Abs. 1 GewStG.

Der Gewerbeertrag berechnet sich gem. § 7 GewStG als Gewinn aus Gewerbebetrieb²⁾ einschließlich der Hinzurechnungen nach § 8 GewStG und Kürzungen nach

- 1) Zum Gesetzesmaterial:
Gewerbsteuergesetz 1978 in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. September 1978 (BGBl. I, 1557 ff.; BStBl. I, 389 ff.), im folgenden: GewStG.
Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Ausführung des Gewerbsteuergesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. Juni 1979 (BStBl. Sondernummer 4/1979 vom 2. Juli 1979) = Gewerbesteuer-Richtlinien 1978, im folgenden: GewStR.
Gewerbsteuer-Durchführungsverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Januar 1979 (BGBl. I, 114 ff.; BStBl. I, 87 ff.) geändert durch die Verordnung zur Änderung der Gewerbesteuer-Durchführungsverordnung vom 25. April 1980 (BGBl. I, 487 ff.; BStBl. I, 233 ff.), im folgenden: GewStDV.
- 2) Gewinn aus Gewerbebetrieb = körperschaftsteuerliches Einkommen, berichtet um die in Abschn. 42 GewStR aufgeführten Beträge.

§ 9 GewStG¹⁾. Der so festgestellte Gewerbeertrag dient gem. § 11 GewStG unter Anwendung der Steuermeßzahl von 5 % zur Ermittlung des Steuermeßbetrages nach dem Gewerbeertrag.

Das Gewerbekapital ergibt sich gem. § 12 GewStG aus dem "Einheitswert des gewerblichen Betriebes im Sinne des Bewertungsgesetzes" unter Berücksichtigung bestimmter Hinzurechnungen und Kürzungen nach § 12 Abs. 2 u. 3 GewStG²⁾. Das so ermittelte Gewerbekapital ist gem. § 13 GewStG durch Anwendung der Steuermeßzahl von 2 o/oo zum Steuermeßbetrag nach dem Gewerbekapital zu erheben.

Der Steuermeßbetrag nach Gewerbeertrag und der Steuermeßbetrag nach Gewerbekapital sind gem. § 14 GewStG zu einem einheitlichen Steuermeßbetrag zusammenzufassen. Dieser wird gem. § 16 GewStG einem individuellen Hundertsatz (Hebesatz) der hebeberechtigten Gemeinde unterworfen.

Unterhalb der Beteiligungshöhe der Holding an den Untergesellschaften von 25 % ergibt sich eine gewerbesteuerliche Belastung auf Gewerbeertrag und Gewerbekapital sowohl bei der Holding als auch bei den betreffenden Untergesellschaften. Diese doppelte Belastung entfällt im Falle der Beteiligung von mindestens 25 % durch Anwendung des gewerbesteuerlichen Schachtelprivileges nach §§ 9 Nr. 2 a und 12 Abs. 2 Nr. 2 a GewStG³⁾.

1) Hinzurechnungen nach § 8 GewStG z. B.: Dauerschuldzinsen; Kürzungen nach § 9 GewStG z. B.: 1,2 % des Einheitswertes des Betriebsvermögens.

2) Hinzurechnungen nach § 12 Abs. 2 Nr. 1 GewStG z. B.: Dauerschuldzinsen; Kürzungen nach § 12 Abs. 3 Nr. 1 GewStG z. B.: Summe der Einheitswerte der Betriebsgrundstücke.

3) BOLSENKÖTTER, Die steuerliche Behandlung des Verbundes öffentlicher Unternehmen, in: FRIEDRICH/KUPSCH, Die Besteuerung öffentlicher Unternehmen, S. 339 (346 u. 354 f.).

II. Die gewerbesteuerliche Behandlung des Organkreises

Nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 S. 2 GewStG bildet die gemeindliche Holding mit denjenigen Tochterunternehmen einen gewerbesteuerlichen Organkreis, mit denen sie auch in einem körperschaftsteuerlichen Organschaftsverhältnis steht¹⁾.

Wie bei der körperschaftsteuerlichen Organschaft ist insoweit zunächst Gewerbeertrag und Gewerbekapital der Organgesellschaften zu ermitteln. Sodann erfolgt die Zurechnung beim Organträger²⁾.

Dort werden die im Organkreis ermittelten und zugerechneten Gewerbeerträge und Gewerbekapitalien jeweils zum Zwecke der Feststellung eines gemeinsamen einheitlichen Gewerbesteuermeßbetrages zusammengerechnet und dann dem gemeindlichen Hebesatz unterworfen.

Wie bei der körperschaftsteuerlichen Organschaft ergibt sich so bei der gewerbesteuerlichen Organschaft die Möglichkeit der steuermindernden Gewinn-Verlust Poolung. Ein Organisationsinteresse der Gemeinde hieran besteht allerdings nicht. Zum einen ist sie selbst gem. § 1 GewStG Steuerberechtigte. Zum anderen sind die Determinanten, die Gewerbeertrag und Gewerbekapital bestimmen so vielfältig, daß eine exakte langfristige steuerliche Ergebnisprognose nicht möglich ist.

1) Abschn. 17 GewStR verweist daher auf die Auslegungsgrundsätze der Abschn. 48 - 53 KStR und die zur körperschaftsteuerlichen Organschaft ergangene Rechtsprechung. Vgl. zu den Voraussetzungen der körperschaftsteuerlichen Organschaft im kommunalen Holding-Konzern S. 126 ff. dieser Arbeit. § 2 Abs. 2 Nr. 2 GewStG verweist nur auf die Eingliederungsvoraussetzungen des § 14 Nr. 1 u. 2 KStG, so daß das Bestehen eines Gewinnabführungsvertrages nicht erforderlich ist.

2) Vgl. Abschn. 42 GewStR.

C) Umsatzsteuer

Die im Anteilbesitz der Holding stehenden Aktiengesellschaften und Gesellschaften mbH erfüllen mit ihren Lieferungen und sonstigen Leistungen den Steuertatbestand der §§ 1 u. 3 UStG¹⁾. Unter den Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG stehen sie zur Holding in einem umsatzsteuerlichen Organschaftsverhältnis, welches nach Beurteilung des Gesamtbildes der tatsächlichen Verhältnisse durch die finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung oder Tochtergesellschaften in das Unternehmen der Obergesellschaft begründet wird. Auch hier entsprechen die Anforderungen an ein Organschaftsverhältnis denen an die Körperschaftsteuerliche Organschaft, so daß insoweit auf die Ausführungen dieser Arbeit dazu verwiesen werden kann.

Die Bildung der Organschaft führt zur umsatzsteuerlichen Behandlung der beteiligten Unternehmen als Unternehmenseinheit, innerhalb derer alle Umsätze zur Ermittlung des Gesamtumsatzes zusammengerechnet und der Holding als Obergesellschaft zugerechnet werden.

Lieferungen und sonstige Leistungen der beteiligten Unternehmen untereinander sind als sogenannte Innenumsätze nicht steuerbar, da es hier an einem Leistungsaustausch mit einem Unternehmensfremden fehlt²⁾. Im übrigen ist die Umsatzsteuer eine Verkehrssteuer, die an den Letztverbraucher weitergegeben wird, und so als durchlaufender Posten das

1) Umsatzsteuergesetz 1980 in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. November 1979 (BGBl. I, 1953 ff.; BStBl. I, 654 ff.).

2) SAUERLAND/SCHMIDT, Umsatzsteuer, S. 39, 118.

vorsteuerabzugsberechtigte Unternehmen nicht belastet¹⁾. Aufgrund dieser allgemeinen Neutralität der Umsatzsteuer ist ein Organisationsinteresse der Gemeinden an der Bildung einer umsatzsteuerlichen Organschaft nicht vorhanden.

D) Vermögensteuer

§ 1 VStG²⁾ zählt abschließend die unbeschränkt vermögensteuerpflichtigen natürlichen Personen und Körperschaften auf. Steuerpflichtig sind danach die Kapitalgesellschaften mit Geschäftsleitung oder Sitz im Inland. Nach Abschn. 105 VStR zu §§ 1 u. 2 VStG werden die im gemeindlichen Anteilbesitz stehenden juristischen Personen des Privatrechts nach den

1) SAUERLAND/SCHMIDT, Umsatzsteuer, S. 118; BOLSEN-KÖTTER, Die steuerliche Behandlung des Verbundes öffentlicher Unternehmen, in: FRIEDRICH/KUPSCH, Die Besteuerung öffentlicher Unternehmen, S. 339 (355).

2) Zum Gesetzesmaterial:
Vermögensteuergesetz in der Fassung des Artikels 1 des Vermögensteuerreformgesetzes vom 17. April 1974 (BGBl. I, 949 ff.; BStBl. I, 233 ff.), im folgenden: VStG.
Vermögensteuer-Richtlinien für die Vermögensteuer-Hauptveranlagung in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Juli 1980 (BStBl. I, 310 ff.), im folgenden: VStR.
Bewertungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. September 1974 (BGBl. I, 2369 ff.; BStBl. I, 862 ff.), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes zur Änderung des Einkommensteuergesetzes des Körperschaftsteuergesetzes und anderer Gesetze vom 20. August 1980 (BGBl. I, 1545 ff.; BStBl. I, 589 ff.), im folgenden: BewG.
Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder betr. Vermögensteuer der Wasserversorgungs- und der Verkehrsunternehmen, vom 25. März 1980 (BStBl. I, 224 ff.), im folgenden: "Gleichlautende Erlasse".

für diese Rechtsform geltenden Vorschriften besteuert. Die Gemeinden selbst unterliegen nicht der Vermögensteuer. Besteuert wird gem. § 1 Abs. 3 VStG "das Gesamtvermögen" des Steuersubjekts i.S.d. §§ 114 ff. BewG. Vermögensteuerlich privilegiert ist gem. § 117 Abs. 1 Nr. 1 BewG Betriebsvermögen, das unmittelbar und nicht nur vorübergehend der Gewinnung, Lieferung und Verteilung von Wasser zur öffentlichen Versorgung dient. Ohne Rücksicht auf Rechtsform und Träger eines Unternehmens und ohne Rücksicht auf weitere Unternehmenstätigkeit bleibt dessen Betriebsvermögen außer Ansatz, soweit es für die genannten Zwecke eingesetzt wird. Begünstigt ist hier die wasserversorgungswirtschaftliche Betätigung als solche¹⁾. Vermögensteuerlich privilegiert ist gem. § 117 Abs. 1 Nr. 2 BewG auch das gesamte Betriebsvermögen von Verkehrs-, Hafen- und Flugplatzbetrieben, die sich im ausschließlichen Eigentum der öffentlichen Hand befinden. Bei Unternehmen dieser Art, die Privatrechtsform haben, genügt der ausschließliche mittelbare Anteilbesitz der öffentlichen Hand²⁾, so daß von diesem vermögensteuerlichen Privileg auch die im vollen Anteilbesitz der gemeindlichen Holding befindlichen Verkehrs-, Hafen- und Flugplatzbetriebe erfaßt sind. Begünstigt ist hier daher die verkehrswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand³⁾.

1) Vgl. hierzu die "Gleichlautenden Erlasse" unter 1.

2) Vgl. hierzu die "Gleichlautenden Erlasse" unter 2.1.

3) Gemäß § 117 Abs. 1 Nr. 3 BewG können private Betriebe in den Genuß der Privilegierung kommen, wenn ihr Betriebsvermögen dazu bestimmt ist, "unter der Auflage der Betriebspflicht, Beförderungspflicht (Kontrahierungspflicht) und des Tarifzwanges dem öffentlichen Verkehr unmittelbar zu dienen." Vgl. BOLSENKÖTTER, Die steuerliche Behandlung des Verbundes öffentlicher Unternehmen, in: FRIEDRICH/RUPSCH, Die Besteuerung öffentlicher Unternehmen, S. 339 (353 f.); "Gleichlautende Erlasse" unter 3.

Das Vermögen der gemeindlichen Holding besteht regelmäßig hauptsächlich aus ihrem Anteilbesitz an Kapitalgesellschaften. Für dessen vermögensteuerrechtliche Behandlung ergibt sich folgendes:

I. Mehrfache vermögensteuerliche Belastung

Ein zwischen Holding und Töchtern bestehendes Organisationsverhältnis führt nicht dazu, daß die Wirtschaftsgüter der Tochtergesellschaften dem Betriebsvermögen der Holding zur dortigen einmaligen Besteuerung zugerechnet werden¹⁾. Holding und Töchter sind demnach selbständig zur Vermögensteuer zu veranlagen, soweit nicht die Privilegierung des § 117 BewG eingreift.

1. Anteilbesitz an vermögensteuerrechtlich privilegierten Wasserversorgungs- und Verkehrsunternehmen

Die Holding kommt selbst nicht in den Genuß der vermögensteuerrechtlichen Privilegierung des § 117 VStG²⁾. Ihre Anteile an diesen Kapitalgesellschaften unterliegen grundsätzlich - von der unter II. behandelten Besonderheiten des Schachtelprivilegs nach

1) Vgl. Abschn. 12 Abs. 1 VStR m. Verweis auf BFH-Urteile vom 25.2.1955, in: BStBl. III, 96, und vom 8.10.1971, in: BStBl. 1972 II, 111. Siehe auch Abschn. 12 Abs. 2 VStR, aus dem sich ergibt, daß das Bestehen eines Ergebnisabführungsvertrages im Falle eines Gewinns der Organgesellschaft vermögensteuerrechtlich dort eine Verbindlichkeit und beim Organträger einen Anspruch entstehen läßt, während ein Verlust vermögensteuerrechtlich als Verbindlichkeit des Organträgers und als Anspruch der Organgesellschaft behandelt wird.

2) Vgl. "Gleichlautende Erlasse" unter 4.2; BOLSENKÖTTER, a.a.O., S. 354.

§ 102 BewG abgesehen - mit dem Wert der Beteiligung nach § 11 Abs. 2 BewG der Vermögensteuer¹⁾.

2. Anteilbesitz an nichtprivilegierten Unternehmen und Unternehmen mit nichtprivilegierten Vermögensteilen

Soweit das Betriebsvermögen der Unternehmen, an denen die Holding beteiligt ist, nicht nach § 117 privilegiert ist²⁾, wird es zweifach zur Vermögensteuer herangezogen. Zunächst unterliegt das Betriebsvermögen der Untergesellschaften gem. §§ 114 Abs. 3, 19 Abs. 2, 95 BewG mit seinem Einheitswert der Vermögensteuer. Der Einheitswert des Betriebsvermögens ermittelt sich aus einer Vermögensaufstellung, in die sämtliche am Bewertungsstichtag nach § 106 BewG vorhandenen Besitz- und Schuldposten einfließen³⁾. Bei der Holding wird dasselbe Vermögen dann noch einmal bei der Feststellung des Wertes der Beteiligung nach § 11 Abs. 2 BewG vermögenssteuerlich in Ansatz gebracht.

II. Vermögenssteuerliche Schachtelvergünstigung

Soweit die Obergesellschaft ununterbrochen seit mindestens 12 Monaten zum Bewertungsstichtag zu

- 1) Der Wert der Beteiligung ist unter Berücksichtigung der Vermögens- und der Ertragsaussichten der Kapitalgesellschaft zu ermitteln, vgl. Abschn. 76 ff. VStR.
- 2) Also das Betriebsvermögen der Tochterunternehmen mit nichtverkehrswirtschaftlichem Unternehmensgegenstand sowie diejenigen Teile des Betriebsvermögens der Versorgungsunternehmen, die nicht der Wasserversorgung, sondern z. B. der Gas- oder Energieversorgung dienen.
- 3) Vgl. hierzu: Abschn. 4 ff. VStR.

wenigstens 25 % an einem Unternehmen beteiligt ist, gehört die Beteiligung gem. § 102 BewG nicht zu ihrem gewerblichen Betrieb und ist daher außer Ansatz zu lassen. Hierdurch wird die mehrfache vermögenssteuerliche Belastung vermieden¹⁾. Im kommunalen Holding-Konzern betrifft die Schachtelvergünstigung regelmäßig die Holding mit ihren Beteiligungen am Verkehrs- und am Versorgungsunternehmen. Hier führt daher die Einschaltung einer Holding hinsichtlich der nicht durch § 117 BewG privilegierten Vermögensteile nicht zu einer mehrfachen und hinsichtlich der privilegierten Vermögensteile nicht zu einer zusätzlichen vermögenssteuerlichen Belastung.

Ein besonderes Organisationsinteresse der Gemeinden an der Bildung eines Holding-Konzerns besteht daher aus vermögenssteuerrechtlicher Betrachtung nicht. Vor allem führt die getrennte Bewertung und Veranlagung der konzernbeteiligten Unternehmen nicht zur steuerwirksamen Minderung eines positiven durch ein negatives Vermögen innerhalb des Konzernkreises²⁾. Allerdings ist bei der Einbringung von Beteiligungen in die Holding, die die Voraussetzungen der vermögenssteuerlichen Schachtelvergünstigung nicht erfüllen, die hierdurch eintretende steuerliche Mehrfachbelastung als Negativkriterium zu beachten.

- 1) Vgl. im einzelnen Abschn. 25 BewDV; FALTERBAUM/BARTHEL, Bewertungsrecht Vermögensteuer, S. 376 f.
- 2) KROLLMANN, Organschaft im Steuerrecht, S. 40; die von BOLSENKÜTTER, a.a.O., S. 352, problematisierte Möglichkeit der Saldierung von positivem mit negativem Vermögen kann mangels der Anerkennung einer vermögenssteuerlichen Organschaft nur den Verbund von Eigenbetrieben und das Einheitsunternehmen betreffen. - Zu diesen Verbundformen siehe S. 122 dieser Arbeit. Hier taucht dann die Frage auf, ob die Bestimmung des § 117 BewG, nach der privilegiertes Vermögen "außer Ansatz" zu lassen ist, auch deren Saldierung mit anderen Vermögensteilen ausschließt.

5. Teil

Rechnungslegung und Abschlußprüfung
im Holding-Konzern

A) Die Einzelabschlüsse und deren Prüfung

I. Aktienrechtliche und haushaltsrechtliche
Abschlußprüfung

Alle in den Holding-Konzern einbezogenen Unternehmen, einschließlich der Holding selbst, unterliegen als Handelsgesellschaften zur Sichtbarmachung ihrer laufenden Handelsgeschäfte und ihrer Vermögenslage der Buchführungspflicht des Kaufmanns gem. §§ 38 ff. HGB¹⁾. Sie erfolgt gem. § 38 Abs. 1 HGB nach den "Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung"²⁾. Die Pflicht zur Buchführung umfaßt gem. § 39 Abs. 2 HGB, § 148 AktG und § 41 Abs. 2 GmbHG die Pflicht, am Ende eines jeden Geschäftsjahres einen Jahresabschluß mit Jahresabschlußbilanz und Gewinn- und Verlustrechnung aufzustellen. Für deren Form und Gliederung gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 39 ff. HGB und die Sondervorschriften der §§ 151 - 156 AktG für die Aktiengesellschaft sowie des § 42 GmbHG für die Gesellschaft mbH. Die Gliederung des Jahresabschlusses steht grundsätzlich im freien Ermessen des den Abschluß aufstellenden Unternehmens. Beachtet werden muß aber die im

1) Die allgemeinen Vorschriften der §§ 38 ff. HGB werden durch die besonderen Regeln der §§ 148 ff. AktG für die Aktiengesellschaft und der §§ 41 ff. GmbHG für die Gesellschaft mbH ergänzt, vgl. BAUMBACH/DUDEN, Handesgesetzbuch, § 38 A 2 A.

2) Zur Rechtsnatur: BAUMBACH/DUDEN, a.a.O., § 38 A 5 A; HEINEN, Handelsbilanzen, S. 165 ff.

§ 157 AktG für die Gewinn- und Verlustrechnung der Aktiengesellschaft festgeschriebenen Mindestform, die als Bestandteil der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung und Bilanzierung auch für andere Unternehmensformen verbindlich sind¹⁾. Verkehrsunternehmen sind zudem an die nach § 161 AktG erlassene Verordnung über die Gliederung des Jahresabschlusses von Versorgungsunternehmen²⁾ gebunden.

Für die Aktiengesellschaft fordern die §§ 148 und 160 AktG die Aufstellung eines Geschäftsberichtes, in welchem die Lage der Gesellschaft darzulegen und der Jahresabschluß zu erläutern ist.

Jahresabschluß und Geschäftsbericht der Aktiengesellschaft sind gem. § 148 AktG den Abschlußprüfern vorzulegen, deren Tätigkeit in den §§ 162 - 169 AktG geregelt ist.

Gemäß § 166 Abs. 1 AktG erstellen die Abschlußprüfer einen Bericht über das Ergebnis ihrer Prüfung (Prüfungsbericht) und erteilen, soweit keine Einwendungen zu erheben sind, den Bestätigungsvermerk nach § 167 AktG.

Nach Vorlage des Prüfungsberichtes der Abschlußprüfer an den Aufsichtsrat - § 170 AktG - und der Prüfung des Jahresabschlusses, des Geschäftsberichtes und des Gewinnverwendungsvorschlages des Vorstandes durch den Aufsichtsrat - § 171 AktG -, erstellt dieser einen Bericht an die Hauptversammlung gem. § 171 Abs. 2 AktG. Der Jahresabschluß

1) HEINEN, Handelsbilanzen, 5. Aufl., S. 101 u. 249.

2) Verordnung vom 27.2.1968 (BGBl. I, 139 f.). Besondere Gliederungsvorschriften auch in der Verordnung über die Gliederung des Jahresabschlusses von Wohnungsunternehmen vom 22.9.1970 (BGBl. I, 1334).

wird entweder vom Aufsichtsrat oder, wenn Vorstand und Aufsichtsrat dieses gem. § 172 AktG beschließen, von der Hauptversammlung festgestellt, um so als verbindliche Grundlage für den Gewinnverwendungsbeschuß nach § 174 AktG zu dienen. Gemäß § 177 AktG muß der Vorstand nach der Hauptversammlung den festgestellten Jahresabschuß mit Bestätigungsvermerk sowie den Geschäftsbericht nebst Bericht des Aufsichtsrates zum Handelsregister einreichen. Der Jahresabschuß ist ferner in den Gesellschaftsblättern nach § 177 Abs. 2 AktG bekannt zu machen.

Für die Gesellschaft mbH existieren keine Vorschriften über eine Verpflichtung zur Erstellung eines Geschäftsberichtes und zur Abschlußprüfung¹⁾. Sie kann sich aber freiwillig wie eine Aktiengesellschaft prüfen lassen, so daß eine kommunalrechtliche Forderung nach Gewährleistung einer Prüfung entsprechend den aktienrechtlichen Bestimmungen²⁾ durch Satzungsgestaltung zu erfüllen ist.

Neben einer Prüfung nach den aktienrechtlichen Vorschriften erfolgt bei der Holding und ihren Töchtern, als in unmittelbarem und mittelbarem Anteilbesitz der Gemeinde stehende Unternehmen in Privatrechtsform, eine erweiterte Abschlußprüfung nach § 53 HGrG soweit die Gemeinde dieses verlangt³⁾.

1) RAISER, Recht der Kapitalgesellschaften, § 36 I 1.

2) Z. B. § 89 Abs. 1 Nr. 3 GO NW.

3) § 53 HGrG begründet das Recht, das in dieser Vorschrift Bestimmte zu verlangen. Als Bundesrecht ist § 53 HGrG geeignet, das Gesellschaftsrecht zu modifizieren. Vgl. KAREHNKE, Die Prüfung der Geschäftsführung nach § 53 des Haushaltsgrundgesetzes, in: Die AG 1970, 259. Die Ausübung der Rechte in kommunalen Betrieben ist in den Gemeindeordnungen der Länder, für die § 53 HGrG gem. § 49 HGrG ebenfalls gilt, geregelt. Vgl. z. B. § 90 GO NW, wonach die Gemeinden

Sie erfolgt gem. § 53 Abs. 1 Nr. 1 HGrG "im Rahmen der Abschlußprüfung" und wird von den durch die Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung nach § 163 Abs. 1 S. 1 u. 3 AktG gewählten Abschlußprüfern durchgeführt¹⁾. Gegenstand dieser erweiterten Abschlußprüfung ist die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung - Geschäftsführungsprüfung - und die Darstellung wirtschaftlich bedeutsamer Sachverhalte²⁾.

In der Geschäftsführungsprüfung liegt der wesentliche Unterschied zur aktienrechtlichen Abschlußprüfung, bei der nach § 166 Abs. 2 AktG über die Geschäftsführung gegebenenfalls nur im Falle des

Fortsetzung Fußn. 3 v. S. 150

angehalten werden, die Rechte aus § 53 HGrG auszuüben. Hierzu WENZEL, Neuordnung des Rechts der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung und privatrechtlicher Beteiligung in NRW, in: Der Gemeindehaushalt 1979, 217 (219); SCHMIDT-JORTZIG, Kommunalrecht Rdn. 727 u. FbN. 85. Zur Prüfung der in mittelbarem Anteilbesitz der Gemeinde stehenden Tochtergesellschaften der Holding § 53 Abs. 2 S. 2 HGrG.

1) KAREHNKE, Die Prüfung der Geschäftsführung nach § 53 des Haushaltsgrundgesetzes, in: Die AG 1970, 259 (261).

2) § 53 Abs. 1 Nr. 1 u. Nr. 2 Buchst. a - c HGrG. Vgl. hierzu IdW: Fachausschuß für kommunales Prüfungswesen: Fragenkatalog zur Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung und wirtschaftlich bedeutsamer Sachverhalte im Rahmen der Jahresabschußprüfung bei kommunalen Wirtschaftsunternehmen = FACHGUTACHTEN, in: WpG 1978, 173 ff.

Geprüft wird danach die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung-Organisation, des Geschäftsführungs-Instrumentariums und der Geschäftsführungstätigkeit. Vgl. im einzelnen FACHGUTACHTEN I - III. Von besonderem Interesse ist die Prüfung der Übereinstimmung der Tätigkeit mit den Beschlüssen der Gemeindevertretung, FACHGUTACHTEN III 1 a (2).

Fragen zu wirtschaftlich bedeutsamen Sachverhalten erstrecken sich entsprechend § 53 I Ziff. 2 Buchst. a - c HGrG auf Bilanzaufbau,

Bekanntwerdens von den Bestand des Unternehmens gefährdenden Tatsachen sowie von schwerwiegenden Verstößen gegen Gesetz oder Satzung, zu berichten ist¹⁾.

Die Geschäftsführungsprüfung nach § 53 HGrG soll vor allem der Beurteilung dienen, ob die öffentliche Aufgabe, die durch das Unternehmen wahrgenommen werden sollte, in gesellschaftsrechtlich zulässiger Weise zum Unternehmensgegenstand gemacht und erfüllt worden ist²⁾. Gegenstand der Geschäftsführungsprüfung bei der kommunalen Holding muß danach sein, ob dieses Unternehmen seinem beigegebenen Zweck, die Interessen der Gemeinde gegenüber den Beteiligungsgesellschaften durch Ausübung der sich aus dem Konzernverhältnis ergebenden Rechte durchzusetzen, gerecht geworden ist. Hauptaufgabe der Holding ist die Konzerngeschäftsführung. Eine

Fortsetzung Fußn. 2 v. S. 151

Liquidität und Finanzlage sowie auf die Erfolgslage des geprüften Unternehmens. Vgl. im einzelnen FACHGUTACHTEN IV und V. Besonders hervorzuheben ist die Untersuchung, ob das Jahresergebnis durch politische Entscheidungen des Trägers ungünstig beeinflusst wurde. Vgl. FACHGUTACHTEN IV 1 a).

- 1) Zur Abgrenzung zwischen aktienrechtlicher Abschlußprüfung und Geschäftsführungsprüfung nach Haushaltsrecht KAREHNKE, Die Prüfung der Geschäftsführung nach § 53 des Haushaltsgrundgesetzes, in: Die AG 1970, 259 (262 ff.).
- 2) KAREHNKE, Die staatliche Betätigung bei Beteiligungsunternehmen und die Prüfung dieser Betätigung, in: DÖH 1974, 156 (159); DERS., Die Prüfung der Geschäftsführung nach § 53 des Haushaltsgrundgesetzes, in: Die AG 1970, 259 (260); a. A. wohl JANSON, Rechtsformen öffentlicher Unternehmen in der Europäischen Gemeinschaft, S. 169, nach dem sich die Prüfung nur auf "Wirtschaftlichkeitskriterien" erstreckt.

Die von KAREHNKE für die Bundesbeteiligung stehenden Unternehmen angestellten Überlegungen gelten für gemeindliche Unternehmen, wegen deren Verpflichtung auf einen öffentlichen Zweck, gleichermaßen.

Geschäftsführung in eigenen Angelegenheiten hat dem gegenüber kaum Bedeutung. Daher erstreckt sich die haushaltsrechtliche Geschäftsführungsprüfung bei der Holding im wesentlichen auf deren Maßnahmen zur Konzernleitung. Eine haushaltsrechtliche Prüfung der Konzerngeschäftsführung der Holding erfolgt also unabhängig von der Frage, ob durch § 53 Abs. 1 Nr. 3 HGrG auch ein Konzernabschluß der Holding unter § 53 Abs. 1 Nr. 1 u. 2 HGrG fällt¹⁾.

II. Jahresabschlußbilanzen

In den Jahresabschlußbilanzen der einzelnen Unternehmen werden deren Aktiv-Vermögensgegenstände den Schulden und dem Eigenkapital gegenübergestellt, so daß das Reinvermögen der Unternehmen ersichtlich wird²⁾. Die Jahresabschlußbilanz dient der Ermittlung des Unternehmenserfolges im jeweiligen Wirtschaftsjahr³⁾. Dieser ergibt sich aus einem Vergleich der einzelnen Bilanzposten zu Beginn und zum Ende des Jahres.

Die bei dem Holding-Konzern der beschriebenen Art besonders interessierenden Beträge aus Ergebnisübernahmen erscheinen in den Bilanzen der einzelnen Unternehmen nur, soweit ein Gewinn im bilanzierten Geschäftsjahr noch nicht abgeführt, bzw. ein Verlust noch nicht ausgeglichen wurde. Beispielsweise würde der Gewinn einer Holding-Tochter, der noch nicht an die Holding abgeführt wurde, bei dieser auf

- 1) Zu diesem Problem KAREHNKE, Die Prüfung der Geschäftsführung nach § 53 des Haushaltsgrundgesetzes, in: Die AG 1970, 259 (262); zum Konzernabschluß der Holding S. 156 ff. dieser Arbeit.
- 2) BAUMBAUCH/DUDEN, Handelsgesetzbuch, § 39 A 1 B; HEINEN, Handelsbilanzen, S. 186 ff., zu den Begriffen "Vermögen" und "Schulden".
- 3) HEINEN, a.a.O., 5. Aufl., S. 99.

der Aktivseite als Umlaufvermögen unter "Forderung an verbundene Unternehmen"¹⁾ zu bilanzieren sein. In der Bilanz der Tochtergesellschaft ist dieser Betrag auf der Passivseite unter "Verbindlichkeiten gegenüber verbundenen Unternehmen" aufgeführt²⁾.

Entsprechendes gilt im Falle einer noch nicht erledigten Verlustübernahmeverpflichtung der Holding, welche auf der Passivseite der Holding-Bilanz und auf der Aktivseite der Bilanz des ausgleichsberechtigten Unternehmens erscheint.

Im Interesse der Bilanzklarheit³⁾ empfiehlt sich die besondere Kenntlichmachung dieser Beträge entweder durch eine Trennung von anderen Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber verbundenen Unternehmen, oder durch einen entsprechenden Aufgliederungshinweis in der Erläuterung zur Bilanz.

III. Gewinn- und Verlustrechnung

Während die Bilanz das Jahresergebnis durch einen Bestandsvergleich zu Beginn und zum Ende des Jahres nur in einer Gesamtsumme ausweist, erklärt die Gewinn- und Verlustrechnung das Zustandekommen des Erfolges nach Art, Höhe und Quelle⁴⁾.

In den Gewinn- und Verlustrechnungen der einzelnen Unternehmen sind die Beträge der Gewinnabführung

1) Vgl. § 151 Abs. 1 Aktivseite, III 10 AktG.

2) Vgl. § 151 Abs. 1 Passivseite VI 5 AktG.

3) HEINEN, Handelsbilanzen, S. 275 f. u. S. 309; DERS., a.a.O., 5. Aufl., S. 188.

4) HEINEN, a.a.O., S. 320 f.

bzw. der Verlustübernahme ausgewiesen¹⁾. Das Bilanzergebnis derjenigen Betriebsgesellschaften, mit denen Ergebnisabführungsvereinbarungen bestehen, ist immer gleich Null. Der Jahreserfolg dieser Unternehmen ergibt sich aus den Positionen: Gewinnabführung bzw. Erträge aus Verlustübernahme, Einstellungen aus einem Jahresüberschuß in offene Rücklagen und gegebenenfalls Sonderzahlungen an Minderheitsgesellschafter (Dividendengarantien i.S. von § 304 AktG).

Bei der Holding wird hier sichtbar gemacht, ob und gegebenenfalls welchen Betrag sie von den Untergesellschaften für ihre konzernleitende Tätigkeit und die Erledigung von Gemeinschaftsaufgaben erhält.

Von besonderer Bedeutung ist daneben die Ausweisung etwaiger gemeindlicher Zahlungen zum Verlustausgleich in der Gewinn- und Verlustrechnung der Holding.

Konzessionsabgaben an die Gemeinde sind als Aufwandsposten in den Einzelabschlüssen der Holding-Töchter aufgeführt.

Die aus der Aufstellung von Jahresabschlüssen der einzelnen konzernbeteiligten Unternehmen resultierende getrennte Ergebnisausweisung ist als Vorteil gegenüber der Zusammenfassung verschiedener Branchen in einer Kapitalgesellschaft bezeichnet worden²⁾. Dem ist grundsätzlich beizupflichten. Bei der Kapitalgesellschaft, die in verschiedenen Marktbereichen

1) Vgl. § 157 I Ziff. 7 u. 25 AktG für Gewinn- und Verlustübernahme bei der Holding und § 157 I Ziff. 15 u. 27 für Verlustausgleich bzw. Gewinnabführung bei den Tochtergesellschaften; BOLSENKÖTTER, Die steuerliche Behandlung des Verbundes öffentlicher Unternehmen, in: FRIEDRICH/KUPSCH, Die Besteuerung öffentlicher Unternehmen, 339 (347).

2) PAGENKOPF, Kommunalrecht Bd. 2, Wirtschaftsrecht, S. 190; PÜTTNER, Das Recht der kommunalen Energieversorgung, S. 104 in FFn. 208.

tätig ist, fließen die Ergebnisse der einzelnen Betriebsabteilungen in den Jahresabschluß des Unternehmens ein und führen zu einem Gesamtergebnis, ohne daß ersichtlich ist, welcher Branche die einzelnen Bilanzposten und die aufgeführten Erträge und Aufwendungen wirtschaftlich zuzuordnen sind.

Die getroffene Feststellung muß allerdings mit der Einschränkung versehen werden, daß die Einzelabschlüsse der Unternehmen durch deren Einbindung in den Holding-Konzern in ihrer Aussagefähigkeit gemindert sind. Hierauf ist im folgenden einzugehen.

B) Der Konzernabschluß

I. Konzerntatbestand und eingeschränkte Aussagefähigkeit der Einzelabschlüsse

Die Holding hat als Konzernleitung die Möglichkeit, zwischen den konzernbeteiligten Unternehmen Gewinnverlagerungen und Liquiditätsverschiebungen herbeizuführen, so daß den Einzelabschlüssen der Konzernunternehmen im Hinblick auf deren Ertrags- und Vermögenslage einiges an Aussagekraft genommen ist¹⁾.

Die Holding kann beispielsweise die einzelnen Tochtergesellschaften untereinander zu einem Preisverhalten veranlassen, welches von dem gegenüber konzernfremden Unternehmen praktizierten Preisverhalten abweicht. Das rechtliche Instrumentarium hierfür

1) GROSSFELD, Bilanzrecht § 25 III, S. 228 f.

gewähren die bestehenden Beherrschungsverträge. Erfolge im kommunalen Konzern beispielsweise die Stromlieferungen des Versorgungsunternehmens auf Veranlassung der Konzernleitung zum Selbstkostenpreis, so verschlechtert sich bilanziell das Ergebnis der belieferten Unternehmen. Diese sind mit geringeren Aufwendungen belastet. Auf diese Weise können vor allem die Gewinne des Versorgungsunternehmens aus optischen Gründen niedriger gehalten und die Verluste des Verkehrsunternehmens entsprechend gemindert werden¹⁾.

Ähnlich verhält es sich mit der bilanziellen Zuordnung der Aufwendungen für von mehreren Konzernunternehmen in Anspruch genommene Dienstleistungen Dritter. Die Konzernleitung könnte beispielsweise die Kosten für die Nutzung einer konzernfremden EDV-Anlage nicht entsprechend dem Maß der tatsächlichen Inanspruchnahme auf die einzelnen Konzernunternehmen verteilen, sondern nach Erwägungen der optischen Ergebnisgestaltung.

Schließlich können zwischen den Konzernunternehmen liquide Mittel derart verschoben werden, daß sich die bilanzielle Vermögenslage des einen Unternehmens zu Lasten derjenigen eines anderen Unternehmens verbessert²⁾.

Die sich aus dem Konzerntatbestand ergebende Einschränkung des Informationswertes der Einzelabschlüsse hat den Gesetzgeber bewogen, die Konzernleitung unter bestimmten Voraussetzungen zu einer

1) Vgl. zum Problem der innerkonzernlichen Gewinnverlagerung im allgemeinen HEINEN, Handelsbilanzen, S. 360 f.

2) HEINEN, a.a.O., S. 361; WÖHE, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 1031; KRONSTEIN, in: Kölner Kommentar zum AktG vor § 329 Rdn. 6.

Rechnungslegung zu verpflichten, die den Konzern als eine wirtschaftliche Einheit betrachtet¹⁾. Weitgehend den Erkenntnissen der Einheitstheorie folgend²⁾, verlangen die §§ 329 ff. AktG und das Gesetz über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen³⁾ die Aufstellung eines Konzernabschlusses durch die Konzernobergesellschaft, der einen möglichst sicheren Einblick in die Vermögens- und Ertragslage des Konzerns geben soll. Der Konzern wird zum Zwecke des Konzernabschlusses wie ein rechtlich einheitliches Gebilde betrachtet⁴⁾.

Die kommunale Holding-GmbH ist als Konzernleitung gem. § 329 AktG i.V.m. § 28 Abs. 1 EGaktG zur Aufstellung eines Konzernabschlusses verpflichtet, soweit eines der von ihr beherrschten Unternehmen eine Aktiengesellschaft ist⁵⁾. Die Pflicht zur Erstellung eines Einzelabschlusses wird hierdurch weder bei der Holding selbst noch bei den Untergesellschaften berührt⁶⁾. Der Konzernabschluß muß gem. § 336 AktG geprüft werden und ist gem. § 338 AktG bekanntzumachen⁷⁾. Er ist in einem Konzerngeschäftsbericht

- 1) Vgl. hierzu insbesondere die Begr. RegE zum AktG zitiert bei KROPPF, Aktiengesetz 1965, S. 436; v. WYSOCKI/WOHLGEMUTH, Konzernrechnungslegung, S. 17.
- 2) Zur Einheitstheorie als Grundlage für die Konzernrechnungslegung HEINEN, Handelsbilanzen, S. 370 f. u. S. 372 f.; IdW: WP-Handbuch 1981, S. 866 f.; GROSSFELD, Bilanzrecht § 25 VI, S. 233 f.
- 3) PublG vom 15.8.1969 (BGBI. I, 1189 ff.).
- 4) IdW: WP-Handbuch 1981, S. 865 f.
- 5) IdW: WP-Handbuch 1981, S. 869; GOERDELER, Die Rechnungslegung im GmbH-Konzern, in: EMMERICH u.a., Der GmbH-Konzern, S. 60, 61.
- 6) IdW: WP-Handbuch 1981, S. 866.
- 7) ADLER/DÜRING/SCHMALTZ, Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, Bd. 3, § 329 Tz. 47; GROSSFELD, a.a.O., § 25 VIII, S. 251.

gem. § 334 AktG zu erläutern¹⁾.

Der Konzernabschluß dient ausschließlich der Sichtbarmachung der Vermögens- und Ertragslage des Konzerns als wirtschaftliche Einheit und ist nicht Grundlage der Besteuerung oder Gewinnverteilung²⁾. Seine besondere Aussagekraft erlangt der Konzernabschluß durch eine Zusammenfassung der Einzelbilanzen unter weitgehender Ausschaltung innerkonzernlicher Beziehungen³⁾. Die Grundsätze dieses, im Konzernrechnungswesen als "Konsolidierung"⁴⁾ bezeichneten Vorganges, sind in den §§ 329 ff. AktG geregelt, in denen eine Reihe von Einzelfragen offen geblieben und vom Gesetzgeber der Praxis zur Beantwortung überlassen wurde⁵⁾.

Der Konsolidierungsbereich der Holding bestimmt sich nach § 28 EGaktG i.V.m. § 329 Abs. 2 AktG. Danach sind alle Unternehmen in den Konzernabschluß einzubeziehen, die sich mehrheitlich im Anteilbesitz des Konzerns befinden, und die unter der einheitlichen Leitung der Holding stehen. § 329 Abs. 2 AktG verlangt keine direkte Mehrheitsverflechtung zwischen Obergesellschaft und Untergesellschaft. Ausreichend ist ein mittelbarer Anteilbesitz über eine Holding-Tochter, soweit dieser mittelbare

- 1) IdW: WP-Handbuch 1981, S. 865; GROSSFELD, Bilanzrecht § 27, S. 260 f.
- 2) IdW: WP-Handbuch 1981, S. 866; v. WYSOCKI/WOHLGEMUTH, Konzernrechnungslegung, S. 18.
- 3) KRONSTEIN, in: Kölner Kommentar zum AktG vor § 329 Rdn. 6; HEINEN, Handelsbilanzen, S. 372; v. WYSOCKI/WOHLGEMUTH, a.a.O., S. 18.
- 4) Zum Begriff "Konsolidierung" GROSSFELD, a.a.O., § 25 VI, S. 235.
- 5) IdW: WP-Handbuch 1981, S. 867.

Anteilbesitz - gegebenenfalls auch zusammen mit einem unmittelbaren Anteilbesitz der Holding - eine kapitalmäßige Mehrheitsbeteiligung ergibt¹⁾. § 329 Abs. 2 AktG macht die Einbeziehung in den Konsolidierungskreis nicht von einer bestimmten Rechtsform abhängig, sondern spricht allgemein von "Konzernunternehmen". Diese Vorschrift bestimmt daneben in Satz 2 im Interesse der Aussagefähigkeit des Konzernabschlusses, daß von der Einbeziehung eines Konzernunternehmens abgesehen werden kann, wenn hierdurch die Darstellung der Vermögens- und Ertragslage des Konzerns aufgrund der geringen Bedeutung dieses Konzernunternehmens nicht beeinträchtigt wird. Konzernunternehmen dürfen gem. § 329 Abs. 2 S. 3 AktG nicht in den Konzernabschluß einbezogen werden, wenn dadurch dessen Aussagewert beeinträchtigt würde²⁾.

Im kommunalen Holding-Konzern besteht der Konsolidierungskreis regelmäßig aus der Holding als Obergesellschaft und ihren jeweils in den Bereichen Energieversorgung und Verkehr tätigen Aktiengesellschaften. Gegebenenfalls sind weitere Holding-Tochter- und Enkelgesellschaften einzubeziehen, soweit diese im Verhältnis zur Holding als Konzernunternehmen nach § 18 Abs. 1 AktG anzusehen sind.

Die Darstellung der Vermögens- und Ertragslage des Konzerns als wirtschaftliche Einheit erfolgt durch eine Zusammenfassung der Einzelabschlüsse unter Verzicht auf alle Doppelerfassungen und unter Ausschaltung aller Gewinne, die nicht durch Lieferungen

1) HEINEN, Handelsbilanzen, S. 365; siehe vor allem zu Einzelfragen der Abgrenzung des Konsolidierungskreises: IdW: WP-Handbuch 1981, S. 878 ff.

2) Zu dieser Ausnahme vgl. v. WYSOCKI/WOHLGEMUTH, Konzernrechnungslegung, S. 23; GROSSFELD, Bilanzrecht § 25 IV, S. 232.

und Leistungen an Konzernfremde entstanden sind¹⁾. Diesem Ziel dienen die Vorschriften der §§ 331 - 333 AktG über die Erstellung einer Konzernbilanz und einer Konzern-Gewinn- und Verlustrechnung, die zusammen mit dem nach § 334 AktG zu erstellenden Konzerngeschäftsbericht den Konzernabschluß darstellen.

Im folgenden soll auf die Grundsätze der Konzernrechnungslegung eingegangen werden, soweit dieses dem Verständnis der im Konzernabschluß enthaltenen Aussagen dient²⁾.

II. Die Konzernbilanz

Im Rahmen der Konzernbilanz erfolgt die Kapital- und die Forderungskonsolidierung sowie die Eliminierung der Zwischengewinne.

Der Zweck der Kapitalkonsolidierung³⁾ besteht in der Eliminierung der konzerninternen Beteiligungsverhältnisse, die die Konzernbilanz aufblähen würden. Dies erfolgt, ausgehend von der Bilanz der Obergesellschaft, durch Aufrechnung des Postens "Beteiligungen" in der Bilanz der Obergesellschaft gegen das Reinvermögen der Untergesellschaften. Soweit der Buchwert der Beteiligungen der Obergesellschaft an den Untergesellschaften nicht mit deren

1) IdW: WP-Handbuch, S. 866.

2) Umfassende Darstellungen des Konzernrechnungswesens vor allem bei KÜTING, Konsolidierungspraxis, 1981, S. 1 ff.; BUSSE VON COLBE/ORDELHEIDE, Konzernabschlüsse, S. 1 ff.

3) Vgl. im einzelnen zur Kapitalkonsolidierung HEINEN, Handelsbilanzen, S. 373 ff.; v. WYSOCKI/WOHLGEMUTH, Konzernrechnungslegung, S. 60 ff.; GROSSFELD, Bilanzrecht § 25 VII 1., S. 236 ff.

Reinvermögen übereinstimmt, entsteht eine Differenz, die gem. § 331 Abs. 1 Nr. 3 AktG in der Konzernbilanz als Ausgleichsposten gesondert auszuweisen ist.

Gemäß § 331 Abs. 2 AktG sind im Rahmen der Aufstellung einer Konzernbilanz etwaige in den Einzelbilanzen enthaltene Zwischengewinne zu eliminieren¹⁾. Hierbei handelt es sich um solche Bilanzgewinne, die bei den in den Konsolidierungsbereich einbezogenen Unternehmen durch Lieferungen und Leistungen an Konzernunternehmen entstanden sind. Diese können vom Standpunkt des Konzerns als einer wirtschaftlichen Einheit nicht als realisiert angesehen werden, da kein Leistungsaustausch mit Konzernfremden stattgefunden hat. Die Aufnahme der Zwischengewinne in die Konzernbilanz würde daher Vermögens- und Ertragslage des Konzerns unrealistisch darstellen.

Die Pflicht zur Neutralisierung von lediglich konzernintern realisierten Gewinnen stellt daher sicher, daß die Konzernbilanz nur solche Erfolge der Konzernunternehmen als Erfolg des Konzerns ausweist, die aus Geschäftsbeziehungen mit Dritten resultieren.

Auch die Forderungskonsolidierung²⁾ nach § 331 Abs. 1 Nr. 4 AktG dient der Beseitigung von Posten aus der konsolidierten Bilanz, die diese lediglich aufblähen. Hier sind Forderungen, die zwischen einbezogenen Unternehmen bestehen mit den entsprechenden Verbindlichkeiten zu verrechnen. In der Konzernbilanz tauchen Forderungen und Verbindlichkeiten

1) Vgl. im einzelnen zur Zwischengewinneliminierung HEINEN, Handelsbilanzen, S. 399 ff.; v. WYSOCKI/WOHLGEMUTH, Konzernrechnungslegung, S. 78 ff.; GROSSFELD, Bilanzrecht § 25 VII 3., S. 245 ff.

2) Vgl. im einzelnen zur Forderungskonsolidierung HEINEN, a.a.O., S. 393 f.; v. WYSOCKI/WOHLGEMUTH, a.a.O., S. 92 ff.; GROSSFELD, a.a.O., § 25 VII 2., S. 243 ff.

nur gegenüber solchen Unternehmen auf, die nicht in den Konsolidierungsbereich einbezogen sind.

III. Konzern-Gewinn- und Verlustrechnung

In der nach §§ 332 f. AktG zu erstellenden Konzern-Gewinn- und Verlustrechnung¹⁾ ist entsprechend den Gewinn- und Verlustrechnungen der Einzelunternehmen der Konzernenerfolg nach Art, Höhe und Quelle darzustellen. Das erfolgt durch eine Zusammenrechnung der einzelnen Erfolgsrechnungen unter Ausschaltung der Aufwands- und Ertragsteile konzerninterner Herkunft. Erträge und Aufwendungen aus Ergebnisübernahme entstehen im Konsolidierungskreis in jeweils der gleichen Höhe und können daher unmittelbar gegeneinander aufgerechnet und so eliminiert werden²⁾.

IV. Abschließende Betrachtung zur Konzernrechnungslegung

Der Konzernabschluß gewährt einen Überblick über die Vermögens- und Ertragslage desjenigen Teils der kommunalen Wirtschaftsbetätigung, der unter dem Dach der Holding zusammengefaßt ist. Er entspricht daher in seiner Aussagefähigkeit dem Abschluß des kommunalen Einheitsunternehmens, in welchem sich

1) Vgl. hierzu im einzelnen HEINEN, Handelsbilanzen, S. 413 ff.; v. WYSOCKI/WOHLGEMUTH, Konzernrechnungslegung, S. 104 ff.

2) v. WYSOCKI/WOHLGEMUTH, a.a.O., S. 122, GROSSFELD, Bilanzrecht § 26, S. 255 ff.

die Aktivitäten in verschiedenen Wirtschaftszweigen bei einem nicht nur wirtschaftlich sondern auch rechtlich einheitlichen Unternehmen vereinigen. Dem Abschluß dieses Unternehmens gegenüber bietet die Konzernrechnungslegung den Vorteil der Einzelergebnisausweisung in den zum Handelsregister anzumeldenden Einzelabschlüssen. Wenngleich den Einzelabschlüssen durch die Konzerneingebundenheit - wie dargelegt - einiges von ihrer Aussagekraft genommen ist, so vermitteln sie zumindest eine angenäherte Vorstellung von der Ertragskraft der einzelnen konzernbeteiligten Unternehmen.

Die Verpflichtung der Holding, als Konzernobergesellschaft einen Konzernabschluß aufzustellen, ist eine unumgängliche Folge der Zusammenfassung kommunalwirtschaftlicher Betätigung in der Form des Holding-Konzerns. Sie kann aber nicht etwa wegen des damit verbundenen zusätzlichen, neben die Aufstellung von Einzelabschlüssen tretenden Aufwandes¹⁾, als ein Nachteil angesehen werden, der gegenüber den steuerlichen Vorteilen und gegenüber der zu erreichenden Verbesserung der rechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten entscheidend ins Gewicht fällt.

Die bestehende Verpflichtung der Holding, einen Konzernabschluß aufzustellen, läßt die vor allem

1) Vgl. zu den denkbaren organisatorischen Maßnahmen für die Durchführung einer Konsolidierung, wie etwa Schaffung einer zentralen Konsolidierungsstelle im Rechnungswesen der Obergesellschaft, die Vereinheitlichung der Rechnungslegung in den Konzernunternehmen und die Vorbereitung der Verfahren zur Entwicklung des Konzernabschlusses aus den Einzelabschlüssen: v. WYSOCKI/WOHLGEMUTH, Konzernrechnungslegung, S. 26 f.

von Ellerich¹⁾ ausführlich diskutierte Frage unberührt, inwieweit die Gemeinde, deren aktienrechtliche Unternehmenseigenschaft bejaht ist, ihrerseits einen Konzernabschluß aufstellen muß. Für die Gemeinde, die als Gebietskörperschaft nicht unter die Rechnungslegungsvorschriften des Aktiengesetzes oder des EG-Aktiengesetzes fällt, kann sich eine solche Verpflichtung aus § 11 Abs. 1 PublG ergeben, wenn die dort geforderten Größenmerkmale des Konzerns, in welchem die Gemeinde die einheitliche Leitung ausübt, erfüllt sind²⁾.

Die aufgeworfene Frage ist dann von Bedeutung, wenn die Gemeinde nicht ihre gesamten wirtschaftlichen Aktivitäten unter dem Holding-Dach zusammenfaßt, sondern außerhalb des durch die Holding abgegrenzten Konsolidierungskreises unmittelbare und mittelbare Leitung über Konzernunternehmen ausübt. Im Falle einer vollständigen Einbringung in die Holding entfällt eine Pflicht zur Rechnungslegung durch die Gemeinde, da ihr Konzernabschluß mit dem von der Holding aufgestellten Konzernabschluß identisch wäre³⁾.

1) ELLERICH, Unternehmenseigenschaft, S. 265 ff.

2) Zu den zur Konzernrechnungslegung verpflichtenden Größenmerkmalen des Publizitätsgesetzes vor allem: IdW: WP-Handbuch 1981, S. 972; ELLERICH, a.a.O., S. 266.

3) ELLERICH, a.a.O., S. 270.

Zusammenfassung

Die Holding ist ein Unternehmen, welches den Erwerb und die Verwaltung von Beteiligungen zum Haupt- oder ausschließlichen Gegenstand hat und welches von einer bestimmten Rechtsform unabhängig ist. Es kommen Beteiligungen an Gesellschaften jeglicher Rechtsform in Betracht. Von der Vermögensverwaltungsgesellschaft unterscheidet sich die Holding durch die Beschränkung ihres Betriebsvermögens auf Gesellschaftsanteile, während die Vermögensverwaltungsgesellschaft daneben weitere vermögenswerte Positionen besitzen kann. Die Holding unterscheidet sich von der Kapitalanlage-(Investment)Gesellschaft durch die für diesen Unternehmenstyp geregelten Bestimmungen des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften.

Holding Gesellschaften können nach der ihnen beigegebenen Zweckrichtung und nach ihren Beziehungen zu den Gesellschaften, die in ihrem Anteilbesitz stehen, als lediglich beteiligungszusammenfassend oder als geschäftsführend (konzernleitend) qualifiziert werden. Weiter ist zu unterscheiden zwischen Holding Gesellschaften, die selbst unter der Leitung eines anderen Unternehmens stehen, und solchen, die eine Vielzahl von ihren Einfluß nicht einheitlich ausübenden Gesellschaftern haben.

In der Gemeindegewirtschaft existiert die Holding zum einen als beteiligungszusammenfassendes Unternehmen. Größere Bedeutung hat sie aber als Instrument der Konzernleitung. Vornehmlich diesem Holding-Typ widmete sich die vorliegende Untersuchung. Dabei konnten die folgenden Feststellungen getroffen werden:

In verschiedenen Gemeinden der Bundesrepublik Deutschland gibt es eine unter einer Holding zusammengefaßte Unternehmensverbindung, die eine Reihe von einheitlichen Merkmalen aufweist, weswegen hier von einem klassischen kommunalen Holding-Konzern gesprochen werden kann. Für die Praxis der kommunalen Wirtschaftstätigkeit sind die folgenden einheitlichen Merkmale von besonderem Interesse:

- Die Holding hat die Rechtsform der GmbH.
- Bei den Untergesellschaften handelt es sich neben anderen möglichen Beteiligungen jeweils um ein Energieversorgungs- und ein Verkehrsunternehmen in der Rechtsform der Aktiengesellschaft. Vielfach bestehen Unterbeteiligungen der Holding-Töchter.
- Die Holding hat am Energieversorgungs- und an dem Verkehrsunternehmen den vollständigen oder zumindest mehrheitlichen Anteilbesitz. Daneben bestehen Beherrschungsverträge im Sinne des Aktiengesetzes, was zu einer Einordnung der Holding und ihrer Untergesellschaften als konzernverbunden i.S.d. § 18 Abs. 1 AktG führt (Subordinationskonzern).
- Die Gemeinde ist Alleingesellschafterin der Holding und somit Konzernspitze. Bei zu bejahender aktienrechtlicher Unternehmenseigenschaft der Gemeinde vermittelt diese weitere Unternehmensverbindungen zu außerhalb des Holding-Konzerns, aber unter der einheitlichen Leitung der Gemeinde, stehenden Unternehmen.
- Die Untergesellschaften sind vertraglich zur Abführung ihrer Ergebnisse an die Holding verpflichtet.

Der kommunale Holding-Konzern erreicht die für die Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes 1976 erforderliche Größenordnung von 2 000 Mitarbeitern im Konzern.

Es hat sich gezeigt, daß die Einflußnahmemöglichkeiten der Gemeinden auf Aktiengesellschaften durch die Errichtung eines Konzerns mit einer Holding-GmbH als aus Beherrschungsverträgen berechtigtem, geschäftsführendem Unternehmen, rechtlich verbessert werden können.

Das gewährleistet die sich aus den Beherrschungsverträgen ergebende Verlagerung der Entscheidungsmacht von den Vorständen der Tochter-Aktiengesellschaften auf die Holding und die dem GmbH-Recht eigenen Einwirkungsbefugnisse der Gesellschafter auf den Geschäftsführer der GmbH, auch und insbesondere im Bereich derjenigen Maßnahmen, die in Ausübung der sich aus dem Beherrschungsvertrag ergebenden Rechte getroffen werden.

Die unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Organen der konzernbeteiligten Unternehmen führt zu keiner im Hinblick auf die bestehende Ingerenzpflicht untragbaren Einschränkung der Einwirkungsmöglichkeiten. Die Letztentscheidungsbefugnis der Gemeinde als GmbH-Gesellschafterin zur Durchsetzung von Maßnahmen der Konzernleitung ist gewahrt.

Wie der Fall Freiburg zeigt, können die rechtlichen Kompetenzstrukturen demgegenüber wesentlich durch die Integration von Mitentscheidungsrechten eines Drittgesellschafters eines konzernbeteiligten Unternehmens verändert sein. Dies ist aber keine für den Holding-Konzern, sondern vielmehr eine für die Beteiligung an gemischtwirtschaftlichen Unternehmen typische Erscheinung.

Das tatsächliche Leitungsgefüge kann darüber hinaus durch konzern-individuelle Besonderheiten, wie etwa den - beispielsweise durch mangelnde Fachkompetenz der gemeindlichen Organe erzwungenen - Verzicht der Gemeinde auf die Ausübung der bestehenden Einwirkungsrechte geprägt sein. Auch insoweit handelt es sich

nicht um ein zwingend mit der Konzernierung auftretendes Problem.

Aus steuerlicher Sicht interessiert vornehmlich die sich aus der Errichtung eines Holding-Konzerns der beschriebenen Art ergebende Bildung eines körperschaftsteuerlichen Organkreises, innerhalb dessen die beteiligten Unternehmen gewinnsteuerlich als Einheit betrachtet werden. Das führt zu einer gewinnsteuerermindernden Verrechnung der im Organkreis angefallenen Gewinne und Verluste bei gleichzeitiger bilanzieller Ausweisung der einzelnen Betriebsergebnisse. Hierdurch erklärt sich auch die regelmäßige Anwesenheit eines Energieversorgungs- und eines Verkehrsunternehmens in den gemeindlichen Holding-Konzernen. Die Rechtsprechung zu den Voraussetzungen des körperschaftsteuerlichen Organschaftsverhältnisses mit einer konzernleitend tätigen Holding ermöglicht eine weitergehende Diversifikation. Hier stellt sich die Konzernierung rechtlich selbständiger Steuersubjekte als vorteilhafter dar als der Querverbund von Eigenbetrieben, da dessen Anerkennung an das Vorliegen einer technisch-wirtschaftlichen Verpflichtung gebunden ist.

Die Einbringung solcher Beteiligungen in die Holding, die nicht die Voraussetzungen der körperschaftsteuerlichen Organschaft erfüllen, führt durch die Anwendung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens zu keiner zusätzlichen gewinnsteuerlichen Belastung.

Ein steuerliches Organisationsinteresse an der gewerbsteuerlichen Organschaft besteht seitens der Gemeinde nicht, da sie selbst Steuerberechtigte ist.

Auch die Begründung eines umsatzsteuerlichen Organschaftsverhältnisses kann nicht im besonderen Interesse der Gemeinde liegen, da die Umsatzsteuer ohnehin

an den Endverbraucher weitergegeben wird und die einzelnen Unternehmen nicht belastet.

Im Vermögensteuerrecht sind keine Organschaftsverhältnisse möglich, so daß eine Saldierung positiver mit negativer Betriebsvermögen nicht erfolgen kann. Die Einbringung von Beteiligungen, die die Voraussetzung der vermögensteuerlichen Schachtelvergünstigung (25 %) nicht erfüllen, führt zu einer steuerlichen Mehrbelastung. In den Genuß der vermögensteuerlichen Privilegierung bestimmter Vermögensteile kann die Holding ebenfalls nur im Falle einer Beteiligungshöhe von mindestens 25 % kommen.

Alle Unternehmen des Holding-Konzerns sind verpflichtet, einen Jahresabschluß aufzustellen. Hierdurch wird die Vermögens- und Ertragslage der einzelnen Unternehmen sichtbar. Diese Einzelabschlüsse sind aber durch die bestehende wirtschaftliche Verflechtung und durch den Konzerntatbestand in ihrer Aussagekraft beschränkt und gewähren daher lediglich eine ungefähre Vorstellung von der Rentabilität der einzelnen, unter der Leitung der Holding stehenden Unternehmen. Zwingend mit der Bildung einer Unternehmensverbindung in der für den klassischen kommunalen Holding-Konzern typischen Art, entsteht die Verpflichtung der Holding, einen Konzernabschluß aufzustellen. Der Konzernabschluß gibt Auskunft über die Rentabilität der unter der Holding zusammengefaßten wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde, indem er lediglich die Geschäftsbeziehungen zu Dritten darstellt und innerkonzernliche Vorgänge außer Ansatz läßt.

Lebenslauf

Ich wurde am 30. Januar 1954 als zweiter Sohn des Kaufmanns Anton Ahrens und seiner Ehefrau Rosemarie, geb. Groth, in Dortmund geboren. Ich besuchte ab Ostern 1960 die Zehnthof-Volksschule in Dortmund-Körne. Nach vier Schuljahren wechselte ich 1964 zum Humboldt-Gymnasium in Dortmund-Hörde, wo ich im Mai 1972 das Abitur bestand.

Während der Sommermonate volontierte ich bei der Commerzbank Dortmund.

Zum Wintersemester 1972/73 begann ich das Studium der Rechtswissenschaften an der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster.

Die erste juristische Staatsprüfung legte ich im Januar 1978 in Hamm ab. Nach zweijähriger Referendarzeit in Dortmund bestand ich die zweite juristische Staatsprüfung im Oktober 1980 in Düsseldorf.

Seit dem 17. Nov. 1980 bin ich als Rechtsanwalt in Dortmund tätig.

Ich bin seit Juli 1981 verheiratet und habe zwei Kinder.