
Einführung in die Betätigungsprüfung

Rebecca Zahl

Herausgeber

Landschaftsverband Westfalen-Lippe

LWL-Rechnungsprüfungsamt

Piusallee 7

48147 Münster

Telefon: 0251 591-5361

Telefax: 0251 591-227

E-Mail: rechnungspruefungsamt@lwl.org

Internet LWL: www.lwl.org

Internet LWL-Rechnungsprüfungsamt: www.lwl-rpa.de

Bearbeitung

Rebecca Zahl

Prüferin im LWL-Rechnungsprüfungsamt

Bearbeitungsstand

26.04.2024

Urheberrecht

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

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung	1
2. Rechtliche Grundlagen der Betätigungsprüfung	2
3. Die Prüfung kommunaler Unternehmen (Abgrenzung)	5
4. Gegenstand der Betätigungsprüfung	7
4.1 Zulässigkeit der wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Betätigung	9
4.1.1 Wirtschaftliche Betätigung im weiteren Sinne	10
4.1.2 Wirtschaftliche Betätigung im engeren Sinne	10
4.1.2.1 Schrankentrias	10
4.1.2.2 Markterkundungsverfahren	12
4.1.3 Energiewirtschaftliche Betätigung	13
4.1.4 Annextätigkeiten	14
4.1.5 Nichtwirtschaftliche Betätigung	16
4.1.6 Überörtliche Betätigung	17
4.2 Zulässigkeit der privatrechtlichen Verselbstständigung	19
4.2.1 Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen	19
4.2.2 Besondere Voraussetzungen für die rechtliche Verselbstständigung (GmbH)	21
4.2.3 Hinwirkungspflicht bei Mehrheitsbeteiligungen	21
4.2.4 Vertretung der Gemeinde in einer Gesellschaft	22
4.3 Einflussnahme durch Vertretung in den Unternehmensorganen	22
4.3.1 Weisungsgebundenheit	23
4.3.2 Unterrichtungspflicht	25
4.4 Beteiligungsmanagement	26
4.4.1 Organisation	27
4.4.2 Personal	28
4.4.3 Aufgaben	29
4.4.3.1 Festlegung von Zielen	30
4.4.3.2 Portfoliosteuerung	30
4.4.3.3 Übergeordnete Richtlinien	31
4.4.3.4 Beteiligungsverwaltung	33
4.4.3.5 (Operatives) Beteiligungscontrolling	35
4.4.3.6 Mandatsbetreuung	38
5. Prüfungsmaßstab der Betätigungsprüfung	39
5.1 Rechtmäßigkeit	40
5.2 Zweckmäßigkeit	40
5.3 Wirtschaftlichkeit	40

LWL-Rechnungsprüfungsamt

6. Organisation der Betätigungsprüfung	41
6.1 Zeitpunkt der Prüfung	41
6.2 Die Prüfenden	43
7. Durchführung der Betätigungsprüfung	43
7.1 Informationsquellen der Betätigungsprüfung	44
7.2 Prüffragen der Betätigungsprüfung	46

Literaturverzeichnis

Bätge, Frank: Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen im Lichte der aktuellen Rechtsprechung – Erster Teil, KommJur 2020, S. 321-325.

(zitiert: Bätge: Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen im Lichte der aktuellen Rechtsprechung (Teil 1))

Bätge, Frank: Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen im Lichte der aktuellen Rechtsprechung – Zweiter Teil, KommJur 2020, S. 365-369.

(zitiert: Bätge: Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen im Lichte der aktuellen Rechtsprechung (Teil 2))

Blum, Peter/Baumgarten, Torsten u. w.: Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz (NKomVG), 24. Fassung 2023.

(zitiert: PdK Nds B-1/Bearbeiter:in NKomVG)

Cronauge, Ulrich: Kommunale Unternehmen, Berlin 2016.

(zitiert: Cronauge: Kommunale Unternehmen)

Deutscher Städtetag: Gute Unternehmenssteuerung. Strategien und Handlungsempfehlungen für die Steuerung städtischer Beteiligungen, Berlin/Köln 2017.

(zitiert: Deutscher Städtetag: Gute Unternehmenssteuerung)

Dietl, Fabian: Die kommunalrechtlichen Vorgaben zur Durchführung eines Branchendialogs, KommJur 2015, S. 401-407.

(zitiert: Dietl: Die kommunalrechtlichen Vorgaben zur Durchführung eines Branchendialogs)

Dietlein, Johannes/Heusch, Andreas (Hrsg.): BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, 26. Edition (Stand 01.12.2023).

(zitiert: BeckOK KommunalR NRW/Bearbeiter:in GO NRW)

Dietlmeier, Otto: Rechtsfragen der Publizität im kommunalen Unternehmensrecht, Berlin 2015.

(zitiert: Dietlmeier: Rechtsfragen der Publizität im kommunalen Unternehmensrecht)

Expertenkommission D-PCGM: Deutscher Public Corporate Governance-Musterkodex (D-PCGM), online: <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.14710.47688> (Fassung vom 14.03.2022).

(zitiert: D-PCGM)

Fiebig, Helmut/Zeis, Adelheid: Kommunale Rechnungsprüfung, Berlin 2018.

(zitiert: Fiebig/Zeis: Kommunale Rechnungsprüfung)

GBV Gesellschaft für Beteiligungsverwaltung Schwerin mbH: Portfolioanalyse, online: <https://www.gbv-schwerin.de/beteiligungsverwaltung.html#portfolio-analyse> (zuletzt aufgerufen am 29.02.2024).

(zitiert: GBV GmbH: Portfolioanalyse)

Gern, Alfons/Brüning, Christoph: Deutsches Kommunalrecht, Baden-Baden 2019.

(zitiert: Gern/Brüning: Deutsches Kommunalrecht)

Goette, Wulff/Habersack, Mathias/Kalss, Susanne (Hrsg): Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage 2021.

(zitiert: MüKoAktG/Bearbeiter:in AktG)

Richter, Martin: Leitbild eines modernen Kommunalen Beteiligungsmanagements. Das Beteiligungsmanagement als Intermediär, Bonn 2022.

(zitiert: Richter: Das Beteiligungsmanagement als Intermediär)

Held, Friedrich Wilhelm/Becker, Ernst u. w.: Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (GO NRW), 21. Fassung 2023.

(zitiert: PdK NW B-1/Bearbeiter:in GO NRW)

Institut der Rechnungsprüfer: Einheitliche Normen der örtlichen Rechnungsprüfung in Deutschland. Empfehlung des Instituts der Rechnungsprüfer an die Landesparlamente, Begründung (16.11.2016).

(zitiert: IDR: Einheitliche Normen der örtlichen Rechnungsprüfung in Deutschland)

Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsmanagement: Steuerung kommunaler Beteiligungen, KGSt-Bericht 03/2012, S. 39.

(zitiert: KGSt: Steuerung kommunaler Beteiligungen)

Kreis Düren, Rechnungsprüfungsamt: Wirtschaftliche Betätigung des Kreises. Betätigungsprüfung und Prüfung dritter Institutionen durch die Rechnungsprüfung, Düren 2013.

(zitiert: Kreis Düren, Rechnungsprüfungsamt: Wirtschaftliche Betätigung des Kreises. Betätigungsprüfung und Prüfung dritter Institutionen durch die Rechnungsprüfung)

Landtag Nordrhein-Westfalen: Gesetzesentwurf der Landesregierung vom 11.09.2018 zum 2. NKF-Weiterentwicklungsgesetz.

(zitiert: LT-Drs. (NRW) 17/3570)

Proeller, Isabella/Krause, Tobias: Führungskräftebefragung bei öffentlichen Unternehmen: „Kommunale Beteiligungssteuerung“ (Zusammenfassender Bericht), Potsdam 2016.

(zitiert: Proeller/Krause: Führungskräftebefragung bei öffentlichen Unternehmen: „Kommunale Beteiligungssteuerung“)

Rowedder, Heinz/Pentz, Andreas (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 7. Auflage 2022.

(zitiert: Rowedder/Pentz/Bearbeiter:in GmbHG)

Scharpf, Christian: Von „Ressourcennutzungen“ und „Annexstätigkeiten“, DÖV 2006, S. 23-28.

(zitiert: Scharpf: Von „Ressourcennutzungen“ und „Annexstätigkeiten“)

Schmid, Hansdieter: Steuerung und Kontrolle kommunaler Beteiligungsunternehmen, ZKF 2002 Nr. 7, S. 148-153.

(zitiert: Schmid: Steuerung und Kontrolle kommunaler Beteiligungsunternehmen)

Schmid, Hansdieter: Die Aufgaben der kommunalen Beteiligungsverwaltung, KKZ 2023 Nr. 12, S. 265-272.

(zitiert: Schmid: Die Aufgaben der kommunalen Beteiligungsverwaltung)

Steiner, Udo: Möglichkeiten und Grenzen der kommunalrechtlichen Betätigungsprüfung, in: Von der Kultur der Verfassung (Festschrift für Friedhelm Hufen zum 70. Geburtstag), München 2015, S. 561-571.

(zitiert: Steiner: Möglichkeiten und Grenzen der kommunalrechtlichen Betätigungsprüfung)

Streffing, Thomas: Einführung in die örtliche Rechnungsprüfung, online (Stand vom 03.01.2024).

(zitiert: Streffing: Einführung in die örtliche Rechnungsprüfung)

Veldboer, Wolfgang/Bruns, Mario/Eckert, Christoph (Hrsg.): Praxishandbuch Kämmerei, Berlin 2018.

(zitiert: Bearbeiter:in, in: Praxishandbuch Kämmerei)

Weckerling-Wilhelm, Dorothee/Martsching, Katharina: Weisungsrechte in kommunalen Gesellschaften mit beschränkter Haftung, NZG 2011, S. 327-331.

(zitiert: Weckerling-Wilhelm/Martsching: Weisungsrechte in kommunalen Gesellschaften mit beschränkter Haftung)

Wurzel, Gabriele/Schraml, Alexander/Gaß, Andreas (Hrsg.): Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, München 2021.

(zitiert: Bearbeiter:in, in: Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen)

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz/Absätze
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AöR	Anstalt des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
EigVO	Eigenbetriebsverordnung
etc.	et cetera
e. V.	eingetragener Verein
f.	folgende
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	GmbH-Gesetz
GO NRW	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
HGB	Handelsgesetzbuch
HGO	Hessische Gemeindeordnung
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
i. e. S.	im engeren Sinne
i. S. d.	im Sinne des/im Sinne der
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
komm.	kommunale
KrO	Kreisordnung
LVerbO	Landschaftsverbandsordnung

LWL-Rechnungsprüfungsamt

LWL	Landschaftsverband Westfalen-Lippe
NKF	Neues Kommunales Finanzmanagement
2. NKFWG NRW	Zweites NKF-Weiterentwicklungsgesetz
NKomVG	Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz
Nr.	Nummer/Nummern
NRW	Nordrhein-Westfalen
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OVG	Oberverwaltungsgericht
PCGK	Public Corporate Governance Kodex
Rn.	Randnummer/Randnummern
S.	Seite/Seiten
SH GO	Gemeindeordnung Schleswig-Holstein
sog.	sogenannte
u. a.	unter anderem
u. w.	und weitere
vgl.	vergleiche
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
z. B.	zum Beispiel

1. Einleitung

Kommunen übernehmen eine Vielzahl an Aufgaben für die öffentliche Gemeinschaft in verschiedensten Bereichen der Daseinsvorsorge, u. a. im Verkehrswesen (Bau und Erhaltung von Straßen, Bereitstellung öffentlicher Verkehrsmittel), in der Versorgung mit Gas, Wasser und Elektrizität, im Bereich Bildung und Kultur (Betrieb von Schulen und Kindergärten sowie von Bildungs- und Kultureinrichtungen wie Volkshochschulen und Museen), aber auch im Gesundheitswesen (Betrieb von Krankenhäusern, Bereitstellung von Sportstätten). Viele dieser Aufgaben werden heutzutage aus der Verwaltung ausgegliedert und in eigenständigen Organisationsformen wahrgenommen.

Neben öffentlich-rechtlichen Organisationsformen wie Eigenbetrieben bzw. eigenbetriebsähnlichen Einrichtungen und Anstalten öffentlichen Rechts (AöR) stehen Kommunen auch privatrechtliche Organisationsformen wie Aktiengesellschaften (AG) und Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) zur Verfügung. Besonders häufig wird zur Erfüllung ausgegliederter Aufgaben die privatrechtliche Form der GmbH gewählt.¹ Sie besitzt eine eigene Rechtspersönlichkeit und ist somit von der kommunalen Verwaltung grundsätzlich unabhängig. Das führt einerseits zwar zu einer erhöhten Flexibilität in der Aufgabenerfüllung, sodass öffentliche Leistungen wirtschaftlicher erbracht werden können, andererseits bedeutet diese rechtliche Selbstständigkeit aber auch, dass die kommunale Verwaltung die Zügel aus der Hand geben muss. Um sicherzustellen, dass trotz des Kontrollverlusts das öffentliche Interesse verfolgt wird, sind in den Gemeindeordnungen² entsprechende Voraussetzungen für die Beteiligung an und die Gründung von privatrechtlichen Unternehmen genannt, die den Einfluss der Kommune auf das Unternehmen sichern sollen.

Ob den kommunalrechtlichen Vorgaben zur Sicherstellung des Einflusses der öffentlichen Hand bei der Aufgabenausgliederung entsprochen wird und inwiefern die Beteiligungen anschließend verwaltet und gesteuert werden, ist Gegenstand der Betätigungsprüfung. Die Betätigungsprüfung hilft so dabei, das rechtmäßige, zweckmäßige und wirtschaftliche Handeln der Kommune vom Zeitpunkt der Beteiligung bzw. der Gründung bis zum Zeitpunkt der Veräußerung der Beteiligung bzw. des Unternehmens sicherzustellen.

Die Notwendigkeit einer Prüfung der wirtschaftlichen Tätigkeit von Kommunen wurde vom Gesetzgeber schon früh erkannt, sodass bereits in dem zeitgleich mit der ersten preußischen Kommunalverfassung erlassenen Preußischen Gemeindefinanzgesetz von 1933 in den §§ 128 und 129 Abs. 1 Nr. 5 eine verpflichtende Betätigungsprüfung durch die örtliche Rechnungsprüfung vorgesehen war.³ Dennoch scheint auch (fast) ein Jahrhundert später die Praxis der Betätigungsprüfung in vielen Rechnungsprüfungsämtern nicht ihrer Bedeutung gerecht zu

¹ Richter: Das Beteiligungsmanagement als Intermediär, S. 10.

² In NRW gelten die Regelungen der GO NRW zum Kommunalwirtschaftsrecht über § 53 Abs. 1 KrO und § 23 Abs. 3 LVerbO auch für Kreise und Landschaftsverbände. Im Folgenden wird deshalb der GO NRW folgend von Gemeinden und Kommunen gesprochen, die Regelungen finden aber ebenso auf Gemeindeverbände Anwendung.

³ Das Preußische Gemeindeverfassungsgesetz von 1933 war Vorläufer der Deutschen Gemeindeordnung von 1935, die das zersplitterte Kommunalrecht im Deutschen Reich vereinheitlichte.

werden.⁴ Der Grund hierfür dürfte in der heutigen Stellung der Betätigungsprüfung als zu übertragende oder fakultative Aufgabe⁵ der örtlichen Rechnungsprüfung liegen, die sie seit der Ablösung der preußischen Kommunalverfassung durch die Deutsche Gemeindeordnung 1935 innehat.⁶ Vor dem Hintergrund der oftmals knappen personellen und finanziellen Ausstattung vieler – insbesondere kleiner – Rechnungsprüfungsämter ist verständlich, dass die verfügbaren Ressourcen primär für die Erfüllung der Pflichtprüfungen eingesetzt werden (müssen).

Diesem Prüfbereich wird vor dem Hintergrund der großen Anzahl an öffentlichen Unternehmen auch weiterhin eine große Bedeutung zukommen. Deshalb soll dieses Skript den Einstieg in die Betätigungsprüfung für all diejenigen Rechnungsprüfungsämter erleichtern, die bisher keine Erfahrungen auf diesem Gebiet sammeln konnten. Zugleich soll es das nötige Grundwissen vermitteln, das für eine Betätigungsprüfung notwendig ist. Um eine Übersichtlichkeit zu gewährleisten, wird sich diese Einführung auf nordrhein-westfälisches Recht beschränken. Der Fokus wird – aufgrund der Häufigkeit – auf der rechtlichen Verselbstständigung in Form einer GmbH und deren Prüfung liegen.

2. Rechtliche Grundlagen der Betätigungsprüfung

Sowohl das Kommunalrecht als auch das Gesellschaftsrecht kennen Betätigungsprüfungen. Kommunalrechtlich wird eine Betätigungsprüfung durch § 104 Abs. 2 Nr. 3 GO NRW (für Kreise und Landschaftsverbände i. V. m. § 53 Abs. 1 KrO oder § 23 Abs. 2 LVerbO) ermöglicht. Nach dieser Vorschrift kann die örtliche Rechnungsprüfung *„die Prüfung der Betätigung der Gemeinde als Gesellschafterin, Aktionärin oder Mitglied in Gesellschaften und anderen Vereinigungen des privaten Rechts oder in der Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts gemäß § 114a“* wahrnehmen. Anders als in der alten Fassung des § 103 Abs. 2 GO NRW, der wie auch die übrigen Vorschriften der GO NRW zur örtlichen Rechnungsprüfung mit dem 2. NKFWG NRW umfassend überarbeitet wurde, ist für die Wahrnehmung dieser Aufgabe in NRW mittlerweile keine Übertragung durch den Rat mehr notwendig.⁷ Begründet wird diese Änderung mit einer beabsichtigten Stärkung der örtlichen Rechnungsprüfung als Kontrollorgan des Rats gegenüber der Verwaltung.⁸ Anlass hierfür dürften die zunehmende Auslagerung von kommunalen Aufgaben auf privatrechtliche Unternehmen und die damit einhergehenden, eingeschränkten

⁴ Dieser Eindruck entstand bei der Recherche.

⁵ In den meisten deutschen Flächenländern muss dem Rechnungsprüfungsamt die Aufgabe der Betätigungsprüfung zunächst durch die Gemeindevertretung oder den Bürgermeister/die Bürgermeisterin übertragen werden. Nur in NRW, Sachsen und Mecklenburg-Vorpommern ist die Betätigungsprüfung eine direkte, fakultative Aufgabe der örtlichen Rechnungsprüfung. In Bayern und Thüringen ist die Betätigungsprüfung sogar eine Pflichtaufgabe.

⁶ *„Der Bürgermeister kann dem Rechnungsprüfungsamt weitere Aufgaben übertragen, insbesondere [...] die Prüfung der Betätigung der Gemeinde als Gesellschafter oder Aktionär in Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit“* (§ 102 Nr. 2 Deutsche Gemeindeordnung).

⁷ BeckOK KommunalR NRW/Rosarius GO NRW § 104, Rn. 3.

⁸ LT-Drs. (NRW) 17/3570, S. 96.

Überwachungs- und Steuerungsmöglichkeiten sein. Nachdem die Betätigungsprüfung ursprünglich⁹ als Pflichtaufgabe vorgesehen war, trägt der Umstand, dass die nordrhein-westfälischen Rechnungsprüfungsämter die Prüfung nun zumindest wieder nach eigenem Ermessen wahrnehmen können und nicht länger auf einen Ratsbeschluss angewiesen sind, der Bedeutung der Betätigungsprüfung Rechnung.

Im Zusammenhang mit Betätigungsprüfungen wird allerdings auch immer wieder auf die Paragraphen des HGrG verwiesen. Insbesondere § 44 HGrG, nach dem *„die Betätigung des Bundes oder des Landes bei Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts, an denen der Bund oder das Land unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, unter Beachtung kaufmännischer Grundsätze“* durch den zuständigen Rechnungshof zu prüfen ist, ähnelt der kommunalrechtlichen Vorschrift in NRW. Ergänzt wird § 44 HGrG durch die §§ 53 und 54 HGrG. § 53 HGrG bestimmt, dass eine Gebietskörperschaft, sofern ihr die Mehrheit oder zumindest ein Viertel der Anteile, aber zusammen mit anderen Gebietskörperschaften die Mehrheit eines Unternehmens in Privatrechtsform gehört, eine erweiterte Jahresabschlussprüfung verlangen kann. Nach § 54 HGrG kann *„in den Fällen des § 53 [...] bestimmt werden, daß sich die Rechnungsprüfungsbehörde der Gebietskörperschaft zur Klärung von Fragen, die bei der Prüfung nach § 44 auftreten, unmittelbar unterrichten und zu diesem Zweck den Betrieb, die Bücher und die Schriften des Unternehmens einsehen kann“*.

Diese Normen gelten § 1 HGrG zufolge zwar lediglich für Bund und Länder, sind aber auch für die kommunalrechtliche Betätigungsprüfung von Bedeutung. § 112 Abs. 1 Nr. 2 GO NRW regelt, dass die Gemeinde bei einer Beteiligung im Umfang des § 53 HGrG darauf hinwirken soll, dass ihr die in § 54 HGrG vorgesehenen Befugnisse eingeräumt werden und gilt somit als *„Transportnorm für die Gemeinden“*¹⁰.

Durch § 54 Abs. 1 HGrG können also die Informationsrechte der Rechnungsprüfungsbehörde erweitert werden, sodass diese sich unmittelbar im Unternehmen selbst ein Bild machen kann. Dieses Selbstunterrichtungsrecht durch Einsicht in Betrieb, Bücher und Schriften des Unternehmens ist auf die Klärung von Fragen beschränkt, die im Rahmen einer Betätigungsprüfung auftreten. Da Gegenstand der Betätigungsprüfung ausschließlich die Gemeinde und ihr ordnungsmäßiges Verhalten in Bezug auf die wirtschaftliche Betätigung ist, können die Fragen, die es zu klären gilt, ausschließlich Belange der Gemeinde, nicht des Unternehmens, sein. Die Rechte aus § 54 Abs. 1 HGrG sind insoweit als „Auffangrechte“ zu verstehen, da aufkommende Fragen zunächst anhand von in der Gemeinde verfügbaren Unterlagen beantwortet werden sollten.¹¹

Die begrenzte Reichweite des Unterrichtsrechts ist die logische Folge aus dem gesellschaftsrechtlichen Schutz des Unternehmens vor einer schädlichen Weitergabe oder Veröffentlichung von vertraulichen, unternehmensbezogenen Informationen.¹² Für die Geschäftsführung und Aufsichtsratsmitglieder einer GmbH besteht dementsprechend eine Verschwiegenheitspflicht, die im GmbHG zwar nicht explizit normiert ist, sich aber aus § 85 Abs. 1 GmbHG ergibt.

⁹ Im Preußischen Gemeindefinanzgesetz.

¹⁰ PdK NW B-1/Held GO NRW § 112, Rn. 1.

¹¹ Steiner: Möglichkeiten und Grenzen der kommunalrechtlichen Betätigungsprüfung, S. 569-571.

¹² Steiner: Möglichkeiten und Grenzen der kommunalrechtlichen Betätigungsprüfung, S. 568.

Wie für alle Unternehmen gilt auch für kommunale Unternehmen das Gesellschaftsrecht, von dem nur abgewichen werden kann, wenn gesellschaftsrechtliche Vorschriften es zulassen. Da das Einräumen eines Informationsrechts für die Rechnungsprüfungsbehörde nach dem Gesellschaftsrecht einen Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht darstellen würde, benötigt es die §§ 53 und 54 HGrG, die das Gesellschaftsrecht modifizieren und eine Erweiterung der gemeindeinternen Informationsrechte im Rahmen einer Betätigungsprüfung auf das Unternehmen ermöglichen.¹³

Voraussetzung für die Einräumung eines solchen weitergehenden Informationsrechts ist nach § 54 Abs. 1 HGrG eine entsprechende Ausgestaltung der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrags. Ohne einen solchen Verweis in Satzung oder Gesellschaftsvertrag können die Prüfenden die Rechte nach § 54 HGrG nicht ausüben.¹⁴ Allerdings darf die Betätigungsprüfung dadurch nicht verhindert werden. Anstelle der Unterrichtung beim Unternehmen selbst muss die Gemeinde die zur Prüfung benötigten Unterlagen beschaffen. Hierfür kann sie auf gesellschaftsrechtliche Regelungen wie z. B. § 51a GmbHG zurückgreifen, der ein Auskunfts- und Einsichtsrecht der Gesellschafter der GmbH konstatiert und der Gemeinde (nicht aber der Rechnungsprüfungsbehörde) so den Zugriff auf die benötigten Informationen gewährt.¹⁵

Sowohl die Betätigungsprüfung nach gesellschaftsrechtlichen Vorschriften als jene nach kommunalrechtlichen Vorschriften betrachten die Betätigung der Gemeinde, während das Handeln des Beteiligungsunternehmens selbst nicht Gegenstand der Prüfung ist. Zwar ist die gesellschaftsrechtliche Betätigungsprüfung nach § 44 HGrG, anders als die kommunalrechtliche, auf Beteiligungen an privatrechtlichen Unternehmen beschränkt, eine Verknüpfung der Prüfungsgrundlage nach § 104 Abs. 2 Nr. 3 GO NRW mit den Rechten aus § 54 Abs. 1 HGrG empfiehlt sich dennoch. Diese Verbindung stellt die einschlägige Rechtsgrundlage für eine Betätigungsprüfung durch die örtliche Rechnungsprüfung dar.



Die örtliche Rechnungsprüfung sollte darauf hinwirken, dass ihr die Rechte nach § 54 Abs. 1 HGrG eingeräumt werden.

¹³ Steiner: Möglichkeiten und Grenzen der kommunalrechtlichen Betätigungsprüfung, S. 563 f.

¹⁴ PdK NW B-1/Held GO NRW § 112, Rn. 4 f.

¹⁵ Fiebig/Zeis: Kommunale Rechnungsprüfung, S. 305 f.