

## Im Fokus

# Kriterien für die Rechtsformwahl von öffentlichen Unternehmen

**Prägten Deregulierung und Privatisierung die Diskussion der vergangenen Jahre, ist mit dem aktuellen Trend zur Rekommunalisierung ein Gegenpol entstanden. Beiden Tendenzen liegt neben ordnungspolitischen Erwägungen jedoch die gleiche Kernfrage zugrunde: die Suche nach der wirtschaftlich effektivsten, steuerlich vorteilhaftesten und gleichzeitig rechtssicheren Form der Aufgabenerfüllung.**

### **Motive für die Wahl der Rechtsform**

Es ist bei Weitem nicht nur der Kostendruck, der auf allen öffentlichen Haushalten lastet. Die Motive für die Wahl einer bestimmten Rechtsform sind vielfältiger. Managementstrukturen, die es dem öffentlichen Unternehmen erlauben, sich ähnlich wie ein privater Konkurrent im Alltagsgeschäft zu bewegen, ein Ausbrechen aus dem öffentlichen Dienstrecht, Fragen der Haushaltsgestaltung (wie zum Beispiel die Kreditaufnahme außerhalb des öffentlichen Haushalts) und eine transparentere Bilanzierung nach Unternehmensgrundsätzen können Anreize für die Wahl einer privaten Rechtsform sein. Eine wesentliche Motivation kann ferner der Wunsch nach einer Einbindung anderer Einheiten und Unternehmen in die Aufgabenerfüllung sein.

### **Öffentliche und private Rechtsformen im Wettstreit**

Der verstärkten Gründung insbesondere von kommunalen Töchtern in GmbH-Form versuchte die öffentliche Hand durch Reformen im Kommunalwirtschaftsrecht entgegenzutreten. Neben den klassischen Formen des Regiebetriebs innerhalb der Verwaltung und der Eigenbetriebe als

kaufmännisch geführte Sondervermögen ohne eigene Rechtspersönlichkeit trat vermehrt die Anstalt des öffentlichen Rechts in Erscheinung, in Bayern sogar ausdrücklich „Kommunalunternehmen“ genannt. Welche Rechtsform für welche öffentliche Aufgabe gewählt wird, muss von den politischen Entscheidern unter zahlreichen Gesichtspunkten sorgfältig abgewogen werden.

### **Wahlfreiheit der Verwaltung**

Ausgangspunkt für jede Überlegung zur Strukturierung ist die Wahlfreiheit der Verwaltung. Die Gebietskörperschaft ist weitgehend frei, durch bloßen Organisationsakt über die richtige Form der Aufgabenwahrnehmung zu entscheiden. Einschränkungen gelten für die kommunale Ebene. Danach sind für die Gründung eines kommunalen Unternehmens ein öffentlicher Zweck, ein angemessenes Verhältnis der unternehmerischen Tätigkeit zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde sowie die Einhaltung eines Subsidiaritätsprinzips im Verhältnis zur Privatwirtschaft vonnöten (sogenannte „Schränkentrias“). Die Einzelheiten variieren heute im Kommunalrecht der 16 Bundesländer (insbesondere hinsichtlich der Subsidiarität

gegenüber der privaten Wirtschaftstätigkeit). Probleme bereitet des Öfteren das kommunalwirtschaftsrechtliche Territorialitätsprinzip. Gerade im liberalisierten Energiemarkt stellt sich die Frage nach einem hinreichenden Ortsbezug der Unternehmenstätigkeit (zum Beispiel Beteiligung einer süddeutschen Gemeinde an einem Offshore-Windpark, Energieerzeugung und bundesweiter Vertrieb im Verbund mit anderen Stadtwerken). Allgemein üblich ist die Vorgabe, wonach Gemeinden keine Unternehmen ohne Haftungsbeschränkung gründen dürfen. Aus diesen Gründen kommen in aller Regel GbR, OHG und KG nicht als Rechtsform für kommunale Unternehmen in Betracht. Stets ist ein hinreichender öffentlicher Einfluss sicherzustellen. Die Einhaltung dieser Beschränkungen wird in den Gemeindeordnungen in aller Regel durch eine Vorlage- und Anzeigepflicht bei der Rechtsaufsichtsbehörde abgesichert.

### Mischformen und Kooperationen

Das Erscheinungsbild öffentlicher Aufgabenwahrnehmung im unternehmerischen Bereich ist dabei mit dem Nebeneinander von öffentlichen und privaten Rechtsformen noch nicht zureichend beschrieben. Denn neben die Aufgabenwahrnehmung ausschließlich durch den Aufgabenträger – in welcher Rechtsform auch immer – treten zahlreiche Mischformen und Kooperationen. Sie reichen von rein interkommunaler Zusammenarbeit (zum Beispiel als Abfallentsorgungszweckverband) über die Zusammenarbeit mit privaten Partnern (zum Beispiel bei Contracting oder öffentlich-privaten Partnerschaften) bis hin zur Gründung von Gemeinschaftsunternehmen durch die öffentliche und die private Seite (beispielsweise sogenannte gemischtwirtschaftliche Unternehmen oder institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaft). Daneben existieren Hybridformen, etwa bei der Teilprivatisierung einer öffentlichen Anstalt (zum Beispiel Auslagerung der IT aus einem

Universitätsklinikum) oder aber der Beteiligung Privater an einem öffentlichen Zweckverband. In allen diesen Fällen steht zunächst die Beteiligungsfähigkeit der Rechtsform im Mittelpunkt, also die Frage, ob die gewählte Rechtsform eine Beteiligung anderer öffentlicher oder privater Partner überhaupt erlaubt.

### Aufgabenbeschreibung und Aufgabenumfeld

Der erste Schritt zur Wahl der richtigen Rechtsform ist die präzise Beschreibung und Abgrenzung der Aufgabe, die von dem öffentlichen Unternehmen übernommen werden soll. Pauschale Antworten auf die Rechtsformfrage helfen meist nicht weiter. Denn gerade das konkrete Aufgabenumfeld ist von entscheidender Bedeutung für die Anforderungen, die die gewählte Rechtsform erfüllen muss. Ein Unternehmen, das beispielsweise in einem harten Wettbewerb mit Dritten steht, benötigt unter Umständen schnellere Entscheidungsprozesse als eine weitgehend ohne Wettbewerb tätige, aber nach unternehmerischen Maßstäben geführte Einheit. Eine Messgesellschaft mit international ausgerichtetem Geschäftsbetrieb kann als GmbH mit einer Geschäftsführung und einem fakultativen Aufsichtsrat (der aus kommunalrechtlichen Gründen in aller Regel zwingend einzurichten ist) wohl besser in einem schnellleibigen Markt agieren als in der Form des Eigenbetriebs mit Werkleiter und Werkausschuss. Bei einem Abfallentsorgungsbetrieb, der seinen Abfallbedarf aufgrund gesetzlicher Überlassungspflichten deckt, mag dieselbe Frage weniger dringend sein. Dagegen kann sich hier die zentrale Frage der Gebührenberechtigung stellen, die für eine Messgesellschaft ersichtlich ohne Belang ist.

### GmbH als bevorzugte private Gesellschaftsform

Die GmbH erfreut sich auch im Bereich öffentlichen Wirtschaftens besonderer Beliebtheit. Mittlerweile werden rund 57



Prozent<sup>1</sup> aller öffentlichen Unternehmen in Deutschland als GmbH geführt – Tendenz steigend. Ihr Erfolg dürfte vor allem mit ihrer leichten Handhabbarkeit bezüglich Gründung und Geschäftstätigkeit zusammenhängen.

Durch die eigenständige Rechtspersönlichkeit (sie ist juristische Person) kann die GmbH monolithisch in einen „Konzern Stadt“ eingefügt werden. Sie agiert im Rechtsverkehr schnell und flexibel durch die Person des Geschäftsführers, der aber aufgrund der von der öffentlichen Gebietskörperschaft bestimmten Gesellschafterversammlung (oftmals ausschließlich vertreten durch den Bürgermeister) oder durch Gestaltungsmöglichkeiten in der Satzung relativ leicht und nachhaltig gelenkt oder sogar abberufen werden kann. Dies unterscheidet die GmbH insbesondere von der Aktiengesellschaft, die von der Kommunalaufsicht ungern gesehen wird und in deren Rechtsform nur rund 1,5 Prozent aller öffentlichen Unternehmen organisiert sind.<sup>2</sup>

Über die Einbindung einer Komplementär-GmbH und wegen der eingeschränkten Kommanditistenhaftung erfüllt auch eine GmbH & Co. KG die Vorgaben der Gemeindeordnungen zur Haftungsbeschränkung bei kommunalen Unternehmen. Diese bietet gute Möglichkeiten zur Einbindung von wichtigen gesellschaftlichen Gruppen

<sup>1,2</sup> Destatis (2008): Jahresabschlüsse öffentlicher Fonds, Einrichtungen und Unternehmen, nach Rechtsform.



(zum Beispiel Förderern) als Kommanditisten in die Gesellschaft. Allerdings gilt auch hier: Viele Wege führen nach Rom. Denn anstelle einer Einbindung als Kommanditisten kann man wesentliche Meinungsträger beispielsweise auch in einem Beirat einer GmbH oder einer Anstalt des öffentlichen Rechts integrieren.

### Anstalt des öffentlichen Rechts als Alternative

Die Anstalt des öffentlichen Rechts kann eine interessante Alternative zur GmbH-Gründung darstellen. Auch die Anstalt des öffentlichen Rechts ist eine eigenständige juristische Person und steht somit rechtlich wie organisatorisch außerhalb der allgemeinen Verwaltung. In dieser Rechtsform sind die Vorzüge der Selbstständigkeit und der klaren Leitungsstrukturen mit zahlreichen öffentlichen Vorzügen kombiniert. So kann zum Beispiel für Anstalten in der Regel ein Anschluss- und Benutzungszwang begründet werden, sie dürfen Kommunalabgaben erheben und sind dienstherrnfähig.

### Steuerliche Aspekte der Rechtsformwahl

Das Steuerrecht ist eines der Rechtsgebiete, auf dem die Rechtsformwahl eine entscheidende Rolle spielt. Begründet ist dies darin, dass Aktivitäten juristischer Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich nicht der Besteuerung unterworfen werden, weil der Staat sich nicht selbst besteuern soll. Ausnahmen hiervon beschäftigen derzeit jedoch zunehmend die

Praxis und auch die Gerichte. Dies resultiert daraus, dass die öffentliche Hand sowohl umsatz- als auch ertragsteuerrechtlich grundsätzlich durch eine Nichtbesteuerung keinen Wettbewerbsvorteil erhalten sollte, der einem privaten Anbieter den Markteintritt erschweren könnte. Gleiche Aktivitäten würden somit auch gleich besteuert werden.

In der Praxis finden sich jedoch auf nahezu allen Steuerrechtsgebieten unterschiedliche Behandlungen privater und öffentlicher Rechtsformen. So fordert zum Beispiel die Rechtsprechung bei Kapitalgesellschaften grundsätzlich einen Gewinnaufschlag bei einer Aktivität, bei einem Betrieb gewerblicher Art jedoch nicht.<sup>3</sup> Kapitalgesellschaften unterliegen ferner immer der Gewerbesteuer, Betriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts dagegen nur, wenn eine Gewinnerzielungsabsicht vorliegt.

Zentral wird die Frage der Rechtsformwahl bei der Umsatzsteuer. Eine privatrechtliche Rechtsform ist bei entgeltlichen Leistungen immer Unternehmer und erfährt grundsätzlich eine Entlastung von der in Rechnung gestellten Umsatzsteuer durch das Recht auf Vorsteuerabzug. Die Gebühren einer öffentlichen Rechtsform werden bei hoheitlichen Aufgabenstellungen nicht mit Umsatzsteuer belastet, dafür wird auch keine Entlastung von der Umsatzsteuer auf Eingangsrechnungen gewährt. Hier hängt also die Rechtsformentscheidung auch von der Zusammensetzung der Kosten auf der Eingangsseite und dem steuerrechtlichen Status des Leistungsempfängers ab.

Selbst bei weiteren indirekten Steuern wie Grundsteuer und Grunderwerbsteuer

gibt es eine Begünstigung der öffentlichen rechtlichen Organisationsformen. Daher lässt sich als Zwischenfazit durchaus festhalten, dass aus steuerrechtlichen Gründen die öffentlichen Rechtsformen einen Vorteil aufweisen.

### Vergaberechtliche Aspekte

Vergaberechtliche Problemstellungen ergeben sich vor allem beim Einbezug privater Partner in die Leistungserbringung. Dies betrifft insbesondere die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen im Rahmen einer institutionalisierten öffentlich-privaten Partnerschaft, wenn das Gemeinschaftsunternehmen in der Folge ohne erneute Ausschreibung Dienstleistungen für den Auftraggeber erbringen soll.

Letztlich handelt es sich hierbei aber weniger um eine Frage der Rechtsformwahl, als vielmehr um die Frage des Einflusses der Gebietskörperschaft auf das Tochterunternehmen. Denn vergaberechtsfrei sind Aufträge an eigene Unternehmen in der Regel nur dann, wenn der Auftraggeber auf das Unternehmen eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben kann (Inhouse-Vergabe). Dies ist bei einer Beteiligung Privater an einer Gesellschaft ausgeschlossen. Auch bei einer rein öffentlich gehaltenen Gesellschaft ist eine Inhouse-Vergabe nur möglich, wenn die Gesellschaft im Wesentlichen nur für den Auftraggeber tätig wird.<sup>4</sup>

Je nach Art der fraglichen Dienstleistung können weitere vergaberechtliche Anforderungen zu beachten sein. So sind zum Beispiel in der EG-Verordnung 1370/2007 für Direktvergaben im ÖPNV-Bereich besondere Wettbewerbsverbote gegeben.

Mit Blick auf das Vergaberecht sind je nach Aufgabenstellung auch die traditionellen Formen der interkommunalen Zusam-

<sup>3</sup> Der Begriff „Betrieb gewerblicher Art“ (BGA) bezeichnet keine neue Organisationsform für die kommunale Aufgabenerledigung, sondern ausschließlich eine steuerpflichtige Betätigung für juristische Personen des öffentlichen Rechts. (In Anlehnung an Bals, H./Hack, H./Reichard, C. (2003): Grundlagen des kommunalen Beteiligungsmanagements: Kommunale Unternehmen gründen, steuern und überwachen.)

<sup>4</sup> Die Aktiengesellschaft ist wegen der großen Unabhängigkeit ihres Vorstands in aller Regel nicht inhouse-fähig.

menarbeit zu prüfen. Der Abschluss einer Zweckvereinbarung oder die Gründung eines Zweckverbands können als vergabe-rechtsfreie Alternativen in Betracht kommen.

### Öffentliches Dienstrecht und Arbeitsrecht

Auch das öffentliche Dienstrecht beziehungsweise das Arbeitsrecht sind ein nicht zu vernachlässigender Aspekt bei der Ausgestaltung im Detail. Oftmals kommt hierbei der Frage nach der Übernahme der Verantwortung für die Arbeitnehmer eine zentrale (auch politische) Rolle zu.

Zu beachten ist im Zusammenhang mit Beamten, deren Dienststelle von Organisationsmaßnahmen betroffen ist, dass diese mangels Arbeitnehmereigenschaft bei einem Betriebsübergang nicht kraft Gesetzes nach § 613a BGB etwa auf eine neu gegründete Gesellschaft übergehen. Denkbar ist hier aber das Instrument der Zuweisung nach § 20 BeamtStG, wonach Beamte unter bestimmten Voraussetzungen für eine Tätigkeit bei einer privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Einrichtung ohne Dienstherrneigenschaft eingesetzt werden können, ohne dass sich ihre Rechtsstellung dabei ändert.

Handlungsbedarf entsteht auch, wenn das öffentliche Dienstrecht mit dem privaten Arbeitsrecht zusammentrifft. Relevant sind hierbei nicht etwa nur die Ausgestaltung einzelner Arbeitsverhältnisse, sondern auch die Geltung kollektiver Normen und Regelungen sowie das Recht der Mitbestimmung der öffentlich-rechtlich Angestellten (Arbeitnehmer) beziehungsweise ihrer Vertreter.

Bei der Umsetzung der Aufgabenübertragung beziehungsweise -verteilung stellen sich für die Arbeitnehmer daher in der Praxis Fragen wie beispielsweise nach dem Arbeitgeberwechsel, nach den Änderungen der Inhalte der Arbeitsverhältnisse,

nach einer Fortgeltung der Tarifverträge für den öffentlichen Dienst oder nach den Folgen für die Zusatzversorgung.

Im Ergebnis bestehen vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten. Sie reichen von einem Betriebsübergang (§ 613a BGB) bis hin zu einer Personalgestellung beziehungsweise Personalbeistellung oder Zuweisung und können optional mit Zusicherungen für die betroffenen Arbeitnehmer verbunden werden.

Wichtig ist in einem politischen Umfeld vor allem eine zielorientierte Einbindung und Kommunikation sowie die Mitnahme der Arbeitnehmer und ihrer Vertreter. Diese Kommunikation sollte zur Vermeidung von Konfliktkosten durch mediative Elemente ergänzt werden.

### Kontrolle des Unternehmens

Nicht zuletzt durch Vorkommnisse bei öffentlichen Finanzinstituten, aber auch durch neuere Urteile zur Frage der Verschwiegenheitspflicht bei Aufsichtsrats-tätigkeiten von Gemeinderatsmitgliedern rückt die gebotene Unternehmenskontrolle in den Vordergrund. Die Kontrolle wird dabei in erster Linie von den zuständigen Gremien des Unternehmens wahrgenommen. In der Regel hat diese Kontrollfunktion bei einer kommunalen GmbH neben der Gesellschafterversammlung ein Aufsichtsrat inne. Dessen Rolle übernimmt im Regelfall bei einer Anstalt des öffentlichen Rechts ein Verwaltungsrat, bei einem Regiebetrieb der Werk-ausschuss und bei einem Regiebetrieb innerhalb der Verwaltung der (Gemeinde-)Rat.

Rechtsformunabhängig ist eine gute Qualifizierung und Betreuung der Mitglieder der Aufsichtsgremien geboten, damit sie ihrer Aufgabe gerecht werden und Risiken für das ausgelagerte Unternehmen und die Kommune sowie gegebenenfalls hieraus resultierende persönliche Haftungsrisiken vermeiden können. Zudem

müssen durch die politischen Repräsentanten Ziele für die Beteiligung formuliert worden sein, anhand derer die Aufsichtsgremien die „Leistung“ des Unternehmens im Hinblick auf seinen öffentlichen Zweck beurteilen können. Ein effektives Beteiligungsmanagement ist hierfür sehr wichtig und kann die Aufsichtsgremien bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben entscheidend unterstützen.<sup>5</sup>

### Fazit

Welche Rechtsform sich im Einzelfall am besten eignet, hängt von verschiedenen Einflussfaktoren ab und muss letztlich von der Gebietskörperschaft eigenständig beurteilt und entschieden werden. Wie der Beitrag gezeigt hat, weisen unter steuerlichen Gesichtspunkten öffentliche Rechtsformen in der Regel einen Vorteil auf. Bei einer Aufgabenwahrnehmung in einem starken Wettbewerbsumfeld mit Dritten können hingegen die flexibleren und schnelleren Entscheidungsstrukturen privatrechtlicher Organisationsformen Vorteile bieten.

Rechtsformunabhängig ist bei jeglichen Beschlüssen zur Form der Aufgabenerfüllung jedoch wesentlich, dass die Gebietskörperschaft für die Unternehmen beziehungsweise Betriebe eine möglichst genaue Beschreibung des öffentlichen Auftrags formuliert und in der Satzung beziehungsweise im Gesellschaftsvertrag festschreibt. Darauf basierend müssen für die Geschäftsführung Ziele vorgegeben werden, deren Einhaltung auch kontinuierlich durch die verschiedenen Aufsichtsstrukturen überwacht wird. Aus Sicht der Bürger erscheint die Form der öffentlichen Aufgabenerfüllung ohnehin nicht entscheidend. Was am Ende zählt, sind Qualität und Preis der Dienstleistung sowie die Vermeidung unnötiger Risiken – und für all dies bleibt letztlich die Politik verantwortlich. ■

<sup>5</sup> Siehe hierzu auch den nachfolgenden Beitrag „Herausforderungen des kommunalen Beteiligungsmanagements in der Praxis“.