

## ENTWURF Stand 28.07.2020

# Projekt Interkommunale Zusammenarbeit "Kommunales Aufgaben- und Personalpooling"

## I. Vorbemerkungen

Die Verbandsgemeinden Edenkoben, Landau-Land, Offenbach an der Queich, Herxheim und Bad Bergzabern planen zusammen mit dem Entsorgungs- und Wirtschaftsbetrieb Landau in der Pfalz AöR (im nachfolgenden als Gesamtheit der Beteiligten jPöR genannt) ihre Zusammenarbeit im Bereich der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung - insbesondere im Bereich der Geographischen Informationssysteme (GIS) – zu intensivieren und im Rahmen der Neuausrichtung eines kommunalen Aufgaben- und Personalpooling gemeinsam zu organisieren und zu strukturieren; in die Betrachtung sollen auch die zwischen den vorstehenden jPöR und anderen Gebietskörperschaften bestehenden Zweckverbände und Zweckvereinbarungen eingebunden werden.

In dem Zusammenhang der Neuausrichtung einer interkommunalen Zusammenarbeit sollen dabei im Wesentlichen die rechtlichen und organisatorischen Möglichkeiten zur Umsetzung des kommunalen Aufgaben- und Personalpooling und daran anknüpfender Organisationsformen untersucht werden. Zielsetzung ist das Finden einer gemeinsamen Organisationseinheit, unter deren Dach die angestrebte gemeinsame Aufgabenerledigung erfolgen kann. Maßgebliche Gesichtspunkte zur Umsetzung dieser Ziele sind für die jPöR:

- Optimierung der Aufgabenwahrnehmung und -verteilung.
- Bessere Spezialisierung der Mitarbeiter und damit qualitativ höherwertige Erledigung der Arbeiten.
- Bessere Vertretungsmöglichkeiten im Urlaubs- und Krankheitsfall.
- Reduzierung des Umfangs der Beauftragung von Ing. Büros, da höherqualifizierte Mitarbeiter diese Arbeit übernehmen (Einsparung von Ing. Kosten und Zeitressourcen zur Koordinierung der Büros).
- Optimierter Einsatz von Hardware und Softwareprogrammen.
- Bessere Kontrolle und Überwachung von Fremdfirmen und von Baumaßnahmen.
- Reduzierung der Lagerhaltungskosten.
- Vereinheitlichung von Qualitäts- und Ausführungsanforderungen an Dienstleister und dadurch mehr Markttransparenz, einheitliche Preise und Vorteile im Bereich von Datenübergabe, bzw. Rückübernahme (z.B bei Aufgaben in Zusammenhang mit den Kanal- und Wasserleitungsdatenbanken und – Plänen)
- Preisreduzierung durch Einkauf größerer Mengen.
- Langfristige Verbesserung des Bereitschaftsdienstes, Entlastung der Bediensteten und wirtschaftlichere Sicherstellung Rufbereitschaft.
- Sicherstellung der Erfüllung der gesetzlichen Vorgaben des Arbeitsschutzes.
- Erhöhung der Betriebssicherheit der Anlagen.

In der Summe kann durch die Zusammenarbeit deutlich besser eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung gewährleistet werden.

## II. Mögliche Organisationsformen

### 1. Zulässigkeit kommunalwirtschaftlicher Betätigung

Bei den vorstehend dargestellten Aufgaben und Zielen handelt es sich im Wesentlichen um Annexe zu der hoheitlichen Aufgabenerfüllung der Abwasserbeseitigung und der Wasserversorgung, so dass die Bestimmungen über die möglichen wirtschaftlichen Betätigungen der Gemeinden und Gemeindeverbände, die in den §§ 85 bis 92 GemO zusammengefasst sind, vernachlässigt werden können. Sämtliche Aufgabenstellungen im Kontext der intendierten Zusammenarbeit sind Ausfluss der Sicherung und Durchführung der Aufgabe der Abwasserbeseitigung und der Wasserversorgung.

Im Vorliegenden geht es mithin nicht um die Fragen der Voraussetzungen für die Zulässigkeit wirtschaftlicher Unternehmen (vgl. § 85 Abs. 1 und 2 GemO), die Definition ausdrücklich gestatteter Unternehmen, die als „nichtwirtschaftlich“ gelten (vgl. § 85 Abs. 4 GemO) sowie um die Beachtung, ob ein ausdrückliches Verbot bestimmter Unternehmen (vgl. § 85 Abs. 5 GemO) anzunehmen ist.

Die Neuordnung der Aufgabenerfüllung der beteiligten jPöR ist unzweifelhaft der Eigenverantwortlichkeit im Rahmen der Erfüllung der Pflichtaufgaben zuzuordnen (§§ 2 Abs. 1 Satz 2, 67 Abs. 1 Ziffern 5 und 6, 86 Abs. 2 Satz 2, 86 a) und 86 b) der Gemeindeordnung in Verbindung mit §§ 48 und 57 Landeswassergesetz zuzuordnen, für deren Aufgabenerfüllung eine zweckmäßige und wirtschaftliche Organisationsform gefunden werden muss.

Die Auswahl der Rechts- und Organisationsformen steht mithin im Ermessen der beteiligten jPöR im Rahmen der rechtlichen Bestimmungen nach der Gemeindeordnung (vgl. §§ 86, 86a, 86b, 87 GemO). Grundsätzlich stehen privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Organisationsformen zur Auswahl. Diese Organisationsformen sollen nun in den nachfolgenden Punkten vorgestellt und bewertet werden.

Zuvor ist jedoch die Relevanz der Auswirkungen des § 2 b Umsatzsteuergesetz auf die mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben (**von Relevanz ist hier nur die Abwasserbeseitigung**) verbundenen Leistungsaustauschen (Dienstleistungen) zwischen den jPöR zu thematisieren.

Seitens der beteiligten jPöR besteht die zwingende Vorgabe, dass im Zusammenhang der Neuausrichtung der interkommunalen Zusammenarbeit nicht über das Instrumentarium einer allumfassenden Aufgabenübertragung die Entscheidungs- und Satzungshoheit der einzelnen jPöR verloren geht. Insbesondere soll die Möglichkeit bestehen bleiben, dass die individuellen Entgeltsysteme unverändert bestehen bleiben können.

Damit ist im Weiteren von folgenden Prämissen auszugehen:

Die Aufgaben der öffentlichen Wasserversorgung und der Abwasserbeseitigung gem. Landeswassergesetz Rheinland-Pfalz sollen bei den jeweiligen jPöR verbleiben; die Verbandsgemeindewerke sollen in der bisherigen rechtlichen Form des Eigenbetriebes bestehen bleiben, der Entsorgungs- und Wirtschaftsbetrieb Landau in der Pfalz AöR soll als Anstalt Bestand haben. Die beteiligten jPöR beabsichtigen mithin lediglich, einer zu findenden Organisation im Rahmen der ihnen gem. §§ 47 und 57 Landeswassergesetz Rheinland-Pfalz in Verbindung mit § 18a Wasserhaushaltsgesetz obliegenden öffentlichen

Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung die Durchführung von (Teil-) Aufgaben zu übertragen.

Mit der Veränderung der Sichtweise des Bundesfinanzministeriums in der Relevanz des § 2b UStG bezüglich der Umsatzsteuerpflicht für Leistungsaustausche zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts steht jedoch – wie im Nachfolgenden dargestellt wird - inzwischen fest, dass eine bloße Übertragung der Durchführung der Aufgabe der Abwasserbeseitigung einen umsatzsteuerrelevanten Tatbestand erfüllen würde.

## **2. Allgemeine Erläuterungen der umsatzsteuerlichen Konsequenz**

Rechtsgrundlage für die Zielsetzung der Übertragung der Durchführung von Teilaufgaben der Wasserversorgung resp. der Abwasserbeseitigung auf eine neue gemeinsame Organisation Rechtsgrundlage ist (nach wie vor) das Landeswassergesetz (LWG) RLP:

§ 57 Abs. 4 LWG RLP:

Die Durchführung der Aufgabe der Abwasserbeseitigung kann ganz oder teilweise auch auf private Dritte übertragen werden, soweit und solange diese eine ordnungsgemäße Abwasserbeseitigung gewährleisten und Gründe des Gemeinwohls nicht entgegenstehen. Zur Durchführung der Aufgabe können Abwasseranlagen, soweit es erforderlich ist, an den privaten Dritten veräußert oder ihm die Nutzung der Anlagen überlassen werden. § 49 Abs. 1 Satz 3 bis 6 gilt entsprechend.“

Mit der Neuregelung des Umsatzsteuergesetzes im Hinblick auf Juristische Personen des öffentlichen Rechts führt diese Vorgabe jedoch zur Umsatzsteuerpflicht des Teilbereiches der (hoheitlichen und ansonsten steuerfreien Aufgabe) Abwasserbeseitigung

Die Grundregel des neu eingefügten § 2b UStG lautet dabei wie folgt:

Nach § 2b Abs. 1 UStG gelten, „(...) juristische Personen des öffentlichen Rechts (im Folgenden: jPöR) nicht als Unternehmer im Sinne des § 2, soweit sie Tätigkeiten ausüben, die ihnen im Rahmen der öffentlichen Gewalt obliegen, auch wenn sie im Zusammenhang mit diesen Tätigkeiten Zölle, Gebühren, Beiträge oder sonstige Abgaben erheben. (Dies) gilt nicht, sofern eine Behandlung als Nichtunternehmer zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führen würde.“

Dies bedeutet, dass eine Kommune, soweit sie Tätigkeiten ausübt, die nachhaltig zur Erzielung von Einnahmen dienen, Unternehmer ist. Während das alte Recht (auch noch zum Zeitpunkt der Beschlussfassungen durch die Verbandsgemeinderäte) davon ausging, dass Kommunen nur im Ausnahmefall einen Betrieb gewerblicher Art darstellen, wird eine Körperschaft des öffentlichen Rechts nun grundsätzlich als Unternehmer behandelt, mit der daran anknüpfenden Konsequenz der Umsatzsteuerpflichtigkeit (es sei denn, es greift eine im Gesetz geregelte Ausnahme).

Von besonderer Bedeutung ist die Umsatzsteuerpflicht im Rahmen der – wie vorliegend beabsichtigten – interkommunalen Kooperation. Da der Gesetzgeber jedoch auch ein Interesse an Effizienzgewinnen durch das Zusammenwirken der Kommunen und derer Organisationen hat, wurde in das Gesetz mit § 2b Abs. 3 UStG eine Vorschrift aufgenommen, die regelt, unter welchen Voraussetzungen die Zusammenarbeit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts nicht mit der Umsatzsteuer belastet werden soll. Die Vorstellung war dabei die, dass bei den dort genannten Regelfällen von Leistungen von juristischen Person des öffentlichen Rechts untereinander die für die Umsatzsteuerpflicht relevanten größeren Wettbewerbsverzerrungen nicht anzunehmen sind.

Dies änderte sich durch die Sichtweise des Bundesfinanzministeriums (BMF-Schreiben vom 14.11.2019), das Folgendes beinhaltet (Fettschrift zur Verdeutlichung der Bedeutung):

*„Bei § 2b Abs. 3 Nr. 2 UStG handelt es sich **um ein Regelbeispiel**. Sind dessen Voraussetzungen gegeben, besteht eine Vermutung, dass keine größeren Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten privater Dritter vorliegen. Um eine unionsrechtskonforme Anwendung des § 2b UStG sicherzustellen, ist es jedoch erforderlich, auch dann, wenn die Voraussetzungen des Regelbeispiels gegeben sind, in eine gesonderte **Prüfung auf mögliche schädliche Wettbewerbsverzerrungen** nach § 2b Abs. 1 Satz 2 UStG einzutreten.“*

Maßstab hierfür sind die Ausführungen im BMF-Schreiben vom 16. Dezember 2016, Rz. 22 ff. (Fettschrift zur Verdeutlichung der Bedeutung):

*„Insbesondere ist zu prüfen, ob private Unternehmer **potenziell in der Lage sind, vergleichbare Leistungen** wie die öffentliche Hand zu erbringen. Ergibt sich unter Anwendung dieser Maßstäbe, dass die Nichtbesteuerung von Leistungen im Rahmen der Zusammenarbeit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führen würde, ist die Regelvermutung des § 2b Abs. 3 Nr. 2 UStG **als widerlegt** anzusehen.“*

Damit würde nach der vorgesehenen Konstruktion des Beibehaltens der Aufgabenträgerschaft der Abwasserbeseitigung bei den jPöR und der Durchführung von (Teil-) Aufgaben durch eine neue gemeinsame Organisation nach den Vorgaben des BMF in seinem Schreiben vom 14.11.2019 der Wettbewerb zu prüfen und auch zu bejahen sein – es gibt eine Reihe privatrechtlicher Organisationen, die Betriebsführungen im Bereich der Abwasserbeseitigung anbieten -, mit der Konsequenz, dass diese (Dienst-) Leistungen der Umsatzsteuerbarkeit zu unterwerfen wären.

In steuerlicher Hinsicht bedeutet dies, dass für Leistungsbeziehungen zwischen den Kommunen (u. a. als Anstaltsträger oder als Mitglieder eines Zweckverbandes) grundsätzlich keine Ausnahmeregelungen mehr gelten. Damit sind alle Leistungen, die zwischen Kommunen, einer Kommune und Ihrem Zweckverband oder ihrer Anstalt des öffentlichen Rechts erbracht werden, nach den restriktiven Grundsätzen des BMF-Schreibens vom 14.11.2019 regelmäßig kein Handeln in Ausübung hoheitlicher Gewalt. Es sind deshalb bei einem Leistungsaustausch zwischen Zweckverband/AöR und Anstaltsträgern jedenfalls dann steuerliche „Mehrbelastungen“ zu erwarten, wenn die Leistung im Sinne einer Betriebsführung erbracht wird.

### **Zwischenergebnis:**

Damit ist für die weitere Untersuchung einer geeigneten Rechtsform von Bedeutung, dass ungeachtet der Durchführung von hoheitlichen (Teil-) Aufgaben der Abwasserbeseitigung und ungeachtet einer öffentlich-rechtlichen oder aber privatrechtlichen Ausprägung die Leistungserbringung durch eine von den jPöR getragenen Organisation für die jPöR umsatzsteuerrelevant ist; für den Bereich der Wasserversorgung ist dies wegen der schon bislang bestehenden Umsatzsteuerpflicht hingegen ohne Relevanz.

### **3. Mögliche Rechts - und Betriebsformen einer Neuorganisation**

Als zulässige Rechts- und Betriebsformen bieten sich für die jPöR eine Reihe von Möglichkeiten an, die von einfachen Kooperationsmodellen ohne tiefgreifende organisatorische Änderungen bis hin zu neuen Organisationsformen nach öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Mustern reichen.

### 3.1. Übertragung der Aufgabe (Privatisierung) versus Übertragung der Durchführung der Aufgabe

Bei der Diskussion von alternativen Organisationsmodellen ist grundsätzlich zu klären, in welchem Umfang die jPÖR Aufgabenträger für bestimmte "öffentliche" Aufgaben bleiben wollen, ob sie Eigentümer von dazu erforderlichen Anlagen oder Einrichtungen bleiben wollen und bei der Erfüllung ihrer Aufgaben lediglich einer Unterstützung durch öffentliche oder private Organisationen bedürfen, oder ob sie beabsichtigen, die gesamte Aufgabe an einen (privaten) Dritten zu übertragen. Zur Klarstellung des Privatisierungsbegriffs, der in Struktur- und Organisationsdiskussionen beinahe zwangsläufig auftaucht, ist folgende begriffliche Klärung voranzustellen:

Privatisierungsformen			
Aufgaben-Privatisierung	Formale (unechte) Privatisierung	Materielle (echte) Privatisierung	Funktionale Privatisierung
Bestimmte Arbeiten werden ausgelagert und an private Auftragnehmer vergeben  z.B. - Outsourcing	Aufgaben werden auf eine Gesellschaft in privater Rechtsform übertragen, deren Geschäftsanteile sich vollständig oder überwiegend in öffentlicher Hand befinden.  z.B. - kommunale GmbH oder AG	Vollständige Übertragung gemeindlicher Aufgaben und Einrichtungen auf private Unternehmen und die umfassende Verlagerung öffentlicher Leistungserstellung auf private Träger  z.B. Verkauf einer kommunalen GmbH oder AG oder von Anteilen daran	Bedeutet a) Einschaltung von Verwaltungshelfern als Erfüllungsgehilfe z.B. durch – Kooperationsmodell – Betriebsführung – Betreibermodell b) Beleihung (durch Gesetz oder aufgrund Gesetz durch Verwaltungsakt mögliche Beleihung eines Privaten, hoheitliche Aufgaben im eigenen Namen wahrzunehmen)

Tabelle 1: Begriffserläuterung zum Thema Privatisierung im Kommunalrecht

### 3.2. Betriebsführung

Bei der Betriebsführung überträgt die Gemeinde, die Anstalt des öffentlichen Rechts oder der Eigenbetrieb einer öffentlich-rechtlichen Organisation oder einem privaten Unternehmen vertraglich die Betriebsführung eines oder mehrerer kommunaler Unternehmen, für Rechnung und im Namen der Gemeinde/des kommunalen Unternehmens (Eigenbetriebs).

Die kommunale Seite bleibt Eigentümerin der Anlagen.

Die Betriebsführung kann komplett angelegt sein (hier übernimmt der Betriebsführer die vollständige Aufgabendurchführung des betriebsgeführten Partners), die Betriebsführung kann sich aber auch auf eine Teilfunktion beschränken, z. B. auf die kaufmännische Werkleitung oder auf die Unterhaltung der Anlagen oder auf die Beitrags- und Gebührenrechnung, um nur einige Beispiele zu nennen. Gerade bei der Übertragung von Teilfunktionen verlangen Betriebsführungsmodelle eine außerordentlich exakte Abgrenzung der übertragenen Aufgaben.

Der Betriebsführer erhält ein (Betriebsführungs-) Entgelt und den Ersatz seiner Aufwendungen. Vereinbart werden diese Punkte im zwischen den Partnern abzuschließenden Betriebsführungsvertrag.

### **3.3. Betreibermodell**

Betreibermodelle sind eine besondere Ausprägung des privaten Erfüllungsgehilfen zur Erledigung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe.

Der Betreiber plant, finanziert, baut und betreibt die notwendigen Einrichtungen. Die Anlagen stehen im Eigentum des Betreibers, werden aber von der Gemeinde als öffentliche Einrichtung gewidmet. Die Entgelthoheit bleibt bei der jPöR. Der Betreiber wird durch eine VOL – Ausschreibung – i. d. R. europaweit nach Maßgabe der Vergabeverordnung (VgV) – ermittelt.

Der Betreiber erhält von der Kommune für seine Leistungen eine einmalige oder laufende Vergütung. Das laufende Entgelt, das der Betreiber bekommt, besteht meist aus einem Grundpreis und einem Arbeitspreis. Die jPöR erhebt von den Benutzern Entgelte, in die sie, neben dem Entgelt, das sie an den Betreiber zahlt, auch einen eigenen Aufwand einbezieht. Hoheitliche Tätigkeiten, wie Festsetzung von Abgaben, Widerspruchsbearbeitung usw. bleiben bei der kommunalen Gebietskörperschaft.

Im Vorliegenden scheidet die einfache Betriebsführung, aber auch ein Betreibermodell als besondere Ausprägung des privaten Erfüllungsgehilfen zur Erledigung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe für die geplante Aufgabenwahrnehmung aus. In beiden Fällen wären die kommunalen Gebietskörperschaften einem Ausschreiberegime unterworfen, was angesichts der heterogenen Strukturen zu äußerst schwierigen Entscheidungsprozessen führen würde.

### **3.4. Öffentlich-rechtliche Organisationsformen**

Organisationsformen des öffentlichen Rechts sind

- Regiebetrieb
- Eigenbetrieb
- Zweckvereinbarung
- Anstalt des öffentlichen Rechts
- Zweckverband

Da bereits die Aufgaben der Abwasserbeseitigung resp. die der Wasserversorgung bei den beteiligten jPöR Sparten bestehender Eigenbetriebe resp. einer AöR im Sinne eines kommunalen Sondervermögens sind, kann die Rechtsform des Regiebetriebes unberücksichtigt bleiben; eine Rückführung in den Gesamtzusammenhang des allgemeinen Haushaltes erscheint insoweit als Rückschritt. Angesichts der geplanten interkommunalen Zusammenarbeit scheidet auch der Eigenbetrieb als kommunales Sondervermögen einzelner Gebietskörperschaften aus.

Als öffentlich-rechtliche Formen der Zusammenarbeit kommen mithin die Zweckvereinbarung oder der Zusammenschluss in einem Zweckverband oder einer Anstalt des öffentlichen Rechts in Betracht.

Die Zweckvereinbarung ist eine Form der interkommunalen Zusammenarbeit, bei der von den beteiligten Gebietskörperschaften bestimmte Aufgaben auf eine oder mehrere dieser Gebietskörperschaften übertragen werden, ohne dass jedoch eine eigene juristische Person geschaffen wird; bereits hieran scheitern die Möglichkeiten der Zweckvereinbarung, da im Vorliegenden eine Gesamtbeteiligung der betroffenen jPöR an der neuen Organisation sichergestellt sein soll.

Die vorliegend intendierte neue Organisation könnte ggfs. durch einen Zweckverband, der als Körperschaft des öffentlichen Rechts zur gemeinsamen Erfüllung bestimmter Aufgaben von Gebietskörperschaften gegründet werden kann, sichergestellt werden. Rechtliche Grundlage für Zweckverbände sind die Zweckverbandsgesetze der Länder. Im Land Rheinland-Pfalz ist dies das Landesgesetz über die kommunale Zusammenarbeit (KomZG). Zweckverbände kommen recht häufig im Bereich der Wasserwirtschaft, vor allem der Wassergewinnung vor. Die Möglichkeit der Aufgabenübertragung an Zweckverbände wurde durch eine Änderung des Landesgesetzes über die kommunale Zusammenarbeit (KomZG) im Zuge des 1. Landesgesetzes zur Kommunal- und Verwaltungsreform vom 28.09.2010 erweitert. War vor der Gesetzesänderung die Übertragung auf eine bestimmte Aufgabe begrenzt, können Zweckverbände zukünftig mehrere öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Eine Beschränkung auf einzelne oder mehrere aber sachlich verbundene Aufgaben ist nicht mehr vorgesehen. Aufgrund dieser Regelung kommen Zweckverbände künftig auch zu gemeinsamer Wahrnehmung mehrerer Aufgaben, die keine sachliche Verbindung untereinander haben, in Betracht. § 3 Satz 1 KomZG lässt die Errichtung von „Mehrfachzweckverbänden“ mit umfassenden Aufgaben zu. Dies können freie Selbstverwaltungsaufgaben, Pflichtaufgaben der Selbstverwaltung oder staatliche Aufgaben (Auftragsangelegenheiten) sein.

Zweckverbände sind in ihren Strukturen jedoch sehr nah an die Strukturen der kommunalen Entscheidungsprozesse und Rechnungslegung angelehnt und gelten gerade für wirtschaftliche Aufgaben – insbesondere in Ansehung notwendiger schneller Entscheidungen - als teilweise zu schwerfällig. Ihre Stärke liegt sicher in der interkommunalen Konsensbildung und in der Organisation von Abstimmungsprozessen zwischen Gebietskörperschaften; angesichts der beabsichtigten Aufgabenfelder, die die neue Organisation übernehmen soll, erscheint ein Zweckverband angesichts seiner Organisationsstruktur doch eher ungeeignet.

Eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts ist eine rechtlich und organisatorisch verselbstständigte Einrichtung, die einerseits selbst Verwaltungsträger und als solcher berechtigt und verpflichtet ist, die ihr übertragenen Aufgaben eigenverantwortlich wahrzunehmen, andererseits durch Satzungsgestaltung ähnlich einer GmbH schlank und mit starker Entscheidungskompetenz ausgestaltet sein kann. Die Unterschiede zum Eigenbetrieb liegen dabei im Wesentlichen in der satzungsrechtlichen Gestaltungsfreiheit.

Die Unterschiede zwischen Eigenbetrieb und Anstalt des öffentlichen Rechts sind nachfolgend dargestellt:

<b>Eigenbetrieb</b>	<b>Anstalt des öffentlichen Rechts</b>
Teil der Gemeinde	Eigene juristische Person des öffentlichen Rechts
Gemeinde haftet unbeschränkt	Gemeinde haftet unbeschränkt
Aufsichtsorgan Gemeinderat	Aufsichtsorgan Verwaltungsrat (VwR)
Satzungsrecht OG (Gemeinderat)	Satzungsrecht AöR (VwR/Zustimmungsvorbehalt Gemeinderat)
Anschluss- und Benutzungszwang	Anschluss- und Benutzungszwang
Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Entgelte möglich	Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Entgelte möglich
KAG gilt	KAG gilt
Wasserversorgung = BgA	Wasserversorgung = BgA
Abwasserbeseitigung = Hoheitsbetrieb	Abwasserbeseitigung = Hoheitsbetrieb
laufende Geschäfte Werkleitung	laufende Geschäfte Vorstand
nichtlaufende Geschäfte WA / Gemeinderat	nichtlaufende Geschäfte VwR / Gemeinderat
Feststellung Wirtschaftsplan / Gemeinderat	Feststellung Wirtschaftsplan VwR
Feststellung Jahresabschluss Gemeinderat	Feststellung Jahresabschluss VwR / durch Satzung regelbar

Tabelle 2: Darstellung der Unterschiede zwischen einem Eigenbetrieb und der Anstalt des öffentlichen Rechts

Über weite Strecken sind Eigenbetrieb und Anstalt des öffentlichen Rechts mithin ähnlich strukturiert. Die Anstalt des öffentlichen Rechts bietet aber den größeren Spielraum wirtschaftlichen Handelns. Das Zusammenspiel zwischen Vorstand und Verwaltungsrat (sowie Stadtrat/Verbandsgemeinderat und Verwaltungsrat) kann bis auf wenige gesetzliche Vorgaben frei geregelt werden. Dies reicht von der umfassenden alleinigen Leitungskompetenz des Vorstands bis zu detaillierten Zustimmungserfordernissen des Verwaltungsrates und/oder des kommunalen Entscheidungsgremiums.

Im Vorliegenden beabsichtigen die Verbandsgemeinden Edenkoben, Landau-Land, Offenbach an der Queich, Herxheim und Bad Bergzabern zusammen mit dem Entsorgungs- und Wirtschaftsbetrieb Landau in der Pfalz AöR jedoch nur einzelne Teilleistungen aus dem Aufgabenspektrum und entsprechende Personalressourcen über die zu gründende neue Organisation abzubilden. Die Tätigkeitsfelder und „Aufgabenbereiche“, die sich in der neuen Organisation finden, sind – jedenfalls zunächst – daher nicht als selbstständige (Teil-) Aufgaben der Abwasserbeseitigung und der Wasserversorgung zu definieren, die im Sinne eines kommunalverfassungsrechtlich relevanten Aufgabenübergangs gesondert auf eine Trägerorganisation übertragen werden können.

Die Gründung einer gemeinsamen Anstalt des öffentlichen Rechts oder eines Zweckverbandes wäre aber an die Bedingung geknüpft, dass diese Trägerorganisation

Aufgaben in eigener Verantwortung wahrnimmt. So können kommunale Gebietskörperschaften und Anstalten nach § 14a KomZG zur gemeinsamen Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben wirtschaftliche Unternehmen sowie Einrichtungen im Sinne des § 85 Abs. 4 Satz 1 der Gemeindeordnung Gemeindeordnung als rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts unter ihrer gemeinsamen Trägerschaft führen. Das sich im Vorliegenden jedoch nur um Teilleistungen unterhalb der Ebene einer öffentlichen Aufgabe handelt, erscheint es bereits fraglich, ob die Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts im Vorliegenden als zulässige Rechtsform anzusehen ist. Nicht zuletzt aus diesem Grund sollen im Nachfolgenden auch Privatrechtsformen als mögliche Organisationsrechtsform untersucht werden.

#### 4. Privatrechtliche Organisationsformen

Grundsätzlich kommen folgende Möglichkeiten privatrechtlicher Organisationsformen in Betracht:

- |  |  |  |
|--|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)</li> <li>• OHG</li> <li>• KG</li> <li>• nicht rechtsfähiger Verein</li> </ul>                                    |    | <p><b>grundsätzlich<br/>unbeschränkte</b><br/>Haftung der<br/>Gesellschafter</p> |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• rechtsfähiger Verein</li> <li>• GmbH &amp; Co. KG</li> <li>• Aktiengesellschaft (AG)</li> <li>• Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)</li> </ul> |  | <p><b>grundsätzlich<br/>beschränkte</b><br/>Haftung der<br/>Gesellschafter</p>   |

Vorgenannte Organisationsformen werden jedoch teilweise von vornherein durch die Regelungen in der Gemeindeordnung ausgeschlossen.

So ist nach § 87 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 GemO eine Rechtsform zu wählen, die die Haftung der Gemeinde auf einen bestimmten Betrag beschränkt, so dass vorgenannte Gesellschaftsformen mit unbeschränkter Haftung ausscheiden.

Im Weiteren ist nach § 87 Abs. 2 GemO eine Aktiengesellschaft nachrangig gegenüber anderen Rechtsformen.

Somit verbleiben die im Folgenden tabellarisch dargestellten privatrechtlichen Rechtsformen.

	<b>e.V. (nichtwirtschaftlicher)</b>	<b>GmbH &amp; Co. KG</b>	<b>GmbH</b>
Allgemeine Grundlagen	Jur. Person, eigenständiges Rechtssubjekt	Betrieb eines Handelsgewerbes	Jur. Person, eigenständiges Rechtssubjekt
Trägerschaft	Vereinsmitglieder	Gesellschafter	Gesellschafter
Gründung	Satzungsbeschluss, Eintragung in das Vereinsregister	Gesellschaftervertrag, Anmeldung zum Handelsregister	Gesellschafterbeschluss, Eintragung in das Handelsregister
Mindestkapital	Keines	25.000 EUR für GmbH	25.000 EUR
Organe	Vorstand, Mitgliederversammlung	Geschäftsführung, Gesellschafterversammlung, Beirat (fakultativ)	Geschäftsführung, Aufsichtsrat (fakultativ), Gesellschafterversammlung
Geschäftsführung	Vorstand	Geschäftsführer für GmbH	Geschäftsführer
Personal	Individuelle Arbeitsverträge, eigene Personalwirtschaft	Individuelle Arbeitsverträge, eigene Personalwirtschaft	Individuelle Arbeitsverträge, eigene Personalwirtschaft
Personalvertretung / Mitbestimmung	Abhängig von Struktur	BetrVG, Betriebsrat	BetrVG, Betriebsrat
Haftung	Vereinsvermögen	Nur GmbH	Stammkapital
Finanzwirtschaftliche Steuerung	Nicht vorgegeben	Handelsrechtliche Buchführung	Handelsrechtliche Buchführung
Steuerliche Auswirkungen	UStG, GewStG	KStG, UStG: Steuerpflicht kraft Rechtsform	KStG, UStG: Steuerpflicht kraft Rechtsform
Aufsicht und Prüfung	RPA/LRH	Wirtschaftsprüfer, aber HGrG: RPA/LRH	Wirtschaftsprüfer, aber HGrG: RPA/LRH

	<b>e.V. (nichtwirtschaftlicher)</b>	<b>GmbH &amp; Co. KG</b>	<b>GmbH</b>
Auflösung	Beschluss der Mitgliederversammlung, Zeitablauf, Kündigung, gerichtliche Entscheidung	Zeitablauf, Beschluss der Gesellschafter, Insolvenz, Kündigung, gerichtliche Entscheidung	Zeitablauf, Gesellschafterbeschluss, Urteil, Insolvenz nach Maßgabe des Gesellschaftervertrages, Kündigung

Tabelle 3: Gegenüberstellung möglicher privatrechtlicher Rechtsformen, die den Anforderungen der Gemeindeordnung entsprechen

Im Weiteren wird die Auswahl hinsichtlich der vorgenannten privatrechtlichen Organisationsformen mit den im Folgenden dargestellten Erwägungen weiter reduziert.

Der erwähnte nichtwirtschaftliche Verein (§ 21 BGB) wird als sog. Idealverein bezeichnet. Um jedoch ein möglichst breites Betätigungsfeld des zukünftigen Betriebsträgers abzudecken, müsste auch ein wirtschaftlicher Verein nach § 22 BGB in Betracht gezogen werden. Ein solcher wirtschaftlicher Verein ist jedoch gegenüber den Rechtsformen einer GmbH oder AG subsidiär.

Eine Personengesellschaft kollidiert mit dem Gebot der Haftungsbeschränkung nach § 87 GemO. Zwar lässt sich diese Haftungsfolge durch eine GmbH & Co. KG erreichen, jedoch kompensieren die Vorteile dieser Rechtsform nicht die Komplexität aufgrund der Anwendung sowohl des Handelsgesetzbuches als auch der Vorschriften des GmbH-Gesetzes und der dabei zu beachtenden Sonderregelungen.

Im Ergebnis verbleibt daher die in der kommunalen Praxis an der häufigsten anzutreffenden Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH).

## 5. Zusammenfassende Gegenüberstellung der verbleibenden privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Rechtsformen

### 5.1. Vorauswahl der zu untersuchenden Rechtsformen

Wie vorstehend im Rahmen der Darstellung der privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Organisationsformen ausgeführt, verbleiben letztlich die gemeinsame Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR) (wenngleich rechtlich mit dem Fragezeichen einer zulässigen öffentlichen Aufgabenwahrnehmung versehen) als auch die GmbH. Insofern beschränken wir die weitergehende Untersuchung auf die Rechtsformen der Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR) und der GmbH. Diese sind im Folgenden zunächst in einer tabellarischen Übersicht gegenübergestellt

	<b>AöR</b>	<b>GmbH</b>
<b>Übertragung von Pflichtaufgaben</b>	möglich	Nur als Erfüllungsgehilfe (Verwaltungshelfer)
<b>Übertragung hoheitlicher Aufgaben</b>	möglich	Möglich nur bei Beleihung
<b>Rechtsaufsicht</b>	Ja	Nein

	<b>AöR</b>	<b>GmbH</b>
<b>Steuerpflicht</b>	Nur soweit Betrieb gewerblicher Art (§ 1 Nr. 6 KStG)	Steuerpflicht kraft Rechtsform (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG)
<b>Anschluss- und Benutzungszwang</b>	möglich	i.d.R. nicht möglich
<b>Personalvertretung</b>	Personalrat LPersVG	Betriebsrat BetrVG
<b>Gründung, Erlass, Unternehmensverfassung</b>	Gemeinderat / Stadtrat / VwR <sup>1</sup> wenn AöR Einrichtungsträger	Gemeinderat / Stadtrat / VwR <sup>1</sup>
<b>Änderung Unternehmensverfassung</b>	Gemeinderat / Stadtrat / VwR <sup>1</sup> wenn AöR Einrichtungsträger	Gesellschafterversammlung
<b>Aufsichtsorgan</b>	Verwaltungsrat	Gesellschafterversammlung, sofern kein Aufsichtsrat bestellt
<b>Bestellung Geschäftsführungsorgan</b>	Verwaltungsrat	Gesellschafterversammlung
<b>Erlass von Satzungen</b>	Verwaltungsrat, sofern Gemeinderat nach § 86a Abs. 3 GemO übertragen hat	---
<b>Feststellung</b> - <b>Wirtschaftsplan</b> - <b>Jahresabschluss</b>	Verwaltungsrat, sofern übertragen	Gremium Einrichtungsträger Gemeinderat / Stadtrat / VwR <sup>1</sup> / Gesellschafterversammlung
<b>Tariffestsetzungen</b>	Verwaltungsrat, sofern übertragen nach § 86a Abs. 2 GemO	Gesellschafterversammlung, alt. Aufsichtsrat
<b>Bestellter Abschlussprüfer</b>	§ 86a Abs. 2 GemO	Gesellschafterversammlung
<b>Prüfung des Jahresabschlusses</b>	§ 89 GemO	§ 89 GemO / HGB
<b>Ergebnisverwendung</b>	Verwaltungsrat, soweit übertragen	Gemeinderat / Stadtrat / VwR <sup>1</sup>
<b>Laufende Geschäfte</b>	Vorstand	Geschäftsführer
<b>Nichtlaufende Geschäfte</b>	Vorstand	Geschäftsführer

<sup>1</sup> Hier ist Verwaltungsrat der Anstalt des öffentlichen Rechts gemeint, die sich als Einrichtungsträger an einer interkommunalen Anstalt des öffentlichen Rechts oder an einer interkommunalen GmbH beteiligt.

	<b>AöR</b>	<b>GmbH</b>
<b>Vertretung bei laufenden Geschäften</b>	Vorstand	Geschäftsführer
<b>Dienstvorgesetzter</b>	Vorstand	Geschäftsführer

Tabelle 4: Vergleichende Übersicht Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR) versus GmbH

Im Weiteren werden die beiden vorgenannten Rechtsformen AöR und GmbH im Vergleich mit Blick auf die aus unserer Sicht zur Rechtsformenwahl entscheidenden Kriterien dargestellt.

## **5.2 Unternehmensorganisation**

### **5.2.1 Grundsätzliches**

Große Bedeutung kommt im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit des Unternehmens der Frage zu, ob die organisatorische Ausgestaltung der einzelnen Rechtsformen zwingend festgelegt ist, oder ob die Unternehmensstrukturen den individuellen Bedürfnissen und Aufgaben entsprechend ausgeformt werden können. Von der internen Organisation des Unternehmens hängen schließlich die Möglichkeiten einer effizienten und aufgabenorientierten Entscheidungsfindung ab.

### **5.2.2 AöR**

Bei der Anstalt verknüpft die gesetzliche Vorgabe den anstaltsrechtlichen Organisationsrahmen mit quasi aktienrechtlichen Maßstäben zur internen Organisation. Vorgesehen ist eine Vorstandsverfassung, die die Kompetenzen zwischen dem Vorstand und dem Verwaltungsrat aufteilt.

Dem Vorstand kommt dabei die Leitungsfunktion und dem Verwaltungsrat im Wesentlichen die Aufsichtsfunktion zu. Aus diesem Grund ist dem Vorstand die Leitung der Anstalt in eigener Verantwortung übertragen. Nur fakultativ kann die Satzung die Entscheidung bestimmter Angelegenheiten dem Verwaltungsrat übertragen. Weiterhin vertritt der Vorstand die Anstalt gerichtlich und außergerichtlich.

Der Verwaltungsrat überwacht die Geschäftsführung des Vorstands. Darüber hinaus kann ihm durch die Satzung die Entscheidung in strukturellen und grundlegenden Angelegenheiten übertragen werden. Schließlich kann die Satzung auch vorsehen, dass Entscheidungen von grundsätzlicher Bedeutung der Zustimmung des Rates des Anstaltsträgers unterliegen.

### **5.2.3 GmbH**

Die Rechtsform der GmbH hat zwingend zwei Organe. Die Geschäftsführung sowie die Gesellschafterversammlung als Gesamtheit der Gesellschafter. Die Bildung eines Aufsichtsrats ist im Hinblick auf die Wahrung der Rechte der politischen Entscheidungsträger und die in § 87 GemO gestellten Anforderungen sicherzustellen.

Die Geschäftsführung vertritt die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich. Allerdings kann durch Gesellschaftsvertrag im Innenverhältnis und auch durch Beschlüsse der Gesellschafterversammlung die Geschäftsführungsbefugnis eingeschränkt werden. Insoweit bestehen weitgehende Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung eines Unternehmens in der Rechtsform einer GmbH.

Der Gesellschafterversammlung einer GmbH sind weitgehende Befugnisse innerhalb der Gesellschaft eingeräumt. Zwingend ist die Zuständigkeit der Gesellschafter z. B. für Änderungen des Gesellschaftsvertrages sowie die Auflösung der Gesellschaft. Darüber hinaus schreibt § 87 GemO vor, dass der Gesellschafterversammlung dort näher bezeichnete Angelegenheiten (Abschluss und Änderung von Unternehmensverträgen, Erwerb und Veräußerung von Unternehmen und Beteiligungen, Wirtschaftsplan, Feststellung des Jahresabschlusses, Gewinnverwendung und grundsätzliche Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer) im Gesellschaftsvertrag zur eigenen Entscheidung vorbehalten sein müssen. Aufgabe der Gesellschafterversammlung ist es somit, unternehmenspolitische Grundsätze festzulegen.

Dem einzurichtenden Aufsichtsrat ist die Funktion der Kontrolle der Gesellschaft zu übertragen, wobei hierdurch der kommunalrechtlich vorgesehenen Einwirkungspflicht der öffentlich-rechtlichen Träger Rechnung getragen wird.

#### **5.2.4 Zwischenergebnis**

Die Flexibilität der internen Organisation des Unternehmens ist umso höher, je freier und unbeeinflusster die Entscheidungsträger wirtschaftlich orientierte Entscheidungen treffen können.

Diese Art Flexibilität ist bei der Anstalt und der GmbH im Hinblick auf die gesetzlich vorgegebene Unternehmensverfassung gleichartig ausgeprägt.

### **5.3 Steuermöglichkeiten**

#### **5.3.1 Grundsätzliches**

Die kommunalen Gebietskörperschaften trifft nach den Vorgaben des Kommunalwirtschaftsrechts eine Pflicht zur Sicherung angemessener Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten. Die Steuerungsmöglichkeiten äußern sich in Kontrollbefugnissen und dem Besetzungsrecht für die Organe.

#### **5.3.2 AöR**

Für den unmittelbaren Einfluss der Anstaltsträger soll in der Anstaltssatzung vorgesehen werden, dass bestimmte Entscheidungen der Organe der Anstalt von grundsätzlicher Bedeutung der Zustimmung des Rates des Anstaltsträgers bedürfen.

Die Bestellung des Vorstandes erfolgt durch den Verwaltungsrat, in dem der Träger der AöR präsent ist; im Übrigen greifen über §§ 14b Abs.3 und 8 Abs.2 S.2 KomZG die Prinzipien des § 88 Abs. 5 GemO gebunden (siehe nachfolgend).

#### **5.3.3 GmbH**

Bei der GmbH ist die Einflussnahme des jeweiligen kommunalen Gesellschafters durch die Entsendung des Vertreters in die Gesellschafterversammlung und den Aufsichtsrat sowie die Unterrichtungspflichten (§ 88 Abs. 5 GemO) gewahrt. Die Vertreter in der Gesellschafterversammlung sind an die Weisungen des jeweiligen entsendenden Gesellschafters im Innenverhältnis gebunden und haben ihr Amt auf Beschluss des Rates jederzeit niederzulegen. Über die Gesellschafterversammlung sind wesentliche Einflussmöglichkeiten auf den Gebieten der Geschäfts- und Bilanzpolitik, der Personalwirtschaft und der Investitionstätigkeit möglich. Die Gesellschafterversammlung beruft die Geschäftsführung und kann ihr die Geschäftsführungsbefugnis jederzeit ohne Begründung entziehen.

### **5.3.4 Zwischenergebnis**

Durch die Ausgestaltung der Satzung bei der AöR und des Gesellschaftsvertrages bei der GmbH können entsprechende Einwirkungsmöglichkeiten im Hinblick auf die kommunalrechtlichen Anforderungen sichergestellt werden. Unter diesem Gesichtspunkt sind die AöR als auch die GmbH als gleichwertig zu betrachten.

## **5.4. Kooperationsmöglichkeiten**

### **5.4.1 Grundsätzliches**

Sowohl die GmbH als auch die Anstalt des öffentlichen Rechts eignen sich in ihren jeweiligen Ausprägungen für die unterschiedlichsten interkommunalen Kooperationen.

### **5.4.2 AöR**

Allerdings kommt bei der Anstalt eine Beteiligung privater Dritter nur in Form einer finanziellen Beteiligung am Stammkapital in Betracht (§ 86 a Abs. 1 GemO). Somit ist maximal eine sogenannte „stille Beteiligung“ eines privaten Dritten an einer gemeinsamen Anstalt möglich, d. h., eine stille Beteiligung privater Unternehmen ist nur theoretisch möglich.

### **5.4.3 GmbH**

Die GmbH ermöglicht eine unkomplizierte Einbindung von privatrechtlich organisierten Rechtsformen und damit unter Umständen „der Einkauf“ von Know-how.

### **5.4.4 Zwischenergebnis**

Bezüglich des Kriteriums „Kooperationsfähigkeit“ rangiert die GmbH vor der Anstalt, da nur bei ihrer Verwendung sowohl öffentlich-rechtliche Rechtsträger als auch private Dritte sich zu einem gemeinsamen Unternehmen zusammenschließen und gegebenenfalls zusätzliche „Gesellschaftereinlagen“ (z. B. auch in Form von qualifizierten Dienstleistungen) leisten können. Zusätzlich wird für den Fall einer breiten Basis, das wirtschaftliche Risiko für den Einzelnen minimiert.

## **5.5 Personalwirtschaftliche Unterschiede**

Für den Fall, dass eigenes Personal vorgehalten werden soll, lassen sich die im Folgenden dargestellten Erwägungen anstellen.

Insbesondere vor dem Hintergrund der Einbindung einer Anstalt in das öffentliche Dienstrecht für den Fall einer Beschäftigung von Personal durch die AöR, weist die GmbH gegenüber der AöR unter diesem Aspekt einen Vorteil aus. Sofern die GmbH als Arbeitgeber auftritt, führt die Möglichkeit zum Abschluss von individuellen Arbeitsverträgen (grundsätzlich ohne Bindung an die „öffentliche“ Tarifvergütung) zu einer hohen Flexibilität im Bereich der Personalwirtschaft. Dies kann im Hinblick auf die Gewinnung von gut qualifiziertem Personal von Vorteil sein.

## **5.6 Wirtschaftlicher Betrieb**

Von Bedeutung ist u. a. im Rahmen der wirtschaftlichen Unterschiede die Frage, welche Rechts- und Organisationsform den wirtschaftlichsten Betrieb ermöglicht. In diesem Zusammenhang wird auf die obigen Ausführungen zur Unternehmensorganisation Bezug genommen. Hierbei ist bereits festgehalten worden, dass sowohl bei der AöR als auch der GmbH eine wirtschaftlich orientierte und damit effiziente Aufgabenerledigung möglich ist.

## **5.7 Vergaberechtliche Aspekte**

### **5.7.1 Grundsätzliches**

Ist ein kommunales Unternehmen nicht an vergaberechtliche Bestimmungen gebunden, führt dies zu einer höheren Flexibilität aufgrund der Möglichkeit freier Verhandlung mit Anbietern bei Beschaffungsvorgängen.

### **5.7.2 AöR**

Die kommunale Anstalt ist an das nationale Vergaberecht über die Verweisung in § 39 Eigenbetriebs- und Anstaltsverordnung (EigAnVO) auf § 22 Gemeindehaushaltsverordnung (GemHVO) gebunden.

Für die Anwendung des EU-Vergaberechts auf die AöR sind, wie im Fall der GmbH, die öffentlichen Auftraggebereigenschaften nach § 98 GWB und das Überschreiten der EU-Schwellenwerte entscheidend.

Die GmbH unterliegt grundsätzlich nicht den nationalen vergaberechtlichen Bestimmungen (sogenannter Unterschwellenbereich). In den Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts fällt die Rechtsform der GmbH nur dann, wenn sie ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) darstellt (Gebietskörperschaft „beherrscht“ GmbH) und die EU-Schwellenwerte (Auftragswerte) überschritten werden.

### **5.7.3 Zwischenergebnis**

Im Ergebnis unterliegt die AöR im Gegensatz zur GmbH dem nationalen Vergaberecht. Mit Blick auf das EU-Vergaberecht bestehen zwischen den Rechtsformen keine Unterschiede. Soweit mithin keine Fördermittelbescheide die zwingende Anwendung des Vergaberechts fordern, spricht die größere Freiheit von vergaberechtlichen Bindungen für die GmbH.

## **5.8 Finanzierung**

### **5.8.1 Grundsätzliches**

Im Verhältnis GmbH und AöR ist zu beachten, dass die Zahlungsfähigkeit und damit die Bonität öffentlich-rechtlicher organisierter Unternehmen vorrangig von der Finanzkraft ihrer Träger abhängen. Insoweit fallen Aspekte einer etwaigen besseren Fremdfinanzierung zu Gunsten der GmbH nicht ins Gewicht.

Vielmehr eröffnet die Inanspruchnahme von Kommunalkreditkonditionen aufgrund der gesetzlich geregelten Gewährträgerhaftung - sofern diese im Einzelfall von Banken gewährt werden - der AöR die Möglichkeit zu einer kostengünstigeren Finanzierung von Projekten.

Im Weiteren unterliegen die GmbH und AöR nicht den restriktiven Anforderungen des Gemeinderechts mit Blick auf die formelle Kreditaufnahme.

### **5.8.2 Zwischenergebnis**

Unter dem Aspekt der Außenfinanzierung weist die GmbH keine Vorteile gegenüber der Anstalt des öffentlichen Rechts aus. Hingegen erwächst der AöR möglicherweise aufgrund der Refinanzierungsmöglichkeiten zu Kommunalkreditkonditionen - unbeschadet einer möglichen EU-Beihilfenproblematik – u.U. ein Vorteil gegenüber der GmbH zu.

## **5.9 Sonstige Aspekte**

### **5.9.1 Grundsätzliches**

Hinsichtlich der finanziellen Unterschiede werden nachfolgend der Errichtungsaufwand und die Folgekosten betrachtet.

Für die Gründung einer AöR fallen keine gesonderten Gründungskosten / Errichtungskosten an.

Für die Gründung einer Kapitalgesellschaft (GmbH) würde ein zusätzlicher finanzieller Aufwand erforderlich werden. Dabei sind eine notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages und die Eintragung in das Handelsregister zu berücksichtigen.

Bei den laufenden Aufwendungen für die Rechtsform AöR und GmbH sind im Wesentlichen die Rechnungslegung, die Veröffentlichung des Jahresabschlusses und die Jahresabschlussprüfung zu nennen. Die vorstehend genannten Rechtsformen sind diesbezüglich in etwa vergleichbar.

### **5.9.2 Zwischenergebnis**

Zusammenfassend ergibt sich bei dem Kostenkriterium angesichts des Projektumfangs weder für die GmbH noch für die AöR ein Vorteil.

## **5.10 Steuerliche Unterschiede**

### **5.10.1 Grundsätzliches**

Während die wirtschaftliche Tätigkeit in privatrechtlicher Form (GmbH) der allgemeinen Besteuerung unterliegt, ist die öffentliche Hand (AöR) nur bei Tätigkeit als Unternehmer bzw. im Rahmen von Betrieben gewerblicher Art (BgA) steuerpflichtig. Dies gilt sowohl in ertragsteuerlicher Hinsicht, als auch in umsatzsteuerrechtlicher Hinsicht. Unterschiede zwischen einem Betrieb gewerblicher Art und einer GmbH sind grundsätzlich durch die Unternehmenssteuerreform 2001 beseitigt worden.

Hingegen können hoheitliche Aufgaben ohne steuerliche Konsequenzen übertragen werden, da die Anstalt nicht Kraft Rechtsform - im Gegensatz zur GmbH - steuerpflichtig ist; allerdings zu berücksichtigen, dass nach der Einführung des § 2 b UStG Leistungsaustausche regelmäßig der Umsatzsteuerpflicht unterliegen (s.o. Ziffer 1.2). Nach Ziffer 3 des bereits zitierten BMF-Schreiben vom 19.04.2016, BStBl. I S. 481 sind auch Anstalten des öffentlichen Rechts Rechtsgebilde mit eigener Rechtspersönlichkeit und stehen einer GmbH in der umsatzsteuerlichen Beurteilung gleich. Die Feststellung lautet: „JPöR im Sinne von § 2b Absatz 1 UStG sind insbesondere die Gebietskörperschaften (Bund, Länder, Gemeinden, Gemeindeverbände, Zweckverbände), die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften, die Innungen, Handwerkskammern, Industrie- und Handelskammern, die staatlichen Hochschulen und sonstige Gebilde, die auf Grund öffentlichen Rechts eigene Rechtspersönlichkeit besitzen. Dazu gehören neben Körperschaften auch Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, z.B. Rundfunkanstalten des öffentlichen Rechts und Universitätskliniken in der Rechtsform von Anstalten des öffentlichen Rechts. ...“

Nach Ziffer 4 des vorstehend bezeichneten Schreibens gilt weiter: "Für die Beurteilung der Unternehmereigenschaft von jPöR sind die allgemeinen Regelungen des § 2 Absatz 1 UStG maßgeblich. Danach sind jPöR grundsätzlich als Unternehmer anzusehen, wenn sie selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen (wirtschaftliche Tätigkeit) ausüben. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, welcher Art die entsprechenden Einnahmen sind. Auch Leistungen, für die als Gegenleistung Zölle,

Gebühren, Beiträge oder sonstige Abgaben erhoben werden, können wirtschaftliche Tätigkeiten im Sinne des § 2 Absatz 1 UStG sein."

Nach der Aufgabe der Bezogenheit zu einem BgA nach dem Körperschaftsteuerrecht sehen wir insoweit eine Gleichbehandlung des Modells der GmbH und dem Modell der AöR als gegeben an.

### 5.10.2 Zwischenergebnis

Zwischen der AöR und der GmbH bestehen nach unserer Einschätzung daher keine weiteren Unterschiede.

## 6. Ergebnis

### Einordnung des Vorhabens und Empfehlung zur Betriebsträgerschaft / Zusammenfassende Bewertung der Organisationsformen GmbH und AöR

Bewertet man die einzelnen Organisationsformen unter den Gesichtspunkten

1. Flexibilität der Unternehmensorganisation,
2. Steuerungsmöglichkeiten durch Kommune,
3. Kooperationsmöglichkeiten,
4. Flexibilität der Personalwirtschaft,
5. Wirtschaftlicher Betrieb,
6. Vergaberechtliche Aspekte,
7. Finanzierung,
8. Sonstige Aspekte,
9. Steuerliche Aspekte sowie
10. Aspekte der Haftungsbegrenzung

so ergibt sich im Vergleich der Organisationsformen mit Blick auf die Erfüllung der Entscheidungskriterien folgendes Bild:

Entscheidungskriterien	GmbH	AöR
Flexibilität der Unternehmensorganisation	0	0
Steuerungsmöglichkeiten durch Kommune	1	0
Flexibilität der Personalwirtschaft	0	1
Wirtschaftlichkeit	0	0
Optimierung vergaberechtlicher Aspekte	0	2
Optimierung Finanzierung	1	0
Vermeidung sonstiger (Kosten-) Aspekte	1	1

Entscheidungskriterien	GmbH	AöR
Steuerliche Optimierung	1	1
Haftungsbegrenzung	0	2
Summe	4	7

Tabelle 5: Gegenüberstellung der Entscheidungskriterien; Bewertung 0..... hoch, 5 ..... gering, im Hinblick auf die Erfüllung des Entscheidungskriteriums

Die in der Tabelle 5 getroffenen Wertungen begründen sich wie im Folgenden ausgeführt.

### 6.1 Flexibilität Unternehmensorganisation

Die Flexibilität der Unternehmensorganisation durch Ausgestaltung einer entsprechenden Satzung / eines entsprechenden Gesellschaftsvertrages zur Schaffung einer wirtschaftlichen und effizienten Aufgabenerledigung ist bei beiden Rechtsformen als hoch einzustufen.

### 6.2 Steuerungsmöglichkeiten durch Kommune

Die Reichweite des kommunalen Einflusses kann maßgeblich im Falle der AöR durch die Anstaltssatzung und für die GmbH über den Gesellschaftsvertrag abgesichert werden; es ergeben sie kleine Vorteile für die AöR durch die unmittelbarere Zugriffsmöglichkeit.

### 6.3 Flexibilität der Personalwirtschaft

Für den Fall einer Beschäftigung von Personal durch den Rechtsträger bietet die Rechtsform der GmbH aufgrund der Möglichkeit des Abschlusses von individuellen Arbeitsverträgen und daraus resultierenden Personalkosten im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit Vorteile gegenüber einer „tarifgebundenen“ AöR.

### 6.4 Wirtschaftlichkeit

Die AöR als auch die GmbH weisen eine hohe Wirtschaftlichkeit auf.

### 6.5 Optimierung vergaberechtlicher Aspekte

Sofern wie im vorliegenden Fall die zukünftige Rechtsform ein breites Betätigungsfeld abdecken soll, werden auch Beschaffungsvorgänge anfallen. Diese können in Grenzen (soweit Fördermittelbescheide nicht die Anwendung des Vergaberechts zwingend voraussetzen) durch die GmbH flexibler (im Unterschwellenbereich) gehandhabt werden und führen unter Umständen zu Kosteneffekten (Wirtschaftlichkeit).

### 6.6 Optimierung Finanzierung

Die AöR kann als öffentlich-rechtliche Rechtsform mit gesetzlich geregelter Gewährträgerhaftung den Vorteil der Finanzierung von Projekten mit günstigen Kommunalkrediten gegenüber der GmbH ausspielen. Nicht ganz unbeachtet dürfen hierbei die EU-beihilfenrechtlichen Vorschriften bleiben; hierbei können Bereiche betroffen sein, in denen Wettbewerb herrscht und beihilfenrechtliche Problemfelder nicht auszuschließen sind.

Im Rahmen des Finanzierungsaspekts einer GmbH können staatliche Zuwendungen, die die Gesellschafter erhalten, z. B. in Form eines echten Zuschusses, an die Gesellschaft weitergegeben werden. Die AöR selbst kommt als Fördermittelempfänger in Betracht.

## **6.7 Vermeidung sonstiger (Kosten) Aspekte**

Dieser Aspekt ist vorliegend vernachlässigbar. Dieses Kostenkriterium erfüllen GmbH und AöR nahezu gleich.

## **6.8 Steuerliche Optimierung**

Die in der gegebenen Ausgangssituation anfallenden Aufgaben werden überwiegend den wirtschaftlichen Bereichen zugeordnet werden können resp. dem Anwendungsbereich des § 2b UStG. In diesem Zusammenhang unterscheiden sich die AöR und GmbH steuerlich nicht.

## **6.9 Haftungsbegrenzung**

Durch die Rechtsform der GmbH wird eine effektive Haftungsbegrenzung und damit einhergehend eine Risikominimierung für die Beteiligten ermöglicht. Dieser Vorteil gegenüber der AöR, die letztendlich auf eine kostendeckende Erwirtschaftung angewiesen ist, um eine Inanspruchnahme des Gewährträgers zu vermeiden, kann aufgrund der derzeit noch nicht abschließenden geklärten zukünftigen Finanzierung der Bewirtschaftung, durch die GmbH ausgespielt werden.

## **6.10 Ergebnis/ Einordnung des Vorhabens und Empfehlung**

Neben einer flexiblen Organisation und Reaktionsfähigkeit im Hinblick auf das operative Geschäft weist die Organisationsform der GmbH entscheidende Vorteile in Form einer effektiven und wirtschaftlichen Beteiligung Privater und der Risikominimierung der Betätigung (Haftungsbegrenzung) aller Beteiligten auf.

Vor dem Hintergrund vorgenannter Maßgaben empfiehlt sich unter Auswertung der zusammenfassenden Bewertung die privatrechtliche Organisationsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) als zukünftige Organisation der Trägerorganisation „Kommunales Aufgaben- und Personalpooling“.

In einer Gesamtwürdigung der vorstehend dargestellten rechtlichen Maßgaben und Rahmenbedingungen sowie Praktikabilitätsabwägungen und Rechtsformbewertungen lassen sich über die Organisationsform der GmbH im vorliegenden Fall die folgenden stichwortartig zusammengefassten entscheidenden wirtschaftlichen Optimierungsmöglichkeiten erschließen:

1. die Flexibilität der internen Unternehmensorganisation führt zu einer wirtschaftlichen Verhaltensweise und damit zu einer langfristig effizienten Bewirtschaftung der angedachten Aufgabenfelder;
2. die Aufgaben der Geschäftsführung können durch professionelle und branchenerfahrene Geschäftsführer wahrgenommen werden;
3. eine Risikominimierung für das Projekt gewährleistet die Haftungsbegrenzung;
4. die flexible Reaktionsfähigkeit der GmbH im operativen Geschäft ermöglicht die Übernahme einer Gesamtverantwortung;
5. die Möglichkeit zur Beschäftigung von (eigenem) Personal zu flexiblen Arbeitsbedingungen stellt eine Basis dar, um die Aufgabenfelder entsprechend dem Nutzungskonzept „erfolgreich“ zu bewirtschaften.

Mainz, 28.07.2020