

Analyse über die Vor- und Nachteile der öffentlichen und privatrechtlichen Organisationsformen nach § 92 GemO

Gründung der Kreiswohnungsbaugesellschaft des Landkreises Mainz-Bingen GmbH

DORNBACH GMBH

Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

Steuerberatungsgesellschaft

Fort Malakoff · Rheinstraße 4N

55116 Mainz

1. Rechtsgrundlagen

Nach § 92 Abs. 1 Satz 1 GemO hat eine Gemeinde, wenn sie beabsichtigt, ein wirtschaftliches Unternehmen oder eine Einrichtung im Sinne des § 85 Abs. 4 Satz 1 GemO als Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts zu errichten, eine Analyse über die Vor- und Nachteile der öffentlichen und privatrechtlichen Organisationsformen im konkreten Einzelfall zu erstellen. Für den Landkreis Mainz-Bingen gilt insofern § 57 LKO, der auf die Vorschriften des Gemeindegewirtschaftsrechts, §§ 85 ff. GemO, verweist. Auch er hat daher der vorgenannten Norm entsprechend eine Analyse vorzulegen.

2. Ausgangssituation

Der Landkreis Mainz-Bingen ist eine Gebietskörperschaft in Rheinland-Pfalz und grenzt unmittelbar an die Landesgrenzen zu Hessen und umschließt die kreisfreien Städte Mainz und Worms. Um einen Beitrag zur Lösung der Wohnungsnot im Landkreis zu leisten, stellte der Landkreis bereits früh entsprechende Mittel im Haushalt zur Verfügung. Diese Mittel könnten nun in einer kreiseigenen Gesellschaft mit beschränkter Haftung zur Verfügung gestellt werden.

Insofern beabsichtigt der Landkreis Mainz-Bingen die Gründung einer Kreiswohnungsbaugesellschaft, die als Komplementärin innerhalb von Kommanditgesellschaften jeweils die Rolle der persönlich haftenden Gesellschafterin übernimmt. Die Kommanditgesellschaften sollen jeweils die Errichtung eines Wohngebäudes in einer Ortsgemeinde als Projektgesellschaft zum Gegenstand haben. Dort übernimmt die Kreiswohnungsbaugesellschaft als Komplementärin auch die vollumfängliche Geschäftsführung. Kommanditist in diesen Projektgesellschaften soll jeweils eine kreisangehörige Ortsgemeinde sein, die ihren Kommanditanteil durch Einlage eines gemeindeeigenen Grundstücks nach § 161 Abs. 1 Satz 1 HGB oder auf andere denkbare Weise leistet.

3. Rechtliche Voraussetzungen im Hinblick auf das Gemeindegewirtschaftsrecht

Während noch etwa im Jahr 2016 davon ausgegangen wurde, dass der Wohnungsbau als Selbstverwaltungsaufgabe originär den Ortsgemeinden zugewiesen ist, weist diese Frage augenscheinlich überörtliche Bezüge im Sinne des § 2 Abs. 1 LKO auf, die bislang verneint wurden. Die Landesregierung, namentlich das Ministerium des Innern sowie das Ministerium der Finanzen, hat darüber hinaus mit Schreiben vom 21.08.2019 einen erweiterten Handlungsansatz ins Spiel gebracht. In ihrem Schreiben führt die Landesregierung aus, es sei gerechtfertigt, wenn sich auch Landkreise und Verbandsgemeinden gemeinsam mit den Ortsgemeinden auf diesem Gebiet betätigen würden. Eine Beteiligung des Landkreises käme auch auf Grund seiner Ausgleichs- und Ergänzungsfunktion nach § 2 Abs. 5 LKO in Betracht.

Die hier relevante Aufgabenerfüllung erfolgt durch die jeweils zu gründende Projektgesellschaft in Form einer GmbH & Co. KG. Aus diesem Grund ist an den Kommanditgesellschaften eine kreisangehörige Ortsgemeinde zwingend als Kommanditistin zu beteiligen. Damit verbleibt der Wohnungsbau als Aufgabe der freiwilligen Selbstverwaltung trotz der erwiesenen überörtlichen Bezüge maßgeblich bei den Ortsgemeinden.

Eine Beteiligung der Verbandsgemeinden soll auf Ebene der Projektgesellschaften möglich, aber nicht zwingend sein.

4. Mögliche öffentlich-rechtliche Organisationsformen

a. Eigenbetrieb, § 86 GemO

Die Gründung eines Eigenbetriebs scheidet vorliegend aus. Die Geschäftstätigkeit der Kreiswohnungsbaugesellschaft soll unter anderem dazu dienen, die volle persönliche Haftung des Landkreises zu beschränken und gleichwohl in den Genuss der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft zu kommen. Würde sich ein Eigenbetrieb als Komplementär an einer Kommanditgesellschaft beteiligen, wäre hier auf Grund der fehlenden Rechtsfähigkeit der Landkreis selbst vollumfänglich haften und somit einer laufenden Nachschusspflicht ausgesetzt. Dies ist kommunalrechtlich unzulässig.

b. Anstalt des öffentlichen Rechts, § 86a GemO

Die Gründung einer Anstalt des öffentlichen Rechts scheidet aus den unter Buchstabe a) genannten Gründen ebenfalls aus. Die Anstalt des öffentlichen Rechts wäre zwar rechtlich selbstständig; allerdings besteht hier eine Gewährleistungsträgerschaft des Rechtsträgers – also des Landkreises Mainz-Bingen –, wodurch ebenfalls eine laufende Nachschusspflicht begründet würde.

c. Zweckverband, §§ 2 ff. KomZG

Die Gründung eines Zweckverbands scheidet ebenfalls aus, da auch dieser als Komplementär unbeschränkt haften würde. Angedacht war allerdings zwischenzeitlich, einen Zweckverband gemeinsam mit Orts- und Verbandsgemeinden zu gründen, der wiederum Gesellschafter einer Komplementär-GmbH würde, die dann wie die hier nun zur Gründung beabsichtigte Kreiswohnungsbaugesellschaft als Komplementärin der jeweiligen Projektgesellschaft dienen würde. Allerdings ist diese Lösung auf Grund der Finanzierung des Zweckverbands – der sich mangels weiterer Einnahmen über eine Umlage finanzieren müsste – mit erheblichen Problemen verbunden; die einzelnen Projekte sind auf bestimmte Ortsgemeinden begrenzt. Insofern bestehen Bedenken im Hinblick auf die Aufgabenübertragung und -wahrnehmung auf dem Gebiet anderer Ortsgemeinden und die Akzeptanz eines solchen Modells auf Seiten der Orts- und Verbandsgemeinden.

5. Organisatorische, personalwirtschaftliche, mitbestimmungs- und gleichstellungsrechtliche Unterschiede, § 92 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 GemO

a. Organisatorische Unterschiede

Nach §§ 57 Abs. 1 LKO, 87 Abs. 1 GemO kann der Landkreis ein wirtschaftliches Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts errichten, wenn unter anderem der öffentliche Zweck diese Rechtsform rechtfertigt und sichergestellt ist, dass die Gesellschaft den öffentlichen Zweck auch erfüllt; darüber hinaus muss die Haftung der Kommune begrenzt sein.

Die Regelungen des Gemeindehaushaltsrechts oder der Eigenbetriebs- und Anstaltsverordnung (EigAnVO) finden bei einer Erfüllung öffentlicher Aufgaben in einer Rechtsform des privaten Rechts keine Anwendung – maßgeblich sind somit die Vorschriften des Handelsgesetzbuches (HGB) und des Gesetzes über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG).

Aus § 2 des Entwurfs des Gesellschaftsvertrages der Kreiswohnungsbaugesellschaft ergibt sich, dass sie die Geschäftsführung als persönlich haftende Gesellschafterin von Kommanditgesellschaften mit Sitz im Landkreis Mainz-Bingen, deren Kommanditistin eine kreisangehörige Ortsgemeinde ist, übernimmt. Die Gesellschaft ist in diesem Zusammenhang zur Vornahme aller damit im Zusammenhang stehenden Geschäfte berechtigt. Sie darf alle Geschäfte vornehmen, die den Unternehmenszweck der Kommanditgesellschaften innerhalb ihres Unternehmensgegenstandes, nämlich der Verwaltung eigener Vermögensgegenstände einschließlich der Fruchtziehung, fördern.

Aufgrund der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages wird dem Landkreis ein herrschender Einfluss in Form von Kontroll-, Beteiligungs-, Einwirkungs- und Mitspracherechten zustehen.

Organe der Gesellschaft sind nach §§ 4 und 5 des Entwurfs des Gesellschaftsvertrages die Geschäftsführung und die Gesellschafterversammlung. Die Geschäftsführung führt die Geschäfte der Gesellschaft in eigener Verantwortung und vertritt diese gerichtlich und außergerichtlich im Rechtsverkehr.

Die Gesellschafterversammlung ist sowohl Aufsichts-, Kontroll- und Verwaltungsorgan der Gesellschaft. Sie besteht aus dem Vorsitzenden und weiteren Mitgliedern, die vom Kreistag entsandt werden. Den Vorsitz führt der Beigeordnete, in dessen Geschäftsbereich die Gesellschaft fällt.

Die Gesellschafterversammlung trifft die strukturellen und grundlegenden Entscheidungen für die Gesellschaft. Gemäß § 4 Abs. 4 des Entwurfs des Gesellschaftsvertrages kann die Geschäftsführung bestimmte Rechtsgeschäfte nur mit Zustimmung der Gesellschafterversammlung vornehmen. Dies sind namentlich

- die Erteilung von Bürgschaften und Sicherheiten,
- der Erwerb, die Veräußerung und die Belastung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, etwa Erbbaurechten,
- Rechtsgeschäfte zwischen der Gesellschaft und Gesellschaftern,
- die Erteilung und den Widerruf von Prokuren und Handlungsvollmachten,
- die Neuaufnahme oder Aufgabe von Betätigungsfeldern, soweit dies nicht ohnehin eine Änderung des Unternehmensgegenstandes ist,
- der Abschluss von Unternehmensverträgen im Sinne des § 291 und des § 292 Abs. 1 des Aktiengesetzes (AktG) sowie
- alle sonstigen Geschäfte, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehen.

Darüber hinaus weist der Gesellschaftsvertrag der Gesellschafterversammlung weitere Entscheidungen ausdrücklich zu. Nach § 6 des Entwurfs sind dies die Entscheidungen über

- die Errichtung, den Erwerb und die Veräußerung von Unternehmen,
- den Erwerb, die wesentliche Erweiterung oder die Veräußerung von Beteiligungen,
- die Änderung des Gesellschaftsvertrages,
- die Aufstellung von Maßregeln zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung.

Da der Kreistag die stimmberechtigten Mitglieder der Gesellschafterversammlung wählt ist der kommunale Einfluss auf die Gesellschaft durch die Einwirkung der Gesellschafterversammlung gewährleistet.

Organisatorische Nachteile sind mit der Gründung der Gesellschaft nicht verbunden.

b. Personalwirtschaftliche Unterschiede

Nach § 92 GemO sind die personalwirtschaftlichen Unterschiede zwischen den öffentlich-rechtlichen und den privatrechtlichen Organisationsformen gegenüberzustellen.

Da es sich vorliegend um eine Neugründung der Kreiswohnungsbaugesellschaft und keine Neu- bzw. Reorganisation eines bereits vorhandenen Verwaltungsaufbaus handelt, gehen auch keine Beschäftigungsverhältnisse über. Es werden insofern allein neue Beschäftigungsverhältnisse zwischen der GmbH und dem jeweiligen Arbeitnehmer geschlossen.

Da die GmbH Mitglied im kommunalen Arbeitgeberverband sein wird (vgl. insofern § 9 Abs. 1 des Entwurfs des Gesellschaftsvertrages), sind die Beschäftigten dem Tarifrecht gleichermaßen unterworfen wie im Fall jeder denkbaren öffentlich-rechtlichen Organisationsform.

Personalwirtschaftliche Unterschiede zwischen den öffentlich-rechtlichen und den privatrechtlichen Organisationsformen bestehen daher nicht.

c. Mitbestimmungs- und gleichstellungsrechtliche Unterschiede

In gleichstellungsrechtlicher Hinsicht unterliegt die GmbH gemäß § 9 Abs. 2 des Entwurfs des Gesellschaftsvertrages dem Landesgleichstellungsgesetz (LGG), sodass sich keine Unterschiede zu einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform, die von Gesetzes wegen hieran gebunden wäre, ergeben.

Im Hinblick auf die Mitbestimmung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ist zunächst festzustellen, dass die Regelungen des Landespersonalvertretungsgesetzes (LPersVG) auf eine juristische Person des privaten Rechts nicht anwendbar sind. Allerdings finden die Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) sowie auf Grund der Mitgliedschaft im KAV (siehe oben) tarifvertragliche Regelungen Anwendung, die eine Mitbestimmung durch Einrichtung einer eigenen Vertretung sichern.

Damit sind nachteilige organisatorische, personalwirtschaftliche, mitbestimmungsrechtliche sowie gleichstellungsrechtliche Unterschiede nicht vorhanden.

6. Auswirkungen vergabe- und beihilferechtlicher Art

Besonderer Beachtung bedürfen die Unterschiede vergabe- und beihilferechtlicher Art.

Im Hinblick auf das Vergaberecht unterliegt die GmbH im Unterschwellenbereich, also bei Vergaben unterhalb der von § 106 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) bestimmten Schwellenwerte, diesem nicht. Im Anwendungsbereich des GWB ist sie allerdings als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 2 GWB zu qualifizieren und insofern vergaberechtspflichtig.

Beihilferechtlich ist die Gründung der Kreiswohnungsbaugesellschaft als Geschäftsführungs- und Haftungs-GmbH für Kommanditgesellschaften, die gemeinsam mit Ortsgemeinden gegründet werden, nicht relevant.

Laufende Nachschusspflichten des Landkreises werden durch die Gründung der Gesellschaft nicht begründet.

7. Steuerliche, finanzielle und wirtschaftliche Unterschiede

a. Steuerliche Unterschiede

Der Landkreis Mainz-Bingen wird durch die Gründung der Kreiswohnungsbaugesellschaft grundsätzlich steuerlich nicht schlechter gestellt.

Grundeigentum wird im Rahmen der Gründung nicht übertragen; Grunderwerbssteuerbare Vorgänge liegen somit nicht vor und finden für die Kreiswohnungsbaugesellschaft in dem unter Ziffer 2 beschriebenen Modell auch nicht statt.

Im Hinblick auf die laufende Besteuerung ist festzustellen, dass nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Körperschaftsteuergesetzes (KStG) Kapitalgesellschaften stets unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig sind. Durch die Stellung als persönlich haftende Gesellschafterin einer Kommanditgesellschaft ergeben sich hier keine Unterschiede.

Bezüglich der Gewerbesteuer ist die GmbH hier vollumfänglich steuerpflichtig (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 1 GewStG), soweit Gewinnanteile nicht gemäß § 9 Nr. 2 GewStG herausgekürzt werden.

Würde der Landkreis sich unmittelbar oder über eine öffentlich-rechtliche Organisationsform als Komplementär an einer Projektgesellschaft beteiligen, würden hieraus unmittelbar keine steuerlichen Lasten folgen – diese Lösung verbietet sich mit Blick auf die unbeschränkte Haftung aber; zur Haftungsbegrenzung kommt daher allein die Organisationsform der GmbH in Betracht.

b. Wirtschaftliche und finanzielle Unterschiede

Im Rahmen der Betrachtung wirtschaftlicher und finanzieller Unterschiede ergeben sich erhebliche Unterschiede zwischen der öffentlich-rechtlichen und der privatrechtlichen Organisationsform. Grund hierfür ist insbesondere der stark umkämpfte Markt im Bereich des Wohnungsbaus.

Ziel der Kreiswohnungsbaugesellschaft ist es, preisgünstige Mieten und damit Wohnraum auf den Markt zu bringen. Hierzu ist eine schlanke Organisation mit kurzen Entscheidungswegen erforderlich, die sich im Rahmen öffentlich-rechtlicher Organisationsformen nicht umsetzen lassen.

Die GmbH verfügt auf Grund ihrer eigenen Rechtspersönlichkeit und der vollständigen Entkopplung von Kreistag und gremienähnlichen Ausschüssen über eine wesentliche Selbststän-

digkeit. Dadurch wird eine betriebswirtschaftlich sinnvollere Führung der wirtschaftlichen Aktivitäten ermöglicht. Die unternehmerisch geprägten Entscheidungsprozesse und Arbeitsabläufe erlauben der Geschäftsführung, kurzfristig auf wirtschaftliche Veränderungen, geänderte Normen und Anforderungen des Gesetzgebers zu reagieren, Schwachstellen zu analysieren und abzustellen. Die Erstellung von Kosten- und Leistungsrechnungen ermöglichen auch unterjährig eine genaue Ergebnisplanung. Es besteht weiterhin die Möglichkeit, in allen betrieblichen Bereichen moderne Führungstechniken, wie z.B. Zielvereinbarungen mit Mitarbeitern, ein Controlling bzw. Risikomanagement oder ein Informationsmanagement einzuführen, das Delegationsprinzip zu erweitern und eine Zusammenführung von Personal- und Führungsverantwortung herbeizuführen sowie die Art der Aufbau-, Ablauf- und Führungsorganisation umfassend und eigenständig zu überprüfen.

All diese Effizienzsteigerungsmöglichkeiten sind erforderlich, um sich zum einen dem Wettbewerb zu stellen, aber zum anderen auch, um das Ziel des Anbietens preisgünstiger Mieten näherzukommen.

8. Zusammenfassung

Aus organisatorischer, personalwirtschaftlicher, mitbestimmungsrechtlicher sowie gleichstellungsrechtlicher Sicht ergeben sich mithin keine nachteiligen Unterschiede zu öffentlich-rechtlichen Organisationsformen. Im Gegenteil würde die erheblich stärkere Abhängigkeit von Gremien auf Ebene des Landkreises dazu führen, dass wirtschaftliche Entwicklungen nicht kurzfristig aufgegriffen werden könnten. Damit würde das Ziel des Anbietens preisgünstiger Mieten möglicherweise nicht erreicht werden, jedenfalls aber würde es in weite Ferne rücken.

Die Gründung einer Kreiswohnungsbaugesellschaft bietet erhebliche wirtschaftliche und finanzielle Vorteile. Durch die Zusammenarbeit mit den Ortsgemeinden können in den Projektgesellschaften, in denen die GmbH die Stellung der persönlich haftenden Gesellschafterin übernimmt, zielgenau Wohnbauprojekte realisiert werden, die Wohnraum schaffen, Arbeitsplätze sichern und die Einwohnerzahlen im Landkreis stabilisieren. Damit trägt die Kreiswohnungsbaugesellschaft erheblich zur Nachhaltigkeit im Landkreis bei.

Aus steuerlicher Sicht ergeben sich zwar Nachteile gegenüber öffentlich-rechtlichen Organisationsformen. Jedoch wäre die Stellung des Landkreises selbst oder einer Anstalt öffentlichen Rechts als Komplementärin schon wegen der unbeschränkten persönlichen Haftung kommunalrechtlich unzulässig.

Die steuerlichen Nachteile sind insofern in Kauf zu nehmen.

Die Gründung einer Kreiswohnungsbaugesellschaft ist daher zu befürworten.

Zur weiteren Information ist der Entwurf des Gesellschaftsvertrages wie auch der Entwurf eines standardmäßigen Entwurfs zur Gründung der Projektgesellschaften in Zusammenarbeit mit den Ortsgemeinden dieser Analyse beigefügt.

DORNBACH GMBH

Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

Steuerberatungsgesellschaft

Gerhard Kopf

Wirtschaftsprüfer

Steuerberater

Peter Henningsen

Rechtsanwalt