



KPMG RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT MBH

Stellungnahme

Zukünftige Organisation der Kindertagesstätten der Gemeinde Henstedt-Ulzburg

1. Juli 2016

Für: **Gemeinde Henstedt-Ulzburg**
Herrn Bürgermeister Stefan Bauer
Herrn Jens Richter

Erstellt von: **KPMG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH**
RA Dr. Arne Gniechwitz / RA Dr. Lars Hinrichs, LL.M.
RA Dr. Theofanis Tacou

KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft
RA/StB Joachim Lahl / StB Christiane Steffen / WP Thomas Boger

A.	Sachverhalt.....	9
I.	Kindertagesstätten in Henstedt-Ulzburg.....	9
II.	Aktuelle organisatorische Überlegungen.....	9
B.	Vorgehen.....	10
C.	Grundlagen zu den ausgewählten Organisations-/Rechtsformen.....	11
I.	Regiebetrieb.....	11
II.	Eigenbetrieb.....	11
III.	Die Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR).....	12
IV.	gemeinnützige GmbH (gGmbH).....	13
D.	Fragenkatalog.....	16
I.	Allgemeine Fragen.....	16
1.	Gibt es trägerübergreifende Aufgaben (Kindergartenbedarfsplanung, Aufnahmeverfahren, etc.), die aus gesetzlichen Gründen von der Gemeinde nicht auf die jeweilige Organisationsform übertragen werden können?	16
2.	Welche Auswirkungen ergeben sich auf die Aufgaben der Querschnittsbereiche in der Gemeindeverwaltung durch die jeweilige Organisationsform?	17
II.	Personalrechtliche Fragen und Auswirkungen auf bestehende und künftige Arbeitsverhältnisse	18
1.	Welche verschiedenen Optionen ergeben sich für die Gestaltung der Übernahme der Beschäftigten in die neue Organisationsform (TVöD, Betriebsübergang, Entleihe, etc.)? Können Beamtinnen/Beamte übernommen und beschäftigt werden?	18
2.	Welche arbeits-/dienstrechtlichen Auswirkungen hat der Übergang der Beschäftigten für die Beschäftigten selbst und für die jeweilige Organisationsform?	20
3.	Welche Möglichkeiten bestehen für die Beschäftigten, die nicht in die neue Organisationsform wechseln möchten? Welche Konsequenzen ergeben sich für diese Beschäftigten und die Gemeinde daraus?	22
4.	Welche Auswirkungen ergeben sich.....	24
5.	Welche Auswirkungen ergeben sich auf die Mitbestimmungsrechte bezogen auf die jeweilige Organisationsform?	26
6.	Können sich bezogen auf übergegangene Beschäftigte und neu in die Organisationsform hinzukommende Beschäftigte arbeitsrechtliche oder gehaltstechnische Unterschiede ergeben?27	

7.	Wie kann sichergestellt werden, dass es zu keiner Schlechterstellung der Beschäftigten durch den Wechsel in die neue Organisationsform kommt und auch zukünftig bei sich verändernder Zusammensetzung der politischen Gremien oder der Aufsichtsorgane der Organisationsformen keine Schlechterstellung eintritt?	29
III.	Steuerrechtliche Fragen.....	30
1.	Welche steuerrechtlichen Rahmenbedingungen sind im Hinblick auf die jeweilige Organisationsform zu beachten?.....	30
2.	Welche steuerlichen Vor- und Nachteile bzw. Chancen und Risiken ergeben sich im Hinblick auf die jeweilige Organisationsform?	34
3.	Welche Auswirkungen haben die steuerrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten der jeweiligen Organisationsform auf die Nutzer der Einrichtungen?	34
4.	Wie hoch werden die einmaligen und laufenden Kosten der Administration in Steuersachen (Steuererklärungen, etc.) sein?.....	34
5.	Welche steuerlichen Auswirkungen hat die Inanspruchnahme von Leistungen der Gemeinde (z.B. Bauhof, Kasse, EDV, etc.) auf die jeweilige Organisationsform und/oder die Gemeinde?	35
IV.	Fragen zur Vermögensverwaltung und zum Vermögensübergang:.....	35
1.	Welche Gestaltungsmöglichkeiten ergeben sich für den Erwerb, die Verwaltung und die Veräußerung von Vermögen in der jeweiligen Organisationsform?.....	35
2.	Welche Auswirkungen hätte eine Vermögensübertragung der gemeindlichen Vermögensgegenstände (Grundstücke, Immobilien und Inventar) auf die jeweilige Organisationsform?	37
3.	Welche Auswirkungen hätte eine Vermietung der gemeindlichen Vermögensgegenstände an die jeweilige Organisationsform?	39
V.	Fragen zu den Auswirkungen/Risiken für den gemeindlichen Haushalt	41
1.	Welche Chancen und Risiken ergeben sich für die Gemeinde durch eine Umstrukturierung in die jeweilige Organisationsform und wie wirken sich diese auf den gemeindlichen Haushalt aus?	41
2.	Welche Auswirkungen ergeben sich hinsichtlich der Fördermittel auf den gemeindlichen Haushalt?.....	42
3.	Welche Auswirkungen ergeben sich aus den Steuerpflichten/Steuervorteilen der jeweiligen Organisationsform auf den gemeindlichen Haushalt?	44

4.	Sind Serviceleistungen, z. B. des Baubetriebshofes, für die jeweilige Organisationsform zulässig und wie können diese abgerechnet werden?	45
VI.	Fragen zu den Finanzen (Kostentransparenz, finanzielle Risiken, Gebühren/Entgelte, Zuweisungen/Zuschüsse/Finanzierungsanteile der Gemeinde):	46
1.	Welche kaufmännischen Mindestanforderungen bestehen für die jeweilige Organisationsform?	46
2.	Welche zusätzlichen Kosten ergeben sich durch die kaufmännischen Mindestanforderungen (z.B. Steuer- und Wirtschaftsprüfer, etc.)?	47
3.	Welche Auswirkungen ergeben sich durch den Wechsel der Organisationsform in Hinblick auf die Anwendung des Vergaberechtes?	47
4.	Welche Kapitalausstattung ist für die jeweilige Organisationsform notwendig?	47
5.	Welche Möglichkeiten der Refinanzierung – laufender Betrieb und für Investitionen – bestehen je nach Organisationsform und welche Organisationsform ist im Hinblick darauf besonders günstig? Welche Vor- und Nachteile der mit der Refinanzierung verbundenen Wirtschaftlichkeit können sich ergeben?	48
6.	Wer ist bezogen auf die jeweilige Organisationsform zuständig für die Gestaltung der Nutzungsgebühren / –entgelte der Einrichtungen, die von den Eltern erhoben werden?	48
7.	Welche Möglichkeiten bestehen für die jeweilige Organisationsform Gebühren und/oder Entgelte zu erheben?	49
8.	In welcher Organisationsform lässt sich für die Nutzer der Einrichtungen ein optimales Preis-Leistungsverhältnis erreichen?	49
9.	Wie wäre die Kreditwirtschaft der jeweiligen Organisationsform zu gestalten?	50
10.	Wie ist die Bestellung von Sicherheiten und Gewährleistungen für Dritte bezogen auf die jeweilige Organisationsform zu gestalten?	51
11.	Welche Bedingungen sind im Hinblick auf die jeweilige Organisationsform vor der Durchführung von Investitionen zu erfüllen und wie sind diese jeweils haushaltsrechtlich bzw. buchhalterisch darzustellen?	52
12.	Wer ist bezogen auf die Organisationsform zuständig für den Defizitenausgleich?	52
13.	Wie ist der Defizitenausgleich aus Sicht des EU-Beihilferechts zu bewerten?	53
14.	Wie kann für die jeweilige Organisationsform die Liquidität sichergestellt werden?	55
15.	Wie erfolgt die Beitreibung rückständiger Forderungen in der jeweiligen Organisationsform und ergeben sich hieraus zusätzliche Kosten?	55

16.	Wie sind die Organisationsformen hinsichtlich ihrer Insolvenzfähigkeit zu bewerten?.....	57
17.	Welcher „worst case“ wäre bei vorliegender Insolvenzfähigkeit denkbar?.....	58
VII.	Fragen zum Realisierungsaufwand/Realisierungshorizont, voraussichtlicher Umsetzungsaufwand:.....	59
1.	Welche Kosten entstehen der Gemeinde durch die Gründung der jeweiligen Organisationsform?	59
2.	Welche Mehraufwendungen sind in den ersten 10 Jahren nach dem Organisationsformwechsel zu erwarten?.....	63
3.	Welche rechtlichen Bedingungen/Genehmigungen sind für die Gründung der jeweiligen Organisationsform erforderlich und in welchem zeitlichen Rahmen ist dieses nach der gemeindlichen Beschlussfassung umsetzbar?.....	63
VIII.	Fragen zur organisatorischen Ausgestaltung bzw. Gestaltungsmöglichkeiten, zu Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten der Gemeinde/der Politik:.....	65
1.	Welche verschiedenen Optionen bestehen hinsichtlich der Organisationsstrukturen (Kontrollorgane, Führungsstruktur, Anbindung an die Gemeinde) bezogen auf die jeweilige Organisationsform?.....	65
2.	Wie setzen sich die Kontrollorgane zusammen?.....	70
3.	Was muss/sollte den Kontrollorganen zur Entscheidung vorgelegt werden?.....	71
4.	Wie gestaltet sich die Einflussnahme der Verwaltungsleitung und der politischen Gremien auf die Geschäftspolitik und das operative Geschäft der jeweiligen Organisationsform?.....	72
5.	Welche Möglichkeiten gibt es für die jeweilige Organisationsform zur Errichtung eigener wirtschaftlicher Unternehmen, Erwerb von Beteiligungen an Dritten einschließlich Verwaltung und Veräußerung?.....	73
6.	Welche Möglichkeiten bestehen für die Beteiligung Dritter an der jeweiligen Organisationsform?.....	73
7.	Welche Verträge mit welchen Rechten und Pflichten für die Gemeinde müssen bezogen auf die jeweilige Organisationsform geschlossen werden?.....	74
8.	Inwieweit können die Beratungsrechte der Eltern vertraglich gesichert werden?.....	74
9.	Wie eigenständig kann in der jeweiligen Organisationsform operiert werden?.....	74
10.	Wie eigenständig kann die Leitungsfunktion bzw. Geschäftsführung der jeweiligen Organisationsform entscheiden?.....	75

11.	Welche Anforderungen bestehen für die Besetzung der Leitungsfunktion / Geschäftsführung (kaufmännisch und pädagogisch) bezogen auf die jeweilige Organisationsform?	76
12.	Welche Einschränkungen sind in der jeweiligen Organisationsform zu beachten?	76
13.	Welche Besonderheiten sind bezogen auf die jeweilige Organisationsform zu berücksichtigen?	77
14.	Welche Einwirkungsmöglichkeiten gibt es für die Gemeinde bezogen auf die jeweilige Organisationsform?	78
15.	Wie gestalten sich interne Kontrollsysteme und Sicherheitsstandards – insbesondere im Hinblick auf Größe und Geschäftsverteilung/Funktion bezogen auf die jeweilige Organisationsform?	79
IX.	Fragen zu erziehungs- und bildungspolitischen Auswirkungen/Auswirkungen auf die kommunale Daseinsvorsorge:	80
1.	Welche der Organisationsformen weist die besten Möglichkeiten für eine überdurchschnittliche Betreuungsqualität auf?	80
2.	Wie kann sichergestellt werden, dass das ganzheitliche, vom Kind her bestimmte Gesamtkonzept öffentlicher Bildung/Erziehung/Betreuung in der jeweiligen Organisationsform berücksichtigt wird?	80
3.	Wer ist Träger der Einrichtung in der jeweiligen Organisationsform? Welche Vor- und Nachteile können sich durch Herauslösung aus der kommunalen Trägerschaft ergeben?	80
4.	Welche Auswirkungen ergeben sich für die Mitwirkung der Eltern (insbesondere Elternbeirat) bezogen auf die jeweilige Organisationsform?	80
5.	Welche Organisationsform bietet die besten Möglichkeiten hinsichtlich Zukunftsfähigkeit und Entwicklung?	80
6.	Welche Möglichkeiten gibt es in der jeweiligen Organisationsform zur Erreichung einer pädagogischen Vielfalt und damit Attraktivität für die Nutzer der Einrichtungen?	80
E.	Zusammenfassung	81
I.	Kommunale Steuerung	81
II.	Arbeitsrechtliche Aspekte	82
III.	Wirtschaftliche Aspekte	82
IV.	Steuerrechtliche Aspekte	82

Abkürzungsverzeichnis

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AöR	Anstalt öffentlichen Rechts
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BStBl.	Bundessteuerblatt
BeamtStG	Beamtenstatusgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BgA.....	Betrieb gewerblicher Art
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
EigVO.....	Eigenbetriebsverordnung
EStG.....	Einkommensteuergesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
GO-SH	Gemeindeordnung Schleswig-Holstein
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz
gGmbH	gemeinnützige Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)
KAV	Kommunaler Arbeitgeberverband
KAV SH	Kommunaler Arbeitgeberverband Schleswig-Holstein
Kita	Kindertagesstätte
KiTaG	Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und Tagespflegestellen (Kindertagesstättengesetz)
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KStG	Körperschaftsteuergesetz

KStR	Körperschaftsteuer-Richtlinien
KUVO	Landesverordnung über Kommunalunternehmen als Anstalt des öffentlichen Rechts
LAG	Landesarbeitsgericht
LVwG	Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein
MitbestG SH	Gesetz über die Mitbestimmung des Personalrats in Schleswig-Holstein
OFD	Oberfinanzdirektion
PdK KVR SH/GO	Praxis der Kommunalverwaltung, Kommentar zur Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein
PdK Schleswig-Holstein, KAG SH	Praxis der Kommunalverwaltung, Kommentar zum Kommunalabgabengesetz des Landes Schleswig-Holstein (KAG)
SHGT	Schleswig-Holsteinischer Gemeindetag
TVÖD-V	Tarifvertrag des öffentlichen Dienstes für den Bereich Verwaltung im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände

A. Sachverhalt

Die Gemeinde Henstedt-Ulzburg liegt im südlichen Schleswig-Holstein an der Aufbauachse Hamburg-Kaltenkirchen. Die Großgemeinde gehört zur Metropolregion Hamburg. Die Hamburger Stadtgrenze ist 15 km entfernt. Mit einer Fläche von ca. 40 km² ist die Gemeinde Henstedt-Ulzburg derzeit die größte Gemeinde Schleswig-Holsteins und die siebtgrößte Deutschlands. In der Gemeinde Henstedt-Ulzburg leben rund 28.000 Einwohner.

I. Kindertagesstätten in Henstedt-Ulzburg

Die Gemeinde Henstedt-Ulzburg betreibt zehn eigene Kindertagesstätten mit Kinderkrippen (Krippen), Kindergärten und Kinderhorten (Horte) als öffentliche Einrichtungen mit einem eigenen Betreuungs-, Erziehungs- und Bildungsauftrag. Täglich werden ca. 1.400 Kinder im Alter von 1 bis 14 Jahren von über 200 Erzieherinnen und Erziehern betreut. Hinzu kommen zahlreiche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in der Verwaltung, die ganz oder teilweise für den Kindertagesstättenbereich tätig sind. Aktuell arbeitet rund die Hälfte des gemeindlichen Personals für den Kindertagesstättenbereich. Die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeiter der Gemeinde unterliegen dem Tarifwerk des öffentlichen Dienstes (Kommunen, TVöD-V/TVöD SuE); die Mitarbeiter haben Ansprüche auf eine betriebliche Altersversorgung über die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL). Jährlich gibt die Gemeinde Henstedt-Ulzburg über EUR 9 Mio. für die Kinderbetreuung aus. Dies entspricht rund 15% der laufenden Gesamtausgaben der Gemeinde Henstedt-Ulzburg.

Organisatorisch sind die Kindertagesstätten „klassisch“ in die Verwaltung eingebunden, und zwar als eine von zwei Abteilungen des Sachgebiets „Kinder und Jugend“. Dieses Sachgebiet bildet mit zwei weiteren Sachgebieten den Fachbereich „Soziales, Bildung, Jugend und Freizeit“. Daneben erbringen auch die weiteren Fachbereiche, wie z.B. Personal, Finanzen, Kasse, Vollstreckung, EDV, Immobilienverwaltung, Hochbau etc. Leistungen für die Kindertagesstätten. Dies spiegelt die Zerstreung der Verantwortlichkeiten und Verflechtungen im Querschnitt der Verwaltung für die Kindertagesstätten wider, was zur Folge hat, dass die Entscheidungsprozesse langwierig und teilweise ineffektiv sind.

II. Aktuelle organisatorische Überlegungen

Vor diesem Hintergrund beabsichtigt die Gemeinde Henstedt-Ulzburg, ihre gemeindlichen Kindertagesstätten umzustrukturieren und in eine andere Organisations- und/oder Rechtsform zu überführen. Ein Zielbild der Umstrukturierung hat die Gemeinde Henstedt-Ulzburg noch nicht erstellt. Dieses soll vielmehr in Ansehung von vier Organisations- bzw. Rechtsformen entwickelt werden. In Betracht ziehen Verwaltung und kommunale Gremien folgende Organisations-/Rechtsformmodelle:

- Regiebetrieb (in Form eines Fachbereichs mit besonderen Kompetenzen),
- Eigenbetrieb,
- Anstalt des öffentlichen Rechts und
- gemeinnützige GmbH.

Die Vor- und Nachteile dieser vier Organisations- und Rechtsformen sollen vergleichend nebeneinandergestellt werden. Hierfür ist seitens der politischen Gremien und der Verwaltung ein Fragenkatalog mit 61 Fragen erarbeitet worden.

B. Vorgehen

Die Gemeinde Henstedt-Ulzburg hat uns gebeten, ihren Fragenkatalog zu beantworten. Die Fragen wurden von uns immer in der gestellten Form ohne weitergehende Interpretation beantwortet. Unsere Ausarbeitungen sind darauf gerichtet, die Rechtsformen in ihren Eigenarten zu erläutern und gegenüberzustellen. Sie sollen der Gemeinde Henstedt-Ulzburg die Möglichkeit einräumen, die Kriterien zu wählen, nach denen sie ein Zielbild für die Umstrukturierung ihrer Kindertagesstätten entwickeln und bewerten kann.

Wir betrachten die Rechtsformen im Einzelnen, wo dies erforderlich ist. An anderer Stelle fassen wir unsere Überlegungen zusammen. Um ein Beispiel zu geben: Zahlreiche Überlegungen zur Anstalt des öffentlichen Rechts gelten auch für die GmbH, da diese sich beide dadurch auszeichnen, dass sie eine von der Gemeinde Henstedt-Ulzburg unterschiedliche Rechtsperson ist.

Wir haben verstanden, dass unsere Stellungnahme eine Hilfestellung für zahlreiche Entscheidungsträger sein soll, die mit der Organisation von Kommunen, kommunalen Einrichtungen und Unternehmen in unterschiedlicher Tiefe vertraut sind. Wir stellen daher grundlegende Ausführungen zu den vier Organisationsformen voran (unten C.), bevor wir uns den Einzelfragen widmen (unten D.).

C. Grundlagen zu den ausgewählten Organisations-/Rechtsformen

Nachfolgend erläutern wir Grundlagen zu den vier von der Gemeinde Henstedt-Ulzburg in Betracht gezogenen Organisationsformen. Wir widmen uns zunächst dem Regiebetrieb, dann dem Eigenbetrieb, dann der Anstalt öffentlichen Rechts (Kommunalunternehmen) und schließlich der GmbH.

I. Regiebetrieb

Der Regiebetrieb ist ein rechtlich unselbständiger Teil der Gemeindeverwaltung. Er besteht in der Form eines Amtes, einer Abteilung oder einer anderer Organisationseinheit. Der Regiebetrieb ist rechtlich, organisatorisch sowie haushalts- und finanzwirtschaftlich in die kommunale Verwaltung eingegliedert und somit nicht insolvenzfähig. Der Regiebetrieb besitzt weder eigene Organe noch ein eigenes Rechnungswesen. So werden die Einnahmen und Ausgaben des Regiebetriebs im Haushaltsplan der Gemeinde veranschlagt. Der Regiebetrieb verfügt über eine Ausstattung mit sachlichen und personellen Mitteln, die allerdings Bestandteil der kommunalen Verwaltungsmittel sind und weder personal- noch vermögensrechtlich über einen besonderen Status verfügen.

Die laufenden Geschäfte werden von einer Fachbereichsleiterin/ einem Fachbereichsleiter geführt. Die Bürgermeisterin / der Bürgermeister vertritt den Regiebetrieb im gleichen Umfang wie die Gemeinde gemäß § 56 Abs. 1 Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein GO-SH. Es gelten die Entscheidungserfordernisse für die Gemeindevertretung nach § 27 Abs. 1 GO-SH. Die Gemeindevertretung entscheidet daher zum Beispiel über die Erweiterung, Einschränkung und Auflösung des Regiebetriebs sowie über den Haushaltsplan und den Stellenplan. Ferner obliegen der Gemeindevertretung die für den wirtschaftlichen Erfolg des Regiebetriebes maßgeblichen Entscheidungen, wie die Festlegung von Gebühren, Abgaben oder privatrechtliche Entgelte, welche für die Leistungen des Regiebetriebs von den Nutzern erhoben werden.¹

Den Regiebetrieb trifft eine Steuerpflicht, wenn er mit seiner Tätigkeit einen Betrieb gewerblicher Art (BgA) begründet und dieser nach Satzung und tatsächlicher Geschäftsführung nicht ausschließlich und unmittelbar gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecken dient (§§ 51 – 68 AO).

II. Eigenbetrieb

Der Eigenbetrieb ist gemäß § 106 GO-SH ein wirtschaftliches Unternehmen der Gemeinde ohne eigene Rechtspersönlichkeit, § 1 Abs. 1 Eigenbetriebsverordnung Schleswig-Holstein (EigVO). Als Unternehmen der Gemeinde sind Eigenbetriebe wirtschaftlich und organisatorisch verselbständigt und

¹ Vgl. zum gesamten Absatz: PdK KVR SH/GO, § 106 Rn.7.

werden betriebswirtschaftlich als Sondervermögen der Gemeinde geführt.² Der Eigenbetrieb ist nicht rechtsfähig und kann - anders als juristische Personen des öffentlichen Rechts (z.B. Anstalt des öffentlichen Rechts) oder des Privatrechts (z.B. GmbH als Eigengesellschaft der Kommune) - nicht selbständig am Rechtsverkehr teilnehmen. Rechte und Pflichten des Eigenbetriebs sind in der EigVO und der Betriebssatzung festgelegt. Die Gemeindevertretung bestellt die Werkleitung, die die laufenden Geschäfte selbständig führt und für die wirtschaftliche Führung des Eigenbetriebs verantwortlich ist.³

Die Werkleitung vertritt die Gemeinde im Rechtsverkehr in Angelegenheiten des Eigenbetriebs.⁴ Die Gemeindevertretung entscheidet hingegen über grundlegende Fragen des Eigenbetriebs, wie zum Beispiel den Erlass der Betriebssatzung oder die Beförderung und Entlassung der Werkleitung. Die beim Eigenbetrieb beschäftigten Beamten, Angestellten und Arbeiter sind unmittelbar Bedienstete der Gemeinde.

Die Gemeinde haftet mit ihrem Vermögen für Verluste des Eigenbetriebs. Der Eigenbetrieb unterliegt grundsätzlich der Steuerpflicht, wenn er als Betrieb gewerblicher Art zu qualifizieren ist und nach Satzung und tatsächlicher Geschäftsführung nicht ausschließlich und unmittelbar gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecken dient (§§ 51 – 68 AO).

III. Die Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR)

Die Gemeinden dürfen gemäß § 106a GO-SH durch Satzung kommunale Unternehmen in der Rechtsform der AöR errichten, wenn die Voraussetzungen des § 101 GO-SH vorliegen. Nach § 101 Abs. 1 GO-SH darf eine Gemeinde wirtschaftliche Unternehmen errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn

- ein öffentlicher Zweck, dessen Erfüllung im Vordergrund der Unternehmung stehen muss, das Unternehmen rechtfertigt,
- das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht und
- der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erfüllt werden kann.

² Vgl. § 7 Abs. 1 EigVO.

³ Vgl. §§ 2 und 5 Abs. 1 Nr. 2 EigVO.

⁴ Vgl. § 4 Abs. 1 EigVO.

Die AöR ist eine rechtlich oder organisatorisch verselbständigte errichtete Verwaltungseinheit mit eigener Rechtspersönlichkeit, die mit sachlichen und personellen Mitteln ausgestattet ist, um Aufgaben der öffentlichen Verwaltung zu erfüllen.⁵ Das Gesetz ermöglicht eine flexible Ausgestaltung der Anstalt durch die Trägergemeinde. Die Ausgestaltung erfolgt in der Anstaltssatzung.

Die Gemeinde haftet grundsätzlich nicht für Verbindlichkeiten der AöR⁶, jedoch kann die Gemeinde zum Ausgleich von Verlusten der AöR aus Haushaltsmitteln herangezogen werden.⁷ Die AöR besitzt Personalhoheit / Dienstherrnfähigkeit, d.h. sie kann Beamtinnen und Beamte, Beschäftigte beschäftigen.

Organe der AöR sind der Vorstand und der Verwaltungsrat.⁸ Der Vorstand leitet und vertritt die AöR gerichtlich und außergerichtlich. Die Bürgermeisterin / der Bürgermeister der Gemeinde ist nicht Dienstvorgesetzter der Vorstandsmitglieder und kann ihnen – anders als den Mitgliedern des Werkausschusses eines Eigenbetriebes – keine Weisungen erteilen.⁹ Der Verwaltungsrat überwacht die Geschäftsführung des Vorstands.¹⁰ Neben seiner Kontrolltätigkeit entscheidet der Verwaltungsrat auch über den Erlass von Satzungen, die das übertragene Aufgabengebiet betreffen wie beispielsweise eine Gebührensatzung für die Inanspruchnahme von Leistungen der AöR. Die Entscheidung des Verwaltungsrates über den Erlass derartiger Satzungen steht jedoch unter dem Zustimmungsvorbehalt der Gemeindevertretung.¹¹

Die AöR wird steuerlich ebenso behandelt wie der Regie- und Eigenbetrieb, das heißt die AöR unterliegt der Steuerpflicht, soweit sie mit ihrer Tätigkeit einen Betrieb gewerblicher Art (BgA) begründet und nach Satzung und tatsächlicher Geschäftsführung nicht ausschließlich und unmittelbar gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecken dient (§§ 51 – 68 AO).¹²

IV. gemeinnützige GmbH (gGmbH)

Die Gemeinde Henstedt-Ulzburg darf grundsätzlich frei wählen, ob sie ihre Unternehmen wahlweise in öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Organisationsformen führen möchte. Entschließt sich die Gemeinde Henstedt-Ulzburg, ihre Kitas in der privatrechtlichen Organisationsform einer gGmbH

⁵ Vgl. § 41 Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein (LVwG), § 106a Abs. 1 Satz 1, 1.Alt. GO-SH.

⁶ Vgl. § 9 Satz 2 Landesverordnung über Kommunalunternehmen als Anstalt des öffentlichen Rechts (KUVO).

⁷ Vgl. § 14 Abs. 2 KUVO.

⁸ Vgl. § 2 KUVO.

⁹ Vgl. PdK KVR SH/GO, §106 Rn.5.

¹⁰ Vgl. § 4 Abs. 1 Satz 1, Nr. 1 KUVO.

¹¹ Vgl. § 4 Abs. 1 Satz 4 KUVO.

¹² Vgl. PdK KVR SH/GO, §106a Rn. 13.

zu betreiben, hat sie – wie bei der AöR – die kommunalrechtlichen Voraussetzungen des § 101 Abs. 1 GO-SH einzuhalten. Darüber hinaus müssen die zusätzlichen Anforderungen des § 102 Abs. 1 GO-SH an kommunale Unternehmen in privater Rechtsform erfüllt werden.

Die Gemeinde darf gemäß § 102 Abs. 1 GO-SH eine Gesellschaft gründen, wenn

- 1) ein wichtiges Interesse der Gemeinde an der Gründung vorliegt und die kommunale Aufgabe dauerhaft mindestens ebenso gut wie in Organisationsformen des öffentlichen Rechts erfüllt wird,
- 2) die Haftung und die Einzahlungsverpflichtung der Gemeinde auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt wird,
- 3) die Gemeinde einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan, erhält und
- 4) gewährleistet ist, dass der Jahresabschluss und der Lagebericht, soweit nicht weitergehende gesetzliche Vorschriften gelten oder andere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Dritten Buchs des Handelsgesetzbuchs für große Kapitalgesellschaften aufgestellt und geprüft werden,
- 5) durch Gesellschaftsvertrag oder Satzung sichergestellt ist, soweit nicht weitergehende gesetzliche Vorschriften gelten oder andere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, dass die für die Tätigkeit im Geschäftsjahr gewährten Gesamtbezüge im Sinne des § 285 Nummer 9 des Handelsgesetzbuches der Mitglieder der Geschäftsführung, des Aufsichtsrates, des Beirates oder einer ähnlichen Einrichtung auf der Internetseite des Finanzministeriums sowie im Anhang zum Jahresabschluss jeweils für jede Personengruppe sowie zusätzlich unter Namensnennung die Bezüge jedes einzelnen Mitglieds dieser Personengruppen unter Aufgliederung nach Komponenten im Sinne des § 285 Nummer 9 Buchstabe a des Handelsgesetzbuches veröffentlicht werden.

Die Kommunalaufsichtsbehörde kann in besonderen Fällen Ausnahmen von den Nummern 2 und 4 zulassen.

Soll die Gemeinde Henstedt-Ulzburg Alleingesellschafterin der gGmbH werden, so ist auch § 102 Abs. 4 GO zu erfüllen. Diese Vorschrift verlangt bei allen kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform, die zu mehr als 75 % im kommunalen Eigentum stehen, dass die Gesellschaft durch

Gesellschaftsvertrag oder Satzung auf den öffentlichen Zweck auszurichten ist. Diese Voraussetzung wird erfüllt, wenn der Gesellschaftsvertrag den Unternehmenszweck der gGmbH auf den öffentlichen Zweck des Betriebs von Kitas zur Betreuung, Erziehung und Bildung von Kindern festlegt.

Mit der Reform des Gemeindefirtschaftsrechts¹³, welches der Landtag am 10. Juni 2016 verabschiedet hat, ist in § 102 Abs. 4 GO-SH die Differenzierung (50% / 75%) entfallen. Die in § 102 Abs. 4 GO-SH aufgestellten Anforderungen gelten nach § 102 Abs. 2 GO-SH n.F. zukünftig unabhängig vom kommunalen Anteil der Gesellschaft. Zudem sieht § 102 Abs. 2 GO-SH n.F. insbesondere vor, dass der Gemeinde durch den Gesellschaftsvertrag oder die Satzung das Recht einzuräumen ist, Mitglieder in das Überwachungsorgan der Gesellschaft (Aufsichtsrat) zu entsenden, und den entsandten sowie den auf ihre Veranlassung hin gewählten Mitgliedern Weisungen (§ 25 Abs. 1 GO-SH) zu erteilen, zumindest bezüglich der Steuerung der Unternehmen zur Erreichung strategischer Ziele (vgl. § 102 Abs. 2 Nr. 3 GO-SH n.F.). Weiter ist der Bürgermeisterin / dem Bürgermeister in dem Gesellschaftsvertrag bzw. in der Satzung das Recht einzuräumen, an der Gesellschafterversammlung teilzunehmen, für den Fall, dass sie bzw. er nicht als gemeindlicher Vertreter / gemeindliche Vertreterin in die Gesellschafterversammlung entsandt wird (vgl. § 102 Abs. 2 Nr. 4 GO-SH n.F.).

Schließlich sieht § 109 a GO-SH n.F. erstmals die verpflichtende Einrichtung einer Beteiligungsverwaltung vor, wenn die Gemeinde wirtschaftliche Unternehmen, Einrichtungen und Beteiligungen hält.

Als juristische Person des Privatrechts ist die GmbH eine Handelsgesellschaft mit einer eigenen Rechtspersönlichkeit.¹⁴ Neben der rechtlichen Selbständigkeit ist ein weiteres wesentliches Merkmal die Begrenzung der Haftung auf das Vermögen der Gesellschaft.¹⁵ Das gesetzliche Mindeststammkapital beträgt EUR 25.000. Zu den zwingenden Organen einer GmbH zählen die Geschäftsführung und die Gesellschafterversammlung. Kommunale Gesellschaften verfügen ferner fast immer über einen fakultativen Aufsichtsrat,¹⁶ der zugleich darauf gerichtet ist, das Unternehmensinteresse zu fördern, zugleich aber auch kommunale Belange in die Überwachung und Kontrolle der Geschäftsführung einbringt.

Die gGmbH wird durch ihre Geschäftsführer im Rechtsverkehr vertreten.¹⁷ Ist die gGmbH eine 100%ige Tochtergesellschaft der Gemeinde hat diese als Alleingesellschafterin gegenüber der

¹³ Mit der Verkündung im Gesetz- und Verordnungsblatt ist voraussichtlich noch im Juli 2016 zu rechnen. Das Gesetz wird dann unmittelbar in Kraft treten (vgl. SHGT – info – intern Nr. 89/16).

¹⁴ Vgl. § 13 Abs. 1 GmbHG.

¹⁵ Vgl. § 13 Abs. 2 GmbHG.

¹⁶ Vgl. § 52 GmbHG.

¹⁷ Vgl. § 35 Abs. 1 Satz 1 GmbHG.

Geschäftsführung ein umfassendes Weisungsrecht, was jedoch durch die Vorgaben des Gemeinnützigkeitsrechts beschränkt wird.¹⁸

Die gGmbH ist eine GmbH, die ausschließlich und unmittelbar steuerbegünstigte Zwecke nach den §§ 51 bis 68 AO verfolgt. Die Firmierung als „gGmbH“ oder „gemeinnützige GmbH“ ist möglich, jedoch nicht zwingende Voraussetzung für die steuerliche Anerkennung als gemeinnützig. Sie ist im Rahmen ihrer satzungsmäßigen Zweckverfolgung von der Körperschaft- und Gewerbesteuer befreit. Dies gilt nicht für die Betätigung im Rahmen sog. wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe.¹⁹ Die gGmbH unterliegt ungeachtet ihrer besonderen Zielsetzung den allgemeinen Vorschriften des Handels- und Gesellschaftsrechts.²⁰ Hinsichtlich einzelner Aspekte ist bei gemeinnützigen Gesellschaften ein Nebeneinander von Gesellschaftsrecht und Gemeinnützigkeitsrecht zu beachten. Dies gilt z.B. bei der Gestaltung der Satzung. Soll eine Gesellschaft gemeinnützigen Zwecken dienen, muss dies bereits in der Satzung als Unternehmensgegenstand festgelegt werden. Außerdem ist eine Gewinnausschüttung an die Gesellschafter – im Gegensatz zu einer GmbH mit erwerbswirtschaftlichen Zwecken – gemeinnützigkeitsrechtlich unzulässig.

D. Fragenkatalog

I. Allgemeine Fragen

1. Gibt es trägerübergreifende Aufgaben (Kindergartenbedarfsplanung, Aufnahmeverfahren, etc.), die aus gesetzlichen Gründen von der Gemeinde nicht auf die jeweilige Organisationsform übertragen werden können?

Die trägerübergreifende Aufgabe der Bedarfsplanung zur Sicherung einer bedarfsgerechten Angebotsstruktur von Kita-Plätzen darf nicht von der Gemeinde auf eine andere Organisationsform übertragen werden. Denn die Aufgaben der Planung und Sicherstellung eines bedarfsgerechten Angebots zur Förderung und Betreuung von Kindern in Kindertageseinrichtungen und Kindertagespflege (Bedarfsplanung) obliegt nach dem Kindertagesstättengesetz (KiTaG) den Kreisen und kreisfreien Städten sowie den kreisangehörigen Gemeinden als gemeinsame Aufgabe.²¹ Die Gemeinde ist mithin gesetzlich verpflichtet, die Aufgaben der Bedarfsplanung wahrzunehmen (pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe)²² und darf sich dieser Aufgabe nicht durch Übertragung auf einen Dritten entledigen. Lediglich hinsichtlich des „Wie“ der Aufgabenerfüllung - also über die Art und Weise wie die Aufgabe der Bedarfsplanung erfüllt werden soll - steht der Gemeinde gemeinsam mit den Kreisen ein Entscheidungsspielraum zu.

¹⁸ Vgl. §§ 45, 46 Nr. 5 und 6, 37 GmbHG.

¹⁹ Vgl. Helm/Haaf, Beck'sches Handbuch der GmbH, § 22 Rn. 74 f.

²⁰ Vgl. Helm/Haaf, Beck'sches Handbuch der GmbH, § 22 Rn. 6.

²¹ Vgl. §§ 6 – 8 KiTaG.

²² Vgl. § 2 Abs. 2 GO-SH.

Weitere Aufgaben, die nicht übertragbar sind und zwingend von der Gemeinde bzw. dem örtlichen Träger der örtlichen Jugendhilfe wahrgenommen werden müssen, lassen sich dem KiTaG nicht entnehmen. Jedoch ergeben sich aus dem KiTaG Vorgaben für den Betrieb von Kitas, die unabhängig von der gewählten Organisationsform von Kita-Trägern zu beachten sind. So soll beispielsweise laut § 12 KiTaG bei den Aufnahmeverfahren den Wünschen der Erziehungsberechtigten nach Betreuung in einer bestimmten Einrichtung im Rahmen des § 5 SGB VIII entsprochen werden. Ferner sieht § 14 Abs. 1 KiTaG für die Festlegung der Öffnungszeiten vor, dass diese erst nach Anhörung der Elternvertretung und des Beirats im Einvernehmen mit der Standortgemeinde erfolgen soll.

2. Welche Auswirkungen ergeben sich auf die Aufgaben der Querschnittsbereiche in der Gemeindeverwaltung durch die jeweilige Organisationsform?
 - a) Welche Querschnittsaufgaben bleiben bestehen bzw. müssen bestehen bleiben?
 - b) Welche Schnittstellen ergeben sich?
 - c) Können Doppelstrukturen entstehen?

In der Kernverwaltung der Gemeinde Henstedt-Ulzburg bestehen in verschiedenen Bereichen Schnittstellen bei Aufgaben, die neben der Bearbeitung im zuständigen Sachgebiet die Verwaltung des Kindertagesstättenbereichs betreffen. Im Wesentlichen handelt es sich um folgende (Querschnitts-) Bereiche:

- Personalabteilung
- Organisation
- Allg. Verwaltung
- EDV
- Kämmerei
- Anlagenbuchhaltung
- Kasse
- Vollstreckung
- Zentrale Grundstücks- und Gebäudeverwaltung
- Hausmeister
- Hochbau (Unterhaltung und Neubauten)
- Baubetriebshof
- Rechnungsprüfungsamt
- Personalrat
- Gleichstellungsbeauftragte

Mit dem Regie- und Eigenbetrieb bleiben die bereits vorhandenen Querschnittsaufgaben im Wesentlichen bestehen, da der Eigen- sowie der Regiebetrieb rechtlich unselbständige Teile der Gemeindeverwaltung bilden. Gleichwohl ist es aufgrund der Organisationshoheit der Gemeinde möglich, einige Querschnittsaufgaben für den Bereich der Kindertagesstätten – wie z.B. die Personalverwaltung für Kita-Beschäftigte, die Buchhaltung oder die Gebäudeverwaltung - aus der Kernverwaltung herauszulösen und in den Eigenbetrieb zu überführen.

Anders verhält es sich bei der Gründung einer AöR oder gGmbH. Bei diesen handelt es sich um rechtlich und organisatorisch verselbständigte Organisationsformen mit einer eigenen Rechtspersönlichkeit. Bei diesen Organisationsformen steht es im Ermessen der Gemeinde Henstedt-Ulzburg, welche Querschnittsaufgaben bestehen bleiben, beziehungsweise welche Aufgabenbereiche vollständig auf die AöR beziehungsweise die gGmbH übertragen oder dort neu errichtet werden.

Für den Fall, dass sich die Gemeinde dazu entschließt, bestimmte Bereiche in der neu gegründeten AöR bzw. der gGmbH zu errichten (zum Beispiel Anstellung eines weiteren Hausmeisters), ist zu beachten, ob Doppelstrukturen in der Kernverwaltung der Gemeinde und in der jeweiligen Organisationsform sinnvoll sind oder vermieden werden sollen.

II. Personalrechtliche Fragen und Auswirkungen auf bestehende und künftige Arbeitsverhältnisse

1. Welche verschiedenen Optionen ergeben sich für die Gestaltung der Übernahme der Beschäftigten in die neue Organisationsform (TVöD, Betriebsübergang, Entleihe, etc.)? Können Beamtinnen/Beamte übernommen und beschäftigt werden?

Für die Gestaltung der Übernahme der Beschäftigten in die neue Organisationsform ergeben sich nur für den Fall eines Vertragsarbeitgeberwechsels, bestimmte zu beachtende Besonderheiten. Zu einem Vertragsarbeitgeberwechsel kommt es, wenn Beschäftigte zur einer AöR und einer gGmbH wechseln. Bei der Fortsetzung des operativen Betriebs der Kindertagesstätten im Regiebetrieb oder im Eigenbetrieb findet hingegen kein Vertragsarbeitgeberwechsel statt.

	Regiebetrieb	Eigenbetrieb	AöR	gGmbH
Betriebsübergang	Arbeitsverhältnisse und Arbeitsbedingungen bleiben unverändert, da sich der Vertragsarbeitgeber nicht ändert.		Wenn die Kita-Einheit einen abgrenzungsfähigen Betriebsteil ¹ inkludiert, gehen die Arbeitsverhältnisse der der Kita-Einheit zugeordneten Arbeitnehmer nach § 613a BGB auf die AöR bzw. die gGmbH über. ²	
TVöD	Fortgesetzte normative		Normative Geltung des TVöD, wenn	

	Geltung des TVöD, da sich der Vertragsarbeitgeber nicht ändert.	auch die AöR/gGmbH Mitglied des KAV SH ist. ³
Personaleinsatz: Arbeitnehmer (Arbeitnehmerüberlassung)	Arbeitsverhältnisse und Arbeitsbedingungen bleiben unverändert, da sich der Vertragsarbeitgeber nicht ändert.	Ein Arbeitnehmerüberlassung ist nicht relevant, weil aufgrund des Betriebsübergangs nach § 613a BGB die AöR bzw. die gGmbH Vertragsarbeitgeber wird. ⁴
Personaleinsatz: Beamte (Personalgestellung)	Beamte können dem Rechtsfolger durch Personalgestellung z.B. zugewiesen werden. Die Personalgestellung von Beamten inkludiert keine Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG. ⁵	

Erläuternde Hinweise zur Tabelle:

- 1 Ein Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB erfordert, dass (1) ein Betrieb oder Betriebsteil (2) auf einen anderen Inhaber (3) durch Rechtsgeschäft übergeht.

Die Kita-Einheit beinhaltet einen übertragungsfähigen Betriebsteil im Sinne des § 613a BGB, wenn sie innerhalb der Verwaltungsorganisation der Gemeinde eine eigenständige organisatorische Einheit aufweist und innerhalb der Gemeinde einen eigenen Teilzweck verfolgt. Der Zuschnitt der organisatorischen Einheit ist auch maßgeblich für die Zuordnung der einzelnen Beschäftigten. Der Charakter der eigenständigen organisatorischen Einheit lässt sich für die einzelnen Kita-Einrichtungen bejahen. Hinsichtlich der Zuordnung der einzelnen Beschäftigten der Gemeinde zu der Kita-Einheit ist wie folgt zu differenzieren:

- Eine eindeutige Zuordnung lässt sich vornehmen für die in den einzelnen Kita-Einrichtungen tätigen Beschäftigten.
- Die in zentralen Verwaltungsbereichen tätigen Beschäftigten der Gemeinde lassen sich der Kita-Einheit zuordnen, wenn ihre tatsächliche Tätigkeit ausschließlich oder wesentlich der Kita-Einheit zugutekommt. Die Verbindung zwischen der Tätigkeit und der Kita-Einheit muss so eng sein, dass infolge des Betriebsteilübergangs der Kita-Einheit auf die AöR bzw. auf die gGmbH die Beschäftigungsmöglichkeit im verbleibenden zentralen Verwaltungsbereich der Gemeinde entfallen²³.

- 2 Die Rechtsprechung versteht den Begriff des Rechtsgeschäfts sehr weit. Nach der Rechtsprechung des EuGH und mehrerer oberinstanzlicher Landesarbeitsgerichte soll eine Übertragung durch Rechtsgeschäft nach § 613a BGB auch dann vorliegen, wenn ein

²³ Vgl. allgemein zu dieser Zuordnungssystematik nur BAG, Urteil vom 17. Oktober 2013, Az. 8 AZR 763/12.

Hoheitsträger einseitig (zum Beispiel . auf Grundlage einer Satzung, § 106a GO-SH) den Übergang eines Betriebs(teils) bestimmt, wenn und solange der neue Rechtsträger die Übertragung einvernehmlich mitträgt²⁴. Ein Rechtsgeschäft nach § 613a BGB liegt auch vor, wenn die Übertragung aufgrund eines öffentlichen-rechtlichen Vertrages erfolgt.

- 3 Es ist praxisüblich, dass öffentliche Arbeitgeber in der vorliegenden Konstellation dem KAV beitreten. Nach der Satzung des KAV SH (§ 3 Abs. 1) kann sowohl die AöR als auch die gGmbH dem KAV SH beitreten. Mit dem Beitritt der AöR bzw. der gGmbH gilt das Tarifwerk des TVöD-V für die tarifgebundenen Beschäftigten auch nach der Fortsetzung der operativen Tätigkeit in der neuen rechtlichen Einheit kollektiv-rechtlich fort.

Erfolgt ein solcher Beitritt der AöR bzw. der gGmbH zum KAV-SH nicht, gilt Folgendes: Das Tarifwerk des TVöD-V gilt in auf die AöR bzw. die gGmbH übergehende Arbeitsverhältnisse individualrechtlich fort und kann innerhalb von einem Jahr nach dem Betriebsübergang nicht zu Lasten der Arbeitnehmer modifiziert werden. Die mögliche Erfassung der Arbeitsverhältnisse von Änderungen des Tarifwerks nach dem Wechsel zur AöR bzw. der gGmbH richtet sich nach der aktuellen Ausgestaltung der Arbeitsverträge: Sofern die Arbeitsverträge keine gesonderte Klausel oder nur eine statische Bezugnahme auf das Tarifwerk enthalten, bezieht sich die Fortgeltung auf den zum Zeitpunkt des Übergangs des Arbeitsverhältnisses anwendbaren Tarifvertrag. Enthalten die Arbeitsverträge eine dynamische Bezugnahme auf das Tarifwerk, wird das Arbeitsverhältnis auch von nach dem Wechsel zur AöR bzw. zur gGmbH eintretenden Änderungen des Tarifwerks erfasst.

- 4 Arbeitnehmerüberlassung – als Personalgestellung gemäß § 4 Abs. 3 TVöD-V – kommt in Betracht für Beschäftigte, die dem Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die AöR bzw. die gGmbH nach § 613a Abs. 6 BGB widersprechen (siehe dazu unsere Ausführung zur Frage II.3.). Die Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD-V soll nach dem aktuellen Entwurf des Gesetzes zur Änderung des AÜG zukünftig nicht mehr dem AÜG unterliegen.
- 5 Zu beachten ist, dass die Personalgestellung eine personelle Maßnahme nach § 51 MitbestG SH ist, weshalb der Personalrat zu beteiligen ist.
2. Welche arbeits-/dienstrechtlichen Auswirkungen hat der Übergang der Beschäftigten für die Beschäftigten selbst und für die jeweilige Organisationsform?
- a) Arbeitsverträge
 - b) Altersversorgung
 - c) Kündigungsschutz

²⁴ EuGH, Urteil vom 14. September 2000, Az. C-343/98; LAG Düsseldorf, Urteil vom 23. September 2009, Az. 12 Sa 357/09.

- d) Wer ist Arbeitgeber?
- e) für Beamtinnen/Beamte

Arbeits-/dienstrechtliche Auswirkungen sind nur im Fall eines Vertragsarbeitgeberwechsel relevant, der sich aufgrund eines Betriebsübergangs nach § 613a BGB ergeben kann.

	Regiebetrieb	Eigenbetrieb	AÖR	gGmbH
Arbeitsverträge	Arbeitsverträge bleiben unverändert, da sich der Vertragsarbeitgeber nicht ändert.		Arbeitsverträge gehen auf die AÖR bzw. gGmbH über. ¹	
Altersversorgung	Arbeitsverhältnisse und Arbeitsbedingungen wie vertragliche Regelungen zur Altersversorgung bleiben unverändert, da sich der Vertragsarbeitgeber nicht ändert.		Betriebliche Altersversorgung wird im übergegangenen Arbeitsverhältnis fortgeführt. ²	
Kündigungsschutz	Der Status Quo des Kündigungsschutzes gilt generell in allen Szenarien fort. ³			
Arbeitgeber	Gemeinde		AÖR	gGmbH
Beamte	Dienstbedingungen bleiben unverändert, da sich der Dienstherr nicht ändert.		Tätigkeit als Beamte möglich: AÖR kann Dienstherr sein (§ 106a Abs. 1 S. 3 GO-SH).	Tätigkeit als Beamte mangels Dienstherrnfähigkeit der gGmbH nicht möglich.

Erläuternde Hinweise zur Tabelle:

- 1 Die AÖR bzw. die gGmbH treten als Rechtsnachfolger der Gemeinde in die Rechte und Pflichten aus den Arbeitsverträgen ein.
- 2 Die Zusage der betrieblichen Altersversorgung über die Zusatzversorgung ist von der gGmbH bzw. der AÖR fortzuführen.
- 3 Der kündigungrechtliche Status Quo und seine Fortgeltung umfasst im Kern:

- Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes auf die Arbeitsverhältnisse der Beschäftigten in der Kita-Einheit: Das Kündigungsschutzgesetz ist in allen Szenarien unabhängig von der Rechtsform des Arbeitgeber auf die Arbeitsverhältnisse anwendbar.
- Tarifvertraglicher Sonderkündigungsschutz für ältere Arbeitnehmer (§ 34 Abs. 2 TVöD-V): Der Sonderkündigungsschutz gilt bei Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses in der AöR bzw. der gGmbH unverändert fort, wenn die AöR bzw. die gGmbH dem KAV SH beitreten. Erfolgt ein solcher Beitritt nicht, kann der Sonderkündigungsschutz nach Ablauf von einem Jahr nach dem Betriebsübergang zwischen der AöR/gGmbH und dem einzelnen Beschäftigten individuell abbedungen werden. Dies ist jedoch in der Praxis in vergleichbaren Konstellationen unüblich.
- Ein aus der Person des einzelnen Beschäftigten begründeter Sonderkündigungsschutz (z.B. Schwerbehinderung, Elternzeit, Pflegezeit) gilt rechtsformunabhängig fort. Modifiziert wird der Sonderkündigungsschutz für die Mitglieder des Personalrats im gGmbH-Szenario: Die gGmbH unterliegt dem BetrVG, sodass die dem dann zu wählenden Betriebsrat zugehörenden Beschäftigten einen – inhaltlich dem MitbestG SH vergleichbaren – Sonderkündigungsschutz unterliegen.

3. Welche Möglichkeiten bestehen für die Beschäftigten, die nicht in die neue Organisationsform wechseln möchten? Welche Konsequenzen ergeben sich für diese Beschäftigten und die Gemeinde daraus?

Bei einem Betriebsübergang nach § 613a BGB – der nur für die Organisationsformen AöR und gGmbH relevant ist – können die betroffenen Arbeitnehmer nach § 613a Abs. 6 BGB dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses mit dem bisherigen Arbeitgeber (Gemeinde) auf die neue Organisationsform (AöR, gGmbH) widersprechen. In diesem Fall geht das Arbeitsverhältnis nicht auf die AöR oder die gGmbH über, es verbleibt bei der Gemeinde. Dieses Widerspruchsrecht gilt nicht für Beamte; bei der Zuweisung der Tätigkeit des einzelnen Beamten bei AöR bzw. gGmbH ist jedoch zu beachten, dass nach § 20 Abs. 1 BeamtStG hierfür die Zustimmung des einzelnen Beamten erforderlich ist. Bei der Beschäftigung der Arbeitnehmer und Beamten bei einer anderen Organisationsform ist das Mitbestimmungsrecht des Personalrats zu beachten.

	Regiebetrieb	Eigenbetrieb	AöR	gGmbH
Widerspruch (Arbeitnehmer)	Kein Widerspruchsrecht, da ein Wechsel des Vertragsarbeitgebers nicht eintritt.		Möglich ¹ .	

Zustimmungsverweigerung (Beamte)	Kein Recht auf Zustimmungsverweigerung, weil ein Dienstherrnwechsel nicht stattfindet.	Abordnung und Versetzung möglich ² .	Zuweisung möglich ³
Beteiligung Personalrat⁴ (Mitbestimmung)	Erforderlich.		

Erläuternde Hinweise zur Tabelle:

- 1 Von dem Betriebsübergang der Kita-Einheit erfasste Beschäftigte können dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach ordnungsgemäßer Unterrichtung über den Betriebsübergang schriftlich widersprechen (§ 613 Abs. 6 BGB). Bei wirksamer Ausübung des Widerspruchsrechts verbleibt das Arbeitsverhältnis dieser Beschäftigten bei der Gemeinde. Die Gemeinde hat in Bezug auf den Personaleinsatz der widersprechenden Beschäftigten generell folgende Möglichkeiten:
 - Operativer Einsatz der Beschäftigten bei der AöR bzw. der gGmbH im Wege der Personalgestellung (§ 4 Abs. 3 TVöD-V).
 - Betriebsbedingte Kündigung des Arbeitsverhältnisses, da der bisherige Arbeitsplatz bei der Gemeinde infolge des Betriebsübergangs auf die AöR/gGmbH weggefallen ist, unter Beachtung der kündigungsrechtlichen Rahmenbedingungen (TVöD, Kündigungsschutzgesetz etc.)
 - Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit Einsatz des widersprechenden Beschäftigten auf einem anderen freien Arbeitsplatz bei der Gemeinde. Der Einsatz auf dem freien Arbeitsplatz bedarf als mitbestimmungsrechtliche Versetzung der Beteiligung des Personalrats.

- 2 Die (vorübergehende) Abordnung nach § 28 LBG-SH oder die Versetzung nach § 29 LBG-SH der Beamten sind grundsätzlich nur mit Zustimmung des betroffenen Beamten möglich. Bei einer Abordnung ist die Zustimmung des betroffenen Beamten dann nicht erforderlich, wenn die neue Tätigkeit einem Amt mit demselben Grundgehalt entspricht und die Abordnung die Dauer von fünf Jahren nicht übersteigt (§ 28 Abs. 3 Satz 2 LBG-SH). Entsprechend zustimmungsfrei ist auch die Versetzung eines Beamten möglich, wenn das neue Amt zum Bereich der (neuen) AöR gehört und derselben oder einer anderen Laufbahn angehört wie das bisherige Amt (§ 29 Abs. Abs. 2 LBG-SH); die Weiterverwendung des Beamten darf im Bereich des ursprünglichen Dienstherrn jedoch nicht mehr möglich sein.

- 3 Die Zuweisung der Tätigkeit des einzelnen Beamten bei der gGmbH bedarf nach § 20 Abs. 1 BeamtStG der Zustimmung des einzelnen Beamten. Gem. § 20 Abs. 2 BeamtStG ist die Zuweisung auch einseitig – ohne Zustimmung des betroffenen Beamten – möglich, wenn ein öffentliches Interesse der relevanten Zuweisung besteht. Nach unserer Einschätzung kann der bloße Wunsch der Gemeinde zur Restrukturierung ihrer Kita-Struktur ein öffentliches Interesse nicht begründen.
- 4 Zu beachten ist, dass bei jeder personellen Maßnahme – zum Beispiel. (auch) Versetzung, Abordnung oder Zuweisung – der Personalrat nach § 51 Abs. 1 MitbestG SH zu beteiligen ist. Im Rahmen der §§ 83, 49 MitbestG SH besteht das Beteiligungsrecht des Personalrats jedoch aus einem bloßen Unterrichtsrecht.
4. Welche Auswirkungen ergeben sich
- a) bezüglich der Rückstellungen für die Altersversorgung bezogen auf die jeweilige Organisationsform?
- b) für die Zusatzversorgung (VBL)
- für die jetzigen und zukünftigen Beschäftigte?
 - für die Gemeinde (Ausgleichszahlungen)?

Auswirkungen hinsichtlich der Alters- und Zusatzversorgung ergeben sich nur im Fall eines Vertragsarbeitgeberwechsels aufgrund eines Betriebsübergangs nach § 613a BGB.

	Regiebetrieb	Eigenbetrieb	AöR	gGmbH
Rückstellungen	Status Quo gilt jeweils unverändert fort, da kein Wechsel des Vertragsarbeitgebers.		Bildung von Rückstellungen für die Pensionsverpflichtungen der übergehenden Beschäftigten ¹ .	
VBL			Fortführung bei Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung zwischen der AöR/gGmbH und der VBL ² .	

Erläuternde Hinweise zur Tabelle:

- 1 Die AöR/gGmbH hat die Versorgungszusagen gegenüber den übergehenden Beschäftigten nach dem Arbeitgeberwechsel fortzuführen. Beinhaltet einzelne Versorgungszusagen rückstellungsrelevante Direktzusagen, hat die AöR/gGmbH für diese Versorgungszusagen Rückstellungen zu bilden. Die AöR/gGmbH tritt in vollem Umfang in die Direktzusagen ein und die Rückstellungen umfassen den gesamten Barwert der einzelnen Versorgungszusage, inklusive des Teils der Rentenanwartschaften, die aus der Tätigkeit des einzelnen Beschäftigten

bei der Gemeinde beruhen. Die Gemeinde hat die für die Versorgungsanwartschaften aus den Direktzusagen der übergehenden Beschäftigten gebildeten Rückstellungen nach dem Betriebsübergang aufzulösen.

Bei der Gemeinde verbleiben dagegen die Versorgungszusagen der Beschäftigten der Kita-Einheit, deren Arbeitsverhältnis vor dem Betriebsübergang auf die AöR/gGmbH beendet worden ist (inklusive der früher in der Kita-Einheit tätigen Personen, die bereits als Betriebsrentner Versorgungsleistungen erhalten). Inkludieren diese Versorgungszusagen Direktzusagen, hat die Gemeinde für diese Beschäftigten weiterhin Rückstellungen zu passivieren.

- 2 Für die zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs in der Kita-Einheit tätigen Beschäftigten gilt Folgendes: Es ist praxisüblich, dass öffentliche Arbeitgeber in der vorliegenden Konstellation mit der VBL eine Beteiligungsvereinbarung nach Maßgabe des § 20 der Satzung der VBL abschließen. Nach der Satzung der VBL (§ 19 Abs. 2) kann sowohl die AöR als auch die gGmbH eine solche Vereinbarung abschließen. Mit Abschluss der Beteiligungsvereinbarung bleiben die zur AöR/gGmbH wechselnden Arbeitnehmer auch nach dem Wechsel bei der VBL versichert. Schließen die AöR bzw. die gGmbH mit der VBL nach dem Betriebsübergang keine Beteiligungsvereinbarung ab, kann die VBL die mit der Gemeinde bestehende Beteiligungsvereinbarung fristlos kündigen (§ 22 Abs. 3 S. 2 lit. e der Satzung), wenn und da zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs die Beschäftigten in der Kita-Einheit einen Umfang von mindestens 10% der Gesamtbelegschaft der Gemeinde ausmachen. In der Praxis sieht die VBL in vergleichbaren Fällen von einer solchen Kündigung ab, sondern vereinbart mit dem ausgliedernden Rechtsträger (hier also mit der Gemeinde) die Zahlung eines anteiligen Gegenwertes in Bezug auf die Versorgungs- und Bonuspunkte der auf die AöR bzw. die gGmbH wechselnde Beschäftigten mit einer VBL-Zusage (§§ 22 Abs. 3 S. 3, 23b der Satzung). Der anteilige Gegenwert ist nach versicherungsmathematischen Grundsätzen so zu bemessen, dass verbleibende Anwartschaften und Leistungsansprüche, die dem ausgeschiedenen Arbeitgeber zuzurechnen sind, ausfinanziert und zukünftige Ausgaben der VBL zur Deckung der Verwaltungskosten und möglicher Fehlbeträge abgegolten sind. Die dabei verwendeten Rechnungsgrundlagen, insbesondere der Rechnungszins und die biometrischen Richttafeln, müssen so kalkuliert sein, dass die Finanzierung gesichert ist (§ 23 Abs. 2 der Satzung). Die Höhe des anteiligen Gegenwertes ist im Kern abhängig von dem Lebensalter, der Dauer der Einbeziehung und der Höhe des Entgelts der einzelnen betroffenen Beschäftigten in die zwischen der Gemeinde und der VBL abgeschlossene Vereinbarung. Eine Schätzung des Gegenwertes können wir gerne vornehmen nach Erhalt dieser Daten für die Beschäftigten, die von der Gegenwertzahlung erfasst werden sollen.

Für die nach dem Betriebsübergang in die Kita-Einheit bei der AöR bzw. der gGmbH eintretenden Neu-Beschäftigte gilt Folgendes: Bei Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung zwischen der AöR/gGmbH und der VBL sind auch die zukünftigen Beschäftigten über die VBL versichert, auf deren Arbeitsverhältnis der Tarifvertrag über die betriebliche Altersversorgung der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes (Tarifvertrag Altersversorgung – ATV) anwendbar ist (§ 20 Abs. 1 S. 3 der Satzung). Die Herausnahme dieser zukünftigen Beschäftigten aus der VBL-Zusage bedarf der Genehmigung des Vorstandes der VBL (§ 20 Abs. 1 S. 4 der Satzung). Der Vorstand der VBL macht die Erteilung dieser Zusage nach unserer Erfahrung unter anderem abhängig von der Größe der Population der zukünftigen Beschäftigten im Verhältnis zu den von der Beteiligungsvereinbarung erfassten Beschäftigten, die von der Gemeinde auf die AöR bzw. die gGmbH gewechselt sind.

Wird eine Beteiligungsvereinbarung nicht abgeschlossen, haben die zukünftigen Beschäftigten keinen Anspruch gegen die AöR/gGmbH auf eine Versicherung bei der VBL. In der Praxis erteilen Arbeitgeber in dieser Konstellation (= keine Beteiligungsvereinbarung mit der VBL) eine Versorgungszusage, die inhaltlich von den Regeln der VBL-Zusage abgekoppelt ist.

5. Welche Auswirkungen ergeben sich auf die Mitbestimmungsrechte bezogen auf die jeweilige Organisationsform?

Hinsichtlich der Mitbestimmungsrechte ist zwischen der Mitbestimmung auf der Unternehmensebene und der Mitbestimmung auf der betriebsverfassungsrechtlichen Ebene zu unterscheiden:

	Regiebetrieb	Eigenbetrieb	AÖR	gGmbH
Unternehmensmitbestimmung	Alle öffentlich-rechtlichen Rechtsformen unterliegen nicht der Unternehmensmitbestimmung.			Keine Mitbestimmung ¹ .
Betriebliche Mitbestimmung	Mitbestimmung nach Maßgabe des MitbestG SH.			Mitbestimmung nach dem BetrVG ² .

Erläuternde Hinweise zur Tabelle:

- 1 Für die Unternehmensmitbestimmung können sich rechtliche Auswirkungen allein für die gGmbH ergeben: Die gGmbH ist in einer Rechtsform verfasst, die grundsätzlich dazu geeignet ist, einer Unternehmensmitbestimmung zu unterliegen (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG), und insofern bei einer Beschäftigung von regelmäßig mehr als 500 Arbeitnehmern einen Aufsichtsrat zu errichten hat, dessen Mandate zu mindestens 1/3 an die Arbeitnehmervertreter zu vergeben sind. Die gGmbH kann jedoch den Tendenzschutz gemäß § 1 Abs. 2 lit. a)

DrittelbG für sich beanspruchen und damit auch bei einer Überschreitung des Schwellenwertes von 500 Arbeitnehmern von der Errichtung des mitbestimmten Aufsichtsrats absehen, wenn sie in der Folgezeit ausschließlich die Kita-Aktivitäten der Gemeinde betreibt. Gemäß § 1 Abs. 2 lit. a) DrittelbG unterliegen solche Unternehmen nicht der Unternehmensmitbestimmung nach dem DrittelbG, die unmittelbar und überwiegend erzieherischen Diensten dienen.

- 2 Die gGmbH unterliegt der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung nach dem BetrVG. Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach dem BetrVG bleiben hinsichtlich einzelner Sachverhalte hinter den Beteiligungsrechten des Personalrats nach dem MitbestG SH zurück. Dies betrifft insbesondere die Beteiligungsrechte bei personellen Angelegenheiten: Die Gemeinde hat zu jeder arbeitgeberseitigen Kündigung des Arbeitsverhältnisses die Zustimmung des Personalrats einzuholen (§§ 51ff. MitbestG SH). Demgegenüber bedarf die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 102 BetrVG aus betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht generell lediglich der vorherigen ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats. Zudem kann die gGmbH hinsichtlich der Beteiligungsrechte des Betriebsrats den Tendenzschutz gemäß § 118 BetrVG für sich beanspruchen; d.h., die betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach dem BetrVG sind in dem Umfang eingeschränkt, der eine vom Betriebsrat ungestörte Ausübung der erzieherischen Tätigkeiten der Kita ermöglicht.

Zudem ist bezogen auf die Gründung einer gGmbH darauf hinzuweisen, dass das Personalratsmandat aus dem Anwendungsbereich des MitbestG SH ausscheidet, mit dem Ergebnis, dass das Personalratsmandat nicht mehr für den Betrieb der gGmbH gilt. Ob dem bisherigen Personalrat bis zur Konstituierung eines Betriebsrats bei der gGmbH ein Übergangsmandat zusteht ist gesetzlich nicht geregelt. Nach Ansicht des BAG kann die Personalvertretung beim Übergang auf einen privaten Rechtsträger durch eine wirksame Personalüberleitungsvereinbarung der Dienststellenleitung mit dem Personalrat im Amt bleiben und bis zur Konstituierung des neuen Betriebsrats die gleichen Rechte und Pflichten wie ein Betriebsrats besitzen²⁵.

6. Können sich bezogen auf übergegangene Beschäftigte und neu in die Organisationsform hinzukommende Beschäftigte arbeitsrechtliche oder gehaltstechnische Unterschiede ergeben?

Gehaltstechnische und (sonstige) arbeitsrechtliche Unterschiede können sich nur in den Grenzen des TVöD und des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ergeben.

	Regiebetrieb	Eigenbetrieb	AÖR	gGmbH
--	--------------	--------------	-----	-------

²⁵ BAG Urteil vom 25. Mai 2000, Az. 8 AZR 416/99.

Gehaltstechnische und (sonstige) arbeitsrechtliche Unterschiede	In den Grenzen des TVöD und des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes. ¹	In den Grenzen des TVÖD (nur), wenn AöR/gGmbH dem KAV SH beitreten; im Übrigen in den Grenzen des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes. ²
--	---	---

Erläuternde Hinweise zur Tabelle:

- 1 Der TVöD gilt (auch) für alle neu in die Organisationsform hinzukommenden tarifgebundenen Beschäftigten und enthält in seinen Regelungen – unter anderem durch die senioritätsbezogenen Entgeltstufen innerhalb der einzelnen Entgeltgruppe – eine unterschiedliche Behandlung von neu eintretenden Beschäftigten und Bestandsbeschäftigten, die unter anderem aufgrund der Tatsache, dass auch die hinzukommenden Beschäftigten während der weiteren Laufzeit des Arbeitsverhältnisses die Voraussetzungen für die einzelnen Arbeitsbedingungen erfüllen können, rechtswirksam sind.

Arbeitsbedingungen, die nicht im TVöD geregelt sind, können zwischen neu eintretenden Beschäftigten und den Bestandsbeschäftigten unter Beachtung des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes unterschiedlich ausgestaltet werden, wenn die unterschiedliche Ausgestaltung sachlich gerechtfertigt ist. Die sachliche Rechtfertigung kann insbesondere mit der konkreten Funktion und (Budget-, Personal- bzw. Fach-) Verantwortung des einzelnen Beschäftigten begründet werden (Beispiel: variable Vergütung nur für Mitarbeiter mit Personalverantwortung).

- 2 Im Fall des Beitritts der AöR/gGmbH zum KAV SH und der damit verbundenen normativen Anwendung des TVöD auch für neu hinzukommende Beschäftigte gelten die Ausführungen in vorstehender Anmerkung 1 in gleicher Weise auch für diese beiden Organisationsformen.

Sofern ein Beitritt in den KAV SH nicht erfolgt, unterliegen die Arbeitsverhältnisse der neu hinzukommenden Beschäftigten dem TVöD nur dann, wenn der Arbeitsvertrag eine Bezugnahme Klausel zu dem Tarifwerk aufweist. In diesem Fall kann eine unterschiedliche Behandlung der neu hinzukommenden Beschäftigten gegenüber den Bestandsbeschäftigten nach den unter Anmerkung 1 angeführten Parametern erfolgen. Ist der TVöD auf die Arbeitsverhältnisse der neu hinzutretenden Beschäftigten nicht anwendbar, unterliegt die unterschiedliche Behandlung der beiden Personengruppen allein den Anforderungen des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Zulässig ist demnach etwa, dass die neu hinzukommenden Beschäftigten keine Versorgungszusage über die öffentliche Zusatzversorgung der VBL erhalten.

7. Wie kann sichergestellt werden, dass es zu keiner Schlechterstellung der Beschäftigten durch den Wechsel in die neue Organisationsform kommt und auch zukünftig bei sich verändernder Zusammensetzung der politischen Gremien oder der Aufsichtsorgane der Organisationsformen keine Schlechterstellung eintritt?

Durch den bloßen Wechsel in die neue Organisationsform ist eine Schlechterstellung der Beschäftigten praktisch kaum möglich. Dies gilt ungeachtet der Rechtsform.

	Regiebetrieb	Eigenbetrieb	AÖR	gGmbH
(Keine) Schlechterstellung durch den bloßen Wechsel in die neue Organisationsform	Es gelten die gleichen Arbeitsbedingungen, weil ein Wechsel des Vertragsarbeitgebers nicht stattfindet.		Keine Schlechterstellung, da die AÖR/gGmbH unmittelbar in die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis eintritt (§ 613a Abs. 1 S. 1 BGB) und eine Verschlechterung von Arbeitsbedingungen im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Arbeitgeberwechsel (etwa durch eine Änderungskündigung) unwirksam ist (§ 613a Abs. 4 BGB ¹ .)	
(Keine) Schlechterstellung bei weiterer Durchführung der Arbeitsverhältnisse	Schlechterstellung ausgeschlossen durch Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei der Gemeinde und den damit maßgeblichen rechtlichen Rahmenbedingungen (TVöD etc.).		Schlechterstellung kommt nur theoretisch in Betracht in dem Fall, dass AÖR/gGmbH nicht dem KAV SH beitrifft und TVöD nicht normativ auf die Arbeitsverhältnisse anwendbar ist; faktisches Risiko allerdings angesichts der allgemeinen arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen praktisch ausgeschlossen ² .	

Erläuternde Hinweise zur Tabelle:

- 1 Gemäß § 613a Abs. 4 BGB ist eine anlässlich des Betriebsübergangs erklärte Änderungskündigung des Arbeitsverhältnisses, die eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu für den Beschäftigten schlechtere Arbeitsbedingungen (z.B. geringeres Gehalt) vorsieht, unwirksam.
- 2 Die Schlechterstellung könnte im Fall des unterlassenen Beitritts der AÖR/gGmbH in den KAV SH aus arbeitsrechtlicher Sicht theoretisch etwa in der Weise eintreten, dass die AÖR/gGmbH den Beschäftigten im zweiten Beschäftigungsjahr nach dem Betriebsübergang einen neuen Arbeitsvertrag anbieten, der gegenüber dem bisherigen Arbeitsvertrag ein geringeres Gesamtvergütungsniveau beinhaltet. Diese Änderung des Arbeitsvertrages bedarf jedoch der Annahme des einzelnen Beschäftigten; stimmt der Beschäftigte dem modifizierten Arbeitsvertrag nicht zu, gilt der bisherige Arbeitsvertrag unverändert fort. Die dann alternativ

für den Arbeitgeber zur Herbeiführung der Änderung der Arbeitsbedingungen in Betracht kommende Änderungskündigung unterliegt den Anforderungen des Kündigungsschutzgesetzes; eine Änderungskündigung ausschließlich zur Absenkung der Gesamtvergütung ist nach der ständigen Rechtsprechung des BAG²⁶ unwirksam.

III. Steuerrechtliche Fragen

1. Welche steuerrechtlichen Rahmenbedingungen sind im Hinblick auf die jeweilige Organisationsform zu beachten?

a) Körperschaftsteuer

Die Gemeinde Henstedt- Ulzburg ist als juristische Person des öffentlichen Rechts grundsätzlich unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig, soweit sie einen Betrieb gewerblicher Art (BgA) unterhält. Das gilt entsprechend für die Gewerbesteuer. Ein Betrieb gewerblicher Art einer juristischen Person des öffentlichen Rechts ist jede Einrichtung, die einer nachhaltigen wirtschaftlichen Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen außerhalb der Land- und Forstwirtschaft dient und die sich innerhalb der Gesamtbetätigung der juristischen Person des öffentlichen Rechts wirtschaftlich heraushebt. Damit sollen im Grundsatz alle Einrichtungen der öffentlichen Hand der Körperschaftsteuer unterworfen werden, die das äußere Bild eines Gewerbebetriebs besitzen. Der Begriff "Einrichtung" in diesem Sinne setzt nicht voraus, dass die Tätigkeit im Rahmen einer im Verhältnis zur sonstigen Betätigung verselbständigten Abteilung ausgeübt wird; sie kann auch innerhalb des allgemeinen Betriebs miterledigt werden. Die Einbeziehung der wirtschaftlichen Tätigkeit in einen überwiegend mit hoheitlichen Aufgaben betrauten, organisatorisch gesondert geführten Betrieb schließt es nicht aus, die einbezogene Tätigkeit gesondert zu beurteilen und rechtlich als eigenständige Einheit von dem Hoheitsbetrieb zu unterscheiden.

Eigen- und Regiebetriebe sind im Grundsatz unselbständige Einheiten einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, die als BgA ohne eigene Rechtspersönlichkeit steuerlich geführt werden können. Die Steuerpflicht für Regie- und Eigenbetriebe greift, anders als bei privatrechtlich organisierten Betrieben, die kraft Rechtsform steuerpflichtig sind, nur, wenn sie nicht überwiegend der Ausübung der öffentlichen Gewalt dienen, § 4 Abs. 5 S. 1 KStG. Mit Urteil vom 12. Juli 2012²⁷ hat der BFH entschieden, dass kommunale Kindergärten aufgrund des Wettbewerbs mit anderen (privaten) Betreibern von Kindergärten und Kindertageseinrichtungen Betriebe gewerblicher Art sind. Nach Auffassung der Finanzverwaltung ist bei der Prüfung, ob der Betrieb eines Kindergartens einen BgA darstellt, auf den jeweiligen Einzelfall abzustellen. Dabei gelten die allgemeinen Grundsätze des § 4 KStG. Die Tatsache, dass der Jahresumsatz EUR 30.678 nachhaltig übersteigt, ist ein wichtiger

²⁶ Vgl. nur BAG, Urteil vom 23. Juni 2005, Az. 2 AZR 7/05.

²⁷ BStBl. II 2012, S. 837

Anhaltspunkt dafür, dass sich eine Tätigkeit wirtschaftlich aus der Gesamtbetätigung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts heraushebt.²⁸

Nach den uns vorliegenden Informationen besteht danach bereits jetzt auf Ebene der Gemeinde Henstedt-Ulzburg ein BgA „Kindertagesstätte“, da u.a. der Jahresumsatz von EUR 30.678 deutlich überschritten ist. Wird aus dem BgA „Kindertagesstätte“ ein Gewinn erwirtschaftet, unterliegt dieser nach Abzug der Freibeträge der Körperschaftsteuer (15%), der Gewerbesteuer (11,27% bei einem Gewerbesteuerhebesatz von 322%) und dem Solidaritätszuschlag (5,5% der Körperschaftsteuer). Außerdem entstehen auf den nicht den Rücklagen zugeführten Gewinn, dessen Ausschüttung an die Trägerkörperschaft bei Regiebetrieben unterstellt wird, Kapitalertragsteuer i.H.v. 15% sowie auch darauf Solidaritätszuschlag i.H.v. 5,5%. Bei Eigenbetrieben ist für die „Ausschüttung“ des Gewinns an die Trägerkörperschaft ein Beschluss notwendig. Bei Gewinnausschüttung entsteht ebenfalls Kapitalertragsteuer i.H.v. 15% sowie darauf Solidaritätszuschlag i.H.v. 5,5%.

Handelt es sich bei dem BgA „Kindertagesstätte“ um einen Dauerverlustbetrieb, kann unter Umständen. auch hier steuerlich ein positives Ergebnis (außerbilanzielle Hinzurechnung einer verdeckten Gewinnausschüttung) angenommen werden, das gleichfalls zu versteuern wäre (Erläuterungen dazu siehe Gliederungspunkt c) in diesem Abschnitt). Dies ist nach den uns vorliegenden Informationen jedoch nicht anzunehmen, da gute Gründe dafür sprechen, dass es sich bei einem ggf. dauerdefizitären Betrieb um ein „begünstigtes Dauerverlustgeschäft“, das aus bildungspolitischen Gründen betrieben wird, handelt.

Denkbar wäre, den BgA „Kindertagesstätte“ mit einer eigenen Satzung auszustatten, wonach dieser ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke i.S.d. §§ 51-68 AO verfolgt. Ein solcher gemeinnütziger BgA wäre im Rahmen seiner gemeinnützigen Zweckverfolgung von der Körperschaft- und Gewerbesteuer befreit. Der Betrieb von Kindergärten kann gemeinnütziger Zweck i.S.d. § 52 AO sein.

Wird der Betrieb „Kindertagesstätte“ nicht mehr auf Ebene der Gemeinde selbst als Eigen- oder Regiebetrieb, sondern in einer eigenständigen GmbH ausgeführt, resultieren grundsätzlich die gleichen steuerlichen Folgen. Eine, wie bei dem Regiebetrieb unterstellte, „automatische Ausschüttung“ eines etwaigen Gewinns erfolgt bei der GmbH, wie auch beim Eigenbetrieb nicht, es kommt also nicht zu einer automatischen Kapitalertragsteuerbelastung. Auch eine GmbH kann gemeinnützig sein, so dass auch hier keine Körperschaft- oder Gewerbesteuer auf etwaige Gewinne aus dem Betrieb des Kindergartens entstünde, wenn die GmbH mit einer entsprechenden Satzung ausgestattet würde.

b) Umsatzsteuer

²⁸ Vgl. R 6 Abs. 5 KStR.

Für die Umsatzsteuerbarkeit von Umsätzen kommt es auf den Unternehmerbegriff nach § 2 Abs. 1 UStG an. Danach ist Unternehmer, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig ausübt. Dies ist jede Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Absicht, Gewinne zu erzielen, fehlt. Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind gemäß § 2 Abs. 3 UStG a.F. nur im Rahmen ihrer BgA und ihrer land- und forstwirtschaftlichen Betriebe unternehmerisch tätig.²⁹ Ab dem Jahr 2017³⁰ ist die Unternehmereigenschaft von juristischen Personen des öffentlichen Rechts in § 2b UStG gesondert geregelt. Danach sind juristische Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich nicht Unternehmer, wenn sie Tätigkeiten ausüben, die ihnen im Rahmen der öffentlichen Gewalt obliegen und eine Behandlung als Nichtunternehmer nicht zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führt.

Unabhängig von der Rechtsform (Eigenbetrieb, Regiebetrieb, AöR oder Eigengesellschaft (GmbH)) wird mit dem Betrieb eines Kindergartens i.d.R. eine Unternehmereigenschaft begründet. Da die Umsätze aus dem Betrieb einer solchen Einrichtung jedoch grundsätzlich unter die Umsatzsteuerbefreiung des § 4 Nr. 25 UStG fallen, entsteht daraus keine Umsatzsteuerpflicht.

c) Kapitalertragssteuer

Da aus dem Betrieb der Kindertagesstätten nach den uns vorliegenden Informationen grundsätzlich ein Verlust entsteht, der aus bildungspolitischen Gründen steuerlich anzuerkennen wäre, ergeben sich unabhängig von der Organisationsform- keine kapitalertragsteuerlichen Konsequenzen. Zusätzlich könnte sowohl ein BgA Kindertagesstätte als auch eine GmbH gemeinnützig sein, so dass es auch im Falle einer Erwirtschaftung von Gewinnen aufgrund des mit der Gemeinnützigkeit einhergehenden Ausschüttungsverbots zu keiner Kapitalertragsteuerbelastung käme.

Erläuterung:

Gewinne, die eine Kapitalgesellschaft (zum Beispiel GmbH) ausschüttet, sind auf Ebene der Anteilseigner, sofern sie natürliche Personen sind, mit der Abgeltungsteuer i.H.v. 25% oder bei Anwendung des Teileinkünfteverfahrens zu 60% mit dem persönlichen Steuersatz zu versteuern.

Das Verhältnis von BgA zu ihren Trägerkörperschaften wird als vergleichbar mit dem Verhältnis einer Kapitalgesellschaft zu ihren Anteilseignern eingeordnet. Nach § 20 Abs. 1 Nr. 10 EStG sind daher Leistungen von BgA an ihre Trägerkörperschaften (z.B. Städte, Kreise) grundsätzlich wie Ausschüttungen von Kapitalgesellschaften an ihre Anteilseigner zu behandeln. Der Kapitalertragsteuerabzug bei den Trägerkörperschaften von BgA beträgt grundsätzlich 15%.³¹

²⁹ § 2 Abs. 3 UStG ist gemäß § 27 Abs. 22 UStG weiter anzuwenden auf Umsätze, die nach dem 31.12.2015 und vor dem 1.1.2017 ausgeführt werden. Bei entsprechender Erklärung der juristischen Person des öffentlichen Rechts gegenüber dem Finanzamt verlängert sich die Anwendbarkeit von § 2 Abs. 3 UStG bis zum 1.1.2021.

³⁰ Sofern keine Erklärung gegenüber dem Finanzamt erfolgt, § 2 Abs. 3 UStG weiterhin anwenden zu wollen.

³¹ §§ 43 Abs. 1 Nr. 7b und 7c, 43a Abs. 1 Nr. 2, 44 Abs. 6 EStG

Leistungen im Sinne der o.g. Vorschrift sind v.a. Gewinne, mit Gewinnausschüttungen vergleichbare Leistungen sowie sog. „verdeckte Gewinnausschüttungen“. Der Gewinn im Sinne dieser Vorschrift entspricht dem handelsrechtlichen Jahresüberschuss, wenn eine Steuerbilanz aufgestellt wird dem Gewinn nach § 4 Abs. 1 EStG oder, wenn für steuerliche Zwecke lediglich eine Einnahmen-Überschussrechnung aufgestellt wird, dem Überschuss nach § 4 Abs. 3 EStG.

Im Fall der Übernahme von Tätigkeiten, die Dauerverluste erzielen, kann in der Übernahme der Tätigkeit durch eine Eigengesellschaft oder durch einen BgA eine verdeckte Gewinnausschüttung an die Trägerkörperschaft vorliegen, sodass auf die entstandenen Verluste 15% Kapitalertragsteuer anfallen können. Bei bestimmten Dauerverlustgeschäften werden gemäß § 8 Abs. 7 KStG die Rechtsfolgen einer verdeckten Gewinnausschüttung, im Ergebnis also die Besteuerung der Verluste, nicht gezogen, soweit aus verkehrs-, umwelt-, sozial-, kultur-, bildungs- oder gesundheitspolitischen Gründen eine wirtschaftliche Betätigung ohne kostendeckendes Entgelt unterhalten wird oder in den Fällen von § 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 KStG das Geschäft Ausfluss einer Tätigkeit ist, die bei juristischen Person des öffentlichen Rechts zu einem Hoheitsbetrieb gehört. Erzielt ein BgA Kindertagesstätte oder eine Eigengesellschaft (GmbH) dauerhaft Verluste aus dem Betrieb eines Kindergartens/ einer Kindertagesstätte, können diese unter die sozial- und bildungspolitischen Gründe i.S.d. § 8 Abs. 7 Satz 2 KStG fallen.

Wird also aus dem Betrieb der Kindergärten ein Gewinn erwirtschaftet, fällt auf diesen grundsätzlich Kapitalertragsteuer i.H.v. 15% an (bei Regiebetrieben automatisch, bei Eigenbetrieben erst nach Gewinnverwendungsbeschluss). Handelt es sich um einen Dauerverlustbetrieb, fällt Kapitalertragsteuer i.H.v. 15% an, soweit es sich nicht um eine Tätigkeit handelt, die z.B. aus bildungspolitischen Gründen ausgeübt wird. Nach den uns vorliegenden Informationen kann jedoch davon ausgegangen werden, dass die Tätigkeit aus bildungs- und/oder sozialpolitischen Motiven ausgeübt wird.

Ist der BgA oder die Eigengesellschaft gemeinnützig, ist eine Gewinnausschüttung an die Trägerkörperschaft/ den Gesellschafter aus gemeinnützigkeitsrechtlichen Gründen unzulässig. Eine Kapitalertragsteuerbelastung entfällt grundsätzlich in diesen Fällen.

d) sonstige steuerrechtliche Verbindlichkeiten

Bei Übergang von Mitarbeitern auf eine Eigengesellschaft bzw. Überlassung von Mitarbeitern an eine solche GmbH können sich lohnsteuerliche Fragestellungen anschließen. Hier steht die Frage im Vordergrund, wer als Arbeitgeber im lohnsteuerlichen Sinne anzusehen ist und die Lohnsteuer entsprechend abzuführen hat.

Sollten Grundstücke und Gebäude an eine neu zu gründende GmbH übertragen werden, schließen sich außerdem grunderwerbsteuerliche Fragestellungen an. Bei Übertragung eines Grundstücks/Gebäudes fällt grundsätzlich Grunderwerbsteuer i.H.v. 6,5% auf den Wert des Objekts an. Wird ein

Grundstück/Gebäude auf eine neu gegründete GmbH im Rahmen eines Konzerns übertragen, kann bei dieser Übertragung auf die Erhebung der Steuer gem. § 6a GrEStG verzichtet werden, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Da diese Vorschrift aktuell auf ihre europarechtliche Konformität überprüft wird, sollte die Frage der Grunderwerbsteuerpflicht von solchen Übertragungen stets im Rahmen einer verbindlichen Auskunft mit dem Finanzamt abgestimmt werden.

2. Welche steuerlichen Vor- und Nachteile bzw. Chancen und Risiken ergeben sich im Hinblick auf die jeweilige Organisationsform?

Wie oben dargestellt, werden die wirtschaftlichen Aktivitäten steuerlich grundsätzlich gleich behandelt, unabhängig davon, ob die Tätigkeit bei der juristischen Person des öffentlichen Rechts selbst in Form eines Eigen- oder Regiebetriebs, in einer ÄÖR oder bei einer Tochtergesellschaft ausgeübt wird.

Da bei einer ggf. geplanten Übertragung von Grundstücken und Gebäuden auf eine neu zu gründende GmbH ein Rechtsträgerwechsel vorliegt, der grundsätzlich zur Entstehung von Grunderwerbsteuer führen kann, ist ein daraus resultierender Nachteil erst nach verbindlicher Abstimmung mit dem Finanzamt auszuschließen.

3. Welche Auswirkungen haben die steuerrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten der jeweiligen Organisationsform auf die Nutzer der Einrichtungen?

Es sind für uns keine Auswirkungen der steuerrechtlichen Themen auf die Nutzer der Einrichtungen ersichtlich. Insbesondere ergeben sich aus der gewählten Rechtsform regelmäßig keine unterschiedlichen Steuerbelastungen, die zu unterschiedlichen Nutzungsgebühren führen könnten.

4. Wie hoch werden die einmaligen und laufenden Kosten der Administration in Steuersachen (Steuererklärungen, etc.) sein?

Die gesetzlichen Vertreter einer juristischen Person des öffentlichen Rechts haben ihre steuerlichen Pflichten zu erfüllen. Dazu gehören zum Beispiel Buchführungs-, Erklärungs-, Mitwirkungs- oder Auskunftspflichten (§§ 140 ff., 90, 93 AO). Der Bürgermeister der Gemeinde Henstedt-Ulzburg hat daher als gesetzlicher Vertreter der Gemeinde die Verantwortung, eine ordnungsgemäße Erfüllung der steuerlichen Pflichten zu gewährleisten. Bei einer GmbH trägt diese Verantwortung der Geschäftsführer.

Die OFD Niedersachsen räumt den Kommunen in ihrer Verfügung vom 15. Januar 2013³² eine Erleichterung ein, sofern es sich bei Einrichtungen der Kommune (Regie- oder Eigenbetrieb) um

³² OFD Niedersachsen vom 15.1.2013, Verfügung betr. Steuerpflicht kommunaler Kindertagesstätten, DB 2013, S. 318.

dauerdefizitäre Kindergärten/Kindertagesstätten handelt. Danach wird nicht beanstandet, wenn für diese BgA keine Körperschaftsteuererklärungen abgegeben werden. Ob dieses Vorgehen auch von dem für die Gemeinde Henstedt-Ulzburg zuständigen Finanzamt geteilt wird, ist fraglich, da es sich um eine länderinterne Verfügung handelt. Außerdem ist die Abgabe einer Steuererklärung grundsätzlich auch in diesen Fällen zu empfehlen, auch diesen Hinweis beinhaltet die zitierte Verfügung.

Eine solche Erleichterung ist für eine GmbH nicht gegeben. Sie hat in jedem Fall die notwendigen Steuererklärungen einzureichen.

Eine Kostenschätzung für die einmaligen und laufenden Kosten der Steueradministration ist daher grundsätzlich auch rechtsformunabhängig. Für die Erstellung der Steuererklärungen der geplanten gGmbH können, je nach Umfang der Tätigkeit und Qualität der zur Verfügung gestellten Informationen im Regelfall zwischen EUR 1.500 und 10.000 anfallen. Gleiches gilt für die Erstellung der Steuererklärungen für einen BgA.

5. Welche steuerlichen Auswirkungen hat die Inanspruchnahme von Leistungen der Gemeinde (z.B. Bauhof, Kasse, EDV, etc.) auf die jeweilige Organisationsform und/oder die Gemeinde?

Auf Ebene der Gemeinde entsteht u.U. ein gesonderter BgA, da es sich bei der Zurverfügungstellung von Dienstleistungen wiederum um eine nachhaltige wirtschaftliche Tätigkeit handelt, die sich aus dem Gesamtbild der juristischen Person des öffentlichen Rechts heraushebt. Dies ist jedoch unabhängig davon, ob die Personal- oder Sachmittel einem „BgA Kindergarten“ oder einer organisatorisch verselbständigten GmbH zur Verfügung gestellt werden. Für diesen BgA ist ebenfalls ein Gewinn zu ermitteln, der ggf. zur Entstehung von Körperschaft- und Gewerbesteuer sowie Kapitalertragsteuer führt.

Der Leistungsaustausch zwischen der juristischen Person des öffentlichen Rechts und der GmbH kann außerdem zu umsatzsteuerlichen Konsequenzen führen (Steuerpflicht der Umsätze). Dies kann jedoch durch die Begründung einer umsatzsteuerlichen Organschaft verhindert werden. Auch die umsatzsteuerliche Behandlung solcher Leistungsverflechtungen ist somit grundsätzlich rechts- und organisationsformunabhängig. Der Leistungsaustausch zwischen verschiedenen BgA oder der juristischen Person des öffentlichen Rechts und einem BgA wäre umsatzsteuerlich grundsätzlich nicht steuerbar.

IV. Fragen zur Vermögensverwaltung und zum Vermögensübergang:

1. Welche Gestaltungsmöglichkeiten ergeben sich für den Erwerb, die Verwaltung und die Veräußerung von Vermögen in der jeweiligen Organisationsform?

- Regiebetrieb

Für den Regiebetrieb selbst bestehen keine Gestaltungsmöglichkeiten im Hinblick auf den Erwerb, die Verwaltung und die Veräußerung von Vermögen. Denn als nicht rechtsfähiger Teil der Kommunalverwaltung besitzt der Regiebetrieb kein eigenes Vermögen, sondern ist mit Verwaltungsmitteln der Gemeinde ausgestattet (vgl. oben D. Grundlagen zu den ausgewählten Organisations-/ Rechtsformmodellen). Beim Erwerb sowie der Verwaltung von Vermögen hat die Gemeinde die Vorgaben des § 89 GO-SH zu beachten. Danach hat die Gemeinde ihr Vermögen und ihre Einkünfte gewissenhaft zu verwalten³³ und darf neue Vermögensgegenstände nur erwerben, soweit dies in absehbarer Zeit zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist³⁴.

- Eigenbetrieb

Auch für den Eigenbetrieb ergeben sich keine Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich des Erwerbs, der Verwaltung oder der Veräußerung von Vermögen, da das Betriebsvermögen zum Sondervermögen der Gemeinde gehört. Der Eigenbetrieb ist ein wirtschaftliches Unternehmen der Gemeinde ohne eigene Rechtspersönlichkeit, d. h. im Innenverhältnis Kommune/Eigenbetrieb können keine Verträge geschlossen werden und im Außenverhältnis Eigenbetrieb/Dritte handelt der Eigenbetrieb für die Gemeinde, die ggf. mit ihrem Vermögen für das Handeln des Eigenbetriebs haftet. Für die Vermögensverwaltung ist daher die Vorschrift des § 89 GO-SH zu beachten.

- AöR

Die AöR ist als juristische Person des öffentlichen Rechts rechtsfähig und kann somit als Inhaberin von Rechten und Pflichten grundsätzlich auch über eigenes Vermögen verfügen. Die innere Organisation der AöR wird in der Anstaltssatzung (Organisationssatzung) geregelt, in die auch Bestimmungen zur Wirtschaftsführung und Vermögensverwaltung aufzunehmen sind.³⁵ Der Erlass dieser Satzung ist eine vorbehaltene Aufgabe der Gemeindevertretung³⁶, so dass die Bestimmungen zum Erwerb, zur Veräußerung sowie zur Verwaltung von Vermögen der AöR nach dem Willen der Gemeinde frei gestaltbar sind.

- gGmbH

Als rechtsfähige juristische Person des Privatrechts verfügt die gGmbH über eigenes Vermögen (Gesellschaftsvermögen). Bestimmungen zum Erwerb, zur Veräußerung sowie zur Verwaltung von Vermögen der gGmbH sind in dem Gesellschaftsvertrag einer GmbH grundsätzlich frei gestaltbar. Für die Gründung einer gGmbH sind jedoch im Vergleich zu der Gründung einer steuerpflichtigen GmbH

³³ Vgl. § 89 Abs. 2 GO-SH.

³⁴ Vgl. § 89 Abs. 1 GO-SH.

³⁵ Vgl. § 106a Abs. 2 GO-SH.

³⁶ Vgl. § 28 Nr. 2 GO-SH.

verschiedene Besonderheiten zu beachten. So hat der Gesellschaftsvertrag einer gGmbH neben dem handelsrechtlich vorgeschriebenen Mindestinhalt³⁷ auch ergänzende Bestimmungen zur Gemeinnützigkeit zu beinhalten. Hierzu zählen u.a. der Grundsatz, dass die Mittel der Körperschaft nur für die satzungsmäßigen Zwecke³⁸ verwendet werden dürfen sowie das Grundprinzip der „satzungsmäßigen Vermögensbindung“³⁹, wonach bei Auflösung oder Aufhebung der Körperschaft oder bei Wegfall ihres bisherigen Zwecks das Vermögen der Körperschaft grundsätzlich für steuerbegünstigte Zwecke verwendet werden muss.⁴⁰

2. Welche Auswirkungen hätte eine Vermögensübertragung der gemeindlichen Vermögensgegenstände (Grundstücke, Immobilien und Inventar) auf die jeweilige Organisationsform?

a) Kosten (z. B. für Eigentumsumschreibungen, Grunderwerbssteuer, Notarkosten, etc.)

Die Höhe der Gebühren für Grundbucheintragen und Notar bemisst sich nach dem Geschäftswert des zu übertragenden Vermögens. In der Regel liegen diese Kosten bei ca. 1,5%. Zur Grunderwerbsteuer siehe Punkt III. 1. d.

b) steuerliche Auswirkungen eines Vermögensübergangs auf die jeweilige Organisationsform

Die Übertragung von Vermögen kann im vorliegenden Fall und nach den uns vorliegenden Informationen grundsätzlich ertragsteuerneutral erfolgen, unabhängig von der gewählten Rechts- und Organisationsform. Ob dies auch für die Grunderwerbsteuer gilt, müsste zunächst verbindlich mit dem Finanzamt abgestimmt werden, da die ggf. anzuwendende Grunderwerbsteuer-Befreiungsvorschrift derzeit einer gerichtlichen europarechtlichen Zulässigkeitsüberprüfung unterliegt.

Erläuterung:

Die Übertragung von Wirtschaftsgütern auf einen anderen Rechtsträger – in diesem Fall eine GmbH – kann grundsätzlich zur Aufdeckung sog. stiller Reserven führen, die auf Ebene des Übertragenden versteuert werden müssen. Da nach den uns vorliegenden Informationen jedoch bisher keine gesonderte Buchführung für einen „BgA Kindergarten“ erfolgt, kann grundsätzlich keine Abweichung zwischen Buchwert und Zeitwert (= stille Reserven) bei den betreffenden Anlagegütern vorliegen. Außerdem könnte in der Ausgliederung des gesamten Bereichs „Kindergärten/ Kindertagesstätten“ auch die Übertragung eines Teilbetriebs im umwandlungsteuerrechtlichen Sinn vorliegen, sodass es zu keiner Aufdeckung potentieller stiller Reserven und keiner Versteuerung eines etwaigen sog. „Buchgewinns“ käme.

³⁷ Vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1–4 GmbHG.

³⁸ Vgl. § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 AO.

³⁹ Vgl. §§ 55 Abs. 1 Nr. 4, 61 AO.

⁴⁰ Vgl. Helm/Haaf in: Beck'sches Handbuch der GmbH, 5. Auflage 2014, § 22 Rn. 31.

Die Übertragung von Wirtschaftsgütern des Hoheitsbereichs auf den BgA „Kindertagesstätte“ (unabhängig von der Führung des BgA als Eigen- oder Regiebetrieb) ist steuerlich irrelevant, da die Vermögensübertragung dem hoheitlichen- und somit steuerlich nicht relevanten Bereich der juristischen Person des öffentlichen Rechts zuzuordnen ist. Der Wertansatz des Wirtschaftsguts auf Ebene des BgA erfolgt grundsätzlich nach dem Teilwert. Eine Übertragung des Kindergartenbetriebs auf eine Eigen- oder Regiegesellschaft hätte ertragsteuerlich keine Konsequenzen, da es sich steuerlich weiterhin um den BgA „Kindertagesstätte“ handelt, unabhängig von der kommunalen Organisationsform.

Zu den grunderwerbsteuerlichen Konsequenzen s.o. (Punkt III. 1. d) „Bei Übertragung eines Grundstücks/Gebäudes fällt grundsätzlich Grunderwerbsteuer i.H.v. 6,5% auf den Wert des Objekts an. Wird ein Grundstück/Gebäude auf eine neu gegründete GmbH im Rahmen eines Konzerns übertragen, kann bei dieser Übertragung auf die Erhebung der Steuer gem. § 6a GrEStG verzichtet werden, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Da diese Vorschrift aktuell auf ihre europarechtliche Konformität überprüft wird, sollte die Frage der Grunderwerbsteuerpflicht von solchen Übertragungen stets im Rahmen einer verbindlichen Auskunft mit dem Finanzamt abgestimmt werden.“

Umsatzsteuerlich kann in der Übertragung des gesamten Kindergarten-Betriebs auf eine GmbH eine Geschäftsveräußerung im Ganzen vorliegen, die gemäß § 1 Abs. 1a UStG nicht steuerbar ist. Wird nicht der gesamte Kindergarten-Betrieb übertragen und verbleibt somit ein „Rest BgA“ Kindertagesstätte, kann durch Begründung einer umsatzsteuerlichen Organschaft zwischen dem BgA und einer gGmbH eine Umsatzbesteuerung der Übertragungen ebenfalls vermieden werden. Eine Übertragung des Kindergartenbetriebs auf einen Eigen- oder Regiebetrieb hätte auch umsatzsteuerlich keine Konsequenzen, da es sich steuerlich weiterhin um den BgA „Kindertagesstätte“ handelt.

c) Abschreibungen im gemeindlichen Haushalt

Da Regiebetriebe einen nur abgegrenzten Bereich des Haushalts der Kommune darstellen, gelten die bisherigen kommunalen Regelungen zu den Abschreibungen für die diesem Bereich zugeordneten Vermögensgegenstände weiterhin. Da Abschreibungen gemäß der Haushaltssatzung 2016 der Gemeinde Henstedt-Ulzburg gesondert ausgewiesen werden, wird dies bei einer Vermögenszuordnung zu einem Regiebetrieb weiterhin gelten.

Die Vorschriften zur Erfassung von Vermögensgegenständen des Anlagenvermögens, deren Verwaltung und der Erfassung von Abschreibungen für die Organisationsformen Eigenbetrieb, AöR und gGmbH sind ähnlich. Gemäß § 19 EigVO sind auf Eigenbetriebe die Vorschriften des Handelsgesetzbuches (HGB) für große Kapitalgesellschaften anzuwenden. Diese Regelungen sind über §§ 22 ff. KUVVO für die Anstalten öffentlichen Rechts für diesen Bereich nahezu deckungsgleich

und verweisen ebenfalls auf die Regelungen des HGB. Für die gGmbH als Formkaufmann gelten die HGB-Regelungen direkt. Das Anlagevermögen ist gesondert zu erfassen und die Abschreibungen mindern den Buchwert des Vermögens über den Zeitraum der Nutzung. Die Gegenstände des Anlagevermögens sind in einem Anlagenverzeichnis zu führen und jeder Vermögensgegenstand ist grundsätzlich gesondert mit den Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten zu erfassen und über die voraussichtliche Nutzungsdauer abzuschreiben. Bei dauerhafter Wertminderung sind gegebenenfalls zusätzlich außerplanmäßige Abschreibungen zu erfassen. Die Abschreibungen werden demnach nicht innerhalb der Abschreibungen im gemeindlichen Haushalt, sondern in gesonderten Jahresabschlüssen erfasst.

3. Welche Auswirkungen hätte eine Vermietung der gemeindlichen Vermögensgegenstände an die jeweilige Organisationsform?
 - a) Übertragbarkeit von Mietverträgen der Gemeinde auf die jeweilige Organisationsform (rechtliche Bewertung, Kosten)

Der Regie- und der Eigenbetrieb sind rechtlich unselbständige Teile der Gemeindeverwaltung, weshalb eine Übertragung von Mietverträgen der Gemeinde auf den Regie- und Eigenbetrieb nicht erforderlich ist. Auch bei Organisation der Kindertagesstätten als Regie- oder Eigenbetrieb bleibt die Gemeinde Henstedt-Ulzburg Vertragspartner der Mietverträge.

Auf die AöR oder die gGmbH sind Mietverträge der Gemeinde grundsätzlich übertragbar (sog. Eintritt in den zwischen der Gemeinde und dem Vermieter bestehenden Mietvertrag). Die Vertragsübernahme ist im BGB nicht ausdrücklich geregelt. Es ist jedoch anerkannt, dass eine Vertragsübernahme, d.h. eine Übertragung eines Schuldverhältnisses im Ganzen, zulässig ist.⁴¹ Eine Vertragsübernahme kann nicht nur durch einen dreiseitigen Vertrag erfolgen, sondern auch durch einen Vertrag zwischen der ausscheidenden und der eintretenden Vertragspartei unter Zustimmung des anderen Teils.⁴²

Neben dem allgemeinen Verwaltungsaufwand, der mit Vertragseintritt verbunden ist, entstehen im Fall einer Vertragsübernahme grundsätzlich keine weiteren Kosten.

- b) steuerrechtliche Auswirkungen der Mieteinnahmen auf den Gemeindehaushalt

Es ergeben sich grundsätzlich keine steuerlichen Auswirkungen auf den Gemeindehaushalt. Dies gilt für die Vermietung/Verpachtung von wesentlichen Betriebsgrundlagen an eine Eigengesellschaft nur, wenn die Vermietung unentgeltlich oder mit korrespondierend gewährten Zuschüssen erfolgt.

⁴¹ Vgl. Grüneberg in: Palandt, Kommentar zum BGB, 73. Auflage 2014, § 398 Rn. 41.

⁴² Vgl. Grüneberg in: Palandt, Kommentar zum BGB, 73. Auflage 2014, § 398 Rn. 42.

Erläuterung:

Grundsätzlich unterliegen Mieten und Pachten bei einer juristischen Person des öffentlichen Rechts nicht der Besteuerung, da es sich um Erträge aus der Vermögensverwaltung handelt. Soweit nicht wesentliche Betriebsgrundlagen an einen BgA oder eine Eigengesellschaft vermietet bzw. verpachtet werden, unterliegen die Mieten oder Pachten nicht der Besteuerung. Die Mieten und Pachten sind grundsätzlich Betriebsausgaben, werden allerdings bei dem BgA oder bei der Eigengesellschaft steuerlich nur insoweit anerkannt, als sie marktüblich sind.

Soweit wesentliche Betriebsgrundlagen an einen BgA vermietet bzw. verpachtet werden, können grundsätzlich die Voraussetzungen der Betriebsaufspaltung vorliegen. Da die Trägerkörperschaft jedoch durch die Verpachtung wesentlicher Betriebsgrundlagen im Rahmen einer Betriebsaufspaltung eine gewerbliche Tätigkeit ausübt und die Einkünfte aus dieser Tätigkeit bei einem Alleingesellschafter einer Kapitalgesellschaft auch als Einkünfte aus Gewerbebetrieb der Besteuerung unterliegen, wäre es zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen grundsätzlich geboten, die von der Trägerkörperschaft vereinnahmten Miet- und Pachtzinsen oder sonstigen Gebühren bzw. Entgelte im Rahmen eines weiteren BgA „Verpachtung“ der KSt zu unterwerfen.

Aus Vereinfachungsgründen werden die Rechtsfolgen der Betriebsaufspaltung nicht im Rahmen eines solchen weiteren „Betriebsaufspaltungs-BgA“ erfasst. Im Ergebnis werden daher Miet-, Pacht- bzw. Lizenzverträge zwischen der juristischen Person des öffentlichen Rechts und ihrem BgA, soweit Wirtschaftsgüter überlassen werden, die für den BgA eine wesentliche Betriebsgrundlage bilden, nicht der Besteuerung zugrunde gelegt. Sie werden dem Einkommen des die Wirtschaftsgüter nutzenden Betriebes als vGA wieder hinzugerechnet.⁴³

Soweit wesentliche Betriebsgrundlagen an eine Eigengesellschaft oder an eine von der juristischen Person des öffentlichen Rechts beherrschte Beteiligungsgesellschaft vermietet bzw. verpachtet werden, liegen die Voraussetzungen der Betriebsaufspaltung vor. Grundsätzlich entsteht bei der juristischen Person des öffentlichen Rechts ein Besitz-BgA „Verpachtung“. Die Überlassung führt bei der juristischen Person des öffentlichen Rechts jedoch nur unter den Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 KStG zur Annahme eines Besitz-BgA. Erforderlich ist danach unter anderem eine nachhaltige wirtschaftliche Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen. Eine unentgeltliche Überlassung von wesentlichen Betriebsgrundlagen begründet danach keinen Besitz-BgA, sofern aus der Betriebsgesellschaft auch keine Beteiligungserträge erzielt werden können. Erfolgt die Überlassung durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts gegen Entgelt unter gleichzeitiger Gewährung eines Zuschusses an den Pächter, fehlt es grundsätzlich an einer erforderlichen Entgeltlichkeit, wenn die gewährten Zuschüsse das Pachtentgelt erreichen oder übersteigen und zwischen den

⁴³ Vgl. BFH v. 3.2.1993, BStBl. II 1993, S. 459, BFH v. 17.5.2000, BStBl. II 2001, S. 558.

vereinnahmten Pachtentgelten und den gewährten Zuschüssen eine rechtliche und tatsächliche Verknüpfung besteht.

c) Schnittstellen hinsichtlich der Verwaltung der Vermögensgegenstände

Die Verwaltung der Vermögensgegenstände ist nach dem Willen der Gemeinde Henstedt-Ulzburg frei gestaltbar. Bei der Vermietung von Vermögensgegenständen können sich ggf. Schnittstellen mit anderen Fachbereichen - wie beispielsweise dem Fachbereich Verwaltungssteuerung und -service - ergeben im Hinblick auf die allgemeine Verwaltung des Mietobjekts oder der Miet- und Pachteinahmen. Zur Vermeidung von Schnittstellen sind die Vermögensgegenstände möglichst dem relevanten Rechtsträger direkt zuzuordnen.

V. Fragen zu den Auswirkungen/Risiken für den gemeindlichen Haushalt

1. Welche Chancen und Risiken ergeben sich für die Gemeinde durch eine Umstrukturierung in die jeweilige Organisationsform und wie wirken sich diese auf den gemeindlichen Haushalt aus?

- **Chancen und Risiken:** Allein durch die Umstrukturierung ergeben sich weder Risiken noch Chancen für den gemeindlichen Haushalt. Unabhängig von der Rechtsform wird die Gemeinde Henstedt-Ulzburg Kosten für den Betrieb der Kindertagestätten tragen müssen. Chancen für den Haushalt ergeben sich, wenn im Rahmen der jeweiligen Rechtsform Anreize gesetzt werden, möglichst wirtschaftlich zu handeln. Rein strukturell sind hierauf eher AöR und GmbH ausgerichtet. Sie belassen im Regelfall der jeweiligen Unternehmensleitung Gestaltungsspielräume und richten diese darauf aus, Wirtschaftlichkeitseffekte zu erzielen.
- **Auswirkungen auf den Haushalt:** Die kommunale Wirtschaftstätigkeit wird durch das Gebot der sparsamen und wirtschaftlichen Mittelverwendung geprägt. Dieser Grundsatz lässt sich auch für die GmbH im Gesellschaftsvertrag festschreiben. Bei der Rechtsformwahl ist zudem zu prüfen, ob Haftungsreduzierungen - wie beispielsweise bei der GmbH - zur Verfolgung des öffentlichen Zwecks (hier: Betrieb von Kitas) erforderlich beziehungsweise vorteilhaft sind.

Zusätzliche Kosten einer GmbH gegenüber den öffentlich-rechtlichen Rechtsformen sind nicht ersichtlich. Insbesondere hat die Gemeinde mit Ausnahme des Regiebetriebs für sämtliche Organisationsformen ein angemessenes Eigenkapital zur Verfügung zu stellen. Demgegenüber hat die GmbH zwei Vorteile gegenüber den Rechtsformen des öffentlichen Rechts, die sie vorteilhafter erscheinen lassen:

Erstens ist bei der GmbH die Haftung auf deren Gesellschaftsvermögen beschränkt; Nachschusspflichten der Gesellschafter bestehen grundsätzlich nicht. In diesem Zusammenhang ist abzuwägen, inwiefern der Vorteil der Haftungsbegrenzung bei der GmbH für den Betrieb von Kitas vor dem Hintergrund bestehender wirtschaftlicher Risiken tatsächlich ins Gewicht fällt. Denn angesichts der kommunalen Pflichtaufgabe wird die Gemeinde Henstedt-Ulzburg in einer finanziellen Krise kaum in der Lage sein, eine kommunale Kita-GmbH ihrem Schicksal zu überlassen.

Für Verbindlichkeiten eines Eigen- oder Regiebetriebes haftet die Gemeinde dagegen unmittelbar. Wegen der Verbindlichkeiten der AöR haben dritte Gläubiger zwar keine eigenen Ansprüche gegen die Gemeinde, da eine Gewährträgerhaftung der Gemeinde nicht besteht.⁴⁴ Allerdings trägt die Gemeinde bei einer AöR die Anstaltslast, aus der die AöR einen Anspruch gegen die Gemeinde auf die erforderliche finanzielle Ausstattung hat.⁴⁵ Sollten also die Mittel der AöR nicht ausreichen, um Verbindlichkeiten gegenüber Dritten zu bedienen, könnte die AöR von der Gemeinde aufgrund der Anstaltslast verlangen, dass diese ihr die Mittel zu Verfügung stellt. Letztendlich haftet damit die Gemeinde im Innenverhältnis.

Nur ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass bei Eigen- und Regiebetrieben sowie bei einer AöR die Beteiligung eines Privaten anders als bei der GmbH nicht in Betracht kommt. Hier bietet die GmbH Vorteile, wenn die Gemeinde zu einem späteren Zeitpunkt privates Kapital und ggf. Know-how etwa durch die Beteiligung eines privaten Minderheitsgesellschafters für die Aufgabenerledigung heranziehen will. Die GmbH bietet ferner die Möglichkeit, Geschäftsanteile an einen Privaten zu veräußern. Dies wäre bei einer AöR erst nach einem Rechtsformwechsel möglich, während der Eigenbetrieb und der Regiebetrieb zunächst in eine GmbH ausgegliedert werden müssten.

2. Welche Auswirkungen ergeben sich hinsichtlich der Fördermittel auf den gemeindlichen Haushalt?

a) Fördermittelbeantragung und -gewährung

Beantragung

Die bislang an die Gemeinde Henstedt-Ulzburg gewährten Fördermittel stammen aus dem Bundesinvestitionsprogramm „Kinderbetreuungsfinanzierung“ und dem Landesinvestitionsprogramm U3-Ausbau. Für diese Zuwendungen gilt die Richtlinie zum öffentlich-rechtlichen Vertrag über die Umsetzung des Förderprogramms des Landes Schleswig-Holstein zur Schaffung von

⁴⁴ Vgl. § 9 Satz 2 KUVO.

⁴⁵ Vgl. § 106a Abs. 4 GO-SH.

Betreuungsplätzen für Kinder unter drei Jahren (Landesinvestitionsprogramm U3-Ausbau) und des Bundesinvestitionsprogramms „Kinderbetreuungsfinanzierung“. Nach Ziffer 3 dieser Richtlinie sind Zuwendungsempfänger Träger von Kindertageseinrichtungen nach § 9 Kindertagesstättengesetz (KiTaG).

Nach § 9 KiTaG können Träger von Kindertageseinrichtungen sowohl nach Abs. 1 Nr. 2 Gemeinden, Ämter und Zweckverbände als öffentliche Träger sein als auch nach Abs. 1 Nr. 4 andere Träger, insbesondere Wirtschaftsunternehmen, privatgewerbliche Träger und nicht anerkannte Träger der freien Jugendhilfe.

Dies bedeutet, dass unabhängig davon, für welche Rechts- oder Organisationsform sich die Gemeinde Henstedt-Ulzburg entscheidet, weiterhin neue Fördermittel nach den Investitionsprogrammen beantragt werden können.

Bereits gewährte Fördermittel

Für die bereits gewährten Fördermittel, für die noch die Zweckbindung läuft, gilt es je nach Organisationsform zu unterscheiden.

- Sollte sich die Gemeinde Henstedt-Ulzburg dafür entscheiden, ihre Kindertagesstätten in einen Eigen- oder Regiebetrieb umzustrukturieren, dann bliebe weiterhin die Gemeinde Henstedt-Ulzburg Zuwendungsempfängerin, da es sich beim Eigen- oder Regiebetrieb um rechtlich unselbständige Einheiten der Gemeinde handelt.
- Für den Fall, dass sich die Gemeinde Henstedt-Ulzburg dazu entschließen sollte, die Kindertagesstätten in Form einer AöR oder einer GmbH zu organisieren, würde jeweils eine neue juristische Person entstehen, die sich juristisch vom bisherigen Zuwendungsempfänger, der Gemeinde, unterscheidet. In diesem Fall würde sich also der Zuwendungsempfänger ändern. In den Zuwendungsbescheiden ist festgelegt, dass die Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (ANBest-P) gelten. Nach Ziffer 5.2 der ANBest-P ist der Zuwendungsempfänger verpflichtet, unverzüglich anzuzeigen, wenn der Verwendungszweck oder sonstige für die Bewilligung der Zuwendung maßgeblichen Umstände sich ändern oder wegfallen. Die Änderung des Zuwendungsempfängers ist eine Änderung maßgeblicher Umstände im Sinne der Ziffer 5.2 ANBest-P. Sollte die Gemeinde Henstedt-Ulzburg sich also dazu entschließen, die Kindertagesstätten als AöR oder GmbH zu organisieren, so müsste sie dem Zuwendungsgeber anzeigen, dass sich der Zuwendungsempfänger ändert.

b) Rückzahlungsverpflichtung bereits gewährter Fördermittel

Eine Rückzahlungsverpflichtung bereits gewährter Fördermittel aufgrund der Änderung des Zuwendungsempfängers sehen wir nicht.

3. Welche Auswirkungen ergeben sich aus den Steuerpflichten/Steuervorteilen der jeweiligen Organisationsform auf den gemeindlichen Haushalt?

Es ergeben sich grundsätzlich keine Steuervor- oder -nachteile aus der Wahl einer der genannten Organisationsformen und somit keine organisations- oder rechtsformabhängigen Auswirkungen auf den gemeindlichen Haushalt.

Erläuterung:

Wie oben dargestellt, wird grundsätzlich jede wirtschaftliche Aktivität einer juristischen Person des öffentlichen Rechts (hier: Gemeinde Henstedt-Ulzburg) steuerrechtlich so behandelt, als würde sie in einer eigenständigen Kapitalgesellschaft ausgeführt. Der Betrieb von Kindergärten/Kindertagesstätten ist eine wirtschaftliche Tätigkeit in diesem Sinne. Bei der Gemeinde Henstedt-Ulzburg besteht somit steuerlich ein BgA „Kindertagesstätte“ unabhängig davon, in welcher Form (Regiebetrieb, Eigenbetrieb) dieser geführt wird. Es ergeben sich daraus also für die Körperschaft- und Gewerbesteuer grundsätzlich die gleichen Auswirkungen wie bei Betrieb der Kindertagesstätten in einer eigenständigen gGmbH. Da wir davon ausgehen, dass aus der Tätigkeit der Kindertagesstätten kein Gewinn entsteht, bzw. sowohl ein BgA als auch eine mögliche GmbH gemeinnützig sein soll, entsteht aus dem Betrieb der Kindertagesstätten keine Ertragsteuerpflicht, es ergeben sich somit keine Auswirkungen auf den Haushalt.

Hinsichtlich der Erklärungs Pflichten können sich in der Organisationsform Regiebetrieb/Eigenbetrieb Erleichterungen ergeben, wenn das Finanzamt von der Abgabe einer Steuererklärung für einen BgA Kindertagesstätte absieht. Für die gGmbH wäre in jedem Fall eine Steuererklärung einzureichen. Die Kosten dafür trägt die GmbH.

Wird zwischen der Gemeinde Henstedt-Ulzburg und der gGmbH eine umsatzsteuerliche Organschaft begründet⁴⁶, ergeben sich aus den möglichen Leistungsbeziehungen zwischen der Gemeinde und der gGmbH auch umsatzsteuerlich grundsätzlich keine Auswirkungen auf den gemeindlichen Haushalt. Gleiches gilt grundsätzlich für den Betrieb der Kindertagesstätte in Form eines Eigen- oder Regiebetriebs und einer etwaigen Leistungsverflechtung zwischen dem hoheitlichen und dem wirtschaftlichen Bereich bzw. zwischen ggf. neu entstehenden BgA (z.B. Personalüberlassung, Sachmittelüberlassung, EDV-Dienstleistungen etc.) und dem BgA Kindertagesstätte.

⁴⁶ Hinweis: Die Begründung einer umsatzsteuerlichen Organschaft ist auf Ebene der Gemeinde Henstedt-Ulzburg nur möglich, soweit diese „Unternehmerisch“ i.S.d. UStG tätig ist.

4. Sind Serviceleistungen, z. B. des Baubetriebshofes, für die jeweilige Organisationsform zulässig und wie können diese abgerechnet werden?

- Regie- und Eigenbetrieb

Serviceleistungen der Gemeindeverwaltung, die intern durch einen kommunalen Hilfsbetrieb - wie beispielsweise dem Baubetriebshof - an einen Regie- und Eigenbetrieb erbracht werden, unterliegen nicht dem Vergaberecht und sind daher zulässig. Für den Eigenbetrieb ergibt sich dies ausdrücklich aus § 8 EigVO, wonach sämtliche Lieferungen und Leistungen im Verhältnis zwischen dem Eigenbetrieb und der Gemeinde angemessen zu vergüten sind. Eine Abrechnung von erbrachten Leistungen innerhalb der Verwaltungsorganisation kann über eine interne Leistungsverrechnung zu vorab festgelegten Verrechnungssätzen erfolgen. Die Entscheidung, ob und inwieweit eine Kosten- und Leistungsrechnung eingeführt werden soll, ist gesetzlich nicht zwingend vorgegeben, sondern liegt im Ermessen der Gemeinde. Danach legt die Gemeindevertretung die Grundsätze für die Verwaltung fest und damit auch, ob und inwieweit Kosten- und Leistungsrechnungen von der Verwaltung vorgenommen und der Gemeindevertretung vorgelegt werden.⁴⁷

- AöR und gGmbH

Serviceleistungen von Hilfsbetrieben wie dem Baubetriebshof dürfen von der Gemeinde auch gegenüber einer AöR oder einer 100%-igen gGmbH erbracht werden. Diese vertraglichen Leistungen unterliegen gemäß § 108 Abs. 1 GWB als sog. In-house-Vergabe nicht dem Vergaberecht, wenn

- 1) der öffentlicher Auftraggeber (Gemeinde) über die juristische Person (AöR oder gGmbH) eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt
- 2) mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, betraut wurde und
- 3) an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

⁴⁷ Vgl. PdK Schleswig-Holstein - GemHR-Doppik SH, § 16 Rn. 4.

Zudem sind sämtliche Lieferungen und Leistungen im Verhältnis zwischen der AÖR / gGmbH und der Gemeinde angemessen zu vergüten.⁴⁸

VI. Fragen zu den Finanzen (Kostentransparenz, finanzielle Risiken, Gebühren/Entgelte, Zuweisungen/Zuschüsse/Finanzierungsanteile der Gemeinde):

1. Welche kaufmännischen Mindestanforderungen bestehen für die jeweilige Organisationsform?

In der Organisationsform des Regiebetriebes gelten die bisherigen Regelungen zu den kaufmännischen Anforderungen weiterhin. Hier sind insbesondere die Regelungen der Gemeindehaushaltsverordnung-Doppik anwendbar. Änderungen gegenüber dem bisherigen Status sind daher nicht zu erwarten.

Der Eigenbetrieb hat sein Rechnungswesen gemäß § 17 EigVO nach den Regelungen der kaufmännischen Buchführung zu führen. Nach § 24 EigVO ist der Jahresabschluss und der Lagebericht innerhalb von drei Monaten nach Ende des Wirtschaftsjahres aufzustellen und nach den Vorschriften des Kommunalprüfungsgesetzes prüfen zu lassen. Der Jahresabschluss und der Lagebericht sind mit der Stellungnahme des Bürgermeisters in der Gemeindevertretung vorzulegen. Die Feststellung des Jahresabschlusses hat innerhalb eines Jahres nach Ende des Wirtschaftsjahres zu erfolgen. Der Werkleiter als verantwortliches Leitungsorgan hat alle Zweige des Rechnungswesens einheitlich zu leiten.

Die Anstalt öffentlichen Rechts ist gemäß § 20 KUVO ebenfalls verpflichtet, das Rechnungswesen nach den Regelungen der kaufmännischen doppelten Buchführung zu führen und verweist auf die Vorschriften des HGB. Die Regelungen zu Aufstellungsfristen des Jahresabschlusses entsprechen weitestgehend denen des Eigenbetriebes. Eine Prüfungspflicht für den Jahresabschluss besteht über die Anforderungen des HGB hinaus durch das Kommunalprüfungsgesetz.

Die gGmbH hat die Verpflichtung, ihre Bücher gemäß den Anforderungen des HGB zu führen und einen Jahresabschluss einschließlich Anhang und einen Lagebericht aufzustellen. Die spezifischen Aufstellungserfordernisse variieren hier je nach Größe der Gesellschaft. Für kleine Kapitalgesellschaften sieht das Gesetz bestimmte Aufstellungserleichterungen, wie beispielsweise den Verzicht auf einen Lagebericht sowie die Verlängerung der Aufstellungsfrist vor. Eine Prüfungspflicht ergibt sich aus § 316 HGB für mittelgroße und große GmbH. Daneben unterliegen jedoch auch kleinere GmbHs über das Kommunalprüfungsgesetz in der Regel einer Prüfung.

⁴⁸ Vgl. für die Anstalt öffentlichen Rechts § 13 KUVO.

2. Welche zusätzlichen Kosten ergeben sich durch die kaufmännischen Mindestanforderungen (z.B. Steuer- und Wirtschaftsprüfer, etc.)?

Die zusätzlichen Kosten durch die kaufmännischen Mindestanforderungen hängen insbesondere davon ab, wie die Organisation des Rechnungswesens zukünftig gestaltet wird. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Aufwand für die Buchführung im Rahmen einer doppelten Buchführung etwas aufwendiger ist als in der Kameralistik. Zu berücksichtigen ist zudem, dass eine doppelte Buchführung in der Regel einer Systemunterstützung bedarf, wenn diese in der Gemeinde noch nicht vorliegt und dies Erstinvestitionen erfordert. Sollte die Buchführung an Dritte ausgegliedert werden, so entstehen dadurch zusätzliche externe Kosten. Die Höhe externer Buchführungskosten hängt von der Anzahl und Komplexität der Buchungsvorfälle ab. Für externe Kosten der Buchführung, der Erstellung eines Jahresabschlusses sowie Prüfungskosten fallen nach unserer Einschätzung zwischen EUR 40.000 und EUR 60.000 pro Jahr an.

3. Welche Auswirkungen ergeben sich durch den Wechsel der Organisationsform in Hinblick auf die Anwendung des Vergaberechtes?

Die Pflicht zur Anwendung des Vergaberechts bleibt auch bei einem Wechsel der Organisationsform bestehen. Denn der Regie- und Eigenbetrieb ist gemäß § 99 Nr. 1 GWB und die AöR sowie die gGmbH gemäß § 99 Nr. 2 GWB öffentliche Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts, die zur Ausschreibung ihrer Leistungen verpflichtet sind.⁴⁹

4. Welche Kapitalausstattung ist für die jeweilige Organisationsform notwendig?

Bei den öffentlichen-rechtlichen Organisationsformen Eigenbetrieb und AöR ist die Trägergemeinde verpflichtet, sie mit einem dem Gegenstand und dem Unternehmensumfang angemessenen Stammkapital auszustatten.⁵⁰ Was unter dem unbestimmten Rechtsbegriff „angemessenes Stammkapital“ zu verstehen ist, regeln die EigVO, § 106a GO oder die KUVO nicht. Die angemessene Höhe kann auch nicht generell festgelegt werden. In Anlehnung an die Ausführungsanweisung zu § 7 EigVO wird vertreten, dass eine Eigenkapitalquote von 30-40% als angemessen erachtet werden kann, wobei betrieblichen Unterschieden Rechnung zu tragen ist.⁵¹ Aufgrund der rechtlichen Eingliederung eines Regiebetriebes in die öffentliche Verwaltung bestehen keine gesonderten Anforderungen an die Kapitalausstattung.

Gesellschafter einer GmbH sind verpflichtet, die Gesellschaft mit einem Mindeststammkapital von EUR 25.000 auszustatten. Dabei kann die Einlage durch Bar- und/oder Sachmittel erfolgen.

⁴⁹ Vgl. § 99 GWB.

⁵⁰ Vgl. § 106a Abs. 4 GO-SH iVm. § 9 S. 1 KUVO.

⁵¹ Vgl. PdK KVR SH/GO, § 106a Tz. 10.

	Regiebetrieb	Eigenbetrieb	AöR	gGmbH
Mindestkapital	keine	Angemessenes Stammkapital ⁵²	Angemessenes Stammkapital ⁵³	EUR 25.000,00 ⁵⁴

5. Welche Möglichkeiten der Refinanzierung – laufender Betrieb und für Investitionen – bestehen je nach Organisationsform und welche Organisationsform ist im Hinblick darauf besonders günstig? Welche Vor- und Nachteile der mit der Refinanzierung verbundenen Wirtschaftlichkeit können sich ergeben?

Wir gehen für diese Stellungnahme davon aus, dass der Betrieb von Kitas eine dauerdefizitäre Tätigkeit ist. Die laufenden Kosten des Betriebes werden durch die Elternbeiträge und Mittel des Landes nur zum Teil aufgefangen werden, sodass der Verlust, unabhängig von der Rechtsform, durch den Haushalt der Gemeinde auszugleichen ist. Beim Regiebetrieb erfolgt dies direkt über den Haushalt, da den Ausgaben nur geringere Einnahmen gegenüberstehen. Bei den anderen Rechtsformen wird dies durch einen Zuschuss bzw. einen Verlustausgleich erfolgen müssen.

Zusätzliche Finanzierungen, insbesondere größere Investitionen können fremdfinanziert werden. Für Eigenbetriebe ist dabei die Vorschrift des § 8 EigVO zu beachten. Dabei soll das Verhältnis von Eigen- und Fremdkapital bei Investitionen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Ähnliches gilt gemäß § 10 KUVO für die AöR.

Für die Rechtsformen der AöR und der gGmbH ist zudem zu beachten, dass aufgrund der eigenen Rechtspersönlichkeit und der Haftungsbegrenzung gegebenenfalls zusätzliche Sicherheiten erforderlich werden, um eine Investition fremdfinanzieren zu können. Die günstigen Konditionen eines Kommunalkredites sind für diese Rechtsformen in der Regel nicht erreichbar, zumindest nicht ohne eine kommunale Bürgschaft.

6. Wer ist bezogen auf die jeweilige Organisationsform zuständig für die Gestaltung der Nutzungsgebühren / –entgelte der Einrichtungen, die von den Eltern erhoben werden?

§ 90 Abs. 1 SGB VIII ermöglicht die Festsetzung von Teilnahmebeiträgen oder Gebühren für die Inanspruchnahme von Angeboten der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen. Der Landesgesetzgeber hat dazu in § 25 Abs. 3 Satz 1 KiTaG bestimmt, dass die Personensorgeberechtigten einen angemessenen Beitrag zu den Betriebskosten der Kita zu entrichten haben. Die Gemeinde kann als Trägerin ihrer Kitas in Form des Eigen- oder Regiebetriebs frei entscheiden, ob sie für die Benutzung der Kitas eine öffentlich-rechtliche Gebühr oder ein

⁵² Vgl. § 7 Abs. 2 EigVO.

⁵³ Vgl. § 9 KUVO.

⁵⁴ § 5 Abs. 1 GmbHG.

privatrechtliches Entgelt festsetzen möchte. Bei dem Eigen- oder Regiebetrieb ist sowohl der Erlass einer Gebührensatzung als auch die Festsetzung privatrechtlicher Entgelte der Gemeinde (Gemeindevertretung) als Trägerin der öffentlichen Einrichtung (Kitas) vorbehalten.⁵⁵ Die Gemeinde ist jedoch berechtigt, anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts (AöR) das Recht zu übertragen, Abgabensatzungen für die ihnen übertragenen Aufgabengebiete zu erlassen. Mithin ist es auch der AöR als Trägerin der Kitas erlaubt eine Abgabensatzung zu erlassen⁵⁶ Das Recht zur Erhebung kommunaler Abgaben darf hingegen nicht auf eine gGmbH als juristische Person des Privatrechts und Trägerin der Kitas übertragen werden.⁵⁷ Die gGmbH ist als Trägerin der Kitas, gemäß § 25 Abs. 3 Satz 1 KiTaG jedoch berechtigt, den Elternbeitrag in Form eines privatrechtlichen Entgelts unter Mitwirkung des Beirats der Einrichtung (§ 18 Abs. 3 KiTaG) selbst festzulegen.

7. Welche Möglichkeiten bestehen für die jeweilige Organisationsform Gebühren und/oder Entgelte zu erheben?

Allein die Gemeinde und die AöR sind berechtigt, kommunale Abgaben in Form von Benutzungsgebühren / Entgelten zu erheben, (vgl. auch Frage 6.).⁵⁸ Das Recht zur Erhebung von kommunalen Abgaben darf nicht auf eine gGmbH als juristische Person des Privatrechts übertragen werden.⁵⁹ Die gGmbH ist allein zur Erhebung privatrechtlicher Entgelte berechtigt. Für die jeweiligen Organisationsmodelle sind demnach folgenden Körperschaften zur Erhebung einer Gebühr / Entgelte berechtigt:

- Regie- und Eigenbetrieb: Gemeinde (Gebühr / Entgelt)
- AöR: Gemeinde oder AöR (Gebühr / Entgelt)
- gGmbH: gGmbH (Entgelt)

8. In welcher Organisationsform lässt sich für die Nutzer der Einrichtungen ein optimales Preis-Leistungsverhältnis erreichen?

Die Erzielung eines optimalen Preis-Leistungsverhältnisses ist unabhängig von der gewählten Organisationsform, da die Finanzierung von Kitas in § 25 KiTaG festgelegt ist und sie sich auch bei einer Überführung der Kitas in eine andere Organisationsform nicht ändern wird. Die Betriebskosten (Personal- und Sachkosten) werden durch

- Zuschüsse des Landes
- Teilnahmebeiträge oder Gebühren der Personensorgeberechtigten

⁵⁵ Vgl. für Gebührensatzung: §§ 2, 4 GO-SH und §§ 1, 6 Kommunalabgabengesetz des Landes Schleswig-Holstein (KAG) iVm § 28 Abs. 1 Ziff. 2 GO-SH und § 25 KiTaG; für privatrechtliches Entgelt: § 28 Abs. 1 Ziff. 13 GO-SH iVm § 25 KiTaG.

⁵⁶ Vgl. § 1 Abs. 3 KAG.

⁵⁷ Vgl. PdK Schleswig-Holstein, KAG SH, § 6 Tz. 1.8.1.

⁵⁸ Vgl. PdK Schleswig-Holstein, KAG SH, § 6 Rn. 7.

⁵⁹ Vgl. PdK Schleswig-Holstein, KAG SH, § 6 Tz. 1.8.1.

- Zuschüsse des örtlichen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe
- Zuschüsse der Gemeinden sowie
- Eigenleistungen des Trägers

finanziert.

9. Wie wäre die Kreditwirtschaft der jeweiligen Organisationsform zu gestalten?

Sofern die Gemeinde Henstedt-Ulzburg sich dazu entschließen sollte, die Kindertagesstätten als Eigen- oder Regiebetrieb zu organisieren, richtet sich die Kreditwirtschaft nach §§ 85 ff. GO-SH, da Eigen- und Regiebetrieb rechtlich unselbständige Einheiten der Gemeinde sind.

Für den Fall, dass die Gemeinde Henstedt-Ulzburg sich entscheidet, die Kindertagesstätten in Form einer AöR oder einer GmbH zu organisieren, so wäre die Kreditwirtschaft im Gesellschaftervertrag oder durch Satzung auszugestalten. Dabei müsste darüber entschieden werden, ob und in welchem Rahmen der AöR oder der GmbH gestattet werden soll, Kredite aufzunehmen.

a) Notwendigkeit von verbindlichen Erklärungen der Gemeinde gegenüber Gläubigern

Bei einer Organisation der Kindertagesstätten in Form des Regie oder Eigenbetriebs ist es nicht notwendig, Dritten Sicherheiten zu geben, da deren Verbindlichkeiten rechtlich Verbindlichkeiten der Gemeinde Henstedt Ulzburg sind.

Für den Fall der Organisation als AöR oder als GmbH sind Bürgschaften oder andere Garantien der Gemeinde dann erforderlich, wenn für die Besicherung von Krediten der AöR oder der GmbH keine Sicherheiten der Anstalt des öffentlichen Rechts oder der GmbH zur Verfügung stehen (z. B. Grundpfandrechte).

b) Wer haftet für die Verbindlichkeiten und welcher Aufwand/welche Kosten ergeben sich daraus?

Für Verbindlichkeiten eines Eigen- oder Regiebetriebs haftet die Gemeinde, da der Eigen- oder Regiebetrieb keine von der Gemeinde selbständigen juristischen Personen sind. AöR oder GmbH haften für Verbindlichkeiten kraft ihrer Rechtspersönlichkeit für ihre Verbindlichkeiten mit ihrem Gesellschaftsvermögen/Anstaltsvermögen selbst.

c) Wie kann die Haftung in ein angemessenes Gleichgewicht mit etwaigen Steuermöglichkeiten gegenüber der neuen Organisationsform verbunden werden?

Im Ausgangspunkt schaffen die jeweiligen Organisationsformen durch ihre Eigenarten ein Gleichgewicht zur Haftung der etwaigen Steuermöglichkeiten. Regie- und Eigenbetrieb zeichnen sich einerseits dadurch aus, dass die Gemeinde für deren Verbindlichkeiten vollständig haftet. Andererseits hat die Gemeinde es allein in der Hand Regie- und Eigenbetrieb so zu führen, dass sie keine Haftungsfolgen treffen.

Bei der AöR und der GmbH kann die Gemeinde Henstedt-Ulzburg im Rahmen der Gesetze weitgehend selbst entscheiden, in welchem Umfang sie diesen Organisationsformen Selbständigkeit bzw. Entscheidungsfreiheit gewährt. Im Grundsatz sind diese Organisationsformen daran ausgerichtet, dass der Unternehmensleitung eine gewisse Entscheidungsfreiheit verbleibt. Die Haftung der Gemeinde ist bei diesen Organisationsformen vor allem dadurch beschränkt, dass die Gemeinde Henstedt-Ulzburg nur bis zur Höhe ihrer Einlage haftet (vgl. hierzu auch VI. 4.)

10. Wie ist die Bestellung von Sicherheiten und Gewährleistungen für Dritte bezogen auf die jeweilige Organisationsform zu gestalten?

Nach § 86 Abs. 1 der Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein (GO) darf die Gemeinde grundsätzlich keine Sicherheiten zugunsten Dritter bestellen. Dies gilt unabhängig von der Organisationsform. Von dem Verbot, Sicherheiten zugunsten Dritter zu bestellen sind nach § 86 Abs. 2 GO Bürgschaften und Verpflichtungen aus Gewährverträgen ausgenommen, soweit sie die Gemeinde nur zur Erfüllung ihrer Aufgaben übernimmt. Diese Voraussetzung wäre erfüllt, wenn die Gemeinde Henstedt-Ulzburg Bürgschaften für Kredite einer AöR oder einer GmbH übernimmt, die diese für Investitionen in Kindertagestätten aufnimmt.

Eine Sicherheitenbestellung zugunsten einer AöR oder gGmbH durch die Trägergemeinde bzw. den kommunalen Gesellschafter bedarf dabei nach schleswig-holsteinischem Kommunalrecht keiner Genehmigung durch die Kommunalaufsicht. Denn es greift – nach aktueller Rechtslage -die Ausnahmenvorschrift des § 2 Abs. 2 Nr. 1 Landesverordnung über die Genehmigungsfreiheit von Rechtsgeschäften kommunaler Körperschaften (LVOGenRGKK) vom 8. Januar 2007.⁶⁰ Im Einzelnen:

- § 86 Abs. 4 GO berechtigt das Innenministerium, durch Verordnung bestimmte Rechtsgeschäfte der Gemeinde von der Genehmigungsbedürftigkeit auszunehmen, wenn der Verwaltungshaushalt ausgeglichen ist. Von dieser Verordnungsermächtigung hat das Innenministerium mit der LVOGenRGKK Gebrauch gemacht.
- § 2 Abs. 2 Nr. 1 LVOGenRGKK bestimmt, dass die Übernahme von Bürgschaften und Verpflichtungen aus Gewährverträgen keiner Genehmigung nach § 86 Abs. 2 Satz 2 GO bedürfen, wenn diese zugunsten von Gesellschaften eingegangen werden, sofern der kommunalen Körperschaft, auch mittelbar, mindestens 75 % der Anteile gehören. Ergänzend bestimmt § 2 Abs. 3 LVOGenRGKK, dass dies auch für Rechtsgeschäfte entsprechend gilt, die der Übernahme von Bürgschaften und Verpflichtungen aus Gewährverträgen wirtschaftlich gleichkommen. Damit fallen auch ein Schuldbeitritt und eine harte Patronatserklärung

⁶⁰ GS Schl.-H. II, Gl.Nr. 2020-3-24. Diese Verordnung tritt mit Ablauf des 31. Dezember 2016 außer Kraft.

zugunsten einer Gesellschaft, an der die die Sicherheit stellende Gemeinde mit mindestens 75 % beteiligt ist, unter die Ausnahme des § 2 Abs. 2 Nr. 1 LVOGenRGKK.

Die Voraussetzungen für eine Genehmigungsfreiheit nach der LVOGenRGKK sind erfüllt, da die Gemeinde Henstedt-Ulzburg alleinige Trägerin der AöR bzw. Alleingesellschafterin einer gGmbH werden würde. Dabei weisen wir darauf hin, dass die LVOGenRGKK zum 31. Dezember 2016 ausläuft. Ob das Innenministerium Schleswig-Holsteins eine Folgeverordnung plant, ist uns derzeit nicht bekannt.

11. Welche Bedingungen sind im Hinblick auf die jeweilige Organisationsform vor der Durchführung von Investitionen zu erfüllen und wie sind diese jeweils haushaltsrechtlich bzw. buchhalterisch darzustellen?

Investitionen des Regiebetriebs unterliegen den allgemeinen Planungs- und Genehmigungsverfahren der Kommune. Daher wird sich in dieser Rechtsform keine wesentliche Änderung zum bisherigen Status ergeben.

Der Eigenbetrieb hat vor Beginn eines jeden Wirtschaftsjahres einen Wirtschaftsplan aufzustellen (§ 12 EigVO), bestehend aus Erfolgsplan, Vermögensplan, Stellenübersicht und genehmigungspflichtigen Kreditaufnahmen und Verpflichtungsermächtigungen. In den Vermögensplan sind unter anderem alle voraussehbaren Ein- und Auszahlungen des Wirtschaftsjahres, die sich aus Investitionen und aus der Kreditwirtschaft ergeben, aufzunehmen.

Für die AöR gelten ähnliche Anforderungen wie für den Eigenbetrieb. Auch hier ist ein Wirtschaftsplan vorzulegen, bestehend aus Erfolgs- und Vermögensplan. Ein fünfjähriger Finanzplan ist zudem der Gemeinde zur Kenntnis zu geben.

Für die gGmbH bestehen keine derartigen expliziten gesetzlichen Genehmigungsverfahren. Diese können jedoch in der Satzung / Gesellschaftsvertrag oder aber in der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung verankert werden.

Mit Ausnahme für den Regiebetrieb sind alle Investitionen in einem gesonderten Anlagenverzeichnis zu erfassen, einzeln zu bewerten und über die voraussichtliche Nutzungsdauer abzuschreiben. Die Abschreibungen sind in der Gewinn- und Verlustrechnung zu erfassen und stellen Aufwand für die jeweilige Periode dar.

12. Wer ist bezogen auf die Organisationsform zuständig für den Defizitausgleich?

- Regie- und Eigenbetrieb

Für Defizite des Regie- und Eigenbetriebs haftet die Gemeinde unbeschränkt, da Regie- und Eigenbetriebe⁶¹ über kein verselbständigtes Vermögen verfügen, sondern vermögens- und haushaltsrechtlich Teil der Gemeinde sind (vgl. oben D. Grundlagen zu den ausgewählten Organisations- / Rechtsformmodellen).

- AöR

Die Gemeinde ist verpflichtet, Verluste der AöR aus Haushaltsmitteln auszugleichen, wenn nach Ablauf von fünf Jahren der Verlustvortrag der AöR nicht durch Abbuchung von den Rücklagen ausgeglichen werden kann.⁶²

- gGmbH

Bei der gGmbH ist die Haftung der Gesellschafter auf die Höhe des Stammkapitals beschränkt.⁶³ Eine Verpflichtung der Gesellschafter zum Ausgleich von Verlusten besteht grundsätzlich nicht, jedoch kann ein Verlustausgleich beziehungsweise eine Nachschusspflicht der Gesellschafter beispielsweise im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden.⁶⁴

13. Wie ist der Defizitausgleich aus Sicht des EU-Beihilferechts zu bewerten?

Das EU-Beihilfenrecht verbietet es, Beihilfen zu gewähren. Eine Beihilfe liegt nach Art. 107 Abs. 1 AEUV vor, wenn ein Unternehmen durch staatliche oder staatlich gewährte Mittel begünstigt wird und diese Begünstigung den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass jede wirtschaftlich tätige Einheit vom europäischen Beihilfenrecht als Unternehmen angesehen wird. Folglich ist Art. 107 Abs. 1 AEUV im Grundsatz auch dann anwendbar, wenn die Gemeinde Henstedt-Ulzburg Defizite eines Regie- oder Eigenbetrieb ausgleicht.

Aus unserer Sicht ist ein Defizitausgleich der Gemeinde Henstedt-Ulzburg indes unabhängig von der jeweiligen Organisationsform keine Beihilfe. Dies gilt dann, wenn der neue Träger der Kindertagesstätten ausschließlich die Grundversorgung zum staatlichen Bildungsauftrag erbringt. In diesem Fall sind die Tätigkeiten der Kindertagesstätten als nicht wirtschaftliche Tätigkeiten einzustufen, da ein Defizitausgleich dann kein Unternehmen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV begünstigt. Eine Einordnung als nicht-wirtschaftliche Tätigkeit lässt sich aus dem staatlichen Bildungsauftrag ableiten. Der staatliche Bildungsauftrag ergibt sich aus §§ 3, 24 SBG VIII in Verbindung mit § 3 KiTaG. Zudem wird seit Inkrafttreten des „Gesetzes zur zusätzlichen Förderung

⁶¹ § 7 EigVO.

⁶² Vgl. § 14 Abs. 2 KUVO.

⁶³ Vgl. § 13 Abs. 2 GmbHG.

⁶⁴ Vgl. § 26 GmbHG.

von Kindern unter drei Jahren in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege⁶⁵ allen Kindern ab Vollendung des ersten Lebensjahres ein Rechtsanspruch auf eine Betreuung in Kindertagesstätten sowie wie bereits bisher – ab Vollendung des dritten Lebensjahres – in Kindergärten eingeräumt, wodurch der Staat seinen „erweiterten, objektiv rechtlichen Verpflichtungen für die Bereitstellung von Plätzen der Kinderbetreuung nachkommt“.⁶⁶ Folglich würde die neue Organisationseinheit der Gemeinde-Henstedt-Ulzburg nicht als Unternehmen einzuordnen sein. Eine Beihilferelevanz könnte sich nur dann ergeben, wenn die Kindertagesstätten inhaltlich mit diversen Zusatzangeboten über das hinausgehen, was die Grundversorgung des staatlichen Bildungsauftrages in öffentlichen Einrichtungen betrifft (z.B. überdurchschnittlich lange Öffnungszeiten, Betreuung am Wochenende, besondere kostenrelevante Betreuungsangebote in Form z.B. von Ballett- oder Englischkursen etc.).

Ein weiterer Ansatz, aus dem sich die Vereinbarkeit eines Defizitenausgleiches mit dem europäischen Beihilfenrecht ergeben kann, liegt vor, wenn sich vertreten lässt, dass der Defizitenausgleich für eine Kindertagesstättenorganisation in der Gemeinde Henstedt-Ulzburg keine Auswirkungen auf den grenzüberschreitenden Handel hat und diesen deswegen auch nicht beeinträchtigen kann. Eine grenzüberschreitende Wirkung ist nach Ansicht der Europäischen Kommission nicht gegeben, wenn folgende Voraussetzungen⁶⁷ vorliegen:

- **Erstens:** Die staatlichen Mittel führen nicht dazu, dass die betreffende Region Nachfrage oder Investitionen anzieht, und sie schafft keine Hindernisse für die Niederlassung von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten.
- **Zweitens:** Die Waren bzw. Dienstleistungen, die der Zuwendungsempfänger anbietet, sind rein lokaler Art oder geographisch nur in einem begrenzten Gebiet von Interesse.
- **Drittens:** Es sind höchstens marginale Auswirkungen auf die Märkte und für Verbraucher in benachbarten Mitgliedstaaten zu erwarten.

Wir empfehlen der Gemeinde Henstedt-Ulzburg diesen Ansatz dann weiter zu prüfen, falls das Angebot der Kindertagesstätten substantiell über den gesetzlichen Auftrag einer Grundversorgung hinausgeht.

⁶⁵ In Kraft getreten am 21. Februar 2013 (BGBl. I S. 250).

⁶⁶ Vgl. Mitteilung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend vom 8. September 2014, im Internet abrufbar unter <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/kinder-und-jugend,did=118992.html>).

⁶⁷ Mitteilung der Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe nach Art. 107 Absatz 1 AEUV (Mai 2016). Siehe auch die Entscheidung der KOM vom 29.4.2015.

14. Wie kann für die jeweilige Organisationsform die Liquidität sichergestellt werden?

Die Regie- und Eigenbetriebe verfügen über kein verselbständigt Vermögen, sondern bilden einen vermögens- und haushaltsrechtlichen Teil der Gemeinde, so dass die Liquidität von Eigen- und Regiebetrieb über den gemeindlichen Haushalt sichergestellt wird.

Die AöR muss nach angemessener Mittelausstattung durch die Gemeinde grundsätzlich selbst ihre Liquidität im Rahmen ihres Geschäftsbetriebs sicherstellen. Die Gemeinde haftet zwar nicht für Verbindlichkeiten des Kommunalunternehmens gegenüber Dritten. Allerdings trägt die Gemeinde bei einer AöR die Anstaltslast, aus der die AöR einen Anspruch gegen die Gemeinde auf die erforderliche finanzielle Ausstattung hat.⁶⁸ Sollten also die Mittel der AöR nicht ausreichen, um Verbindlichkeiten gegenüber Dritten zu bedienen, könnte die AöR von der Gemeinde aufgrund der Anstaltslast verlangen, dass diese ihr die Mittel zu Verfügung stellt. Letztendlich haftet damit die Gemeinde im Innenverhältnis und ist damit auch verpflichtet, die Liquidität der AöR sicherzustellen.

Bei der gGmbH ist die Gemeinde verpflichtet, die Gesellschaft mit ausreichendem Stammkapital (mind. EUR 25.000) auszustatten. Eine Verpflichtung der Gesellschafter zum Ausgleich von Verlusten bzw. zur Sicherstellung der Liquidität besteht grundsätzlich nicht.

Unabhängig von der Organisationsform ist die Finanzierung von Kitas zudem in § 25 KiTaG festgelegt (Vgl. hierzu Frage VI.8.)

15. Wie erfolgt die Beitreibung rückständiger Forderungen in der jeweiligen Organisationsform und ergeben sich hieraus zusätzliche Kosten?

Für die Beitreibung rückständiger Forderungen ist – unabhängig von der Organisationsform – zwischen öffentlich-rechtlichen und zivilrechtlichen Geldforderungen zu differenzieren:

- Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen

- Vollstreckung von Gebühren, Abgaben

Gebühren sind nach § 4 Abs. 1 des Kommunalabgabengesetzes des Landes Schleswig-Holstein (KAG) Geldleistungen, die als Gegenleistung für die Inanspruchnahme einer besonderen Leistung der Behörden (Verwaltungsgebühren) oder für die Inanspruchnahme öffentlicher Einrichtungen erhoben werden (Benutzungsgebühren). Nach § 25 des KiTaG werden die Betriebskosten für Kindertageseinrichtungen durch Gebühren oder Teilnahmebeiträge aufgebracht. Für den Fall von rückständigen Gebührenforderungen, die öffentlich-rechtliche Geldforderungen sind, richtet sich die Vollstreckung nach den §§ 262 ff. des Allgemeinen Verwaltungsgesetzes für das Land Schleswig-Holstein (LVwG). Nach § 262 Abs. 1 LVwG werden öffentlich-rechtliche Geldforderungen im

⁶⁸ Vgl. § 106a Abs. 4 GO-SH.

Verwaltungswege begetrieben. Für den Beginn der Vollstreckung muss gemäß § 269 LVwG ein Leistungsbescheid in Form eines Verwaltungsaktes vorliegen. Darüber hinaus muss die Forderung fällig sein und der Vollstreckungsschuldner gemahnt worden sein. Sodann kann die Vollstreckung nach den §§ 262 ff. des LVwG erfolgen.

○ Vollstreckung privatrechtlicher Entgelte

Für die Vollstreckung privatrechtlicher Entgelte eines Trägers der öffentlichen Verwaltung sind die Bestimmungen über die Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen gemäß § 319 Abs. 1 LVwG entsprechend anzuwenden. Privatrechtliche Entgelte sind von abgabeberechtigten Körperschaften, ihren Eigenbetrieben oder Eigengesellschaften für die Benutzung einer im öffentlichen Interesse unterhaltenen Einrichtung erhobene Entgelte, die nach einem Tarif erhoben werden, der bekanntgemacht worden ist oder zur Einsichtnahme ausliegt und den die Kommunalaufsichtsbehörde bestätigt hat. Für privatrechtliche Entgelte wird kein Leistungsbescheid als anfechtbarer Verwaltungsakt, sondern es ist eine Zahlungsaufforderung zu erlassen. Fälligkeit und Mahnung müssen jedoch ebenfalls vorliegen.

Die Vollstreckung im Verwaltungsweg ist einzustellen, wenn der Vollstreckungsschuldner gegen die Forderung Einwendungen erhebt. Die Einwendungen sichern dem Schuldner die Rechtsposition, die er bei einem zivilrechtlichen Vorgehen des Gläubigers haben würde. Ab diesem Zeitpunkt richtet sich die Zwangsvollstreckung nach den Bestimmungen der Zivilprozessordnung (ZPO).

• Vollstreckung zivilrechtlicher Geldforderungen

Die Vollstreckung zivilrechtlicher Geldforderungen (z.B. privatrechtliche Teilnahmebeiträge der gGmbH) richtet sich nach den §§ 704 ff. ZPO. In den §§ 704 ff. ZPO sind die allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung geregelt. Die §§ 803 ff. ZPO regeln die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen. Für die Zwangsvollstreckung müssen vorliegen:

- ein Antrag,
- ein vollstreckbarer Titel,
- eine Vollstreckungsklausel,
- eine Zustellung.

Die Zwangsvollstreckung beginnt grundsätzlich nur auf Antrag des Gläubigers. Dieser muss über einen vollstreckbaren Titel verfügen. Ein Titel ist eine öffentliche Urkunde, aus der sich ergibt, dass der zu verwirklichende Anspruch vollstreckbar ist. Dies können beispielsweise Urteile (vgl. § 704 ZPO) aber auch Vergleiche oder Beschlüsse (vgl. § 794 ZPO) sein. Ferner muss der Titel eine

Vollstreckungsklausel beinhalten, das bedeutet, dass erklärt wird, dass die Zwangsvollstreckung aus dem Titel zulässig ist (vgl. § 725 ZPO). Schließlich muss dem Schuldner gemäß § 750 ZPO der Titel zugestellt worden sein.

- Zusätzliche Kosten

Anders als bei der Beitreibung von öffentlich-rechtlichen Geldforderungen bzw. privatrechtlicher Entgelte eines Trägers der öffentlichen Verwaltung, geht der Vollstreckung von zivilrechtlichen Forderungen (z.B. der Teilnahmebeiträge der gGmbH) der ein gerichtliches (Mahn-)Verfahren voraus, für das zusätzliche Kosten anfallen.

Ferner fällt bei der Inanspruchnahme der gemeindlichen Vollstreckungsstelle durch die Organisationsform AöR ein Kostenbeitrag in Höhe von derzeit EUR 24,50 / Vollstreckungsfall an.

16. Wie sind die Organisationsformen hinsichtlich ihrer Insolvenzfähigkeit zu bewerten?

- Regie- und Eigenbetrieb

Die Gemeinde ist einschließlich ihrer Regie- und Eigenbetriebe nicht insolvenzfähig.⁶⁹ Eigenbetriebe sind zwar als organisatorisch verselbstständigte Einheiten wirtschaftlich tätig. Haftungsrechtlich verfügen sie jedoch nicht über ein eigenes Vermögen, sondern sind vermögens- und haftungsrechtlich Teil der Gemeinde.

- AöR

Eine Insolvenz der AöR ist (jedenfalls de facto) ausgeschlossen⁷⁰. Zwar sieht das schleswig-holsteinische Landesrecht eine Gewährträgerhaftung der Gemeinde, also ein Entstehen für Verbindlichkeiten des Kommunalunternehmens, nicht vor.⁷¹ Allerdings bestimmt die Gemeindeordnung, dass die Gemeinde der Anstalt die notwendigen Mittel nach kaufmännischen Grundsätzen zur Verfügung stellt.⁷²

Daraus wird gefolgert, dass die AöR einen Anspruch gegen die Trägergemeinde hat, sie mit ausreichenden Mitteln auszustatten, die Gemeinde also eine Anstaltslast trifft.⁷³ Sollten also Mittel einer AöR nicht ausreichen, um Verbindlichkeiten gegenüber Dritten zu bedienen, könnte die AöR

⁶⁹ Vgl. § 12 Abs. 1 Nr. 2 Insolvenzordnung (InsO) iVm § 52 Satz 2 und Satz 3 LVwG iVm § 131 Abs. 2 GO-SH.

⁷⁰ Vgl. Ott/Vuia in: Münchner Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Auflage 2013, § 12 Rn. 23; § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO iVm § 52 Satz 2 und Satz 3 LVwG iVm §§ 106 a, 131 Abs. 2 GO-SH.

⁷¹ Vgl. § 9 Satz 2 Landesverordnung über Kommunalunternehmen als Anstalt des öffentlichen Rechts (KUVVO), § 106a Abs. 4 Satz 2 GO-SH.

⁷² Vgl. § 106a Abs. 4 Satz 2 GO-SH.

⁷³ Dehn, in Bracker/Dehn, Gemeindeordnung Schleswig-Holstein, Kommentar, 7. Auflage, § 106a, zu Abs. 4 Ziffer 1.

von der Gemeinde aufgrund der Anstaltslast verlangen, dass diese ihr die Mittel zu Verfügung stellt. Letztendlich haftet damit die Gemeinde und eine Insolvenz der AöR ist de facto ausgeschlossen⁷⁴.

- gGmbH

Kommunale Unternehmen in privater Rechtsform unterliegen dem Insolvenzrecht und sind insolvenzfähig.⁷⁵ Die Gemeinde ist gesetzlich nicht verpflichtet, ihre Unternehmen in privater Rechtsform vor der Insolvenz zu bewahren. Dies gilt selbst dann, wenn die Gemeinde 100% der Anteile an dem privatrechtlichen Unternehmen hält. Es besteht jedoch die Möglichkeit im Gesellschaftsvertrag eine Nachschusspflicht zu vereinbaren, sofern dies gewünscht ist.⁷⁶

17. Welcher „worst case“ wäre bei vorliegender Insolvenzfähigkeit denkbar?

Regie- und Eigenbetriebe sind nicht insolvenzfähig und auch eine Insolvenz der AöR ist faktisch ausgeschlossen (vgl. oben Frage Nr. 16).

Die GmbH ist insolvenzfähig. Die Geschäftsführung der GmbH ist verpflichtet, bei Vorliegen von Insolvenzgründen (Zahlungsunfähigkeit, drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung)⁷⁷ ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, einen Eröffnungsantrag zu stellen.⁷⁸ Die Gesellschaftsorgane bleiben während des Insolvenzeröffnungsverfahrens im Amt. Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens übernimmt der hierzu vom zuständigen Amtsgericht bestellte Insolvenzverwalter die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen der GmbH (§ 80 Abs. 1 InsO) und fungiert als gesetzlicher Vertreter der GmbH. Der Insolvenzverwalter wäre im Interesse der Gläubiger verpflichtet, den Kitabetrieb möglichst optimal im Hinblick auf die Verwertung des Vermögens der GmbH abzuwickeln, d.h., entweder stillzulegen, auf einen dritten Rechtsträger zu verwerten oder – in zeitlich beschränktem Umfang – bis zu einer relevanten Entscheidung über die Veräußerung/Stilllegung fortzubetreiben.

Für die Arbeitsverhältnisse der zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bei der GmbH beschäftigten Arbeitnehmer hat die Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Kern folgende Rechtsfolgen:

- Der Bestands-Status der Arbeitsverhältnisse wird durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht berührt. Die Arbeitsverhältnisse werden durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht beendet.

⁷⁴ Vgl. auch § 106a Abs. 5 iVm § 131 Abs. 2 GO-SH.

⁷⁵ Ott/Vuia in: Münchner Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Auflage 2013, § 12 Rn. 16.

⁷⁶ Vgl. §26 GmbHG.

⁷⁷ Vgl. §§ 17, 018, 19 InsO.

⁷⁸ Vgl. § 15a InsO.

- Die Arbeitnehmer haben einen Anspruch auf Insolvenzgeld nach Maßgabe der §§ 165 ff. InsO. Das Insolvenzgeld sichert wirtschaftlich die Vergütungsansprüche der Arbeitnehmer in den letzten drei Monaten vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ab.
- Sollte es dem Insolvenzverwalter gelingen, für den operativen Geschäftsbetrieb des Kita-Betriebs einen Erwerber zu finden, gehen die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer der GmbH – in dem für die Fortführung des Kita-Betriebs maßgeblichen Umfang – auf den Erwerber über; dies häufig in der rechtlichen Ausgestaltung eines Betriebsübergangs gemäß § 613a BGB. Der Erwerber tritt mit dem Betriebsübergang in die Arbeitsverhältnisse als Rechtsnachfolger der insolventen GmbH ein. Die Arbeitsbedingungen gelten zunächst unverändert weiter (§ 613a Abs. 1 S. 1 BGB). In der Praxis versuchen Erwerber, eine Modifizierung einzelner Arbeitsbedingungen gegenüber den übergehenden Arbeitnehmern unter Beachtung der rechtlichen Vorgaben des § 613a BGB herbeizuführen.
- Sollte der Insolvenzverwalter keinen Erwerber für den operativen Geschäftsbetrieb des Kita-Betriebs finden, wird er voraussichtlich den Geschäftsbetrieb stilllegen. Generell kann der Insolvenzverwalter im Hinblick auf eine solche Stilllegung die Arbeitsverhältnisse der zum Zeitpunkt der Entscheidung über die und die Umsetzung der Stilllegung bei der GmbH beschäftigten Arbeitnehmer aus betriebsbedingten Gründen kündigen. Der Insolvenzverwalter hätte mit einem zu diesem Zeitpunkt bei der GmbH bestehenden Betriebsrat einen Interessenausgleich und einen Sozialplan über die Stilllegung abzuschließen.
- Für das Stilllegungsszenario ist zu beachten, dass die Bereithaltung von Kita-Plätzen und der damit verbundene operative Betrieb von Kita-Einrichtungen zu den Aufgaben der Gemeinde im Bereich der öffentlichen Daseinsversorgung gehört. Die Gemeinde hätte daher in einem solchen Insolvenz-Szenario die öffentliche Versorgung der Gemeinde mit Kita-Plätzen in anderer Weise sicherzustellen und aus dieser anderweitigen Sicherstellung entstehen in der Regel im Einzelfall (Weiter-) Beschäftigungsmöglichkeiten für die bei der GmbH zuletzt beschäftigten Arbeitnehmer.

VII. Fragen zum Realisierungsaufwand/Realisierungshorizont, voraussichtlicher Umsetzungsaufwand:

1. Welche Kosten entstehen der Gemeinde durch die Gründung der jeweiligen Organisationsform?
 - a) Personalaufwand

Die Art und der Umfang der Tätigkeiten in dem Betrieb und der Verwaltung von Kindertagesstätten sind grundsätzlich zunächst unabhängig von der Rechtsform zu sehen. Für den Fall, dass sich die Vergütungsstruktur der Mitarbeiter ändert, da z.B. in einer spezifischen Organisationsform abweichend von Tarifen des öffentlichen Dienstes entlohnt wird, so sind die Auswirkungen gesondert zu untersuchen.

b) Kosten etwaig entstehender Überkapazitäten in Verwaltung/Kita der Gemeinde

Auch für diese Fragestellung gehen wir zunächst davon aus, dass sich der Gesamtumfang der Tätigkeiten im Betrieb und der Verwaltung der Kitas unabhängig von der Organisationsform darstellt. Überkapazitäten könnten sich nach unserer Einschätzung nur dann ergeben, wenn in der jetzigen Organisation Arbeiten parallel bzw. doppelt ausgeführt werden, die nach einer Umorganisation zusammengeführt werden könnten. Sollte dies der Fall sein, wäre die Ermittlung einer gegebenenfalls vorhandenen Überkapazität einer gesonderten Untersuchung zu unterziehen.

c) Gründungs- und Anpassungsaufwand (Innere Verfassungen, Vertragswerke, Betreuungsordnungen, Entgeltregelungen, Betriebs-/Geschäftsführung, politische Administration, Aufbau-/Ablauforganisation, Verwaltung, Haftungs-/Versicherungsfragen)

Als Gründungskosten für die einzelnen Organisationsformen fallen insbesondere Kosten für die Erstellung von Satzungen / Gesellschaftsverträgen sowie die gegebenenfalls notwendige notarielle Begleitung an. Die Kosten für Eigenbetriebe, gGmbH und die AöR würden sich dabei nicht wesentlich unterscheiden. Die Höhe der Kosten hängt insbesondere davon ab, wie hoch der Detaillierungsgrad der Regelungstiefe in den Vertragswerken sein soll und ist damit gestaltbar. Ohne Berücksichtigung notwendiger Einlagen in das Eigenkapital werden die Kosten für die Satzungen / Beglaubigung und Eintragung nach unserer Einschätzung zwischen EUR 5.000 und EUR 20.000 liegen.

Der Anpassungsaufwand hingegen kann größere Beträge erfordern und wäre gesondert zu ermitteln. Festzustellen ist jedoch, dass diese grundsätzlich unabhängig von der Organisationsform sind, da sich das operative Aufgabenfeld nicht unterscheidet.

d) Umstellung/Einrichtung eines gesonderten betrieblichen (doppischen) Rechnungswesens/Finanzbuchhaltung

In Anbetracht der zu erwartenden Größe der neu zu schaffenden Organisationsform, die zehn Kita-Einrichtungen vereint, ist davon auszugehen, dass in Abhängigkeit der zukünftigen Organisation und dem Umfang des übergebenen Vermögens mindestens eine Stelle zur Betreuung des betrieblichen (doppischen) Rechnungswesens notwendig sein wird. Auf der anderen Seite ist aber davon auszugehen, dass die Einrichtung dieser Stelle eine entsprechende Entlastung in der bisherigen Verwaltung der Einnahmen und Ausgaben nach sich ziehen wird. Zusätzlich ist bei der Umstellung mit einem einmaligen Umstellungsaufwand zu rechnen. Dieser könnte zwischen EUR 10.000 und 50.000 liegen, in Abhängigkeit von der Intensität der Einbindung von externen Beratern.

e) Reintegration zu Haushalt und Jahresabschlüssen der Gemeinde (Sondernachweise/Gesamtabschlüsse)

Für die Organisationsform des Regiebetriebes ergeben sich hieraus keine gesonderten Herausforderungen, da die Einnahmen und Ausgaben bereits Bestand des Haushaltes sind und auch zukünftig bleiben.

Für alle anderen Rechtsformen ist davon auszugehen, dass der durch den Betrieb und die Verwaltung entstehende Verlust im Ergebnis ebenfalls durch den Haushalt der Gemeinde auszugleichen sein wird und sich damit im Haushalt der Gemeinde insoweit niederschlägt. Dies kann durch laufende Betriebszuschüsse oder aber einen bilanziellen Verlustausgleich erfolgen.

Beim Verlustausgleich der Gemeinde sind zudem folgende Regelungen zu beachten:

Für den Eigenbetrieb gilt, dass gemäß § 8 EigVO angemessene Rücklagen zu bilden sind. Der Jahresgewinn der Gesellschaft sollte nach der EigVO so hoch sein, dass neben der Bildung von angemessenen Rücklagen auch eine marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals sichergestellt ist. Ein Jahresverlust kann auf neue Rechnung vorgetragen werden, allerdings nur dann, wenn nach der Finanzplanung (unter Berücksichtigung von Betriebszuschüssen) Gewinne zu erwarten sind. Andernfalls hat der sofortige Verlustausgleich aus den Haushaltsmitteln der Gemeinde zu erfolgen. Gemäß § 8 Abs. 6 EigVO ist ein auf neue Rechnung vorgetragener Verlust in den darauffolgenden fünf Jahren durch Gewinne zu tilgen. Ein nach Ablauf von fünf Jahren immer noch verbleibender Verlust kann, bei entsprechender Eigenkapitalausstattung, durch das Herabsetzen von Rücklagen getilgt werden, andernfalls ist der Verlust spätestens dann durch Haushaltsmittel der Gemeinde unverzüglich auszugleichen.

Auch die AöR sollte laut. § 14 KUVO grundsätzlich einen Jahresgewinn erwirtschaften (auch hier unter Berücksichtigung von Zuschüssen), der neben der angemessenen Rücklagendotierung eine marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals erwarten lässt. Ein Jahresverlust wird, sofern er nicht sofort aus Haushaltsmitteln ausgeglichen wird, auf neue Rechnung vorgetragen. Auch hier ist spätestens nach fünf Jahren ein Ausgleich durch Haushaltsmittel vorgesehen.

Über die Ergebnisverwendung der gGmbH entscheidet die Gesellschafterversammlung. Grundsätzlich gilt, dass Verluste und auch Gewinne auf neue Rechnung vorgetragen werden können. Gewinne und Gewinnvorträge aus früheren Jahren können jederzeit auf Basis eines Gesellschafterbeschlusses an die Gesellschafterin ausgeschüttet werden. Zu beachten sind jedoch die Kapitalerhaltungsvorschriften und möglicherweise die Vorschriften zur Vermeidung einer bilanziellen Überschuldung bei dauerhaften Verlusten. Im Gesellschaftsvertrag können zudem weiterführende Regelungen zur Ergebnisverwendung, Rücklagendotierung bzw. die Auskehrung / Verwendung von Rücklagen getroffen werden.

f) Aufbau Beteiligungsmanagement Gemeinde

Die Gemeinde hat grundsätzlich in allen Organisationsformen die Pflicht zur Überwachung der Wirtschaftlichkeit und Investitionen in denen sie als Trägerin oder Gesellschafterin auftritt. Zusätzlich ist die Gemeinde jedoch nach der am 10. Juni 2016 verabschiedeten Reform des Gemeindegewirtschaftsrechts gemäß § 109 a GO-SH n.F. zur Einrichtung eines Beteiligungsmanagements verpflichtet. Aufgabe des Beteiligungsmanagements ist es, die Gemeinde bei der Steuerung und Kontrolle ihrer wirtschaftlichen Unternehmen, Einrichtungen und Beteiligungen zu unterstützen. Im Rahmen ihrer unterstützenden Funktion obliegt der Beteiligungsverwaltung gemäß § 109 a Abs. 3 GO-SH insbesondere,

- den Bericht nach § 45 c Satz 4 GO-SH (Bericht des Bürgermeisters an Gemeindevertretung oder Ausschüsse) vorzubereiten,
- die Gemeindevertretung und ihre Ausschüsse zu informieren, beraten und deren Sitzungen fachlich vorzubereiten,
- Vertreterinnen und Vertreter der Gemeinde in den Organen der wirtschaftlichen Unternehmen, Einrichtungen und Beteiligungen zu informieren, beraten und Angebote für deren Qualifizierung und Weiterbildung im Rahmen des aus dieser Tätigkeit resultierenden Bedarfs in betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Fragen vorzuhalten und
- ein strategisches Beteiligungscontrolling und Risikomanagement einzurichten.

Die Pflicht zur Einrichtung des Beteiligungsmanagements gilt unabhängig von der Organisationsform der wirtschaftlichen Unternehmen.⁷⁹ Dabei gehen wir indes davon aus, dass eine Organisation der Kindertagestätten als Regiebetrieb nicht unter die Pflicht fällt. Angesichts der engen Einbindung der Regiebetriebs in die Gemeindeverwaltung würde durch den zusätzlichen Aufbau eines Beteiligungsmanagements nichts gewonnen.

g) Rechnungs-/Wirtschaftsprüfungsaufwand

Wir verweisen auf unsere Ausführungen zur Fragestellung VI. 2.

h) Vermögensübergang/ -verwaltung

Zu den Kosten der Vermögensübertragung verweisen wir auf unsere Ausführungen zur Frage IV. 2.a. Daneben können zusätzliche, einmalige Kosten aus der Umstellung auf Doppik, die Einrichtung eines

⁷⁹ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Kommunalwirtschaft der Landesregierung Schleswig-Holstein, Drucksache 18/3152 (Seite 53f.).

Buchführungssysteme, die Erfassung der Vermögensgegenstände im Anlagenverzeichnis und gegebenenfalls die Ermittlung von Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten anfallen.

2. Welche Mehraufwendungen sind in den ersten 10 Jahren nach dem Organisationsformwechsel zu erwarten?

Eine detaillierte Abschätzung der in den ersten 10 Jahren mit dem Wechsel der Organisationsform verbundenen Kosten ist entscheidend davon abhängig, welche Organisationsanpassungen gegenüber dem jetzigen Status erforderlich sein werden. Dies erfordert weitergehende Untersuchungen, da dies entscheidend davon abhängt, ob gegebenenfalls zusätzlich notwendig werdende Funktionen durch vorhandene Kapazitäten abgedeckt werden können.

Bei der Wahl einer Organisationsform, die die Einrichtung einer doppelten Buchführung, einen Jahresabschluss und eine Prüfung erfordert, ist aber definitiv mit zusätzlichen Aufwendungen zu rechnen. Wie oben ausgeführt, wird ein einmaliger Umstellungsaufwand für die Einrichtung einer Buchführung in einer Spanne von EUR 10.000 bis 50.000 anfallen. Zudem werden für Kosten der laufenden Buchführung, der Jahresabschlusserstellung und die Prüfung jährliche Kosten zwischen EUR 40.000 und EUR 60.000 anfallen.

3. Welche rechtlichen Bedingungen/Genehmigungen sind für die Gründung der jeweiligen Organisationsform erforderlich und in welchem zeitlichen Rahmen ist dieses nach der gemeindlichen Beschlussfassung umsetzbar?

- Regiebetrieb

Die Organisationsform des Regiebetriebs ist gesetzlich nicht geregelt, sondern unterliegt allein der Organisationsgewalt der Kommune, weshalb keine besonderen Bedingungen oder Genehmigungen erforderlich sind.

- Eigenbetrieb und AöR

Die Gründung eines Eigenbetriebs und einer AöR sind spätestens 6 Wochen vor Beschlussfassung der Gemeindevertretung bei der Kommunalaufsichtsbehörde gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 GO-SH anzuzeigen. Die Entscheidung der Gemeinde wird gemäß § 108 Abs. 1 Satz 4 GO-SH wirksam, wenn die Kommunalaufsichtsbehörde nicht innerhalb von sechs Wochen nach Eingang der Beschlussfassung wegen Verletzung von Rechtsvorschriften widerspricht oder vor Ablauf der Frist erklärt, dass sie nicht widersprechen wird. Ferner ist von der Gemeindevertretung⁸⁰ für den Eigenbetrieb gemäß § 5 Abs. 1 EigVO eine Betriebssatzung und für die AöR eine Organisationssatzung gemäß § 106 a Abs. 2 GO-SH zu erlassen. Die Satzungen sind nach dem Beschluss der Gemeindevertretung durch die Bürgermeisterin oder den Bürgermeister gemäß

⁸⁰ § 28 Nr. 2 GO-SH.

§ 4 Abs. 2 GO-SH auszufertigen und anschließend bekanntzumachen. Für die Gründung eines Eigenbetriebs und einer AöR ist erfahrungsgemäß ein zeitlicher Rahmen von durchschnittlich zwei bis acht Wochen einzuplanen.

- gGmbH

Wie bei der geplanten Gründung eines Eigenbetrieb und einer AöR ist auch die geplante Gründung einer gGmbH spätestens 6 Wochen vor Beschlussfassung der Gemeindevertretung bei der Kommunalaufsichtsbehörde gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 GO-SH anzuzeigen. Für die Gründung einer gGmbH ist eine notarielle Gründungsurkunde einschließlich eines Gesellschaftsvertrages erforderlich. Die gGmbH entsteht mit ihrer Eintragung ins Handelsregister. Für die Gründung einer gGmbH ist nach der gemeindlichen Beschlussfassung erfahrungsgemäß ein zeitlicher Rahmen von durchschnittlich zwei bis acht Wochen einzuplanen.

Bei der Gründung einer AöR oder gGmbH entsteht zudem ein neuer Kita-Träger im Sinne § 9 Abs. 1 KiTaG, der für den Betrieb der Kindertageseinrichtung gemäß § 11 Abs. 1 KiTaG einer neuen Betriebserlaubnis nach § 45 SGB VIII bedarf. Im Fall eines Regie- oder Eigenbetriebs bleibt die Gemeinde Henstedt-Ulzburg hingegen Trägerin der Kitas, da bei einer Gründung eines Regie- oder Eigenbetriebs aufgrund der fehlenden Rechtspersönlichkeit kein Trägerwechsel erfolgt.

	Regiebetrieb	Eigenbetrieb	AöR	gGmbH
Gründung der Organisationsform	Die Organisationsform des Regiebetriebs ist gesetzlich nicht geregelt, sondern beruht auf der Organisationsgewalt der Kommune.	<ul style="list-style-type: none"> • Schriftliche Anzeige bei der Kommunalaufsichtsbehörde • Erlass einer Betriebs-satzung 	<ul style="list-style-type: none"> • Schriftliche Anzeige bei der Kommunalaufsichtsbehörde • Erlass der Errichtungs- und Organisations-satzung 	<ul style="list-style-type: none"> • Schriftliche Anzeige bei der Kommunalaufsichtsbehörde • Notarielle Gründungsurkunde einschließlich des GmbH - Gesellschaftsvertrages • Entstehung der gGmbH Person mit Eintragung im Handelsregister
Zeitlicher	-----	2 – 8 Wochen	2 – 8 Wochen	2 – 8 Wochen

VIII. Fragen zur organisatorischen Ausgestaltung bzw. Gestaltungsmöglichkeiten, zu Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten der Gemeinde/der Politik:

1. Welche verschiedenen Optionen bestehen hinsichtlich der Organisationsstrukturen (Kontrollorgane, Führungsstruktur, Anbindung an die Gemeinde) bezogen auf die jeweilige Organisationsform?

- Regiebetrieb

Der Regiebetrieb besitzt keine eigenen Organe. Er wird – sofern er in Form eines eigenständigen Amtes geführt wird – von einer/einem Fachbereichsleiter/in geleitet. Mangels Rechtspersönlichkeit ist die Bürgermeisterin / der Bürgermeister der Trägergemeinde die gesetzliche Vertreterin / der gesetzliche Vertreter des Regiebetriebs. Die wesentlichen Entscheidungen trifft die Gemeindevertretung im Rahmen ihrer Zuständigkeiten gemäß §§ 27, 28 GO-SH. Die Gemeinde besitzt umfassende Weisungs- und Kontrollrechte.

- Eigenbetrieb

Die Gemeindevertretung bestellt gemäß § 2 Abs. 1 EigVO für die Leitung des Eigenbetriebs eine Werkleitung. Sie kann aus einer oder mehreren Werkleiterinnen oder Werkleitern bestehen.⁸¹ Die Werkleitung leitet gemäß § 3 Abs. 1 EigVO den Eigenbetrieb und ist für seine wirtschaftliche Führung verantwortlich. Zudem vertritt die Werkleitung die Gemeinde in Angelegenheiten des Eigenbetriebs, die ihrer Entscheidung unterliegen.⁸² Die genauen Zuständigkeiten sind in der Betriebssatzung bestimmt. Der Werkleitung obliegt die Pflicht, die Bürgermeisterin / den Bürgermeister über alle wichtigen Angelegenheiten des Eigenbetriebs rechtzeitig zu unterrichten.⁸³

Für wesentliche Entscheidungen des Eigenbetriebs sind gemäß § 5 Abs. 1 EigVO Beschlüsse der Gemeindevertretung erforderlich. Hierzu zählen unter anderem der Erlass der Betriebssatzung, Entscheidungen zu wesentlichen Aus- und Umgestaltungen oder die Auflösung des Eigenbetriebs sowie die Entnahme von Eigenkapital. Die Gemeindevertretung hat gemäß § 5 Abs. 2 EigVO zudem die Möglichkeit einen Werkausschuss nach § 45 GO-SH zu bilden und ihm bestimmte Entscheidungen zu übertragen.

- AöR

⁸¹ Vgl. § 2 Abs. 2 EigVO.

⁸² Vgl. § 4 Abs. 1 EigVO.

⁸³ Vgl. § 3 Abs. 2 EigVO.

Organe der AöR sind gemäß § 2 KUVO der Vorstand und der Verwaltungsrat. Der Vorstand leitet die AöR in eigener Verantwortung und vertritt die Anstalt gerichtlich und außergerichtlich. Er wird vom Verwaltungsrat auf höchstens fünf Jahre bestellt.⁸⁴ Bei der AöR hat die Trägergemeinde die Möglichkeit, in der Organisationsatzung selbst zu bestimmen, wie eng sie das gemeinsame Kommunalunternehmen führen wollen. Rechtlich zulässig ist es, dem Vorstand weite oder im Gegenteil auch nur enge Geschäftsführungsbefugnisse einzuräumen. Streben die Trägergemeinde weitgehende Steuerungsmöglichkeiten an, können diese über weite Befugnisse des Verwaltungsrats erreicht werden. Der Grundkonzeption des gemeinsamen Kommunalunternehmens entspricht es jedoch eher, wenn ihre Träger über den Verwaltungsrat nur zurückhaltend Steuerungs- und Einflussnahmemöglichkeiten ausgestalten.⁸⁵ Deutlich wird dies aus § 3 Abs. 1 KUVO, der grundsätzlich die eigenverantwortliche Leitung des gemeinsamen Kommunalunternehmens durch den Vorstand vorsieht. Ebenso kann die Gemeinde Henstedt -Ulzburg sich dafür entscheiden, ob sie ihren Einfluss auf das Kommunalunternehmen stärkt, indem sie nach § 4 Abs. 1 Satz 6 KUVO in der Organisationsatzungen vorsieht, dass bei Entscheidungen der Organe des Kommunalunternehmens von grundsätzlicher Bedeutung die Zustimmung der Gemeindevertretung erforderlich ist.

Der Verwaltungsrat überwacht gemäß § 4 Abs. 1 KUVO die Geschäftsführung des Vorstands. Der Vorstand ist verpflichtet, dem Verwaltungsrat in allen Angelegenheiten auf Anforderung Auskunft zu geben und ihn über alle wichtigen Vorgänge rechtzeitig zu informieren.⁸⁶ Die Mitglieder des Verwaltungsrats einschließlich ihrer Stellvertreter werden von der Gemeindevertretung gewählt.⁸⁷

- gGmbH

Die gGmbH wird gemäß § 35 Abs. 1 GmbHG durch den Geschäftsführer gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Der/die Geschäftsführer/in ist für die laufenden Geschäfte der gGmbH verantwortlich und verfügt über eine unbeschränkte organschaftliche Vertretungsmacht, die grundsätzlich nicht beschränkbar ist, weder durch Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschluss noch durch Anstellungsvertrag. Im Innenverhältnis kann die Geschäftsführerbefugnis hingegen gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG durch Gesellschaftsvertrag beschränkt werden. So kann der/die Geschäftsführer/in beispielsweise verpflichtet werden, vor bestimmten Entscheidungen die Zustimmung der Gesellschafterversammlung einzuholen. Die Vertretungsbefugnis des

⁸⁴ Vgl. § 4 Abs. 1 KUVO.

⁸⁵ Siehe die Entscheidungsbefugnisse des Verwaltungsrates der NORDBITS nach § 6 der Organisationsatzung (liegt uns nur undatiert vor). Danach hat der Verwaltungsrat im Grundsatz keine Entscheidungsbefugnisse hinsichtlich der operativen Tätigkeit des Kommunalunternehmens. Insbesondere entscheidet er lediglich über „wesentliche Änderungen des IT-Konzeptes“.

⁸⁶ Vgl. § 3 Abs. 2 KUVO.

⁸⁷ Vgl. § 4 Abs. 2 KUVO.

Geschäftsführers nach außen hin wird durch eine solche Einschränkung jedoch nicht berührt, d.h. die Einschränkung gilt nur im Innenverhältnis, nicht jedoch im Außenverhältnis gegenüber Dritten.⁸⁸

Die Gesellschafterversammlung trifft als oberstes Organ der gGmbH gemäß § 46 GmbHG alle wesentlichen Entscheidungen - wie zum Beispiel die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern - für die gGmbH. Sie überwacht die Tätigkeit des Geschäftsführers und ist berechtigt, dem Geschäftsführer durch Gesellschafterbeschluss (§ 47 GmbHG) Weisungen zu erteilen. Alleiniges Mitglied der Gesellschafterversammlung soll der / die Bürgermeister/in als gesetzliche/r Vertreter/in der Gemeinde sein. Allerdings sieht die am 10. Juni 2016 verabschiedete Gemeinderechtsreform in dem zukünftigen § 104 GO-SH n.F. die Sollbestimmung, wonach die Vertretung in Gesellschaften dem / der Bürgermeister/in als gesetzliche/r Vertreter/in der Gemeinde zugeordnet wird, nicht mehr vor. Stattdessen muss nach dem § 102 Abs. 2 Nr. 4 GO-SH n.F. durch Gesellschaftsvertrag oder Satzung sichergestellt werden, dass der / die Bürgermeister/in als gesetzliche/r Vertreter/in der Gemeinde zumindest das Recht erhält, an der Gesellschafterversammlung teilzunehmen.

Das GmbHG etabliert den Aufsichtsrat als freiwilliges Organ zur Überwachung der Geschäftsführung. Eine Pflicht zur Einrichtung eines Aufsichtsrats ergibt sich hingegen nur, wenn mehr als 500 Arbeitnehmer bei der GmbH beschäftigt sind.⁸⁹ Nach § 102 Abs. 1 Nr. 3 GO-SH n.F. ist die Gemeinde verpflichtet, kommunale Vertreter in den Aufsichtsrat zu entsenden. Für die Ausgestaltung des Aufsichtsrats im Gesellschaftsvertrag herrscht gemäß § 52 Abs. 2 GmbHG weitgehend Gestaltungsfreiheit. So können die nach § 52 Abs. 1 GmbHG vorgesehenen anwendbaren Vorschriften des Aktienrechts für den fakultativen Aufsichtsrat in dem Gesellschaftsvertrag abbedungen und die gesellschaftsrechtliche Weisungsfreiheit der Aufsichtsräte aufgehoben werden. Stattdessen hat die Gemeinde die Möglichkeit, in dem Gesellschaftsvertrag zu vereinbaren, dass sie ein Weisungsrecht gegenüber den von ihr entsandten Vertretern im Aufsichtsrat erhält. Mit der Reform des Gemeindefirtschaftsrechts ist die Gemeinde hierzu sogar verpflichtet. Denn nach § 102 Abs. 2 Nr. 3 GO-SH n.F. ist der Gemeinde in dem Gesellschaftsvertrag das Recht einzuräumen, den in den Aufsichtsrat entsandten Mitgliedern Weisungen zu erteilen, die sich zumindest auf die Steuerung des Unternehmens zur Erreichung strategischer Ziele erstrecken müssen.

Sowohl die Gesellschafterversammlung als auch die Sitzungen des Aufsichtsrats sind nicht öffentlich.

Das Ministerium für Inneres und Bundesangelegenheiten hat als Arbeitshilfe zur Durchsetzung der Gründungsvoraussetzungen in kommunalen Unternehmen einen Muster-Gesellschaftsvertrag

⁸⁸ Vgl. § 37 Abs. 2 GmbHG.

⁸⁹ Vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 3 Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat.

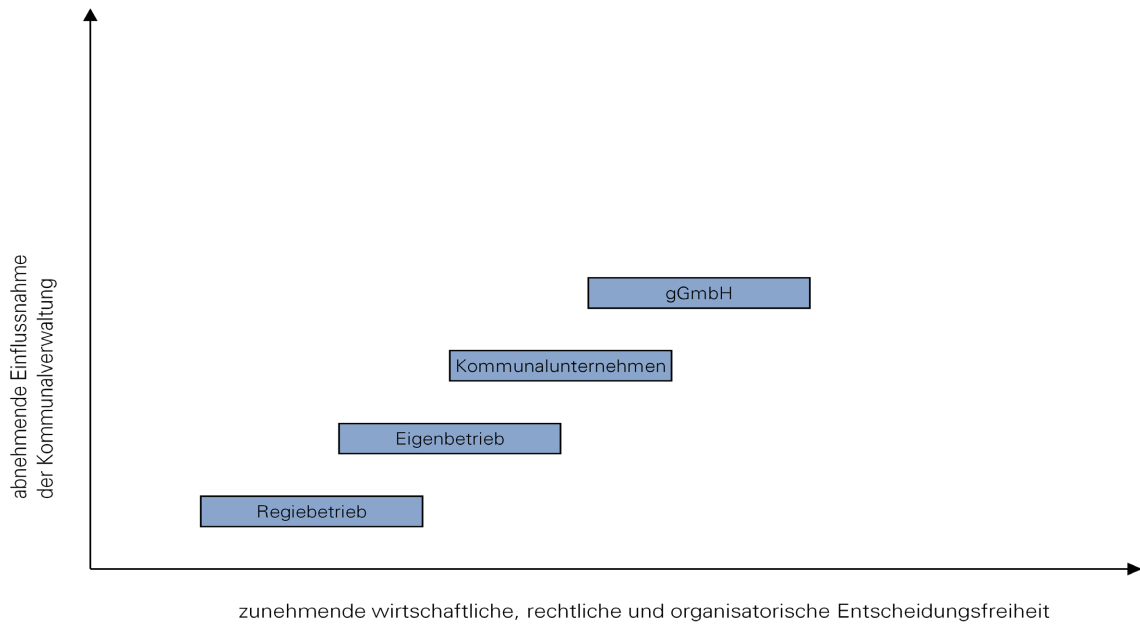
unverbindlich herausgegeben. Der Muster-Gesellschaftsvertrag ist auf GmbHs ausgelegt und geht von einer unmittelbaren Beteiligung der Kommune als alleinige Gesellschafterin aus.⁹⁰

Ergänzend zu den vorstehenden Ausführungen ist darauf hinzuweisen, dass die Geschäftsführung genauso wie der Aufsichtsrat und die Gesellschafterversammlung grundsätzlich dem Wohl der GmbH und nicht den (politischen) Interessen der Gemeinde verpflichtet sind. Ein Auseinanderfallen der Interessen der GmbH und der Gemeinde dürfte bei einer 100%-igen Tochtergesellschaft kaum eintreten. Denn der Gesellschaftszweck und die von der Geschäftsführung zu verfolgenden Interessen werden vollständig von den Gesellschaftern vorgegeben (z.B. durch Gesellschaftsvertrag und Weisungen an den Geschäftsführer). Das Ministerium für Inneres und Bundesangelegenheiten hat als Arbeitshilfe zur Durchsetzung der Gründungsvoraussetzungen in kommunalen Unternehmen einen Muster-Gesellschaftsvertrag unverbindlich herausgegeben. Der Muster-Gesellschaftsvertrag ist auf GmbHs ausgelegt und geht von einer unmittelbaren Beteiligung der Kommune als alleinige Gesellschafterin aus.⁹¹

Das nachfolgende Schaubild stellt den normalerweise angestrebten Grad der Verselbständigung der jeweiligen Organisationsformen vereinfacht dar:

⁹⁰ Vgl. Erläutertes Muster eines Gesellschaftsvertrags für Gesellschaften mit beschränkter Haftung, an denen Kommunen des Landes Schleswig-Holstein beteiligt sind (Muster-Gesellschaftsvertrag –M-GV), Stand 13. Juni 2016.

⁹¹ Vgl. Erläutertes Muster eines Gesellschaftsvertrags für Gesellschaften mit beschränkter Haftung, an denen Kommunen des Landes Schleswig-Holstein beteiligt sind (Muster-Gesellschaftsvertrag –M-GV), Stand 13. Juni 2016.



	Regiebetrieb	Eigenbetrieb	AöR	gGmbH
Leitung	Fachbereichsleiter	Werkleitung	Vorstand	Geschäftsführer
weitere Organe	keine	<ul style="list-style-type: none"> • Gemeindevertretung • Werkausschuss (optional) 	<ul style="list-style-type: none"> • Verwaltungsrat 	<ul style="list-style-type: none"> • Gesellschafterversammlung • Aufsichtsrat optional; nur verpflichtend, wenn die GmbH mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt⁹²

⁹² § 52 GmbHG.

2. Wie setzen sich die Kontrollorgane zusammen?

- Regie- und Eigenbetrieb

Die Leitung von Regie- und Eigenbetrieb haben keine Kontrollorgane. Alle wesentlichen Entscheidungen sind der Gemeindevertretung vorbehalten (vgl. oben D. Grundlagen zu den ausgewählten Organisations- und Rechtsformmodellen).⁹³ Die Werkleitung des Eigenbetriebs trifft gemäß § 24 EigVO jedoch eine Rechenschaftspflicht gegenüber dem Bürgermeister und der Gemeindevertretung, wonach sie innerhalb von drei Monaten nach Schluss des Wirtschaftsjahres den Jahresschluss und den Lagebericht vorlegen muss.

- AöR

Der Vorstand der AöR wird gemäß § 4 Abs. 1 KUVO vom Verwaltungsrat überwacht und bestellt dessen Mitglieder. Die Gemeindevertretung wählt gemäß § 4 Abs. 2 KUVO die Mitglieder des Verwaltungsrats, die sich in der Regel aus der/dem ihm vorsitzenden Bürgermeister/in und weiteren entsandten Mitgliedern zusammensetzen. Die genaue Anzahl der Verwaltungsratsmitglieder ist gemäß § 6 Nr. 1 KUVO in der Satzung festzulegen. Vertreter der Gemeinde im Verwaltungsrat sind weisungsabhängig und gegenüber der Gemeinde nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet.

- gGmbH

Die Geschäftsführung der gGmbH wird gemäß § 52 GmbHG vom (fakultativen) Aufsichtsrat kontrolliert. Zur kommunalen Einflussicherung und Interessenwahrnehmung werden meist kommunale Vertreter (Mitglieder der Gemeindevertretung) in den Aufsichtsrat entsandt.

	Regie- betrieb	Eigen- betrieb	AöR	gGmbH
Kontrollorgane	-----	-----	<u>Verwaltungsrat</u> überwacht den Vorstand und bestellt dessen Mitglieder	<u>Aufsichtsrat</u> kontrolliert die Geschäfts- führung

⁹³ Vgl. § 5 EigVO.

3. Was muss/sollte den Kontrollorganen zur Entscheidung vorgelegt werden?

- a) Verträge
- b) Personalentscheidungen
- c) Jahresabschluss
- d) Gebühren

Entsprechend der beabsichtigten relevanten Maßnahmen sind die Leitungsorgane der jeweiligen Organisationsform oder alternativ deren Aufsichtsorgane für die Entscheidungen zuständig.

Im Einzelnen:

	Regiebetrieb	Eigenbetrieb	AöR	gGmbH
Verträge (allgemein)	Gemäß Status quo: Bürgermeister.	Bürgermeister (oberste Dienstbehörde) und Werkleiter nach Maßgabe der Satzung.	Vorstand nach Maßgabe der Satzung (Zustimmungsvorbehalte Verwaltungsrat/Trägerversammlung)	Geschäftsführung nach Maßgabe der Satzung. (Zustimmungsvorbehalte Aufsichtsrat/Gesellschafterversammlung)
Personalentscheidungen	Gemäß Status quo: Bürgermeister.	Bürgermeister (oberste Dienstbehörde) und Werkleiter nach Maßgabe der Satzung.	Vorstand nach Maßgabe der Satzung. Für den Vorstand betreffende Personalentscheidungen Verwaltungsrat.	Geschäftsführung nach Maßgabe der Satzung. Für die Geschäftsführung betreffende Personalentscheidungen Gesellschafterversammlung.
Jahresabschluss (Feststellung)	Rechnungsprüfungsamt/Gemeindevertretung.		Verwaltungsrat.	Gesellschafterversammlung.
Gebühren	Gemeindevertretung.		Verwaltungsrat.	Gesellschafterversammlung.

4. Wie gestaltet sich die Einflussnahme der Verwaltungsleitung und der politischen Gremien auf die Geschäftspolitik und das operative Geschäft der jeweiligen Organisationsform?
- a) Verträge
 - b) Personalentscheidungen
 - c) Gebühren
 - d) Defizite
 - e) fachliche / konzeptionelle Ausrichtung der Kinderbetreuung

Die jeweilige beabsichtigte konkrete Maßnahme gestaltet sich grundsätzlich nach abstrakt-generellen Regelungen der entsprechenden Satzung oder des Gesellschaftervertrags. Die politische Gestaltung zukünftiger Maßnahmen sollte deshalb bereits in den entsprechenden Satzungen oder im Gesellschaftsvertrag unter Beachtung der gesetzlichen Rahmenbedingungen erfolgen.

	Regiebetrieb	Eigenbetrieb	AöR	gGmbH
Verträge (laufende Geschäfte)	Regelungen in der Hauptsatzung.	Regelungen in der Betriebssatzung.	Regelungen in der Satzung.	Gesellschafter- vertrag.
Personalentsch eidungen	Regelungen in der Hauptsatzung.	Regelungen in der Betriebssatzung.	Regelungen in der Satzung.	Gesellschafter- vertrag.
Gebühren	Regelungen in der Hauptsatzung.	Regelungen in der Betriebssatzung.	Regelungen in der Satzung.	Gesellschafterver- trag.
Defizite	Regelungen in der Hauptsatzung.	Regelungen in der Betriebssatzung.	Regelungen in der Satzung.	Gesellschafterver- trag.
fachliche/ konzeptionelle Ausrichtung der Kinderbetreu- ung	Regelungen in der Hauptsatzung.	Regelungen in der Betriebssatzung.	Regelungen in der Satzung.	Gesellschafterver- trag.

5. Welche Möglichkeiten gibt es für die jeweilige Organisationsform zur Errichtung eigener wirtschaftlicher Unternehmen, Erwerb von Beteiligungen an Dritten einschließlich Verwaltung und Veräußerung?

Bei allen Organisationsformen ist die Errichtung eigener wirtschaftlicher Unternehmen oder der Erwerb von Beteiligungen an Dritten einschließlich Verwaltung und Veräußerung unter Beachtung der gesetzlichen oder satzungsrechtlichen Bedingungen möglich und zulässig.

	Regiebetrieb	Eigenbetrieb	AöR	gGmbH
Errichtung wirtschaftlicher Unternehmen	Unter den Voraussetzungen des § 102 GO-SH.		Unter den Voraussetzungen des Vertrages zur Gründung der AöR und der Satzung der AöR, § 106a Abs. 1 Satz 2 GO SH.	Gesellschaftervertrag, § 102 Abs. 6 GO SH.
Erwerb von Beteiligungen an Dritte	Unter den Voraussetzungen des § 102 GO-SH.		Unter den Voraussetzungen des Vertrages zur Gründung der AöR und der Satzung der AöR.	Gesellschaftervertrag.
Veräußerung von Beteiligungen an Dritte	Unter den Voraussetzungen des § 103 GO-SH.		Unter den Voraussetzungen des Vertrages zur Gründung der AöR und der Satzung der AöR.	Gesellschaftervertrag.

6. Welche Möglichkeiten bestehen für die Beteiligung Dritter an der jeweiligen Organisationsform?

Eine Beteiligung Dritter ist grundsätzlich nur bei der Gründung einer gGmbH (dann als Gesellschafter) möglich. Bei der Organisationsform AöR ermöglichen Holding-Modelle die (mittelbare) Beteiligung privater Dritte (AöR Holding). Bei diesen Modellen handelt es sich um komplexe Strukturen, die gelegentlich kommunalen Konzernen von Großstädten anzutreffen sind (Beispiel: Berliner Wasserbetriebe). Diese sind aus unserer Sicht nicht geeignet für eine Beteiligung privater Dritter an einer Kindertagesstättenorganisation der Gemeinde Henstedt-Ulzburg.

7. Welche Verträge mit welchen Rechten und Pflichten für die Gemeinde müssen bezogen auf die jeweilige Organisationsform geschlossen werden?

Hinsichtlich der zu schließenden Verträge ist zwischen den Organisationsformen wie folgt zu differenzieren:

- Regie- und Eigenbetrieb
 - Erlass eines Betriebssatzung für den Eigenbetrieb
 - Regie- und Eigenbetrieb haben keine eigene Rechtspersönlichkeit, weshalb sie auch keine Verträge mit der Gemeinde schließen können.

- AöR
 - Satzung zur Gründung der AöR (Errichtung- und Organisationssatzung)⁹⁴
 - ggf. Mietverträge über die Kita-Immobilien bzw. Vertragsübernahme
 - ggf. Verträge über Serviceleistungen (zum Beispiel mit dem Baubetriebshofs)

- gGmbH
 - Gesellschaftsvertrag
 - ggf. Mietverträge über die Kita-Immobilien bzw. Vertragsübernahme
 - ggf. Verträge über Serviceleistungen (zum Beispiel mit dem Baubetriebshofs)

8. Inwieweit können die Beratungsrechte der Eltern vertraglich gesichert werden?

Die Pflicht zur Zusammenarbeit mit den Erziehungsberechtigten ist im KiTaG⁹⁵ gesetzlich verankert und gilt für jeden Träger von Kindertagesstätten, unabhängig von der gewählten Organisationsform. Die Beratungsrechte der Eltern können jedoch auch zusätzlich in der Satzung des Eigenbetriebs / der AöR oder im Gesellschaftsvertrag der gGmbH aufgenommen werden.

9. Wie eigenständig kann in der jeweiligen Organisationsform operiert werden?

- a) Vertragsfreiheit
- b) Verfügung über Finanzmittel
- c) Immobilien
- d) Eigenkapital
- e) Personal

⁹⁴ Vgl. PdK KVR SH/GO, §106 Rn. 6.

⁹⁵ Vgl. § 16 – 18 KiTaG.

Die Eigenständigkeit der jeweiligen Organisationsform richtet sich nach den entsprechenden gesetzlichen und satzungsrechtlichen Regelungen, im Einzelnen:

	Regiebetrieb	Eigenbetrieb	AöR	gGmbH
Vertragsfreiheit	Gesetzliche und satzungsrechtliche Grenzen (GO-SH, Satzung).	Gesetzliche und satzungsrechtliche Grenzen (GO-SH, Betriebsatzung).	Gesetzliche und satzungsrechtliche Grenzen (GO-SH, Satzung AöR).	Gesetzliche und satzungsrechtliche Grenzen (Gesellschaftervertrag, GmbHG, AO).
Verfügung über Finanzmittel	Gesetzliche und satzungsrechtliche Grenzen (GO-SH, Satzung).	Gesetzliche und satzungsrechtliche Grenzen (GO-SH, Betriebsatzung).	Gesetzliche und satzungsrechtliche Grenzen (GO-SH, Satzung AöR).	Gesetzliche und satzungsrechtliche Grenzen (Gesellschaftervertrag, GmbHG, AO).
Immobilien	Gesetzliche und satzungsrechtliche Grenzen (GO-SH, Satzung).	Gesetzliche und satzungsrechtliche Grenzen (GO-SH, Betriebsatzung).	Gesetzliche und satzungsrechtliche Grenzen (GO-SH, Satzung AöR).	Gesetzliche und satzungsrechtliche Grenzen (Gesellschaftervertrag, GmbHG, AO).
Eigenkapital	Keine Mindestsumme, angemessenes Kapital gemäß Satzung.			Mindestens 25.000,- EUR.
Personal	Gesetzliche und satzungsrechtliche Grenzen (GO-SH, Satzung, allgemeiner Kündigungsschutz unter anderem nach dem KSchG).	Gesetzliche und satzungsrechtliche Grenzen (GO-SH, Betriebsatzung, allgemeiner Kündigungsschutz unter anderem nach dem KSchG).	Gesetzliche und satzungsrechtliche Grenzen (GO-SH, Satzung AöR, allgemeiner Kündigungsschutz unter anderem nach dem KSchG).	Gesetzliche und satzungsrechtliche Grenzen (Gesellschaftervertrag, GmbHG, allgemeiner Kündigungsschutz unter anderem nach dem KSchG).

10. Wie eigenständig kann die Leitungsfunktion bzw. Geschäftsführung der jeweiligen Organisationsform entscheiden?

Die jeweiligen Entscheidungsbefugnisse und deren Reichweite der Leitungsorgane (Bürgermeister, Vorstand und Geschäftsführer) ergeben sich für alle Organisationsformen aus den jeweiligen gesetzlichen und satzungsrechtlichen Ermächtigungen:

	Regiebetrieb	Eigenbetrieb	AöR	gGmbH
--	--------------	--------------	-----	-------

Reichweite der Entscheidungs- befugnisse	Gesetzliche und satzungsrechtliche Grenzen (GO-SH, Satzung).	Gesetzliche und satzungsrechtliche Grenzen (GO-SH, Betriebsatzung) mit Aufgabenteilung zwischen dem Werkleiter und dem Bürgermeister.	Gesetzliche und satzungsrechtliche Grenzen (GO-SH, Satzung AöR) mit weitreichender Entscheidungsbefugnis des Vorstandes, die durch die Satzung AöR für verschiedene Handlungen an die Zustimmung des Verwaltungsrats geknüpft werden kann.	Gesetzliche und satzungsrechtliche Grenzen (Gesellschaftervertrag, GmbHG, AO): Generelle Weisungsgebundenheit der Geschäftsführung an die Gesellschafterversammlung, die im Gesellschaftervertrag durch konkrete Zustimmungserfordernisse für einzelne Handlungen konkretisiert wird.
---	--	---	--	---

11. Welche Anforderungen bestehen für die Besetzung der Leitungsfunktion / Geschäftsführung (kaufmännisch und pädagogisch) bezogen auf die jeweilige Organisationsform?

Für die Besetzung der Leistungsfunktion oder Geschäftsführung wird die Geschäftsfähigkeit der Personen vorausgesetzt. Besondere kaufmännische Voraussetzungen sind gesetzlich für alle Organisationsformen nicht vorgesehen.

Unabhängig von der Organisationsform müssen nach § 15 Abs. 2 Nr. 1 KiTaG iVm § 2 Abs. 1 Nr. 1 KiTaVO Fachkräfte in der Leitung von Kindertageseinrichtungen und in der Gruppenleitung

- staatlich anerkannte Kindheitspädagoginnen und Kindheitspädagogen, Sozialpädagoginnen und Sozialpädagogen oder Absolventinnen oder Absolventen vergleichbarer Studiengänge,
- staatlich anerkannte Erzieherinnen oder Erzieher,
- staatlich anerkannte Heilpädagoginnen oder Heilpädagogen oder
- staatlich anerkannte Heilerziehungspflegerinnen oder Heilerziehungspfleger sein.

Weitere Qualifikationsanforderungen ergeben sich aus dem KiTaG nicht.

12. Welche Einschränkungen sind in der jeweiligen Organisationsform zu beachten?

Je nach Organisationsform bestehen unterschiedliche Einschränkungen, die insbesondere die (Nicht-) Rechtspersönlichkeit und Haftung der jeweiligen Organisationsform betreffen, im Einzelnen:

	Regiebetrieb	Eigenbetrieb	AöR	gGmbH
Rechtliche Verhältnisse	<ul style="list-style-type: none"> Keine eigene Rechtspersönlichkeit, Teil des Gemeindevermögens, Rechtlich und wirtschaftlich unselbständig. 	<ul style="list-style-type: none"> Keine eigene Rechtspersönlichkeit, Sondervermögen der Gemeinde, Rechtlich unselbständig; wirtschaftlich selbständig. 	<ul style="list-style-type: none"> Eigene Rechtspersönlichkeit, Eigenes Vermögen, Rechtlich und wirtschaftlich selbständig. 	<ul style="list-style-type: none"> Eigene Rechtspersönlichkeit, Eigenes Vermögen, Rechtlich und wirtschaftlich selbständig.
Haftung	Gesetzliche und satzungsrechtliche Grenzen (GO-SH, Satzung).	Gesetzliche und satzungsrechtliche Grenzen (GO-SH, Betriebssatzung).	Gesetzliche und satzungsrechtliche Grenzen (GO-SH, Satzung AöR).	Gesellschaftervertrag, GmbHG.

13. Welche Besonderheiten sind bezogen auf die jeweilige Organisationsform zu berücksichtigen?

a) Vertragsgestaltung

Die Vertragsgestaltung richtet sich an den Ermächtigungsgrundsätzen der jeweiligen Organisationsform aus.

	Regiebetrieb	Eigenbetrieb	AöR	gGmbH
Vertragsgestaltung (Status)	Verwaltungsinterne Anordnung.	Betriebssatzung (Gründungsakt).	AöR-Satzung auf Basis einer Grundsatzentscheidung der Gemeindevertretung.	Gesellschaftervertrag.

b) Erwirtschaftung von Gewinnen

Unabhängig von der Organisationsform hat die Gemeinde Henstedt-Ulzburg wirtschaftliche Unternehmen nach § 107 Satz 2 GO SH so zu führen, dass diese notwendige Rücklagen aus dem Jahresgewinn bilden und eine marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals erwirtschaften. Dies schränkt die Gemeinde Henstedt-Ulzburg indes nicht ein, die Kindertagesstätten zur Erfüllung ihrer kommunalen Aufgaben zu betreiben, obwohl diese dauerhaft defizitär sind.

c) Fördermittel

Vgl. Ausführungen oben unter Ziffer V. 2.

14. Welche Einwirkungsmöglichkeiten gibt es für die Gemeinde bezogen auf die jeweilige Organisationsform?

a) Austausch der Leitungsfunktion

b) Mittelentzug

c) Auflösung und Rückabwicklung

Die Aufsichtsorgane der jeweiligen Organisationsform können maßgeblich auf die Leitungsorgane, die Mittel und Auflösung des Betriebs einwirken.

	Regiebetrieb	Eigenbetrieb	AöR	gGmbH
Austausch der Leitungsfunktion	Ggf. durch Abwahl des Bürgermeisters ¹ .	Beschluss der Gemeindevertretung. ²	Entlassung des Vorstands durch Beschluss des Verwaltungsrats.	Abberufung durch Gesellschafterbeschluss.
Mittelentzug	Beschluss der Gemeindevertretung.	Beschluss der Gemeindevertretung.	Beschluss der Gemeindevertretung unter Beachtung des Prinzips der Angemessenheit des Stammkapitals nach § 9 KUVO SH.	Beschluss der Gesellschafterversammlung unter Beachtung der Mindeststammkapitalgrenze.
Auflösung und Rückabwicklung	Beschluss der Gemeindevertretung.	Beschluss der Gemeindevertretung.	Beschluss der Gemeindevertretung (Aufhebung der Anstaltsatzung als actus contrarius).	Beschluss der Gesellschafter.

Erläuternde Hinweise zur Tabelle:

- 1 Der Regiebetrieb wird gesetzlich vom Hauptverwaltungsbeamten (Bürgermeister) vertreten, alle wichtigen Entscheidungen sind jedoch der Gemeindevertretung vorbehalten. Eine Abwahl des Bürgermeisters vor Ablauf der Amtszeit ist gem. § 57d GO-SH nach einem Beschluss der Gemeindevertretung nur mit einer Mehrheit von mindestens zwei Dritteln der gesetzlichen Zahl der Mitglieder möglich.
 - 2 Die Werkleitung des Eigenbetriebs wird von der Gemeindevertretung gem. §§ 2, 5 Abs. 1 Nr. 2 EigVO bestellt und entlassen. Der für die Geschäftsverteilung zuständige Bürgermeister kann vor Ablauf der Amtszeit gem. § 57d GO-SH nach einem Beschluss der Gemeindevertretung nur mit einer Mehrheit von mindestens zwei Dritteln der gesetzlichen Zahl der Mitglieder abgewählt werden.
15. Wie gestalten sich interne Kontrollsysteme und Sicherheitsstandards – insbesondere im Hinblick auf Größe und Geschäftsverteilung/Funktion bezogen auf die jeweilige Organisationsform?

Zu den Kontrollsystemen und Sicherheitsstandards innerhalb der jeweiligen Organisationsform verweisen wir auf unsere Ausführungen zu den Fragestellungen unter Ziffer VIII. 1. und 3.

IX. Fragen zu erziehungs- und bildungspolitischen Auswirkungen/Auswirkungen auf die kommunale Daseinsvorsorge:

1. Welche der Organisationsformen weist die besten Möglichkeiten für eine überdurchschnittliche Betreuungsqualität auf?
2. Wie kann sichergestellt werden, dass das ganzheitliche, vom Kind her bestimmte Gesamtkonzept öffentlicher Bildung/Erziehung/Betreuung in der jeweiligen Organisationsform berücksichtigt wird?
3. Wer ist Träger der Einrichtung in der jeweiligen Organisationsform? Welche Vor- und Nachteile können sich durch Herauslösung aus der kommunalen Trägerschaft ergeben?
4. Welche Auswirkungen ergeben sich für die Mitwirkung der Eltern (insbesondere Elternbeirat) bezogen auf die jeweilige Organisationsform?
5. Welche Organisationsform bietet die besten Möglichkeiten hinsichtlich Zukunftsfähigkeit und Entwicklung?
6. Welche Möglichkeiten gibt es in der jeweiligen Organisationsform zur Erreichung einer pädagogischen Vielfalt und damit Attraktivität für die Nutzer der Einrichtungen?
 - a) Konzeptvielfalt und Konzeptautonomie der Einrichtungen
 - b) Eigenverantwortung in pädagogischen Belangen
 - c) Leitungsstruktur in den Einrichtungen

Es liegen keine Hinweise darüber vor, dass es eine Verbindung zwischen der Organisationsform und der Qualität der Betreuung gibt. In der Praxis werden Kitas in allen Organisationsformen geführt.⁹⁶ Die Mindestanforderungen für den Betrieb von Kindertageseinrichtungen sind durch das KiTaG sowie die KiTaVO gesetzlich vorgegeben und gelten – unabhängig von der Organisationsform – für jeden Träger von Kindertageseinrichtungen. Darüber hinaus wurde mit dem Gesetz zur Weiterentwicklung der Kindertageseinrichtungen (WeitEntwKiTaG) der Rahmen des ganzheitlichen Betreuungs-, Bildungs- und Erziehungsauftrages entsprechend den Leitlinien zum Bildungsauftrag konkretisiert und für die Träger von Kindertagesstätten verbindlich gemacht.

⁹⁶ Vgl. Regiebetrieb: Regiebetrieb Kommunale Kindertagesstätten Jena (KKJ); Eigenbetrieb: Eigenbetrieb Kindertageseinrichtungen Dresden; AöR: Kindertagesstätte Hüttener Berge; gGmbH: Elbkinder Vereinigung Kitas Nord gGmbH.

E. Zusammenfassung

I. Kommunale Steuerung

Eine Umstrukturierung der gemeindlichen Kindertagesstätten ist in sämtlichen Organisationsformen rechtlich möglich. Dabei ergeben sich bei den einzelnen Organisationsformen zahlreiche Unterschiede im Detail. Verallgemeinernd ist festzuhalten, dass Regiebetrieb und Eigenbetrieb keine eigene Rechtspersönlichkeit haben, sondern Teile der Gemeindeverwaltung sind. Demgegenüber sind die AöR und die gGmbH eigene juristische Personen. Ein wichtiges Entscheidungskriterium für die Reorganisation der Kindertagesstätten sollte für die Gemeinde Henstedt-Ulzburg daher sein, inwiefern sie eine Organisationsform wünscht, die in ihrem Handeln und in ihren Entscheidungen von der Gemeinde verselbständigt wird. Je mehr Wert die Gemeinde auf eine Verselbständigung und eine eigenverantwortliche Aufgabenerledigung im Bereich der Kindertagesstätten legt, desto eher spricht dies dafür, eine neue juristische Person in Form von AöR oder gGmbH zu gründen. Je mehr die Gemeinde darauf Wert legt, dass Gemeindeverwaltung und insbesondere die Gemeindevertretung sowie deren Ausschüsse die Kindertagesstätten führen und gestalten, desto eher spricht dies für Regie- und Eigenbetrieb.

Wünscht die Gemeinde eine möglichst weitgehende Beibehaltung des Status quo, was z.B. Arbeitsverhältnisse und Finanzierung betrifft, spricht dies für die nicht rechtsfähigen Organisationsformen. Innerhalb der nicht rechtsfähigen Organisationsformen Regie- und Eigenbetrieb bietet der Eigenbetrieb dabei zumindest eine organisatorische Verselbständigung von der Gemeindeverwaltung. Zu einer im Ansatz eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung durch einen Eigenbetrieb kommt es trotz umfassender Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeindeverwaltung nach unserer Praxiserfahrung, wenn die Werkleitung eines Eigenbetriebes allgemein anerkannt und kompetent besetzt werden kann.

Mit der Gründung einer AöR oder einer gGmbH entsteht eine neue juristische Person, die selbst Träger von Rechten und Pflichten ist. Die kommunale Einflussnahme wird dann über die Anstaltsatzung oder den Gesellschaftsvertrag gestaltet. Theoretisch ist es möglich, diese Einflussnahme sehr stark auszugestalten, indes kann dann das typische Anliegen mit diesen Rechtsformen - eine Eigenverantwortung zu erreichen - nicht gefördert werden. Wegen der Verselbständigung ergeben sich bei der Anstalt und der gGmbH eine Reihe von Themen, wie etwa zur Finanzierung, zum Verhältnis zu Arbeitnehmern und zum kommunalen Einfluss, die sich bei den nichtselbständigen Rechtsformen nicht stellen.

II. Arbeitsrechtliche Aspekte

Materielle arbeitsrechtliche Auswirkungen auf die bestehenden Arbeitsverhältnisse entstehen lediglich bei der Wahl der Rechtsformen AöR und gGmbH. Bei diesen beiden Organisationsformen ist die Fortführung des Kita-Betriebes mit einem Vertragsarbeitgeberwechsel aufgrund eines Betriebsübergangs gemäß § 613a BGB verbunden. Der Vertragsarbeitgeberwechsel bewirkt im Ausgangspunkt keine signifikanten Änderungen der Arbeitsverhältnisse. Insbesondere gelten die tarifvertraglichen Rahmenbedingungen des TVöD weiter, wenn die AöR bzw. die gGmbH eine Mitgliedschaft beim Kommunalen Arbeitgeberverband begründen. Auch die bestehende betriebliche Altersversorgung über die VBL kann fortgeführt werden, wenn die AöR bzw. die gGmbH mit der VBL eine Beteiligungsvereinbarung abschließt.

III. Wirtschaftliche Aspekte

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht sind insbesondere zwei Aspekte hervorzuheben: die kaufmännischen Mindestanforderungen sowie die Kosten der Organisationsanpassung.

Für alle in Rede stehenden Organisationsformen mit Ausnahme des Regiebetriebes ergibt sich die Anforderung an eine kaufmännische doppelte Buchführung und die Erstellung eines Jahresabschlusses. Diese Aufgaben können durch bereits vorhandene interne Ressourcen abgedeckt oder fremdvergeben werden. In jedem Fall wird dies zu zusätzlichen Kosten führen, die jedoch voraussichtlich insgesamt in einem überschaubaren Rahmen liegen werden.

Die Frage, welche Kosten mit einer Anpassung der Organisationsform verbunden sind, ist differenzierter zu betrachten. Auch hier gilt zunächst, dass die Veränderung der gesellschaftsrechtlichen Organisationsform Gründungskosten nach sich zieht, die jedoch wiederum überschaubar sein werden. Bei der Frage, welcher Anpassungsaufwand durch die Veränderung der Ablauf- und Aufbauorganisation entsteht, ist zunächst festzustellen, dass sich das grundsätzliche Aufgabenfeld des Betriebs und der Verwaltung der Kitas unabhängig von der Organisationsform darstellt. Wenn die Gemeinde die Umorganisation jedoch zum Anlass nimmt, tiefgreifende Veränderung in den Arbeitsabläufen vorzunehmen, so wird dies zu zusätzlichen Kosten führen, die im Rahmen von vertieften Analysen zu ermitteln wären.

IV. Steuerrechtliche Aspekte

Es ergeben sich grundsätzlich keine Steuervor- oder nachteile aus der Wahl einer der genannten Organisationsformen und somit keine organisations- oder rechtsformabhängigen Auswirkungen auf den gemeindlichen Haushalt.

Mit dem Betrieb eines Kindergartens wird steuerrechtlich grundsätzlich ein sogenannter Betrieb gewerblicher Art (BgA) begründet, unabhängig davon, ob der Kindergartenbetrieb in einem Eigenbetrieb, einem Regiebetrieb oder innerhalb der hoheitlichen Verwaltungs- und

Haushaltsstrukturen erfolgt. Steuerrechtlich wird ein solcher BgA behandelt, als würde er in einer eigenständigen Kapitalgesellschaft (z.B. GmbH) geführt, um Ungleichbehandlungen zwischen juristischen Personen des öffentlichen und des Privatrechts zu vermeiden. Ein BgA unterliegt, wie eine GmbH, mit seinen Gewinnen der Körperschaft- und Gewerbesteuer (zzgl. SolZ). Sowohl der BgA als auch eine GmbH können gemeinnützig sein, wenn sie mit einer entsprechenden Satzung ausgestattet werden und die sonstigen Anforderungen erfüllen, die für die Anerkennung als gemeinnützig erforderlich sind. Mit dem Betrieb von Kindergärten als Satzungszweck ist dies grundsätzlich möglich. Etwaige Gewinne wären in diesem Fall von der Körperschaft- und Gewerbesteuer befreit. Da mit Hilfe der steuerrechtlichen Fiktion „BgA“ gerade verhindert werden soll, dass es Unterschiede in der Besteuerung einer Gemeinde (juristische Person des öffentlichen Rechts) und einer GmbH gibt, besteht grundsätzlich keine ertragsteuerrechtliche Vorteilhaftigkeit hinsichtlich einer bestimmten Rechts- oder Organisationsform für den Betrieb der Kindergärten.

Der Leistungsaustausch zwischen der Gemeinde Henstedt-Ulzburg und einer GmbH kann zu umsatzsteuerlichen Konsequenzen führen (Steuerpflicht der Umsätze, zum Beispiel für die Inanspruchnahme von Leistungen des Bauhofs, der Mitarbeiter der Verwaltung etc.). Dies kann jedoch durch die Begründung einer umsatzsteuerlichen Organschaft verhindert werden. Der Leistungsaustausch zwischen verschiedenen BgA wäre umsatzsteuerlich grundsätzlich nicht steuerbar. Auch die umsatzsteuerliche Behandlung solcher Leistungsverflechtungen ist somit grundsätzlich rechtsform- und organisationsunabhängig.

Sollten Grundstücke/Gebäude an eine neu zu gründende GmbH übertragen werden, könnte Grunderwerbsteuer i.H.v. 6,5% des Werts der Grundstücke/Gebäude anfallen, wenn die dafür grundsätzlich vorgesehene Steuerbefreiungsvorschrift aufgrund mangelnder Konformität mit dem Europarecht nicht greift. Diese Befreiungsvorschrift ist zurzeit Gegenstand eines Gerichtsverfahrens, sodass Aussagen zur Grunderwerbsteuer erst nach verbindlicher Abstimmung mit dem Finanzamt getroffen werden können.

Davon zu differenzieren sind die Rechtsverhältnisse der Beamten. Diese bleiben bei allen Organisationsformen unverändert bestehen: Dienstherr der Beamten bleibt stets die Gemeinde. Die Beamten können mittels Personalgestellung der den operativen Kita-Betrieb ausübenden Rechtsperson zugewiesen werden.

Da die Wahl der Organisationsform auch mit einer personellen Maßnahme verknüpft ist, ist stets – unabhängig von der gewählten Organisationsform des Rechtsnachfolgers – der Personalrat zu unterrichten, da es sich um eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme nach §§ 51, 83, 49 MitbestG SH handelt. Für übergegangene Beschäftigte und neu in die jeweilige Organisationsform hinzukommende Beschäftigte können sich gehaltstechnische und sonstige arbeitsrechtliche Unterschiede nur in den Grenzen des TVöD und des allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ergeben. Eine Schlechterstellung durch den bloßen Wechsel der

Arbeitsverhältnisse in die jeweilige (neue) Organisationsform und bei weiterer Durchführung der Arbeitsverhältnisse findet nicht statt.

* * *