

KPMG Rechtsanwalts-gesellschaft mbH
Michaelis Quartier, Ludwig-Erhard-Straße 11–17, 20459 Hamburg

Gemeinde Henstedt-Ulzburg
Herrn Jens Richter
Rathausplatz 1
24558 Henstedt-Ulzburg

**KPMG Rechtsanwalts-gesellschaft
mbH**

Michaelis Quartier
Ludwig-Erhard-Straße 11–17
20459 Hamburg
Postfach 11 12 88
20412 Hamburg

T 040 360994-0
F 040 360994-5530
www.kpmg-law.de

18. November 2016

Ihr Zeichen

Unser Zeichen
AGn/UBä - 1491336

Ansprechpartner
Dr. Arne Gniechwitz
(agniechwitz@kpmg-law.com)

Beantwortung ergänzender Fragen: Zukünftige Organisation der Kindertagesstätten der Gemeinde Henstedt-Ulzburg

Sehr geehrter Herr Richter,

im Nachgang zu unserer Stellungnahme vom 1. Juli 2016 und der Informationsveranstaltung vom 21. Juli 2016 haben Sie mir einige weitere Fragen zugeleitet, die sich in Henstedt-Ulzburg im Zusammenhang mit der zukünftigen Organisation der Kindertagesstätten ergeben haben. Diese Fragen haben wir nachfolgend bearbeitet und unsere Antworten in blauer Markierung eingetragen.

I. Allgemeine Fragen

1. Wie finden wir eine Rechtsform, die die besten Betreuungsqualitäten für Kinder bietet?

Grundsätzlich ist die Betreuungsqualität unabhängig von der Rechtsform. Kitas werden in der Praxis in allen Organisationsformen geführt. Es sind keine Hinweise ersichtlich, dass es eine Verbindung zwischen der Qualität der Betreuung und der Organisationsform gibt (s. KPMG Stellungnahme „Zukünftige Organisation der Kindertagesstätten der Gemeinde Henstedt-Ulzburg“ vom 1. Juli 2016, S. 80).

II. Personalrechtliche Fragen und Auswirkungen auf bestehende und künftige Arbeitsverhältnisse

1. Ausgangssituation: Beitritt der AöR bzw. gGmbH zum KAV, dadurch automatische Gewährleistung des TVöD-V und Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung mit der VBL und Bildung von erforderlichen Rückstellungen für die Pensionsverpflichtungen der übergehenden Beschäftigten.
 - a) Welchen konkreten Grund könnte es in diesem Szenario geben, sich als Beschäftigter gegen einen Betriebsübergang auszusprechen bzw. welche Nachteile könnten sich hier für die Beschäftigten einstellen?

Seite 1 von 12

In der Praxis können nach unserer Erfahrung folgende subjektive Gründe eines Beschäftigten einem bevorstehenden Betriebsübergang entgegenstehen:

Die Beschäftigten befürchten nachteilige Veränderungen ihrer bestehenden Arbeitsbedingungen und v.a. einen Verlust der erdienten Besitzstände und bevorzugen deshalb weiterhin die Gemeinde als Vertragsarbeitgeber. Die Beschäftigten befürchten insbesondere bei den Rechtsformen AöR/gGmbH, weil bei diesen Rechtsformen der Rechtsträger jeweils eigenständig agiert, folgende etwaige arbeitsrechtliche oder wirtschaftliche Nachteile:

- (1) Bei betriebsbedingten Kündigungen ist (nur) noch die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit bei der AöR/gGmbH von Relevanz, freie Arbeitsplätze bei der Gemeinde spielen gegenüber dem aktuellen Status keine Rolle (mehr);
- (2) Etwaige zukünftige arbeitgeberweite Leistungen der Gemeinde (inkl. etwaiger geldwerter Vorteile wie z.B. die etwaige Gewährung von Kindergartenzuschüssen für Arbeitnehmer der Gemeinde, Notfallbetreuung, Arbeitszeitenregelung) muss die AöR/gGmbH aufgrund der auf den Rechtsträger des Arbeitgeber beschränkten Reichweite des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht gewähren;
- (3) Änderungen der Arbeitsbedingungen sind zu einem späteren Zeitpunkt bei der AöR/gGmbH möglich.
- (4) Beschäftigte die zur AöR/gGmbH wechseln und später zur Gemeinde zurückkehren wollen, stehen externen Bewerbern gleich. Sofern angezeigt, wird in der Praxis eine solche Gleichstellung mit externen Bewerbern dadurch vermieden, dass zwischen der Gemeinde und der AöR/gGmbH ein Rückkehrrecht für die wechselnden Beschäftigten vereinbart wird, das in der Regel für einen bestimmten Zeitraum (1 bis 3 Jahre) befristet gewährt wird.

b) Wie kann man den Beschäftigten die Angst vor einem „Arbeitgeberwechsel“ nehmen?

Bereits das Gesetz sieht in § 613a BGB den Grundsatz vor, die Arbeitsverhältnisse der betroffenen Arbeitnehmer zu sichern und unabhängig von den Beschränkungen des KSchG vor einer Auflösung wegen des Betriebsübergangs zu schützen und den mit den Arbeitsverhältnissen verbundenen sozialen Besitzstand zu erhalten.

Dieser gesetzlich geltende Grundsatz regelt den vollständigen Übergang der auch in der Vergangenheit begründeten Rechte und Pflichten der Beschäftigten auf den neuen Rechtsträger (AöR/gGmbH) und ist den betroffenen Mitarbeitern durch ein transparentes mehrstufiges Kommunikationskonzept aufzuzeigen. Das Kommunikationskonzept sollte inhaltlich neben der Darstellung dieser gesetzlichen Grundsätze und Rechtsfolgen des § 613a BGB auch den Willen der Gemeinde enthalten, die bereits bei der Gemeinde geltenden arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten der Mitarbeiter auch beim neuen Rechtsträger vertraglich und tatsächlich unverändert weiter führen zu wollen.

Der Kommunikationsprozess sollte folgende kollektive und individuelle Maßnahmen beinhalten:

- die kollektive Unterrichtung der Beschäftigten (Mitarbeiterversammlungen);
- eine Zurverfügungstellung von schriftlichen Informationen, anhand welcher der Mitarbeiter individuell seine Entscheidung zur (Nicht-)Ausübung des Widerspruchsrechts aus § 613a Abs. 6 BGB abwägen und bei Bedarf anwaltliche Beratung in Anspruch nehmen kann (Informationsschreiben);

- die Benennung eines instruierten und regelmäßig verfügbaren Ansprechpartners für Rückfragen der Mitarbeiter.
- c) Welche Vorgehens- und Verhaltensweise schlagen Sie der Politik und den leitenden Personen aus der Verwaltung vor, um sich vollumfänglich den Sorgen und Ängsten der Beschäftigten anzunehmen, um diese auszuräumen?

Wir empfehlen eine bedarfsgerechte umfangreiche und transparente Unterrichtung der Mitarbeiter und des Personalrats, beispielweise durch Implementierung des oben unter Ziff. II. 1. b) dargelegten Kommunikationsprozesses.

2. Was passiert arbeitsrechtlich wenn die MA dem Übergang in eine AöR/gGmbH widersprechen? (§ 613a BGB) Gem. Stellungnahme (S. 22) geht in dem Fall das Arbeitsverhältnis nicht auf die AöR oder gGmbH über. Es verbleibt bei der Gemeinde. Die Gemeinde hat folgende Möglichkeiten:

- Personalgestellung

„Die Personalgestellung ist in § 4 Abs. 3 TVöD / TV-L definiert. Danach ist Personalgestellung die auf Dauer angelegte Beschäftigung bei einem Dritten unter Fortsetzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses. Die Personalgestellung wird als Instrument dann eingesetzt, wenn Aufgaben des Beschäftigten zu einem Dritten verlagert werden. Der Arbeitgeber kann dann auch verlangen, dass der Arbeitnehmer die arbeitsvertraglich geschuldete Leistung bei dem Dritten erbringt. Von der Personalgestellung wird vor allem dann Gebrauch gemacht, wenn Verwaltungsaufgaben privatisiert werden. Für den Arbeitnehmer bedeutet dieses Instrument, dass er zwar bei einem anderen Betrieb arbeitet, der Dienstherr aber immer noch der gleiche ist.“

Ist die Übernahme des MA in den neuen Betrieb ohne dessen Einwilligung möglich, oder haben wir dann zwei verschiedene Arten von MA?

- betriebsbedingte Kündigung

- Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses an einem anderen freien Arbeitsplatz in der Gemeinde

Abhängig vom Arbeitsvertrag und dem daraus resultierenden Weisungsrecht kann die Gemeinde in ihrer Funktion als Arbeitgeber verlangen, dass der Arbeitnehmer die arbeitsvertraglich geschuldete Leistung bei dem neuen Rechtsträger erbringt. Diese Mitarbeiter bleiben arbeitsvertraglich Mitarbeiter der Gemeinde, während die Rechte und Pflichten der Mitarbeiter, die dem Betriebsübergang nicht widersprochen haben, arbeitsvertraglich auf den neuen Rechtsträger übergehen.

Sollte eine Personalgestellung arbeitsvertraglich nicht möglich sein und hat der entsprechende Mitarbeiter dem Betriebsübergang nach § 613a BGB widersprochen, kann dem Mitarbeiter betriebsbedingt gekündigt werden, wenn ein entsprechender freier Arbeitsplatz bei der Gemeinde nicht (mehr) besteht.

Die bloße Verwaltung der Durchführung der Arbeitsverhältnisse kann arbeitsteilig zwischen der Gemeinde und der AöR/gGmbH erfolgen: AöR/gGmbH als Vertragsarbeitgeber bedienen sich der Gemeinde zu den relevanten administrativen Tätigkeiten (z.B. Lohnbuchhaltung). Die Aufspaltung der Arbeitgeberpersonen einerseits in operative Funktionen und andererseits in disziplinarische/arbeitsrechtliche Funktionen könnte (nur) durch eine Arbeitnehmerüberlassung (siehe hierzu unsere Stellungnahme vom 1. Juli 2016, S. 22 ff.) erfolgen.

3. Wie kann eine Besitzstandswahrung der betroffenen Mitarbeiter/innen gewährleistet werden? Dies wurde jetzt im vergleichbaren Verfahren des Kirchenkreises Altholstein gemäß beiliegender Presseauschnitt (Segeberger Zeitung vom 23.9.2016) vereinbart.

Die Besitzstandswahrung ergibt sich bei Übergang des Arbeitsverhältnisses aufgrund des Betriebsübergangs (§ 613a BGB) bereits aufgrund Gesetzes. Flankierend könnten Gemeinde, neuer Rechtsträger (AöR/gGmbH) und übergehender Mitarbeiter einen dreiseitigen Überleitungsvertrag abschließen, der u.a. eine Übernahme und unveränderte Fortführung des Arbeitsverhältnisses vorsieht.

- 3a. „Eine Schlechterstellung durch den Wechsel der Arbeitsverhältnisse in die neue Organisationsform und bei weiterer Durchführung der Arbeitsverhältnisse findet nicht statt und ist praktisch kaum möglich.“

Was müssten wir genau in die Verträge schreiben, um eine Schlechterstellung der Beschäftigten zu vermeiden?

Eine Schlechterstellung findet (bereits) kraft Gesetzes nach § 613a BGB nicht statt. Die Gemeinde kann in dem dreiseitigen Überleitungsvertrag mit dem neuen Rechtsträger und dem übergehenden Mitarbeiter zusätzlich eine vertragliche Klausel dahingehend statuieren, dass die bestehenden arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten der Mitarbeiter beim neuen Rechtsträger unverändert weitergeführt werden sollen. Im Übrigen verweisen wir auf unsere Ausführungen in unserer Stellungnahme vom 1. Juli 2016 (S. 29 f.) und auf unser Antwort oben zu II.1. a).

4. Welche Mindestanforderung sollten wir an die Eignung eines Bewerbers für die Position des Vorstandes (AöR) bzw. Geschäftsführers (gGmbH) stellen?

Der Bewerber sollte für die Position des Vorstandes (AöR) bzw. des Geschäftsführers (gGmbH) Fähigkeiten und Kenntnisse besitzen, die seinen Aufgaben entsprechen: Dazu gehören beispielsweise:

- Der Position entsprechende Qualifikationsmerkmale: wirtschaftliche und rechtliche Fachkenntnisse im Hinblick auf den Betrieb sozialer Einrichtungen, insbesondere Kenntnisse des Arbeits- und Tarifrechts;
- Kenntnisse und Erfahrungen zur Führung einer großen Kita-Organisation
- Berufserfahrung: Operative Leitung von kommunalen Einrichtungen (alternativ von Unternehmen, sofern Qualifikationsmerkmale erfüllt sind);
- Soziale Kompetenzen: v.a. Kompetenz im Umgang mit Kindern, Führungskompetenzen und Kompetenz zur Zusammenarbeit mit sonstigen kommunalen Rechtsträgern und Gremien der Gemeinde.

III. Steuerrechtliche Fragen

1. Welche Konsequenz ergibt sich dadurch, dass eine AöR gemäß den Ausführungen der KPMG nicht Teil einer umsatzsteuerlichen Organschaft sein kann?

Eine AöR kann als Organträgerin durchaus Teil einer umsatzsteuerlichen Organschaft sein, siehe dazu auch unsere Ausführungen KPMG Stellungnahme „Zukünftige Organisation der Kindertagesstätten der Gemeinde Henstedt-Ulzburg“ vom 1. Juli 2016, Seiten 35 und 83).

Voraussetzungen für die Begründung einer umsatzsteuerlichen Organschaft sind nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG die finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung einer juristischen

Person in ein Unternehmen. Liegt eine Organschaft vor, sind die untergeordneten Organgesellschaften als unselbständig gegenüber dem übergeordneten Organträger anzusehen. Unternehmer ist dann insgesamt der Organträger. Auch eine juristische Person des öffentlichen Rechts kann Organträger sein, wenn und soweit sie unternehmerisch tätig ist. Dies wird im Rahmen eines BgA grundsätzlich angenommen.

Eine juristische Person des öffentlichen Rechts kann jedoch nicht Organgesellschaft sein, da das Merkmal der finanziellen Eingliederung (Besitz der entscheidenden Anteilmehrheit/Stimmrechtsmehrheit von der Organträgerin an der Organgesellschaft) mangels Ausgabe von Anteilen an einer AöR nicht erfüllt sein kann. Wird also der Kindergartenbetrieb in einer selbständigen AöR fortgeführt, die unabhängig von der Gemeinde eine eigene juristische Person ist, kann zwischen diesen beiden juristischen Personen nach den Regelungen des Umsatzsteuergesetzes keine umsatzsteuerliche Organschaft begründet werden.

Liegen alle Voraussetzungen für die Annahme einer umsatzsteuerliche Organschaft vor, sind die zwischen dem Organträger und der Organgesellschaft erbrachten Leistungen als nicht umsatzsteuerbare Innenleistungen einzustufen. Rechnet also z.B. der Bauhof als BgA der Gemeinde gegenüber einer Kita-GmbH ab, die die o.g. Voraussetzungen erfüllt, fällt auf diese Leistungen grundsätzlich keine Umsatzsteuer an, während die Leistungen gegenüber Dritten mit 19% Umsatzsteuer abgerechnet werden müssten.

Wird der Kindergartenbetrieb in der Rechtsform einer AöR geführt und nimmt diese „unternehmerische“ Leistungen der Gemeinde Henstedt-Ulzburg in Anspruch, kann ein Fall der interkommunalen Zusammenarbeit vorliegen, der ebenfalls nicht der Umsatzbesteuerung unterworfen wird. Mit Wirkung ab 1. Januar 2017 ist diese Möglichkeit im neuen § 2b UStG enthalten, dessen Anwendung jedoch verzögert wird, sofern die Gemeinde Henstedt-Ulzburg von ihrem Optionsrecht zur weiteren Anwendung des § 2 Abs. 3 UStG a.F. Gebrauch macht. Die Einordnung interkommunaler Zusammenarbeit als nichtunternehmerische Tätigkeit ist Resultat europäischer Rechtsprechung, auf die sich auch im Falle der weiteren Anwendung des § 2 Abs. 3 UStG a.F. berufen werden kann. Da in diesem Bereich starke Rechtsunsicherheit herrscht, müssten die konkreten Leistungen, die zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts ausgetauscht werden sollen, untersucht und im Zweifel ein Antrag auf verbindliche Auskunft beim zuständigen Finanzamt eingeholt werden.

IV. Fragen zur Vermögensverwaltung und zum Vermögensübergang:

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

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

- 1 Zur gGmbH: Höhe der ratsamen Stammkapitalausstattung? Nur Mindestkapital von 25.000,- oder mehr?

Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ergibt sich keine Notwendigkeit, die gGmbH mit einem höheren Stammkapital als dem Mindestkapital in Höhe von EUR 25.000,- auszustatten. Ein höheres Stammkapital hätte im Wesentlichen den Vorteil, dass Dritte der Gesellschaft voraussichtlich höhere Verbindlichkeiten einräumen würden, weil die Kreditwürdigkeit stiege. Gleichwohl gehen wir davon aus, dass jedenfalls bei großen Investitionen die Gemeinde Henstedt-Ulzburg Sicher-

heiten (z.B. kommunale Bürgschaften) gewähren müsste, wenn die Gesellschaft diese über Darlehen finanziert. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Gesellschaft nicht selbst Sicherheiten (z.B. Grundpfandrechte für ihr übertragene Grundstücke) bieten könnte.

Für die Bereitstellung von Liquidität wäre eine höhere Stammkapitalausstattung nicht zwingend erforderlich. Dies könnte auch durch eine Zuzahlung in die freie Kapitalrücklage erfolgen (vgl. § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB). Dies hätte die gleiche Wirkung hinsichtlich der Liquidität wie die Einzahlung in das Stammkapital, bietet für die Gemeinde Henstedt-Ulzburg als Gesellschafterin aber mehr Flexibilität (z.B. wäre bei einer späteren (teilweisen) Entnahme aus der Kapitalrücklage eine Änderung des Gesellschaftsvertrags nicht erforderlich).

VII. Fragen zum Realisierungsaufwand/Realisierungshorizont, voraussichtlicher Umsetzungsaufwand

1. Ich würde es begrüßen, wenn KPMG die nötigen Schritten zur Umsetzung Eigenbetrieb und AöR ganz grob aufzeigen könnte; ev. mit Zeitschiene.

Sowohl für die Gründung eines Eigenbetriebes als auch für eine AöR halten wir einen Zeitraum von 4-5 Monaten für realistisch. Dies hängt auch davon ab, wie schnell die erforderlichen Unterlagen erstellt und Entscheidungen getroffen werden.

Für die Gründung eines Eigenbetriebs und der AöR sind folgende Schritte notwendig:

- Entwurf einer Betriebs-/Organisationssatzung,
- Anzeige der Betriebs-/Organisationssatzung spätestens sechs Wochen vor Beschlussfassung bei der Kommunalaufsicht (§ 108 Abs. 1 GO-SH),
- Beschlussfassung der Gemeindevertretung über die Betriebs-/Organisationssatzung,
- Mitteilung der Beschlussfassung über die Betriebs-/Organisationssatzung an die Kommunalaufsicht (sechs Wochen Widerspruchsrecht der Kommunalaufsicht, § 108 Abs. 1 GO-SH),
- Ausfertigung und Bekanntmachung der Betriebs-/Organisationssatzung durch den Bürgermeister (§ 4 Abs. 2 GO-SH).

Für die Gründung eines Eigenbetriebs sind sodann folgende weitere Schritte vorzunehmen:

- Bestellung der Werkleitung des Eigenbetriebs durch die Gemeindevertretung (§ 2 EigVO SH),
- Ausweisung des Eigenbetriebs als Sondervermögen der Gemeinde (§ 7 EigVO SH),
- Aufstellung eines Wirtschaftsplans vor Beginn des Wirtschaftsjahres (§ 12 EigVO SH),
- Aufstellung eines Erfolgsplans (§ 13 EigVO SH),
- Aufstellung eines Vermögensplan (§ 14 EigVO SH),
- Anfertigung einer Stellenübersicht (§ 15 EigVO SH).

Für die Gründung einer AöR sind folgende weitere Schritte vorzunehmen:

- Bestellung des Verwaltungsrates (§ 4 KUVO SH),
- Bestellung des Vorstandes durch den Verwaltungsrat (§ 3 KUVO SH),

- Ausstattung der AöR mit Stammkapital (§ 9 KUVO SH),
- Aufstellung eines Wirtschaftsplans vor Beginn des Wirtschaftsjahres (§ 16 KUVO SH),
- Aufstellung eines Erfolgsplans (§ 17 KUVO SH),
- Aufstellung eines Vermögensplans (§ 18 KUVO SH),
- Aufstellung eines fünfjährigen Finanzplans (§ 19 KUVO SH),
- Benachrichtigung von Personalrat und Mitarbeitern über den Betriebsübergang mindestens einen Monat vor der Gründung der AöR, ggf. mündliche Unterrichtung der Arbeitnehmer eine Woche vor Versand der Benachrichtigungsschreiben.

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

1. Welche Unterschiede gibt es zwischen den verschiedenen Rechtsformen Eigenbetrieb, AöR sowie gGmbH im Hinblick auf die Möglichkeiten der neuen Kita-Organisation ein hohes Maß an Selbständigkeit geben zu können, konkret: mit welcher Rechtsform kann die Satzung bzw. der Gesellschaftervertrag so gestaltet werden, dass
 - a) die Gemeindevertretung nur im Sinne eines Aufsichtsrats grundlegende politische Entscheidungen trifft (z.B. übergreifende Bedarfsplanung, Jahresbudget, Qualitätsvorgaben wie Stelenschlüssel) und ausgeschlossen werden kann, dass sie in Einzelfragen der Organisation Vorschriften macht (z.B. im Hinblick auf Details von Bauvorhaben)?

Grundsätzlich entscheidet beim Eigenbetrieb die Gemeindevertretung weiterhin über die in § 28 GO SH genannten Entscheidungen, da sie diese nicht auf die Werksleitung übertragen darf. Nach § 7 Abs. 2 Nr. 4 der Hauptsatzung der Gemeinde Henstedt-Ulzburg entscheidet der Bürgermeister über den Erwerb von Vermögensgegenständen, soweit der Wert des Vermögensgegenstandes einen Betrag von 125.000,00 € nicht übersteigt. Diese Ermächtigung könnte der Bürgermeister ganz oder teilweise im Innenverhältnis auf die Werkleitung eines Eigenbetriebes delegieren.

Nach § 5 Abs. 1 Nr. 4 EigVO SH sind Beschlüsse der Gemeindevertretung erforderlich für den Abschluss von Verträgen, die für die Gemeinde von erheblicher finanzieller Bedeutung sind, soweit sie nicht zur laufenden Betriebsführung gehören oder die Betriebssatzung etwas anderes bestimmt. Somit müsste in der Betriebssatzung klar geregelt werden, welche Verträge von erheblicher finanzieller Bedeutung für die Gemeinde sind. Dabei könnten diejenigen Verträge, die zur laufenden Betriebsführung gehören ausgeschlossen werden. Ferner könnte geregelt werden, dass der Neubau / Ersatzbau von Kindertagesstätten für die Gemeinde von erheblicher finanzieller Bedeutung ist, so dass hierfür ein Beschluss der Gemeindevertretung erforderlich wäre.

Bei der AöR leitet der Vorstand diese eigenverantwortlich. Die Gemeindevertretung hat nur insoweit Mitbestimmungsrechte, als sie die Mitglieder des Verwaltungsrats wählt. Ferner unterliegen der Erlass von Satzungen durch den Verwaltungsrat und die Beteiligung der AöR an anderen Unternehmen nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 und 2 KUVO dem Zustimmungsvorbehalt der Gemeindevertretung. Sofern die Organisationssatzung nicht weitergehende Zustimmungsvorbehalte der Gemeindevertretung vorsieht, ist die Gemeindevertretung nur in grundlegenden Entscheidungen zuständig.

Bei der gGmbH werden die laufenden Geschäfte vom Geschäftsführer geführt, im Innenverhältnis kann die Geschäftsführerbefugnis nach § 37 Abs. 1 GmbHG durch Gesellschaftsvertrag beschränkt werden. Die Gemeindevertretung entsendet Mitglieder in den Aufsichtsrat.

- b) ausgeschlossen wird, dass der Bürgermeister als Verwaltungschef der Leiterin / dem Leiter der Kita-Organisation Weisungen erteilen kann?

Beim Eigenbetrieb besteht ein Weisungsrecht des Bürgermeisters. Dies halten wir nicht für einschränkbar.

Bei der AöR hingegen steht dem Bürgermeister kein ausdrückliches in der KUVVO SH geregeltes Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand zu. Es kommt darauf an, was die Organisationsatzung regelt, § 3 Abs. 1 KUVVO SH.

Bei einer gGmbH hat der Bürgermeister als Vertreter des Gesellschafters (Gemeinde Henstedt-Ulzburg) ein Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsführung, § 37 GmbHG. Die vollständige Beseitigung eines Weisungsrechtes im Gesellschaftsvertrag ist nicht zulässig. Dagegen steht die herrschende Auffassung für Gesellschaften in privatem Eigentum auf dem Standpunkt, dass zugunsten der Geschäftsführung einer gGmbH grundsätzlich ein autonomer Bereich geschaffen werden kann, in dem der Gesellschafter keine Weisungen erteilen kann. Derartige Gestaltungen stehen für kommunale Gesellschaften regelmäßig im Konflikt mit der kommunalrechtlichen Anforderung, dass sich die Gemeinde einen hinreichenden Einfluss auf die Gesellschaft sichern muss (siehe § 102 Abs. 2 Nr. 3 GO SH).

- c) die Kita-Organisation im Rahmen ihres Budgets und auf Basis des Vergaberechts frei darüber entscheiden kann, welche Dienstleistungen sie extern beschafft und welche sie von der Gemeindeverwaltung anfordert?

Grundsätzlich können sowohl die Werkleitung eines Eigenbetriebs, als auch der Vorstand einer AöR als auch die Geschäftsführung einer gGmbH frei darüber entscheiden, ob sie öffentliche Aufträge an Dritte vergeben oder aber Leistungen bei der Gemeinde beziehen. Leistungen von der Gemeinde kann sie dabei nur erhalten, wenn die Gemeinde bereit ist, diese zu erbringen. Die Gemeinde kann Einflussnahmerechte dahingehend ausüben, dass die Organisation verpflichtet wird, Leistungen der Gemeinde in Anspruch zu nehmen. Die Reichweite der Einflussnahmerechte hängt bei der Anstalt und gGmbH davon ab, welche Vorgaben Organisationsatzung bzw. Gesellschaftsvertrag vorgeben.

Vergaberechtlich kann die Kita-Organisation ohne Ausschreibung direkt bei der Gemeinde Henstedt-Ulzburg Leistungen beschaffen, wenn es sich hierbei um eine sog. In-house-Vergabe handelt. Dazu sind die Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 und Abs. 3 GWB zu erfüllen. Wir sehen nach aktuellem Stand keine Hindernisse, dass die Voraussetzungen eines In-house-Verhältnisses zwischen Kita-Organisation und Gemeinde Henstedt-Ulzburg nicht erfüllt werden können (siehe zu den Voraussetzungen unsere Stellungnahme vom 1. Juli 2016, Seite 45).

- d) die Kita-Organisation eine eigenständige Kostenplanung im Rahmen des gewährten Budgets vornehmen kann, ohne für jede Einzelposition die Zustimmung der Gemeindevertretung einholen zu müssen? Unter VI 11. wird ausgeführt, dass alle Rechtsformen- ausgenommen die

GmbH - jährlich einen detaillierten Wirtschaftsplan erstellen müssen. Wie können unterjährige Änderungen vorgenommen werden? Muss die Gemeindevertretung solchen Änderungen jeweils zustimmen?

Der Wirtschaftsplan eines Eigenbetriebs wird gem. § 12 Abs. 3 EigVO SH von der Gemeindevertretung beschlossen. Änderungen des Wirtschaftsplans bei einem Eigenbetrieb sind unter den Voraussetzungen des § 12 Abs. 4 EigVO SH vorzunehmen. Liegen die dort genannten Voraussetzungen vor, ist der Wirtschaftsplan zu ändern, sodass diese Änderungen zwingend sind.

Für die AöR gelten für den Wirtschaftsplan die Maßgaben des § 16 KUVVO. Demnach ist der Wirtschaftsplan von dem Kommunalunternehmen zu erstellen und bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 16 Abs. 2 KUVVO unverzüglich zu ändern. Ebenso wie beim Eigenbetrieb sieht auch die KUVVO andere Änderungen als die dort genannten, nicht vor. Auch eine eventuell notwendige Zustimmung der Gemeindevertretung zu den Änderungen lässt sich aus der KUVVO nicht entnehmen. Allerdings entscheidet der Verwaltungsrat gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 3 KUVVO über die Feststellung des Wirtschaftsplans. Dies bedeutet, dass der Verwaltungsrat auch über Änderungen des Wirtschaftsplans beschließt.

- e) die Kita-Organisation - im Rahmen ihres Budgets - eigenständig neue Kita-Einrichtungen planen und bauen darf ohne hierfür die Zustimmung der Gemeindevertretung einholen zu müssen (ggf. als Mieter von gemeindeeigenen Immobilien)?

Bei der AöR kann der Vorstand nach Maßgabe der Satzung über den Abschluss von Verträgen entscheiden, bei der gGmbH die Geschäftsführung nach Maßgabe der Satzung (ggf. Zustimmungsvorbehalte/Verwaltungsrat/Aufsichtsrat/Trägerversammlung/Gesellschafterversammlung).

Bei diesen Entscheidungen dürfen AöR oder gGmbH indes nicht gegen Verpflichtungen aus schuldrechtlichen Nutzungsverhältnissen mit der Gemeinde Henstedt-Ulzburg verstoßen. Sind AöR oder gGmbH etwa Mieter, entscheidet es sich nach dem Mietvertrag, ob AöR/gGmbH auf dem kommunalen Grundstücken Bauten errichten dürfen.

2. Haben wir auch weiterhin Einfluss auf die Kitagebühren und die Öffnungszeiten?

Der Einfluss auf die Gebühren und die Öffnungszeiten kann je nach Organisationsform in der Satzung oder dem Gesellschaftsvertrag geregelt werden. Die Entscheidungen werden dann von dem Vorstand bzw. der Geschäftsführung nach den dort geregelten Maßgaben, getroffen.

Im Übrigen kann der Einfluss auch über Weisungen der Gemeinde als Gesellschafterin an die Geschäftsführung einer GmbH durchgesetzt werden. Bei der AöR gilt dies ebenfalls, wenn die Satzung der Anstalt ein entsprechendes Weisungsrecht enthält.

Bei der Entscheidung über Kitagebühren muss die Gemeinde Henstedt-Ulzburg bedenken, dass auch die zukünftige Kitaorganisation – unabhängig von ihrer Rechtsform – dauerhaft defizitär sein wird. Dies bedeutet, dass jede im Grundsatz jede Entscheidung über die Erhöhung von Kitagebühren den Zuschussbedarf aus dem Haushalt absenkt, während jede Entscheidung über die Absenkung von Kita-Gebühren den Zuschussbedarf erhöht.

3. In welcher Organisationsform müssen weiterhin Kleinigkeiten (z.B. Details bei Umbau-oder Erweiterungsarbeiten) von der Politik entschieden werden?

In keiner der Organisationsformen müssen Kleinigkeiten von der Politik entschieden werden. Dies entspricht schon nicht dem Ansatz eines Eigenbetriebes, den eine organisatorische und wirtschaftliche Verselbständigung prägt. Eine Gründung einer Anstalt oder einer gGmbH führt sogar zu einer rechtlichen Verselbständigung. Eine solche halten wir für einen falschen Ansatz, wenn die Gemeinde Henstedt-Ulzburg bzw. ihre Gremien jede Kleinigkeit entscheiden wollen. In einem solchen Fall wird die Gemeinde voraussichtlich auch Schwierigkeiten haben, entsprechendes Leitungspersonal zu finden, da gerade für qualifiziertes Personal eigene Entscheidungsspielräume ein wichtiger Faktor sind.

4. In welcher Organisationsform bleibt der Bürgermeister weisungsbefugt?

Wir verstehen die Frage dahingehend, dass diese das Weisungsrecht des Bürgermeisters zur Einflussnahme auf die jeweilige Kita-Organisation betrifft. Siehe hierzu auch schon die Beantwortung der Frage VIII. 1 b).

Beim Regiebetrieb bleibt der Bürgermeister weisungsbefugt. Beim Eigenbetrieb hat der Bürgermeister – ebenfalls aufgrund der rechtlichen Unselbständigkeit des Eigenbetriebs – weiterhin ein Weisungsrecht gegenüber der Werkleitung.

Bei der AöR hat der Bürgermeister kein gesetzliches Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand. Ein entsprechendes Weisungsrecht des Bürgermeisters kann aber in die Organisationsatzung aufgenommen werden.

Bei der gGmbH hat der Bürgermeister ein Weisungsrecht, das er für die Gemeinde Henstedt-Ulzburg als Gesellschafterin gegenüber der Geschäftsführung gemäß § 37 GmbHG ausüben kann. Eine Beschränkung dieses Weisungsrechts durch den Gesellschaftsvertrag ist unter Einhaltung der gesetzlichen Grenzen des § 102 Abs. 2 Nr. 3 GO SH möglich. Grenze einer Einschränkung des Weisungsrechts ist, dass der Gemeinde ein angemessener Einfluss auf die Gesellschaft verbleibt.

5. Bietet die AöR oder gGmbH flexiblere Handlungsmöglichkeiten?

Welche Handlungsmöglichkeiten für eine Organisationsform bestehen, richtet sich nach der konkreten Ausgestaltung der Satzung/ Gesellschaftsvertrags. Im Ausgangspunkt sind beide Rechtsformen hinsichtlich ihrer Flexibilität vergleichbar. Bei den Rechtsformen gilt die AöR als öffentlich-rechtliches „Konkurrenzprodukt“ der GmbH.

6. Können in eine gGmbH und AöR gleichermaßen bei Bedarf weitere Einrichtungsträger und z.B. Caterer eingegliedert werden? Welche Konsequenzen ergeben sich hierdurch für die Entscheider und Kontrollgremien?

An einer AöR können sich nur Gemeinden als weitere Träger beteiligen. Bei der gGmbH hingegen können sich sowohl öffentliche als auch private Dritte als Gesellschafter beteiligen.

Sowohl die gGmbH als auch die AöR können Tochtergesellschaften – etwa für Catering oder andere Serviceleistungen - gründen (vgl. § 102 GO SH für die gGmbH und § 106a Abs. 1 Satz

2 i. V. m. § 102 GO SH für die AöR). Diese Möglichkeit ist in dem Gesellschaftsvertrag bzw. der Organisationssatzung zu regeln (s. KPMG Stellungnahme „Zukünftige Organisation der Kindertagesstätten der Gemeinde Henstedt-Ulzburg“ vom 1. Juli 2016, S. 73).

Der kommunale Einfluss auf Tochtergesellschaften muss entsprechend § 102 Abs. 6 bzw. § 106a Abs. 1 Satz 2 i.V.m. 102 Abs. 6 GO SH gewährleistet sein.

Bei der Gründung von Tochtergesellschaften bestehen keine direkten Entscheidungs- und Kontrollrechte auf Ebene der Gemeinde. Diese kontrollieren und nehmen Einfluss auf die Tochtergesellschaften mittelbar durch die Kontrolle und die Einflussnahme auf ihre Beteiligung, nämlich die AöR oder die gGmbH selbst.

7. Sollte eine AöR oder eine gGmbH entstehen, wird ein Vertrag mit der zukünftigen Organisationsform geschlossen. Die AöR erhält eine Satzung, die gGmbH einen Gesellschaftervertrag. Es wurde uns mündlich mitgeteilt, dass man in die Vertragsgestaltung des Gesellschaftervertrags „alles“ hineinschreiben könne, was für uns wichtig wäre. Gilt das für die Satzung der AöR ebenso?

Dies ist im Grundsatz zutreffend. GmbH und AöR sind in ihrer Flexibilität sehr vergleichbar. Eine Ausnahme ist zum Beispiel, dass bei der gGmbH das Weisungsrecht des Bürgermeisters als Gesellschaftervertreter gegenüber der Geschäftsführung nicht vollständig ausgeschlossen werden kann (siehe oben VIII.7). Indes kann das Weisungsrecht des Bürgermeisters gegenüber der Geschäftsführung im Innenverhältnis durch die Gemeindevertretung beschränkt werden.

IX. Bewertungen

1. Sie haben sich mit der bestehenden Situation der Kindertagesstätten in Henstedt-Ulzburg beschäftigt. Welche konkreten Vor- und Nachteile sehen Sie in der Überführung dieses gesamten Bereiches in eine AöR bzw. gGmbH für die Beschäftigten und dem gesamten Betriebsablauf?

Aus arbeitsrechtlicher Sicht treten Änderungen für die Arbeitnehmer nur im Falle der Rechtsformen AöR oder gGmbH ein, jedoch dahingehend, dass aufgrund eines Betriebsübergangs nach § 613a BGB ein Vertragsarbeitgeberwechsel stattfindet. Der Betriebsübergang führt jedoch nicht zu einer Schlechterstellung der betroffenen Arbeitnehmer (siehe aber oben II.1 a), es ergeben sich jedoch für die Gemeinde mit dem Betriebsübergang einhergehende zu berücksichtigende Herausforderungen. Dazu gehören insbesondere die rechtzeitige, transparente und umfassende Unterrichtung des Personalrats und der betroffenen Arbeitnehmer, denen ein Widerrufsrecht gegen den Übergang ihrer Arbeitsbedingungen auf den neuen Betriebsinhaber (AöR bzw. gGmbH) zusteht.

Für den Betriebsablauf ist darauf zu verweisen, dass mit AöR oder gGmbH eine eigenständige Rechtspersönlichkeit entsteht. Damit würden Tätigkeiten, die unmittelbar dem Betrieb der Kindertagesstätten dienen, zukünftig auf eine andere juristische Person übertragen. Dies birgt die Chance, dass die Gemeindeverwaltung in Teilbereichen entlastet wird und die Organisation sich spezialisieren und im Betrieb der Kitas immer besser und effizienter werden kann. Bei einer unzulänglichen Umsetzung, ohne klare Zuständigkeitsregelungen und bei nicht bedarfsgerechter

Ausstattung der Organisation können sich dagegen Risiken wie z.B. eine doppelte Ressourcenvorhaltung oder eine Verschlechterung der Qualität ergeben.

Bei allen Organisationsformen muss die Gemeinde Henstedt-Ulzburg sicherstellen, dass sie ihren kommunalen Einfluss geltend machen kann, andererseits aber die organisatorische Eigenständigkeit eines Eigenbetriebes oder sogar die juristische Eigenständigkeit einer AöR oder gGmbH in den Satzungen nicht wieder vollkommen aushebelt.

* * *

Sprechen Sie uns gern an, wenn Sie unsere Bearbeitung Ihrer Fragen ergänzend diskutieren wollen.

Mit freundlichen Grüßen



für Dr. Arne Gniechwitz
Rechtsanwalt



Giannina-Louisa Wille
Rechtsanwältin