

Gutachterliche Stellungnahme

Analyse nach § 135 KVG LSA zur Neugründung einer Beschäftigungsgesellschaft (F.A.I.R. gGmbH)

Landkreis Anhalt-Bitterfeld

Köthen (Anhalt)

Auftragsnummer: 031719

Mazars Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Alt-Moabit 2
10557 Berlin

Tel.: +49 30 208 88-1138

Datum: 26. August 2019

Inhaltsverzeichnis

A.	Ausgangslage.....	3
B.	Analyse nach § 135 KVG LSA	4
I.	Öffentlich-rechtliche Organisationsformen.....	4
II.	Die Gründung einer (gemeinnützigen) GmbH	4
1.	Kommunalrecht.....	4
1.1	Grundlagen der wirtschaftlichen Betätigung.....	4
1.2	Öffentlicher Zweck.....	5
1.3	Angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum voraussichtlichen Bedarf	10
1.4	Keine bessere und wirtschaftlichere Erfüllung durch einen anderen	12
1.4.1	Von einem öffentlichen Zweck getragene Betätigungen	12
1.4.2	(Kommerzielle) Annex Tätigkeiten	13
2.	Wirtschaftliche Aspekte.....	14
2.1	Kosten der Gründung	14
2.2	Finanzierung des operativen Betriebs in der Gründungsphase und danach.....	15
2.2.1	Planansätze für das (Rumpf-)Geschäftsjahr 2019 fehlen.....	15
2.2.2	Planansätze ab dem 1. Januar 2020	16
C.	Ergebnis	18

A. Ausgangslage

Der Landkreis Anhalt-Bitterfeld (nachfolgend: „LK ABI“) stellt Überlegungen an, ob die Bargründung einer (gemeinnützigen) GmbH, die im Wesentlichen den operativen Betrieb der in einem Insolvenzverfahren befindlichen B&A Strukturförderungsgesellschaft Zerbst mbH (nachfolgend: „B&A“) fortführen soll, zielführend sein kann. Zu diesem Zweck ist es denkbar, aus der Insolvenzmasse der B&A das bewegliche Anlagevermögen zu erwerben, welches die neue Gesellschaft für die Fortführung des Betriebs benötigt. Weiterhin steht zur Disposition, dass die Gesellschaft die hierfür erforderlichen Grundstücke von einem Dritten zur Nutzung überlassen erhält. Nach einer Mitteilung der Insolvenzverwalterin der B&A vom 2. August 2019 muss das betreffende Grundstück spätestens im September 2019 verkauft werden.

Unter Berücksichtigung der Historie des kreislichen Engagements bei der Sicherstellung von Beschäftigungs- und Qualifizierungsmaßnahmen über kreiseigene (B&A) bzw. kommunale Beteiligungsgesellschaften (BQP) ist es die Zielstellung des LK ABI eine Gesellschaft nur dann vorzuhalten, wenn diese in der Lage ist, ohne Zuschüsse des LK ABI ihren Geschäftsbetrieb zu organisieren.

Im Kontext der Errichtung einer neuen Gesellschaft hat am 22. Juli 2019 eine Besprechung beim Landesverwaltungsamt in Halle (Saale) (nachfolgend: „LVwA“) stattgefunden. Ziel der Besprechung war eine Vorsondierung der Sichtweise der Rechtsaufsichtsbehörde. Seitens des LVwA wurde signalisiert, dass man der Gründung einer neuen Gesellschaft grundsätzlich offen gegenübersteht. Gleichwohl müsse eine Analyse nach § 135 KVG LSA erstellt werden. Die anwesenden Vertreter der Rechtsaufsichtsbehörde haben jedoch klargestellt, dass eine dezidierte Auseinandersetzung mit alternativen öffentlich-rechtlichen Organisationsformen nicht erfolgen müsse. Gleichwohl wurde – auch vor dem Hintergrund der in der Vergangenheit gesammelten Erfahrungen – angeregt, eine Wirtschaftlichkeitsbetrachtung durchzuführen und in einer Analyse nach § 135 KVG LSA zu dokumentieren.

Zu diesem Zweck ist ein Konzept¹ für die Errichtung und Finanzierung der F.A.I.R. gGmbH (so zwischenzeitlich der Arbeitstitel; nachfolgend: „Fair“) von Mitarbeitern der B&A erstellt worden. Darüber hinaus ist ein Wirtschaftsplan² für die Gesellschaft beginnend ab dem 1. Januar 2020 erstellt worden, der die Finanzierung der Gesellschaft ab diesem Zeitpunkt dokumentieren soll.

Das Konzept und der Wirtschaftsplan sind von Mitarbeitern der Kreisverwaltung auf ihre Plausibilität geprüft worden³. Diese Prüfungsergebnisse fließen in die Betrachtung der

¹ F.A.I.R. gGmbH, Konzeptvorschlag vom 8. August 2019

² F.A.I.R. gGmbH, Wirtschaftsplan 2020 zum Konzeptvorschlag in Anlehnung an das Eigenbetriebsgesetz vom 25. Mai 2012; Stand 8. August 2019

³ Zuständigkeitsspezifische Stellungnahmen per E-Mail durch das Amt 80, Amt 51 und Jobcenter jeweils vom 21. August 2019 (nachfolgend: „Fachämter“)

wirtschaftlichen Nachhaltigkeit des kreislichen Engagements ein, die aus anwaltlicher Sicht nur hinsichtlich ihrer rechtlichen Wirkungen bewertet werden können.

In dem vorstehenden Kontext sind wir aufgefordert worden, zu prüfen, ob die Errichtung der Fair die Voraussetzungen des § 135 KVG LSA erfüllt.

B. Analyse nach § 135 KVG LSA

I. Öffentlich-rechtliche Organisationsformen

Eine Abstimmung mit dem LVvA am 22. Juli 2019 in Halle (Saale) ergab, dass eine alternative Prüfung öffentlich-rechtlicher Organisations- bzw. Rechtsformen im Rahmen der Analyse nach § 135 Abs. 1 KVG LSA nicht erfolgen muss.

Die Teilnehmer an der Besprechung waren sich darin einig, dass vor dem Hintergrund einer Fortführung und Erweiterung des operativen Geschäfts der B&A in Gestalt einer neu zu errichtenden Gesellschaft in der Rechtsform einer GmbH eine Auseinandersetzung mit öffentlich-rechtlichen Organisationsformen nicht zielführend wäre. Dies insbesondere auch deshalb, weil - wie das aktuell bei der B&A laufende Insolvenzverfahren zeigt - eine Haftungsbegrenzung auf das Stammkapital einer GmbH für den LK ABI zielführend sein kann. In einer öffentlich-rechtlichen Organisations- bzw. Rechtsform wäre gegenüber dem LK ABI ein direkter bzw. direkterer Haftungsdurchgriff möglich gewesen.

Da die Fortführung und Weiterentwicklung des operativen Geschäfts der B&A z.B. in der Form eines Eigenbetriebs oder einer Anstalt öffentlichen Rechts eher fernliegend ist, werden wir uns deshalb nachfolgend auf die Errichtung der Fair in der Rechtsform einer (gemeinnützigen) GmbH beschränken.

II. Die Gründung einer (gemeinnützigen) GmbH

1. Kommunalrecht

1.1 Grundlagen der wirtschaftlichen Betätigung

Die kommunalrechtliche Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung des LK ABI in der Rechtsform einer GmbH beurteilt sich anhand der Regelungen der §§ 128 ff. KVG LSA.

Nach § 128 Abs. 1 KVG LSA dürfen sich die Kommunen auch in Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft außerhalb ihrer öffentlichen Verwaltung u.a. in der Rechtsform des Privatrechts wirtschaftlich betätigen, wenn

- ein öffentlicher Zweck die Betätigung rechtfertigt,
- wirtschaftliche Betätigungen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune und zum voraussichtlichen Bedarf stehen und
- der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Diese Grundvoraussetzungen werden in § 129 Abs. 1 KVG LSA um folgende Kriterien erweitert:

- Der öffentliche Zweck des Unternehmens kann nicht ebenso durch einen Zweckverband, einen Eigenbetrieb oder eine Anstalt des öffentlichen Rechts erfüllt werden.
- Die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung stellt sicher, dass der öffentliche Zweck des Unternehmens erfüllt wird.
- Die Kommune erhält einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan des Unternehmens, und dieser wird durch Gesellschaftsvertrag, Satzung oder in anderer Weise gesichert.
- Die Haftung der Kommune wird auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt.
- Die Einzahlungsverpflichtungen der Kommune stehen in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit.
- Die Kommune verpflichtet sich nicht zur Übernahme von Verlusten in unbestimmter oder unangemessener Höhe.

Die vorstehenden Voraussetzungen der § 128 Abs. 1 und § 129 Abs. 1 KVG LSA sind insoweit bei einer Neugründung einer kommunalen GmbH zu beachten, wobei nachfolgend der Schwerpunkt auf der Prüfung der Grundvoraussetzungen in § 128 Abs. 1 KVG LSA liegt.

1.2 Öffentlicher Zweck

Die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Land Sachsen-Anhalt erfordert einen Aufgabenbezug. Gemäß § 5 Abs. 1 Ziff. 2 i.V.m. § 4 KVG LSA können Landkreise Aufgaben im eigenen Wirkungskreis definieren und freiwillig erfüllen. Die Schaffung insbesondere von Arbeitsgelegenheiten stellt eine solche Aufgabe im eigenen Wirkungskreis dar, was in der Besprechung vom 22. Juli 2019 seitens der Rechtsaufsichtsbehörde noch einmal ausdrücklich bekräftigt wurde.

Da das Gemeinwohl generell die Grenze staatlichen Handelns darstellt, kommt § 128 Abs. 1 KVG LSA darüber hinaus gehende Bedeutung zu. Den Kommunen wird hierbei eine besondere Begründungs- und Rechtfertigungspflicht auferlegt. Jedes wirtschaftliche Unternehmen einer Kommune muss durch die Erfordernisse des Gemeinwohls ausdrücklich gerechtfertigt

sein. Nach der Rechtsprechung des BVerwG⁴ steht den zuständigen Organen der Kommune dabei jedoch ein weiter Einschätzungsspielraum bei der Beurteilung des öffentlichen Zwecks zu. Insbesondere ist anerkannt, dass der öffentliche Zweck ganz allgemein durch Gemeinwohlgründe, wie z. B. die Wirtschaftsförderung, Standortsicherung, soziale Gesichtspunkte, krisenfeste ungestörte Versorgung der Bevölkerung und Verbesserung der örtlichen Infrastruktur begründet werden kann. Ausfluss dessen ist die Regelung zur kommunalen Aufgabenerfüllung in § 4 Satz 2 KVG LSA, wonach die Kommunen in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für ihre Einwohner erforderlichen sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen öffentlichen Einrichtungen bereitstellen.

Fraglich ist insoweit, ob sich die von der Fair geplanten Betätigungen einem öffentlichen Zweck zuordnen lassen.

Aufgabe der Fair soll mehrheitlich – wie bereits auch bei der B&A – die Schaffung von Arbeits- und Qualifizierungsgelegenheiten für erwerbsfähige Hilfebedürftige und Arbeitssuchende mit der Zielstellung sie bei der Aufnahme und Beibehaltung einer Erwerbstätigkeit zu unterstützen. Die Fair soll zur Erreichung ihres Gesellschaftszwecks Trägerin von Projekten und Maßnahmen, die im Rahmen von Arbeitsförderungs- und Sozialgesetzgebung, der Förderprogramme des Landes Sachsen-Anhalt sowie durch sonstige weitere Institutionen unterstützt werden.

Zur Erreichung des Zwecks sollen bei der Fair die Geschäftsbereiche Sozialbetrieb, Soziale Dienstleistungen/Schulsozialarbeit, Soziales Unternehmertum/Kommunale Dienstleistungen, Sozialkaufhaus, Soziale Beschäftigung sowie Unterstützung Vereine/Organisationen fortgeführt bzw. (weiter)entwickelt werden. Im Einzelnen ergeben sich ausweislich des Konzepts⁵ schwerpunktmäßig zusammengefasst folgende Betätigungen:

Sozialbetrieb:

- Schaffung von Arbeitsgelegenheiten für 150 Teilnehmer im Jahr 2020; Zielstellung dieser Maßnahmen ist, insbesondere Langzeitarbeitslose an den ersten Arbeitsmarkt heranzuführen.
- Ist eine Kombination von Beschäftigungsmöglichkeiten im Sozialkaufhaus, den Werkstätten und in einer Vielzahl von Maßnahmen in Kommunen, im Naturschutz- und Tourismusbereich, bei Vereinen und sozialen Verbänden.
- Seit 2019 wurde bei der B&A ein dreistufiges Modell der sozialpädagogischen Betreuung implementiert, welches bei der Fair weitergeführt werden soll

⁴ BVerwGE 39, 329 ff., 339

⁵ F.A.I.R. gGmbH, Konzeptvorschlag vom 8. August 2019

- Teilnehmer mit intensiver sozialpädagogischer Betreuung (schwere strukturelle Probleme in der Alltagsbewältigung; ca. 30 Teilnehmer 2020 in der Gerhart-Hauptmann-Str. in Wolfen)
- Teilnehmer mit sozialpädagogischer Begleitung (multiple Vermittlungshindernisse; werden vornehmlich im Werkstattbereich ca. 80 Teilnehmer, im Sozialkaufhaus ca. 20 Teilnehmer und in den Bildungsgärten ca. 20 -25 Teilnehmer eingesetzt)
- Teilnehmer mit geringem Bedarf an sozialpädagogischer Begleitung (Einsatz in den Bildungsgärten, dem mobilen Verkehrsgarten, dem Sozialkaufhaus und bei werkstattvorbereitenden Arbeiten)

Soziale Dienstleistungen/Schulsozialarbeit:

- Fortführung der bereits von der B&A geleisteten Schulsozialarbeit nach entsprechender Betrauung durch den LK ABI ab dem 1. Januar 2020 bis zum 31. Dezember 2020.
- Erlangung der Anerkennung als Träger der freien Jugendhilfe durch Fair.
- Ab dem 1. Januar 2021 Zusammenführung aller Bereiche der Schulsozialarbeit im LK ABI.

Soziales Unternehmertum/Kommunale Dienstleistungen:

- Implementierung eines den gemeinnützigkeitsrechtlichen Bestimmungen entsprechenden wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs. Fair soll dann Dienstleistungen am Markt anbieten. Für diese Dienstleistungen ist der Einsatz von Langzeitarbeitslosen vorgesehen, für die Lohnkostenförderung nach § 16 e bzw. § 16 i SGB II beantragt werden soll. Beispielfhaft werden folgende Dienstleistungen aufgezählt:
 - Elektrorecycling (3 Arbeitnehmer; Abholung, Zerlegung und Materialrückgewinnung, Veräußerung als Schrott und Edelschrott, dazu Abschluss einer Kooperationsvereinbarung mit den ABI KW und Durchführung einer Zertifizierung)
 - Garten- und Landschaftsbau (3 Arbeitnehmer; marktgängige Dienstleistungen für Dritte)
 - Kommunale Dienstleistungen (5 Arbeitnehmer; Dienstleistungen im Bereich Rekultivierung, Ordnung, Sauberkeit und Instandhaltung für Dritte, insbesondere im Bereich von arbeitsintensiven Sonderflächen, für die nach Angabe von Fair mangels Attraktivität Angebote privater Unternehmen nicht abgegeben werden)

- Nähwerkstatt, hauswirtschaftliche Dienstleistungen (2 Arbeitnehmer; Dienstleistungen wie z.B. Wäsche- und Nähservice, „Hauswirtschaften für kleines Geld“)

Sozialkaufhaus:

- Einräumung einer Möglichkeit für Bezieher von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts sozial verträglich einen Hausstand einzurichten bzw. zu ergänzen.
- Einkaufsberechtigungen für vom Rundfunkbeitrag befreite Mitbürger.
- Mögliche Umbildung des Sozialkaufhauses als Trainingsfirma und Deckung der Kosten durch Veräußerungserlöse, Personalkostenerstattungen nach § 16 i SGB II oder Bundesfreiwilligendienst
- Die Einnahmen reichen in der aktuellen organisatorischen Ausgestaltung nicht aus, um die Kosten zu decken. Aus diesem Grund ist eine Reduzierung des Personals auf die Leitung des Sozialkaufhauses sowie die Umsetzung folgender Maßnahmen denkbar:
 - Erweiterung des Angebotsportfolios in Zusammenarbeit mit Waren- und Versandhäusern
 - Eröffnung neuer Fördermöglichkeiten zur Sachkostenförderung
 - Antragstellung gemäß § 16e und § 16i SGB II für 10 Teilnehmer
 - Überleitung von Personal in andere Unternehmensbereiche

Soziale Beschäftigung:

- Förderung und Aktivierung von Hilfebedürftigen zum Erhalt und der Weiterentwicklung der beruflichen Leistungsfähigkeit nach SGB XII, auch als Chance der sozialen Teilhabe (Teilnehmer mit einer begrenzten Leistungsfähigkeit bis zu 3 Stunden/Tag) durch Arbeiten in Klein- und Kleinstgruppen in den Außenbereichen, bei Einsatzstellen, in sozialen Einrichtungen oder Werkstatttätigkeiten
- Inhouse-Vergabe der sozialpädagogischen Beratung der betreffenden Maßnahmen gemäß § 11 Abs. 1 und 2 SGB XII an Fair
- Fortführung bzw. Weiterentwicklung folgender Maßnahmen:
 - Arbeitsgelegenheiten im Rahmen des Landesprogramms „Stabilisierung und Teilhabe am Arbeitsleben“ (5 Teilnehmer)

- Weitere Nutzung des Sonderprogramms „Aktive Eingliederung am Arbeitsmarkt“ ab 1. Juli 2020

Unterstützung Vereine/Organisationen:

- Vermietung von Dekorationen, Märchenhütten, Verkaufsständen usw. gegen Entgelt an Dritte
- Einwerbung von Spenden, Crowdfunding

Die vorstehenden Betätigungen der Fair, die im Zusammenhang mit der Durchführung von Maßnahmen nach den SGB stehen, erfüllen u.E. einen öffentlichen Zweck. Gleichwohl sind Betätigungen geplant, die u.E. schwer einer öffentlichen Zwecksetzung zuordenbar sind. Zumindest erheblich risikobehaftet sind die geplanten Betätigungen im Geschäftsbereich „Soziales Unternehmertum/Kommunale Dienstleistungen“ sowie „Unterstützung Vereine/Organisationen“ soweit hier Vermögensgegenstände gegen Entgelt vermietet werden sollen. Ausweislich des Konzepts sollen diese Dienstleistungen erbracht werden, um eine „Stärkung des Eigenkapitals“ zu ermöglichen. Wir interpretieren die Ausführungen der Verfasser des Konzepts so, dass bezogen auf die jeweiligen Betätigungen ein Gewinn erwirtschaftet werden soll, der letztlich dazu dienen soll, bei der Fair insgesamt ein positives Ergebnis zu erzielen.

Gemäß § 128 Abs. 1 Satz 2 KVG LSA entsprechen Betätigungen, mit denen die Kommune an dem vom Wettbewerb beherrschten Wirtschaftsleben teilnimmt, um ausschließlich Gewinn zu erzielen, keinem öffentlichen Zweck. Gemäß § 128 Abs. 1 Satz 3 KVG LSA sind jedoch Dienstleistungen, die mit einer vom öffentlichen Zweck getragenen Betätigung verbunden sind, zulässig, wenn sichergestellt ist, dass diese eine untergeordnete Rolle spielen und nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt werden können.

Es spricht einiges dafür, dass die vorgenannten Betätigungen bereits wegen ihrer Marktrelevanz und auch der konkret formulierten Gewinnerzielungsabsicht nach § 128 Abs. 1 Satz 2 KVG LSA unzulässig sind. Insbesondere Betätigungen im Bereich Recycling, Garten- und Landschaftsbau, Rekultivierung, Ordnung, Sauberkeit und Instandhaltung für Dritte sowie Nähwerkstatt und hauswirtschaftliche Dienste werden auch von privaten Dritten – sehr wahrscheinlich auch im LK ABI – erbracht. Hier besteht zumindest ein nicht unerhebliches Risiko, dass seitens des LVWA in dem Anzeigeverfahren derartige Betätigungen als nicht von einem öffentlichen Zweck getragen moniert werden.

Selbst wenn nicht per se eine direkte Verneinung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 128 Abs. 1 Satz 2 KVG LSA erfolgen würde, bestehen u.E. gleichwohl Risiken auch hinsichtlich einer Einordnung als sog. Annex Tätigkeiten. Diese müssen eine untergeordnete Rolle spielen, was bei einem Leistungsanteil von ca. 10 % üblicherweise akzeptiert wird. Vorliegend kann jedoch aus den vorliegenden Unterlagen nicht sicher entnommen werden, welchen Leistungsanteil die Betätigungen in den o.g. Geschäftsbereichen der Fair im Vergleich zu dem übrigen

Geschäft der Fair ausmachen. Dies müsste ggf. noch einmal verifiziert werden. Aber selbst wenn dieser Schwellenwert eingehalten werden würde, bestehen weiterhin grundsätzliche Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit einer Einordnung dieser Dienstleistungen als Annex­tätigkeit. Denn der Landesgesetzgeber hat in der letzten Novelle des KVG LSA explizit § 128 Abs. 1 KVG LSA um einen Satz 3 erweitert. Die Regelung lautet wie folgt:

„Dienstleistungen, die mit der wirtschaftlichen Betätigung verbunden sind, sind zulässig, wenn ihnen im Vergleich zum Hauptzweck eine untergeordnete Bedeutung zukommt und die Voraussetzung des Satzes 1 Nr. 3 vorliegt.“

Unabhängig von der Frage, ob die o.g. Betätigungen tatsächlich auch als „verbunden mit der wirtschaftlichen Betätigung“ im Sinne vorstehenden Regelung eingeordnet werden können, bestehen ersthafte Zweifel, ob die gesetzgeberische Vorgabe, dass diese Dienstleistungen nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erbracht werden können, erfüllt werden kann. Denn die von der Fair geplanten Betätigungen können grundsätzlich auch von privaten Dritten erbracht werden. Zumindest kann der gesetzgeberischen Intention dieser Regelung entnommen werden, dass vor der Aufnahme einer solchen Betätigung eine Analyse der marktbezogenen Gegebenheiten vor Ort erforderlich ist. Ob eine solche Analyse im Vorfeld durchgeführt wurde, entzieht sich unserer Kenntnis. Den Stellungnahmen der Fachämter ist jedoch glaubhaft zu entnehmen, dass in den betreffenden Geschäftsbereichen durchaus private Dritte tätig sind. Es kann insoweit nicht ausgeschlossen werden, dass sich der LK ABI bei Aufnahme dieser Betätigungen durch Fair wettbewerbsverzerrend in diesen Markt­bereichen verhält.

Es spricht insoweit überwiegend dafür, dass diese Betätigungen der Fair nicht als Annex­tätigkeiten eingeordnet werden können und deshalb mangels Bindung an einen öffentlichen Zweck nicht zulässig sind.

1.3 Angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum voraussichtlichen Bedarf

Aufgrund der Voraussetzung, dass die Betätigung eines kommunale Unternehmens in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune und zum voraussichtlichen Bedarf stehen muss, soll die Kommune untragbare Risiken vermeiden und sich grundsätzlich mit der wirtschaftlichen Betätigung auf das Gebiet der Kommune beschränken. Da in jeder unternehmerischen Tätigkeit ein mehr oder weniger großes finanzielles Risiko liegt, darf die Kommune keine Verpflichtungen eingehen, die nicht durch ihre allgemeine Finanzkraft und Verwaltungskraft abgedeckt werden kann. Diese Regelung verbietet der Kommune, z.B. ein

für ihre Verhältnisse zu großes und damit von ihr nicht zu kontrollierendes Unternehmen zu errichten⁶.

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen sind u.E. ausreichende Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass die Errichtung der Fair und deren wirtschaftliche Betätigung nicht die Leistungsfähigkeit des LK ABI übersteigt. Hierfür spricht insbesondere, dass der LK ABI bereits in der Vergangenheit und bis dato Gesellschaften errichtet und finanziert hat, die im Wesentlichen denselben (öffentlichen) Zweck verfolgen, wie die Fair.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der LK ABI auch zukünftig wirtschaftlich in der Lage wäre, die Fair zu finanzieren, selbst wenn diese Verluste erwirtschaften würde. Eine solche Entwicklung widerspricht jedoch auskunftsgemäß dem politischen Willen im Kreistag des LK ABI.

Die Errichtung der Fair und deren Betätigung müsste zudem auch dem voraussichtlichen Bedarf entsprechen. Hier bestehen Zweifel, ob bei der Erarbeitung der konzeptionellen und wirtschaftlichen Planansätze tatsächlich von zutreffenden Tatsachen bei der Bedarfsermittlung ausgegangen wurde.

Den Stellungnahmen der Fachämter können entsprechende Äußerungen entnommen werden, wonach z.B. Zweifel bestehen, ob die Annahmen über die Bereitstellung von Bundemitteln für Maßnahmen nach § 16d SGB II so zutreffend sind. Hintergrund sei, dass sich die hierfür bereit gestellten Mittel in den letzten Jahren sukzessive verringert haben, was insbesondere darauf zurückzuführen sei, dass weniger Teilnehmerplätze benötigt worden sind und wohl auch künftig benötigt werden. Die neue Förderung von Teilhabemaßnahmen nach § 16e und § 16i SGB II ist hingegen auskunftsgemäß auf eine Förderung des 1. Arbeitsmarkts fokussiert und konnte im LK ABI die verminderten Einnahmen aus § 16d SGB II-Mitteln nur teilweise kompensieren. Der Trend einer Verminderung der Erlöse für herkömmliche Arbeitsbeschaffungen soll auskunftsgemäß erhalten bleiben.

Obleich Planansätzen naturgemäß eine gewisse Unverbindlichkeit zukommt, müsste der LK ABI vor dem Hintergrund der in der Vergangenheit gesammelten Erfahrungen eine Konkretisierung der Planansätze unter Berücksichtigung der Feststellungen der Fachämter verlangen.

Da hier bereits ernsthafte rechtliche Zweifel am Vorliegen eines öffentlichen Zwecks bestehen, ist fraglich, ob hier überhaupt eine weitere Plausibilisierung der Planansätze sinnvoll ist.

⁶ Detlef Bücken-Thielmeyer/Michael Grimberg/Manfred Miller/Peter Schneider/Bernd Wiegand, Praxis der Kommunalverwaltung, B 1 San, Seite 6, Stand Juli 2016

1.4 Keine bessere und wirtschaftlichere Erfüllung durch einen anderen

Diese Regelung dient vornehmlich dem Schutz einer Kommune vor Risiken, die durch die Übernahme einer wirtschaftlichen Betätigung grundsätzlich entstehen können. Durch diese Voraussetzungen des § 128 Absatz 1 Satz 1 Nr. 3, aber auch des § 128 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, soll nicht nur die Kommune vor möglichen Risiken geschützt werden. Die Vorschrift dient auch dem Schutz der privaten Wirtschaft gegen eine unzulässige privatwirtschaftliche (kommerzielle) Betätigung der Kommunen. Eine Nichtbeachtung der Vorschrift kann i. S. v. § 1 UWG sittenwidrig sein und kann von privaten Dritten angefochten werden⁷.

Bei der Konkretisierung der Subsidiaritätsklausel hat die Kommune im Einzelfall einen Beurteilungsspielraum, den im Grunde auch nur die Kommune aufgrund ihrer umfangreichen Kenntnisse der örtlichen Wirtschaftsverhältnisse ausfüllen kann⁸. Als Anhaltspunkte für die Entscheidungsfindung kann die Zuverlässigkeit privater Wettbewerber, die gleichmäßige Versorgung der Einwohner, das soziale Bedürfnis der Leistungsempfänger und die daraus resultierende Notwendigkeit sozialausgerichteter Leistungsentgelte, die Wirtschaftlichkeit der Betriebsführung sowie sämtliche Qualitätsmerkmale der Leistung herangezogen werden⁹.

Nachfolgend soll unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen bei der Prüfung der Voraussetzungen zwischen den von einem öffentlichen Zweck getragenen Betätigungen und den nicht von einem öffentlichen Zweck getragenen (kommerziellen) Annextätigkeiten differenziert werden.

1.4.1 Von einem öffentlichen Zweck getragene Betätigungen

Aus anwaltlicher Sicht kann keine eigene Einschätzung der wirtschaftlichen Situation von Unternehmen, die im Bereich von SGB-Maßnahmen im LK ABI tätig sind, abgegeben werden. Die nachfolgenden Ausführungen basieren deshalb auf den Angaben, die die Fachämter in ihren Stellungnahmen abgegeben haben.

U.E. muss bei der Betrachtung neben der „Marktsituation“ der im SGB-Bereich tätigen Unternehmen auch der aktuelle Status der Fair Berücksichtigung finden. Der LK ABI müsste nach der Lesart der Regelung nachweisen können, dass die Betätigungen der Fair im Vergleich zu dritten Unternehmen zumindest gleichwertig sind. Hierzu hätte u.E. zumindest eine vergleichende Betrachtung der Marktsituation in den konzeptionellen Unterlagen erfolgen müssen. Eine solche Betrachtung kann zumindest den uns zur Verfügung gestellten Unterlagen nicht entnommen werden. Insoweit besteht hier bereits ein Risiko, dass ein entsprechender

⁷ Detlef Bücken-Thielmeyer/Michael Grimberg/Manfred Miller/Peter Schneider/Bernd Wiegand, Praxis der Kommunalverwaltung, B 1 San, Seite 7, Stand Juli 2016, mit weiterführenden Rechtsprechungshinweisen

⁸ wie vor

⁹ Cronauge/Westermann, Kommunale Unternehmen, 5. Aufl. 2006, S. 159 f.

Nachweis z.B. im Falle einer Überprüfung des Sachverhaltes durch die Rechtsaufsichtsbehörde nicht geführt werden kann.

Den Stellungnahmen der Fachämter ist zu entnehmen, dass im Gebiet des LK ABI eine Vielzahl von Unternehmen tätig sind, die gleiche bzw. vergleichbare Dienstleistungen erbringen. Dieser Hinweis erfolgte insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Fair bei Aufnahme ihres Geschäftsbetriebs damit rechnen müsse, bei Maßnahmen, die z.B. vom LK ABI selbst bzw. vom Jobcenter verantwortet werden, konkurrierende Anträge privater Dritter für Mittel gestellt werden, die die betreffenden Fachämter nach wettbewerblichen Kriterien vergeben müssen.

Auskunftsgemäß sind die hier in Betracht zu ziehenden dritten Unternehmen (auch im Kreisgebiet) jahrelang und erfolgreich im SGB-Bereich tätig. Zudem wurde darauf hingewiesen, dass die Fachämter verpflichtet sind, auf eine Trägervielfalt bei der Vergabe der Maßnahmen zu achten, was quasi ausschließt, dass die Fair für sämtliche vom LK ABI bzw. das Jobcenter verantwortete Maßnahmen als Maßnahmenträger in Betracht käme.

Es spricht insoweit einiges dafür, dass auch andere im Gebiet des LK ABI bzw. darüber hinaus tätige Unternehmen in der Lage wären, die Betätigungen der Fair zu übernehmen, wenn sich der LK ABI dazu entschließen sollte, die Fair nicht zu gründen.

1.4.2 (Kommerzielle) Annextätigkeiten

Wie bereits in Ziff. 1.2 dargestellt, bestehen Zweifel an der Einordnung der o.g. kommerziellen Geschäftsbereiche als von einem öffentlichen Zweck getragen. Insoweit sollte vorsorglich in Erwägung gezogen werden, diese Dienstleistungen nicht durch die Fair erbringen zu lassen. Eine solche Entscheidung bedingt gleichwohl, dass die Fair nicht die Gewinne erwirtschaften kann, die sie für die Erwirtschaftung eines insgesamt positiven Jahresergebnisses benötigt. Es ist insofern denkbar, dass die Fair ohne die positiven Ergebnisse aus diesen Geschäftsbereichen insgesamt einen Verlust erwirtschaftet, der perspektivisch dazu führen kann, dass der LK ABI gezwungen ist, der Gesellschaft unterjährig Betriebskostenzuschüsse zukommen zu lassen, um nachträgliche Verlustausgleiche zu vermeiden.

Der Ausgleich dieser Verluste bedürfte dann zuvor einer beihilfenrechtlichen Prüfung und ggf. Rechtfertigung nach Maßgabe des DAWI Beschluss 2012. Eine Rechtfertigungslösung würde jedoch bedingen, dass die o.g. kommerziellen Betätigungen der Fair nicht mit Mitteln des LK ABI, die für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im Zusammenhang mit den SGB-Betätigungen gewährt werden, quersubventioniert werden dürften. Zum Nachweis wäre eine entsprechende Trennungsrechnung zu erstellen.

Eine - wie auch immer geartete - Bezuschussung der Fair entspricht jedoch nicht dem politischen Willen und soll aus diesem Grund auch nicht erfolgen.

Soweit im Rahmen der kommerziellen Betätigungen z.B. mit Mitteln der öffentlichen Hand bezuschusste Vermögensgegenstände gegen Entgelt vermietet werden sollen, ist dringend erforderlich, diesen Umstand dem jeweiligen Zuwendungsgeber vor der Nutzungsüberlassung mitzuteilen und die Konsequenzen mit ihm abzustimmen. Anderenfalls kann eine Rückforderung der Mittel wegen Fehlverwendung drohen.

2. Wirtschaftliche Aspekte

Üblicherweise sprechen insbesondere die nachfolgenden wirtschaftliche Gründe für die Errichtung kommunaler Gesellschaften mit beschränkter Haftung:

- Sparsames Wirtschaften durch kaufmännisches Denken
- Steuerliche Vorteile (z.B. bei Gemeinnützigkeit)
- Generierung von zusätzlichem Know-how
- Größere Autonomie
- Bessere Kundenorientierung

Langfristig betrachtet lassen sich diese Vorteile erfahrungsgemäß in der überwiegenden Anzahl der Fälle auch umsetzen. Vorliegend ist jedoch u.E. auch vor dem Hintergrund der Erfahrungen des LK ABI mit der B&A dringend geboten, die wirtschaftlichen Entwicklungsmöglichkeiten der neu zu gründenden Gesellschaft besonders intensiv in den Abwägungsprozess einzubeziehen.

Chronologisch betrachtet, werden wir nachfolgend auf die Kosten der Gründung sowie die Finanzierung des laufenden Betriebs eingehen.

2.1 Kosten der Gründung

Die Fair wäre mit einem Stammkapital von mindestens 25.000 EUR auszustatten. Das Stammkapital ist von den Gesellschaftern in Form von Stammeinlagen aufzubringen.

Die Fair wäre im Handelsregister beim zuständigen Registergericht anzumelden. Um dies durchführen zu können, fallen sowohl Notarkosten als auch Gebühren des Registergerichts an. Die Bundesnotarkammer geht bei einer Gesellschaft mit einem regulärem Stammkapital von 25.000 EUR von folgenden Kosten in Höhe von ca. 825 EUR aus. Hinzu treten noch Kosten in Höhe von ca. 150 EUR für die Eintragung in das Handelsregister.

Insgesamt wäre im Falle einer Gründung der Fair mit eintragungsbedingten Kosten in Höhe von ca. 26.000 EUR zu rechnen.

Hinzuzurechnen wären ggf. noch Kosten für Rechts- und Steuerberatungsleistungen, falls diese beauftragt werden sollten.

2.2 Finanzierung des operativen Betriebs in der Gründungsphase und danach

Die Fachämter haben im Rahmen ihrer Stellungnahmen Aussagen zu den kosten- und einnahmenseitigen Plansätzen getätigt, soweit dies anhand des Konzepts und des Wirtschaftsplans überhaupt nachvollziehbar und insoweit möglich war. Die Aussagen beruhen auf Kenntnissen, die aus der speziellen Zuständigkeit der Fachämter resultieren.

2.2.1 Planansätze für das (Rumpf-)Geschäftsjahr 2019 fehlen

Das Konzept sowie der Wirtschaftsplan sehen eine Finanzierung der Gesellschaft erst ab dem 1. Januar 2020 vor. Da tatsächlich aber bereits Kosten nach der Bargründung der Gesellschaft entstehen, müsste auch diese Berücksichtigung finden.

In jedem Fall entstehen die in Ziff. 2.1 bezifferten Kosten in Höhe von ca. 26.000 EUR für die Aufbringung des Stammkapitals sowie die im vorstehenden Abschnitt thematisierten Kosten im Zusammenhang mit der Errichtung der Gesellschaft.

Da die Gesellschaft noch in diesem Jahr errichtet werden soll, müssten der guten Ordnung halber auch Kosten für die Erstellung einer handels- und steuerlichen Eröffnungsbilanz sowie des Jahresabschlusses zum 31. Dezember 2019 und dessen Prüfung durch einen Wirtschaftsprüfer oder eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (sog. Kosten der Gesellschaft) berücksichtigt werden.

Auskunftsgemäß entstehen zudem bereits nach der Gesellschaftsgründung Personal- und Materialkosten, weil einige Maßnahmen von der B&A weitergeführt werden sollen und zu diesem Zweck Personal und Sachmittel angeschafft werden müssen.

Für die Verschaffung eines Überblicks über die (tatsächlichen) Gesamtkosten und Gesamteinnahmen der Fair ist eine planungsseitige Abbildung der wirtschaftlichen Auswirkungen erst ab dem 1. Januar 2020 eher hinderlich. Aus diesem Grund wären die noch im Jahr 2019 voraussichtlich entstehenden Kosten und Einnahmen in die Betrachtung einzubeziehen, um eine rechtlich belastbare Abwägungsentscheidung treffen zu können.

In diesem Kontext ist das für den operativen Betrieb der Gesellschaft zwingend erforderliche Grundstück zu berücksichtigen. Die Ersteller des Konzepts kalkulieren mit einer monatlichen Miete in Höhe von 5.250 EUR. Hier bleibt völlig offen, wie es zu diesem Plansatz kam. Dies insbesondere deshalb, weil aktuell völlig offen ist, wer dieses Grundstück erwerben wird und ob ein künftiger Erwerber überhaupt an die Fair bzw. zu welchen Konditionen vermieten würde.

Auch die Plansätze der Fair bezüglich der Gesellschafterdarlehen des LK ABI in Höhe von ca. 209 TEUR sind u.E. zu hinterfragen. Da die Gesellschafterdarlehen für den Erwerb des beweglichen Anlagevermögens sowie eine Anschubfinanzierung zur Sicherstellung des operativen Betriebs der Gesellschaft in der Anlaufphase benötigt werden, hätten diese ebenfalls bereits im Rumpfgeschäftsjahr 2019 Berücksichtigung finden müssen. Hinzu tritt hier jedoch, dass diese Mittel auskunftsgemäß nicht im Haushalt veranschlagt sind und deshalb in dem erforderlichen Zeitraum nicht haushaltskonform zur Verfügung gestellt werden können.

U.E. müsste zudem sichergestellt sein, dass die Darlehensgewährung beihilfenkonform erfolgt. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, weil die Planansätze keine Verzinsung vorsehen und eine fehlende Verzinsung per se für die Gewährung eines beihilfenrelevanten Vorteils spricht. Ein unverzinsliches Gesellschafterdarlehen hätte nur gewährt werden dürfen, wenn eine ex ante Bewertung zu dem Ergebnis gekommen wäre, dass auch ein nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen handelnder Wirtschaftsbeteiligter ein unverzinsliches Gesellschafterdarlehen gewährt hätte.

2.2.2 Planansätze ab dem 1. Januar 2020

Den Stellungnahmen der Fachämter ist zu entnehmen, dass eine Reihe von Planansätzen nicht plausibel zu sein scheinen. Offenbar waren das Konzept und der Wirtschaftsplan hinsichtlich der Planansätze wenig transparent, was eine Einschätzung durch die Fachämter erschwert haben dürfte.

Vorangestellt sei, dass Kosten und Einnahmen aus dem Bereich der eher kommerziellen Betätigungen formal aus der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung ausgeklammert werden müssten, da mit diesen Betätigungen – wie oben bereits dargestellt – sehr wahrscheinlich kein öffentlicher Zweck erfüllt wird. Insoweit wären die Plansätze vor einer Abwägungsentscheidung zu korrigieren.

Folgende von den Fachämtern lokalisierte Maßnahmen mit Auswirkungen auf die Planansätze für den SGB-Bereich sollen beispielhaft betrachtet werden:

- Eine sukzessive Reduzierung der Einnahmen aus **§ 16d SGB II-Maßnahmen** infolge der Verringerung der Teilnehmerzahlen ist nicht ausreichend berücksichtigt worden.
- Trotz entsprechender Fach- und Sachnähe kann selbst das Jobcenter für 2020 noch keine belastbare Schätzung abgeben, wie viele Teilnehmer in Arbeitsgelegenheiten nach § 16d SGB II zugewiesen werden können. Die Gesamtausgaben für § 16d SGB II-Mittel und der Anteil am Eingliederungsmittelbudget stehen noch nicht fest.
- Geplante **§ 16i und § 16e SGB II-Maßnahmen** bedingen, dass Arbeitsverträge mit einer Laufzeit von mindestens 5 Jahren geschlossen werden. Zudem sind durch den

Arbeitgeber Eigenanteile vom Arbeitsentgelt zu erbringen. Die Anzahl der geförderten Beschäftigungsverhältnisse ist auf eine bestimmte Anzahl je Arbeitgeber begrenzt. Offen ist, ob und inwieweit diese Umstände in der Planung Berücksichtigung gefunden haben.

- Keine materielle Untersetzung für geplante Maßnahmen zur **Beschäftigung von Personen im Rechtskreis SGB XII** (hier müssen besondere materielle und personelle Voraussetzungen geschaffen werden)
- Angebote wie **elternbegleitende Hilfen und Antragstellung, Jugendaustausch und Ferienfreizeiten** bedürfen einer Anerkennung als Freier Träger der Jugendhilfe (Bedenken hinsichtlich einer erfolgreichen Antragstellung, weil Fair nur partiell im Rechtskreis SGB VIII tätig ist)
- Planung der Vereinnahmung von **Mitteln aus Sonderprogrammen**, z.B. Denkmalpflegeprogramm des Landes Sachsen-Anhalt und Bundesmodellvorhaben Unternehmen Revier ist zu risikobehaftet, weil offen ist, ob ein Antrag – der noch nicht einmal gestellt wurde – beschieden wird
- geplante Übertragung von **Beratungsleistungen des Sozialamtes** auf die Gesellschaft ist nicht ohne weiteres möglich. Dies setzt eine entsprechende Eignung des Trägers voraus. Die Beratungsleistungen richten sich an alle Sozialhilfeempfänger, nicht nur an die Maßnahmenteilnehmer der Fair. Aus diesem Grund wäre auch entsprechendes Fachpersonal, Büroräume und kundenfreundliche Öffnungszeiten vorzuhalten. Eine Übertragung dieser Leistungen würde zudem einen Stellenabbau beim LK ABI nach sich ziehen.

Die vorstehend geäußerten Bedenken der Fachämter sind u.E. in dem Abwägungsprozess zwingend zu berücksichtigen. Sie beziehen sich auf die wesentlichen Finanzierungsquellen der Fair und haben deshalb einen besonderen Stellenwert bei der Abschätzung der Finanzierungsmöglichkeiten der Fair.

Soweit die vorstehenden Punkte bei der Planung der Fair tatsächlich nicht berücksichtigt wurden, bestehen ernsthafte Risiken, dass die bei der Planung getroffenen Annahmen nicht ausreichend waren und deshalb nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Gesellschaft (perspektivisch) einen Verlust erwirtschaftet.

C. Ergebnis

Es sind deutliche Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass die kommerziell ausgerichteten Betätigungen der Fair keinem öffentlichen Zweck und damit nicht den Vorgaben des § 128 Abs. 1 KVG LSA entsprechen.

Es bestehen darüber hinaus Anhaltspunkte, dass bezüglich der von einem öffentlichen Zweck gedeckten Betätigungen im SGB-Bereich ggf. ein drittes Unternehmen besser und wirtschaftlicher tätig sein könnte, als die Fair.

Insoweit bestehen erhebliche Bedenken, dass die Errichtung der Fair und die Aufnahme der aktuell insgesamt geplanten Betätigungen nicht mit den kommunalrechtlichen Vorgaben des § 128 Abs. 1 KVG LSA im Einklang stehen.

Vor diesem Hintergrund erscheint es fraglich, ob die Fair so organisiert werden kann, dass sie ihren operativen Betrieb ohne Zuschüsse des LK ABI finanzieren kann, da einige im Konzept bezifferte tragende Einnahmenquellen wegen ihrer kommunalrechtlichen Unzulässigkeit entfallen würden.

Denn eine den Vorgaben der §§ 128 ff. KVG LSA entsprechende Ausgestaltung des Geschäftsbetriebs der Fair bedingt sehr wahrscheinlich, dass die Gesellschaft zukünftig nicht in der Lage sein wird, zumindest ein ausgeglichenes Ergebnis zu erwirtschaften.

Dies bestätigt durch die wirtschaftliche Analyse der Fachämter und unter der Prämisse, dass der LK ABI keine Betriebskostenzuschüsse an die Fair zahlen wird, bestehen deshalb u.E. ernsthafte Zweifel, ob die Gesellschaft nach ihrer Gründung und auch ab dem Planungszeitraum 2020 über ausreichende Mittel verfügen wird, um ihren operativen Betrieb sicherzustellen.

Bei Festhalten an den aktuellen Planungen bestehen bei Gründung und Aufnahme des Geschäftsbetriebs insoweit Risiken, dass der LK ABI ab einem nicht näher bestimmbareren Zeitpunkt der Gesellschaft ggf. Betriebskostenzuschüsse gewähren muss, um eine Insolvenz der Gesellschaft zu vermeiden. Da die Gesellschaft über keine wesentlichen Vermögensgegenstände und mit Ausnahme des Stammkapitals über kein (weiteres) Eigenkapital verfügen wird, liegt bei Eintritt von Verlusten die Vermutung nahe, dass das (Stamm-)Kapital zeitnah aufgezehrt sein könnte.

Mazars Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

gez. Olaf Letzner
Rechtsanwalt