

Die Gründung von Genossenschaften durch Kommunen und die Beteiligung an Genossenschaften mit privater Beteiligung

I. Die rechtlichen Aspekte der Thematik im systematischen Überblick

1. Drei Fallkonstellationen

Die Kommunen nutzen vor allem in drei Fallgestaltungen selbständige juristische Personen des privaten Rechts für die Erfüllung eigener Aufgaben:

1. Zur *alleinigen* Erfüllung *eigener* Aufgaben, die aus der unmittelbaren Kommunalverwaltung aus wirtschaftlichen oder organisatorischen Gründen ausgegliedert werden sollen (man spricht dann von Eigengesellschaften);
2. zur *gemeinsamen* Erfüllung *eigener* Aufgaben mit anderen Kommunen (gemischt-öffentliche Gesellschaften);
3. zur gemeinsamen Erfüllung *eigener* Aufgaben mit Privaten (Öffentlich-Private-Partnerschaften).

In allen drei Fällen stehen den Kommunen in den meisten Bundesländern grundsätzlich auch öffentlich-rechtliche Organisationsformen zur Verfügung, so dass die Wahl der privatrechtlichen Organisationsrechtsform einer besonderen Begründung bedarf, die in einigen Kommunalgesetzen auch förmlich angeordnet ist.

2. Das Verhältnis der Rechtsregime zueinander

Nutzen die Kommunen für die eigene Aufgabenwahrnehmung Organisationsrechtsformen des privatrechtlichen deutschen oder europäischen Gesellschaftsrechts, so stellt sich in der praktischen Umsetzung die Frage, in welchem Verhältnis die gesetzlichen Regelungen des Kommunalrechts zu den Regelungen des jeweiligen Gesellschaftsrechts stehen.

Insoweit ist heute geklärt, dass wegen des Vorrangs des Bundesrechts und des Unionsrechts die kommunalrechtlichen Regelungen grundsätzlich hinter den Regelungen des Gesellschaftsrechts zurücktreten (Art. 31 GG sowie der Grundsatz vom Vorrang des Unionsrechts). Das jeweilige Kommunalrecht begründet deshalb in Richtung der handelnden Kommunalorgane lediglich Gestaltungsaufträge, die im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten der Gründung von privatrechtlichen Ge-

sellschaften bzw. der Beteiligung an ihnen umzusetzen bzw. einzuhalten sind. Die Kommune muss sich insbesondere ausreichend wirksame „Einwirkungspflichten“ einräumen (lassen), damit die Einhaltung der für sie geltenden gesetzlichen Vorgaben praktisch abgesichert ist. Es geht dabei vor allem darum, dass keine Aufgaben wahrgenommen werden, für die keine kommunale Zuständigkeit besteht, die Umsetzung inhaltlicher Vorgaben für das Handeln der Gesellschaft und um die Begrenzung finanzieller Risiken. Die Nichtbeachtung kommunalrechtlicher Vorschriften im Einzelfall hat deshalb keine direkten Auswirkungen auf das Handeln der Gesellschaften.

Auch vor diesem Hintergrund kommt der Prüfung einer entsprechenden Gründung oder Beteiligung auch an einer eingetragenen Genossenschaft durch die Kommune und die Kommunalaufsicht große Bedeutung zu.

3. *Die verschiedenen Motivebenen*

Die Motive einer Kommune, eigene Aufgaben durch juristische Personen des Privatrechts im Allgemeinen und eingetragene Genossenschaften im Besonderen wahrzunehmen, können je nach Konstellation ganz unterschiedlich sein.

Häufig stehen Fragen der Unternehmensorganisation und -führung sowie die betriebswirtschaftliche Optimierung im Vordergrund (so zumeist bei Eigengesellschaften). Es soll dabei auch eine gewisse Distanz zum politischen Einfluss geschaffen werden. Bei Kooperationen mit anderen Kommunen geht es oft um Größenvorteile, die mit den betriebswirtschaftlichen Vorteilen kombiniert werden sollen.

Bei der Kooperation mit Privaten stehen in der bisherigen Praxis ebenfalls wirtschaftliche und betriebswirtschaftliche Motive im Vordergrund. So soll durch die private Kapitalbeteiligung und das private Know How (wenn mit privaten Unternehmen kooperiert wird), die Tätigkeit für die Kommunen finanziell weniger belastend und betriebswirtschaftlich optimiert werden.

Im Falle der gemeinsamen Gründung an einer Genossenschaft kann aber ein zusätzlicher Ziel verfolgt und erreicht werden: die nachhaltige Bürgerbeteiligung an der Aufgabenerfüllung. Deshalb wird in diesen Fällen durch die Wahl der Rechtsform ein zusätzlicher Zweck erschlossen. Dies soll nachstehend verdeutlicht werden.

II. Mögliche Aufgabenfelder der Nutzung der eG durch Kommunen

Die eingetragene Genossenschaft kommt für die Erfüllung von kommunalen Aufgaben grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn es um eine Kooperation geht, denn das GenG verlangt für die Gründung mindestens eine Beteiligung von drei Personen (§ 4 GenG). Dadurch scheidet die eG als Rechtsform für Eigengesellschaften aus.

Die geplante Tätigkeit (der „Zweck“ des Unternehmens) muss sich zudem kommunalrechtlich im gesetzlichen Aufgabenbereich der jeweiligen Kommune bewegen und zugleich der Vorgabe des § 1 Abs. 1 GenG entsprechen und „den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder oder deren soziale oder kulturelle Belange durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern“.

Da durch § 1 Abs. 1 GenG vor allem der weite Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge erfasst wird, aber auch gemeinsame Geschäftsbetriebe der Kommunen erfasst sind, ergibt sich ein sehr weites mögliches Anwendungsfeld für die Nutzung der eG zu kommunalen Zwecken. Ausgeschlossen sind jedoch – wie bei anderen privatrechtlichen Rechtsformen – rein hoheitliche Aufgaben. Unproblematisch ist die Wahrnehmung freiwilliger Aufgaben, die in der Praxis auch bei den entsprechenden Rechtsgestaltungen im Vordergrund steht.

III. Grundsätzliche Vereinbarkeit mit den Vorgaben des kommunalen Wirtschaftsrechts

Die Kommunalgesetze sehen vor, dass zur Begrenzung von finanziellen Risiken der Kommunen durch wirtschaftliche Aktivitäten sowie zur Sicherung eines hinreichenden Einflusses der kommunalen Leitungsorgane auf die privatrechtlichen Organisationseinheiten mehrere Vorgaben beachtet werden, in deren Zentrum die sog. Schrankentrias steht. Diese verlangt mit leicht abweichenden Formulierungen in den Landeskommunalgesetzen, dass (1) ein öffentlicher Zweck die Betätigung rechtfertigt, (2) die wirtschaftliche Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune und zum voraussichtlichen Bedarf stehen sowie (3) der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Hinzu kommt, dass bei der Wahl einer privatrechtlichen Organisationsrechtsform nach den meisten Kommunalgesetzen die Haftung der Kommune auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt, der öffentliche Zweck nicht ebenso gut durch eine öf-

fentlich-rechtliche Organisationsform erreicht werden kann und die Kommune einen angemessenen Einfluss erhält. Liegt die Beteiligung der Kommune unter 50%, so gelten diese Vorgaben nur begrenzt in Form einer Hinwirkungspflicht.

1. *Vorliegen eines öffentlichen Zwecks*

Das Vorliegen eines öffentlichen Zwecks verlangt konkret, dass die geplante Betätigung der Genossenschaft der Versorgung der Einwohner dient (Daseinsvorsorge). Die Tätigkeit darf lediglich nicht ausschließlich der Gewinnerzielung dienen. Konflikte zwischen Kommunal- und Genossenschaftsrecht können auf dieser Ebene deshalb kaum auftreten.

Zu beachten ist der Bezug der Betätigung der Genossenschaft zu den Einwohnern bzw. zum Hoheitsgebiet der jeweiligen Kommune. Diesbezüglich können Probleme z.B. bei Energiegenossenschaften auftreten, wenn nicht sicher ist, wer die erzeugten Leistungen abnimmt. Eine Betätigung von Landkreisen ist in diesem Bereich problematisch, wenn es nicht ausschließlich um die Eigenversorgung der Verwaltung geht, da die Landkreise keinen Versorgungsauftrag gegenüber den Einwohnern der Mitgliedskommunen haben.

2. *Risikobegrenzung*

Da es sich bei Genossenschaften um juristische Personen handelt, ist die Haftung grundsätzlich auf das Genossenschaftsvermögen beschränkt, so dass die kommunalrechtlichen Vorgaben einer Risikobegrenzung grundsätzlich erfüllt sind.

3. *Vorrangklauseln*

Die verschiedenen Vorrangklauseln können nur mit Blick auf den Einzelfall sinnvoll angewendet werden. Deshalb lassen sich daraus kaum allgemeine Maßgaben ableiten.

Wichtig erscheint aber in Bezug auf die Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft der folgende, in der aktuellen Gesetzgebung zu wenig berücksichtigte Aspekt: Geht es der Kommune darum, durch die Gründung einer Genossenschaft die Partizipation der Einwohner zu ermöglichen und zu erweitern, so steht dafür keine adäquate öffentlich-rechtliche Rechtsform zur Verfügung, weil der öffentlich-rechtliche Zweckverband zwar formal eine Beteiligung Privater zulässt, die Anforderungen dafür aber sehr hoch sind und nicht dazu führen, dass eine breite Mitwirkung durch viele Einwohner erreicht werden kann. Deshalb steht der Vorrang

der öffentlich-rechtlichen Rechtsform in diesen Fällen der Beteiligung der Kommunen etwa an Infrastrukturgenossenschaften nicht entgegen.

4. Einflussssicherung

Besondere Aufmerksamkeit verlangt auch die kommunalrechtliche Vorgabe zur Sicherung eines ausreichenden Einflusses. Diese wird in der Regel durch entsprechende Stimm- und Weisungsrechte sowie über den Unternehmenszweck abgesichert.

Im Falle der Gründung einer Genossenschaft ist der Unternehmenszweck einerseits stark durch den Satzungszweck der Genossenschaft abgesichert. Seine Verwirklichung ist auch Gegenstand der regelmäßigen Pflichtprüfung durch den Prüfungsverband. Damit ist bei dieser Rechtsform auch die kommunalrechtliche Vorgabe gut erfüllt.

Anders als bei anderen Gesellschaftsrechtsformen steht der Kommune aber selbst dann, wenn sie einen hohen Kapitalanteil beisteuert, keine privilegierte Einflussnahme zu, da die Stimmrechte in den Organen nicht an der Höhe der Beteiligung ausgerichtet sind, sondern jedes Mitglied gleiches Stimmrecht hat. Diese demokratische Binnenverfassung kann den Einfluss der Kommune mindern, wenn viele Einwohner beteiligt sind. Da es aber dem Zweck dieser Unternehmen entspricht, eine nachhaltige Bürgerbeteiligung zu ermöglichen und die Zweckorientierung, der der kommunalrechtlich gebotene Einfluss dienen soll, bereits durch die Satzung und die Pflichtprüfung abgesichert werden, besteht insoweit kein Wertungswiderspruch. Es sollte deshalb nur darauf geachtet werden, dass die kommunale Beteiligung unter 50% liegt, so dass es sich nur um eine Bemühenspflicht handelt.

IV. Einzelfragen der rechtlichen Ausgestaltung

Der Geschäftsbetrieb von Genossenschaften ist darauf ausgerichtet, dass Überschüsse erzielt werden. Es gehört deshalb zu den genossenschaftsrechtlichen Vorgaben, dass tragfähige Wirtschafts- und Finanzierungsmodelle vorliegen. Ansonsten verläuft bereits die Gründungsprüfung negativ.

Wenn sich die Kommune an der Genossenschaft beteiligt und deren Tätigkeit durch Zuschüsse unterstützt, stellen sich dann (umsatz)steuerrechtliche Fragen, wenn die Dienstleistungen (auch) gegenüber der Kommune erbracht werden. Das ist aber nicht der Fall, wenn die Leistungen sich ausschließlich an die Einwohner

richten. Bei rein kommunalen Genossenschaften, die Dienstleistungen für die beteiligten Kommunen erbringen, kann es sich aber anders verhalten.

Im Einzelfall zu prüfen ist zudem, ob auf die Genossenschaft vergaberechtliche Vorschriften zur Anwendung kommen, wenn größere Beschaffungen oder Dienstleistungen anstehen. Das hängt maßgeblich davon ab, in welcher Höhe die Kommune beteiligt ist oder zur Finanzierung der Genossenschaft beiträgt. Ungeklärt ist noch, welche Bedeutung dabei der geringe Einfluss der Kommune in der Genossenschaft besitzt.