

Katrin Flaig

**Die Privatisierung
von kommunalen Einrichtungen
mittels einer sogenannten
Einrichtungsgesellschaft
- Gründung und Satzungsgestaltung –**

Dissertation zur Erlangung des Grades des Doktors des Rechts
der Fakultät III Wirtschaftswissenschaften, Wirtschaftsinformatik und
Wirtschaftsrecht der Universität Siegen,
Fachrichtung Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht

Tag der Promotion: 16.03.2016

Amtierender Dekan: Univ.-Prof. Dr. Volker Wulf

Erstgutachter: Univ.-Prof. Dr. Torsten Schöne

Zweitgutachter: Univ.-Prof. Dr. Peter Krebs

*„Anfangs wollt ich fast verzagen,
Und ich glaubt ich trüg es nie,
Und ich hab es doch getragen, -
Aber fragt mich nur nicht, wie?“*

Heinrich Heine, Buch der Lieder, Lieder, VIII

Die Finanznot der Gemeinden führt vermehrt dazu, dass Gemeinden ihre freiwilligen öffentlichen Einrichtungen wie Bäder schließen. Einrichtungen bedeuten für die Bürger aber Lebensqualität und machen die Gemeinde als Unternehmensstandort attraktiv. Die vorliegende Dissertation beschäftigt sich deshalb mit dem Lösungsansatz, die Einrichtung durch eine sog. Einrichtungsgesellschaft mit Beteiligung der Bürger, Vereine, Unternehmen und ggf. der Gemeinde weiterzubetreiben. Der Schwerpunkt liegt auf der Gründung und der Satzungsgestaltung am Beispiel der eingetragenen Genossenschaft.

Die vorliegende Arbeit wurde im September 2015 als Dissertation zur Erlangung des Grades des Doktors des Rechts der Fakultät III Wirtschaftswissenschaften, Wirtschaftsinformatik und Wirtschaftsrecht der Universität Siegen, Fachrichtung Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht eingereicht. Die Entwicklungen in Literatur und Rechtsprechung wurde bis September 2015 berücksichtigt.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater und Erstgutachter Herrn Prof. Dr. Torsten Schöne für die vorzügliche Betreuung meiner Dissertation und die jahrelange vertrauensvolle und angenehme Zusammenarbeit.

Herrn Dr. Steffen Linke sowie meinen Kollegen, insbesondere Frau Dr. Sabrina Petersen, Frau Miriam Ward, Herrn Robert Ionescu und Herrn Patrick Wunder danke ich sehr herzlich für die anregenden Diskussionen, die Unterstützungen und Mutzusprechungen sowie die tollen Jahre der Zusammenarbeit.

Ebenfalls herzlich danken möchte ich der Freibad Hänigsen eG, hier insbesondere den Vorstandsmitgliedern Rainer Lindenberg und Manfred Eberl, für die zahlreichen und hilfreichen Hinweise aus der Praxis.

Einen besonderen Dank haben auch meine Freunde verdient, die mir in all den Jahren immer wieder Mut zugesprochen und mich unterstützt haben, wo sie nur konnten.

Der größte Dank gebührt allerdings meinen Eltern Resi und Willi Flaig sowie meiner Schwester Simone Flaig, die mich in all den Jahren jederzeit bedingungslos unterstützt und immer an mich und meine Arbeit geglaubt haben. Ihnen und meiner Heimat Legelshurst möchte ich diese Arbeit widmen.

Siegen, im März 2016

Katrin Flaig

Inhaltsverzeichnis:

Inhaltsverzeichnis:	V
Abkürzungsverzeichnis:	XIII
Literaturverzeichnis:	XV
Verzeichnis sonstiger Quellen:	XXXI
Entscheidungsregister:	XXXIII
1. Teil: Einleitung	1
2. Teil: Vorüberlegungen	5
A. Begriff der Einrichtung und Definition der Einrichtungsgesellschaft	5
B. Rechtsform	7
I. Einzelne Gesellschaftsarten	7
1. Personen(-handels)gesellschaft	7
2. Verein	8
a) Rechtsfähiger wirtschaftlicher Verein	8
b) Rechtsfähiger nichtwirtschaftlicher Verein	9
c) Nichtrechtsfähiger wirtschaftlicher Verein	11
3. AG und GmbH	12
4. GmbH & Co. KG	12
5. Eingetragene Genossenschaft	14
II. Zwei- und mehrstöckige Gestaltungen	15
III. Zwischenergebnis	17
C. Überblick über die Finanzierung	18
I. Umriss der Problematik	18
II. Überblick über die Finanzierungsmöglichkeiten	18
1. Gesellschaftsanteile und Beiträge	18
2. Darlehen	20
3. Zuschüsse, Spenden und Sponsoring	21
a) Zuschüsse	21
b) Spenden und Sponsoring	22
4. Nutzerbeiträge	23
5. Kosteneinsparungen, Querfinanzierungen und weitere Einnahmen ..	24
III. Zwischenergebnis	25
D. Themeneingrenzung	26
3. Teil: Gründung der Einrichtungsgesellschaft	27

A. Möglichkeiten der Gründung	27
I. Neugründung	27
1. Klassische Gründung	27
2. Vorrats- und Mantelgesellschaften	29
a) GmbH.....	29
b) Eingetragene Genossenschaft	32
3. Projektentwicklungsgenossenschaften	32
a) Vorgehensweise und Beurteilung	32
b) Zulässigkeit	33
II. Umwandlung bestehender kommunaler Rechtsträger	34
1. Rechtsformen kommunaler Unternehmen.....	35
2. Bestehende Eigengesellschaften in der Rechtsform der GmbH.....	36
3. Formwechsel bereits bestehender kommunaler Rechtsträger in eine eG oder GmbH.....	36
a) Eigengesellschaften in der Rechtsform AG und GmbH	36
b) Anstalt des öffentlichen Rechts	37
c) Regie- und Eigenbetriebe	38
4. Abspaltung oder Ausgliederung eines Teils des bereits bestehenden kommunalen Rechtsträgers in eine eG oder GmbH	39
a) Allgemein.....	39
b) Ausgliederung aus dem Vermögen einer Gebietskörperschaft	39
III. Zwischenergebnis	42
B. Rechtliche Durchführung der Gründung	43
I. Neugründung	43
1. Überblick über die Gründung der Einrichtungsgesellschaft	43
2. Einrichtungsimmoblie und Inventar.....	44
a) Überlassung der Einrichtungsimmoblie und des Zubehörs	45
aa) Arten der Überlassung und Voraussetzungen.....	45
bb) Wert der Einrichtungsimmoblie.....	46
cc) Gestaltungsmöglichkeiten.....	47
(1) Endgültige Veräußerung	47
(a) Immobilie	47
(aa) Gesellschaftsvertrag.....	47
(bb) Schenkung.....	49

(cc) Kauf	49
(b) Zubehör	51
(2) Gebrauchsüberlassung	51
(a) Gesellschaftsvertrag	52
(b) Abgrenzung Miete und Pacht	52
(c) Pacht	53
(d) Leihe	57
(3) Mischformen	59
(a) Ratenkauf bzw. „gestreckter Kauf“	59
(b) Miet- und Pachtkauf	65
(4) Erbbaurecht	65
dd) Zwischenergebnis	68
b) Neue Einrichtungimmobilie	68
3. Personal	69
a) Übernahme bereits bestehenden Personals	69
aa) Einrichtungsgesellschaft als Arbeitgeber	70
(1) Betriebsübergang gem. § 613a BGB	70
(a) Tatbestand	70
(b) Rechtsfolgen	72
(c) Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer	74
(2) Gestaltungsmöglichkeiten	78
(a) Rückkehrrecht der Arbeitnehmer zur Gemeinde	78
(b) Vertragseintritt der Einrichtungsgesellschaft bzw. der Gemeinde	79
(c) Vertragsübernahme	80
(3) Zwischenergebnis	80
bb) Personalüberlassung	81
(1) Zuweisung	81
(2) Personalgestellung	83
(3) Beurteilung	83
b) Neuanstellung von Personal	84
4. Sonstige Rechtsverhältnisse	84
5. Beitritt neuer Mitglieder bzw. Aufnahme neuer Gesellschafter	86
a) Eingetragene Genossenschaft	86

b) GmbH	86
6. Beurteilung der Neugründung.....	88
II. Formwechsel.....	89
1. Formwechsel von Eigengesellschaften	89
a) Überblick über die Durchführung	89
b) Rechtsfolgen und weitere Maßnahmen.....	90
aa) Vermögen und Rechtsverhältnisse	90
(1) Allgemeines	90
(2) Vorstand bzw. Geschäftsführer	91
(3) Aufsichtsratsmitglieder	92
bb) Anteilshaber	93
(1) Zulässigkeit der Gemeinde als alleiniger Anteilshaber in der Zielrechtsform	93
(2) Änderung der Anteilshaber nach erfolgtem Formwechsel	95
(a) Eingetragene Genossenschaft	95
(aa) Bestimmung des Geschäftsguthabens und der Geschäftsanteile.....	95
(bb) Eintritt neuer Gesellschafter und ggf. Austritt der Gemeinde	99
(b) GmbH	101
(3) Änderung der Anteilshaber vor dem Formwechselfvorgang oder im Zuge des Formwechselfvorgangs	104
(aa) Änderung der Anteilshaber vor dem Formwechsel ...	104
(bb) Änderung der Anteilshaber im Zuge des Formwechsels	105
cc) Recht der Gläubiger auf Sicherheitsleistung	106
dd) Änderung der Satzung	107
c) Beurteilung.....	107
d) Zwischenergebnis.....	109
2. Formwechsel der Anstalt des öffentlichen Rechts.....	109
a) Anwendbares Recht.....	110
b) Betrachtung der Hauptprobleme	110
aa) Rechtsverhältnisse und Vermögen	110
bb) Anteilshaber	111

c) Zuständigkeit.....	112
d) Beurteilung.....	113
3. Formwechsel von Regie- und Eigenbetrieben in eine AöR.....	113
4. Gesamtergebnis zum Formwechsel.....	114
III. Ausgliederung und Abspaltung.....	114
1. Überblick über die Durchführung.....	115
2. Rechtsfolgen und weitere Maßnahmen.....	116
a) Vermögen und Rechtsverhältnisse.....	116
b) Anteilseigner.....	118
c) Gesamtschuldnerische Haftung beider beteiligten Rechtsträger..	119
d) Recht der Gläubiger auf Sicherheitsleistung.....	122
e) Änderung der Satzung.....	123
3. Beurteilung und Ergebnis.....	123
IV. Umgestaltung einer bestehenden Eigen-GmbH.....	123
C. Gesamtergebnis 3. Teil.....	124
4. Teil: Satzungsgestaltung für eine Einrichtungsgesellschaft in der Rechtsform der eG.....	126
A. Vorgehensweise, Prämissen und Vorüberlegungen.....	126
I. Vorgehensweise.....	126
II. Allgemeine Angaben.....	126
III. Mitgliedschaft.....	128
IV. Finanzverfassung.....	128
V. Organe.....	128
B. Ausgewählte Probleme der Satzungsgestaltung.....	130
I. Unternehmensgegenstand, steuerrechtliche Gemeinnützigkeit und Mitgliedschaft.....	130
1. Unternehmensgegenstand.....	130
2. Steuerrechtliche Gemeinnützigkeit.....	132
a) Allgemeine Voraussetzungen.....	132
b) Die einzelnen Tatbestandsmerkmale.....	133
aa) Förderung der Allgemeinheit.....	133
bb) Selbstlosigkeit der Förderung der Allgemeinheit.....	134
(1) Keine Verfolgung eigenwirtschaftlicher Zwecke.....	134
(2) Mittelverwendung.....	135

(3) Weitere Voraussetzungen.....	138
cc) Unmittelbarkeit.....	140
dd) Ausschließlichkeit.....	140
c) Anforderungen an die Satzung.....	141
d) Zwischenergebnis.....	142
3. Zulassung investierender Mitglieder.....	142
a) Abstrakte Abgrenzung.....	142
b) Begriff der Förderfähigkeit.....	146
c) Einordnung der potentiellen Mitglieder.....	146
4. Beendigung der Mitgliedschaft.....	147
a) Kündigung.....	147
b) Ausschluss.....	148
aa) Gründe.....	148
bb) Verfahren.....	150
c) Übertragung des Geschäftsguthabens.....	153
d) Tod eines Mitglieds.....	153
e) Weitere Beendigungstatbestände.....	154
5. Nichtmitgliedergeschäft.....	154
6. Zwischenergebnis.....	157
II. Finanzverfassung.....	157
1. Mindestkapital.....	157
2. Geschäftsanteil und Einlage.....	159
a) Höhe des Geschäftsanteils.....	159
b) Zulassung der Beteiligung mit weiteren Geschäftsanteilen.....	160
c) Pflicht- oder Höchstbeteiligung.....	160
d) Einzahlungen auf den Geschäftsanteil.....	162
e) Art der Einlagenleistung.....	162
3. Pflicht zur Zahlung laufender Beiträge und Eintrittsgeld.....	164
4. Gewinn- und Verlustverwendung.....	165
a) Verwendung.....	165
b) Rücklagen.....	166
aa) Gesetzliche Rücklage.....	166
bb) Freie Rücklagen.....	167
cc) Steuerrechtliche Einschränkungen.....	168

c) Verteilung an die Mitglieder	168
5. Genossenschaftliche Rückvergütung	170
6. Auseinandersetzung mit ausgeschiedenem Mitglied oder bei Kündigung einzelner Geschäftsanteile.....	171
a) Auseinandersetzung bei Guthaben.....	171
b) Auseinandersetzung bei Bilanzfehlbetrag.....	173
c) Auseinandersetzung bei Kündigung einzelner Geschäftsanteile..	174
7. Zwischenergebnis	174
III. Organe.....	176
1. Bestellung, Abberufung und Einberufung der Organe	176
a) Vorstand.....	176
aa) Bestellung.....	176
bb) Beendigung	178
cc) Dauer und Wiederwahl	179
b) Aufsichtsrat.....	181
c) Generalversammlung.....	182
aa) Inhalt	182
bb) Zuständigkeit.....	184
cc) Form	184
dd) Frist.....	186
2. Aufgaben und innere Ordnung der Organe	187
a) Vorstand.....	187
aa) Aufgaben	187
(1) Leitung und Geschäftsführung	187
(a) Begriffsabgrenzung	187
(b) Regelungsmöglichkeiten zur Leitung	188
(c) Regelungsmöglichkeiten zur Geschäftsführung.....	189
(d) Regelungsvorschlag	191
(2) Vertretung.....	192
bb) Innere Ordnung	194
b) Aufsichtsrat.....	196
c) Generalversammlung.....	198
aa) Zuständigkeit	198
(1) Allgemeine Beschlüsse	198

(2) Besondere Angelegenheiten	198
(a) Satzungsänderungen	198
(b) Strukturmaßnahmen	200
(c) Auflösung und Fortsetzung	201
(d) Organmitglieder	203
bb) Durchführung	205
(1) Teilnahmerechte, Teilnahmepflichten und Übertragung	205
(2) Vorsitz in der Versammlung	206
(3) Beschlussfähigkeit	207
(4) Beschlussfassung	208
(a) Stimmrechte in der Generalversammlung	208
(aa) Stimmzahl	208
(bb) Persönliche Stimmabgabe und Bevollmächtigung	210
(b) Art und Durchführung	213
3. Haftungsmilderung für ehrenamtliche Organmitglieder	214
a) Vorstandsmitglieder	214
aa) Diskussionsstand bei der eG	214
bb) Vereinbarungen in der Satzung	217
cc) Nutzbarmachung von Regelungen zu anderen Rechtsformen	217
(1) Business Judgement Rule (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG)	217
(2) § 31a BGB	218
dd) D&O-Versicherung	220
b) Aufsichtsratsmitglieder	221
4. Zwischenergebnis	222
5. Teil: Zusammenfassung der Ergebnisse	225
Anhang: Gesprächsprotokoll Freibad Hänigsen eG	231

Abkürzungsverzeichnis:

AB	Archiv des Badewesens
a. M.....	am Main
AöR.....	Anstalt des öffentlichen Rechts
A/P/S.....	Ascheid/Preis/Schmidt
BeckHdb.AG.....	Beck'sches Handbuch der AG
BeckHdb.Gen.....	Beck'sches Handbuch der Genossenschaft
BKGG	Berliner Kommentar zum Grundgesetz
D&O	Directors and Officers
DM.....	Deutsche Mark
DSGV	Deutscher Sparkassen- und Giroverband
E/B/J/S	Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
Finmin.....	Finanzministerium
GemFinRefG.....	Gesetz zur Neuordnung der Gemeindefinanzen (Gemeindefinanzreformgesetz)
GkG NW.....	Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit (Land NW)
GR	Gesellschaftsrecht
GVOBl.....	Gesetz- und Verordnungsblatt
HK	Heidelberger Kommentar
HR	Handelsrecht
IFRS.....	International Financial Reporting Standards
ImmoWertV	Verordnung über die Grundsätze für die Ermittlung der Verkehrswerte von Grundstücken (Immobilienwertermittlungsverordnung)
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau
KK	Kölner Kommentar
KUV NW	Verordnung über kommunale Unternehmen und Einrichtungen als Anstalt des öffentlichen Rechts – Kommunalunternehmensverordnung (Land NW)
LPVG NW	Personalvertretungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Landespersonalvertretungsgesetz)
L/W.....	Lang/Weidmüller
MK.....	Münchener Kommentar

P/F/B.....	Pöhlmann/Fandrich/Bloehs
PfandBG	Pfandbriefgesetz
P/W/W	Prütting/Wegen/Weinreich
RP	Rheinland-Pfalz
S/A/L/S	Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann
SCE.....	Societas Cooperativa Europaea (Europäische Genossenschaft)
SchulG NW	Schulgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen
SH.....	Schleswig-Holstein
SpkG NW.....	Sparkassengesetz Nordrhein-Westfalen
ST	Sachsen-Anhalt
TVöD.....	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst
TVöD BT-V.....	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst Besonderer Teil Verwaltung
TVÜ	Tarifvertrag zur Überleitung der Beschäftigten
VR	Volksbanken und Raiffeisenbanken
ZCG	Zeitschrift für Corporate Governance
ZfgG	Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen
ZVK.....	Zusatzversorgungskasse

Im Übrigen wird auf das Abkürzungsverzeichnis der Neuen Juristischen Wochenschrift (NJW) verwiesen.

Literaturverzeichnis:

- Andres, Dirk/Leithaus, Rolf/Dahl, Michael*: Insolvenzordnung Kommentar, 3. Aufl., München 2014.
- Arens, Tobias*: Vertragliche Einflussrechte auf die Geschäftsführung des Vorstandes durch ein Business Combination Agreement, Köln 2014.
- Articus, Stephan/Schneider, Bernd Jürgen* (Hrsg.): Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, 4. Aufl., Stuttgart 2012.
- Ascheid, Reiner/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid* (Hrsg.): Kündigungsrecht – Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 4. Aufl., München 2012.
- Ax, Rolf* (u.a.): Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, 20. Aufl., Stuttgart 2010.
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., München 2012,
Band 1: §§ 1-610, CISG,
Band 2: §§ 611-1296, AGG, ErbbauRG, WEG.
- Bauer, Heinrich*: Die Genossenschaft – Recht und Praxis, Wiesbaden 1999.
- Baumbach, Adolf/Hopt, Klaus J.* (Hrsg.): Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 36. Aufl., München 2014.
- Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred* (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Kommentar, 20. Aufl., München 2013.
- Beck'sches Handbuch der AG: Gesellschaftsrecht – Steuerrecht – Börsengang, Hrsg.: *Müller, Welf/Rödter, Thomas*, 2. Aufl., München 2009.
- Beck'sches Handbuch der Genossenschaft: Recht – Steuern – Rechnungslegung, Hrsg.: *Helios, Marcus/Strieder, Thomas*, München 2009.
- Bepler, Klaus*: Der Betriebsbegriff des Kündigungsschutzgesetzes und die Kleinbetriebsklausel, in: AuR 1997, 54-60.
- Bepler, Klaus* (u.a.) (Hrsg.): TVöD, 34. Edition, München Juni 2015.
- Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Hrsg.: *Friauf, Karl Heinrich/Höfling, Wolfram*, 46. EL, Berlin Juni 2015.

- Beuthien, Volker*: Die Leitungsmachtgrenzen des Genossenschaftsvorstandes (Zur Bindung des Vorstandes an das Statut sowie an Geschäftsordnungen, Geschäftsanweisungen oder Beiräte), in: ZfgG 1975, 180-205.
- ders.*: Ist die Genossenschaftsrechtsreform geglückt?, in: NZG 2008, 210-215.
- ders.*: Was heißt Förderung der Mitglieder?, in: FS Schaffland, Wiesbaden 2008, S. 73-86.
- Beuthien, Volker/Dirksen, Julian*: Gibt es Genossenschaftsmäntel?, in: AG 2011, 21-23.
- Beuthien, Volker/Gätsch, Andreas*: Einfluß Dritter auf die Organbesetzung und Geschäftsführung bei Vereinen, Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, in: ZHR 157 (1993), 483-512.
- Beuthien, Volker/Hüsken, Ulrich* (Hrsg.): Materialien zum Genossenschaftsgesetz - III. Parlamentarische und sonstige Materialien (1923-1969), Göttingen 1990.
- Beuthien, Volker/Wolff, Reinmar/Schöpflin, Martin*: Genossenschaftsgesetz mit Umwandlungs- und Kartellrecht sowie Statut der Europäischen Gesellschaft, 15. Aufl., München 2011.
- Binz, Mark K./Sorg, Martin H.*: Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht – Handbuch für Familienunternehmen, 11. Aufl., München 2010.
- Birnstiel, Alexander/Bungenberg, Marc/Heinrich, Helge* (Hrsg.): Europäisches Beihilfenrecht, Baden-Baden 2013.
- Blesch, Tobias*: Mit Energie standardisiert gründen – Verband stellt den VR Banken Konzept für Projektentwicklungsgenossenschaften im Bereich erneuerbare Energien vor., in: Verbandszeitschrift „Netzwerk“ 2010, S. 12-15.
- Blomeyer, Wolfgang*: Anmerkung zum Beschluss des LG Konstanz vom 27.12.1971 – 1 HAT 7/71 – und zum Beschluss des LG Aachen vom 08.05.1972 – 9 T 4/72 –, in: ZfgG 1975, 309-314.
- ders.*: Die Kompetenzen des Vorstands einer Genossenschaft bei einer Beteiligung an anderen Unternehmen, in: ZfgG 1993, 287-295.
- Bode, Bernd K.*: Die Haftung ehrenamtlicher Vorstandsmitglieder gegenüber der Genossenschaft, in: FS Schaffland, Wiesbaden 2008, S. 175-188.

- Bohrer, Michael*: Vertragsrücktritt und Auflassungsvormerkung, in: DNotZ 2009, 803-805.
- Bork, Reinhard/Schäfer, Carsten* (Hrsg.): Kommentar zum GmbHG, 2. Aufl., Köln 2012.
- Brämswig, Oliver*: Die Sacheinlage im Recht der eingetragenen Genossenschaft, in: FS Schaffland, Wiesbaden 2008, S. 33-41.
- Braun, Eberhardt* (Hrsg.): Insolvenzordnung, 6. Aufl., München 2014.
- Braun, Helge*: Vorwort, in: *George, Wolfgang/Bonow, Martin* (Hrsg.): Regionales Zukunftsmanagement Band 4: Kommunale Kooperation, Lengerich u. a. 2010.
- Bredemeier, Jörg* (u. a.): TVöD/TV-L, Tarifverträge für den öffentlichen Dienst, 4. Aufl., München 2013.
- Bredendiek, Knut/Fritz, Bernd/Tewes, Iris*: Neues Tarifrecht für den öffentlichen Dienst, in: ZTR 2005, 230-244.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich*: Allgemeines Schuldrecht, 39. Aufl., München 2015.
- Buchner, Herbert/Schlobach, Klaus*: Die Auswirkung der Umwandlung von Gesellschaften auf die Rechtsstellung ihrer Organpersonen, in: GmbHR 2004, 1-18.
- Bürgers, Tobias/Körber, Torsten* (Hrsg.): Aktiengesetz, 3. Aufl., Heidelberg u. a. 2014.
- Bundesministerium der Finanzen*: Anwendungserlass zur Abgabenordnung (AEAO), Neubekanntmachung des AEAO vom 31.01.2014, http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Weitere_Steuerthemen/Abgabenordnung/AO-Anwendungserlass/2014-01-31-Neubekanntmachung-AEAO.html, Stand: 14.08.2015.
- Bundesministerium der Justiz*: Diskussionsentwurf Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrecht, Text und Begründung, III A 1 – 3501/1.
- Burgard, Ulrich*: Das Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen, in: ZIP 2010, 358-365.
- Burger, Ernst* (Hrsg.): TVöD | TV-L, Tarifverträge für den öffentlichen Dienst, 2. Aufl., Baden-Baden 2012.

- Cario, Daniela*: Die ungeschriebenen Zuständigkeiten der Generalversammlung einer Genossenschaft, in: FS Schaffland, Wiesbaden 2008, S. 111-121.
- Conze, Peter/Karb, Svenja/Wölk, Wolfgang*: Personalbuch Arbeits- und Tarifrecht öffentlicher Dienst, 4. Aufl., München 2014.
- Döring, Werner/Kutzki, Jürgen* (Hrsg.): TVöD-Kommentar, Arbeitsrecht für den öffentlichen Dienst, Berlin, Heidelberg 2007.
- Dransfeld, Egbert/Osterhage, Frank*: Einwohnerveränderungen und Gemeindefinanzen - Expertise -, Dortmund 2002.
- Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*: Handelsgesetzbuch, Hrsg.: *Joost, Detlev/Strohn, Lutz*,
Band 1: §§ 1-342e, 3. Aufl., München 2014.
- Eckhardt, Michael/Kleerbaum, Klaus-Viktor/Klieve, Lars Martin*: Kommunalverfassung NW, Bonn 1999.
- Ehlers, Dirk*: Privatisierung eines kommunalen Weihnachtsmarktes nicht zulässig - Anmerkung zum BVerwG, Urteil vom 27.5.2009 – 8 C 10.08 – (DVBl. Heft 21/2009, S. 1382 ff.), in: DVBl. 2009, 1456-1457.
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Hrsg.: *Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt*, Ingrid, 15. Aufl., München 2015.
- Erman, Walter*: Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VBVG, VersAusglG und WEG, Hrsg.: *Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg*,
Band I: (§§ 1-758, AGG, UKlaG), 14. Aufl., Köln 2014.
- Ferneding, Ludger*: Die Satzungsautonomie eingetragener Genossenschaften auf der Grundlage der verfassungsrechtlich garantierten Vereinigungsfreiheit (Zu den Möglichkeiten der Gestaltung des Vorstandsamtes durch das Statut), in: *Jöstingmeier, Bernd* (Hrsg.): Aktuelle Probleme der Genossenschaften aus rechtswissenschaftlicher und wirtschaftswissenschaftlicher Sicht, Göttingen 1994, S. 17-39.

- Finanzministerium Niedersachsen*: Lohn- und einkommensteuerrechtliche Behandlung der Beiträge zu Directors & Officers-Versicherungen (D & O-Versicherung), Erlass vom 25.01.2002, in: DStR 2002, 678.
- Fleischer*, Holger: Zur ergänzenden Anwendung von Aktienrecht auf die GmbH, in: GmbHR 2008, 673-682.
- Flöther*, Lucas: Insolvenz und Sanierung der kommunalen Eigengesellschaft, in: LKV 2014, 62-66.
- Foerste*, Ulrich: Insolvenzrecht, 6. Aufl., München 2014.
- Frankenberger*, Wilhelm/*Gschrey*, Erhardt/*Bauer*, Heinrich: Der Aufsichtsrat der Genossenschaft – Ein Leitfaden für die Praxis, 7. Aufl., Wiesbaden 2011.
- Fritz*, Reinhard: Stellung und Aufgaben des genossenschaftlichen Vorstandes, 2. Aufl., Gelsenkirchen 1985.
- Ganske*, Joachim (Hrsg.): Referentenentwurf Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts, Text mit Begründung, 15.12.1992.
- ders.*: Umwandlungsrecht, 2. Aufl., Düsseldorf 1995.
- Gaß*, Andreas: Die Umwandlung gemeindlicher Unternehmen – Entscheidungsgründe für die Wahl einer Rechtsform und Möglichkeiten des Rechtsformwechsels, Stuttgart u. a. 2003.
- Geschwandtner*, Marcus: Genossenschaftsrecht, Baden-Baden 2007.
- Geschwandtner*, Marcus/*Helios*, Marcus: Genossenschaftsrecht – Das neue Genossenschaftsgesetz und die Einführung der Europäischen Genossenschaft, Aachen 2007.
- Görg*, Axel/*Guth*, Martin: Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst – Basiskommentar zum TVöD mit den Überleitungstarifverträgen für Bund (TVÜ-Bund) und Gemeinden (TVÜ-VKA), 6. Aufl., Frankfurt a. M. 2015.
- Gragert*, Nicola: Kündigungsschutz in Kleinbetrieben, in: NZA 2000, 961-970.
- Großfeld*, Bernhard: Genossenschaft und Ehrenamt, in: ZfgG 1979, 217-227.
- Großfeld*, Bernhard/*Apel*, Jürgen: Die Stellung des Vorstandes nach der Genossenschaftsrechtsnovelle von 1973, in: *Boettcher*, Erik (Hrsg.): Führungsprobleme in Genossenschaften, Tübingen 1977, S. 185-214.
- Großfeld*, Bernhard/*Schulte*, Andrea: Geschäftsverteilung und Haftung, in: ZfgG 1985, 187-195.

- Großfeld, Bernhard/Stermann, Helmut*: Die Haftung der ehrenamtlichen Mitglieder des Vorstandes einer Genossenschaft, in: FS Boettcher, Wiesbaden 1984, S. 233-249.
- Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, Begr.: *Staub, Hermann*,
Dritter Band: §§ 105-160, 5. Aufl., Berlin 2009.
- Gundlach, Ulf*: Die Haftung der Gemeinden für ihre Eigengesellschaften, in: LKV 2000, 58-64.
- Habersack, Mathias*: Grundfragen der Spaltungshaftung nach § 133 Abs. 1 S. 1 UmwG, in: FS Bezenberger, Berlin 2000, S. 93-109.
- Haritz, Detlef/Menner, Stefan* (Hrsg.): Umwandlungssteuergesetz Kommentar, 4. Aufl., München 2015.
- Heckschen, Heribert/Simon, Stefan*: Umwandlungsrecht – Gestaltungsschwerpunkte in der Praxis, Köln u. a. 2003.
- Heidel, Thomas* (Hrsg.): Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2014.
- Heidelberger Kommentar zum Umwandlungsgesetz, Hrsg.: *Maulbetsch, Hans-Christoph/Klumpp, Axel/Rose, Klaus Dieter*, Heidelberg 2009.
- Held, Friedrich Wilhelm/Winkel, Johannes* (Hrsg.): Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen Kommentar, 3. Aufl., Wiesbaden 2014.
- Helios, Marcus/Strieder, Thomas*: Reform des Genossenschaftsrechts – Wiederbelebung einer guten Idee, in: DB 2005, 2794-2799.
- Henssler, Martin/Strohn, Lutz* (Hrsg.): Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., München 2014.
- Hippeli, Michael/Matheis, Frank*: Gemeinnützigkeit der eingetragenen (Ideal) Genossenschaft – eine Bestandsaufnahme, in: ZfgG 2009, 234-245.
- Hoger, Andreas*: Fortdauer und Beendigung der organschaftlichen Rechtsstellung von Geschäftsleitern beim Formwechsel nach dem UmwG, in: ZGR 2007, 868-890.
- Holzberger, Roland*: Die eigenverantwortliche Leitung der eingetragenen Genossenschaft durch den Vorstand, Nürnberg 1987.
- Hoppe, Werner/Uechtritz, Michael/Reck, Hans-Joachim* (Hrsg.): Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Aufl., Köln 2012.

- Hoyningen-Huene von, Gerrick/Windbichler, Christine*: Der Übergang von Betriebsteilen nach § 613a BGB, in: RdA 1977, 329-336.
- Hüffer, Uwe*: Aktiengesetz, 11. Aufl., München 2014.
- Hüttemann, Rainer*: Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 3. Aufl., Köln 2015.
- Institut für Bioenergiedörfer Göttingen e.V. (Hrsg.)*: Projektgruppe Bioenergiedörfer, Göttingen 2010.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Kommentar, 13. Aufl., München 2014.
- Jauernig*: Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Hrsg.: *Stürner, Rolf*, 15. Aufl., München 2014.
- Kallmeyer, Harald (Hrsg.)*: Umwandlungsgesetz, 5. Aufl., Köln 2013.
- Kaufmann, Arthur*: Das Verfahren der Rechtsgewinnung – Eine rationale Analyse, München 1999.
- Keßler, Jürgen*: Die Genossenschaftsreform im Lichte des Regierungsentwurfs, in: BB 2006, 561-566.
- Klein, Franz/Orlopp, Gerd (Begr.)*: Abgabenordnung – einschließlich Steuerstrafrecht, 12. Aufl., München 2014.
- Klein, Matthias*: Bürgerstiftungen in Deutschland – Entwicklungen, Erfahrungen und Ausblicke, Frankfurt a. M. 2013.
- Kober, Rouven*: Das „investierende Mitglied“ – Wer und vor allem was steckt dahinter?, in: ZfgG 2010, 37-49.
- Kock-Schwarz, Annette*: Insichgeschäfte von Vorstandsmitgliedern einer Genossenschaft, in: FS Schaffland, Wiesbaden 2008, S. 189-193.
- Kölner Kommentar zum Umwandlungsgesetz, Hrsg.: *Dauner-Lieb, Barbara/Simon, Stefan*, Köln 2009.
- Kraft, Alfons*: Gesellschaftsrechtliche Probleme der Vorratsgründung einer Aktiengesellschaft und einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: DStR 1993, 101-105.
- Kreitner, Jochen*: Die Zuordnung von Arbeitsverhältnissen beim Betriebsinhaberwechsel, in: NZA 1999, 429-432.

- Kummer, Ulrike*: Vom Eigen- oder Regiebetrieb zum Kommunalunternehmen – Ziel und Weg der Umwandlung nach Art. 89 Abs. 1 BayGO, Berlin 2003.
- Lang/Weidmüller*: Genossenschaftsgesetz mit Erläuterungen zum Umwandlungsgesetz, Bearb.: *Schaffland*, Hans-Jürgen u. a., 37. Aufl., Berlin 2011.
- Lange, Knut Werner*: Rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme und Insolvenz, in: ZIP 1999, 1373-1381.
- Larenz, Karl*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin u. a. 1991.
- Lübbecke, Barbara*: Das Kommunalunternehmen – Neue Organisationsform im kommunalen Wirtschaftsrecht von Nordrhein-Westfalen, Stuttgart 2004.
- Lutter, Marcus*: Die Business Judgement Rule und ihre praktische Anwendung, in: ZIP 2007, 841-848.
- Lutter, Marcus/Bayer, Walter/Vetter, Jochen* (Hrsg.): Umwandlungsgesetz Kommentar,
Band I: §§ 1-122 I, 5. Aufl., Köln 2014,
Band II: §§ 123-325, SpruchG, 5. Aufl., Köln 2014.
- Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter* (Hrsg.): GmbH-Gesetz Kommentar, 18. Aufl., Köln 2012.
- Mangoldt von, Hermann/Klein, Friedrich*: Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl., München 2010.
- Martinek, Michael/Stoffels, Markus/Wimmer-Leonhardt, Susanne*: Handbuch des Leasingrechts, 2. Aufl., München 2008.
- Mastronardi, Philippe*: Juristisches Denken, 2. Aufl., Bern 2003.
- Menke, Johan-Michel/Wolf, Sebastian*: Alles hat ein Ende...? Betriebsübergang versus Betriebsstilllegung in der Insolvenz, in: BB 2011, 1461-1468.
- Mentz, Richard*: Das ehrenamtliche Vorstandsmitglied in der Genossenschaft, in: FS Schaffland, Wiesbaden 2008, S. 195-202.
- Metzger, Bernhard*: Wertermittlung von Immobilien und Grundstücken, 5. Aufl., München 2013.
- Michalski, Lutz* (Hrsg.): Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG),
Band I: Systematische Darstellungen, §§ 1-34 GmbHG, 2. Aufl., München 2010,

- Band II: §§ 35-85 GmbHG, §§ 1-4 EGGmbHG, 2. Aufl., München 2010.
- Müller*, Klaus: Kommentar zum Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften,
Erster Band: §§ 1-33, 2. Aufl., Bielefeld 1991,
Zweiter Band: Anh. IV nach § 33 bis § 42, 2. Aufl., Bielefeld 1996,
Dritter Band: §§ 43 bis 64c, 2. Aufl., Bielefeld 1998,
Vierter Band: Anh. nach § 64c bis § 164, Anhang, Sachregister, 2. Aufl.,
Bielefeld 2000.
- Mueller-Thuns*, Thomas (Hrsg.): Handbuch GmbH & Co. KG, 20. Aufl., Köln
2009.
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts,
Band 2: Kommanditgesellschaft, GmbH & Co. KG, Publikums-KG, Stille
Gesellschaft, Hrsg.: *Gummert*, Hans/*Weipert*, Lutz, 4. Aufl., Mün-
chen 2014,
Band 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Hrsg.: *Priester*, Hans-
Joachim/*Mayer*, Dieter/*Wicke*, Hartmut, 4. Aufl., München 2012,
Band 5: Verein, Stiftung bürgerlichen Rechts, Hrsg.: *Beuthien*, Vol-
ker/*Gummert*, Hans, 3. Aufl., München 2009.
- Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Hrsg.: *Richardi*, Reinhard u. a.,
Band I: Individualarbeitsrecht, 3. Aufl., München 2009.
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Hrsg.: *Goette*, Wulf/*Habersack*, Ma-
thias,
Band 2: §§ 76-117, MitbestG, DrittelbG, 4. Aufl., München 2014.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Hrsg.: *Säcker*, Franz
Jürgen/*Rixecker*, Roland,
Band 1: Allgemeiner Teil, §§ 1-240, ProStG, AGG, 7. Aufl., München
2015,
Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 6. Aufl., München
2012,
Band 3: Schuldrecht Besonderer Teil I, §§ 433-610, Finanzierungsleasing,
HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG, 6. Aufl., München 2012,
Band 4: Schuldrecht Besonderer Teil II, §§ 611-704, EFZG, TzBfG,
KSchG, 6. Aufl., München 2012,

- Band 5: Schuldrecht Besonderer Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 6. Aufl., München 2013,
Band 6: Sachenrecht, §§ 854-1296, WEG, ErbbauRG, 6. Aufl., München 2013.
- Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG, Hrsg.: *Fleischer*, Holger/*Goette*, Wulf,
Band 1: §§ 1-34, 2. Aufl., München 2015,
Band 2: §§ 35-52, München 2012,
Band 3: §§ 53-85, München 2011.
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Hrsg.: *Schmidt*, Karsten,
Band 3: §§ 161-237, Konzernrecht der Personengesellschaften, 3. Aufl., München 2012.
- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Hrsg.: *Kirchhof*, Hans-Peter/*Eidenmüller*, Horst/*Stürner*, Rolf,
Band 2: §§ 80-216, 3. Aufl., München 2013.
- Mummenhoff*, Winfried: Anmerkungen zum Urteil in ZfgG 1989, 224-225, in: ZfgG 1989, 225-227.
- Niedzwicki*, Matthias: Kommunalrecht in Nordrhein-Westfalen, 3. Aufl., Aachen 2010.
- Nomos-Kommentar zum BGB, Hrsg.: *Heidel*, Thomas (u. a.),
Band 1: BGB Allgemeiner Teil, EGBGB, 2. Aufl., Baden-Baden 2012.
- Nomos-Kommentar zum Umwandlungsrecht – Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Verfahrensrecht, Hrsg.: *Böttcher*, Lars/*Habighorst*, Oliver/*Schulte*, Christian, Baden-Baden 2015.
- Ochsenbauer*, Christian: Langzeittrends öffentlicher Bäder in Deutschland, in: AB 02/2014, 84-97.
- Oefele von*, Helmut/*Winkler*, Karl: Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl., München 2012.
- Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Aufl., München 2015.
- Parmentier*, Miriam: Das Statusverfahren beim Formwechsel in eine Aktiengesellschaft, in: AG 2006, 476-486.

- Paulick, Heinz*: Das Recht der eingetragenen Genossenschaft – Ein Lehr- und Handbuch, Karlsruhe 1956.
- Pawlowski, Hans-Martin*: Methodenlehre für Juristen – Theorie der Normen und des Gesetzes, 3. Aufl., Heidelberg 1999.
- Pestalozzi, Christoph Max Richard*: Mehrstimmrecht in Generalversammlung und Urabstimmung der Genossenschaft – Ein Beitrag zur Reform des schweizerischen Genossenschaftsrechts, Zürich 1977.
- Pöhlmann, Peter/Fandrich, Andreas/Bloehs, Joachim*: Genossenschaftsgesetz, 4. Aufl., München 2012.
- Priester, Hans-Joachim*: Mitgliederwechsel im Umwandlungszeitpunkt – Die Identität des Gesellschafterkreises – ein zwingender Grundsatz?, in: DB 1997, 560-567.
- Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd* (Hrsg.): BGB Kommentar, 10. Aufl., Köln 2015.
- Raiser, Thomas/Veil, Rüdiger*: Recht der Kapitalgesellschaften – Ein Handbuch für Praxis und Wissenschaft, 5. Aufl., München 2010.
- Reichert, Bernhard*: Handbuch Vereins- und Verbandsrecht, 12. Aufl., Köln 2010.
- Reichert, Jochem* (Hrsg.): GmbH & Co. KG, 7. Aufl., München 2015.
- Reuter, Dieter*: Zur Vereinsrechtsreform 2009, in: NZG 2009, 1368-1373.
- Roth, Günter/Altmeyen, Holger*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Kommentar, 7. Aufl., München 2012.
- Rowedder, Heinz/Schmidt-Leithoff, Christian* (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar, 5. Aufl., München 2013.
- Ruge, Jan u. a.* (Hrsg.): Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst 2014 – Die wichtigsten Stichwörter von A bis Z, 7. Aufl., Heidelberg u. a. 2014.
- Saenger, Ingo u. a.* (Hrsg.): Handels- und Gesellschaftsrecht Praxishandbuch, 2. Aufl., Baden-Baden 2011.
- Saenger, Ingo/Merkelbach, Matthias*: Die investierende Mitgliedschaft im deutschen Genossenschaftsrecht – eine interessante Beteiligungsmöglichkeit für Genossenschaften und Investoren?, in: BB 2006, 566-569.

- Sauer, Otto/Luger, Franz*: Vereine und Steuern – Rechnungslegung, Besteuerungsverfahren, Gemeinnützigkeit, Spenden, Ehrenamt, 6. Aufl., München 2010.
- Sauter, Thomas*: Ratgeber zum Spenden sammeln – Ein Leitfaden für engagierte Bürger, München 2010.
- Schelzke, Karl-Christian*: Wie wollen Kommunen in Zukunft (über)leben?, in: *George, Wolfgang/Bonow, Martin* (Hrsg.): Regionales Zukunftsmanagement Band 4: Kommunale Kooperation, Lengerich u. a. 2010.
- Schiffer, K. Jan/Behring, Maximilian*: Haftungserleichterungen für Stiftungsorganmitglieder und sonstige „Helfer“? – Arbeitsrechtliche Haftungsmilderung auch auf Mitarbeiter einer Stiftung anwendbar?, in: ZCG 2008, 70-71.
- Schindhelm, Malte/Stein, Klaus*: Der Gegenstand der Ausgliederung bei einer Privatisierung nach dem UmwG, in: DB 1999, 1375-1377.
- Schmalz, Dieter*: Methodenlehre für das juristische Studium, 4. Aufl., Baden-Baden 1998.
- Schmid, Lisa*: Seniorengenossenschaften als Plattform partizipativer Selbsthilfe – Nutzen für Mitglieder und die Gesellschaft, in: ZfgG 2011, 19-34.
- Schmidt, Karsten*: Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht, Heidelberg 1984.
- ders.*: Formwechsel zwischen GmbH & Co. KG – Zur Gesellschafteridentität bei der Beteiligung einer Personengesellschaft am Formwechsel, in: GmbHR 1995, 693-696.
- ders.*: Entziehung der Rechtsfähigkeit bei unrechtmäßig eingetragenen Wirtschaftsvereinen – Zum Stellenwert des Scientology-Urteils des BVerwG vom 6.11.1997, in: NJW 1998, 1124-1126.
- ders.*: Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln u. a. 2002.
- ders.*: Fortschritt oder Rückschritt im Recht der Einheits-GmbH & Co. KG? – Bemerkungen zum BGH-Urteil v. 16.7.2007 – II ZR 109/06, ZIP 2007, 1658, in: ZIP 2007, 2193-2197.
- ders.*: Handelsrecht, 6. Aufl., Köln 2014.
- Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus* (Hrsg.): Aktiengesetz Kommentar, 3. Aufl., I. Band: §§ 1-149, Köln 2015.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard/Schoch, Friedrich* (Hrsg.): Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Berlin 2008.

- Schmidt-Jortzig*, Edzard: Gemeinde- und Kreisaufgaben – Funktionsordnung des Kommunalbereichs nach „Rastede“ -, in: DÖV 1993, 973-984.
- Schmitt*, Joachim/*Hörtnagl*, Robert/*Stratz*, Rolf-Christian: Umwandlungsgesetz Umwandlungssteuergesetz, 6. Aufl., München 2013.
- Schneider*, Egon/*Schnapp*, Friedrich E.: Logik für Juristen – Die Grundlagen der Denklehre und der Rechtsanwendung, 6. Aufl., München 2006.
- Schoch*, Friedrich: Der verfassungsrechtliche Schutz der kommunalen Selbstverwaltung, in: JURA 2001, 121-133.
- ders.*: Das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG als Privatisierungsverbot?, in: DVBl. 2009, 1533-1538.
- Schöne*, Torsten: Die Spaltung unter Beteiligung von GmbH gem. §§ 123 ff. UmwG – Grundlagen, Anteilsgewährung, Beschlussfassung, Informationspflichten, Köln 1998.
- Schöne*, Torsten/*Arens*, Tobias: Die Erosion des umwandlungsrechtlichen Versammlungszwangs durch das Europäische Gesellschaftsrecht, in: WM 2012, 381-387.
- Scholz*: Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht,
 Band I: §§ 1-34, Anh. § 13 Konzernrecht, Anh. § 34 Austritt und Ausschließung eines Gesellschafter, 11. Aufl., Köln 2012,
 Band II: §§ 35-52, Anh. § 45 Gesellschafterversammlung und Gesellschafterkompetenzen in der GmbH & Co. KG, 11. Aufl., Köln 2014,
 Band III: §§ 53-85, 11. Aufl., Köln 2015.
- Schopp*, Heinrich: Pacht- und Mietrechtliches bei der Betriebsaufspaltung, in: ZMR 1979, 289-294.
- Schulte*, Günther: Beendigung der Mitgliedschaft in der Genossenschaft außerhalb von Kündigung und Ausschluss, in: FS Schaffland, Wiesbaden 2008, S. 103-111.
- Schulze*, Reiner (u. a.): Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 8. Aufl., Baden-Baden 2014.
- Schulze*, Reiner/*Wiese*, Matthias: Attraktivität des Rechtsrahmens der eG in Deutschland, in: ZfgG 2009, 134-151.
- Schwarting*, Gunnar: Der kommunale Haushalt, Haushaltssteuerung – Doppik – Finanzpolitik, 4. Aufl., Berlin 2010.

- Schwarz*, Hans-Detlef: Das neue Umwandlungsrecht, in: DStR 1994, 1694-1702.
- Seiter*, Hugo: Betriebsinhaberwechsel – Arbeitsrechtliche Auswirkungen eines Betriebsübergangs unter besonderer Berücksichtigung des § 613a BGB i. d. F. vom 13. August 1980, Stuttgart, Wiesbaden 1980.
- Semler*, Johannes/*Stengel*, Arndt (Hrsg.): Umwandlungsgesetz mit Spruchverfahrensgesetz, 3. Aufl., München 2012.
- Sodan*, Helge (Hrsg.): Grundgesetz Beck'scher Kompakt-Kommentar, 2. Aufl., München 2011.
- Soergel*, Hans-Theodor (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil 1, §§ 1-103, 13. Aufl., Stuttgart 2000, Band 5/3: Schuldrecht 3/3, §§ 328-432, 13. Aufl., Stuttgart 2010, Band 8: Schuldrecht 6, §§ 535-610, 13. Aufl., Stuttgart 2007, Band 11/1: Schuldrecht 9/1, §§ 705-758, 13. Aufl., Stuttgart 2012.
- Sommer*, Goetz/*Kröll*, Ralf: Lehrbuch zur Immobilienbewertung – Unter Berücksichtigung der ImmoWertV 2010, 4. Aufl., Köln 2013.
- Staudinger*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,
 Buch 1 Allgemeiner Teil §§ 21-79 (Allgemeiner Teil 2), Neubearbeitung Berlin 2005,
 Buch 1 Allgemeiner Teil §§ 90-124, 130-133 (Allgemeiner Teil 3), Neubearbeitung Berlin 2012,
 Buch 1 Allgemeiner Teil §§ 139-163 (Allgemeiner Teil 4b), Neubearbeitung Berlin 2010,
 Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 346-361 (Rücktritt und Widerruf), Neubearbeitung Berlin 2012,
 Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 362-396 (Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung), Neubearbeitung Berlin 2011,
 Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 397-432 (Erlass, Abtretung, Schuldübernahme, Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern), Neubearbeitung Berlin 2012,
 Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 433-480 (Kaufrecht), Neubearbeitung Berlin 2014,

- Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 581-606 (Pacht, Landpacht, Leihe), Neubearbeitung Berlin 2013,
- Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 613a-619a (Dienstvertragsrecht 2), Neubearbeitung Berlin 2011,
- Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 705-740 (Gesellschaftsrecht), 13. Aufl., Berlin 2003.
- Steuck*, Jens-Peter: Die privatisierende Umwandlung – Zur Ausgliederung von Regie- und Eigenbetrieben der Gebietskörperschaften u. a. nach dem neuen Umwandlungsrecht, in: NJW 1995, 2887-2892.
- Sundermann*, Welf: Kommunalverfassung in Nordrhein-Westfalen, 7. Aufl., Hamburg 2009.
- Suppliet*, Roland: Ausgliederung nach § 168 UmwG – eine Möglichkeit zur Privatisierung von Unternehmen öffentlicher Körperschaften, Berlin 2005.
- Tettinger*, Peter J./*Erbguth*, Wilfried/*Mann*, Thomas: Besonderes Verwaltungsrecht - Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht, Baurecht, 11. Aufl., Heidelberg 2012.
- Tipke*, Klaus/*Lang*, Joachim (Begr.): Steuerrecht, 22. Aufl., Köln 2015.
- Tonner*, Klaus/*Willingmann*, Armin/*Tamm*, Marina (Hrsg.): Vertragsrecht Kommentar, Köln 2010.
- Uhlenbruck*, Wilhelm/*Hirte*, Heribert/*Vallender*, Heinz (Hrsg.): Insolvenzordnung Kommentar, 14. Aufl., München 2015.
- Ulmer*, Peter/*Habersack*, Mathias/*Löbbe*, Marc (Nachfolge von *Winter*, Martin) (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Großkommentar,
Band I: Einleitung, §§ 1 bis 28, 2. Aufl., Tübingen 2013,
Band II: §§ 29 bis 52, 2. Aufl., Tübingen 2014,
Band III: §§ 53 bis 87, Tübingen 2008.
- Wagner*, Heidemarie/*Rux*, Hans Joachim: Die GmbH & Co. KG – Umfassende Erläuterungen, Beispiele und Musterformulare für die Rechtspraxis, 12. Aufl., Freiburg 2013.

- Weber*, Heinz-Otto: Die eingetragene Genossenschaft als wirtschaftlicher Sonderverein – Zur Anwendbarkeit von Vorschriften des Vereinsrechts sowie des Rechts der Kapitalgesellschaften im Genossenschaftsrecht, Göttingen 1984.
- Welling*, Heino: Urteilsanmerkung zu OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 01.07.1961 – 2 UH 4/61, in: ZfgG 1963, 158-160.
- Westermann*, Harry: Die Bedeutung der Anerkennung der „Grundsatzzuständigkeit“ der Mitgliederversammlung bezüglich der Geschäftsführung der AG durch richterliche Rechtsfortbildung für das Genossenschaftsrecht, in: FS Boettcher, Wiesbaden 1984, S. 203-220.
- Widmann*, Siegfried/*Mayer*, Dieter (Hrsg.): Umwandlungsrecht, 150. EL, Bonn Juni 2015.
- Wörn*, Thilo: Die Beurteilung von Immobilienleasing durch Kommunen, Hamburg 1997.
- Zehentmeier*, Ursula: Die gemeinnützige Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt), in: NWB 2012, 1167-1171.
- Zippelius*, Reinhold: Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., München 2012.

Verzeichnis sonstiger Quellen:

Betriebsgenossenschaft Sole-Waldschwimmbad eG Bad Gandersheim: Satzung der eG, <http://www.solebad-gandersheim.de/genossenschaft/satzung.html>, Stand: 02.06.2015.

Bürgergenossenschaft Hallenbad Hoheim am Main eG: Satzung der eG, <http://www.foerdervereinhallenbad.de/index.php?id=92>, Stand: 02.06.2015.

Bürgergenossenschaft Hallenbad Mücke eG: Satzung der eG, <http://fv.aquariohm.de/wir-ueber-uns.html>, Stand: 04.09.2015.

Christmann, Joachim: Redebeiträge zum Pressegespräch der Schwimmbäder BME, http://www.schwimmbad-bme.de/images/Foerderverein_pdfs/Redebeitraege%20zum%20Pressegespraech%20Schwimmbaeder%20BME%2018.04.2012.pdf; Stand: 10.08.2015.

Deutscher Sparkassen und Giroverband: Flyer Verantwortung übernehmen – Zusammenhalt stärken, <http://www.dsgv.de/de/nachhaltigkeit/publikationen/index.html>, Stand: 31.05.12.

ders.: Energiegenossenschaft Haltern am See – Ein Projekt der Stadt Haltern am See mit Unterstützung der Stadtparkasse, http://www.dsgv.de/de/nachhaltigkeit/projektelandkarte/nordrhein-westfalen/haltern-am-see_wirtschaft.html, Stand: 31.05.12.

Förderverein Hallenbad Mücke: Präsentation „Konzept zum Weiterbetrieb des Hallenbades Mücke“, 1. JHV Förderverein Hallenbad, 25. Mai 2007, <http://fv.aquariohm.de/presse.html>, Stand: 14.07.2015.

Freibad Hänigsen eG: Gesprächsprotokoll, abgedruckt im Anhang.

dies.: Satzung der eG, <http://www.dasfreibad.de/geno-satzung>, Stand: 02.06.2015.

Freibad Uetze eG: Rückblick, <http://www.freibad-uetze.de/foerderverein/rueckblick.html>, Stand: 14.07.2015.

dies.: Satzung der eG, <http://www.freibad-uetze.de/freibad-uetze/genossenschaft.html>, Stand: 02.06.2015.

Gemeinnützige Schwimmbadgenossenschaft Rheingrafenstein eG: Satzung der eG, https://www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB4QFjAAahUKEwjKm7iL-uLHAhWCXBoKHXXbDK4&url=http%3A%2F%2Fwww.schwimmbad-bme.de%2Fdocs_neu%2F2014_02_22%2520Satzung%2520der%2520gemeinnuetzigen%2520Schwi

mmbadgenossenschaft%2520Rheingrafenstein.pdf&usg=AFQjCNG2f5
GgkLedaI3Zaz67zxUaMe1g_Q&bvm=bv.102022582,d.d24&cad=rja,
Stand: 02.06.2015.

Genossenschaftsverband e.V.: Mustersatzung Energiegenossenschaft, beim
Gründungszentrum des Genossenschaftsverbands auf Anfrage erhältlich.

ders.: Präsentation Projektentwicklungsgenossenschaft, beim Gründungszen-
trum des Genossenschaftsverbands auf Anfrage erhältlich.

Hallenbad Nörten-Hardenberg eG: Satzung der eG, <http://hallenbad-noerten-hardenberg.de/32.html>; Stand: 07.05.2013.

NaturErlebnisBad Luthe eG: Homepage Unterstützung/Spenden,
<http://www.naturerlebnisbad-luthe.de/spenden>, Stand: 14.07.2015.

dies.: Satzung der eG, <http://www.naturerlebnisbad-luthe.de/ueberuns/genossenschaft/satzung>, Stand: 02.06.2015.

SOFORT-Gesellschaften! AG: Angebotsliste, <http://www.sofort-gesellschaften.de/d/Angebotsliste/index.php>, Stand: 22.11.2012.

dies.: Vorteile Firmenmäntel kaufen, http://www.sofort-gesellschaften.de/d/Vorteile+nutzen/vorteile+nutzen_details.php?idx=2, Stand 23.11.2012.

Watzke, Daniela: Genossenschaften standardisiert gründen - Die Projektentwick-
lungsgenossenschaft – von der Gründungsversammlung bis zur Vorberei-
tung der Eintragung an einem Tag, beim Gründungszentrum des Genossen-
schaftsverbands auf Anfrage erhältlich.

Entscheidungsregister:

Europäischer Gerichtshof:

Urteil vom 11.03.1997 – C-13/95; Slg. 1997, I-1259-I-1277 – „Süzen“.

Urteil vom 10.12.1998 – verbundene Rechtssachen C-173/96 und C-247/96; Slg. 1998, I-8237-I-8253 – „Sánchez Hidalgo“ und „Ziemann“.

Bundesverfassungsgericht:

Beschluss vom 23.11.1988 – 2 BvR 1619/83, 2 BvR 1628/83; BVerfGE 79, 127-161 – „Rastede“.

Bundesarbeitsgericht:

Urteil vom 24.10.1972 – 3 AZR 102/72; NJW 1973, 822-823.

Urteil vom 28.03.1985 – 2 AZR 113/84; BAGE 48, 220-229.

Urteil vom 30.10.1986 – 2 AZR 101/85; BAGE 53, 251-267.

Urteil vom 12.05.1992 – 3 AZR 247/91; BAGE 70, 209-215.

Urteil vom 11.09.1997 – 8 AZR 555/95; BAGE 86, 271-278.

Urteil vom 22.01.1998 – 8 AZR 243/95; NJW 1998, 2994-2996.

Urteil vom 22.01.1998 – 8 AZR 775/96; NZA 1998, 638-640.

Urteil vom 29.04.1999 – 2 AZR 352/98; NZA 1999, 932-934.

Urteil vom 25.05.2000 – 8 AZR 416/99; BAGE 95, 1-14.

Urteil vom 21.02.2001 – 2 AZR 579/99; BAGE 97, 141-150.

Urteil vom 21.06.2001 – 2 AZR 137/00; NZA 2002, 212-216.

Urteil vom 13.06.2002 – 2 AZR 327/01; BAGE 101, 321-327.

Urteil vom 13.02.2003 – 8 AZR 59/02; NJW 2003, 2930-2932.

Urteil vom 13.02.2003 – 8 AZR 654/01; BAGE 104, 358-374.

Urteil vom 30.09.2004 – 8 AZR 462/03; BAGE 112, 124-147.

Urteil vom 16.02.2006 – 8 AZR 211/05; NZA 2006, 592-597.

Urteil vom 13.07.2006 – 8 AZR 382/05; NJW 2007, 250-255.

Urteil vom 14.08.2007 – 8 AZR 803/06; NZA 2007, 1428-1431.

Urteil vom 31.01.2008 – 8 AZR 2/07; NZA 2009, 1232 (Ls.).

Urteil vom 21.05.2008 – 8 AZR 481/07; NZA 2009, 144-148.

Urteil vom 05.11.2009 – 2 AZR 383/08; NZA-RR 2010, 325-327.

Bundesfinanzhof:

- Urteil vom 23.10.1991 – I R 19/91; BFHE 165, 484-489.
Urteil vom 27.10.1993 – I R 60/91; BFHE 174, 97-103.
Urteil vom 04.05.1994 – XI R 109/90; BFHE 175, 1-3.
Urteil vom 25.07.1996 – V R 7/95; BFHE 181, 222-230.
Urteil vom 13.11.1996 – I R 152/93; BFHE 181, 396-405.
Urteil vom 06.04.2005 – I R 85/04; BFHE 209, 345-349.
Beschluss vom 27.04.2005 – I R 90/04; BFHE 209, 489-496.
Urteil vom 19.11.2009 – V R 29/08; UR 2010, 336-338.
Beschluss vom 05.08.2011 – I B 25/11; BFH/NV 2011, 2009-2010.

Reichsgericht:

- Urteil vom 20.04.1894 – Rep. III. 16/94; RGZ 33, 65-67.
Urteil vom 03.03.1904 – Rep. I. 463/03; RGZ 57, 154-157.
Urteil vom 20.01.1906 – Rep. I. 342/05; RGZ 62, 303-315.
Urteil vom 17.10.1906 – V 658/05; RGZ 64, 187-194.
Urteil vom 26.11.1912 – Rep. VII. 356/12; RGZ 81, 23-30.
Urteil vom 17.05.1929 – II 541/28; RGZ 125, 114-122.
Urteil vom 13.05.1930 – II 448/29; RGZ 129, 45-50.
Urteil vom 15.01.1932 – II 245/31; RGZ 135, 55-62.
Urteil vom 31.03.1933 – II 346/32; RGZ 140, 197-205.
Urteil vom 26.02.1940 – V 147/39; RGZ 163, 62-64.

Bundesgerichtshof:

- Urteil vom 14.07.1954 – II ZR 342/53; BGHZ 14, 264-274.
Urteil vom 13.10.1954 – II ZR 295/53; BGHZ 15, 66-71.
Urteil vom 23.11.1959 – II ZR 193/57; BGHZ 31, 192-197.
Urteil vom 22.09.1960 – II ZR 59/60; NJW 1960, 2143-2144.
Urteil vom 06.10.1960 – II ZR 215/58; BGHZ 33, 189-194.
Urteil vom 02.05.1966 – II ZR 219/63; BGHZ 45, 338-350.
Urteil vom 06.03.1967 – II ZR 231/64; BGHZ 47, 172-181.
Urteil vom 01.07.1970 – VIII ZR 24/69; BGHZ 54, 214-222.
Urteil vom 19.04.1971 – II ZR 98/68; BGHZ 56, 97-105.
Urteil vom 04.04.1973 – VIII ZR 47/72; BB 1973, 819.

Urteil vom 15.12.1975 – II ZR 95/73; BGHZ 65, 378-384.
Urteil vom 31.05.1976 – II ZR 185/74; BGHZ 66, 359-362.
Urteil vom 16.03.1981 – II ZR 59/80; BGHZ 80, 182-186.
Urteil vom 25.02.1982 – II ZR 174/80; BGHZ 83, 122-144 – „Holzmüller“.
Urteil vom 29.09.1982 – I ZR 88/80; BGHZ 85, 84-100 – „ADAC-Verkehrsrechtsschutz“.
Urteil vom 14.03.1983 – II ZR 103/82; NJW 1983, 1856-1857.
Urteil vom 20.06.1983 – II ZR 200/82; ZIP 1983, 933-935.
Urteil vom 06.02.1984 – II ZR 119/83; BGHZ 90, 92-95.
Urteil vom 20.06.1985 – IX ZR 173/84; BGHZ 95, 88-98.
Urteil vom 22.05.1986 – IX ZR 108/85; NJW 1986, 2308-2309.
Urteil vom 16.12.1991 – II ZR 58/91; BGHZ 116, 359-376.
Beschluss vom 16.03.1992 – II ZB 17/91; BGHZ 117, 323-337.
Urteil vom 17.03.1994 – III ZR 10/93; BGHZ 125, 293-302.
Urteil vom 10.05.1995 – VIII ZR 264/94; BGHZ 129, 371-383.
Urteil vom 15.10.1996 – VI ZR 319/95; BGHZ 133, 370-383.
Urteil vom 27.01.1997 – II ZR 123/94; BGHZ 134, 333-342.
Urteil vom 26.11.1999 – V ZR 432/98; BGHZ 143, 175-184.
Urteil vom 18.12.2000 – II ZR 385/98; BGHZ 146, 190-201.
Urteil vom 29.01.2001 – II ZR 331/00; BGHZ 146, 341-361.
Urteil vom 10.12.2001 – II ZR 89/01; BGHZ 149, 273-276.
Urteil vom 07.03.2002 – IX ZR 457/99; BGHZ 150, 138-149.
Beschluss vom 09.12.2002 – II ZB 12/02; BGHZ 153, 158-165.
Urteil vom 07.07.2003 – II ZB 4/02; BGHZ 155, 318-328.
Urteil vom 10.09.2003 – VIII ZR 22/03; MDR 2003, 1347-1348.
Urteil vom 01.12.2003 – II ZR 216/01; NJW-RR 2004, 900-904.
Urteil vom 12.02.2004 – IX ZR 98/03; NZI 2004, 314-316.
Urteil vom 26.04.2004 – II ZR 155/02; BGHZ 159, 30-48 – „Gelatine I“.
Urteil vom 26.04.2004 – II ZR 154/02; NZG 2004, 575-580 – „Gelatine II“.
Urteil vom 09.05.2005 – II ZR 29/03; NZG 2005, 722-726.
Urteil vom 14.12.2006 – IX ZR 102/03; BGHZ 170, 196-205.
Hinweisbeschluss vom 8.1.2007 – II ZR 267/05; NZG 2007, 590-592.
Urteil vom 12.03.2007 – II ZR 302/05; BGHZ 171, 293-304.
Urteil vom 22.01.2009 – IX ZR 66/07; NJW 2009, 1414-1416.

Urteil vom 26.04.2012 – IV ZR 146/11; NZI 2012, 562-565.

Urteil vom 20.11.2014 – III ZR 509/13; NZG 2015, 38-40.

Bundesverwaltungsgericht:

Urteil vom 24.04.1979 – 1 C 8.74; BVerwGE 58, 26-37.

Urteil vom 06.11.1997 – 1 C 18.95; BVerwGE 105, 313-322 – „Scientology“.

Oberlandesgerichte:

Bayerisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 24.10.1958 – 2 Z 173/58; NJW 1959, 485-486.

Bayerisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 05.12.1984 – 3 Z 219/84; ZfgG 1987, 102-105.

Bayerisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 04.11.1999 – 3 Z BR 333/99; NZG 2000, 166-167.

Bayerisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 02.04.2003 – 3 Z BR 57/03; NZG 2003, 829-830.

Brandenburg, Urteil vom 07.12.1995 – 5 U 58/95; NJW-RR 1996, 724-727.

Celle, Urteil vom 12.07.2000 – 9 U 125/99; NVwZ-RR 2000, 754-757.

Düsseldorf, Beschluss vom 10.12.1997 – 3 Wx 488/97; NZG 1998, 273-274.

Kammergericht, Beschluss vom 18.01.2011 – 25 W 14/10; DNotZ 2011, 632-634.

Stuttgart, Urteil vom 15.02.1955 – 2 U 132/54; NJW 1955, 833-834.

Stuttgart, Beschluss vom 05.08.1977 – 8 W 124/77; ZfgG 1978, 449-452.

Landesarbeitsgerichte:

Baden-Württemberg, Beschluss vom 17.04.2013 – 4 TaBV 7/12; ZTR 2013, 618-620.

Berlin, Urteil vom 23.10.1998 – 2 Sa 35/98; NZA-RR 1999, 461-466.

Landgerichte:

Aachen, Beschluss vom 08.05.1972 – 9 T 4/72; ZfgG 1975, 306-309.

Berlin, Urteil vom 09.04.1970 – 52 S 18/70; ZfgG 1972, 77-83.

Bonn, Urteil vom 10.04.1995 – 10 O 390/94; NJW-RR 1995, 1435-1437.

Hamburg, Beschluss vom 07.10.1985 – 71 T 39/85; NJW-RR 1985, 417-418.

München I, Beschluss vom 24.09.1990 – 17 HKT 15680/90; Rpfleger 1991, 24.

Sonstige:

Oberverwaltungsgericht Brandenburg, Beschluss vom 30.12.1996 – 4 B 175/96;

NVwZ-RR 1997, 555-558.

Finanzgericht Köln, Urteil vom 02.10.1985 – I K 32/83; EFG 1986, 144-146.

Sächs. Finanzgericht, Urteil vom 16.10.2013 – 2 K 1183/13; EFG 2014, 391-392.

1. Teil: Einleitung

Die finanzielle Situation vieler Gemeinden, gerade auch in Nordrhein-Westfalen, ist seit Jahren alles andere als entspannt.¹ Anzeichen für eine Besserung der Haushaltslage sind kaum auszumachen. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass sich die kommunale Finanzlage weiter verschlechtern wird.

Ein zunehmender finanzieller Engpass hat zur Folge, dass die Kommunen² Ausgaben einsparen müssen, was zwangsläufig Aufgabenstreichungen bedingt. Die Gemeinde wird sich dabei unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Erwägungen als erstes derjenigen Aufgaben entledigen, welche für sie keine Pflichtaufgaben darstellen und den Gemeindehaushalt stark belasten.³ Dies sind meist kommunale Einrichtungen wie Bäder, Museen, Theater oder Bibliotheken. Die Kürzung oder der gesamte Wegfall solcher Aufgaben kann die Attraktivität der Gemeinde und der ganzen Region erheblich beeinträchtigen. Dies wird von Arbeitgebern wie Arbeitnehmern bei der Standortfrage berücksichtigt und kann zu einer Abnahme der Einwohnerzahl führen.⁴ Problemverschärfend wirkt der demographische Wandel.

Die Einwohnerzahl hat aber erheblichen Einfluss auf die Einnahmen der Gemeinde. Gem. Art. 106 Abs. 5 GG i. V. m. § 1 GemFinRefG erhalten die Gemeinden 15% des Landesaufkommens an der Lohnsteuer und an der veranlagten Einkommensteuer sowie 12% des Landesaufkommens an der Kapitalertragsteuer. Verteilungsmaßstab ist die Steuerleistung der Gemeindegewohner.⁵ Mit dem Verlust von steuerpflichtigen Einwohnern⁶ ist ein Rückgang des Steueraufkommens der einzelnen Gemeinde und somit ein Rückgang dieser Einnahmequelle verbunden. Den Gemeinden steht gem. Art. 106 Abs. 6 GG daneben das Auf-

1 Ebenso bereits 1997 *Wörn*, S. 2 ff.; im Jahre 2005 *BT-Drs.* 15/5095, S. 1 f.; einen Überblick über die Entwicklungstendenzen seit den 80er Jahren gibt *Schwarting*, Rn. 90 ff.

2 Die Begriffe Kommune und Gemeinde werden im weiteren Verlauf synonym gebraucht.

3 Als Beispiele nennen *Dransfeld/Osterhage*, S. 19 f. kulturelle Einrichtungen, öffentliche Büchereien und Bäder.

4 Vgl. *Schelzke*, S. 33, 33 f.

5 *Sodan/Schenke*, Art. 106 Rn. 13; *Schwarting*, Rn. 160; zur genauen Berechnung *Dransfeld/Osterhage*, S. 22 f.

6 Die Begriffe Einwohner, Bewohner und Bürger werden entgegen der kommunalrechtlichen Definitionen im weiteren Verlauf synonym verwandt.

kommen der Grundsteuer, der Gewerbesteuer und der örtlichen Verbrauch- und Aufwandsteuern sowie eines Teils der Umsatzsteuer (Art. 106 Abs. 5a S. 1 GG) zu. Auch im kommunalen Finanzausgleich hat die Einwohnerzahl sowohl bei der Steuerkraftmesszahl als auch bei der Ausgangsmesszahl Auswirkungen.⁷ In Modellrechnungen zu den Folgen von Einwohnerveränderungen wurde ein Wert (Gewinn bzw. Verlust) von 1.100 € pro Einwohner als „seriöse[r] Orientierungswert“ angegeben.⁸ Daraus kann sich eine Abwärtsspirale entwickeln, die die Finanzprobleme der Gemeinde weiter verschärft.

Neben der Gemeinde und ggf. den Gemeinden des Einzugsgebiets haben die Bewohner und die örtlichen Unternehmen ein Interesse daran, dass Einrichtungen erhalten bleiben. Für die Einwohner bedeuten Einrichtungen Lebensqualität. Sie bieten ihnen die Möglichkeit, ihren sportlichen und kulturellen Bedürfnissen nachzukommen und dadurch einen Ausgleich vom Alltag zu schaffen. Unternehmer haben ein Interesse daran, dass die Gemeinde für aktuelle und potentielle Einwohner interessant ist und bleibt. In Zeiten von Fachkräftemangel und der Umkehrung der Alterspyramide ist die Attraktivität des Standortes für die Unternehmen von großer Bedeutung. Ein Standortwechsel ist für Unternehmen aber meist nicht oder oft nur unter sehr großem Aufwand möglich. Schließlich erfüllen Einrichtungen Aufgaben, die nicht nur für den Einzelnen, sondern für das Gemeinwesen unverzichtbar sind.⁹ Alle Beteiligten haben damit ein Interesse am Erhalt der Einrichtungen.

Schließt die Gemeinde eine Einrichtung, bleibt zu deren Erhalt oftmals nur die Möglichkeit, die Einrichtung gemeinschaftlich zu betreiben und dazu eine Einrichtungsgesellschaft zu gründen.¹⁰ Dabei bedarf es engagierter Vertreter der Einwohner und der Unternehmen, die ein zukunfts- und tragfähiges Konzept erstellen, das einer Vielzahl von Einwohnern und Unternehmen zugänglich ist.¹¹ Auch ist eine enge Zusammenarbeit mit der Gemeinde sinnvoll.¹² Für eine Einrichtungsgesellschaft bedarf es zudem einer örtlichen Verbundenheit und eines ausgeprägten Zusammengehörigkeitsgefühls, was vor allem in ländlichen Struk-

7 Vgl. hierzu ausführlich *Dransfeld/Osterhage*, S. 25 ff.

8 *Dransfeld/Osterhage*, S. 52.

9 So zu den Bädern *Christmann*, Redebeitrag, S. 3.

10 Vgl. *Schwarting*, Rn. 533; *Keßler*, BB 2006, 561, 562.

11 Vgl. zu den Finanzierungsmöglichkeiten 2. Teil, C.

12 Vgl. *Hänigsen*, Gesprächsprotokoll, A. IV.

turen wie Gemeinden, Dörfern oder Stadtteilen vorliegt.¹³ Eine überwiegend ehrenamtlich betriebene Einrichtungsgesellschaft kann dagegen nicht funktionieren, wenn sich die künftig beteiligten Gesellschafter als reine Konsumenten verstehen.¹⁴

Nach dem Planungsprozess stehen die Beteiligten vor der konkreten Umsetzung der Einrichtungsgesellschaft. Ziel der Arbeit ist es deshalb, auf diesem bislang weitgehend unerforschten Gebiet auftauchende Fragen und Rechtsprobleme zur Rechtsform, zum Gründungsvorgang und zur Satzungsgestaltung darzustellen und Lösungsvorschläge zu erarbeiten. Die Ausführungen richten sich dabei hauptsächlich an Initiativen, die die Gründung einer Einrichtungsgesellschaft konkret anstreben. Die Untersuchung beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit der Gründung und der Satzungsgestaltung der Einrichtungsgesellschaft.

Zuvor befasst sich der 2. Teil der Arbeit mit erforderlichen allgemeinen Vorfragen. Nach der Erläuterung und Definition der Begriffe Einrichtung und Einrichtungsgesellschaft erfolgt die Erörterung, welche Rechtsformen für die Betreibergesellschaft einer Einrichtung in Betracht kommen und sinnvoll sind. Dabei wird zwischen ein- und mehrstöckigen Gestaltungsarten getrennt. Da der Betrieb von öffentlichen Einrichtungen meist ein Zuschussgeschäft ist, die Einrichtungsgesellschaft aber wirtschaftlich arbeiten muss, wird ein Überblick über die Finanzierungsmöglichkeiten der Einrichtungsgesellschaft gegeben.

Der 3. Teil beschäftigt sich ausführlich mit der Gründung der Einrichtungsgesellschaft in den Rechtsformen der eG und der GmbH. Die Möglichkeiten der Gründung (A.) sind dabei die Neugründung oder die Umwandlung bereits bestehender kommunaler Rechtsträger durch Formwechsel (Eigengesellschaften, AöR, Regie- und Eigenbetriebe) bzw. durch Abspaltung und Ausgliederung (Eigengesellschaften, Regie- und Eigenbetriebe). Danach erfolgt eine detaillierte Darstellung und Beurteilung der rechtlichen Durchführung der Gründungsalternativen (B.). Besonderes Augenmerk liegt dabei auf der Einrichtungsimmobilie und dem Personal.

13 So zu einer gemeinnützigen und überwiegend ehrenamtlich betriebenen Freibad eG *Hänigsen*, Gesprächsprotokoll, A. I.

14 So zu einer gemeinnützigen und überwiegend ehrenamtlich betriebenen Freibad eG *Hänigsen*, Gesprächsprotokoll, A. I.

Die Satzungsgestaltung der Einrichtungsgesellschaft wird im 4. Teil am Beispiel einer Einrichtungs-eG erläutert. Dabei wurden die Satzungen der folgenden Einrichtungsgenossenschaften betrachtet: Bürgergenossenschaft Hallenbad Mücke eG, Bürgergenossenschaft Hallenbad Hochheim am Main eG, Freibad Hänigsen eG (gemeinnützig), Freibad Uetze eG (gemeinnützig), Hallenbad Nörten-Hardenberg eG, Betriebsgenossenschaft Sole-Waldschwimmbad eG (Bad Gandersheim), NaturErlebnisBad Luthe eG (gemeinnützig) und Gemeinnützige Schwimmbadgenossenschaft Rheingrafenstein eG.¹⁵

Die Arbeit schließt mit der Zusammenfassung der gewonnenen Ergebnisse im 5. Teil.

15 Im weiteren Verlauf werden die genannten Genossenschaften der Übersichtlichkeit halber anhand ihrer Orte bezeichnet, d. h.: *Mücke, Hochheim, Hänigsen, Uetze, Nörten, Gandersheim, Luthe* und *Rheingrafenstein*.

2. Teil: Vorüberlegungen

A. Begriff der Einrichtung und Definition der Einrichtungsgesellschaft

Einrichtung ist ein kommunalrechtlicher Begriff (§ 107 Abs. 2 GO NW).¹⁶ Die Gemeindeordnung selbst enthält keine Begriffsdefinition. Unter einer Einrichtung wird aber jeder benutzbare Gegenstand unabhängig der Organisationsform verstanden, durch den die Gemeinde ihre Aufgaben erfüllt.¹⁷ Im Rahmen der Fiktion des § 107 Abs. 2 GO NW werden verschiedene Arten von Einrichtungen aufgezählt, bspw. gem. Nr. 2 (öffentliche) Einrichtungen zur sozialen und kulturellen Betreuung der Einwohner. Aus der Aufzählung des § 107 Abs. 2 GO NW lässt sich schließen, dass Gegenstand einer Einrichtung entweder die Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung oder einer freiwilligen Aufgabe der Gemeinde sein muss.¹⁸

Freiwillige Aufgaben sind alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft,¹⁹ die nicht dem Katalog der Pflichtaufgaben angehören, zu deren Wahrnehmung die Gemeinde also nicht gesetzlich verpflichtet ist.²⁰ Dies sind z. B. Theater, Museen und andere kulturelle Einrichtungen, aber auch Hallenbäder, Freibäder, Stadien, Parkanlagen und Bibliotheken.²¹ Die Gemeinden regeln die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im gesetzlichen Rahmen eigenverantwortlich (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, Art. 78 Abs. 2 LVerf NW, § 2 GO NW). Bei den freiwilligen Aufgaben steht es ihnen frei, ob sie diese Aufgabe übernehmen und wie sie diese ausführen möchten.²² Entschließt sich die Gemeinde zur Aufgabener-

16 So auch in den Gemeindeordnungen anderer Bundesländer wie BW (§ 102 Abs. 4 Nr. 2); MV (§ 68 Abs. 3); NDS (§ 136 Abs. 3); SH (§ 101 Abs. 4 Nr. 2).

17 *Niedzwicki*, S. 96.

18 Im Ergebnis auch *Articus/Schneider/Zielke*, § 8 Erl. 1.; *Niedzwicki*, S. 96.

19 Zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft BVerfGE 79, 127, 151 f. – „Rastede“; *Jarass/Pieroth/Pieroth*, Art. 28 Rn. 12 ff.; *Mangoldt/Klein/Tettinger/Schwarz*, Art. 28 Rn. 168 ff.; *Sodan/Leisner*, Art. 28 Rn. 15 ff.; *Schoch*, JURA 2001, 121, 128.

20 Zu den Pflichtaufgaben *BKGG/Vogelsang*, Art. 28 Rn. 119; *Schmidt-Jortzig*, DÖV 1993, 973, 975 f.

21 *Held/Winkel/Wansleben*, § 2 Erl. 4; *Sundermann*, C. Rn. 8; vgl. die in dem nicht abschließenden Katalog des § 107 Abs. 2 GO NW genannten weiteren freiwilligen Aufgaben.

22 *BKGG/Vogelsang*, Art. 28 Rn. 117; *Mangoldt/Klein/Tettinger/Schwarz*, Art. 28 Rn. 178; *Held/Winkel/Wansleben*, § 2 Erl. 4; *Eckhardt/Kleerbaum/Klieve*, S. 13; *Tettinger/Erbguth/Mann*, Rn. 197; *Schmidt-Jortzig*, DÖV 1993, 973, 975; *Schoch*, JURA 2001, 121, 127.

füllung, hat sie verschiedene Möglichkeiten. Die Gemeinde kann alleine unternehmerisch tätig werden. Hierfür stehen ihr der Eigenbetrieb, der Regiebetrieb, die AöR sowie grds. die privatrechtlichen Gesellschaftsformen als Eigengesellschaften zur Verfügung.²³ Daneben kann die Gemeinde Kooperationen mit anderen Rechtsträgern eingehen.²⁴ Sie kann die von ihr betriebene freiwillige öffentliche Einrichtung aber auch schließen.²⁵ Mit Schließung der Einrichtung ist deren Aufgabe durch die Gemeinde sowohl mit als auch ohne Fortführung durch Private gemeint. Für das Modell der Einrichtungsgesellschaft kommen somit nur Einrichtungen in Betracht, mit denen die Gemeinde freiwillige Aufgaben erfüllt.

Mit der Möglichkeit, dass die Gemeinde die von ihr freiwillig betriebenen öffentlichen Einrichtungen privatisieren kann, stellt sich die Frage, ob dies dann noch Einrichtungen sind. Die privatrechtliche Organisation steht dem nicht entgegen.²⁶ Allerdings geht der kommunalrechtliche Einrichtungsbegriff von der Aufgabenerfüllung durch die Gemeinde aus.²⁷ Bei der Privatisierung wird die Aufgabenerfüllung gerade nicht durch die Gemeinde vorgenommen, die Gemeinde gibt ihre Einrichtung vielmehr aus finanziellen Gründen auf. Das ist auch der Fall, wenn sich die Gemeinde an der Gesellschaft nur zu einem kleinen Teil beteiligen würde. Bei der Erfüllung der Aufgaben durch eine private Gesellschaft, an der die Gemeinde nicht oder nur zu kleinen Teilen beteiligt ist, handelt es sich somit nicht mehr um eine Einrichtung im kommunalrechtlichen Sinne.

Für die folgende Verwendung muss der Einrichtungsbegriff deshalb aufgabenbezogen definiert werden. Danach wird unter einer Einrichtung im Sinne einer Einrichtungsgesellschaft eine Einheit verstanden, die eine freiwillige Gemeindeaufgabe erfüllt. Wer konkret bei der Aufgabenerfüllung tätig wird, spielt somit keine Rolle.

23 *Tettinger/Erbguth/Mann*, Rn. 303; die Stiftung des öffentlichen Rechts kommt für die kommunalwirtschaftliche Betätigung schwerlich in Betracht, vgl. *Hoppe/Uechtritz/Reck/Hellermann*, § 7 Rn. 88 ff.

24 *Sodan/Leisner*, Art. 28 Rn. 19; *Braun*, S. 11 f.

25 OVG Brandenburg, NVwZ-RR 1997, 555, 557; *Tettinger/Erbguth/Mann*, Rn. 197; *Ehlers*, DVBl. 2009, 1456, 1456 f.; *Schoch*, DVBl. 2009, 1533, 1535.

26 *Held/Winkel/Wansleben*, § 8 Erl. 2.

27 *Articus/Schneider/Zielke*, § 8 Erl. 1.

Aus den kommunalen Finanzproblemen und den damit verbundenen Schließungen von Einrichtungen folgt die Idee, diese durch eine private Gesellschaft mit Bürgerbeteiligung unmittelbar oder mittelbar zu betreiben. Mit einer Einrichtungsgesellschaft ist somit eine privatrechtlich organisierte Gesellschaft gemeint, die die von der Gemeinde geschlossene Einrichtung betreibt oder die zumindest an deren Betrieb mittelbar beteiligt ist. Dabei kommen als Gesellschafter neben den Bürgern der Gemeinde hauptsächlich die Bürger des Umlandes, die örtlichen Unternehmen und die Gemeinde selbst in Betracht. Die Einrichtungsgesellschaft stellt keine Erweiterung des Numerus-Clausus der Gesellschaftsformen dar, sondern ihre Bezeichnung bezieht sich vielmehr auf den Unternehmensgegenstand.

B. Rechtsform

Für die Einrichtungsgesellschaft müssen die passenden Rechtsformen herausgearbeitet werden. Dabei ist zwischen ein- und mehrstöckigen Gestaltungsarten zu unterscheiden. Bei der einstöckigen Gestaltung sind die Gesellschafter unmittelbar an der Gesellschaft, die die Einrichtung betreibt, beteiligt. Dagegen sind sie bei zwei- und mehrstöckigen Gestaltungsarten mittelbar beteiligt. Dies kann durch einen oder mehrere zwischengeschaltete Rechtsträger erreicht werden. Unter zwei- und mehrstöckigen Gestaltungen werden auch Verhältnisse verstanden, bei denen das zwischengeschaltete Rechtssubjekt nicht an der Einrichtungsgesellschaft beteiligt ist, wie dies beim Förderverein oder Treuhänder²⁸ vorliegen kann.

I. Einzelne Gesellschaftsarten

Bei der einstöckigen Gestaltung kommen die Personen- und Kapitalgesellschaften sowie der Verein und die eG in Betracht.

1. Personen(-handels)gesellschaft

Für die Einrichtungsgesellschaft sind die OHG bzw. die (Außen-)GbR und die KG wegen der unbeschränkten, unmittelbaren, primären, akzessorischen und gesamtschuldnerischen Haftung eines oder aller Gesellschafter für Gesell-

28 Vgl. zur Einschaltung eines echten oder unechten Treuhänders im Rahmen der Publikums-KG MünchHdb.GesR II/*Jaletzke*, § 63 Rn. 1 ff.

schaftsverbindlichkeiten (§ 128 HGB [OHG], § 128 HGB analog [Außen-GbR],²⁹ §§ 161 Abs. 2, 128 HGB) untauglich. Eine unbeschränkte Haftung führt dazu, dass sich die Bürger und Unternehmen nicht an der Einrichtungsgesellschaft beteiligen werden.³⁰ Kein Bürger und Unternehmer wird im Ernstfall sein gesamtes Privatvermögen einsetzen wollen, um für die Verbindlichkeiten der Einrichtungsgesellschaft einzustehen. Daneben hat die unbeschränkte Haftung auch Auswirkungen auf eine Mitgliedschaft der Gemeinde in der Einrichtungsgesellschaft. Die Gemeinde darf bei unbeschränkter Haftung gem. § 108 Abs. 1 Nr. 3 GO NW nicht Gesellschafter werden. Somit scheiden die Rechtsformen (Außen-)GbR, OHG und KG³¹ für die Einrichtungsgesellschaft wegen der unbeschränkten Haftung eines oder aller Gesellschafter aus.

2. Verein

Bei den juristischen Personen kommt zunächst der Verein als Betreiberrechtsform für die Einrichtungsgesellschaft in Frage. Der Verein wird interessant, wenn die Haftung der Mitglieder begrenzt ist. Hierzu muss zwischen rechtsfähigem und nichtrechtsfähigem und weiter zwischen wirtschaftlichem und nichtwirtschaftlichem Verein unterschieden werden. Beim rechtsfähigen Verein ist die Haftung auf das Vereinsvermögen begrenzt.

a) Rechtsfähiger wirtschaftlicher Verein

Der wirtschaftliche Verein erlangt die Rechtsfähigkeit gem. § 22 BGB durch staatliche Verleihung. Da der wirtschaftliche Verein gegenüber anderen Rechtsformen aber subsidiär zurücktritt, erfolgt eine staatliche Verleihung nur in den Ausnahmefällen, in denen eine andere handelsrechtliche oder genossenschaftsrechtliche Rechtsform nicht zumutbar ist.³² Anhaltspunkte für einen solchen Ausnahmefall sind bei der Einrichtungsgesellschaft nicht ersichtlich. Der wirt-

29 BGHZ 146, 341, 358; Bamberger/Roth/Schöne, § 714 Rn. 1, 24; MK-BGB/Schäfer, § 714 Rn. 36; Palandt/Sprau, § 714 Rn. 12; E/B/J/S/Hillmann, § 128 Rn. 5; Groß-Komm-HGB/Habersack, § 128 Rn. 6; K. Schmidt, GR, § 60 III. 2.

30 Ebenso im Zusammenhang mit der unbeschränkten Nachschusspflicht bei Genossenschaften im gewerblichen Bereich L/W/Schulte, § 6 Rn. 15.

31 Soweit es sich nicht um eine GmbH & Co. KG handelt, vgl. dazu 2. Teil, B. I. 4.

32 BGHZ 85, 84, 89 – „ADAC-Verkehrsrechtsschutz“; BVerwGE 58, 26, 31 f.; BVerwGE 105, 313, 316 – „Scientology“; MK-BGB/Reuter, § 22 Rn. 55 f.; Soergel/Hadding, §§ 21, 22 Rn. 51; K. Schmidt, Verbandszweck, S. 73 f.

schaftliche rechtsfähige Verein scheidet als Betreiberrechtsform für die Einrichtungsgesellschaft somit aus.

b) Rechtsfähiger nichtwirtschaftlicher Verein

Zur Erlangung der Rechtsfähigkeit bedarf es beim nichtwirtschaftlichen Verein gem. § 21 BGB der Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts. Das Amtsgericht darf einen nichtwirtschaftlichen Verein nur eintragen, wenn dieser kein wirtschaftlicher Verein ist. Ein Verein ist gem. § 22 BGB ein wirtschaftlicher Verein, wenn er auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist. Ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb liegt vor, wenn der Verein planmäßig und auf Dauer eine anbietende Tätigkeit ausübt, die auf den Abschluss von Umsatzgeschäften gerichtet und somit entgeltlich ist.³³ Gewinnerzielungsabsicht ist nicht erforderlich.³⁴ Nicht relevant für die Abgrenzungsfrage ist, ob die Dienstleistung am äußeren Markt oder am inneren Markt, bestehend aus den Mitgliedern, erbracht wird.³⁵ Allerdings dürfen die Leistungen keinen mitgliedschaftlichen Charakter haben und müssen auch an einem äußeren Markt entgeltlich erworben werden können.³⁶

Die Einrichtungsgesellschaft bietet als Dienstleistung die Nutzung der Einrichtung unabhängig von einer Mitgliedschaft in der Einrichtungsgesellschaft an. Die Geschäfte der Einrichtungsgesellschaft sind durch den Betrieb einer Einrichtung auch planmäßig und dauerhaft, also nicht nur gelegentlicher Natur. Die Dienstleistungen der Einrichtungsgesellschaft werden entgeltlich erbracht. So ist bei Hallenbädern oder Museen für den einzelnen Besuch der Einrichtung ein Geldbetrag zu entrichten. Dies gilt auch bei Rabattsystemen wie Zehnerkarten.

33 Bamberger/Roth/Schöpflin, § 21 Rn. 95, 99; MK-BGB/Reuter, § 22 Rn. 28 ff.; Palandt/Ellenberger, § 21 Rn. 4; P/W/W/Schöpflin, § 21 Rn. 4; Soergel/Hadding, §§ 21, 22 Rn. 26; Reichert, Rn. 132; K. Schmidt, Verbandszweck, S. 113 ff.; a. A. zur Entgeltlichkeit BGHZ 85, 84, 93 – „ADAC-Verkehrsrechtsschutz“.

34 LG Hamburg, NJW-RR 1985, 417, 417; Bamberger/Roth/Schöpflin, § 21 Rn. 95, 99; MK-BGB/Reuter, § 22 Rn. 30; Palandt/Ellenberger, § 21 Rn. 2, 4; P/W/W/Schöpflin, § 21 Rn. 4; Soergel/Hadding, §§ 21, 22 Rn. 27; Reichert, Rn. 132; K. Schmidt, Verbandszweck, S. 116.

35 Dies ist nur für die Abgrenzungsfrage innerhalb der Fallgruppen von wirtschaftlichen Vereinen relevant, vgl. Bamberger/Roth/Schöpflin, § 21 Rn. 94, 95 und 99; MK-BGB/Reuter, § 22 Rn. 27 ff.; Reichert, Rn. 132; K. Schmidt, Verbandszweck, S. 105 f.

36 BVerwGE 105, 313, 317 – „Scientology“; Bamberger/Roth/Schöpflin, § 21 Rn. 95; Soergel/Hadding, §§ 21, 22 Rn. 28; K. Schmidt, NJW 1998, 1124, 1125.

Bei Bibliotheken zeigt sich die entgeltliche Erbringung der Dienstleistung nicht so deutlich. Dort ist nicht für jede Buchausleihe ein bestimmter Betrag, sondern üblicherweise ein Pauschalbetrag für eine bestimmte Zeit (bspw. ein Jahr) zu entrichten.³⁷ Dies stellt aber ebenfalls ein Entgelt für die Nutzung der Einrichtung dar, da die Buchausleihe ohne vorherige Leistung dieses Betrages nicht möglich ist. Das Betreiben der Einrichtung durch die Einrichtungsgesellschaft stellt somit einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb dar.

Trotz wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs liegt kein wirtschaftlicher Verein vor, wenn die wirtschaftlichen Aktivitäten im Bezug zu den ideellen Aktivitäten eine untergeordnete Rolle spielen (sog. Nebenzweckprivileg).³⁸ Ideell sind Aktivitäten, wenn sie z. B. eine rein gemeinnützige, wohltätige, gesellige, sportliche, kulturelle, wissenschaftliche, politische, religiöse oder weltanschauliche Zwecksetzung verfolgen.³⁹ Der Zweck der Einrichtungsgesellschaft liegt im Erhalt und Betrieb der Einrichtung, damit die Bürger ihren sportlichen und gesundheitlichen (Bäder) oder kulturellen Bedürfnissen (Bibliothek, Museum) weiterhin nachkommen können sowie der Förderung der Geselligkeit und des Zusammenhalts durch die gemeinsame Arbeit in der Einrichtungsgesellschaft. Die Aktivitäten der Einrichtungsgesellschaft sind somit auch ideeller Natur.

Zu klären ist, in welchem Verhältnis die ideelle Aktivität und der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb zueinander stehen. Damit das Nebenzweckprivileg greift, muss die Satzung einen nichtwirtschaftlichen Hauptzweck vorsehen, den der Verein auch tatsächlich verfolgt und die unternehmerische Tätigkeit dem ideellen Zweck tatsächlich funktionell untergeordnet sein.⁴⁰ Der wirtschaftliche Nebenzweck muss somit ein Hilfsmittel zur Erreichung des nichtwirtschaftlichen

37 Mahngebühren sind in diesem Kontext nicht zu berücksichtigen, da diese keinen Entgelt-, sondern einen Sanktionscharakter haben.

38 BGHZ 85, 84, 88 f. – „ADAC-Verkehrsrechtsschutz“; KG DNotZ 2011, 632, 632 f.; MK-BGB/*Reuter*, § 22 Rn. 8, 19; P/W/W/*Schöpflin*, § 21 Rn. 10; Soergel/*Hadding*, §§ 21, 22 Rn. 33; Staudinger/*Weick*, § 21 Rn. 12.

39 Schulze/*Dörner*, § 21 Rn. 3; *Reichert*, Rn. 122.

40 BGHZ 85, 84, 88 f., 93 – „ADAC-Verkehrsrechtsschutz“; BVerwGE 105, 313, 316 – „Scientology“; OLG Düsseldorf NZG 1998, 273, 274; NK-BGB/*Heidel/Lochner*, § 21 Rn. 33; P/W/W/*Schöpflin*, § 21 Rn. 10; MünchHdb.GesR V/*Schwarz van Berk*, § 3 Rn. 37.

Zwecks darstellen.⁴¹ Zwar werden mit dem Betrieb der Einrichtung als wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb die ideellen Zwecke erreicht. Allerdings ist der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb nicht den ideellen Zwecken funktional untergeordnet. Tatsächlich im Mittelpunkt steht die Erhaltung der Einrichtung, die aus verschiedenen, nicht nur ideellen Motiven seitens der Bürger, Unternehmen und der Gemeinden erfolgt.⁴² Die Erfüllung der ideellen Zwecke ist eine der Folgen aus dem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb. Daneben dient der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb aber auch der Befriedigung wirtschaftlicher Interessen von Gemeinde(n), Unternehmern und letztlich auch den Bürgern. Außerdem bestimmt der Betrieb der Einrichtung das Erscheinungsbild der Einrichtungsgesellschaft und nicht die ideelle Aktivität. Für die Anwendung des Nebenzweckprivilegs muss aber die ideelle Tätigkeit dem Verein sein Gepräge geben.⁴³

Im vorliegenden Fall ergibt eine wertende Gesamtbetrachtung, dass die wirtschaftliche Betätigung den ideellen Zwecken zumindest gleichgestellt ist, weshalb das Nebenzweckprivileg nicht eingreift. Der nichtwirtschaftliche eingetragene Verein kommt als Betreiberrechtsform für die Einrichtungsgesellschaft somit ebenfalls nicht in Frage.⁴⁴

c) Nichtrechtsfähiger wirtschaftlicher Verein

Schließlich kann erwogen werden, die Einrichtungsgesellschaft in der Rechtsform des nichtrechtsfähigen wirtschaftlichen Vereins zu betreiben. Bei einem nichtrechtsfähigen wirtschaftlichen Verein haften die Vereinsmitglieder über § 54 S. 1 BGB wie BGB-Gesellschafter bzw. bei Betrieb eines kaufmännischen Unternehmens wie OHG-Gesellschafter nach § 128 HGB (bei GbR analog) persönlich und unbeschränkt mit dem Privatvermögen.⁴⁵ Deshalb kommt auch der

41 BGHZ 85, 84, 93 – „ADAC-Verkehrsrechtsschutz“; BVerwGE 105, 313, 316 – „Scintology“; NK-BGB/Heidel/Lochner, § 21 Rn. 33; Soergel/Hadding, §§ 21, 22 Rn. 36; Staudinger/Weick, § 21 Rn. 14; Reichert, Rn. 161.

42 1. Teil.

43 MünchHdb.GesR V/Schwarz van Berk, § 3 Rn. 37.

44 Vgl. zur Einordnung eines Vereins zum Betrieb von Kindertagesstätten als wirtschaftlichen Verein KG DNotZ 2011, 632 ff.

45 BGHZ 146, 190, 201; Bamberger/Roth/Schöpflin, § 54 Rn. 35 f.; MK-BGB/Arnold, § 54 Rn. 44, 46 f.; NK-BGB/Eckardt, § 54 Rn. 19.

nichtrechtsfähige wirtschaftliche Verein als Betreiberrechtform für die Einrichtungsgesellschaft nicht in Betracht.⁴⁶

3. AG und GmbH

Die AG als Rechtsform wird bei den potenziellen Gesellschaftern, vor allem bei den Bürgern, auf wenig Akzeptanz stoßen. Die AG fordert eine hohe Kapitalaufbringung und enthält strikte Regelungen zur Kapitalbindung. Auch bleibt bei der Satzungsgestaltung aufgrund der Satzungsstrenge gem. § 23 Abs. 5 S. 1 AktG nur ein geringer Spielraum. Daneben werden mit der Rechtsform AG regelmäßig große kapitalistisch orientierte Unternehmen bzw. Unternehmensgruppen verbunden. Die Einrichtungsgesellschaft soll aber Träger bürgerschaftlichen Engagements und der Selbsthilfe sein. Deshalb ist die AG meist nicht passend.⁴⁷

Die GmbH dagegen wird als Rechtsform des Mittelstands angesehen, ist den Bürgern geläufig und genießt Vertrauen. Neben der beschränkten Haftung gem. § 13 Abs. 2 GmbHG bietet die GmbH ein Höchstmaß an Satzungsflexibilität (vgl. § 45 GmbHG). Dies ermöglicht es, die Gesellschaft individuell entsprechend den Bedürfnissen der Einrichtungsgesellschaft anzupassen. Die GmbH ist somit eine mögliche Rechtsform für die Einrichtungsgesellschaft.

4. GmbH & Co. KG

Als Kombination aus Personen- und Kapitalgesellschaft mit beschränkter Haftung kommt die GmbH & Co. KG in den Erscheinungsformen als personengleiche, nichtpersonengleiche oder Einheits-GmbH & Co. KG in Frage.⁴⁸ Bei der personengleichen GmbH & Co. KG sind die Gesellschafter der KG gleichzeitig Gesellschafter der Komplementär-GmbH.⁴⁹ Die Gesellschafter müssen in beiden Gesellschaften ihren gesellschaftsrechtlichen Rechten und Pflichten nachkom-

46 Vgl. ausführlich bei den Ausführungen zu den Personen(-handels)gesellschaften im 2. Teil, B. I. 1.

47 Anders allerdings die Bürgerstiftung Duisburg, die in der Rechtsform der gemeinnützigen AG organisiert ist.

48 Vgl. zu den verschiedenen Erscheinungsformen der GmbH & Co. KG ausführlich MünchHdb.GesR II/*Gummert*, § 50 f.; *S/A/L/S/Gregoritza*, § 5 Rn. 572 ff.; *Reichert/Liebscher*, § 3; *Wagner/Rux/Wagner*, Rn. 19 ff.

49 *S/A/L/S/Gregoritza*, § 5 Rn. 572.

men. Vor allem die Bürger verfügen aber kaum über gesellschaftsrechtliche Spezialkenntnisse und müssten sich mit zwei Gesellschaftsformen auseinandersetzen. Die Vielzahl an Gesellschaftern in beiden Gesellschaften erschwert zudem die Entscheidungsfindung. Außerdem müssen die Gesellschafter neben ihrer Kommanditeinlage einen Anteil am Stammkapital der GmbH übernehmen. Schließlich ist es schwierig, bei vermehrten Ein- und Austritten die Personengleichheit zu wahren.⁵⁰ Die personengleiche GmbH & Co. KG wird sich deshalb kaum durchsetzen.

Die nicht personengleiche GmbH & Co. KG, bei der die Kommanditisten der KG und die Gesellschafter der Komplementär-GmbH nicht übereinstimmen,⁵¹ führt ebenfalls zu Problemen. Die nicht personengleiche GmbH & Co. KG würde als Einrichtungsgesellschaft in der Regel so ausgestaltet werden, dass die Bürger als Kommanditisten in der KG „gesammelt“ und die Komplementär-GmbH mit finanz- und einflussstärkeren Gesellschaftern besetzt würde. Dies kann dazu führen, dass die Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftern der Komplementär-GmbH benachteiligt sind. Das sich daraus ergebende Konfliktpotential kann ein reibungsloses Arbeiten der Einrichtungsgesellschaft erschweren oder unmöglich machen. Dem kann entgegengewirkt werden, indem in der GmbH ein Beirat eingerichtet wird, der sich aus Kommanditistenvertretern zusammensetzt und an der Willensbildung in der GmbH mitwirkt. Dies erhöht allerdings den Organisations- und Verwaltungsaufwand.

Die Einheits-GmbH & Co. KG, bei der die KG 100%ige Gesellschafterin der Komplementär-GmbH ist,⁵² passt ebenfalls nur bedingt. Zwar eignet sie sich dazu, die Beteiligungsidentität zwischen beiden Gesellschaften zu wahren und die Zweiteilung der Unternehmensstruktur zu überwinden.⁵³ Allerdings müssen die Kommanditisten ebenso zwischen GmbH-Anteil und der Kommanditeinlage trennen. Zwar lässt § 172 Abs. 6 S. 1 HGB die Einbringung von Anteilen an der

50 *K. Schmidt*, GR, § 56 II 3 c).

51 *S/A/L/S/Gregoritza*, § 5 Rn. 575.

52 *Binz/Sorg*, § 8 Rn. 3; *Mueller-Thuns/Lüke*, § 2 Rn. 391; *MünchHdb.GesR II/Gummert*, § 51 Rn. 3; *S/A/L/S/Gregoritza*, § 5 Rn. 576; *Reichert/Liebscher*, § 3 Rn. 9 f.; *K. Schmidt*, ZIP 2007, 2193, 2193.

53 *MünchHdb.GesR II/Gummert*, § 51 Rn. 3; *K. Schmidt*, ZIP 2007, 2193, 2193 f.; wohl auch *S/A/L/S/Gregoritza*, § 5 Rn. 576.

GmbH als Kommanditeinlage zu.⁵⁴ Die Einlage des Kommanditisten gilt dann soweit aber gem. § 172 Abs. 6 S. 1 HGB als nicht geleistet, wodurch die Kommanditisten weiterhin gem. § 171 Abs. 1 1. HS. HGB haften. Dies führt zu einer Doppelbelastung der künftigen Gesellschafter. Daneben wirft die Einheits-GmbH & Co. KG auch organisationsrechtliche Probleme bei der Willensbildung in der Komplementär-GmbH auf, was aber durch entsprechende Gestaltungen abgeschärft bzw. behoben werden kann.⁵⁵ Dies geht aber ebenfalls mit zusätzlichem Aufwand einher.

Die GmbH & Co. KG in der Form der nicht personengleichen sowie der Einheits-GmbH & Co. KG kann als Rechtsform für die Einrichtungsgesellschaft allenfalls in Einzelfällen in Betracht kommen.

5. Eingetragene Genossenschaft

Wird die passende Rechtsform bei einer Vereinigung erörtert, die wie die Einrichtungsgesellschaft aus dem Selbsthilfegedanken heraus geboren ist,⁵⁶ muss auf die eG eingegangen werden. Die eG zeichnet sich dadurch aus, dass sie gem. § 1 Abs. 1 GenG ihre Mitglieder durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb fördert. Sie steht also in Marktbeziehung zu ihren Mitgliedern.⁵⁷ Daneben kann die Satzung die Ausdehnung des Geschäftsbetriebs auf Nichtmitglieder gem. § 8 Abs. 1 Nr. 5 GenG gestatten. Auch die Zulassung von investierenden Mitgliedern ist statutarisch gem. § 8 Abs. 2 S. 1 GenG möglich. Die eG kann somit sowohl bei den Benutzern der Einrichtung als auch bei den Mitgliedern der Einrichtungsgesellschaft einen großen Adressatenkreis abdecken. Daneben ist ein Eintritt in bzw. ein Austritt aus der eG im Vergleich zu den Personengesellschaften und jedenfalls der GmbH relativ einfach möglich (vgl. § 15 f. GenG). Von den Kapitalgesellschaften unterscheidet sich die eG dadurch, dass sie kein vorgeschriebenes Mindest-, sondern ein variables Gesellschaftskapital hat.⁵⁸

54 Baumbach/Hopt/Roth, § 172 Rn. 13; MK-HGB/K. Schmidt, § 172 Rn. 126.

55 Dazu ausführlich Scholz/K. Schmidt, Anh. § 45 Rn. 58 ff.; Binz/Sorg, § 8 Rn. 8 ff.; MünchHdb.GesR II/Gummert, § 51 Rn. 11 ff.

56 Vgl. zum Selbsthilfegrundsatz Beuthien/Beuthien, § 1 Rn. 38; L/W/Schulte, § 1 Rn. 5; Bauer, S. 35; Paulick, S. 5 ff.

57 Beuthien/Beuthien, § 1 Rn. 2; L/W/Schulte, § 1 Rn. 8; BeckHdb.Gen/Helios, Einleitung Rn. 12.

58 Beuthien/Beuthien, § 8a Rn. 3; L/W/Schulte, § 8a Rn. 2; BeckHdb.Gen/Helios, § 1 Rn. 2.

§ 8a Abs. 1 S. 1 GenG erlaubt aber die Bestimmung eines Mindestkapitals in der Satzung. Die Satzung kann auch eine Verpflichtung der Mitglieder zur Leistung laufender Beiträge vorsehen (vgl. § 16 Abs. 3 S. 2 GenG).⁵⁹

Die Willensbildung in der eG folgt dem genossenschaftlichen Demokratieprinzip, wonach jedes Mitglied unabhängig von der Anzahl seiner Geschäftsanteile grds. nur eine Stimme hat (§ 43 Abs. 3 S. 1 GenG).⁶⁰ Dies verhindert, dass einzelne Mitglieder über den Willen der anderen Mitglieder hinweg die eG „beherrschen“. Ein Mehrstimmrecht ist zwar gem. § 43 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 GenG bis zu drei Stimmen pro Mitglied möglich. Dadurch kann gleichwohl kein Mitglied die einfache Stimmenmehrheit erreichen.

Neben diesen Aspekten ist die eG als Rechtsform aber ebenfalls nur interessant, wenn die Mitglieder nicht unbeschränkt für die Genossenschaftsverbindlichkeiten haften müssen. Zur Haftung der Mitglieder muss gem. § 6 Nr. 3 GenG in der Satzung festgelegt werden, ob die Mitglieder im Insolvenzverfahren Nachschüsse zur Insolvenzmasse unbeschränkt, beschränkt oder gar nicht zu leisten haben.⁶¹ Die Haftung der Genossenschaftsmitglieder kann folglich begrenzt oder ausgeschlossen werden.

Schließlich ist die Rechtsform der eG der Bevölkerung durch große Kredit- und Absatz- sowie Winzergenossenschaften geläufig und genießt den Ruf eines solide wirtschaftenden Unternehmens.⁶²

Die eG ist somit als Rechtsform für die Einrichtungsgesellschaft geeignet.

II. Zwei- und mehrstöckige Gestaltungen

Neben einer „einzelnen“ Rechtsform kann eine zweistöckige Gestaltung verwendet werden.⁶³ Für die Einrichtungsgesellschaft kommt dies aus zwei Überlegungen heraus in Betracht. Zum einen ist die zweistöckige Gestaltung sinnvoll,

59 Diese Möglichkeit stellt eine Lockerung der § 707 BGB, § 180 Abs. 1 AktG, § 53 Abs. 3 GmbHG dar, vgl. zur GmbH die Ausführungen im 2. Teil, C. II. 1.

60 Beuthien/Beuthien, § 1 Rn. 41; BeckHdb.Gen/Helios, Einleitung Rn. 23.

61 Beim Fehlen einer solchen Satzungsklausel gilt im Interesse des Gläubigerschutzes die unbeschränkte Nachschusspflicht Beuthien/Beuthien, § 6 Rn. 9; Müller, § 2 Rn. 20, § 6 Rn. 25; a. A. L/W/Schulte, § 6 Rn. 19; P/F/B/Fandrich, § 6 Rn. 9.

62 Zur Verbreitung der Genossenschaften L/W/Schaffland/Schulte, Einf. Rn. 3 ff.

63 Vgl. zu den Definitionen die Ausführungen im 2. Teil, B.

um organisatorisch zwischen dem Betrieb der Gesellschaft und der reinen Finanzierung zu trennen. Dies erfolgt praktisch meist durch die Einschaltung eines sogenannten Fördervereins, der zur Einwerbung finanzieller Mittel dient und nicht gesellschaftsrechtlich an der Einrichtungsgesellschaft beteiligt ist.⁶⁴ Ob die Einschaltung eines Fördervereins für die Einrichtungsgesellschaft möglich und sinnvoll ist, muss im Einzelfall geklärt werden. Im weiteren Verlauf wird die Organisation der Betreibergesellschaft betrachtet. Unter Betreibergesellschaft wird die Rechtsform verstanden, die den Einrichtungsbetrieb führt.

Neben dem finanziellen Aspekt kann eine zweistöckige Gestaltung auch der Stimmenbündelung und somit der Übersichtlichkeit im Betreiberrechtsträger dienen. Dies kann so gestaltet werden, dass ein Rechtsträger, in dem die Bürger Anteilshaber sind, als Anteilshaber an dem die Einrichtung betreibenden Rechtsträger beteiligt ist. Hier kann der nichtwirtschaftliche Verein für die Zwecke der Einrichtungsgesellschaft nutzbar gemacht werden, weil dem Verein die wirtschaftliche Tätigkeit von beherrschten Tochter- oder Enkelgesellschaften nicht zugerechnet wird.⁶⁵ Als direkter oder indirekter Gesellschafter der Betreibergesellschaft in der mehrstöckigen Gestaltung kommt der nichtwirtschaftliche rechtsfähige Verein somit in Betracht.

Bei der konkreten Einzelfallgestaltung muss bei der doppelstöckigen Einrichtungsgesellschaft aber darauf geachtet werden, dass die Bürger nicht auf einer zweiten Ebene „gesammelt“ werden und sich dann als Gesellschafter „zweiter Klasse“ fühlen, von denen zwar Einsatz für die Einrichtungsgesellschaft verlangt wird, deren Meinungen und Interessen aber aus der Betreibergesellschaft „herausgedrängt“ werden. Im Einzelfall kann die zweistöckige Gestaltung für die Einrichtungsgesellschaft aber sinnvoll sein.

Bei mehrstöckigen Gestaltungsalternativen dürfte indessen der zusätzliche Organisationsaufwand den Nutzen übersteigen. Daneben kann durch verschachtelte Konstellationen Misstrauen bei den Bürgern entstehen. In konkreten Einzelfällen kann aber eine mehrstöckige Gestaltungsalternative passend sein.

64 Zum Förderverein auch *Sauter*, S. 6.

65 H. M. BGHZ 85, 84, 88 ff. – „ADAC-Verkehrsrechtsschutz“; *Bamberger/Roth/Schöpflin*, § 21 Rn. 96 f.; *P/W/W/Schöpflin*, § 21 Rn. 4; grds. bejahend, aber differenzierend *K. Schmidt*, *Verbandszweck*, S. 123 ff.

III. Zwischenergebnis

1. Bei einstöckigen Gestaltungen sind als Betreiberrechtsform für die Einrichtungsgesellschaft überwiegend die eG und die GmbH sinnvoll.
2. Die klassischen Personen(-handels)gesellschaften kommen wegen der unbeschränkten persönlichen Haftung mindestens eines Gesellschafters nicht in Frage.
3. Der nichtwirtschaftliche rechtsfähige Verein scheidet aus, da es sich bei der Einrichtungsgesellschaft um einen wirtschaftlichen Verein handeln würde. Die Rechtsform des wirtschaftlichen rechtsfähigen Vereins kann nicht verwendet werden, da die Voraussetzungen für die Erteilung der staatlichen Konzession nicht vorliegen. Der wirtschaftliche nichtrechtsfähige Verein scheitert wie die GbR und die OHG an der persönlichen unbeschränkten Haftung der Mitglieder.
4. Gegen die AG als Betreiberrechtsform sprechen deren Satzungsstrenge, die strikte Kapitalbindung und die möglicherweise fehlende Akzeptanz bei den Bürgern.
5. Die GmbH & Co. KG in den Erscheinungsformen der nichtpersonengleichen und der Einheits-GmbH & Co. KG kommt in Betracht, dürfte aber oft aus organisatorischen Gründen ausscheiden. Daneben kann auch die Akzeptanz durch die Bürger problematisch sein.
6. In mehrstöckigen Gestaltungen ist der nichtwirtschaftliche rechtsfähige Verein verwendbar, da ihm die wirtschaftliche Tätigkeit von beherrschten Tochter- oder Enkelunternehmen nicht zugerechnet wird. Doppelstöckige Gestaltungen sind grds. aus Finanzierungs- und Strukturgesichtspunkten interessant. Für die Einschaltung eines Fördervereins ist dies geeignet. Bei doppelstöckigen Gestaltungen in der Form, dass die Bürger in einer Gesellschafter-Gesellschaft „gesammelt“ werden, ist darauf zu achten, dass sich die Bürger nicht zurückgesetzt fühlen.

C. Überblick über die Finanzierung

I. Umriss der Problematik

Unabhängig von der gewählten Rechtsform kann eine Gesellschaft langfristig nur bestehen, wenn sie zumindest kostendeckend arbeitet. Bei öffentlichen Einrichtungen ist dies jedoch mehr die Ausnahme als die Regel.⁶⁶ Öffentliche Bäder bspw. sind für die Gemeinden fast ausnahmslos ein Zuschussgeschäft.⁶⁷ Sie müssen Wasserflächen für Vereine und Schulen sowie sozialverträgliche Eintrittspreise anbieten.⁶⁸ Aus dem Betriebsvergleich der Deutschen Gesellschaft für das Badewesen e.V. des Jahres 2011 für Hallenbäder von 251-500 m² Wasserfläche ergibt sich, dass die Betriebskosten nur zu ca. einem Drittel durch die Erlöse gedeckt werden können. Zwei Drittel der gesamten Betriebskosten müssen durch den sogenannten Betriebskostenzuschuss finanziert werden.⁶⁹ Bei anderen Einrichtungen ist die Finanzlage ähnlich. Deshalb ist für das Funktionieren der Einrichtungsgesellschaft die Sicherung der Finanzierung von großer Bedeutung.

II. Überblick über die Finanzierungsmöglichkeiten

1. Gesellschaftsanteile und Beiträge

Zunächst ist die Finanzierung der Einrichtungsgesellschaft über die Einlagen und Beiträge der Mitglieder bzw. Gesellschafter naheliegend. Bei den Geschäftsanteilen ist zu beachten, dass der Nennbetrag der Geschäftsanteile bei der Gründung nicht in voller Höhe einbezahlt werden muss. Bei der eG genügt es gem. § 7 Nr. 1 2. HS. GenG bereits, wenn die Satzung eine Pflichteinzahlung von 10% des Betrags des Geschäftsanteils vorsieht. Bei der GmbH reicht es gem. § 7 Abs. 2 GmbHG für die Anmeldung der Gesellschaft beim zuständigen Gericht aus, wenn bei Bareinlagen ein Viertel des Nennbetrags der Geschäftsanteile, insgesamt jedoch die Hälfte des Stammkapitals, einbezahlt ist. Der eG

66 *Schwarting*, Rn. 417.

67 So berichtet von Herrn *Ochsenbauer* von der Deutschen Gesellschaft für das Badewesen e.V.

68 So berichtet von Herrn *Ochsenbauer* von der Deutschen Gesellschaft für das Badewesen e.V.

69 Vgl. ausführlich zu den Zahlen der Jahre 2003 bis 2012 von Bädern dieser Größe *Ochsenbauer*, AB 02/2014, 84 ff.

steht die Summe der Geschäftsanteile bzw. der GmbH ihr Stammkapital somit nicht unbedingt insgesamt als Mittel zur Verfügung. Selbst wenn aber die Geschäftsanteile in voller Höhe einbezahlt worden sind, bedeutet dies nicht, dass der Gesellschaft die erbrachten Einlagen als liquide Mittel zur Verfügung stehen. Dies wird bei Sacheinlagen deutlich. Die Einlagen der Mitglieder bzw. Gesellschafter eignen sich zur Finanzierung der Gesellschaft damit nur bedingt.

Die Leistung von Beiträgen kann bei der eG gem. § 16 Abs. 3 S. 2 GenG in der Satzung vereinbart werden.⁷⁰ Bei der GmbH gibt es keine Regelung, die Beiträge explizit zulässt. Den Gesellschaftern können aber im Gesellschaftsvertrag gem. § 3 Abs. 2 GmbHG neben der Leistung der Kapitaleinlage noch andere Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft auferlegt werden. Diese anderen Verpflichtungen umfassen auch periodisch oder unregelmäßig wiederkehrende Geldleistungen wie Beiträge.⁷¹ Da es sich dabei um eine Vermehrung der den Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrag obliegenden Leistungen handelt,⁷² bedarf der Beschluss gem. § 53 Abs. 3 GmbHG der Zustimmung sämtlicher beteiligter Gesellschafter. Die Gründungssatzung kann die Leistungspflicht aber nach Art, Ausmaß und Umfang bestimmen.⁷³ Die Zustimmung nach § 53 Abs. 3 GmbHG ist dann entbehrlich, da die Gesellschafter bereits antizipiert zugestimmt haben.⁷⁴ Die Erhebung von Beiträgen ist somit auch bei der GmbH möglich.

Ob die Beiträge zur Finanzierung der Einrichtungsgesellschaft herangezogen werden können, hängt im Wesentlichen davon ab, ob und in welcher Höhe die Mitglieder bzw. Gesellschafter zur Beitragsleistung bereit sind.⁷⁵

70 Vgl. dazu die Ausführungen im Rahmen der Satzungsgestaltung (4. Teil, B. II. 3).

71 Baumbach/Hueck/*Fastrich*, § 3 Rn. 39; Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, § 3 Rn. 50, 52; MK-GmbHG/*Wicke*, § 3 Rn. 77; Scholz/*Emmerich*, § 3 Rn. 74.

72 Zum Begriff der Leistungsvermehrung Michalski/*Hoffmann*, § 53 Rn. 87; MK-GmbHG/*Harbarth*, § 53 Rn. 134; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, § 53 Rn. 68 ff.; Ulmer/*Ulmer*, § 53 Rn. 86 ff.

73 Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, § 53 Rn. 33; Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, § 53 Rn. 22; MK-GmbHG/*Harbarth*, § 53 Rn. 129; Scholz/*Priester*, § 53 Rn. 51; *K. Schmidt*, GR, § 16 III. 3. b) cc).

74 MK-GmbHG/*Harbarth*, § 53 Rn. 129; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, § 53 Rn. 80; Scholz/*Priester*, § 53 Rn. 51.

75 Vgl. die Ausführungen im 4. Teil, B. II. 3.

2. Darlehen

Eine weitere Finanzierungsalternative sind Darlehen. Mögliche Darlehensgeber sind die Banken und Sparkassen,⁷⁶ aber auch Privatpersonen und Unternehmen.⁷⁷ Zunächst ist bei Einrichtungsgesellschaften problematisch, ob und in welcher Höhe sie Kredite erhalten können, da es ihnen oft an Sicherheiten mangelt. Ist eine Darlehensvergabe hinreichend wahrscheinlich, müssen die Chancen und Risiken des Kredites abgewogen werden. Dem kurz- bzw. mittelfristigen Erhalt von Kapital steht gerade in der Anfangszeit das Risiko der Überschuldung gem. § 19 Abs. 2 InsO entgegen. Kommt es durch die Darlehensaufnahme nicht zu einer Überschuldung, besteht bei der Einrichtungsgesellschaft ein erhöhtes Risiko bei der Darlehensrückzahlung, da diese in der Regel keinen oder nur einen geringen Gewinn erwirtschaftet. Je nach Höhe und Konditionen des Darlehens stellt sich dann bereits die Frage, ob die Einrichtungsgesellschaft die Zins- und Tilgungsraten tragen kann. Selbst wenn die Einrichtungsgesellschaft die Tilgungsrate mit der anteiligen Zinsbelastung erwirtschaften kann, hat dies zur Konsequenz, dass dieses Geld nicht zur Rücklagenbildung verwendet werden kann. Dies hat in Jahren, in denen ein Verlust erwirtschaftet wird oder neue Investitionen anstehen, zur Folge, dass ggf. weitere Darlehen aufgenommen werden müssen, die dann evtl. nicht mehr gewährt werden würden. Kann die Einrichtungsgesellschaft dann ihre fälligen Verbindlichkeiten nicht mehr bedienen, ist sie zahlungsunfähig gem. § 17 Abs. 2 S. 1 InsO.

Bei der Einrichtungsgesellschaft ist damit zu klären, ob ihnen das Finanzierungsinstrument der Darlehensaufnahme überhaupt zur Verfügung steht. Besteht die Möglichkeit eines Darlehens sollte die Aufnahme von Krediten, vor allem im Anfangsstadium, gut überlegt werden.

76 Bspw. KfW oder Landesbanken, siehe *Förderverein Mücke*, Folie 97.

77 Zu Kleinkrediten von Unternehmen und Bürgern Institut für Bioenergiedörfer/*Schmuck/Girschner*, S. 157.

3. Zuschüsse, Spenden und Sponsoring

a) Zuschüsse

Als Zuschussgeber der Einrichtungsgesellschaft kommt hauptsächlich die Gemeinde in Betracht.⁷⁸ Daneben sind auch Zuschüsse auf Landes-, Bundes- oder Europaebene oder von den umliegenden Gemeinden denkbar.

Die Gemeinde hat „ihre“ Einrichtung aus Kostengründen zwar geschlossen. Sie hat aber trotzdem einen Nutzen davon, die Einrichtungsgesellschaft zu unterstützen. Die Zuschussvergabe an die Einrichtungsgesellschaft hat für die Gemeinde daneben den Vorteil, dass ihr jährlicher Betriebskostenzuschuss nun konstant bleibt und sich nicht durch steigende Lohn- und Energiekosten jährlich erhöht.⁷⁹ Daneben dürften ihre finanziellen Aufwendungen deutlich geringer als vorher sein.⁸⁰ Eine freiwillige Rückzahlung eines Teils des Zuschusses an die Gemeinde durch die Einrichtungsgesellschaft in wirtschaftlich erfolgreichen Jahren ist ebenfalls denkbar.⁸¹

Die häufigste Form ist die Bezuschussung durch Geld. Daneben kann die Gemeinde der Einrichtungsgesellschaft die Einrichtungsimmobilie unentgeltlich oder kostengünstig überlassen⁸² oder zu günstigen Konditionen veräußern. Ebenfalls ist die Unterstützung durch Dienstleistungen möglich.⁸³

Bei der Bezuschussung der Einrichtungsgesellschaft durch den Staat müssen die Maßnahmen auf Konformität mit dem EU-Beihilfenrecht überprüft werden, da ansonsten eine Rückforderung droht.⁸⁴ Die Einrichtungsgesellschaft ist auf diese

78 So erhält die Freibad Hänigsen eG von der Gemeinde einen jährlichen Zuschuss von 160.000 €, *Hänigsen*, Gesprächsprotokoll, B. I.

79 *Hänigsen*, Gesprächsprotokoll, B. I.

80 *Hänigsen*, Gesprächsprotokoll, B. I., der Zuschuss beträgt nur noch die Hälfte der vorherigen Aufwendungen.

81 *Hänigsen*, Gesprächsprotokoll, B. I.

82 So wird bspw. der 1. St. Ingberter Bürger-Solar-Genossenschaft die Dachfläche der Südschule von der Stadt durch unentgeltlichen Dachnutzungsvertrag zur Verfügung gestellt, Telefonat mit Herrn *Detemple* am 11.04.12.

83 Bei der 1. St. Ingberter Bürger-Solar-Genossenschaft übernimmt die Stadt die Verwaltung der Genossenschaft, Telefonat mit Herrn *Detemple* am 11.04.12.

84 Worauf nicht näher eingegangen wird; vgl. ausführlich zum Beihilfenrecht Birnstiel/Bungenberg/Heinrich; bei der Freibad Hänigsen eG wurde das Beihilfenrecht bei

Art der Unterstützung meist angewiesen und die Nichtvergabe bzw. Rückforderung würde in vielen Fällen zu ihrem Scheitern führen. Außerdem können sich umsatzsteuerrechtliche Probleme ergeben, auf die nicht eingegangen wird.⁸⁵

b) Spenden und Sponsoring

Auch Spenden können in Form von Geld-, Sach- oder Dienstleistungen erbracht werden.⁸⁶ Als Spender sind Privatpersonen, Unternehmen, Stiftungen, Fördervereine oder Parteien denkbar.⁸⁷ Diese Gruppen haben ein Interesse daran, dass die Einrichtung in der Gemeinde erhalten bleibt. Bei den Unternehmen kommen als regionale Unterstützer insbes. die Volksbanken⁸⁸ und Sparkassen in Betracht. Die Sparkassen bspw. haben im Jahr 2010 insgesamt 511,4 Mio. € für gesellschaftliche Belange ausgegeben.⁸⁹

Die Spender müssen geworben werden. Da die Konkurrenz zwischen den Spendenempfängern groß ist, sollte auf das Marketing der Spendenaktion besonderen Wert gelegt werden.⁹⁰ Um Bürger und Unternehmen von einer Spende für die Einrichtungsgesellschaft zu überzeugen, muss ihnen der Nutzen der Einrichtungsweiterführung dargestellt werden. Nur wenn die Einrichtungsgesellschaft einen ausreichenden Vorteil bietet, werden natürliche oder juristische Personen die Einrichtungsgesellschaft unterstützen.⁹¹ Eine besondere Win-Win-Situation ergibt sich aus der Spende der Biogasanlage Hänigsen an die Freibad Hänigsen eG.⁹² Die Biogasanlage stellt dem Freibad kostenfrei die überschüssige Wärme zur Verfügung, welche sie ansonsten unter Aufwendung von elektrischer Energie vernichten müsste. Zudem erhält die Biogasanlage auf den in das Netz ein-

der Zuschussvergabe nicht thematisiert und problematisiert, *Hänigsen*, Gesprächsprotokoll, B. I.

85 Zur Steuerpflicht von Betriebskostenzuschüssen an Schwimmbäder vgl. BFH UR 2010, 336 ff.; Sächs. FG EFG 2014, 319 f.; *Hänigsen*, Gesprächsprotokoll, B. II.; die Freibad Hänigsen eG möchte aber mit entsprechend anhängiger Klage deren Nichtsteuerbarkeit erreichen; vgl. allg. zur Umsatzsteuerpflicht von Zuschüssen *Hüttemann*, Rn. 7.131 ff.

86 *Sauter*, S. 10.

87 *Uetze*, Rückblick: Spenden kamen von der Wirtschaft, vom Ortsrat, von politischen Parteien sowie von Privatleuten und Mitgliedern des Fördervereins.

88 So am Beispiel der VR Bank Ries eG *Frankenberger/Gschrey/Bauer*, S. 143.

89 *DSGV*, Flyer Verantwortung, S. 1.

90 *Sauter*, S. 27.

91 So zu den Seniorengenossenschaften *Schmid*, ZfgG 2011, 19, 22.

92 Dazu *Hänigsen*, Gesprächsprotokoll, B. III.

gespeisten Strom einen zusätzlichen Bonus, da auch die Sommerwärme genutzt wird. Der einzige Nachteil besteht darin, dass der Biogasanlagenbetreiber die Wärme, die kostenlos an das Freibad geliefert wird, umsatzsteuerrechtlich als Eigenentnahme zu berücksichtigen hat.

Das Spendenaufkommen ist in der Praxis höher, wenn die Spenden steuerlich abzugsfähig sind.⁹³ Deshalb ist die Anerkennung der Einrichtungsgesellschaft als gemeinnützige Körperschaft gem. § 52 AO sinnvoll.⁹⁴

Von den Spenden ist das Sponsoring abzugrenzen, mit dem ein Unternehmen in der Regel unternehmensbezogene Ziele wie Werbung oder Öffentlichkeitsarbeit bezweckt und daher meist eine Gegenleistung erhält.⁹⁵

4. Nutzerbeiträge

Eine weitere Einnahmequelle von Einrichtungen sind die Nutzerbeiträge.⁹⁶ Hierbei handelt es sich um das Entgelt für die Nutzung der Einrichtung. Diese sind in der Regel so gestaltet, dass sie es einer Vielzahl von Personen ermöglichen, die Einrichtung aufzusuchen. Hieraus folgt eine Abstufung bei den natürlichen Personen wie ermäßigte Eintrittspreise für Kinder, Schüler und Studenten, Rentner, Schwerbehinderte oder sozial schwache Personen. Auch bestimmte juristische Personen wie Schwimmvereine können Ermäßigungen oder gar eine kostenfreie Nutzung erhalten. Die sozialverträglichen Preise decken regelmäßig nicht die Kosten für die Nutzung der Einrichtung.⁹⁷ Die Nutzerbeiträge können damit einen Teil der Einnahmen beisteuern. Zur alleinigen Finanzierung sind sie nicht geeignet.

Daneben können gerade bei wetterabhängigen Einrichtungen wie Freibädern die Besucherzahlen und damit die Einnahmen jährlich schwanken. Dem kann entgegengewirkt werden, indem unabhängig von der Wetterlage im Sommer bereits zu Jahresbeginn durch Saisonkarten-Abos verlässliche Einnahmen generiert

93 Sauter, S. 4, 6; vgl. ausführlich zum Spendenabzug Sauer/Luger, S. 111 ff.

94 Die Steuerbegünstigung wird bei der Satzungsgestaltung erörtert (4. Teil, B. I. 2.).

95 Sauter, S. 13.

96 Vgl. Schwarting, Rn. 206 f., 210.

97 Ähnlich zur Gebührenhöhe bei öffentlichen Einrichtungen Schwarting, Rn. 212 f.

werden.⁹⁸ Die Erhöhung der Besucherzahlen sollte aber in jedem Fall angestrebt werden.

5. Kosteneinsparungen, Querfinanzierungen und weitere Einnahmen

Weitere Möglichkeiten zur Verbesserung der finanziellen Lage sind Kosteneinsparungen und Querfinanzierungen.

Großes Kostensparpotenzial liegt im Personalbereich.⁹⁹ Bäder brauchen einen Bademeister, Reinigungspersonal, Kassen- und Aufsichtspersonal sowie Verwaltungspersonal. Bibliotheken benötigen neben dem Reinigungspersonal Personal für die Bedienung der Ausleihschalter sowie für die Rückstellung der Bücher in die Regale. Zur Senkung der Personalkosten kommt ehrenamtliches Engagement in Betracht. Dazu bedarf es Personen, die sich zur ehrenamtlichen Tätigkeit bereiterklären und die dafür qualifiziert sind. Außerdem muss es möglich sein, die Arbeitsplätze durch Ehrenamt zu ersetzen. Dabei ist zu klären, was mit den bestehenden Arbeitsverhältnissen geschieht und wann sie ggf. in ehrenamtliche Stellen umgewandelt werden können.¹⁰⁰ Daneben kommt wie bei der Freibad Hänigsen eG die Anerkennung als Einsatzstelle des Bundesfreiwilligendienstes in Betracht. Neben dem Einsatz von ehrenamtlichem Engagement bei dauerhaft benötigtem Personal kann der Einsatz ehrenamtlichen Engagements beim Bau von Sachen oder der Pflege der Außenanlage Kosten sparen.¹⁰¹

Ein weiterer Bereich der Kosteneinsparung bzw. Querfinanzierung (je nach Ausgestaltung) ist die Energie. Zum einen besteht die Möglichkeit, den benötigten Strom oder die benötigte Wärme selbst durch Solaranlagen oder Blockheizkraftwerke herzustellen. Durch effizientere Gerätschaften wie eine bessere Wasserreinigungsanlage kann außerdem der Energiebedarf der Einrichtung gesenkt werden.¹⁰² Allerdings ist diese Art der Kosteneinsparung bzw. der Querfinanzierung zunächst einmal kostenintensiv, da sowohl neue Gerätschaften als auch die Ausstattung zur Energiegewinnung oft sehr teuer sind. Insofern kommt dies für

98 So bei Hänigsen, Gesprächsprotokoll, B. IV.

99 Vgl. *Förderverein Mücke*, Folie 88.

100 Hierzu ausführlich im 3. Teil, B. I. 3.

101 Vgl. *Luthe*, Unterstützung/Spenden; *Förderverein Mücke*, Folie 50, 63; *Uetze*, Rückblick.

102 Vgl. *Förderverein Mücke*, Folie 90 f.

Einrichtungsgesellschaft bei eigener Mittelbeschaffung nur mittel- bis langfristig in Betracht. Eine frühere Realisierung ist möglich, wenn die Kosten oder zumindest ein Großteil davon von Dritten übernommen werden.¹⁰³

Eine weitere Möglichkeit der Querfinanzierung ist der Betrieb oder die Verpachtung eines gastronomischen Betriebes bei der Einrichtung.¹⁰⁴ Verfügt das Bad über einen attraktiven Saunabereich oder ein Solarium können auch diese eine wichtige Nebenerwerbsquelle werden.¹⁰⁵ Durch das Anbieten von Kursen sind ebenfalls Einnahmen erzielbar.¹⁰⁶

Außerdem können Einrichtungen durch Werbung, Veranstaltungen aller Art oder Merchandisingartikel wie einem Badkalender Einnahmen erzielen.¹⁰⁷ Allerdings kann bei den Veranstaltungen auch die Bindung der Mitglieder, Vereine und der Bevölkerung und weniger die Einnahmerzielung im Vordergrund stehen.¹⁰⁸ Dies wirkt sich aber wiederum positiv auf die Einnahmen durch Nutzerbeiträge aus.

III. Zwischenergebnis

1. Öffentliche Einrichtungen sind für die Gemeinde überwiegend ein Zuschussgeschäft. Damit die Einrichtungsgesellschaft aber langfristig erfolgreich sein kann, muss sie zumindest kostendeckend arbeiten.
2. Zur Finanzierung der Einrichtungsgesellschaft sind Gesellschaftsanteile, Beiträge, Darlehen, Zuschüsse sowie Spenden und Sponsoring, Nutzerbeiträge sowie Kosteneinsparungen, Querfinanzierungen und weitere Einnahmen denkbar.
3. Damit die Finanzierung gelingt, muss eine Mischung aus mehreren Finanzierungsmöglichkeiten gewählt werden.

103 So unterstützen die Sparkassen Bürgerenergiegenossenschaften wie die Energiegenossenschaft Haltern am See; hierzu *DSGV*, Energiegenossenschaft Haltern am See.

104 *Förderverein Mücke*, Folie 42, 81, allerdings kritisch zur Verpachtung.

105 *Förderverein Mücke*, Folie 44, 85.

106 *Förderverein Mücke*, Folie 69.

107 *Hänigsen*, Gesprächsprotokoll, H. II.; *Luthe*, Unterstützung/Spenden; *Förderverein Mücke*, Folie 82.

108 So *Hänigsen*, Gesprächsprotokoll, H. II.

D. Themeneingrenzung

Da es sich um eine zivilrechtliche Arbeit handelt, wird die beihilfen-, vergabe- und haushaltsrechtliche Zulässigkeit der weiteren Maßnahmen vorausgesetzt. Auch die steuerrechtliche Betrachtung der Maßnahmen erfolgt nicht. Ob einzelne Rechtsverhältnisse durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag geregelt werden können, bleibt ebenfalls außer Betracht. Daneben wird bei der Überlassung der Einrichtungssimmobilie nur das Zwei-Personen-Verhältnis zwischen der Gemeinde und der Einrichtungsgesellschaft betrachtet. Etwaige Überlassungskonstruktionen mit drei oder mehr Personen sowie das Leasing¹⁰⁹ werden nicht berücksichtigt. Schließlich kann der Gemeinde bei der Neugründung oder der Gründung durch eine Spaltungsmaßnahme ein kommunaler Rechtsträger verbleiben, den sie ggf. nicht mehr benötigt. Die Frage, welche Maßnahmen die Gemeinde dazu treffen muss, bleibt ebenfalls außer Betracht. Bei der folgenden Ausarbeitung beschränken sich die Ausführungen auf die Rechtsformen der eG und der GmbH.

109 Zum Immobilienleasing Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt/*Martinek*, §§ 58 ff.

3. Teil: Gründung der Einrichtungsgesellschaft

A. Möglichkeiten der Gründung

Für die Gründung der Einrichtungsgesellschaft kommen die Neugründung sowie die Umwandlung bestehender kommunaler Rechtsträger in Betracht.

I. Neugründung

1. Klassische Gründung

Die eG und die GmbH werden in drei Schritten gegründet. Vor Abschluss des Gesellschaftsvertrages besteht eine Vorgründungsgesellschaft, nach Abschluss der Satzung in Schriftform (§ 5 GenG) bzw. des Gesellschaftsvertrages in notarieller Form (§ 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG), aber vor Eintragung der Gesellschaft in das jeweilige Register eine Vorgesellschaft. Mit der Registereintragung entsteht die juristische Person.¹¹⁰

Die klassische Gründung kann im Stadium der Vorgesellschaft einige Zeit in Anspruch nehmen.¹¹¹ Wenn aber bereits vor Eintragung der eG bzw. der GmbH wirksam Verbindlichkeiten begründet werden, haften die Gründer für diese vor Eintragung im Rahmen der Verlustdeckungshaftung und nach Eintragung im Rahmen der Vorbelastungshaftung im Innenverhältnis gegenüber der eG bzw. der GmbH unbeschränkt.¹¹² Diese Haftung können die Gründer nur vermeiden, wenn sie der Aufnahme des Geschäftsbetriebs nicht zustimmen.¹¹³ Handeln die Gründer einer eG oder einer GmbH vor Eintragung als Vorstand bzw. Geschäftsführer oder faktisch wie ein Vorstand bzw. Geschäftsführer für die Gesellschaft, trifft sie daneben die Handelndenhaftung gem. § 11 Abs. 2 GmbHG

110 Vgl. ausführlich zur Gründung von juristischen Personen *K. Schmidt*, GR, § 11 II.-IV.

111 BGHZ 117, 323, 330; *K. Schmidt*, GR, § 4 III. 1. b).

112 Zur eG BGHZ 149, 273, 274 f.; *Henssler/Strohn/Geibel*, § 13 GenG Rn. 7; *L/W/Schulte*, § 13 Rn. 8; *P/F/B/Fandrich*, § 13 Rn. 7; a. A. *Beuthien/Beuthien*, § 13 Rn. 6, der für die Vor-eG über § 54 S. 1 BGB die haftungsrechtlichen „Vorschriften über die Gesellschaft“ anwendet; zur GmbH BGHZ 134, 333, 335 ff. (mit herleitender Begründung).

113 Zur eG *Henssler/Strohn/Geibel*, § 13 GenG Rn. 7; zur GmbH BGHZ 134, 333, 337.

(analog für die eG).¹¹⁴ Diese erlischt aber mit Eintragung der Gesellschaft in das jeweilige Register.¹¹⁵

Die Haftung im Vorgesellschaftsstadium entfällt, wenn der Geschäftsbetrieb erst mit oder nach der Eintragung ins jeweilige Register aufgenommen wird. Erfolgt die Aufnahme des Geschäftsbetriebs vorher, kann der einzelne Gründer seine Haftung vermeiden, in dem er nicht im Sinne von § 11 Abs. 2 GmbH (analog) handelt und der vorherigen Aufnahme des Geschäftsbetriebs nicht zustimmt.

Bei der Einrichtungsgesellschaft kann die Gründung meist so geplant werden, dass die Aufnahme des Geschäftsbetriebes bei nahtlosem Übergang nicht in die Vorgesellschaftsphase fallen muss. Dazu bedarf es einer frühzeitigen Information durch die Gemeinde, dass sie in absehbarer Zeit die Einrichtung schließen möchte. So können sich die Bürger und Unternehmen frühzeitig mit dem Thema Einrichtungsgesellschaft und deren Umsetzung beschäftigen. Danach müssen sich die Bürger und Unternehmen engagieren und ein überzeugendes Konzept entwickeln und durchführen. Auch wenn die Einrichtung vorübergehend geschlossen werden muss, kann dies so organisiert werden, dass die Einschränkung für die Einrichtungsnutzer möglichst gering ausfällt. Der Übergang eines Freibades kann im Winter erfolgen, wenn das Bad ohnehin geschlossen ist. Die Stadtbibliothek dagegen ist ganzjährig geöffnet. Aber auch hier gibt es Zeiten im Jahr, in denen die Dienste der Bibliothek nicht so stark nachgefragt werden wie z. B. Urlaubsphasen. Außerdem können durch eine frühzeitige Ankündigung und eine temporäre Verlängerung der Ausleihzeiten die Übergänge möglichst reibungslos gestaltet werden.

114 Zur analogen Anwendung auf die eG Henssler/Strohn/*Geibel*, § 13 GenG Rn. 6; L/W/*Schulte*, § 13 Rn. 8; P/F/B/*Fandrich*, § 13 Rn. 7; auch Beuthien/*Beuthien*, § 13 Rn. 12, der die Handelndenhaftung analog aber lediglich als „Nothaftung“ versteht; vgl. zu den Voraussetzungen der Handelndenhaftung BGHZ 65, 378, 380 f.; BGHZ 66, 359, 360 ff. (jew. zur Handelndeneigenschaft); MK-GmbHG/*Merkt*, § 11 Rn. 122 ff.; Scholz/*K. Schmidt*, § 11 Rn. 112 ff.; Ulmer/*Ulmer/Habersack*, § 11 Rn. 133 ff.

115 Zur eG Henssler/Strohn/*Geibel*, § 13 GenG Rn. 6; P/F/B/*Fandrich*, § 13 Rn. 7; zur GmbH BGHZ 80, 182, 183 ff.; BGH ZIP 1983, 933, 933 f.; Lutter/*Hommelhoff/Bayer*, § 11 Rn. 29; Scholz/*K. Schmidt*, § 11 Rn. 130; Ulmer/*Ulmer/Habersack*, § 11 Rn. 146.

2. Vorrats- und Mantelgesellschaften

Falls dennoch die Aufnahme des Geschäftsbetriebes vor Registereintragung notwendig ist, kann zur Vermeidung von Haftungsrisiken über die Verwendung einer Vorrats- oder Mantelgesellschaft nachgedacht werden.

a) GmbH

Für die Gründung von Kapitalgesellschaften wie der GmbH haben sich in der Praxis als Gründungserleichterung Vorrats- und Mantelgesellschaften herausgebildet.¹¹⁶ Dabei werden Gesellschaften entweder zum Halten und Verwalten des Vermögens gegründet oder eine bestehende GmbH stellt ihren werbenden Geschäftsbetrieb ein und wird zum „Mantel“.¹¹⁷ Diese Vorgehensweisen sind zulässig, wenn der Vorratscharakter im Unternehmensgegenstand deutlich gekennzeichnet wird.¹¹⁸ Geben die Gesellschafter einen Geschäftsgegenstand an, den sie nur vorschieben und nicht ernsthaft wollen, handelt es sich um ein gem. § 117 Abs. 1 BGB nichtiges Scheingeschäft.¹¹⁹ Die verdeckte Vorrats- und Mantelgründung ist somit unzulässig.

Für die künftige Einrichtungsgesellschaft kommt die Verwendung einer offenen Vorrats- oder Mantel-GmbH auf zwei Arten in Betracht. Die Vorratsgesellschaft kann zunächst in einem frühen Stadium von einem oder mehreren der Initiatoren selbst gegründet werden. Wenn aber genügend Zeit für die Gründung einer Vorrats-GmbH zur Verfügung steht, kann direkt die Einrichtungsg-GmbH neugegründet werden, die dann nach Eintragung ins Handelsregister den Geschäftsbetrieb aufnimmt. Die Selbstgründung einer Vorrats-GmbH ist folglich überflüssig.

116 Michalski/*Michalski*, § 3 Rn. 20; *Beuthien/Dirksen*, AG 2011, 21, 21.

117 Baumbach/Hueck/*Fastrich*, § 3 Rn. 11; Michalski/*Michalski*, § 3 Rn. 19; MK-GmbHG/*Wicke*, § 3 Rn. 24; *Beuthien/Dirksen*, AG 2011, 21, 21.

118 H. M. BGHZ 117, 323, 335 f.; Baumbach/Hueck/*Fastrich*, § 3 Rn. 11b; Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, § 3 Rn. 9; Michalski/*Michalski*, § 3 Rn. 21; MK-GmbHG/*Wicke*, § 3 Rn. 28; Scholz/*Emmerich*, § 3 Rn. 26.

119 Baumbach/Hueck/*Fastrich*, § 3 Rn. 11b; Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, § 3 Rn. 10; Michalski/*Michalski*, § 3 Rn. 22; MK-GmbHG/*Wicke*, § 3 Rn. 28; *Raiser/Veil*, § 26 Rn. 32; a. A. *Kraft*, DStR 1993, 101, 103; den Nichtigkeitsgrund offen lassend BGHZ 117, 323, 334.

Ist die Neugründung zeitlich nicht möglich, kommt der Kauf einer Vorrats- oder Mantelgesellschaft in Betracht. Dabei wird die Veräußerung der (leeren) Anteile an dieser (leeren) GmbH gem. § 15 Abs. 1 GmbHG gegen Zahlung des Kaufpreises geschuldet. Im Anschluss wird der Gesellschaftsvertrag entsprechend geändert.

Der Kauf einer Vorrats- oder Mantelgesellschaft verursacht Kosten. Der Kaufpreis einer Vorratsgesellschaft mit einem Bankguthaben von 25.000 € beträgt 27.000 €. ¹²⁰ Der Differenzbetrag für die Vorratsgesellschaft beträgt also 2.000 €. Beim Kauf eines Firmenmantels ist der Kaufpreis ebenfalls abhängig vom Vermögen der Gesellschaft. Der Aufpreis zum Vermögen ist desto höher, je älter die Gesellschaft ist. ¹²¹ Dabei kann der Aufpreis zwischen 3.000 € und 15.000 € liegen. ¹²² Bei der Neugründung müssen neben den Notar- und Registergerichtskosten dagegen gem. § 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG im Zeitpunkt der Anmeldung bei Bareinlagen nur ein Viertel des Nennbetrags auf jeden Geschäftsanteil eingezahlt werden. Sacheinlagen sind voll zu erbringen (§ 7 Abs. 4 GmbHG). Insgesamt ist gem. § 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG mindestens die Hälfte des Mindeststammkapitals gem. § 5 Abs. 1 GmbHG, also 12.500 €, auf das Stammkapital zu leisten. Die Neugründung ist somit immer günstiger. Da die Finanzierung der Einrichtungs-GmbH gerade im Anfangsstadium oft ein Problem darstellt, ¹²³ ist der Kauf einer Vorrats- oder Mantelgesellschaft für die Einrichtungsgesellschaft aus finanziellen Gründen eher uninteressant.

Daneben ist diese Vorgehensweise nicht risikofrei. Sowohl die Verwendung einer Vorrats- wie auch einer Mantelgesellschaft stellen wirtschaftlich eine Neugründung dar, worauf das Gründungsrecht analoge Anwendung findet. ¹²⁴ Dies

120 Telefonat mit Herrn *Gronemeier* von der *SOFORT-Gesellschaften! AG* vom 22.11.2012; vgl. ebenfalls die Angebotsliste der *SOFORT-Gesellschaften! AG*.

121 Telefonat mit Herrn *Gronemeier* von der *SOFORT-Gesellschaften! AG* vom 22.11.2012.

122 Telefonat mit Herrn *Gronemeier* von der *SOFORT-Gesellschaften! AG* vom 22.11.2012.

123 Vgl. zur Finanzierung die Ausführungen im 2. Teil, C.

124 Umstritten; für die analoge Anwendung des Gründungsrechts BGHZ 153, 158, 160; BGHZ 155, 318, 323; BGHZ 171, 293, 301 f.; Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, § 3 Rn. 15; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schmidt-Leithoff*, § 3 Rn. 14a ff.; Scholz/*Emmerich*, § 3 Rn. 28, 41; a. A. Baumbach/Hueck/*Fastrich*, § 3 Rn. 13e; Michalski/*Michalski*, § 3 Rn. 34.

bedeutet, dass eine registergerichtliche Prüfung gem. § 9c GmbHG analog durchgeführt werden muss.¹²⁵ Davor muss gem. § 8 Abs. 2 GmbHG analog die ordnungsgemäße Kapitalausstattung versichert werden.¹²⁶ Bis zum Zeitpunkt des Eingangs dieser Anzeige beim zuständigen Handelsregister bleiben sowohl die Handelndenhaftung gem. § 11 Abs. 2 GmbHG analog sowie die Vorbelastungshaftung analog anwendbar.¹²⁷

Dennoch lässt sich durch diese Variante der Haftungszeitraum im Vergleich zur Neugründung deutlich verkürzen.

Neben der Haftungsbeschränkung wird bei Verwendung einer Mantelgesellschaft noch der Vorteil angeführt, dass durch die Verwendung eines älteren Gesellschaftsmantels ein Vertrauensvorsprung entstünde.¹²⁸ Selbst wenn dem so sein sollte, hat dies für die Einrichtungs-GmbH keine Auswirkungen. Bei der Gründung der Einrichtungs-GmbH wird diese schon zum Zwecke der Einwerbung von Gesellschaftern und Unterstützern zumindest regional öffentlich gemacht. Dadurch wird bekannt, dass es sich dem Grundsatz nach um eine „neue“ Gesellschaft handelt. Der durch den Mantel evtl. entstehende Vertrauensvorsprung wird durch diese notwendige Öffentlichkeitsarbeit neutralisiert. Deshalb ist für den Fall, dass eine Vorrats- oder Mantelgründung angestrebt wird, zum Kauf einer „preisgünstigeren“ Vorratsgesellschaft zu raten, da der grundlegende Vorteil einer Mantelgesellschaft bei einer Einrichtungs-GmbH nicht zum Tragen kommt.

Die Verwendung einer Vorratsgesellschaft ist eine Möglichkeit zur Gründung der Einrichtungs-GmbH. Mit Blick auf die Kosten sollte erwogen werden, ob die Aufnahme des Geschäftsbetriebes nach der Eintragung ausreicht. Überwiegen die Vorteile einer zeitnahen Aufnahme des Geschäftsbetriebs ist der Kauf einer Vorratsgesellschaft eine gangbare Alternative.

125 BGHZ 153, 158, 160; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 3 Rn. 18; Scholz/Emmerich, § 3 Rn. 32, 42.

126 Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 3 Rn. 16, 30; Scholz/Emmerich, § 3 Rn. 30, 42.

127 Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 3 Rn. 19, 31; Scholz/Emmerich, § 3 Rn. 33 ff., 44; a. A. Scholz/K. Schmidt, § 11 Rn. 109.

128 *SOFORT-Gesellschaften! AG*, Vorteile Firmenmäntel kaufen.

b) Eingetragene Genossenschaft

Auch für die eG wäre die Gründung über Vorrats- oder Mantelgenossenschaften ein denkbarer Weg, die Haftung im Vorgesellschaftsstadium zu verringern und die Gründung zu beschleunigen.¹²⁹ Die eG ist aber in ihrem Gesellschaftszweck gem. § 1 Abs. 1 GenG auf die Förderung des Erwerbs, der Wirtschaft oder der sozialen oder kulturellen Belange der Mitglieder beschränkt. Das Halten und die Verwaltung des Genossenschaftsvermögens als Unternehmensgegenstand stellen zwar einen Geschäftsbetrieb dar.¹³⁰ Hierdurch werden die Mitglieder aber nicht, wie § 1 Abs. 1 GenG verlangt, gefördert.¹³¹ Die Gründung von Vorrats- und Mantelgenossenschaften ist somit aufgrund der gem. § 1 Abs. 1 GenG zwingend notwendigen Mitgliederförderung gesellschaftsrechtlich unzulässig. Diese Art der Gründungserleichterung steht der künftigen Einrichtungs-eG nicht zur Verfügung.

3. Projektentwicklungsgenossenschaften

a) Vorgehensweise und Beurteilung

Bei der eG hat die Genossenschaftspraxis für die Erleichterung der Genossenschaftsgründung den Weg über die Projektentwicklungs-eG herausgebildet. Dabei vollzieht sich die Gründung der angestrebten eG in drei Phasen.

Zunächst erfolgt die standardisierte Gründung der eG. Dabei werden die zur Gründung notwendigen Dokumente (Geschäftsplan, Satzung, Protokoll der Gründungsversammlung, persönliche Erklärung des Vorstandes, Auftrag zur Gründungsprüfung und Beitritt zum Verband) in standardisierter Form verwendet.¹³² Der Unternehmensgegenstand gem. § 6 Nr. 2 GenG ist bereits der Unternehmensgegenstand, dem die eG nach Eintragung nachgehen möchte.¹³³ Dieses standardisierte Vorgehen ermöglicht die Errichtung und die Verbandsprüfung

129 *Beuthien/Dirksen*, AG 2011, 21, 21.

130 *Beuthien/Dirksen*, AG 2011, 21, 21.

131 *Beuthien/Dirksen*, AG 2011, 21, 21.

132 *Watzke*, S. 1, 3.

133 Vgl. *Genossenschaftsverband*, Mustersatzung Energiegenossenschaft, § 1 Abs. 4; *Genossenschaftsverband*, Präsentation, S. 8.

der eG in spe idealerweise an einem Tag.¹³⁴ Danach erfolgt die Anmeldung zur Eintragung ins Genossenschaftsregister gem. § 11 GenG. Im Idealfall liegen zwischen der Gründungsversammlung und der Eintragung nur sieben Tage.¹³⁵

Nach der Gründungsphase erfolgen die Projektentwicklungs- und die Projektumsetzungsphase bereits in der eG. In der Projektentwicklungsphase erfolgt die Konkretisierung der Projekte durch die Initiatoren.¹³⁶ Dementsprechend müssen ggf. die Satzung und der Businessplan angepasst werden.¹³⁷ In der dann folgenden Umsetzungsphase wird die eG operativ tätig. Hier findet die eigentliche Mitgliedergewinnung statt.¹³⁸

Die Gründung über die Projektentwicklungs-eG beschleunigt die Phase der Vor-eG. Dies ergibt eine deutliche Reduzierung des Haftungsrisikos der Mitglieder.¹³⁹ Die Projektentwicklungs-eG hat für die Gründung der Einrichtungs-eG im Vergleich zur klassischen Neugründung neben der Zeitersparnis und damit der Verringerung des Haftungsrisikos noch steuerliche Vorteile. Während Vorgründungskosten nicht angesetzt werden können, sind die Projektentwicklungskosten im Stadium der Projektentwicklungs-eG vorsteuerabzugsberechtigt.¹⁴⁰ Außerdem sinken durch die Verwendung der Standarddokumente die Gründungskosten sowie die Kosten für die Gründungsprüfung. Die Projektentwicklungs-eG ist damit eine gute Alternative, das Haftungsrisiko bei der Gründung zu verringern.

b) Zulässigkeit

Die Projektentwicklungs-eG kann wie eine Vorrats- oder Mantel-eG unzulässig sein, wenn deren Zweck nicht gem. § 1 Abs. 1 GenG auf die Mitgliederförderung gerichtet ist. Die Mitglieder der Einrichtungs-eG müssen durch den gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb in ihrem Erwerb, ihrer Wirtschaft oder ihren sozialen oder kulturellen Belangen gefördert werden. Mit der eG muss also ein

134 Blesch, Netzwerk 2010, 12, 14; *Genossenschaftsverband*, Präsentation, S. 3 f.; *Watzke*, S. 1.

135 Telefonat mit Herrn Brauner vom Genossenschaftsverband e.V. am 30.11.12.

136 *Genossenschaftsverband*, Präsentation, S. 11; *Watzke*, S. 1.

137 *Genossenschaftsverband*, Präsentation, S. 11.

138 Blesch, Netzwerk 2010, 12, 14; *Genossenschaftsverband*, Präsentation, S. 11.

139 *Genossenschaftsverband*, Präsentation, S. 3.

140 *Watzke*, S. 1.

mitgliedernützender und kein kapitalistischer Zweck verfolgt werden.¹⁴¹ Dies hat in Übereinstimmung mit dem förderwirtschaftlichen Identitätsprinzip zu erfolgen, d. h. die Mitglieder der eG treten dem Unternehmen auch als Kunden gegenüber.¹⁴² Diese Voraussetzungen werden von der künftigen EinrichtungseG erfüllt.

Problematisch kann sein, dass im Stadium der Projektentwicklungs-eG der Aufbau der EinrichtungseG inklusive der Errichtung des Geschäftsbetriebes im Vordergrund steht. Der Aufbau der EinrichtungseG dient aber gerade der Umsetzung der künftigen Förderung der Mitglieder durch die Nutzung der Einrichtung. Nur durch die Errichtung des Fördergeschäftsbetriebes kann es überhaupt zu einer konkreten Mitgliederförderung kommen. Die Projektentwicklungs-eG bezweckt somit bereits die Mitgliederförderung, arbeitet aber noch auf deren konkrete Umsetzung hin. Es reicht aus, wenn die eG auf dieses Ziel hin tätig wird.¹⁴³ Ob die eG die Förderung erreichen kann oder diese tatsächlich eintritt, spielt keine Rolle.¹⁴⁴ Verlangt man dagegen die Mitgliederförderung durch die konkreten Geschäftsbeziehungen für die Errichtung, also für die Eintragung der eG, kommt dies einer Pflicht zur Aufnahme des Geschäftsbetriebs vor Eintragung der eG gleich. Damit würde man die Mitglieder zwingen, sich den genannten Haftungsrisiken auszusetzen. Die Projektentwicklungs-eG bezweckt bereits die Förderung der Mitglieder gem. § 1 Abs. 1 GenG und ist somit zulässig.

II. Umwandlung bestehender kommunaler Rechtsträger

Die Gemeinden führen die Einrichtungen bereits oft über mehrere Jahrzehnte in einer bestimmten Organisationsform. Deshalb kann als Alternative zur Neugründung der Einrichtungsgesellschaft erwogen werden, ob und unter welchem Aufwand diese Organisationsform in eine EinrichtungseG oder eine Einrichtungs-GmbH umgewandelt werden kann. Hierfür kommen als Umwandlungsmaßnahmen der Formwechsel gem. § 1 Abs. 1 Nr. 4 i. V. m. §§ 190 ff. UmwG sowie die Abspaltung und Ausgliederung zur Neugründung gem. § 1 Abs. 1

141 Beuthien/*Beuthien*, § 1 Rn. 9; ähnlich BayObLG ZfgG 1987, 102, 105 zur vorübergehenden Einstellung des Fördergeschäftsbetriebs.

142 Beuthien/*Beuthien*, § 1 Rn. 9; BeckHdb.Gen/*Helios*, § 1 Rn. 9, 11; *Geschwandtner*, § 2 Rn. 3.

143 Beuthien/*Beuthien*, § 1 Rn. 23.

144 Beuthien/*Beuthien*, § 1 Rn. 23.

Nr. 2 i. V. m. § 123 Abs. 2 Nr. 2 bzw. § 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG in Betracht. Zunächst muss geklärt werden, in welchen Rechtsformen kommunale Unternehmen betrieben werden.

1. Rechtsformen kommunaler Unternehmen

Den Gemeinden stehen für ihre alleinige unternehmerische Tätigkeit der Eigenbetrieb¹⁴⁵, der Regiebetrieb, die AöR sowie grds. die privatrechtlichen Gesellschaftsformen als Eigengesellschaften zur Verfügung.¹⁴⁶

Regie- und Eigenbetriebe haben keine eigene Rechtspersönlichkeit (§ 114 Abs. 1 GO NW für Eigenbetriebe), sondern die Gemeinde bleibt Träger der Rechte und Pflichten.¹⁴⁷ Regie- und Eigenbetrieb unterscheiden sich im Wesentlichen in der Selbstständigkeit der Organisationsführung. Während der Regiebetrieb in die Verwaltung integriert ist und als Abteilung der allgemeinen Verwaltung geführt wird,¹⁴⁸ ist der Eigenbetrieb finanzwirtschaftlich und organisatorisch selbstständig.¹⁴⁹ Die AöR gem. § 114a GO NW ist dagegen rechtsfähig¹⁵⁰ und hat einen oder gem. § 27 Abs. 1 S. 1 GkG NW mehrere öffentlich-rechtliche Anstaltsträger. Eigengesellschaften sind rechtsfähige Gesellschaften des privaten Rechts, an denen die Gemeinde alle Anteile hält oder an denen sie maßgeblich beteiligt ist.¹⁵¹ Die konkreten Rechtsformen sind dabei die AG und die GmbH,¹⁵² da dies zum einen die einzigen privatrechtlichen Rechtsformen sind,

145 Oder eigenbetriebsähnliche Einrichtung; in den weiteren Ausführungen umfasst der Begriff Eigenbetrieb auch eigenbetriebsähnliche Einrichtungen.

146 *Tettinger/Erbguth/Mann*, Rn. 303; die Stiftung des öffentlichen Rechts kommt als Instrument für die kommunalwirtschaftliche Betätigung schwerlich in Betracht, vgl. *Hoppe/Uechtritz/Reck/Hellermann*, § 7 Rn. 88 ff.

147 *Gaß*, S. 33; *Tettinger/Erbguth/Mann*, Rn. 305 f.; *Wörn*, S. 33; nur zum Eigenbetrieb *Schmidt-Abmann/Schoch/Schmidt-Abmann/Röhl*, 1. Kap. Rn. 126.

148 *Held/Winkel/Kotzea*, § 114a Erl. 3.1; *Gaß*, S. 34; *Kummer*, S. 56; *Tettinger/Erbguth/Mann*, Rn. 305.

149 *Held/Winkel/Kotzea*, § 114a Erl. 3.1; *Gaß*, S. 34; *Tettinger/Erbguth/Mann*, Rn. 306; *Wörn*, S. 33.

150 *LT-Drs.* 12/3730, S. 110; *Articus/Schneider/Söbbeke*, § 114a Erl. 3; *Held/Winkel/Kotzea*, § 114a Rn. 3.1; *Tettinger/Erbguth/Mann*, Rn. 307.

151 *Wörn*, S. 35; a. A. *Suppliet*, S. 103, der nur bei alleiniger Anteilsinhaberschaft der Gemeinde von einer Eigengesellschaft spricht.

152 Wobei die GmbH ggü. den anderen Rechtsformen (Eigenbetrieb, AG, AöR) deutlich dominiert, vgl. *Schwarting*, Schaubild 79 (Rn. 405).

die einen Alleingesellschafter zulassen (§ 2 AktG, § 1 GmbHG).¹⁵³ Außerdem haftet den Gläubigern bei juristischen Personen nur das Gesellschaftsvermögen (§ 1 Abs. 1 S. 2 AktG, § 13 Abs. 2 GmbHG), was gem. § 108 Abs. 1 Nr. 3 GO NW Voraussetzung für die Beteiligung einer Gemeinde an einer privaten Rechtsform ist. Da im vorliegenden Modell die Gemeinde die Einrichtung alleine betreibt, werden den weiteren Ausführungen nur Anstalten des öffentlichen Rechts mit alleiniger Trägerschaft der Gemeinde sowie Eigengesellschaften mit einer 100%igen Beteiligung der Gemeinde zugrunde gelegt. Somit kommen als bereits bestehende kommunale Rechtsträger Eigen- und Regiebetriebe, die AöR sowie die AG und die GmbH als Eigengesellschaften in Betracht.

2. Bestehende Eigengesellschaften in der Rechtsform der GmbH

Ein Bedürfnis für eine Umwandlung besteht nicht, wenn die Gemeinde die Einrichtung bereits als Eigen-GmbH betreibt und die Einrichtungsgesellschaft die Rechtsform der GmbH erhalten soll.¹⁵⁴ Dann kann die bereits bestehende Eigen-GmbH als Rechtsträger für die Einrichtungsgesellschaft nutzbar gemacht werden. Dazu bedarf es der Übernahme der Gesellschaftsanteile und der Anpassung des Gesellschaftsvertrages.

3. Formwechsel bereits bestehender kommunaler Rechtsträger in eine eG oder GmbH¹⁵⁵

a) Eigengesellschaften in der Rechtsform AG und GmbH

Die AG und die GmbH als Kapitalgesellschaften können gem. § 191 Abs. 1 Nr. 2 UmwG (i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG) formwechselnde Rechtsträger sein. Der Formwechsel von Kapitalgesellschaften ist gem. § 226 UmwG unter anderem in die Rechtsform einer eG oder eine andere Kapitalgesellschaft mög-

153 Hoppe/Uechtritz/Reck/Otting/Ohler/Olgemöller, § 14 Rn. 7; ohne Begründung Wörn, S. 35; eine Ein-Personen-GbR ist nach ganz h. M. unzulässig: Bamberger/Roth/Schöne, § 705 Rn. 51; MK-BGB/Ulmer/Schäfer, § 705 Rn. 60 ff.; Palandt/Sprau, § 705 Rn. 1; Soergel/Hadding/Kießling, Vor § 705 Rn. 6, § 705 Rn. 18; K. Schmidt, GR, § 45 I. 2. b); a. A. Staudinger/Habermeier, Vorb. zu §§ 705-740 Rn. 29a.

154 Die eG als Eigengesellschaft der Gemeinde kommt nicht in Betracht, da diese gem. § 4 GenG mindestens drei Mitglieder haben muss.

155 eG und GmbH sind gem. § 191 Abs. 2 Nr. 3, 4 UmwG mögliche Zielgesellschaften.

lich. Eine bestehende GmbH kann somit in eine eG, eine bestehende AG in eine eG oder eine GmbH umgewandelt werden.

b) Anstalt des öffentlichen Rechts

Die AöR kann gem. § 191 Abs. 1 Nr. 6 UmwG formwechselnder Rechtsträger sein. Der Formwechsel der AöR ist aber gem. § 301 Abs. 2 UmwG nur möglich, wenn die Anstalt rechtsfähig ist und das für sie maßgebliche Bundes- oder Landesrecht einen Formwechsel vorsieht oder zulässt. Die AöR ist gem. § 114a GO NW rechtsfähig. Als Landesrecht, das den Formwechsel vorsieht, kommt § 114a Abs. 9 S. 2 GO NW in Betracht.¹⁵⁶ Dieser spricht von Umbildung der Anstalt. Es ist durch Auslegung zu ermitteln, ob der Formwechsel vom Begriff Umbildung umfasst ist.¹⁵⁷ Der Wortlaut ist nicht eindeutig. Im engen Wortsinn versteht Umbildung die interne organisatorische Veränderung der Anstalt. Dagegen umfasst der weite Wortsinn jede Umformung, Umgestaltung oder Veränderung der Anstalt, auch die Rechtsformänderung. Historisch wollte der Gesetzgeber mit dieser Norm keinen umwandlungsrechtlichen Sachverhalt, sondern die Dienstherrenfähigkeit der AöR und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen regeln.¹⁵⁸ Dies spricht gegen die weite Auslegung. Systematisch steht § 114a Abs. 9 S. 2 GO NW im Zusammenhang mit § 114a Abs. 9 S. 1 GO NW, der die Dienstherrenfähigkeit der AöR regelt.¹⁵⁹ Außerdem verweist § 114a Abs. 9 S. 2 GO NW auf die §§ 128 ff. BRRG. Aus § 128 Abs. 1 BRRG ergibt sich, dass unter Umbildung die vollständige Eingliederung einer Körperschaft in eine andere Körperschaft verstanden wird. Solche Körperschaften sind gem. § 133 BRRG nur juristische Personen des öffentlichen Rechts. Eine Umbildung in eine juristische Person des privaten Rechts ist danach nicht möglich. Die Systematik spricht ebenfalls gegen die weite Auslegung des Begriffs Umbildung. § 114a Abs. 9 S. 2 GO NW bezweckt außerdem nicht die Zulassung von umwandlungsrechtlichen Maßnahmen, sondern die Regelung des Umgangs mit den Beamten bei Umbildungen im öffentlich-rechtlichen Bereich. Der Formwechsel in eine privatrechtliche Gesellschaft ist folglich nicht vom Begriff Umbildung umfasst.

156 Die Kommunalunternehmensverordnung (KUV) enthält dazu keine Regelung.

157 Vgl. zu den Auslegungselementen *Larenz*, S. 320 ff.; *Mastronardi*, Rn. 589 ff.; *Schmalz*, Rn. 227 ff.

158 *LT-Drs.* 12/3730, S. 110.

159 *LT-Drs.* 12/3730, S. 110.

Die Gemeindeordnung NW sieht einen Formwechsel der AöR in eine privatrechtliche Gesellschaftsform nicht vor.

Damit der Formwechsel der AöR dennoch möglich ist, bietet es sich praktisch an, die Möglichkeit des Formwechsels in die Satzung der jeweiligen AöR durch Satzungsänderung aufzunehmen.¹⁶⁰ Wenn die Satzung der AöR mit dem einschlägigen Landesrecht übereinstimmt, ist sie Landesrecht im Sinne des § 301 UmwG.¹⁶¹ Die erforderliche Zulässigkeit liegt dann vor und die AöR kann umgewandelt werden.

Als Zielgesellschaft kommen beim Formwechsel der AöR gem. § 301 Abs. 1 UmwG mangels anderer gesetzlicher Regelungen grds. nur die Kapitalgesellschaften in Betracht. Auf direktem Wege kann eine AöR danach in eine GmbH, nicht aber in eine eG umgewandelt werden. Um sie in eine eG umzuwandeln, bedürfte es eines doppelten Formwechsels über eine Kapitalgesellschaft. Diese Vorgehensweise muss aber nur gewählt werden, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist (§ 301 Abs. 1 UmwG). Die Zahl der möglichen Zielrechtsträger kann ebenfalls durch Bundes- oder Landesrecht erweitert werden (§ 1 Abs. 2 UmwG). Da die Satzung der AöR Landesrecht ist, kann durch Aufnahme der eG als Zielrechtsträger in die Anstaltssatzung eine gesetzliche Regelung für den direkten Formwechsel einer AöR in eine eG geschaffen werden. Die AöR kann somit bei entsprechender Gestaltung ihrer Satzung direkt in eine GmbH oder eine eG umgewandelt werden.¹⁶²

c) Regie- und Eigenbetriebe

Regie- und Eigenbetriebe sind in § 191 Abs. 1 UmwG nicht genannt. Die Aufzählung der einbezogenen Rechtsträger in § 191 UmwG ist abschließend.¹⁶³

160 KK-UmwG/Leuring, § 301 Rn. 14; Lutter/H. Schmidt, § 301 Rn. 8; Semler/Stengel/Perlitt, § 301 Rn. 32.

161 HK-UmwG/Peus, § 302 Rn. 3; KK-UmwG/Leuring, § 301 Rn. 14; Lutter/H. Schmidt, § 301 Rn. 8; Semler/Stengel/Perlitt, § 301 Rn. 32; Gaß, S. 217.

162 A. A. Gaß, S. 216 ff., der die Zulassung gem. § 301 Abs. 2 UmwG bereits „sinngemäß“ aus den gemeindewirtschaftlichen Vorschriften entnimmt.

163 Henssler/Strohn/Drinhausen/Keinath, § 191 UmwG Rn. 1; HK-UmwG/Quass, § 191 Rn. 1; KK-UmwG/Petersen, § 191 Rn. 1; Lutter/Decher/Hoger, § 191 Rn. 1; Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Stratz, § 191 Rn. 1; Semler/Stengel/Stengel, § 191 Rn. 1.

Somit kommt ein Formwechsel nach dem Umwandlungsgesetz für Regie- und Eigenbetriebe nicht in Betracht.

Umwandlungen im Sinne von § 1 Abs. 1 UmwG sind gem. § 1 Abs. 2 UmwG außerhalb des Umwandlungsgesetzes nur möglich, wenn diese durch ein anderes Bundes- oder Landesgesetz ausdrücklich vorgesehen werden. § 114a Abs. 1 S. 1 GO NW sieht die Umwandlung von bestehenden Regie- oder Eigenbetrieben in die AöR im Wege der Gesamtrechtsnachfolge ganz oder teilweise vor.¹⁶⁴ Die entstandene AöR kann sodann wie oben beschrieben weiter in eine eG oder GmbH umgewandelt werden.

4. Abspaltung oder Ausgliederung eines Teils des bereits bestehenden kommunalen Rechtsträgers in eine eG oder GmbH¹⁶⁵

a) Allgemein

Für die übertragenden Rechtsträger sowohl bei der Abspaltung als auch bei der Ausgliederung verweist § 124 Abs. 1 UmwG auf die in § 3 Abs. 1 UmwG genannten Rechtsträger. Als übertragende Rechtsträger kommen die Kapitalgesellschaften in Betracht (§ 124 Abs. 1, § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG). Die Abspaltung und Ausgliederung von Eigengesellschaften ist somit möglich.¹⁶⁶ Die AöR sowie die Eigen- und Regiebetriebe sind in § 3 Abs. 1 UmwG nicht genannt.

b) Ausgliederung aus dem Vermögen einer Gebietskörperschaft

Für die Ausgliederung erweitert § 124 Abs. 1 UmwG den Kreis der übertragenden Rechtsträger u. a. auf Gebietskörperschaften.¹⁶⁷ Die Gemeinde ist eine Gebietskörperschaft.¹⁶⁸ Zusammen mit den besonderen Vorschriften zur Ausgliederung aus dem Vermögen von Gebietskörperschaften ergibt sich aus § 168

164 Dazu ausführlich *Lübbecke*, S. 20 ff.

165 Deren Zulässigkeit als neuer oder übernehmender Rechtsträger ergibt sich grundsätzlich aus § 124 Abs. 1 i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 2 und 3 UmwG, für die Ausgliederung von Gebietskörperschaften aus § 168 UmwG.

166 Zu beachten ist allerdings, dass eine AG gem. § 141 UmwG erst zwei Jahre nach Eintragung im Register abgespalten werden darf.

167 Ausführlich zu den ausgliederungsfähigen Rechtsträgern *Suppliet*, S. 127 ff.

168 *KK-UmwG/Leuring*, § 168 Rn. 12; *Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Hörtnagl*, § 124 Rn. 54; *Semler/Stengel/Perlitt*, § 168 Rn. 17; *Gaß*, S. 193; *Steuck*, NJW 1995, 2887, 2888.

UmwG, dass nur die vollständige¹⁶⁹ Ausgliederung eines von der Gemeinde betriebenen Unternehmens möglich ist. Als übernehmende oder neuzugründende Rechtsträger lässt § 168 UmwG die eG und die GmbH zu.

Bei der Bestimmung des Unternehmensbegriffs des § 168 UmwG kann aufgrund unterschiedlicher Voraussetzungen nicht auf etablierte Unternehmensbegriffe (bspw. im Handels- oder Kommunalrecht) zurückgegriffen werden.¹⁷⁰ Vielmehr bedarf es einer eigenen, aus dem Gesetzeszweck zu entwickelnden Definition.¹⁷¹ Zweck des Gesetzgebers war die Begünstigung der Privatisierung von Unternehmen der Daseinsvorsorge im kommunalen Bereich.¹⁷² Die AöR ist eine kommunalwirtschaftliche Betätigungsform,¹⁷³ bei der auch ein Privatisierungsbedürfnis bestehen kann. Das Argument, der Gesetzgeber habe den Eigen- und Regiebetrieb in seiner Begründung explizit genannt,¹⁷⁴ ist zwar ein Indiz, kann aber für die Nichtnennung der AöR entkräftet werden. Während der Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Umwandlungsgesetz von Anfang 1994 stammt,¹⁷⁵ hat sich die AöR als Rechtsform des Kommunalwirtschaftsrechts erst später in den verschiedenen Gemeindeordnungen durchgesetzt.¹⁷⁶ Der Gesetzge-

169 *BMJ*, Diskussionsentwurf, Begr. S. 180; *Ganske*, RefE, Begr. S. 203; *BR-Drs. 75/94*, RegE, S. 132; *Henssler/Strohn/Decker*, § 168 UmwG Rn. 4; *Lutter/H. Schmidt*, § 168 Rn. 12; *Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Hörtnagl*, § 168 Rn. 1; *Ganske*, S. 196; *Gaß*, S. 192; *Suppliet*, S. 37, 152, 168; *Steuck*, NJW 1995, 2887, 2889.

170 *Lutter/H. Schmidt*, § 168 Rn. 10; mit genaueren Begründungen *KK-UmwG/Leuring*, § 168 Rn. 22; *Schindhelm/Stein*, DB 1999, 1375, 1376 f.; vgl. zu den verschiedenen Unternehmensbegriffen *Suppliet*, S. 145 ff.

171 *KK-UmwG/Leuring*, § 168 Rn. 22; *Lutter/H. Schmidt*, § 168 Rn. 10; *Semler/Stengel/Perlitt*, § 168 Rn. 26; *Gaß*, S. 191; *Suppliet*, S. 151 f.; *Schindhelm/Stein*, DB 1999, 1375, 1377 mit Verweis auf *Steuck*, NJW 1995, 2887, 2889; vgl. *K. Schmidt*, HR, § 3 I. 1. a).

172 *Ganske*, RefE, Begr. S. 201; *BR-Drs. 75/94*, RefE, S. 132; *Gaß*, S. 191.

173 *Hoppe/Uechtritz/Reck/Hellermann*, § 7 Rn. 64.

174 Nennung in *Ganske*, RefE, Begr. S. 201; *BR-Drs. 75/94*, RegE, S. 132.

175 *BR-Drs. 75/94*, RegE vom 04.02.1994; vorher noch *Ganske*, RefE vom 15. 04. 1992.

176 BY: Gesetz zur Änderung des kommunalen Wirtschaftsrechts vom 26.07.1995 (GVBl. S. 376 ff.); RP: Viertes Landesgesetz zur Änderung kommunalrechtlicher Vorschriften vom 02.04.1998 (GVBl. S. 108 ff.); NW: Erstes Gesetz zur Modernisierung von Regierung und Verwaltung in Nordrhein-Westfalen vom 15.06.1999 (GV. S. 385 ff.); ST: Gesetz über das kommunale Unternehmensrecht vom 03.04.2001 (GVBl. S. 136 ff.); SH: Gesetz zur Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung vom 25.06.2002 (GVOBl. S. 126 ff.); NDS: Gesetz zur Änderung des kommunalen Unternehmensrechts vom 27.01.2003 (GVBl. S. 36 ff.); BBG.: Kommunalrechtsreformgesetz vom 18.12.2007 (GVBl. I S. 286 ff.); MV: Gesetz über die Kommunalverfassung und zur Änderung weiterer kommunalrechtlicher Vorschriften vom 13.07.2011 (GVOBl. S. 777 ff.).

ber des Umwandlungsgesetzes konnte diese Entwicklung bei seiner Begründung noch nicht berücksichtigt haben. Das wesentliche Argument gegen die Unternehmenseigenschaft der AöR ergibt sich aus ihrer Rechtsfähigkeit. Das Umwandlungsrecht versteht unter einem Rechtsträger jeden Vollinhaber eines Rechts bzw. jede Rechtseinheit, die Träger von Rechten und Pflichten sein kann, gleich ob rechtlich verselbstständigt oder nicht.¹⁷⁷ Damit ist die AöR Rechtsträger im Sinne des Umwandlungsgesetzes.¹⁷⁸ Daraus folgt im Umkehrschluss¹⁷⁹, dass sie kein Unternehmen gem. § 168 UmwG ist. Zwar kann die AöR ein Unternehmen i. S. v. § 168 UmwG betreiben, dessen Ausgliederung denkbar wäre. § 168 UmwG nennt aber eindeutig als Tatbestand, dass das Unternehmen von der Gebietskörperschaft oder von einem Zusammenschluss von Gebietskörperschaften betrieben werden muss. Die AöR als ausgliederungsfähiger Rechtsträger ist damit explizit nicht vorgesehen. Aus der Abgrenzung zum Begriff des Rechtsträgers folgt ebenfalls, dass Unternehmen i. S. v. § 168 UmwG nur unselbstständige Einheiten sein können.¹⁸⁰ Da die Regie- und Eigenbetriebe unselbstständige Organisationsformen der Gemeinde sind, kann die Gemeinde diese ausgliedern, die rechtsfähige AöR dagegen nicht.¹⁸¹

Eine analoge Anwendung des § 168 UmwG auf die AöR scheidet wegen des Analogieverbotes in § 1 Abs. 2 UmwG aus.¹⁸² Wird die AöR in eine Eigengesellschaft umgewandelt, ist danach die Ausgliederung oder die Abspaltung möglich.

177 *BR-Drs. 75/94*, RegE, S. 71; *Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Hörtnagl*, § 1 Rn. 2; *Schwarz*, DStR 1994, 1694, 1695.

178 Ebenso *KK-UmwG/Leuring*, § 168 Rn. 19; *Gaß*, S. 215; vgl. auch § 191 Abs. 1 Nr. 6 UmwG.

179 *Argumentum e contrario*, vgl. dazu *Larenz*, S. 390 f.; *Schmalz*, Rn. 183; *Schneider/Schnapp*, § 35.

180 Ebenso *Gaß*, S. 215; *Suppliet*, S. 153.

181 Ebenso *KK-UmwG/Leuring*, § 168 Rn. 19, 23; *Lutter/H. Schmidt*, § 168 Rn. 10; *Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Hörtnagl*, § 168 Rn. 3; *Semler/Stengel/Perlitt*, § 168 Rn. 30; *Kummer*, S. 160, 163; *Suppliet*, S. 154 ff.

182 Ebenso *KK-UmwG/Leuring*, § 168 Rn. 8, 19; *Lutter/H. Schmidt*, Vor § 168 Rn. 3; *Gaß*, S. 216.

Bundes- oder Landesgesetze gem. § 168 UmwG, welche eine Ausgliederung im Allgemeinen verbieten, bestehen nicht.¹⁸³

Die Ausgliederung von Eigen- und Regiebetrieben ist somit gem. § 168 UmwG möglich, die Ausgliederung der AöR dagegen nicht.

III. Zwischenergebnis

1. Zur Neugründung bietet sich die klassische Gründung an. Soll der Geschäftsbetrieb vor der Gründung der juristischen Person aufgenommen werden, kann auf die Projektentwicklungs-eG oder auf die Vorrats-GmbH ausgewichen werden.
2. Besteht eine kommunale Eigengesellschaft in der Rechtsform der GmbH und ist die angestrebte Rechtsform der Einrichtungsgesellschaft ebenfalls die GmbH, kann die Einrichtungsgesellschaft durch Änderung der Eigen-GmbH „gegründet“ werden.
3. Die Eigengesellschaften können in die Rechtsform der eG und GmbH formgewechselt werden. Beim Formwechsel der AöR bedarf es einer Klausel in der Anstaltssatzung, die den Formwechsel zulässt. Soll die Zielrechtsform eine eG sein, muss auch dies in der Anstaltssatzung zugelassen werden. Regie- und Eigenbetriebe können nur über die AöR in eine eG oder GmbH gewechselt werden.
4. Die Abspaltung und Ausgliederung zur Neugründung ist bei Eigengesellschaften möglich. Regie- und Eigenbetriebe können als Vermögen einer Gebietskörperschaft ebenfalls vollständig ausgegliedert werden. Die Abspaltung und Ausgliederung aus der AöR sind nicht möglich.

183 KK-UmwG/Leuering, § 168 Rn. 43; Lutter/H. Schmidt, § 168 Rn. 17; Widmann/Mayer/Heckschen, § 168 Rn. 393, 395 f.; *Suppliet*, S. 209; allerdings sehen einige Gesetze wie die Gemeindeordnungen, Eigenbetriebsgesetze sowie die Selbstverwaltungs- und Kommunalverwaltungsgesetze Einschränkungen vor, worauf nicht eingegangen wird, dazu sehr ausführlich Widmann/Mayer/Heckschen, § 168 Rn. 397 ff.

B. Rechtliche Durchführung der Gründung

I. Neugründung

1. Überblick über die Gründung der Einrichtungsgesellschaft

Zur Gründung der Einrichtungsgesellschaft muss zunächst die Satzung schriftlich gem. § 5 GenG bzw. der Gesellschaftsvertrag in notarieller Form durch alle Mitglieder bzw. Gesellschafter (vgl. § 11 Abs. 2 Nr. 1 GenG, § 2 Abs. 1 GmbHG) abgeschlossen werden.¹⁸⁴ Die inhaltliche Gestaltung der Satzung wird im vierten Teil erläutert. Aus den Vorschriften zu den der Anmeldung beizufügenden Unterlagen folgt, dass nach Abschluss der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrages die Bestellung des ersten Vorstandes und ggf. des ersten Aufsichtsrates bzw. der ersten Geschäftsführer erfolgen muss (vgl. § 11 Abs. 2 Nr. 2 GenG, § 8 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG). Die Vor-eG hat daneben den Beitritt zu einem Prüfungsverband zu beantragen (vgl. § 11 Abs. 2 Nr. 3 GenG).¹⁸⁵

Bei der eG muss die Satzung gem. § 7 Nr. 1 GenG bestimmen, zu welchen Einzahlungen auf den Geschäftsanteil jedes Mitglied verpflichtet ist.¹⁸⁶ Die Satzung muss diese Pflichteinlage gem. § 7 Nr. 1 2. HS. GenG bis zu einem Gesamtbeitrag von mindestens einem Zehntel des Geschäftsanteils nach Betrag und Zeit bestimmen. Vor Eintragung der eG ins Genossenschaftsregister sind Einlagen nur zu erbringen, wenn die Satzung dies explizit vorsieht.¹⁸⁷ Zulässig sind Bareinlagen, die Satzung kann gem. § 7a Abs. 3 GenG Sacheinlagen gestatten. Die Prüfung der Werthaltigkeit der Sacheinlagen findet im Rahmen der Verbandsprüfung gem. § 11 Abs. 2 Nr. 3 GenG statt (vgl. auch § 11a Abs. 2 S. 2 GenG).¹⁸⁸ Bei der GmbH müssen gem. § 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG die Einlagen bis zur Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister bei Bareinlagen zu einem Viertel des Nennbetrags, bei Sacheinlagen gem. § 7 Abs. 3 GmbHG vollständig eingebracht werden. Insgesamt müssen die erbrachten Ein-

184 Vgl. zu der Phase der Vorgründungsgesellschaft *K. Schmidt*, GR, § 11 II.

185 BeckHdb.Gen/*Steinle*, § 3 Rn. 85; *Bauer*, S. 38; ausführlich zur gutachterlichen Stellungnahme des Prüfungsverbandes BeckHdb.Gen/*Steinle*, § 3 Rn. 87 ff.

186 Vgl. dazu ausführlich im 4. Teil, B. II. 2. d).

187 BGHZ 15, 66, 67; *Beuthien/Beuthien*, § 7 Rn. 12; *L/W/Schulte*, § 7 Rn. 9; *P/F/B/Fandrich*, § 7 Rn. 8.

188 *Beuthien/Beuthien*, § 7a Rn. 8; *Henssler/Strohn/Geibel*, § 7a GenG Rn. 4; BeckHdb.Gen/*Geschwandtner*, § 4 Rn. 79.

zahlungen gem. § 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG der Hälfte des gesetzlichen Mindeststammkapitals entsprechen. Für die Einbringung von Sacheinlagen sind § 5 Abs. 4, § 7 Abs. 3 sowie § 9 GmbHG zu beachten.

Danach muss die Vor-eG bzw. die Vor-GmbH beim Gericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, zur Eintragung in das Genossenschafts- bzw. Handelsregister angemeldet werden (§ 11 Abs. 1 GenG bzw. § 7 Abs. 1 GmbHG). Die Anmeldung obliegt sämtlichen Mitgliedern des Vorstandes der Vor-eG (§ 157 GenG i. V. m. § 11 Abs. 1 GenG) bzw. sämtlichen Geschäftsführern der Vor-GmbH (§ 78 GmbHG) und muss den Anforderungen des § 11 GenG bzw. § 8 GmbHG entsprechen. Sowohl bei der Vor-eG als auch bei der Vor-GmbH hat das Registergericht zu prüfen, ob die eG bzw. die GmbH ordnungsgemäß errichtet und angemeldet ist (§ 11a Abs. 1 S. 1 GenG, § 9c GmbHG). Fällt das Ergebnis der Gründungsprüfung positiv aus, endet die Gründungsphase mit der Eintragung der eG bzw. der GmbH ins Genossenschafts- bzw. Handelsregister (Umkehrschluss aus § 13 GenG bzw. § 11 Abs. 1 GmbHG).

2. Einrichtungsimmoblie¹⁸⁹ und Inventar

Für den Betrieb der Einrichtung benötigt die Einrichtungsgesellschaft eine Immobilie, in der sich die Einrichtung befindet, sowie das Einrichtungszubehör. Der Verbleib der Einrichtung in der bestehenden gemeindlichen¹⁹⁰ Einrichtungsimmoblie (inkl. Zubehör) ist dabei naheliegend und manchmal die einzige Alternative. Daneben ist der Umzug der Einrichtung in eine der Einrichtungsgesellschaft zur Verfügung stehende Immobilie denkbar. Das Einrichtungszubehör kann dann von der Gemeinde ebenfalls überlassen werden oder muss von der Einrichtungsgesellschaft neu angeschafft werden.

189 Der Begriff Einrichtungsimmoblie umfasst das Einrichtungsgebäude sowie das Grundstück, auf dem das Einrichtungsgebäude steht. Kommt es im weiteren Verlauf der Arbeit auf die Trennung zwischen dem Einrichtungsgebäude und dem Einrichtungsgrundstück an, wird dies begrifflich entsprechend kenntlich gemacht.

190 In diesem Unterabschnitt wird der Begriff Gemeinde weit verstanden. Er umfasst auch Eigengesellschaften oder die AöR der Gemeinde.

a) Überlassung der Einrichtungsimmobilie und des Zubehörs

aa) Arten der Überlassung und Voraussetzungen

Die Überlassung der gemeindlichen Einrichtungsimmobilie ist durch deren Veräußerung an die Einrichtungsgesellschaft oder durch eine temporäre Gebrauchsüberlassung gegen die periodisch wiederkehrende Entrichtung eines bestimmten Geldbetrages möglich. Die Mischform, dass die temporäre Gebrauchsüberlassung zu einer Veräußerung führt, sowie die Bestellung eines Erbbaurechts sind ebenfalls denkbar.

Bei den Gestaltungsmöglichkeiten muss unterschieden werden, ob die gesamte Immobilie benötigt wird (wie bspw. bei einer Badeanstalt) oder ob die Einrichtungsimmobilie nur teilweise von der Einrichtung genutzt wird. Dies ist unter anderem der Fall, wenn ein Museum oder die Stadtbibliothek nur ein Stockwerk eines mehrstöckigen Hauses beansprucht. Daneben muss zwischen der Einrichtungsimmobilie selbst und dem dazugehörigen Zubehör¹⁹¹ getrennt werden.

Welche Überlassungsalternativen im Einzelfall in Frage kommen, hängt wesentlich davon ab, ob die Gemeinde das Eigentum an der Einrichtungsimmobilie übertragen bzw. die Einrichtungsgesellschaft das Eigentum daran erwerben möchte. Bei der teilweise genutzten Einrichtungsimmobilie kann die Gemeinde kein Interesse an einer Veräußerung haben, wenn sie die übrige Nutzfläche von der Gesellschaft mieten oder pachten müsste. Ebenso kann die Einrichtungsgesellschaft die nur zum Teil genutzte Einrichtungsimmobilie nicht erwerben wollen, da ein derartiger Erwerb meist mit einer Vielzahl von Auflagen zur Überlassung der Immobilie an die weiteren Nutzer verbunden sein wird. Auch bei insgesamt von der Einrichtung genutzten Immobilien können beide Parteien kein Interesse an deren Veräußerung bzw. Erwerb haben. Gerade für die Einrichtungsgesellschaft bedeutet der endgültige Erwerb der Einrichtungsimmobilie eine irreversible Festlegung für die Nachfolger im Rahmen eines Generationenwechsels.¹⁹² Daneben kommt die gesellschaftsvertragliche Verpflichtung nur in Betracht, wenn die Gemeinde Mitglied bzw. Gesellschafter der Einrichtungsgesellschaft werden möchte. Die Gestaltungsalternativen werden damit unter der

191 Z. B. Ausstellungsstücke in einem Museum, Reinigungsgeräte im Hallenbad usw.

192 *Hänigsen*, Gesprächsprotokoll, C. IV.

Prämisse betrachtet, dass beiden Parteien die entsprechende Überlassungsart erwägen.

bb) Wert der Einrichtungsimmobilie

Die Beurteilung der Überlassungsarten ist vom Wert der Einrichtungsimmobilie abhängig. Zur Ermittlung des Verkehrswertes von bebauten Grundstücken sind das Vergleichswert- (§ 15 ImmoWertV), das Ertragswert- (§§ 17 ff. ImmoWertV) sowie das Sachwertverfahren (§§ 21 ff. ImmoWertV) normiert.¹⁹³

Beim Vergleichswertverfahren wird gem. § 15 Abs. 1 S. 1 ImmoWertV der Vergleichswert aus einer ausreichenden Zahl von Vergleichspreisen ermittelt. Dieses Verfahren ist für die Einrichtungsimmobilie meist mangels Vergleichsgrundstücken nicht brauchbar.¹⁹⁴

Beim Ertragswertverfahren erfolgt die Ermittlung des Ertragswertes gem. § 17 Abs. 1 S. 1 ImmoWertV auf der Grundlage der marktüblich erzielbaren Erträge. Der Reinertrag ist gem. § 18 Abs. 1 ImmoWertV der jährliche Rohertrag abzüglich der Bewirtschaftungskosten gem. § 19 ImmoWertV. Bei der Einrichtung handelt es sich regelmäßig um eine defizitäre Unternehmung. Aus dem Ertragswertverfahren dürfte sich für die Einrichtungsimmobilie mangels Ertrag gewöhnlich kein Wert ergeben.¹⁹⁵

Das Sachwertverfahren gem. § 21 Abs. 1 ImmoWertV berücksichtigt den Bodenwert¹⁹⁶ sowie die Herstellungskosten der baulichen Anlagen unter Berücksichtigung der Altersminderung.¹⁹⁷ Dieses Verfahren wird angewandt, wenn nicht der Ertrag, sondern die Sache im Vordergrund steht, also auch bei Gebäuden mit Sondernutzung wie der Einrichtung.¹⁹⁸ Dabei können je nach Wert des Bodens und Zustand der baulichen Anlage sehr unterschiedliche Sachwerte für die Einrichtungsimmobilie ermittelt werden.

193 Vgl. ausführlich zu den Verfahren *Metzger*, S. 61 ff.; *Sommer/Kröll*, S. 29 ff., 148 ff.

194 Vgl. *Metzger*, S. 63; *Sommer/Kröll*, S. 29.

195 Ebenso *Hänigsen*, Gesprächsprotokoll, C. V.

196 Zum Bodenwert *Metzger*, S. 41 ff.; *Sommer/Kröll*, S. 12 ff., 101 ff.

197 Ausführlich *Metzger*, S. 121 ff.; *Sommer/Kröll*, S. 52 ff.

198 *Metzger*, S. 121.

Die Entscheidung, welches Bewertungsverfahren gewählt wird und die folgende Ermittlung des Wertes der Einrichtungssimmobilie erfordern eine Einzelfallbetrachtung, meist unter Zuhilfenahme eines Sachverständigen. Deshalb werden die Gestaltungsalternativen jeweils mit einem geringen und einem hohen Immobilienwert beurteilt.

cc) Gestaltungsmöglichkeiten

Wie bereits erläutert, kommen zur Gestaltung der Überlassung der Einrichtungssimmobilie die endgültige Veräußerung, die Gebrauchsüberlassung sowie Mischformen in Betracht. Dabei ist zwischen Immobilie und Zubehör zu trennen.

(1) Endgültige Veräußerung

(a) Immobilie

(aa) Gesellschaftsvertrag

Wird die Gemeinde Gesellschafterin der Einrichtungsgesellschaft, kommt die Überlassung der Einrichtungssimmobilie als Sacheinlage oder gesellschaftsrechtliche Nebenpflicht in Betracht. Dabei muss zwischen der Rechtsform der eG und der GmbH unterschieden werden.

Bei der eG darf das Geschäftsguthaben eines Mitglieds den Gesamtbetrag der jeweils gezeichneten Geschäftsanteile nicht übersteigen.¹⁹⁹ Die Einbringung der Einrichtungssimmobilie als Sacheinlage ist somit nur möglich, wenn die Gemeinde im Wert der Einrichtungssimmobilie Geschäftsanteile zeichnen darf. Einen beherrschenden Einfluss auf die Einrichtungss-eG erlangt die Gemeinde durch die Einbringung der Einrichtungssimmobilie aber nicht, da sie gem. § 43 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 S. 2 GenG nicht mehr als drei Stimmen erhalten kann. Bei wichtigen Beschlüssen gem. § 43 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 S. 3 GenG besteht das Mehrstimmrecht zudem nicht.

Bei der Einbringung der Sacheinlage gem. § 5 Abs. 4 GmbHG in die Einrichtungss-GmbH kann der Nennbetrag des Geschäftsanteils der Gemeinde auf den Wert der Einrichtungssimmobilie oder niedriger festgesetzt werden. Erfolgt die

¹⁹⁹ Beuthien/Beuthien, § 7 Rn. 4; L/W/Schulte, § 7 Rn. 5; Müller, § 7 Rn. 8; P/F/B/Fandrich, § 7 Rn. 6; BeckHdb.Gen/Geschwandtner, § 4 Rn. 79.

Festlegung auf den Wert der Einrichtungsimmoblie, hat die Gemeinde bei hohem Immobilienwert im Vergleich zu den anderen Gesellschaftern einen großen Geschäftsanteil. Da gem. § 47 Abs. 2 GmbHG jeder Euro eines Geschäftsanteils eine Stimme gewährt, folgt aus dem großen Geschäftsanteil der Gemeinde, dass diese auf die Einrichtungsgesellschaft einen erheblichen, in der Regel beherrschenden Einfluss ausüben kann. Dies ist aber nicht gewollt. Der Einfluss der Gemeinde kann jedoch begrenzt werden. Zum einen ist die Änderung der Stimmrechtsregelung des § 47 Abs. 2 GmbHG gem. § 45 Abs. 2 GmbHG möglich. Dies kann bis zur Gewährung stimmrechtsloser Anteile reichen.²⁰⁰ Die Vereinbarung eines Höchststimmrechts analog § 134 Abs. 1 S. 2 AktG kann ebenfalls erwogen werden.²⁰¹ Außerdem kann der Wert der einzubringenden Einrichtungsimmoblie niedriger angesetzt werden. Dies hat zur Folge, dass der Geschäftsanteil und damit der Einfluss der Gemeinde auf die Einrichtungsgesellschaft sinken.

Die Durchführungsalternativen sind für die Gemeinde aber nicht ohne Risiko. In beiden Rechtsformen muss die Sacheinlage so bewirkt werden, dass sie endgültig zur freien Verfügung der eG²⁰² bzw. der Geschäftsführer steht (§ 7 Abs. 3 GmbHG). Dazu muss die Erfüllungshandlung wirksam vollzogen und die Einrichtungsgesellschaft folglich Eigentümerin der Einrichtungsimmoblie sein.²⁰³ Würde die Einrichtungsgesellschaft dann insolvent, fiel die Einrichtungsimmoblie gem. § 35 Abs. 1 InsO in die Insolvenzmasse. Die Gemeinde wäre weder aussonderungs-, noch absonderungsberechtigt (§§ 47 ff. InsO). Die Einrichtungsimmoblie würde veräußert und der Erlös zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger verwandt. Blicke nach der Verteilung Vermögen übrig, würde dies gem. § 199 S. 2 InsO an die Gesellschafter herausgegeben. Dies kommt aber

200 Stimmrechtslose Geschäftsanteile sind zulässig: BGHZ 14, 264, 269 ff.; Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 70; Bork/Schäfer/Casper, § 47 Rn. 21; Michalski/Römermann, § 47 Rn. 363; MK-GmbHG/Liebscher, § 45 Rn. 129, 131; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner/Gruber, § 47 Rn. 16; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 11.

201 Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Rn. 5; Roth/Altmeyen/Roth, § 47 Rn. 17; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 11; Ulmer/Hüffer/Schürnbrand, § 47 Rn. 97.

202 Brämswig, FS Schaffland, S. 33, 40; Geschwandtner/Helios, S. 44; vgl. allgemein zur Einlagenleistung BGHZ 15, 66, 69.

203 Vgl. allgemein zur GmbH BGHZ 45, 338, 347 f.; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, § 7 Rn. 30; Scholz/Veil, § 7 Rn. 42 f.; zur eG Geschwandtner/Helios, S. 44.

praktisch kaum vor.²⁰⁴ Die Gemeinde hätte die Einrichtungsimmoblie verloren oder müsste diese aus der Insolvenzmasse im Rahmen der Verwertung gem. § 159 InsO zurückerwerben.²⁰⁵ Für die Gemeinde ist die Insolvenz der Einrichtungsgesellschaft somit ein Risiko, dem sie aufgrund des geringen Einflusses auf die Einrichtungsgesellschaft kaum entgegenwirken kann.²⁰⁶ Die Einbringung ist damit nur bedingt eine Alternative.

(bb) Schenkung

Eine Schenkung der Einrichtungsimmoblie an die Einrichtungsgesellschaft kommt deren Einbringung in die Einrichtungsgesellschaft mit dem Unterschied gleich, dass die Gemeinde bei der Schenkung nicht einmal einen Gesellschaftsanteil als Gegenleistung erhält. Daneben dürfte die Schenkung der Einrichtungsimmoblie auch beihilfenrechtlich problematisch sein.

(cc) Kauf

Der klassische Kauf der Einrichtungsimmoblie, bei dem beide Parteien die Leistungen sofort Zug um Zug zu erfüllen haben, hängt wesentlich von der Höhe der Kaufpreiszahlung ab. Ist der Kaufpreis relativ niedrig, kann die Einrichtungsgesellschaft die Kaufpreissumme ggf. ohne Kreditaufnahme aufbringen. Überfordert der Kaufpreis die Finanzkraft der Einrichtungsgesellschaft, kann sie einen Kredit aufnehmen.

Die Kreditaufnahme ist mit Risiken verbunden. Die Kreditinstitute werden einem Darlehen nur zustimmen, wenn Sicherheiten gewährt werden. Als solche kommen Grundpfandrechte an der Einrichtungsimmoblie sowie die Bürgschaft einzelner Mitglieder der Einrichtungsgesellschaft²⁰⁷ oder der Gemeinde in Betracht. Da der Bürge für die Verbindlichkeit des Schuldners mit seinem gesamten Vermögen haftet, werden einzelne Gesellschafter oder die Gemeinde das

204 Braun/Pehl, § 199 Rn. 1; MK-InsO/Füchsl/Weishäupl/Kebekus/Schwarzer, § 199 Rn. 1; Uhlenbruck/Wegener, § 199 Rn. 1.

205 Vgl. zum Begriff der Verwertung in § 159 InsO Andres/Leithaus/Andres, § 159 Rn. 2; MK-InsO/Görg/Janssen, § 159 Rn. 4.

206 Zur Auflösung der Einrichtungsgesellschaft kann das Verteilungsverhältnis dagegen gem. § 91 Abs. 3 GenG bzw. § 72 S. 2 GmbHG in der Satzung abweichend zugunsten der Gemeinde bestimmt werden.

207 Die gesellschaftsrechtliche Beteiligung des Bürgen an der Hauptschuldnerin ist unschädlich: BGH NJW 1986, 2308, 2308 f.; Bamberger/Roth/Rohe, § 765 Rn. 5.

Risiko einer Bürgschaftsverpflichtung nur bei geringen Darlehenssummen eingehen. Bei höheren Darlehenssummen kann das Bürgenrisiko durch die Vereinbarung von Teil- oder Höchstbetragsbürgschaften eingeschränkt werden.²⁰⁸ Dazu bedarf es ebenso Personen oder Unternehmen, die bereit sind, eine Bürgschaftsverpflichtung einzugehen. Je höher der Teil- bzw. Höchstbetrag eines einzelnen Bürgen ist, desto weniger Bürgen werden zur Abdeckung der gesamten Summe benötigt. Meist werden Teil- oder Höchstbetragsbürgschaften über größere Summen aber die Ausnahme bilden. Bei höheren Beträgen scheitert diese Sicherungsmöglichkeit oft daran, dass sich nicht ausreichend Bürgen finden. Stehen ausreichend Bürgen bereit, muss das Kreditinstitut für die Kreditforderung eine Vielzahl von Bürgschaften abschließen. Es darf bezweifelt werden, dass das Kreditinstitut diesen Verwaltungsaufwand auf sich nehmen wird. Die Sicherung der Kreditverbindlichkeit der Einrichtungsgesellschaft alleine durch Bürgschaften ist damit meist nur möglich, wenn wenige Bürgen Bürgschaftserklärungen abgeben, die insgesamt die Kreditsumme abdecken.

Die Grundpfandrechte ermöglichen es dem Darlehensgeber, im Falle des Zahlungsausfalls des Gläubigers das Grundstück mit dem Gebäude als wesentlichem Bestandteil gem. § 94 Abs. 1 S. 1 BGB zu verwerten.²⁰⁹ Allerdings werden Grundstücke in der Regel nur mit bis zu 60% des Grundstückswertes erst-rangig beliehen.²¹⁰ Diese Kredithöhe kann der Einrichtungsgesellschaft ggf. nicht ausreichen, um den vollen Kaufpreis an die Gemeinde zu bezahlen. Dann kann erwogen werden, einen weiteren, durch Bürgen abgesicherten Kredit aufzunehmen. Daneben besteht für die Gemeinde im Falle der Verwertung²¹¹ die Gefahr, dass sie die Einrichtungsimmobilie zu einem höheren Preis zurückkaufen muss, als sie diese veräußert hat.

208 Bamberger/Roth/Rohe, § 765 Rn. 96 f.; Jauernig/Stadler, Vor § 765 Rn. 3 ff.; MK-BGB/Habersack, § 765 Rn. 111, 127; Palandt/Sprau, Vor § 765 Rn. 6; Schulze/Staudinger, § 765 Rn. 16.

209 Jauernig/Berger, Vorb. zu §§ 1113 ff. Rn. 14; Schulze/Staudinger, Vorb. zu § 1113 Rn. 3.

210 Bei Pfandbriefbanken ergibt sich diese Grenze aus § 14 PfandBG für Hypotheken bzw. § 18 Abs. 1 i. V. m. § 14 PfandBG für Grundschulden.

211 Zur Verwertung im Falle der Insolvenz 3. Teil, B. I. 2. a) cc) (1) (a) (aa).

(b) Zubehör

Auch die Veräußerung des Zubehörs kann durch Gesellschafts-, Schenkungs- oder Kaufvertrag geregelt werden. Unabhängig des gewählten Schuldverhältnisses ist nach der Art des Zubehörs zu unterscheiden. Handelt es sich etwa bei einem Museum um (historisch) wertvolle Ausstellungsstücke, welche die Gemeinde womöglich von Bürgern oder Unternehmen gestiftet bekommen hat, kann und wird sie diese nicht in die Einrichtungsgesellschaft einbringen oder an diese veräußern. Anders liegt der Fall bei Gebrauchszubehör von Einrichtungen wie Gerätschaften oder Kraftfahrzeugen. Es ist durchaus denkbar, dass die Gemeinde zur Unterstützung der Einrichtungsgesellschaft einzelne dieser Gebrauchsgegenstände in diese einbringt oder an diese veräußert. Ob die Einrichtungsgesellschaft das Zubehör oder Teile davon erwerben sollte, hängt zum einen von der geforderten Gegenleistung, zum anderen von der Art des Zubehörs ab. Stellt die Einrichtungsgesellschaft den Einrichtungsbetrieb ein, können schwer veräußerbare Gegenstände dann ggf. nicht weiterveräußert werden.

Ist ein Grundpfandrecht am Grundstück bestellt,²¹² haftet das Zubehör des Grundstückseigentümers für das Grundpfandrecht gem. § 1120 BGB (Hypothek) bzw. gem. § 1192 Abs. 1 i. V. m. § 1120 BGB (Grundschild)²¹³, auch wenn die Sache erst nach der Bestellung des Grundpfandrechts Zubehör wurden.²¹⁴ Dies sollte bei der Abwägung, ob das Zubehör an die Einrichtungsgesellschaft veräußert oder zur Nutzung überlassen werden soll, ebenfalls Berücksichtigung finden.

(2) Gebrauchsüberlassung

Neben der endgültigen Überlassung kommt die temporäre Überlassung der Einrichtungsimmoblie und des Zubehörs im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses in Betracht. Der Einrichtungsbetrieb²¹⁵ soll nicht gepachtet, sondern von der Einrichtungsgesellschaft in den überlassenen Räumlichkeiten nach eigenen Vor-

212 Dazu 3. Teil, B. I. 2. a) cc) (1) (a) (cc).

213 § 1120 BGB ist auf die Grundschild anwendbar: MK-BGB/*Eickmann*, § 1192 Rn. 2; Palandt/*Bassenge*, § 1120 Rn. 9; Schulze/*Staudinger*, § 1192 Rn. 2.

214 Zur Hypothek MK-BGB/*Eickmann*, § 1120 Rn. 27, 30; Palandt/*Bassenge*, § 1120 Rn. 6; vgl. zur Enthftung die §§ 1121 ff. BGB, worauf nicht näher eingegangen wird.

215 Vgl. zum Begriff des Betriebspachtvertrages MK-BGB/*Harke*, § 581 Rn. 6.

stellungen aufgebaut werden. Für die Gebrauchsüberlassung kommt neben der gesellschaftsvertraglichen Verpflichtung ein Pacht-, Miet- oder Leihvertrag in Betracht.

(a) Gesellschaftsvertrag

Die Überlassung der Einrichtungssimmobilie ist gesellschaftsvertraglich auch denkbar, indem die Gemeinde einen Geschäftsanteil in ähnlicher Höhe wie die übrigen Gesellschafter durch Bareinlage übernimmt und die entgeltliche bzw. unentgeltliche Nutzungsüberlassung durch eine ggf. zeitlich begrenzte Nebenpflicht gem. § 3 Abs. 2 GmbHG im Gesellschaftsvertrag vereinbart.²¹⁶ Bei der Überlassung der Einrichtungssimmobilie im Rahmen einer Nebenpflicht gem. § 3 Abs. 2 GmbHG ist die Bestimmung Teil des Gesellschaftsvertrages. Soll diese Verpflichtung geändert werden, bedarf es einer Änderung des Gesellschaftsvertrages, welche die Gemeinde aber aufgrund ihres geringen Anteils regelmäßig nicht alleine durchsetzen kann. Damit ist es für die Gemeinde sinnvoller, die Nutzungsüberlassung schuldrechtlich außerhalb des Gesellschaftsvertrages zu regeln.

(b) Abgrenzung Miete und Pacht

Bei der Miete wird dem Mieter nur der Gebrauch der Mietsache gewährt, während beim Pachtvertrag der Pächter zusätzlich zum Gebrauch der Pachtsache das Recht hat, die Früchte aus der Pachtsache zu ziehen.²¹⁷ Miet- bzw. Pachtsache ist das Einrichtungsgrundstück mitsamt Gebäude und ggf. dem Zubehör. Für die Abgrenzung ist entscheidend, ob aus dem Einrichtungsgrundstück mitsamt Gebäude und Zubehör Früchte i. S. v. § 99 BGB gezogen werden können und ob diese Fruchtziehung Hauptleistungspflicht des Überlassungsvertrages ist.

Früchte gem. § 99 Abs. 3 BGB sind auch Erträge, welche eine Sache oder ein Recht mittels Rechtsverhältnis gewährt wie z. B. der Mietzins.²¹⁸ Überlässt die Einrichtungsgesellschaft die Einrichtungssache wie bspw. das Hallenbad den

216 Allg. Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 3 Rn. 55, 59; MK-GmbHG/Wicke, § 3 Rn. 75; Roth/Altmeppen/Roth, § 3 Rn. 29; Scholz/Emmerich, § 3 Rn. 69, 72, 76.

217 Statt aller MK-BGB/Harke, § 581 Rn. 1, 11.

218 RGZ 81, 23, 24; NK-BGB/Ring, § 99 Rn. 37, 39; P/W/W/Völzmann-Stickelbrock, § 99 Rn. 4; Soergel/Marly, § 99 Rn. 14, 16; Staudinger/Jickeli/Stieper, § 99 Rn. 18 f.

Benutzern der Einrichtung zur entgeltlichen Nutzung, handelt es sich um ein klassisches Mietverhältnis gem. § 535 BGB, dessen Mietzeit gem. § 535 Abs. 1 S. 1 BGB im Falle einer fehlenden Nutzungsbegrenzung im Rahmen der Auslegung im Zweifel bis zur Schließung der Einrichtung am selben Tag andauert. Somit ist der Mietzins aus der Gebrauchsüberlassung der Einrichtung an die Benutzer ein Ertrag, welcher die Sache mittels Rechtsverhältnis gewährt, und damit eine Frucht gem. § 99 Abs. 3 BGB.

Die Besonderheit dieser Konstellation liegt darin, dass sich wie bei einem Hallenbad die konkrete Nutzung aus der überlassenen Sache selbst ergibt. Gleiches ist der Fall, wenn z. B. die Bibliotheksräume mitsamt den Büchern, Regalen und der sonstigen Einrichtung überlassen werden. Es handelt es sich also um eine Pacht, wenn die überlassene Sache mit Inventar direkt den Einrichtungsbenutzern zur Nutzung zur Verfügung gestellt werden kann. Ein Mietvertrag liegt vor, wenn die Gemeinde der Einrichtungsgesellschaft nur die Räumlichkeiten ohne einrichtungstypische Ausstattung zur Nutzung überlässt.²¹⁹ Da es sich bei der Überlassung der Einrichtungssimmobilie in den überwiegenden Fällen um eine Pacht handeln wird, wird im Folgenden auf eine Darstellung des Mietvertrages verzichtet.

(c) Pacht

Die Gegenleistung für die Überlassung und die Fruchtziehung ist gem. § 581 Abs. 1 S. 2 BGB die Entrichtung der vereinbarten Pacht. Eine Pflicht zur Bewirtschaftung des Pachtgegenstandes besteht nicht, kann aber vergleichbar mit § 586 Abs. 1 S. 3 BGB zum Landpachtvertrag vereinbart werden,²²⁰ woran die Gemeinde regelmäßig ein Interesse haben wird. Der Pachtzins muss der Höhe nach und kann der Art nach im Pachtvertrag bestimmt werden.²²¹ Da der Pächter das Risiko der Fruchtziehung trägt, bleibt er zur Zahlung des festgelegten Pachtzinses verpflichtet.²²² Dies ist abdingbar, sodass die Bestimmung einer variablen

219 Die gleiche Art der Abgrenzung anhand der Einrichtung der überlassenen Räume nehmen vor RGZ 81, 23, 24 ff.; Palandt/*Weidenkaff*, Vor § 535 Rn. 16; *Schopp*, ZMR 1979, 289, 291 f.; a. A. MK-BGB/*Harke*, § 581 Rn. 11, der annimmt, dass Räume unabhängig ihrer Einrichtung niemals Früchte i. S. v. § 99 BGB abwerfen können.

220 MK-BGB/*Harke*, § 581 Rn. 9; P/W/W/*Riecke*, § 581 Rn. 8.

221 Zum Begriff der Pacht MK-BGB/*Harke*, § 581 Rn. 7.

222 MK-BGB/*Harke*, § 581 Rn. 8.

Pacht in Abhängigkeit zum Umsatz oder Gewinn möglich ist.²²³ Die variable Gestaltung des Pachtzinses mit Bezug zum Gewinn hat für die Einrichtungsgesellschaft den Vorteil, dass sie in wirtschaftlich schwächeren Zeiten wie Schlechtwetterperioden nicht umgehend in finanziellen Druck gerät und sich eventuell (weiter) verschulden muss. Eine Orientierung am Umsatz ist sinnvoll, wenn der Umsatz die anteiligen Kosten (fixe und variable Kosten) übersteigt.

Für die Gemeinde bedeutet die variable Gestaltung sowohl mit Bezug zum Umsatz als auch zum Gewinn im Gegenzug, dass sie in wirtschaftlich schwächeren Zeiten zwar eine geringere Pachtzinszahlung erhält, diese in wirtschaftlich guten Zeiten dagegen aber höher ist. Da der Gewinn bei Einrichtungsgesellschaften oft gering ausfällt und schwankt, ist die Koppelung des Pachtzinses an den Umsatz für die Gemeinde günstiger. Allerdings hat die Gemeinde am langfristigen Bestand und damit der finanziellen Stabilität der Einrichtungsgesellschaft ein Interesse. Trotz der Unwägbarkeit des Pachtzinses sollte die Gemeinde einer variablen Gestaltung mit Bezug zum Gewinn des Pachtzinses zustimmen, wenn der Umsatz die Kosten nicht deckt. Ansonsten ist die Orientierung am Umsatz meist günstiger für die Gemeinde.

Neben dem Pachtzins spielen die Instandhaltungspflichten, die Gefahr des Untergangs sowie die Frage, wer Lasten, Versicherung und ähnliches zu tragen hat, eine Rolle. Wird das Inventar mitgepachtet, muss gem. § 582 f. BGB unterschieden werden. Die Erhaltung einzelner Inventarstücke obliegt gem. § 582 Abs. 1 BGB dem Pächter. Dagegen ist der Verpächter gem. § 582 Abs. 2 S. 1 BGB verpflichtet, Inventarstücke zu ersetzen, die infolge eines vom Pächter nicht zu vertretenden Umstandes in Abgang kommen. Das ist ein Vorteil im Vergleich zum Kauf des Einrichtungsinventars, bei dem die Einrichtungsgesellschaft für die Instandhaltung und auch für den Ersatz von Einrichtungsgegenständen verantwortlich ist. Außerdem ist § 582 BGB abdingbar.²²⁴ Damit kann vereinbart werden, dass der Verpächter die gesamten oder einen Teil der Instandhaltungskosten für das Inventar trägt. Daneben kann die Inventarübernahme zum Schätzwert gem. § 582a BGB vereinbart werden. Dies hat für die Ein-

223 MK-BGB/Harke, § 581 Rn. 8; Palandt/Weidenkaff, § 581 Rn. 10; P/W/W/Riecke, § 581 Rn. 3; Schulze/Ebert, § 581 Rn. 12.

224 MK-BGB/Harke, § 582 Rn. 5; Palandt/Weidenkaff, § 582 Rn. 4; P/W/W/Riecke, § 582 Rn. 8; Schulze/Ebert, § 582 Rn. 4.

richtungsgesellschaft gem. § 582a Abs. 1 S. 1 BGB den Nachteil, dass sie die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung des Inventars trifft. Allerdings kann sie dann gem. § 582a Abs. 1 S. 2 BGB innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft über die einzelnen Inventarstücke verfügen.

Der entscheidende Vorteil des Pachtvertrages zum Kauf- und Gesellschaftsvertrag zeigt sich aber, wenn man den Inventarbegriff näher betrachtet. Das Inventar ist die Gesamtheit der beweglichen Sachen, die für die Betriebsführung auf einem Grundstück bestimmt sind und in einem entsprechenden räumlichen Verhältnis zu dem Grundstück stehen.²²⁵ Zum Inventar gehört somit nicht das Einrichtungsgebäude als wesentlicher Grundstücksbestandteil gem. § 94 Abs. 1 BGB. Wesentlicher Bestandteil des Gebäudes sind wiederum gem. § 94 Abs. 2 BGB die zur Herstellung des Gebäudes eingefügten Sachen. Die Instandhaltung des Einrichtungsgebäudes obliegt gem. § 581 Abs. 2 i. V. m. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB der Gemeinde als Verpächter. Diese Norm ist zwar abdingbar.²²⁶ Einer abweichenden Regelung sollte die Einrichtungsgesellschaft aber nicht zustimmen. Die Einrichtungsgesellschaft ist somit zur Instandhaltung des Einrichtungsgebäudes nicht verpflichtet.

Ein weiterer wichtiger Punkt ist die Vertragslaufzeit der Pacht. Bei einem unbefristeten Pachtvertrag können ohne abweichende Vereinbarung²²⁷ sowohl die Gemeinde als auch die Einrichtungsgesellschaft gem. § 584 Abs. 1 BGB den Pachtvertrag nur zum Schluss des Pachtjahres²²⁸ kündigen. Die Kündigung muss spätestens am dritten Werktag des halben Jahres erfolgen, mit dessen Ablauf die Pacht enden soll. Daneben bestehen außerordentliche Kündigungsrechte, die entweder befristet (§ 584 Abs. 2 BGB) oder unbefristet sein können. Bei befristeten Pachtverträgen stehen grds. nur die außerordentlichen Kündigungsgründe zur Verfügung, wobei die Vereinbarung eines ordentlichen Kündigungsrechts

225 Palandt/*Weidenkaff*, § 582 Rn. 2; P/W/W/*Riecke*, § 582 Rn. 3; Staudinger/*Emmerich/Schaub*, Vorbemerkungen zu §§ 582–583a Rn. 5.

226 Bamberger/*Roth/Ehlert*, § 535 Rn. 184; Erman/*Lützenkirchen*, § 535 Rn. 1.

227 § 584 BGB ist abdingbar: MK-BGB/*Harke*, § 584 Rn. 4; Palandt/*Weidenkaff*, § 584 Rn. 2; P/W/W/*Riecke*, § 584 Rn. 5.

228 Das Pachtjahr beginnt mangels anderslautender Vereinbarung mit Beginn des Pachtverhältnisses: Erman/*Dickersbach*, § 584 Rn. 3; Palandt/*Weidenkaff*, § 584 Rn. 2.

möglich ist.²²⁹ Das außerordentliche Kündigungsrecht ist grds. nicht abdingbar, kann aber unter besonderen Verhältnissen für eine begrenzte Zeit und aus einem bestimmten Grunde ausgeschlossen werden.²³⁰

Die funktionierende Einrichtungsgesellschaft hat ein Interesse an einer unbefristeten Überlassung der Einrichtungsimmoblie und des Zubehörs. Bei der Befristung des Pachtvertrages besteht für die Einrichtungsgesellschaft die Gefahr, nach Fristablauf den Pachtvertrag nicht verlängern zu können. Sie kann oft nicht auf ein anderes Einrichtungsgebäude ausweichen, da ein solches für einige Einrichtungen wie dem Hallenbad meist nur einmal besteht. Für die Einrichtungsgesellschaft hat der Verlust der Einrichtungsimmoblie dann die Aufgabe des Geschäftsbetriebs zur Folge. Deshalb wäre für die Einrichtungsgesellschaft ein unbefristeter Pachtvertrag mit eingeschränkten Kündigungsrechten der Gemeinde von Vorteil. Bei den (ordentlichen oder außerordentlichen) Kündigungsrechten der Gemeinde ist es im Interesse der Einrichtungsgesellschaft, längere Kündigungsfristen zu vereinbaren, damit die Einrichtungsgesellschaft genügend Zeit hat, Ausweichmöglichkeiten zu finden oder die Gesellschaft aufzulösen und zu liquidieren. Die Gemeinde hat bei einer funktionierenden Einrichtungsgesellschaft auch ein Interesse daran, den Vertrag über längere Zeit zu vereinbaren. Dennoch wird sie sicherstellen wollen, dass sie bei bestimmten Vorkommnissen den Vertrag kündigen kann.

Ein Risiko für die Gemeinde durch die Vereinbarung eines Pachtvertrages mit der Einrichtungsgesellschaft liegt zunächst darin, dass die Einrichtungsgesellschaft der Leistung des vereinbarten Pachtzinses nicht ordnungsgemäß nachkommt. Dann steht der Gemeinde gem. § 581 Abs. 1 i. V. m. § 543 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 3 und Abs. 2 S. 2 BGB ein außerordentliches fristloses Kündigungsrecht zu. Kündigt die Gemeinde der Einrichtungsgesellschaft wirksam, muss die Einrichtungsgesellschaft gem. § 581 Abs. 2 i. V. m. § 546 Abs. 1 BGB die Pachtsache an die Gemeinde zurückgeben. Die Gemeinde läuft damit nicht Gefahr, die Einrichtungsimmoblie zurückerwerben zu müssen. Allerdings kann es zum Ausfall der geschuldeten Pachtzahlungen kommen. Beim Einrichtungs-

229 Allg. zu Dauerschuldverhältnissen *Brox/Walker*, § 17 Rn. 15 f.

230 BGH BB 1973, 819, 819; Bamberger/Roth/*Unberath*, § 314 Rn. 26; Erman/*Hohloch*, § 314 Rn. 3; MK-BGB/*Gaier*, § 314 Rn. 4; Palandt/*Grüneberg*, § 314 Rn. 3; vgl. *BT-Drs.* 14/6040, S. 176.

inventar besteht die Möglichkeit, dass die Einrichtungsgesellschaft im Rahmen der Vertragslaufzeit ihrer Instandhaltungspflicht gem. § 582 Abs. 1 BGB nicht nachgekommen ist oder eine Pflicht aus § 582a BGB verletzt hat. Daraus resultierende Schadensersatzansprüche können auch ausfallen. Die Risiken der Gemeinde bei der Pacht sind im Vergleich mit den Risiken bei der endgültigen Veräußerung aber wesentlich geringer.

Das Risiko der Einrichtungsgesellschaft besteht bei der Vereinbarung eines Pachtvertrages darin, dass sie durch Beendigung des Pachtverhältnisses durch die Gemeinde verpflichtet ist, die Pachtsache gem. § 581 Abs. 2 i. V. m. § 546 Abs. 1 BGB zurückzugewähren und damit in den meisten Fällen ihren Geschäftsbetrieb nicht mehr aufrecht erhalten kann. Dieses Risiko kann aber wie gezeigt mit entsprechenden Regelungen im Pachtvertrag vermindert werden. Daneben hat die Vereinbarung der Pacht den Nachteil, dass die Finanzierung von Investitionen wegen Wegfall der dinglichen Sicherungsmöglichkeit erschwert wird.²³¹

Die Überlassung der Einrichtungsimmobilie mitsamt Inventar durch Vereinbarung eines Pachtvertrages bietet sich sowohl für die Gemeinde als auch für die Einrichtungsgesellschaft an.

(d) Leihe

Bei der Leihe schuldet der Verleiher gem. § 598 BGB die Gebrauchsgestattung der Sache und nicht die Fruchtziehung. Dem kann aber durch die analoge Anwendbarkeit des Leihrechts Rechnung getragen werden.²³²

Auch bei der Leihe sind die zivilrechtlichen Kündigungsmöglichkeiten zu betrachten. Wird der Leihvertrag auf unbestimmte Zeit oder zweckunbestimmt geschlossen, kann die Gemeinde die Leihsache jederzeit (nach erfolgter Kündigung)²³³ gem. § 604 Abs. 3 BGB zurückfordern. Zwar muss sich der Verleiher

231 *Hänigsen*, Gesprächsprotokoll, C. I.

232 *Jauernig/Mansel*, § 598 Rn. 9; *MK-BGB/Häublein*, § 598 Rn. 4; *Staudinger/Reuter*, § 598 Rn. 10; a. A. *Palandt/Weidenkaff*, § 598 Rn. 3, der die analoge Anwendbarkeit des Pachtrechts befürwortet.

233 *MK-BGB/Häublein*, § 604 Rn. 1; *Soergel/Heintzmann*, § 604 Rn. 3, § 605 Rn. 1; *Staudinger/Reuter*, § 604 Rn. 9; *Tonner/Willingmann/Tamm/Schreiber*, § 604 Rn. 2; a. A. *Palandt/Weidenkaff*, § 605 Rn. 2.

an allgemeine Rechtsgrundsätze wie die gegenseitige Rücksichtnahmepflicht aus § 242 BGB halten.²³⁴ Dies ändert aber nichts daran, dass der Entleiher sich bei einer Leihe auf unbestimmte Zeit darauf einstellen muss, die Leihsache jederzeit zurückzugeben.²³⁵ Das Kündigungsrecht aus § 604 Abs. 3 BGB kann wegen § 242 BGB nicht ausgeschlossen werden.²³⁶ Sollte man erwägen, den Zweck der Leihe zwischen der Gemeinde und der Einrichtungsgesellschaft in der Bereitstellung der ehemals gemeindlichen Aufgabe zu sehen, würde dies für die Beendigung des Leihverhältnisses bedeuten, dass die Leihe erst nach Beendigung der Einrichtungsgesellschaft gekündigt werden kann.²³⁷

Bei der befristeten Leihe hat die Gemeinde gem. § 605 Nr. 1 BGB ein Kündigungsrecht, wenn sie der Leihsache aufgrund eines nicht vorgesehenen Umstandes selbst bedarf.²³⁸ Ein solcher Umstand muss zunächst eintreten. Daneben muss der Bedarf des Verleihers mit dem Interesse des Entleihers abgewogen werden.²³⁹

Das Risiko der Einrichtungsgesellschaft besteht bei der unbefristeten und nicht zweckbestimmten Leihe in der unabdingbaren jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit der Gemeinde nach § 604 Abs. 3 BGB. Für die Einrichtungsgesellschaft ist die Rückgabe der Einrichtungsimmoblie und des Einrichtungszubehörs meist gleichbedeutend mit der Einstellung des Geschäftsbetriebs. Die Einrichtungsgesellschaft kann unter diesen Umständen nur schwer verlässliche Dispositionen treffen. Gerade bei personellen oder politischen Wechseln in der Gemeinde, aber auch persönlichen Zerwürfnissen kann dies problematisch werden. Deshalb sollte die Einrichtungsgesellschaft trotz der Unentgeltlichkeit einer solchen Vereinbarung nicht zustimmen.²⁴⁰

234 MK-BGB/Häublein, § 604 Rn. 4; Palandt/Weidenkaff, § 604 Rn. 7; Schulze/Ebert, § 604 Rn. 3; Staudinger/Reuter, § 604 Rn. 9.

235 MK-BGB/Häublein, § 604 Rn. 4; Staudinger/Reuter, § 604 Rn. 9.

236 Staudinger/Reuter, § 604 Rn. 9.

237 Vgl. allgemein Jauernig/Mansel, § 604 Rn. 3; MK-BGB/Häublein, § 604 Rn. 2.

238 MK-BGB/Häublein, § 605 Rn. 1; Palandt/Weidenkaff, § 605 Rn. 2.

239 BGHZ 125, 293, 300; MK-BGB/Häublein, § 605 Rn. 3; P/W/W/Hoppenz, § 605 Rn. 4; Staudinger/Reuter, § 605 Rn. 2.

240 Daneben wird die Leihe auch beihilfenrechtlich problematisch sein.

(3) Mischformen

Als Mischformen kommen der Ratenkauf bzw. der „gestreckte Kauf“²⁴¹ sowie der Miet- und Pachtkauf in Betracht.

(a) Ratenkauf bzw. „gestreckter Kauf“

Der Kaufvertrag mit Ratenzahlung ist bei hohem Immobilienwert eine Alternative zum klassischen Kaufvertrag. Dabei kann die Gemeinde als Verkäufer gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB direkt zu Vertragsbeginn zur Übereignung der Einrichtungsimmoblie verpflichtet sein. Die Alternative ist die Vereinbarung, dass die Auflassung und die Eintragung ins Grundbuch erst nach Leistung der letzten Rate durch die Einrichtungsgesellschaft erfolgt (sog. „gestreckter Kauf“)²⁴². Zur Absicherung der Rechtsposition der Einrichtungsgesellschaft kann dann eine Auflassungsvormerkung gem. § 883 Abs. 1 S. 2 i. V. m. S. 1 BGB ins Grundbuch eingetragen werden.²⁴³

In beiden Gestaltungsvarianten besteht für die Gemeinde das Risiko, dass die Einrichtungsgesellschaft ihre Raten nicht mehr bezahlen kann. Sie wird dem Ratenkauf damit nur zustimmen, wenn sie entsprechend abgesichert ist.

Bei der Verpflichtung zur Übereignung der Einrichtungsimmoblie bei Vertragsbeginn kann die Bestellung eines Grundpfandrechtes erwogen werden. Ein solches ist nicht sinnvoll, wenn die Gemeinde nicht an der Verwertung der Einrichtungsimmoblie, sondern am Eigentum interessiert ist.

Kommt die Einrichtungsgesellschaft im Falle des „gestreckten Kaufs“ mit den Ratenzahlungen dauerhaft in Verzug oder bleiben diese insgesamt aus, hat die Gemeinde nach erfolglosem Ablauf einer angemessenen Frist zur Leistung ein Rücktrittsrecht gem. § 323 Abs. 1 BGB. Ein Teilrücktritt scheidet aus, da die Leistung unteilbar ist. Übt die Gemeinde das Rücktrittsrecht aus, sind gem. § 346 Abs. 1 BGB von beiden Seiten die empfangenen Leistungen zurück- und die empfangenen Nutzungen herauszugeben. Die Gemeinde hat die Ratenzahlungen empfangen und ggf. daraus Nutzungen gezogen.

241 Zum Begriff MK-BGB/*Westermann*, Vor § 433 Rn. 28.

242 MK-BGB/*Westermann*, Vor § 433 Rn. 28.

243 Zu den Voraussetzungen der Vormerkung vgl. *Schulze/Staudinger*, § 883 Rn. 10 ff.

Die Einrichtungsgesellschaft erhält als Leistung ein Anwartschaftsrecht und ein Recht zum Besitz. Das Anwartschaftsrecht kann nicht herausgegeben werden, da es mit dem Erlöschen der Kaufpreisforderung durch Ausübung des Rücktrittsrechts erlischt.²⁴⁴ Wurde eine Auflassungsvormerkung ins Grundbuch eingetragen, erlischt diese mit Wegfall des gesicherten Anspruchs.²⁴⁵ Die Gemeinde hat dann einen Anspruch auf Löschung der unrichtig eingetragenen Vormerkung gem. § 894 BGB.²⁴⁶ Aus dem Wegfall des Rechts zum Besitz folgt, dass die Einrichtungsgesellschaft die Einrichtungssimmobilie herausgeben, d. h. sie der Gemeinde wieder zur Nutzung überlassen muss. Die Einrichtungsgesellschaft hat außerdem die Einrichtungssimmobilie mitsamt Zubehör genutzt. Unabhängig davon, ob es sich hierbei um Leistungen oder gezogene Nutzungen handelt, ist die Herausgabe oder Rückgewähr der Benutzung nicht möglich. Dafür hat die Einrichtungsgesellschaft gem. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB Wertersatz zu leisten. Daneben muss die Einrichtungsgesellschaft grds. gem. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB Wertersatz für den Untergang oder Verschlechterungen leisten, die nicht durch bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstanden sind. Die Pflicht zum Wertersatz wegen Untergang oder Verschlechterung entfällt aber gem. § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB, wenn die Gemeinde die Verschlechterung oder den Untergang zu vertreten hat oder der Schaden bei ihr gleichfalls eingetreten wäre. Gleiches gilt gem. § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB, wenn die Verschlechterung oder der Untergang bei der Einrichtungsgesellschaft eingetreten ist, obwohl sie diejenige Sorgfalt beobachtet hat, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Aus diesen Normen ergibt sich, dass die Einrichtungsgesellschaft meist keinen Wertersatz für Untergang oder Verschlechterung zu leisten braucht. Gezogene Nutzungen wie Gewinne hat die Einrichtungsgesellschaft zwar herauszugeben. Allerdings ist es eher unwahrscheinlich, dass die Einrichtungsgesellschaft die Raten nicht bezahlen kann und dennoch Gewinne erwirtschaftet. Die Höhe des Wertersatzes richtet sich gem. § 346 Abs. 2 S. 2 1. HS. BGB nach der im Vertrag vereinbarten Gegenleistung. Die beiden Ver-

244 BGHZ 54, 214, 217; MK-BGB/Westermann, § 449 Rn. 45.

245 RGZ 163, 62, 62; BGHZ 143, 175, 179; BGHZ 150, 138, 142 f.; BGH NJW 2009, 1414, 1414 f.; OLG Brandenburg NJW-RR 1996, 724, 725; Erman/Schaub/Röthel, Vor §§ 346–354 Rn. 1; Staudinger/Kaiser, § 346 Rn. 72; krit. Bohrer, DNotZ 2009, 803 ff.

246 Vgl. allgemein RGZ 163, 62, 62; OLG Brandenburg NJW-RR 1996, 724, 725; Palandt/Bassenge, § 894 Rn. 2, 6; P/W/W/Huhn, § 894 Rn. 2 ff., 6; Staudinger/Kaiser, § 346 Rn. 72.

tragsparteien stehen somit nach Rückabwicklung des Vertrages so, als wäre der Vertrag nicht zustande gekommen.

Da die Einrichtungsgesellschaft bei Vorliegen des Rücktritts meist in finanziellen Schwierigkeiten sein dürfte, ist für die Gemeinde interessant, ob sie ihre Forderungen gegen die Forderungen der Einrichtungsgesellschaft aufrechnen kann. Der Grundbuchberichtigungs- und der Herausgabeanspruch sind nicht gleichartig mit der Forderung auf Rückzahlung der Ratenbeträge, sodass diese nicht aufgerechnet werden können. Hinsichtlich der Einrichtungsimmobilie ist die Gemeinde als Eigentümerin im Insolvenzverfahren allerdings aussonderungsberechtigt gem. § 47 S. 1 InsO.²⁴⁷

Für die gegenseitigen Geldansprüche liegen die für die Aufrechnungslage gem. § 387 BGB geforderten Voraussetzungen Gegenseitigkeit der Forderungen, Gleichartigkeit der Forderungen, Wirksamkeit der Forderungen sowie Fälligkeit der Gegenforderung vor.²⁴⁸ Die Gemeinde kann also die (Teil-)Aufrechnung erklären (§ 388 BGB). § 395 BGB schränkt die Aufrechenbarkeit nur auf Seiten des Schuldners ein.²⁴⁹ Die Gemeinde kann unabhängig von der Anwendung der Vorschrift aufrechnen, da die Vorschrift allein dem Schutz ihrer Interessen dient.²⁵⁰ An der Aufrechnungsmöglichkeit ändert gem. § 94 InsO grds. auch eine Eröffnung des Insolvenzverfahrens nichts. Allerdings ist die Aufrechnung unzulässig, wenn ein Insolvenzgläubiger die Möglichkeit der Aufrechnung durch eine anfechtbare Rechtshandlung erlangt hat (§ 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO). Die Gemeinde wäre bei Insolvenzeröffnung gem. § 38 InsO Insolvenzgläubiger, da der Wertersatzanspruch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch Rücktrittserklärung begründet worden ist. Durch die Rücktrittserklärung ist erst die Aufrechnungslage entstanden, da vorher die Leistungen nicht gleichartig waren. Deshalb ist zu prüfen, ob die Rücktrittserklärung eine anfechtbare Rechtshandlung gem. § 129 ff. InsO ist. Dazu bedarf es der allgemeinen Voraussetzungen sowie eines Anfechtungsgrundes.

247 Allgemein Andres/Leithaus/Leithaus, § 47 Rn. 3 f.

248 Vgl. ausf. zu den Voraussetzungen der Aufrechnung MK-BGB/Schlüter, § 387 Rn. 6 ff.

249 MK-BGB/Schlüter, § 395 Rn. 1; Palandt/Grüneberg, § 395 Rn. 3; P/W/W/Pfeiffer, § 395 Rn. 1.

250 Erman/Wagner, § 395 Rn. 1 f.; MK-BGB/Schlüter, § 395 Rn. 1; Soergel/Schreiber, § 395 Rn. 4; Staudinger/Gursky, § 395 Rn. 4.

Die Rücktrittserklärung muss eine Rechtshandlung sein. Rechtshandlung sind alle von einem Willen getragenen Handlungen, die rechtliche Wirkungen auslösen.²⁵¹ Die Rücktrittserklärung ist somit eine Rechtshandlung, die gem. § 129 Abs. 1 InsO vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sein muss. Dies ist der Fall. Des Weiteren muss die Rechtshandlung gem. § 129 Abs. 1 InsO die Gläubiger benachteiligen. Eine Benachteiligung der Gläubiger liegt vor, wenn die Befriedigung der Insolvenzgläubiger verkürzt, vereitelt, erschwert, gefährdet oder verzögert wird.²⁵² Durch die Aufrechnung wird das den Insolvenzgläubigern haftende Vermögen verringert. Die Aufrechnungserklärung stellt somit eine Gläubigerbenachteiligung dar. Als Anfechtungsgrund scheitern die §§ 132 f. InsO daran, dass nicht die Einrichtungsgesellschaft als Schuldner, sondern die Gemeinde die Rechtshandlung vollzieht. Eine Anfechtung wegen inkongruenter Deckung nach § 131 InsO kommt nicht in Betracht, weil die Gemeinde die Rücktrittserklärung in dieser Art und zu dieser Zeit abgeben durfte. Für einen Anfechtungsgrund nach § 130 Abs. 1 S. 1 InsO muss die Rechtshandlung dem Insolvenzgläubiger zunächst eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht haben. Dies ist u. a. der Fall, wenn der Gläubiger sich eine aufrechenbare Forderung verschafft.²⁵³ Daneben ist der Zeitraum der Rechtshandlung relevant. Anfechtbar ist sie gem. § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO, wenn sie in den letzten drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind, der Schuldner zur Zeit der Handlung zahlungsunfähig war und der Gläubiger zu dieser Zeit die Zahlungsunfähigkeit kannte. Wurde die Rechtshandlung nach dem Eröffnungsantrag vorgenommen, muss für deren Anfechtbarkeit gem. § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO der Gläubiger zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag gekannt haben. Der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit oder des Eröffnungsantrags steht gem. § 130 Abs. 2 InsO die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag schließen

251 BGH NZI 2004, 314, 314; BGHZ 170, 196, 199 f.; Andres/Leithaus/Leithaus, § 129 Rn. 3; MK-InsO/Kayser, § 129 Rn. 7; Uhlenbruck/Hirte/Ede, § 129 Rn. 86; die Frage, ob die Vermögensbezogenheit zur Definition der Rechtshandlung gehört, stellt sich hier nicht, da die Gläubigerbenachteiligung bejaht werden kann, vgl. MK-InsO/Kayser, § 129 Rn. 9.

252 BT-Drs. 12/2443, RegE, S. 157 (damals § 144 InsO); BGH NZI 2012, 562, 563; Andres/Leithaus/Leithaus, § 129 Rn. 8; Uhlenbruck/Hirte/Ede, § 129 Rn. 60.

253 MK-InsO/Kayser, § 130 Rn. 7; Uhlenbruck/Ede/Hirte, § 130 Rn. 10; Foerste, Rn. 304.

lassen. Ob die Voraussetzungen des § 130 Abs. 1 S. 1 InsO vorliegen, muss im Einzelfall bestimmt werden. Folgt auf die Rücktrittserklärung der Gemeinde wegen Zahlungsverzugs der Einrichtungsgesellschaft innerhalb der genannten Fristen der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, ist es wahrscheinlich, dass die Anfechtung gem. § 130 Abs. 1 S. 1 InsO erfolgreich sein wird. Die Gemeinde muss somit damit rechnen, dass sie ihre Forderungen nicht aufrechnen kann.

Erklärt die Gemeinde nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens den Rücktritt, handelt es sich beim Ratenkauf um einen gegenseitigen Vertrag, der zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens von beiden Seiten noch nicht oder nicht vollständig erfüllt wurde. Der Insolvenzverwalter hat gem. § 103 InsO ein Wahlrecht, ob er den Vertrag erfüllt und von der Gemeinde Erfüllung verlangt (Abs. 1) oder ob er die Erfüllung ablehnt (Abs. 2). § 106 Abs. 1 InsO ist nicht einschlägig, da die Vormerkung zugunsten der Einrichtungsgesellschaft als Schuldner und nicht der Gemeinde als Gläubiger eingetragen ist.²⁵⁴ Allerdings muss der Insolvenzverwalter gem. § 160 Abs. 1 Abs. 1 InsO die Zustimmung des Gläubigerausschusses bzw. der Gläubigerversammlung einholen, wenn er für das Insolvenzverfahren besonders wichtige Rechtshandlungen vornehmen will. Der Begriff „Rechtshandlungen von besonderer Bedeutung“ ist dabei mit Blick auf die Regelbeispiele des § 160 Abs. 2 InsO einzelfallbezogen auszulegen.²⁵⁵ Je nach Wert der Einrichtungssimmobilie und deren Bedeutung für den Einrichtungsbetrieb wird in vielen Fällen von einer Rechtshandlung von besonderer Bedeutung auszugehen sein.

Wird die Erfüllung abgelehnt, hat die Gemeinde ebenfalls ein Aussonderungsrecht gem. § 47 S. 1 InsO. Hat der Schuldner vor Insolvenzeröffnung teilweise geleistet, der Vertragspartner aber noch nichts,²⁵⁶ kann der Insolvenzverwalter gegen den Vertragspartner einen Anspruch auf anteilige Gegenleistung geltend machen.²⁵⁷ Die Eigentumsübertragung ist aber keine teilbare Leistung, weshalb

254 Vgl. zum Zweck des § 106 InsO MK-InsO/Ott/Vuia, § 106 Rn. 1; Uhlenbruck/Wegener, § 106 Rn. 1.

255 Andres/Leithaus/Andres, § 160 Rn. 7; Braun/Esser, § 160 Rn. 7; MK-InsO/Görg/Janssen, § 160 Rn. 9.

256 Durch die Vormerkung wurde der Anspruch auf Eigentumsübertragung lediglich abgesichert. Die Vormerkung ist keine Leistung.

257 Andres/Leithaus/Andres, § 103 Rn. 36; MK-InsO/Kreft, § 103 Rn. 32.

der Anspruch auf anteilige Gegenleistung objektiv unmöglich gem. § 275 Abs. 1 2. Alt. BGB ist. Daraus folgt gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB, dass auch der Schuldner die Gegenleistung nicht zu erbringen braucht. Hat er aber, wie vorliegend, eine Teilleistung bewirkt, kann er diese gem. § 326 Abs. 4 BGB nach den §§ 346 bis 348 BGB zurückfordern. Die Einrichtungsgesellschaft kann somit ihre Raten zurückfordern, muss aber Wertersatz für die Nutzung leisten. Die Aufrechnung ist gem. § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO ausgeschlossen, da die Forderung der Gemeinde auf Nutzungsersatz erst mit der Ablehnung der Erfüllung durch den Insolvenzverwalter und damit nach Verfahrenseröffnung entstanden ist.

Für die Gemeinde birgt der gestreckte Kauf somit das Risiko, dass sie die empfangenen Ratenzahlungen an die Insolvenzmasse zurückgewähren muss, ihre Forderungen gegen die Einrichtungsgesellschaft im Insolvenzfall aber nicht aufrechnen kann und sie sich als Insolvenzgläubigerin mit der Quote zufrieden geben muss. Allerdings ist sie als Eigentümerin der Einrichtungsimmobilie gem. § 47 InsO aussonderungsberechtigt. Daneben dürfte die Rückabwicklung eines gesteckten Kaufs zwischen der Einrichtungsgesellschaft und der Gemeinde regelmäßig mit einem nicht unerheblichen Aufwand einhergehen. Über einen Ratenkauf bzw. einen gestreckten Kauf sollte deshalb nur nachgedacht werden, wenn die Erfüllung der Leistung auf Seiten der Einrichtungsgesellschaft hinreichend wahrscheinlich ist.

Selbst wenn es zu keinen Unregelmäßigkeiten kommt, kann der Kauf der Immobilie für die Einrichtungsgesellschaft nachteilig sein. Vom Abschluss des Kaufvertrages bis zur endgültigen Erfüllung dauert es mitunter sehr lange. Die Gefahr der zufälligen Verschlechterung bzw. des zufälligen Untergangs geht gem. § 446 S. 1 BGB mit Übergabe auf den Käufer über. Zwar ist § 446 S. 1 BGB abdingbar.²⁵⁸ Die Gemeinde wird einer abweichenden Regel aber kaum zustimmen. Die Einrichtungsimmobilie kann bis zur endgültigen Erfüllung oder bereits vorher in einem sehr sanierungsbedürftigen Zustand sein. Das würde für die Einrichtungsgesellschaft neben der Ratenzahlung eine weitere, mitunter hohe finanzielle Belastung durch Sanierungskosten bedeuten. Der Ratenkauf ist für die Einrichtungsgesellschaft deshalb nur interessant, wenn die Einrichtungsim-

258 Bamberger/Roth/Faust, § 446 Rn. 24; Erman/Grünwald, § 446 Rn. 12; Jauernig/Berger, § 446 Rn. 4; MK-BGB/Westermann, § 446 Rn. 14; Palandt/Weidenkaff, § 446 Rn. 3; P/W/W/Schmidt, § 446 Rn. 5.

mobile in absehbarer Zeit nicht sanierungsbedürftig ist oder wenn die Gemeinde aufgrund vertraglicher Vereinbarungen die Sanierungskosten tragen müsste.

(b) Miet- und Pachtkauf

Bei einem Miet- bzw. Pachtkauf handelt es sich um einen Miet- oder Pachtvertrag mit Kaufoption, auf den nach Ausübung der Kaufoption Kaufrecht anzuwenden ist.²⁵⁹ Der Miet- bzw. Pachtzins wird dann auf den vereinbarten Kaufpreis angerechnet.²⁶⁰

Für die Einrichtungsgesellschaft ist diese Gestaltung vorteilhaft. Während der Pachtzeit kommen ihr die Vorteile eines Pachtvertrages zugute. Durch die Kaufoption hat sie im Anschluss die Möglichkeit, bei guten wirtschaftlichen Verhältnissen der Gesellschaft und bei gutem Zustand der Einrichtungsimmoblie diese zum Restpreis zu erwerben. Je höher die monatlichen Pachtzinsen waren, desto attraktiver wird diese Option. Auf der anderen Seite kann sie auf die Ausübung der Kaufoption verzichten. Ein Verzicht ist dann interessant, wenn die Einrichtungsimmoblie bei Ablauf des Pachtvertrages sanierungsbedürftig ist oder in absehbarer Zeit hohe Kosten auf die Einrichtungsgesellschaft zukämen. Der Pachtkauf ist für die Einrichtungsgesellschaft eine gute Alternative zum reinen Pachtvertrag.

(4) Erbbaurecht

Schließlich kommt für die Überlassung des Einrichtungsgebäudes die Bestellung eines Erbbaurechts gem. § 1 Abs. 1 ErbbauRG in Betracht. Es durchbricht den Grundsatz aus § 93 BGB, dass das mit dem Grundstück verbundene Bauwerk als Grundstücksbestandteil zum Grundstückseigentum gehört.²⁶¹

Grundfall des Erbbaurechts ist die Errichtung eines Bauwerks auf einem Grundstück, dessen Eigentümer eine andere Person ist.²⁶² Bei der Einrichtungsimmoblie

259 Zum Mietkauf MK-BGB/*Westermann*, Vor § 433 Rn. 28; *Staudinger/Beckmann*, Vorbem. zu §§ 433 ff. Rn. 167.

260 Zum Mietkauf MK-BGB/*Westermann*, Vor § 433 Rn. 28; *Staudinger/Beckmann*, Vorbem. zu §§ 433 ff. Rn. 167.

261 *Von Oefele/Winkler*, Rn. 1. 28.

262 Zum Gesamt-, Ober- oder Untererbbbaurecht vgl. *Bamberger/Roth/Maaß*, § 1 ErbbauRG Rn. 27 ff.

lie besteht das Einrichtungsgebäude bereits, d. h. dessen Errichtung ist nicht mehr notwendig. Aus § 12 Abs. 1 S. 2 ErbbauRG ergibt sich, dass die Bestellung des Erbbaurechts auch bei Bestehen eines Bauwerks möglich ist. Durch die Bestellung des Erbbaurechts am Einrichtungsgebäude wird die Einrichtungsgesellschaft kraft Gesetzes dessen Eigentümerin.²⁶³ Nach dem Erlöschen des Erbbaurechts fällt das Eigentum am Einrichtungsgebäude wieder an die Gemeinde zurück.

Die Begründung eines Erbbaurechts hängt von der konkreten inhaltlichen Gestaltung ab. Entscheidende Fragen sind, wer für die Instandhaltung des Bauwerks zuständig ist (§ 2 Nr. 1 ErbbauRG), wer die öffentlichen und privatrechtlichen Lasten und Abgaben tragen muss (§ 2 Nr. 3 ErbbauRG), die Art und Höhe des Erbbauzinses, die Dauer des Erbbaurechts sowie der Entschädigungsanspruch gem. § 27 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG. Für die Einrichtungsgesellschaft kann die Pacht günstiger sein, wenn sie die Instandhaltungskosten und die öffentlichen und privatrechtlichen Lasten sowie Abgaben tragen muss. Dies kann aber in der Höhe des Erbbauzinses Berücksichtigung finden. Wird bei der Bestimmung der Höhe des Erbbauzinses nur die Überlassung und Nutzung des Gebäudes berücksichtigt und kein anteiliges Entgelt für die Eigentumsübertragung erhoben, sollte der Anspruch des Erbbauberechtigten auf Entschädigung für das Bauwerk nach Zeitablauf des Erbbaurechts gem. § 27 Abs. 1 ErbbauRG ausgeschlossen werden.

Für die Dauer des Erbbaurechts sind zwei Aspekte zu berücksichtigen. Gem. § 2 Nr. 6 ErbbauRG kann für den Erbbauberechtigten zwar ein Vorrecht auf Erneuerung des Erbbaurechts nach dessen Ablauf eingeräumt werden. Dies schützt den Erbbauberechtigten bei relativ kurzer Dauer. Mit der Erneuerung des Erbbaurechts geht aber Eintragungsaufwand einher. Bei einer relativ langen Dauer kann die Einrichtungsgesellschaft das Erbbaurecht gem. § 26 S. 1 ErbbauRG nur mit Zustimmung der Gemeinde aufheben. Die Gemeinde hat aber bei finanziellen Schwierigkeiten der Einrichtungsgesellschaft regelmäßig kein Interesse an deren Insolvenz und wird der Aufhebung meist zustimmen. Alternativ kann das Erb-

263 Allgemein Bamberger/Roth/Maaß, § 12 ErbbauRG Rn. 2; Palandt/Bassenge, Einl. ErbbauRG Rn. 1; von Oefele/Winkler, Rn. 1. 28.

baurecht mit längerer Dauer auch erst bestellt werden, wenn sich die Einrichtungsgesellschaft bewährt hat.

Für die Gemeinde wird die Bestellung eines Erbbaurechts nur in Betracht kommen, wenn sie gegen den Verlust des Einrichtungsgebäudes abgesichert ist. Über die Versicherung des Bauwerks und seinen Wiederaufbau im Falle der Zerstörung können die Gemeinde und die Einrichtungsgesellschaft gem. § 2 Nr. 2 ErbbauRG eine Vereinbarung treffen. Für den Fall der Vernachlässigung des Bauwerks, der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit, der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Einrichtungsgesellschaft oder der Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse kann gem. § 2 Nr. 4 ErbbauRG die Verpflichtung vereinbart werden, dass die Einrichtungsgesellschaft als Erbbauberechtigte bei Eintreten eines dieser Fälle der Gemeinde das Erbbaurecht übertragen muss (Heimfall). Auch für den Fall des Zahlungsverzugs des Erbbauberechtigten kann ein Heimfall vereinbart werden, allerdings muss gem. § 9 Abs. 4 ErbbauRG die Einrichtungsgesellschaft dafür mit dem Erbbauzins in Höhe von mindestens zwei Jahresbeträgen im Rückstand sein. Die Gemeinde wird beim Heimfall wieder Eigentümerin des Einrichtungsgebäudes und ist im Insolvenzfall aussonderungsberechtigt gem. § 47 S. 1 InsO. Die Einrichtungsgesellschaft als Erbbauberechtigte kann zwar gem. § 5 Abs. 1 und 2 ErbbauRG über das Erbbaurecht verfügen oder dieses belasten. Im Umkehrschluss daraus ergibt sich, dass eine Verfügung über das oder eine Belastung des Eigentums an dem Einrichtungsgebäude nicht möglich ist. Zusätzlich kann gem. § 5 Abs. 1 und 2 ErbbauRG vereinbart werden, dass die Einrichtungsgesellschaft für die Verfügung über das oder eine Belastung des Erbbaurechts der Zustimmung der Gemeinde bedarf. Die Gemeinde ist gegen den Verlust des Einrichtungsgebäudes somit abgesichert.

Für die Einrichtungsgesellschaft hat das Erbbaurecht den Vorteil, dass das Eigentum nach Erlöschen des Erbbaurechts wieder an die Gemeinde zurückfällt. Dennoch kann die Einrichtungsgesellschaft das Erbbaurecht als dingliche Sicherung für Investitionen verwenden.²⁶⁴ Daneben kann versucht werden, mit der Gemeinde eine Klausel zu vereinbaren, nach der die Gemeinde unter den beim

264 Hänigsen, Gesprächsprotokoll, C. I.

Heimfall genannten Gründen und Voraussetzungen in die Verbindlichkeiten der Erbbauberechtigten eintritt.²⁶⁵

Die Bestellung des Erbbaurechts kommt als Überlassungsalternative bei entsprechender Gestaltung somit in Betracht.

dd) Zwischenergebnis

1. Zur Frage, welches Rechtsverhältnis zur Überlassung der Einrichtungsimmobilie und des Zubehörs sinnvoll ist, ist entscheidend, ob die Gemeinde bereit ist, das Eigentum daran aufzugeben und ob die Einrichtungsgesellschaft das Eigentum übernehmen möchte.
2. Ohne die endgültige Eigentumsübertragung kommt die temporäre Gebrauchsüberlassung in Form eines Pacht- bzw. Mietvertrags, der Leihe oder durch Bestellung eines Erbbaurechts in Betracht. Die Vereinbarung einer Nebenpflicht im Gesellschaftsvertrag der Einrichtungs-GmbH ist nicht sinnvoll.
3. Bei der endgültigen Veräußerung des Eigentums kommt es auf den Wert der Einrichtungsimmobilie an. Bei geringem Wert und gutem Zustand der Einrichtungsimmobilie sind alle genannten Alternativen geeignet. Ist der Wert allerdings deutlich höher, ist der Pachtkauf eine sinnvolle Alternative. Beim Einrichtungszubehör kann die Einbringung, der klassische Kauf oder der Ratenkauf je nach Art und Wert des Einrichtungszubehörs eine sinnvolle Gestaltungsalternative sein.

b) Neue Einrichtungsimmobilie

Daneben kommt bei Einrichtungen, deren Betrieb nicht an eine bestimmte Immobilie gebunden ist, der Umzug in eine andere der Einrichtungsgesellschaft zur Verfügung stehende Immobilie in Betracht. Dies ist v. a. bei Museen oder Bibliotheken denkbar, da dort die Einrichtungsgegenstände in der Regel von der Immobilie unabhängig sind. Das ist aber nicht der Fall, wenn das Gebäude selbst Teil der Ausstellung ist oder das Gebäude für das Museum oder die Bibliothek einen historisch kulturellen Wert darstellt.

265 Diese Klausel ist bei der Freibad Hänigsen eG für die Finanzierung deutlich wichtiger als der gemeindliche Zuschuss, *Hänigsen*, Gesprächsprotokoll, C. III.

Voraussetzung für den Umzug in eine neue Immobilie ist, dass die Gemeinde der Einrichtungsgesellschaft die Einrichtungsgegenstände überlässt. Meist wird die Gemeinde dem nicht im Wege stehen. Gerade bei Museen wird die Gemeinde die Überlassung aber an die Bedingung knüpfen, dass ein ausreichendes Sicherheitssystem zum Schutz der Exponate in der neuen Immobilie installiert wird.

Die neue Immobilie wird regelmäßig von Privatpersonen oder Unternehmen zur Verfügung gestellt. Dies wird meist eine temporäre Gebrauchsüberlassung in Form von Miete oder Pacht sein.²⁶⁶

Kommt der Umzug der Einrichtung in Frage und sind alle Beteiligten einverstanden, ist eine neue Einrichtungsimmoblie eine gute Alternative.

3. Personal

Des Weiteren benötigt die Einrichtungsgesellschaft zum Betrieb der Einrichtung Personal. Denkbar ist die Übernahme vorhandenen Personals oder die Neueinstellung von Arbeitskräften.

a) Übernahme bereits bestehenden Personals

Die in der öffentlichen Einrichtung beschäftigten Personen haben regelmäßig zur Einrichtung einen großen Kenntnis- und Wissensstand. Die Einrichtungsgesellschaft kann davon profitieren. Deshalb liegt es nahe, das Personal zu übernehmen. Dies ist ebenfalls im Interesse der Gemeinde, da ihr dies Kosten spart und sie sich nicht um den Verbleib des freigewordenen Personals kümmern muss. Die Einrichtungsgesellschaft möchte und muss aber entgeltliches Personal durch ehrenamtliches Engagement ersetzen, um Kosten zu vermeiden und wirtschaftlich zu arbeiten.²⁶⁷ Diese Motive gilt es bei der Betrachtung der Personalfragen zu beachten, wobei zwischen Arbeitnehmern und Beamten zu unterscheiden ist.²⁶⁸ Bei der Übernahme von Arbeitnehmern ist denkbar, dass die Einrichtungsgesellschaft das Arbeitsverhältnis „übernimmt“, also selbst Vertragspartner

266 Vgl. zur Abgrenzung zwischen Miete und Pacht 3. Teil, B. I. 2. a) cc) (2) (b).

267 Ein Beispiel für Personalkosten bei *Förderverein Mücke*, Folie 88.

268 Im Weiteren werden die Beamten in ihrer Sonderstellung aufgrund untergeordneter Themenrelevanz bei der Einrichtungsgesellschaft nicht weiter betrachtet.

wird oder dass die Gemeinde in der jeweils handelnden Rechtsform Vertragspartner bleibt und der Einrichtungsgesellschaft die Arbeitnehmer überlässt.

aa) Einrichtungsgesellschaft als Arbeitgeber

(1) Betriebsübergang gem. § 613a BGB

(a) Tatbestand

Die Arbeitsverhältnisse der Einrichtung können im Rahmen eines Betriebsübergangs gem. § 613a BGB auf die Einrichtungsgesellschaft übergehen. Der Arbeitnehmerbegriff in § 613a Abs. 1 S. 1 BGB umfasst neben den leitenden Angestellten u. a. Auszubildende und Arbeitsverhältnisse ohne Kündigungsschutz.²⁶⁹ Auch Arbeitsverhältnisse von juristischen Personen des öffentlichen Rechts sowie von unselbstständigen Einheiten des öffentlichen Rechts sind umfasst,²⁷⁰ reine Dienstverträge dagegen nicht.²⁷¹

Damit die Rechtsfolge des § 613a BGB eintritt, muss ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf die Einrichtungsgesellschaft übergehen. Ein Betrieb ist jede auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit, genauer eine organisatorische Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigener Zielsetzung, die nicht auf die Ausführung eines bestimmten Vorhabens beschränkt ist.²⁷² Das Betreiben der Einrichtung durch die kommunale Unternehmung ist ein Betrieb.

Der Betrieb muss auf die Einrichtungsgesellschaft übergehen. Der Einrichtungsgesellschaft soll in der Regel die Einrichtungsimmobilie mit Zubehör sowie ggf.

269 BAGE 104, 358, 367 (leitende Angestellte); BAG NJW 2007, 250, 251 (Auszubildende); BAGE 104, 358, 366 (Arbeitsverhältnisse ohne Kündigungsschutz); Bamberger/Roth/Fuchs, § 613a Rn. 28; ErfK/Preis, § 613a BGB Rn. 67; Jauernig/Mansel, § 613a Rn. 2; Palandt/Weidenkaff, § 613a Rn. 5.

270 BAGE 95, 1, 9 f.; LAG Berlin NZA-RR 1999, 461, 462; Palandt/Weidenkaff, § 613a Rn. 5.

271 BAG NJW 2003, 2930, 2931; BAGE 104, 358, 364 ff.; Bamberger/Roth/Fuchs, § 613a Rn. 28; ErfK/Preis, § 613a BGB Rn. 67; Jauernig/Mansel, § 613a Rn. 2; Palandt/Weidenkaff, § 613a Rn. 5; Seiter, S. 56.

272 EuGH, Slg. 1997, I-1259, I-1260, I-1273 Rn. 13 – „Süzen“; EuGH, Slg. 1998, I-8237, I-8249 Rn. 25 – „Sánchez Hidalgo“ und „Ziemann“; BAG NJW 1998, 2994, 2995; BAG NZA 1998, 638, 639; LAG Berlin NZA-RR 1999, 461, 462; Bamberger/Roth/Fuchs, § 613a Rn. 7; Palandt/Weidenkaff, § 613a Rn. 9.

ein Teil des erfahrenen Personals überlassen werden.²⁷³ Fraglich ist, ob dies bereits einen Betriebsübergang im Sinne von § 613a BGB darstellt. Ein Betriebsübergang liegt vor, wenn nach den Gesamtumständen die ursprüngliche Identität der Einheit beim Erwerber gewahrt wird, indem der Erwerber die übernommene Einheit im Wesentlichen unverändert fortführt.²⁷⁴ Dabei sind sämtliche den Vorgang kennzeichnenden Umstände wie die Art des betreffenden Betriebes, die etwaige Übernahme der materiellen Betriebsmittel wie Gebäude und bewegliche Güter, der Wert der immateriellen Aktiva im Übergangszeitpunkt, die eventuelle Übernahme der Hauptbelegschaft durch den neuen Inhaber, der etwaige Übergang der Kundschaft sowie der Grad der Ähnlichkeit zwischen der vor und nach dem Übergang verrichteten Tätigkeit und die Dauer der etwaigen Unterbrechung dieser Tätigkeit zu beurteilen.²⁷⁵ Bei einer Einrichtung handelt es sich um einen Dienstleistungsbetrieb, der wie im Fall der Bäder vom Einrichtungsgebäude mit- samt Betriebsmitteln und im Fall von Museen und Bibliotheken von den Einrichtungsgegenständen abhängig ist. Ohne diese Betriebsmittel kann die Bereitstellung der Dienstleistung nicht erfolgen. Außerdem ändert sich der Kundenstamm nicht wesentlich. Die natürlichen (und juristischen) Personen, die die Einrichtung vorher benutzt haben, werden dies aller Wahrscheinlichkeit nach auch nach der Übernahme durch die Einrichtungsgesellschaft tun. Die Tätigkeit, die sowohl vor als auch nach dem Übergang verrichtet wird, ist die Bereitstellung der Einrichtung für die Nutzung durch die Bürger und Vereine der Gemeinde und des Umlandes sowie von Touristen. Dafür strebt die Einrichtungsgesellschaft zumindest temporär die Übernahme eines Teils des fachkundigen Personals an, um von deren Erfahrung zu profitieren. Auch eine längere Unterbrechung der Einrichtungstätigkeit ist nicht gewollt. Die Einrichtungsgesellschaft soll die Einrichtung von der Gemeinde reibungslos übernehmen. Falls doch eine Unterbrechung stattfindet, ist diese nur kurz und der Übergangsorganisation geschuldet. Von einer zwischenzeitlichen Stilllegung kann nicht ge-

273 Zur Überlassung der Einrichtungsimmoblie vgl. 3. Teil, B. I. 2.

274 BAGE 104, 358, 370; BAG NZA 2006, 592, 594 f.; BAG NZA 2009, 144, 146 f.; Jauernig/Mansel, § 613a Rn. 3; Palandt/Weidenkaff, § 613a Rn. 11.

275 EuGH, Slg. 1997, I-1259, I-1273 f. Rn. 14 – „Süzen“; EuGH, Slg. 1998, I-8237, I-8250 Rn. 29 – „Sánchez Hidalgo“ und „Ziemann“; BAG NJW 1998, 2994, 2995; BAG NZA 1998, 638, 639; BAGE 95, 1, 8; LAG Berlin NZA-RR 1999, 461, 462; Bamberger/Roth/Fuchs, § 613a Rn. 9; Palandt/Weidenkaff, § 613a Rn. 11; Schulze/Schreiber, § 613a Rn. 3 und Staudinger/Annuß, § 613a Rn. 48 sprechen deshalb von einer „7-Punkte-Prüfung“.

sprochen werden. Somit wird der Betrieb von der Einrichtungsgesellschaft im Wesentlichen unverändert fortgeführt. Ein Betriebsübergang liegt vor.²⁷⁶

Schließlich muss der Betrieb gem. § 613a Abs. 1 S. 1 BGB durch Rechtsgeschäft auf die Einrichtungsgesellschaft übergehen. Dieses Tatbestandsmerkmal dient der Abgrenzung zu gesetzlichen Übertragungen und Übertragungen aufgrund sonstigen Hoheitsakts.²⁷⁷ Inhaltlich genügt es, dass das Rechtsgeschäft die Möglichkeit zur Fortführung des Betriebes eröffnet.²⁷⁸ Nicht notwendig sind die Eigentumserlangung an den Betriebsmitteln oder der Bezug des Rechtsgeschäfts zur Übernahme der Arbeitsverhältnisse.²⁷⁹ Die oben erläuterten rechtsgeschäftlichen Möglichkeiten zur Überlassung der Einrichtungsimmobilie²⁸⁰ bieten alleamt die Möglichkeit zur Fortführung des Betriebs. Der Betriebsübergang erfolgt somit rechtsgeschäftlich.

(b) Rechtsfolgen

Rechtsfolge des § 613a Abs. 1 S. 1 BGB ist der Übergang der Arbeitsverhältnisse auf die Einrichtungsgesellschaft als neuem Inhaber. Das Arbeitsverhältnis zur Gemeinde als bisherigem Betriebsinhaber wird hinfällig.²⁸¹ Allerdings haftet die Gemeinde gem. § 613a Abs. 2 S. 1 BGB gesamtschuldnerisch mit der Einrichtungsgesellschaft für Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis, die vor dem Betriebsübergang begründet und fällig geworden sind. Sind die Ansprüche vor dem Übergang begründet, werden aber erst innerhalb eines Jahres danach fällig, haftet die Gemeinde gem. § 613a Abs. 2 S. 2 BGB nur anteilig in dem Umfang, der dem im Zeitpunkt des Übergangs abgelaufenen Teils ihres Bemessungszeitraumes entspricht. Die Haftung entfällt, wenn die Ansprüche nach Ablauf eines

276 Ebenso zur Übertragung sachlicher und personeller Mittel eines Theaters LAG Berlin NZA-RR 1999, 461, 462.

277 ErfK/Preis, § 613a BGB Rn. 58; MK-BGB/Müller-Glöge, § 613a Rn. 62; Palandt/Weidenkaff, § 613a Rn. 6.

278 ErfK/Preis, § 613a BGB Rn. 59; MK-BGB/Müller-Glöge, § 613a Rn. 64.

279 BAG NZA 2009, 1232; ErfK/Preis, § 613a BGB Rn. 59; MK-BGB/Müller-Glöge, § 613a Rn. 62.

280 Vgl. dazu die Ausführungen im 3. Teil, B. I. 2.

281 Allgemein ErfK/Preis, § 613a BGB Rn. 66.

Jahres ab dem Betriebsübergang fällig werden (§ 613a Abs. 2 S. 1 BGB). Im Innenverhältnis kann sich eine andere Haftung ergeben.²⁸²

Die Einrichtungsgesellschaft tritt gem. § 613a Abs. 1 S. 1 BGB in alle Rechte und Pflichten ein. Sie übernimmt die Arbeitsverhältnisse mit allen individualrechtlichen Vereinbarungen.²⁸³ Daneben übernimmt die Einrichtungsgesellschaft aufgrund fehlender Tarifbindung und Betriebsvereinbarung gem. § 613a Abs. 1 S. 2 BGB auch die Rechte und Pflichten, die durch einen Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung geregelt sind.²⁸⁴ Sie werden zum individualrechtlichen Bestandteil des Arbeitsverhältnisses.²⁸⁵ Eine Änderung zum Nachteil des Arbeitnehmers ist erst nach Ablauf eines Jahres ab Übergang möglich. Beim Übergang einer öffentlichen Einrichtung auf einen privaten Träger ist dies relevant, da für die Arbeitnehmer der Einrichtung der TVöD für die Sparte Verwaltung²⁸⁶ gilt.²⁸⁷

Ein wichtiger Punkt im Rahmen des Übergangs des Arbeitsverhältnisses ist die Altersvorsorge, die als Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis ebenfalls übergeht. Sind die Gemeindemitarbeiter über die VBL versichert, ist problematisch, was ein adäquater Ersatz für die VBL-Altersvorsorge ist.²⁸⁸

Im öffentlichen Bereich kommt es oftmals vor, dass ein Arbeitnehmer zwei oder mehreren Einrichtungen zugeordnet ist. Dies ist bspw. die Arbeitnehmerin, die neben ihrer Tätigkeit in der Einrichtung noch auf dem Standesamt beschäftigt

282 Dazu ErfK/*Preis*, § 613a BGB Rn. 137.

283 ErfK/*Preis*, § 613a BGB Rn. 66; die Problematik der Dienstvereinbarungen spricht *Hänigsen*, Gesprächsprotokoll, D. III. an.

284 Hierzu äußerst ausführlich ErfK/*Preis*, § 613a BGB Rn. 112 ff.

285 Bamberger/*Roth/Fuchs*, § 613a Rn. 35, 37.

286 Bestehend aus dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst Allgemeiner Teil (TVöD) und dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst – Besonderer Teil Verwaltung (TVöD BT-V).

287 Ausgenommen sind gem. § 1 Abs. 2 lit. a TVöD leitende Angestellte im Sinne von § 5 Abs. 3 BetrVG, wenn ihre Arbeitsbedingungen einzelvertraglich vereinbart wurden, gem. § 1 Abs. 2 lit. b TVöD Beschäftigte, die ein über das Tabellenentgelt der Entgeltgruppe 15 hinausgehendes regelmäßiges Entgelt erhalten sowie gem. § 1 Abs. 2 lit. n TVöD künstlerisches Theaterpersonal, technisches Theaterpersonal mit überwiegend künstlicher Tätigkeit sowie Orchestermusiker.

288 *Hänigsen*, Gesprächsprotokoll, D. IV.; vgl. zur ZVK *Gaß*, S. 250 ff.; auf diesen interessanten Punkt kann wegen seiner Einzelfallbezogenheit und Komplexität nicht eingegangen werden.

ist. Dann ist zu klären, ob dieser Arbeitnehmer im Zuge von § 613a BGB auf die Einrichtungsgesellschaft übergeht oder bei der Gemeinde bleibt. Dazu müssen die betroffenen Arbeitnehmer einem der Betriebsteile zugeordnet werden. Die Zuordnung hat nach objektiven Kriterien zu erfolgen.²⁸⁹ Zunächst sind die arbeitsvertraglichen Vereinbarungen zu betrachten.²⁹⁰ Fehlen diese, kommt es darauf an, für welchen Betrieb der Arbeitnehmer überwiegend tätig war und vor allem, ob er in den übergegangenen Betrieb eingegliedert gewesen ist.²⁹¹ Kann danach ausnahmsweise keine klare Zuordnung erfolgen, haben die betroffenen Arbeitnehmer ein Wahlrecht, welchem Betrieb sie zugeordnet werden möchten.²⁹²

(c) Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer

Der Arbeitnehmer muss dem Übergang des Arbeitsverhältnisses für dessen Wirksamkeit nicht zustimmen.²⁹³ Er hat aber gem. § 613a Abs. 6 BGB ein Widerspruchsrecht. Der Widerspruch muss innerhalb eines Monats nach Unterrichtung des Arbeitnehmers gem. § 613a Abs. 5 BGB schriftlich gegenüber dem bisherigen oder neuen Inhaber erklärt werden. Ist der Widerspruch form- und fristgerecht erklärt, geht das Arbeitsverhältnis nicht über und die Gemeinde bleibt Arbeitgeber. Damit stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang die Arbeitnehmer der Einrichtung von diesem Widerspruchsrecht Gebrauch machen werden. Dies hängt davon ab, ob der Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die Einrichtungsgesellschaft für die Arbeitnehmer vorteilhaft ist.

Die Arbeitnehmer haben ein großes Interesse an einem dauerhaft sicheren Arbeitsplatz.²⁹⁴ Während die Gemeinde ein sicherer und beständiger Arbeitgeber

289 ErfK/Preis, § 613a BGB Rn. 72; MK-BGB/Müller-Glöge, § 613a Rn. 86; Kreitner, NZA 1990, 429, 430.

290 ErfK/Preis, § 613a BGB Rn. 72; MK-BGB/Müller-Glöge, § 613a Rn. 87.

291 BAGE 86, 271, 277; ErfK/Preis, § 613a BGB Rn. 72; MK-BGB/Müller-Glöge, § 613a Rn. 87; auf den Tätigkeitsschwerpunkt abstellend von Hoyningen-Huene/Windbichler, RdA 1977, 329, 334; Kreitner, NZA 1990, 429, 430 f.

292 ErfK/Preis, § 613a BGB Rn. 72; von Hoyningen-Huene/Windbichler, RdA 1977, 329, 334; a. A. Kreitner, NZA 1990, 429, 431.

293 BAGE 53, 251, 260 ff.; ErfK/Preis, § 613a BGB Rn. 66.

294 Weitere Gründe für einen Widerspruch der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes sind auch der Erhalt einer besonders ausgestalteten betrieblichen Altersvorsorge oder die Anrechnung von Beschäftigungszeiten: Bepler/Stier, § 4 Rn. 29; Bredemeier/Weizenegger, § 4 Rn. 25.

ist, ist das Insolvenzrisiko der Einrichtungsgesellschaft gerade in den Anfangsjahren nicht unbedeutend. Das spricht dafür, dem Übergang des Arbeitsverhältnisses zu widersprechen. Anders ist die Situation, wenn bei Auflösung oder Insolvenz der Einrichtungsgesellschaft wiederum ein Betriebsübergang gem. § 613a BGB auf die Gemeinde vorliegen würde. Dann gingen die Arbeitsverhältnisse wieder an die Gemeinde über. Selbst wenn die Einrichtungssimmobilie mitsamt Zubehör an die Gemeinde zurückfällt, liegt kein Betriebsübergang vor, wenn die Gemeinde den Einrichtungsbetrieb stilllegt.²⁹⁵ Stilllegung bedeutet die Einstellung der bisherigen Tätigkeit mit der ernstlichen Absicht, den Betriebszweck dauernd oder für eine ihrer Dauer nach unbestimmte, wirtschaftlich nicht unerhebliche Zeitspanne nicht weiter zu verfolgen.²⁹⁶ Die Gemeinde hat den Betrieb der Einrichtung gerade aufgrund dauerhafter finanzieller Engpässe aufgegeben. Die Wahrscheinlichkeit, dass sich dies zwischenzeitlich geändert hat und die Gemeinde die Einrichtung wieder betreibt, ist gering. Bei Insolvenz oder Auflösung der Einrichtungsgesellschaft kommt es somit meist zu keinem zweiten Betriebsübergang. Auch wenn für die Einrichtung ein neuer privater Betreiber gefunden wird, was unwahrscheinlich ist, besteht für die Arbeitnehmer wiederum das Risiko der Auflösung oder Insolvenz des Betreibers. Es entspricht rational ökonomischem Verhalten, dass die Arbeitnehmer dem Übergang der Arbeitsverhältnisse in der Regel widersprechen werden.

Der Verbleib der Arbeitnehmer bei der Gemeinde ist mit Risiken verbunden, wenn die Gemeinde nach Betriebsübergang die verbleibenden Arbeitnehmer kündigen kann. Die Kündigung wegen Betriebsübergang ist gem. § 613a Abs. 4 S. 1 BGB unwirksam. Aus anderen Gründen kann das Arbeitsverhältnis aber gekündigt werden (§ 613a Abs. 4 S. 2 BGB). Im konkreten Fall kommt die betriebsbedingte Kündigung in Betracht.

Arbeitnehmer der Gemeinde, die bereits das 40. Lebensjahr vollendet haben und 15 Jahre beschäftigt waren,²⁹⁷ können gem. § 34 Abs. 2 TVöD nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden. Die betriebsbedingte Kündigung ist in der

295 Allgemein Bamberger/Roth/Fuchs, § 613a Rn. 18.

296 BAG NZA 2002, 212, 214; Bamberger/Roth/Fuchs, § 613a Rn. 18; zur Abgrenzung Betriebsübergang und Betriebsstilllegung in der Insolvenz vgl. Menke/Wolf, BB 2011, 1461 ff.

297 Daneben müssen die Regelungen des Tarifgebiets West anwendbar sein, was in Nordrhein-Westfalen unproblematisch vorliegt.

Regel eine ordentliche Kündigung.²⁹⁸ Ausnahmsweise kann aus betrieblichen Gründen auch außerordentlich gekündigt werden, wenn die Kündigung tarifvertraglich ausgeschlossen und eine Versetzung nicht möglich ist, woran aber sehr strenge Anforderungen zu stellen sind.²⁹⁹ Der Arbeitgeber müsste den Arbeitnehmer noch für Jahre vergüten müssen, ohne dass eine entsprechende Arbeitsleistung gegenüberstünde.³⁰⁰ Oft kann die Gemeinde den Arbeitnehmer auf einem anderen Arbeitsplatz beschäftigten, weshalb die strengen Anforderungen nicht erfüllt sein dürften. Daneben würden solche Kündigungen weder dem öffentlichen Ansehen der Gemeinde noch dem der Einrichtungsgesellschaft zuträglich sein. Betriebsbedingte Kündigungen von Arbeitnehmern, die nur noch aus wichtigem Grund kündbar sind, werden vermutlich nicht ausgesprochen werden.

Bei Arbeitnehmern der Gemeinde, die nicht unter § 34 Abs. 2 TVöD fallen, ist die ordentliche Kündigung durch die Gemeinde möglich. Die ordentliche Kündigung ist unwirksam, wenn sie gem. § 1 Abs. 2 KSchG sozial ungerechtfertigt ist. Dazu muss das Kündigungsschutzgesetz persönlich und sachlich anwendbar sein. Persönlich ist das Kündigungsschutzgesetz gem. § 1 Abs. 1 KSchG anwendbar, wenn das Arbeitsverhältnis im selben Betrieb oder Verwaltung des öffentlichen oder privaten Rechts ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat. Sachlich ist das Kündigungsschutzgesetz gem. § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG bei zehn oder mehr Arbeitnehmern anwendbar.³⁰¹ Der Schwellenwert bezieht sich gem. § 23 KSchG auf die „Verwaltung“. Hierbei ist nicht die einzelne Dienststelle, sondern die Gesamtverwaltung bestehend aus den einzelnen Dienststellen zugrunde zu legen.³⁰² Auch bei rechtlicher Selbstständigkeit der betreffenden Einheiten muss in Anlehnung an den Betriebsbegriff auf die Einheit der Organisation und damit verbunden auf einen einheitlichen Leitungsapparat abgestellt werden, der zentral Personal- oder sonstige Entscheidungen trifft.³⁰³ Insoweit kann eine Parallele zum Konzern gezogen werden. Obwohl im

298 Bamberger/Roth/Fuchs, § 626 Rn. 35.

299 BAGE 48, 220, 225 f.; BAGE 112, 124, 144 ff.; Bamberger/Roth/Fuchs, § 626 Rn. 36.

300 BAGE 112, 124, 144 ff.; Bamberger/Roth/Fuchs, § 626 Rn. 36.

301 Für Arbeitsverhältnisse, die vor dem 01.01.2004 begründet wurden, gilt gem. § 23 Abs. 2 S. 2 und 3 KSchG das Kündigungsschutzgesetz ab einer Anzahl von 6 Arbeitnehmern.

302 ErfK/Kiel, § 23 KSchG Rn. 7; MünchHdb.ArbR I/Berkowsky, § 109 Rn. 22.

303 Vgl. hierzu ErfK/Kiel, § 23 KSchG Rn. 4.

Konzern grds. kein Berechnungsdurchgriff erfolgt, werden auch dort die Arbeitnehmerzahlen der verschiedenen Konzerngesellschaften addiert, wenn ein einheitlicher, rechtlich gesicherter betriebsbezogener Leitungsapparat vorliegt.³⁰⁴ Diese Überlegungen müssen auf die Gemeindeverwaltung übertragen werden. Eine andere Beurteilung hätte zur Folge, dass sich die Gemeindeverwaltung durch eine gezielte Aufteilung ihrer Verwaltung in Anstalten des öffentlichen Rechts und Eigengesellschaften dem Kündigungsschutzrecht entziehen könnte. Die Arbeitnehmer der rechtlich selbstständigen Einheiten sind folglich der Gemeindeverwaltung zuzurechnen, wenn diese Einheiten wie die anderen Abteilungen zentral geleitet werden.³⁰⁵ Alleiniger Träger bzw. Gesellschafter ist die Gemeinde, die über die (faktische) Entscheidungsgewalt in der Anstalt oder der Gesellschaft verfügt. Die Entscheidungen treffen somit, wie auch beim unselbstständigen Verwaltungsteil, entweder der Gemeinderat (vgl. § 41 GO NW) oder der Bürgermeister als Chef der Verwaltung (vgl. § 62 GO NW). Ob der Bürgermeister einzelne Entscheidungen delegiert, ist unerheblich. Es kommt somit zur Berechnung des Schwellenwertes auf die Arbeitnehmer der Gemeindeverwaltung an, wobei die Arbeitnehmer der Anstalten des öffentlichen Rechts bzw. der Eigengesellschaften mitgerechnet werden. Die Gemeindeverwaltung als Gesamtverwaltung hat in den überwiegenden Fällen mehr als 10 Arbeitnehmer. Deshalb wird unterstellt, dass das Kündigungsschutzgesetz persönlich und sachlich anwendbar ist, wenn der betroffene Arbeitnehmer länger als 6 Monate bei der Gemeinde beschäftigt war.³⁰⁶

Eine betriebsbedingte Kündigung ist unter anderem gem. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG sozial gerechtfertigt, wenn die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb (bzw. dieser Verwaltung) entgegenstehen. Bei der Gemeinde gibt es oft eine Möglichkeit, Arbeitnehmer in einem anderen Verwaltungsbereich weiter zu beschäftigen. Die betriebsbedingte Kündigung ist damit nur möglich, wenn die

304 BAG NZA 1999, 932, 933 f.; BAGE 101, 321, 323 f.; ErfK/Kiel, § 23 KSchG Rn. 6; Gragert, NZA 2000, 961, 964; für einen grundsätzlichen Berechnungsdurchgriff im Konzern *Bepler*, AuR 1997, 54, 58 f.

305 Offenlassend BAGE 97, 141, 145; BAG NZA-RR 2010, 325, 326; A/P/S/Moll, § 23 KSchG Rn. 20.

306 Vgl. zum Kündigungsschutz in Kleinbetrieben außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes *Gragert*, NZA 2000, 961, 964 ff.

Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer in anderen Verwaltungsbereichen entfällt.

Die Arbeitnehmer der Einrichtung, die bei der Gemeinde nicht außerordentlich oder ordentlich betriebsbedingt gekündigt werden können, machen von ihrem Widerspruchsrecht meist Gebrauch.³⁰⁷ Die Arbeitsverhältnisse gehen dann nicht auf die Einrichtungsgesellschaft über. Widersprechen Arbeitnehmer dem Übergang nicht, können sie in der Einrichtungsgesellschaft meist nicht betriebsbedingt gekündigt werden, damit die Einrichtungsgesellschaft diese Arbeitsplätze mit ehrenamtlichem Personal besetzen kann. Auch hier fehlt es am Wegfall der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit.

(2) Gestaltungsmöglichkeiten

(a) Rückkehrrecht der Arbeitnehmer zur Gemeinde

Die Arbeitnehmer können erwägen, von ihrem Widerspruchsrecht keinen Gebrauch zu machen, wenn sie ein Rückkehrrecht zur Gemeinde haben. Gesetzlich ist ein Rückkehrrecht zum übertragenden Arbeitgeber nicht vorgesehen. Damit die Vereinbarung eines Rückkehrrechts wirksam ist, muss § 613a BGB dahingehend abdingbar sein. Aus dem Schutzgedanken des § 613a BGB ergibt sich, dass diese Norm grds. zwingendes Recht ist.³⁰⁸ Erfolgt eine Abweichung von § 613a BGB zugunsten der Arbeitnehmer, ist dieser nicht schutzbedürftig. Eine Abweichung von § 613a BGB zugunsten der Arbeitnehmer ist somit zulässig. Das Rückkehrrecht stellt rechtlich eine unbegrenzte Ausweitung der Widerspruchsfrist dar. Es ist für die Arbeitnehmer vorteilhaft und kann individualrechtlich vereinbart werden.

Die Parteien müssen aber ein Interesse an der Vereinbarung eines Rückkehrrechts der Arbeitnehmer zur Gemeinde haben. Den Arbeitnehmern eröffnet das Rückkehrrecht die Option, die Einrichtungsgesellschaft als Arbeitgeber zu erproben. Für sie ist das Rückkehrrecht zweifellos interessant.

Anders liegt der Fall bei der Einrichtungsgesellschaft und der Gemeinde. Die Einrichtungsgesellschaft hat zwar am Personal wegen dessen Kenntnis- und

307 *Hänigsen*, Gesprächsprotokoll, D. I.

308 BAGE 70, 209, 213 f.; ErfK/*Preis*, § 613a BGB Rn. 82.

Wissensstand ein Interesse. Dagegen muss sie aber auch darauf achten, dass möglichst viele Arbeitnehmer vom Widerspruchsrecht Gebrauch machen, damit sie diese nicht zu den Tarifbedingungen beschäftigen muss. Dem läuft die Vereinbarung eines Rückkehrrechts zuwider. Die Arbeitnehmer, die ohne Vereinbarung eines Rückkehrrechts vom Widerspruchsrecht fristgerecht Gebrauch gemacht hätten, werden die Einrichtungsgesellschaft als Arbeitnehmer erproben. Die Einrichtungsgesellschaft muss sie dann zu Tarifbedingungen beschäftigen. Deshalb wird die Einrichtungsgesellschaft der Vereinbarung eines Rückkehrrechts meist nicht zustimmen. Bei der Gemeinde löst die Vereinbarung eines Rückkehrrechts Planungsunsicherheiten aus. Ohne Rückkehrrecht erfährt sie bereits einen Monat nach Zugang der Unterrichtung der Arbeitnehmer verbindlich, welche Arbeitnehmer vom Widerspruchsrecht Gebrauch gemacht haben. Sie kann in absehbarer Zeit neue Stellen schaffen oder freiwerdende Stellen mit den widersprechenden Arbeitnehmern besetzen und braucht keine Neuanstellungen vorzunehmen. Dies ermöglicht eine mittel- bis langfristige Planung. Mit Vereinbarung eines Rückkehrrechts kann die Gemeinde nicht abschätzen, ob und wann die Arbeitnehmer zur Gemeinde zurückkehren. Auch die Gemeinde hat wenig Interesse an der Vereinbarung eines Rückkehrrechts. Dies wird damit in der Regel nicht vereinbart werden.

(b) Vertragseintritt der Einrichtungsgesellschaft bzw. der Gemeinde

Daneben kann auch der Beitritt der Einrichtungsgesellschaft zu dem Arbeitsvertrag möglich sein.³⁰⁹ Dann wären sowohl die Einrichtungsgesellschaft als auch die Gemeinde Arbeitgeber des Arbeitnehmers. Zum Beitritt bedarf es der Zustimmung aller Beteiligten.³¹⁰ Der Vertragsbeitritt ist mit § 613a BGB ebenfalls nur vereinbar, wenn es sich um eine Abweichung zugunsten des Arbeitnehmers handelt.³¹¹ Der Arbeitnehmer kann durch den Vertragsbeitritt einen zweiten Vertragspartner und damit Schuldner erhalten, hat aber durch die Verweigerung seiner Zustimmung auch die Möglichkeit, den Vertragsbeitritt zu verhindern. Für ihn ist die Möglichkeit des Vertragsbeitritts damit vorteilhaft und deshalb mit § 613a BGB vereinbar. Allerdings wird es regelmäßig nicht im Interesse der

309 Allgemein zum Vertragseintritt MK-BGB/Roth, § 398 Rn. 197; Staudinger/Busche, Einleitung zu §§ 398 ff. Rn. 207.

310 MK-BGB/Roth, § 398 Rn. 197; Staudinger/Busche, Einleitung zu §§ 398 ff. Rn. 207.

311 Vgl. die Ausführungen zur Abdingbarkeit des § 613a BGB im vorherigen Punkt.

Einrichtungsgesellschaft liegen, in ein Arbeitsverhältnis als Arbeitgeber einzutreten, dass den öffentlich-rechtlichen Tarifvorschriften unterliegt. Der Vertragsbeitritt der Einrichtungsgesellschaft zum Arbeitsvertrag zwischen der Gemeinde und dem Arbeitnehmer wird folglich regelmäßig nicht vorkommen.

(c) Vertragsübernahme

Schließlich kommt die individualvertragliche Übernahme des Arbeitsverhältnisses in Betracht.³¹² Unabhängig davon, ob dies durch § 613a BGB verdrängt wird oder ob es sich um ein widersprüchliches Verhalten i. S. v. § 242 BGB handelt,³¹³ mangelt es regelmäßig an der Zustimmung mindestens eines Beteiligten.³¹⁴ Der Arbeitnehmer wird aus den Gründen, aus denen er dem Übergang des Arbeitsverhältnisses widersprochen hat, auch der vertraglichen Übernahme des Arbeitsverhältnisses nicht zustimmen. Damit die Arbeitnehmer sich anders entscheiden, müsste die Einrichtungsgesellschaft entsprechende Anreize setzen. Dazu hat die Einrichtungsgesellschaft nicht die wirtschaftlichen Mittel. Die individualvertragliche Übernahme des Arbeitsverhältnisses kommt somit mangels Zustimmung des Arbeitnehmers oder der Einrichtungsgesellschaft nicht in Betracht.

(3) Zwischenergebnis

1. Die Überlassung der Einrichtungsimmobilie mitsamt Zubehör und ggf. Personal stellt einen rechtsgeschäftlichen Betriebsübergang i. S. v. § 613a BGB dar. Rechtsfolge ist der Übergang der Arbeitsverhältnisse von der Gemeinde auf die Einrichtungsgesellschaft als neuem Inhaber. Die Einrichtungsgesellschaft tritt in alle Rechte und Pflichten ein, auch die Regelungen des geltenden Tarifvertrags TVöD gelten mindestens ein Jahr fort. Die Gemeinde haftet gem. § 613a Abs. 2 BGB.

312 Rechtsgeschäftliche Übertragung von Schuldverhältnissen im Ganzen anerkannt: BAG NJW 1973, 822, 822; Jauernig/*Stürner*, § 398 Rn. 32; MK-BGB/*Roth*, § 398 Rn. 4; MK-BGB/*Bydlinski*, Vor § 414 Rn. 8.

313 Vgl. ausführlich zum widersprüchlichen Verhalten Jauernig/*Mansel*, § 242 Rn. 48 ff.; MK-BGB/*Roth/Schubert*, § 242 Rn. 319 ff.

314 Voraussetzung für die Vertragsübernahme ist die Zustimmung aller Beteiligten: BGHZ 95, 88, 93 f.; MK-BGB/*Roth*, § 398 Rn. 4 f.; MK-BGB/*Bydlinski*, Vor § 414 Rn. 8; *Lange*, ZIP 1999, 1373, 1374 ff.

2. Widersprechen die Arbeitnehmer dem Übergang des Arbeitsverhältnisses gem. § 613a Abs. 5 BGB innerhalb eines Monats nach Unterrichtung schriftlich, geht das Arbeitsverhältnis nicht auf die Einrichtungsgesellschaft über, sondern die Gemeinde bleibt Arbeitgeber. Die Arbeitnehmer werden oft von dem Widerspruchsrecht Gebrauch machen, da die Gemeinde u. a. der zuverlässigere und solventere Arbeitgeber ist. Das Risiko einer betriebsbedingten Kündigung ist bei der Gemeinde daneben gering.
3. Die Vereinbarung eines Rückkehrrechts, der Vertragseintritt der Einrichtungsgesellschaft bzw. der Gemeinde in den Arbeitsvertrag sowie die Vertragsübernahme sind regelmäßig keine Alternative.

bb) Personalüberlassung

Ist die Einrichtungsgesellschaft an bestimmten Arbeitnehmern interessiert, kommt die Überlassung einzelner Arbeitnehmer der Gemeinde an die Einrichtungsgesellschaft in Betracht. Je nach Dauer der Überlassung wird zwischen Zuweisung und Personalgestellung unterschieden.³¹⁵

(1) Zuweisung

Die Zuweisung ist die vorübergehende Beschäftigung unter Fortsetzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses bei einem Dritten im In- und Ausland, bei der der allgemeine Teil des TVöD nicht zur Anwendung kommt.³¹⁶ Das Direktionsrecht geht an die Einrichtungsgesellschaft als Dritter, dem der Arbeitnehmer zugewiesen wird, über.³¹⁷ Die Arbeitgeberpflichten bleiben bei der Gemeinde (§ 4 Abs. 2 S. 3 TVöD). Erhält der Arbeitnehmer Bezüge vom zugewiesenen Arbeitgeber, werden diese gem. § 4 Abs. 2 S. 4 TVöD auf das von der Gemeinde geschuldete Arbeitsentgelt angerechnet.

315 Vgl. zu den Problemen, die sich durch eine etwaige Anwendung des AÜG ergeben können LAG BW ZTR 2013, 618, 618 ff.; für die Anwendung des AÜG auf die Personalgestellung *Görg/Guth*, § 4 Rn. 16a; *Conze/Karb/Wölk*, Rn. 2194; dagegen *Bredemeier/Weizenegger*, § 4 Rn. 23; *Burger/Howald*, § 4 Rn. 27; *Bredendiek/Fritz/Tewes*, ZTR 2005, 230, 241.

316 Tarifliche Definition der Zuweisung in der Protokollerklärung zu § 4 Abs. 2 TVöD, abgedruckt u. a. in *Bredemeier/Weizenegger*, § 4; *Görg/Guth*, § 4.

317 Allgemein *Burger/Howald*, § 4 Rn. 18; *Ruge/Geißler*, S. 487.

Eine wirksame Zuweisung setzt gem. § 4 Abs. 2 S. 1 TVöD ein dienstliches, betriebliches oder öffentliches Interesse voraus. Das dienstliche bzw. betriebliche Interesse umfasst dienstliche bzw. betriebliche Gründe i. S. v. § 4 Abs. 1 S. 1 TVöD.³¹⁸ Diese liegen u. a. bei Aufgabenverlagerung bzw. Aufgabenwegfall vor.³¹⁹ Die Zuweisung erfolgt somit im dienstlichen bzw. betrieblichen Interesse. Ein öffentliches Interesse besteht, wenn der Arbeitsplatzwechsel des Arbeitnehmers im Interesse der Allgemeinheit liegt.³²⁰ Die Allgemeinheit hat ein Interesse daran, dass die Einrichtungsgesellschaft funktioniert und die Einrichtung möglichst lange zur Nutzung bereitgestellt wird. Es besteht neben dem dienstlichen bzw. betrieblichen Interesse auch ein öffentliches Interesse an der Zuweisung.

Die Zuweisung darf gem. § 4 Abs. 2 S. 1 TVöD nur vorübergehend auf eine mindestens gleich vergütete Tätigkeit erfolgen. Vorübergehend ist die Zuweisung, wenn ihr Ende zum Zeitpunkt der Zuweisung bereits feststeht oder der sachliche Grund für die Zuweisung seiner Art nach vorübergehend ist.³²¹ Die Zuweisung ist für einen Tag, mehrere Tage oder auch nur für einige Stunden täglich, wöchentlich oder monatlich möglich.³²² Sie erfolgt vor allem in der Anfangszeit, damit die Einrichtungsgesellschaft von den Erfahrungen und dem Wissen der Einrichtungsmitarbeiter profitieren und dieses an ihr künftiges Personal weitergegeben werden kann. Deshalb wird der zugewiesene Arbeitnehmer meist die Tätigkeit ausüben, die er vor dem Übergang der Einrichtung innehatte. Sofern die Gemeinde den Arbeitnehmer zwischen Einrichtungsübergang und Zuweisung nicht befördert hat, ist die zugewiesene Tätigkeit bei der Einrichtungsgesellschaft nicht geringer bezahlt als die Tätigkeit bei der Gemeinde.

Der Arbeitnehmer muss der Zuweisung zustimmen, wobei die Verweigerung nur aus wichtigem Grund möglich ist (§ 4 Abs. 2 S. 1 f. TVöD). Ein solcher wichtiger Grund ist bei der Zuweisung zur Einrichtungsgesellschaft in der Regel nicht ersichtlich.³²³ Die Mitbestimmung des Personalrats ist bei einer länger als

318 Dörring/Kutzki/Dörring, § 4 Rn. 14.

319 Bepler/Stier, § 4 Rn. 13; Burger/Howald, § 4 Rn. 12.

320 Dörring/Kutzki/Dörring, § 4 Rn. 14; Ruge/Geißler, S. 487.

321 Dörring/Kutzki/Dörring, § 4 Rn. 15.

322 Burger/Howald, § 4 Rn. 18 i. V. m. Rn. 11.

323 Ausführlich zur Ablehnung der Zustimmung aus wichtigem Grund Dörring/Kutzki/Dörring, § 4 Rn. 19; Görg/Guth, § 4 Rn. 15 ff.

drei Monate andauernden Zuweisung gem. § 72 Abs. 1 Nr. 6 LPVG NW erforderlich.

(2) Personalgestellung

Für die auf Dauer angelegte Beschäftigung bei einem Dritten unter Fortsetzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses sieht § 4 Abs. 3 TVöD die Personalgestellung vor.³²⁴ Auf Dauer ist die Überlassung angelegt, wenn eine Rückkehr zum Arbeitgeber weder absehbar noch beabsichtigt ist.³²⁵ Voraussetzung der Personalgestellung ist gem. § 4 Abs. 3 S. 1 TVöD die Verlagerung der Aufgabe der Beschäftigten zu einem Dritten. Die Aufgabe des zuvor in der gemeindlichen Einrichtung beschäftigten Arbeitnehmers ist mit dem Betrieb der Einrichtung auf die Einrichtungsgesellschaft übergegangen. Die Personalgestellung erfolgt auf Verlangen des Arbeitgebers (§ 4 Abs. 3 S. 1 TVöD). Die Arbeitnehmer müssen der Personalgestellung nicht zustimmen,³²⁶ der Personalrat in analoger Anwendung des § 72 Abs. 1 Nr. 6 LPVG NW dagegen schon.³²⁷ Gem. S. 2 der Protokollerklärung zu § 4 Abs. 3 TVöD regeln der Arbeitgeber und der Dritte, also die Gemeinde und die Einrichtungsgesellschaft, die Modalitäten der Personalgestellung vertraglich. Eine Teilgestellung ist möglich.³²⁸ Diese kommt in Betracht, wenn der Arbeitnehmer in der Einrichtung nicht mit der gesamten Arbeitszeit beschäftigt war.

(3) Beurteilung

Ob die beiden Instrumente sinnvoll sind, muss im Einzelfall abgewogen werden. Die Gemeinde hat an der Zuweisung und inbes. der Gestellung ein Interesse, wenn sie den Arbeitnehmer auf einen anderen unpassenderen Arbeitsplatz versetzen muss. Daneben ist es für die Gemeinde sinnvoll, wenn bei der Überlassung des Arbeitnehmers an die Einrichtungsgesellschaft ein wirtschaftlich interessantes Überlassungsentgelt erzielt wird.

324 Tarifliche Definition der Personalgestellung in der Protokollerklärung zu § 4 Abs. 3 TVöD, abgedruckt u. a in Bredemeier/*Weizenegger*, § 4; *Görg/Guth*, § 4.

325 *Burger/Howald*, § 4 Rn. 31.

326 Ebenso Bredemeier/*Weizenegger*, § 4 Rn. 21; *Bredendiek/Fritz/Tewes*, ZTR 2005, 230, 242.

327 Ebenso zur Parallelregelung im BPersVG Bredemeier/*Weizenegger*, § 4 Rn. 26; *Burger/Howald*, § 4 Rn. 34; restriktiver *Görg/Guth*, § 4 Rn. 21.

328 *Burger/Howald*, § 4 Rn. 26.

Für die Einrichtungsgesellschaft ist die Zuweisung vorteilhaft, wenn sie den betreffenden Arbeitnehmer nicht dauerhaft übernehmen, sondern nur kurzfristig beschäftigen möchte. Die Gestellung ist für sie interessant, wenn sie das Personal zu günstigeren Konditionen bereitgestellt bekommt, was als Zuschuss der Gemeinde an die Einrichtungsgesellschaft in Betracht kommen kann. Gegen die Personalüberlassung spricht aus Sicht der Einrichtungsgesellschaft, dass die Identifikation mit der Einrichtungsgesellschaft und der Einsatz größer sind, wenn die Einrichtungsgesellschaft der direkte Arbeitgeber ist.³²⁹ Als Dienstherr kann sie die Arbeitnehmer durch den Abschluss von Zielvereinbarungen mit Anreizen auch zusätzlich motivieren.³³⁰

b) Neuanstellung von Personal

Bei der Neuanstellung von Personal wird die Einrichtungsgesellschaft versuchen, ehrenamtliche Mitarbeiter, meist aus dem Gesellschafter- bzw. Mitarbeiterkreis zu gewinnen. Damit sich genügend ehrenamtliche Helfer finden, ist es sinnvoll durch ein Belohnungssystem Anreize zu setzen. Dies können bei einem Hallenbad Sondereintrittskarten sein. Finden sich nicht genügend ehrenamtliche Mitarbeiter oder weisen diese für bestimmte Positionen nicht die nötige Ausbildung auf, muss die Einrichtungsgesellschaft auf entgeltliches Personal zurückgreifen. Gibt es bei gleichen Tätigkeiten ehrenamtliches und entgeltliches Personal, kann dies zu Konflikten führen. Deshalb sollte darauf geachtet werden, dass gleiche Tätigkeiten entweder insgesamt durch ehrenamtliches oder insgesamt durch entgeltliches Personal verrichtet werden.

4. Sonstige Rechtsverhältnisse

Daneben geht die Gemeinde für die Einrichtung weitere Rechtsverhältnisse wie Strom- und Wasserlieferungsverträge oder Verträge mit den Einrichtungskunden ein. Dabei ist zwischen Dauerschuldverhältnissen und auf eine einmalige Leistung gerichtete Schuldverhältnisse zu unterscheiden.

329 *Hänigsen*, Gesprächsprotokoll, D. II.; vgl. zur Motivationsproblematik, wenn der betroffene Beschäftigte der Gestellung nicht zustimmt, *Bredendiek/Fritz/Tewes*, ZTR 2005, 230, 242.

330 *Hänigsen*, Gesprächsprotokoll, D. II.

Bei den die Einrichtung betreffenden Dauerschuldverhältnissen muss getrennt werden, ob die Leistungen daraus ausschließlich dem Betrieb der Einrichtung dienen oder neben der betreffenden Einrichtung vom Umfang des Vertrages noch andere bzw. alle gemeindlichen Dienststellen umfasst sind. Im letzteren Fall hat die Gemeinde kein Interesse daran, den Vertrag zu kündigen oder zu übertragen. Gegebenenfalls kann eine Vertragsanpassung erfolgen. Ist das Dauerschuldverhältnis nur auf die von der Gemeinde abgegebene Einrichtung bezogen, möchte sich die Gemeinde aus diesem Vertrag lösen. Dies kann durch Kündigung erreicht werden. Die Einrichtungsgesellschaft muss dann (in beiden Fällen) einen neuen Vertrag abschließen. Daneben ist die Vertragsübernahme durch die Einrichtungsgesellschaft denkbar.³³¹ Voraussetzung für die Vertragsübernahme ist, dass alle Beteiligten zustimmen.³³² Die Gemeinde wird zustimmen, da es für sie keinen Unterschied macht, ob sie durch Kündigung oder durch Vertragsübernahme aus der Position der Vertragspartei ausscheidet. Die Zustimmung der Einrichtungsgesellschaft und der anderen Vertragspartei hängt von den Vertragskonditionen ab. Die Einrichtungsgesellschaft ist mit der Vertragsübernahme meist einverstanden, wenn die Konditionen des übernehmenden Vertrages für sie besser oder zumindest ebenso gut sind als dies bei einem neuen Vertragsschluss wäre. Dann hat aber die andere Vertragspartei ein wirtschaftliches Interesse daran, die Vertragsübernahme abzulehnen. Oft wird es somit nicht zur Vertragsübernahme kommen. Die andere Vertragspartei kann unter Umständen der Vertragsübernahme zustimmen oder der Einrichtungsgesellschaft in einem neuen Vertrag bessere Konditionen bieten, um die Einrichtungsgesellschaft in ihrem Vorhaben zu unterstützen. Dies dürfte vor allem lokale Unternehmen betreffen.

Die auf eine einmalige Leistung gerichteten Schuldverhältnisse mit der Gemeinde erlöschen in der Regel gem. § 362 Abs. 1 BGB durch Erfüllung oder sind bereits dadurch erloschen. In besonderen Einzelfällen kann sich auch hier die Vertragsübernahme anbieten, z. B. wenn die auf die Einrichtung bezogenen Leis-

331 Die rechtsgeschäftliche Übertragung von Schuldverhältnissen als Ganzes ist anerkannt: BAG NJW 1973, 822, 822; BGHZ 129, 371, 373 ff.; Jauernig/*Stürmer*, § 398 Rn. 32; MK-BGB/*Roth*, § 398 Rn. 4; MK-BGB/*Bydlinski*, Vor § 414 Rn. 8.

332 Vgl. die Nachweise in Fn. 314.

tungen erst in absehbarer Zeit nach der Übernahme der Einrichtung durch die Einrichtungsimmobilien erfüllt werden.

5. Beitritt neuer Mitglieder bzw. Aufnahme neuer Gesellschafter

In der Regel werden nicht alle Mitglieder der Einrichtungs-eG bzw. Gesellschafter der Einrichtungs-GmbH Gründungsmitglieder bzw. Gründungsgesellschafter sein. Deshalb erfolgt nach der Gründung der eG bzw. der GmbH der Beitritt neuer Mitglieder bzw. die Aufnahme weiterer Gesellschafter.

a) Eingetragene Genossenschaft

Bei der eG verläuft der Beitritt neuer Mitglieder relativ einfach gem. § 15 Abs. 1 S. 1 GenG durch eine schriftliche, unbedingte Beitrittserklärung des Mitglieds und der Zulassung des Beitritts durch die eG. Der Inhalt der Beitrittserklärung richtet sich nach § 15a GenG. In die Einrichtungs-eG können somit jederzeit neue Mitglieder aufgenommen werden.³³³

b) GmbH

Die Aufnahme neuer GmbH-Gesellschafter ist wegen der zwingenden Beachtung der Kapitalaufbringungsregelungen dagegen schwieriger. Bei der GmbH vermittelt der Geschäftsanteil die Mitgliedschaft.³³⁴ Um Gesellschafter der GmbH zu werden, muss der Beitrittswillige einen oder mehrere Geschäftsanteile an der GmbH erwerben.

Am einfachsten erfolgt die Aufnahme neuer Gesellschafter durch Abtretung des Geschäftsanteils von einem Gesellschafter an einen Beitrittswilligen durch notariellen Vertrag gem. § 15 Abs. 3 GmbHG. Dazu bedarf es bereits im Anfangsstadium abtretungswilliger Gesellschafter. Dies kann erreicht werden, indem die Gründungsgesellschafter die Geschäftsanteile auf den vorgesehenen und auf volle Euro lautenden Nennbetrag festlegen (§ 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG)³³⁵ und die gesamten Geschäftsanteile übernehmen. Dies ist zulässig, da gem. § 5 Abs. 2 S. 2 GmbHG ein Gesellschafter bei der Errichtung der GmbH mehrere Geschäftsanteile

333 Vgl. zum Beitritt in die eG Beuthien/Beuthien, §§ 15 ff.; L/W/Schulte, §§ 15 ff.; P/F/B/Fandrich, §§ 15 ff.; BeckHdb.Gen/Geschwandtner, § 4 Rn. 5 ff.

334 K. Schmidt, GR, § 35 I. 1.

335 Vgl. zur Höhe der Geschäftsanteile 4. Teil, B. II. 2. a).

teile übernehmen kann. Die übernommenen Geschäftsanteile können die Gesellschafter sodann an beitriftswillige Gesellschafter abtreten.

Misslingt die vorgeschlagene Vorgehensweise oder reichen die abzutretenden Geschäftsanteile nicht aus, kommen weitere Möglichkeiten in Betracht. Die Einrichtungs-GmbH kann zur Aufnahme neuer Gesellschafter durch eine effektive Kapitalerhöhung neue Anteile schaffen und diese den Beitrittswilligen übertragen.³³⁶ Eine effektive Kapitalerhöhung gem. § 55 ff. GmbHG ist u. a. durch die erforderliche Änderung des Gesellschaftsvertrags recht aufwendig und kann nicht bei jedem einzelnen Beitrittswunsch durchgeführt werden. Wegen des Prinzips der realen Kapitalaufbringung kann die Einrichtungs-GmbH bei einer effektiven Kapitalerhöhung analog § 56 Abs. 1 AktG keine neuen Anteile übernehmen,³³⁷ um sie später an Beitrittswillige zu übertragen. Bereits beigetretene Gesellschafter können jedoch weitere Anteile übernehmen, um sie dann an beitriftswillige Gesellschafter zu übertragen.

Bei der nominellen Kapitalerhöhung werden gem. § 57c Abs. 1 GmbHG Rücklagen in Stammkapital umgewandelt, wozu es ebenfalls der Änderung des Gesellschaftsvertrages bedarf. Die Einrichtungs-GmbH kann bei der Kapitalerhöhung durch Gesellschaftsmittel eigene Anteile erwerben, da diese gem. § 33 Abs. 1 GmbHG bereits voll einbezahlt sind.³³⁸ Allerdings muss die GmbH gem. § 33 Abs. 2 GmbHG beim Erwerb eigener Anteile, bei denen die Einlage bereits vollständig geleistet ist, im Zeitpunkt des Erwerbs eine Rücklage in Höhe der Aufwendungen für den Erwerb bilden können, ohne das Stammkapital oder eine nach dem Gesellschaftsvertrag zu bildende Rücklage, die nicht an die Gesellschafter ausbezahlt werden darf, zu mindern.

Schließlich kommt die Aufnahme neuer Gesellschafter mithilfe des genehmigten Kapitals gem. § 55a GmbHG in Frage. Dabei muss die Gesellschafterversammlung

336 Vgl. ausführlich zu der Vorgehensweise und den Anforderungen an eine effektive Kapitalerhöhung *Raiser/Veil*, § 39 Rn. 3 ff.

337 Allgemein *MK-GmbHG/Lieder*, § 55 Rn. 118; *Ulmer/Ulmer*, § 55 Rn. 61 f.; *Fleischer*, *GmbHR* 2008, 673, 679; ohne Bezug zu § 56 Abs. 1 AktG *Michalski/Hermanns*, § 55 Rn. 81; *Scholz/Priester*, § 55 Rn. 110; ohne Begründung *Baumbach/Hueck/Zöllner/Fastrich*, § 55 Rn. 19.

338 *Scholz/Priester*, § 55 Rn. 110.

lung bei den einzelnen Maßnahmen nicht mehr zustimmen.³³⁹ Dies reduziert den Aufwand bei der auf eine Vielzahl von Gesellschaftern angelegten EinrichtungsgmbH.

Bei der Einrichtungsgesellschaft in der Rechtsform der GmbH muss bei Aufnahme neuer Gesellschafter differenziert werden. Zunächst sollte versucht werden, die Aufnahme neuer Gesellschafter durch die Anteilsabtretung zu erreichen. Eine effektive Kapitalerhöhung ist sinnvoll, wenn auf einmal viele neue Gesellschafter in die Gesellschaft aufgenommen werden möchten. Eine nominelle Kapitalerhöhung wird erst mittel- bis langfristig relevant, wenn die Einrichtungsgesellschaft die erforderlichen Rücklagen bilden konnte. Für die kurzfristige Aufnahme neuer einzelner Gesellschafter eignet sich das genehmigte Kapital. Die Maßnahmen können auch kombiniert werden.

6. Beurteilung der Neugründung

Die Neugründung bedeutet einen Neuanfang. Die Gesellschaft selbst muss gegründet werden. Danach müssen alle benötigten Rechtsverhältnisse abgeschlossen oder übernommen werden. Insbesondere eine Regelung zur Überlassung der Einrichtungsimmobilie sowie des Einrichtungszubehörs ist wichtig. Auch muss sich die Einrichtungsgesellschaft um Personal kümmern, da in der Regel die Arbeitnehmer von der gemeindlichen Einrichtung dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses widersprechen werden. Der Vorteil ist aber, dass die Einrichtungsgesellschaft von Beginn an nach ihren Bedürfnissen und Vorstellungen aufgebaut werden kann. Die Neugründung ist somit eine gute Alternative zur Gründung der Einrichtungsgesellschaft.

339 Baumbach/Hueck/Zöllner/Fastrich, § 55a Rn. 2; MK-GmbHG/Lieder, § 55a Rn. 1.

II. Formwechsel

1. Formwechsel von Eigengesellschaften

a) Überblick über die Durchführung³⁴⁰

Zu Beginn des Formwechsels von Eigengesellschaften wird der Entwurf des Umwandlungsbeschlusses mit dem Mindestinhalt gem. § 194 Abs. 1 UmwG erstellt. Beim Formwechsel in eine eG oder eine GmbH hat der Umwandlungsbeschluss zudem gem. § 253 Abs. 1 UmwG die Satzung der eG bzw. gem. § 243 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 218 Abs. 1 S. 1 UmwG den Gesellschaftsvertrag der GmbH zu enthalten.³⁴¹ Beim Formwechsel in eine eG muss der Umwandlungsbeschluss auch gem. § 253 Abs. 2 UmwG die Beteiligung jedes Mitglieds mit mindestens einem Geschäftsanteil vorsehen. Besteht ein Betriebsrat, ist der Entwurf des Umwandlungsbeschlusses gem. § 194 Abs. 2 UmwG dem zuständigen Betriebsrat des formwechselnden Rechtsträgers zuzuleiten.

Außerdem muss gem. § 192 Abs. 1 UmwG das Vertretungsorgan des formwechselnden Rechtsträgers einen Umwandlungsbericht erstatten. Der Umwandlungsbericht ist gem. § 192 Abs. 2 S. 1 1. Fall UmwG entbehrlich, wenn an dem formwechselnden Rechtsträger nur ein Anteilsinhaber beteiligt ist. Bei den zugrunde gelegten Eigengesellschaften ist die Gemeinde alleinige Gesellschafterin. Eines Umwandlungsberichts bedarf es somit nicht.

Danach erfolgt die Beschlussfassung der Anteilsinhaber gem. § 193 Abs. 1 UmwG in der Anteilshaberversammlung, wobei die Anteilshaber zuvor auch per Briefwahl abstimmen können.³⁴² Da die Gemeinde im vorliegenden Modell 100%ige Anteilshaberin der Eigengesellschaften ist, stellt das Erreichen der Beschlussmehrheiten und folglich die Fassung des Umwandlungsbeschlusses

340 Vgl. dazu ausführlich *Gaß*, S. 221 ff.

341 Hierbei handelt es sich um Übergangssatzungen bzw. –gesellschaftsverträge nur zum Zwecke der Umwandlung, die im weiteren Verlauf der Gründung der Einrichtungs-eG dann in die im Teil 4 beschriebene Satzung der Einrichtungs-eG bzw. in den Gesellschaftsvertrag der Einrichtungs-GmbH geändert werden.

342 *Schöne/Arens*, WM 2012, 381, 384 ff.; teilweise *Lutter/H. Schmidt*, § 43 Rn. 7; a. A. *Kallmeyer/Zimmermann*, § 193 Rn. 3, 8; *KK-UmwG/Petersen*, § 193 Rn. 6; *Lutter/Decher/Hoger*, § 193 Rn. 3; *HK-UmwG/Quass*, § 193 Rn. 4; *Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Stratz*, § 193 Rn. 7; *Semler/Stengel/Bärwaldt*, § 193 Rn. 8; *Widmann/Mayer/Vollrath*, § 193 Rn. 20.

kein Problem dar. Der Umwandlungsbeschluss ist gem. § 193 Abs. 3 S. 1 UmwG notariell zu beurkunden.

Schließlich muss die neue Rechtsform des Rechtsträgers gem. § 198 Abs. 1 bzw. § 198 Abs. 2 UmwG mit den Anlagen gem. § 199 UmwG zur Eintragung ins Genossenschafts- bzw. Handelsregister angemeldet werden. Die Anmeldung ist jeweils durch das Vertretungsorgan der formwechselnden Gesellschaft vorzunehmen (§ 254 Abs. 1 UmwG bzw. § 246 Abs. 1 UmwG). Gleichzeitig sind auch die Mitglieder des Vorstandes der neuen eG gem. § 254 Abs. 2 UmwG bzw. die Geschäftsführer der künftigen GmbH gem. § 246 Abs. 2 UmwG ins jeweilige Register anzumelden.

Das Wirksamwerden des Formwechsels mit Eintragung ins Genossenschafts- bzw. Handelsregister gem. § 202 Abs. 1 bzw. § 202 Abs. 2 UmwG bildet den Abschluss der Durchführung des Formwechsels.

b) Rechtsfolgen und weitere Maßnahmen

Ist der Formwechsel durchgeführt, ergeben sich nachstehende Rechtsfolgen, aus denen weitere Maßnahmen zur Umgestaltung der Zielgesellschaft in die Einrichtungsgesellschaft notwendig werden.

aa) Vermögen und Rechtsverhältnisse

(1) Allgemeines

Beim Formwechsel findet keine Vermögensübertragung statt.³⁴³ Ebenso berührt der Formwechsel weder dingliche noch schuldrechtliche Rechtsbeziehungen des Rechtsträgers.³⁴⁴ Das bedeutet für die Einrichtungsimmobilie mitsamt Einrichtungszubehör und den sonstigen Gegenständen, dass diese nach wie vor im Eigentum der Gesellschaft stehen. Stand die Einrichtungsimmobilie nicht im Eigentum der Eigengesellschaft, sondern wurde von der Gemeinde zur Nutzung überlassen, verbleibt auch dieses Rechtsverhältnis bei der Gesellschaft neuer Rechtsform. Einer Überlassung durch die Gemeinde wie bei der Neugründung bedarf es nicht.

343 HK-UmwG/*Kierstein*, § 202 Rn. 5; *Kallmeyer/Meister/Klöcker*, § 202 Rn. 13; *Lutter/Decher/Hoger*, § 202 Rn. 7.

344 HK-UmwG/*Kierstein*, § 202 Rn. 7 ff.

Arbeits- und Dienstverträge bleiben ebenfalls unverändert, § 613a BGB ist nicht anzuwenden.³⁴⁵ Für die Einrichtungsgesellschaft bedeutet dies, dass sie das gesamte privatrechtlich angestellte Personal der vormals gemeindlichen Einrichtung übernehmen muss. Die Einrichtungsgesellschaft möchte und muss aber entgeltliches Personal durch ehrenamtliches Engagement ersetzen, um Kosten zu vermeiden und wirtschaftlich zu arbeiten. Fällt die Einrichtungsgesellschaft in den Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes, kann über betriebsbedingte Kündigungen unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 KSchG nachgedacht werden. Liegt der Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes nicht vor, unterliegt die Zulässigkeit der Kündigung den allgemeinen Vorschriften.

(2) Vorstand bzw. Geschäftsführer

Die Organstellung des Vorstands bzw. der Geschäftsführer der Eigengesellschaft wird durch den Formwechsel beendet.³⁴⁶ Der Anstellungsvertrag ist von der Beendigung der Organstellung unabhängig und bleibt vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung bei dem Rechtsträger neuer Rechtsform bestehen.³⁴⁷ Der Rechtsträger hat meist³⁴⁸ kein Recht, das Anstellungsverhältnis außerordentlich zu kündigen.³⁴⁹ Die außerordentliche Kündigung kann nur erfolgen, wenn ein entsprechendes Kündigungsrecht im Anstellungsvertrag vereinbart worden ist. Die ordentliche Kündigung des Anstellungsvertrages scheitert meist an dessen Befristung. Der Anstellungsvertrag des Vertretungsorgans kann aber einvernehmlich aufgehoben werden.

345 HK-UmwG/*Kierstein*, § 202 Rn. 7; *Kallmeyer/Meister/Klöcker*, § 202 Rn. 27; *Lutter/Decher/Hoger*, § 202 Rn. 25; *Semler/Stengel/Kübler*, § 202 Rn. 9.

346 H. M. BGH NZG 2007, 590, 591; HK-UmwG/*Kierstein*, § 202 Rn. 17; *Kallmeyer/Meister/Klöcker*, § 202 Rn. 24; *Semler/Stengel/Kübler*, § 202 Rn. 10; *Widmann/Mayer/Vossius*, § 202 Rn. 32; zur AG Heckschen/Simon/*Heckschen*, § 9 Rn. 23; *Buchner/Schlobach*, GmbHR 2004, 1, 4; a. A. *Lutter/Decher/Hoger*, § 202 Rn. 39 und *Hoger*, ZGR 2007, 868, 870 ff.

347 BGH NZG 2007, 590, 591; *Kallmeyer/Meister/Klöcker*, § 202 Rn. 24; *Lutter/Decher/Hoger*, § 202 Rn. 39; *Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Stratz*, § 202 Rn. 5; *Semler/Stengel/Kübler*, § 202 Rn. 10; *Buchner/Schlobach*, GmbHR 2004, 1, 18.

348 Ausnahme: Rechtsträger hat außerordentliches Kündigungsrecht, wenn bisheriges Organmitglied eine zumutbare Tätigkeit außerhalb der Organebene ablehnt: *Kallmeyer/Meister/Klöcker*, § 202 Rn. 24 m. w. N.; *Lutter/Decher/Hoger*, § 202 Rn. 39; ausf. *Buchner/Schlobach*, GmbHR 2004, 1, 7 f.

349 HK-UmwG/*Kierstein*, § 202 Rn. 17; *Kallmeyer/Meister/Klöcker*, § 202 Rn. 24 ; *Lutter/Decher/Hoger*, § 202 Rn. 39.

(3) Aufsichtsratsmitglieder

Außerdem stellt sich die Frage, was mit den Aufsichtsratsmitgliedern der formwechselnden Eigengesellschaft geschieht. Die Aufsichtsratsmitglieder der formwechselnden Eigen-AG und ggf.³⁵⁰ der formwechselnden Eigen-GmbH bleiben gem. § 203 S. 1 UmwG für den Rest ihrer Wahlzeit als Mitglied des Aufsichtsrats des Rechtsträgers neuer Rechtsform im Amt, wenn bei diesem in gleicher Weise wie beim formwechselnden Rechtsträger ein Aufsichtsrat gebildet und zusammengesetzt wird. Bei dem Formwechsel der Eigengesellschaften ist zu unterscheiden.

Zunächst ist die Amtskontinuität beim Formwechsel der Eigen-AG in eine eG zu betrachten. Sowohl die AG als auch die eG sehen zwingend einen Aufsichtsrat vor. Allerdings kann die Satzung gem. § 9 Abs. 1 S. 2 GenG bei weniger als 21 Mitgliedern den Verzicht auf einen Aufsichtsrat vorsehen. Da bei der umgewandelten eG zunächst nur die Gemeinde Mitglied ist,³⁵¹ kann dies in der Übergangssatzung³⁵² vereinbart werden. Enthält die Satzung eine entsprechende Regelung, besteht mangels Aufsichtsrat in der Zielrechtsform keine Amtskontinuität der Aufsichtsratsmitglieder. Auch wenn von der Verzichtsmöglichkeit keinen Gebrauch gemacht wird, scheitert die Amtskontinuität gem. § 203 S. 1 UmwG beim Formwechsel einer Eigen-AG in eine eG daran, dass sich der Aufsichtsrat in der AG anders zusammensetzt als in der eG. Während bei der AG grds. Jedermann Aufsichtsrat werden kann,³⁵³ müssen die Aufsichtsratsmitglieder in der eG gem. § 9 Abs. 2 S. 1 GenG Mitglieder der eG sein.³⁵⁴ Sind die Mitglieder keine natürlichen Personen, können daneben gem. § 9 Abs. 2 S. 2 GenG Mitglieder von beteiligten Genossenschaften oder zur Vertretung befugte Personen von juristischen Personen oder Personengesellschaften Mitglieder des Aufsichtsrats werden.

350 Da die Eigen-GmbH in der Regel deutlich weniger als 500 Arbeitnehmer hat und somit nicht dem Anwendungsbereich des Drittelbeteiligungsgesetzes unterliegt, muss sie nicht zwingend einen Aufsichtsrat haben. Dennoch kann die Eigen-GmbH einen fakultativen Aufsichtsrat haben.

351 Zur Frage der Aufnahme weiterer Gesellschafter vor bzw. während des Formwechsels vgl. die Ausführungen im 3. Teil, B. II. 1. b) bb) (3).

352 Vgl. zur Übergangssatzung die Ausführungen in Fn. 341.

353 Vgl. aber die Einschränkungen in § 100 AktG.

354 Für den umgekehrten Fall ebenso Lutter/*Decher/Hoger*, § 203 Rn. 8; Semler/*Stengel/Simon*, § 203 Rn. 5.

Die Kontinuität der Aufsichtsratsämter gem. § 203 S. 1 UmwG setzt daneben voraus, dass die Bildung eines Aufsichtsrates in beiden Rechtsformen zwingend ist.³⁵⁵ Ist der Aufsichtsrat vor oder nach dem Formwechsel nur fakultativ, ist § 203 S. 1 UmwG nicht einschlägig.³⁵⁶ Hat die GmbH entweder als Ausgangsrechtsform bei der Umwandlung in eine eG oder als Zielrechtsform bei der Umwandlung aus einer Eigen-AG einen fakultativen Aufsichtsrat, bleiben die Aufsichtsratsmitglieder ebenfalls nicht im Amt.

Wird eine Eigen-AG in eine GmbH ohne fakultativen Aufsichtsrat umgewandelt, scheidet die Kontinuität der Aufsichtsratsmandate am Fehlen eines Aufsichtsrates in der Zielrechtsform.

Mit Umwandlung der Eigengesellschaft in die Einrichtungsgesellschaft erlöschen somit die Aufsichtsratsämter.

bb) Anteilsinhaber

Weitere Rechtsfolge des Formwechsels ist gem. § 202 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 UmwG die Kontinuität der Anteilseigner. Die Gemeinde ist nach dem Formwechsel einziges Mitglied der Einrichtungs-eG bzw. einzige Gesellschafterin der Einrichtungs-GmbH.

(1) Zulässigkeit der Gemeinde als alleiniger Anteilsinhaber in der Zielrechtsform

Die Gemeinde muss in der Zielrechtsform als alleiniger Anteilsinhaber zulässig sein. Eine eG muss gem. § 4 GenG mindestens drei Mitglieder haben. Diese Vorschrift gilt aber nach § 197 S. 2 UmwG nicht für den Formwechsel. Danach ist die Ein-Mitglied-eG im Zeitpunkt des Formwechselvorgangs zulässig.³⁵⁷ Allerdings muss die eG gem. § 9 Abs. 1 S. 1 GenG einen Vorstand und einen Aufsichtsrat haben. Es stellt sich die Frage, ob ein Mitglied in der Lage ist, die ge-

355 HK-UmwG/*Kierstein*, § 203 Rn. 3; Kallmeyer/*Meister/Klöcker*, § 203 Rn. 11; KK-UmwG/*Petersen*, § 203 Rn. 4; Lutter/*Decher/Hoger*, § 203 Rn. 10; Semler/*Stengel/Simon*, § 203 Rn. 3; *Parmentier*, AG 2006, 476, 483.

356 HK-UmwG/*Kierstein*, § 203 Rn. 3; Kallmeyer/*Meister/Klöcker*, § 203 Rn. 11; KK-UmwG/*Petersen*, § 203 Rn. 4; Lutter/*Decher/Hoger*, § 203 Rn. 10; Semler/*Stengel/Simon*, § 203 Rn. 3; *Parmentier*, AG 2006, 476, 483.

357 § 197 S. 2 UmwG gilt nur für den Formwechselvorgang: *Ganske*, S. 268.

forderten Organämter zu besetzen. Der Vorstand besteht gem. § 24 Abs. 2 S. 1 GenG grds. aus zwei Personen, der Aufsichtsrat gem. § 36 Abs. 1 GenG aus mindestens drei Personen. Die Mitglieder des Vorstandes der künftigen eG müssen gem. § 254 Abs. 2 UmwG zeitgleich mit der Anmeldung der künftigen eG ins Genossenschaftsregister angemeldet werden. Daraus ergibt sich, dass die Bestellung der Vorstandsmitglieder bereits vor der Anmeldung zum Genossenschaftsregister vorzuliegen hat.

Die Aufsichtsräte und Vorstände müssen gem. § 9 Abs. 2 S. 1 GenG Mitglieder der eG sein. Eine Fremdorganschaft kommt nicht in Betracht. Bei einer juristischen Person wie der Gemeinde als Mitglied der eG ist die zu deren Vertretung befugte Person gem. § 9 Abs. 2 S. 2 HS. 2 UmwG organberechtigt.³⁵⁸ Vertretungsberechtigt für die Gemeinde ist grds. gem. § 63 Abs. 1 GO NW der Bürgermeister. Für die Vertretung der Gemeinde in Organen von juristischen Personen oder Personenvereinigungen verweist § 63 Abs. 2 GO NW auf die Spezialregelung in § 113 GO NW. In diesem Zusammenhang ist problematisch, ob der Vorstand der eG ein „entsprechende[s] Organ“ im Sinne von § 113 Abs. 1 S. 1 GO NW ist. Daneben müsste die Frage geklärt werden, ob § 9 Abs. 2 S. 2 HS. 2 UmwG auf eine organschaftliche oder eine rechtsgeschäftliche Vertretungsbefugnis der zur Vertretung befugten Person abstellt.³⁵⁹

Diese beiden Probleme können aber dahinstehen, wenn der Bürgermeister als Vorstand der eG ausreicht und kein Aufsichtsrat erforderlich ist. § 9 Abs. 1 S. 2 GenG und § 24 Abs. 2 S. 3 GenG ermöglichen es, bei Genossenschaften mit weniger als 21 Mitgliedern durch entsprechende Satzungsregelung auf den Aufsichtsrat zu verzichten und den Vorstand auf eine Person zu begrenzen. Sieht die Satzung, die nach § 253 Abs. 1 S. 1 UmwG im Umwandlungsbeschluss enthalten sein muss,³⁶⁰ eine solche Klausel vor, steht der Ein-Mitglied-eG mit dem Bürgermeister der Gemeinde als Vorstand beim Formwechselfvorgang nichts entgegen.

358 Dies wird als Ausnahme von dem Grundsatz der Fremdorganschaft angesehen, da die Vertreter der juristischen Personen oder Personengesellschaften, die Mitglied in der eG sind, nicht ihrerseits ebenfalls Mitglieder der eG sein müssen.

359 Gesetzliche und rechtsgeschäftliche Vertreter sind zulässig *BT-Drs.* 16/1025, S. 83; *L/W/Schulte*, § 9 Rn. 19; kritisch *Beuthien/Beuthien*, § 9 Rn. 7.

360 Diese Satzung ist eine Übergangssatzung und wird entsprechend der im Teil 4 herausgearbeiteten Satzung der „fertigen“ Einrichtungsgesellschaft geändert.

Nach § 255 Abs. 2 UmwG i. V. m. § 80 GenG muss die Einrichtungs-eG spätestens ein Jahr nach dem Formwechsel mindestens drei Mitglieder haben, da ihr sonst die Auflösung von Amts wegen droht. Zu einer solchen Amtslöschung wird es bei der Errichtung einer Einrichtungs-eG kaum kommen, da das Modell der Einrichtungsgesellschaft gerade eine Vielzahl von Bürgern und Unternehmen als Mitglieder bzw. Gesellschafter vorsieht und die Aufnahme mindestens zwei weiterer Mitglieder innerhalb eines Jahres möglich sein sollte.

Die alleinige Gesellschafterstellung der Gemeinde ist bei der GmbH zulässig (§ 1 GmbHG).

(2) Änderung der Anteilsinhaber nach erfolgtem Formwechsel

Die angestrebte Mitglieder- bzw. Gesellschafterstruktur kann aufgrund der Kontinuität der Mitgliedschaft gem. § 202 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 UmwG grds. nicht alleine durch den Formwechsel erreicht werden. Deshalb müssen zusätzliche Mitglieder bzw. Gesellschafter aufgenommen werden und die Gemeinde ggf. aus der Einrichtungsgesellschaft ausscheiden.

(a) Eingetragene Genossenschaft

(aa) Bestimmung des Geschäftsguthabens und der Geschäftsanteile

Bevor auf den Eintritt neuer Mitglieder und den möglichen Austritt der Gemeinde eingegangen werden kann, muss der Geschäftsanteil bzw. das Geschäftsguthaben der Gemeinde an der eG bestimmt werden.

Gem. § 256 Abs. 1 UmwG ist jedem Mitglied als Geschäftsguthaben der Wert der Geschäftsanteile oder Aktien gutzuschreiben, mit denen es an der formwechselnden Gesellschaft beteiligt war. Dabei ist nicht auf den Nominalwert, sondern auf den wirtschaftlichen Wert abzustellen, was zur Aufdeckung der stillen Reserven führt.³⁶¹ Die Höhe dieses Betrages hängt wesentlich vom Wert der Einrichtungsimmobilie ab. Ist dieser relativ hoch, ist entscheidend, ob die Einrichtungsimmobilie in der Gesellschaftsbilanz als Anlagevermögen geführt oder die Überlassung zwischen der Gemeinde und ihrer Eigengesellschaft schuld-

361 HK-UmwG/Frenz, § 256 Rn. 4 f.; KK-UmwG/Schöpflin, § 256 Rn. 2; Lutter/Göthel, § 256 Rn. 3; Semler/Stengel/Bonow, § 256 Rn. 6 f.; Widmann/Mayer/Fronhöfer, § 256 Rn. 8.

rechtlich geregelt wurde. Ist die Einrichtungsimmobilie in die Gesellschaft eingebracht, kann der wirtschaftliche Wert u. U. ein Vielfaches des Stamm- bzw. Grundkapitals betragen. Aber auch ohne Einbringung der Einrichtungsimmobilie liegt der wirtschaftliche Wert in der Regel über dem Wert des Stamm- bzw. Grundkapitals.

Vom Geschäftsguthaben ist der genossenschaftliche Geschäftsanteil zu unterscheiden, der gem. § 7 Nr. 1 GenG zwingend Satzungsbestandteil sein muss.³⁶² Hierbei handelt es sich um den Betrag, bis zu welchem sich die einzelnen Mitglieder mit Einlagen beteiligen können. Der Geschäftsanteil darf nicht verschieden hoch sein, sondern muss für alle Mitglieder den gleichen Betrag haben.³⁶³ Soll sich ein Mitglied mit mehreren Geschäftsanteilen beteiligen können, muss dies ebenfalls gem. § 7a Abs. 1 S. 1 GenG in der Satzung verankert werden. Mit Blick auf den vorgesehenen Eintritt neuer Mitglieder sind zwei Möglichkeiten denkbar. Die Übergangssatzung kann den Betrag der Geschäftsanteile relativ hoch ansetzen, sodass sich die Gemeinde entsprechend ihrem Geschäftsguthaben mit nur wenigen Anteilen beteiligen muss. Dies führt de facto zu einer Eintrittssperre bei der eG für finanzschwächere Mitgliedschaftsbewerber. Auch wenn in der Übergangssatzung gem. § 7 Nr. 1 GenG nur die Mindesteinzahlung auf den Geschäftsanteil in Höhe von 10% des Anteilsbetrags vorgeschrieben ist, kann oder will dies bei hohen Geschäftsanteilsbeträgen ein Teil der Bevölkerung als Zielgruppe der Einrichtungs-eG regelmäßig nicht aufbringen.³⁶⁴ Sind im Übergangsstadium Personen bereit, zu diesen Konditionen in die eG einzutreten, muss die Anpassung der Geschäftsanteile anschließend durch eine Herabsetzung der Geschäftsanteile gem. § 22 GenG oder deren Zerlegung gem. § 22b GenG im Zusammenhang mit der Änderung der Übergangssatzung in die Satzung der Einrichtungs-eG erfolgen. Sowohl die Herabsetzung als auch die Zerlegung der Anteile verursachen zusätzlichen Aufwand. Die bereits eingetretenen Mitglieder

362 Dazu die Ausführungen im 4. Teil, B. II. 2.

363 RGZ 62, 303, 308 f.; RGZ 64, 187, 193; Beuthien/*Beuthien*, § 7 Rn. 1; Henssler/*Strohn/Geibel*, § 7 GenG Rn. 2; L/W/*Schulte*, § 7 Rn. 3; P/F/B/*Fandrich*, § 7 Rn. 3; *Bauer*, S. 64; ebenso, aber noch zur DM *Müller*, § 7 Rn. 2; dies folgt aus dem absoluten Gleichbehandlungsgebot im Rahmen der Treuepflicht Beuthien/*Beuthien*, § 18 Rn. 60; Henssler/*Strohn/Geibel*, § 18 GenG Rn. 6; L/W/*Schulte*, § 18 Rn. 16 f.; P/F/B/*Pöhlmann*, § 18 Rn. 19.

364 Vgl. ausführlich zur Frage, welche Höhe des Geschäftsanteils für die Adressaten der Einrichtungs-eG angemessen ist, die Ausführungen im 4. Teil, B. II. 2. a).

müssen der Zerlegung der Geschäftsanteile gem. § 16 Abs. 2 Nr. 8 GenG mit mindestens drei Vierteln der abgegebenen Stimmen zustimmen. Gleiches gilt gem. § 16 Abs. 4 GenG für die Herabsetzung der Geschäftsanteile.³⁶⁵ Hier kann die Satzung zwar andere Erfordernisse aufstellen. In beiden Fällen eröffnet das Zustimmungserfordernis den Mitgliedern die Möglichkeit, die Änderung der Satzung zur Zerlegung und Herabsetzung und somit indirekt die Aufnahme neuer Mitglieder zu blockieren. Der Satzungsänderungsbeschluss muss in beiden Fällen gem. § 16 Abs. 5 GenG zur Eintragung ins Genossenschaftsregister angemeldet und zu dessen Wirksamkeit gem. § 16 Abs. 6 GenG eingetragen werden. Bei der Herabsetzung der Geschäftsanteile ist daneben der Satzungsänderungsbeschluss gem. § 156 Abs. 1 S. 2 GenG gerichtlich bekannt zu machen und den Gläubigern gem. § 22 Abs. 2 GenG Sicherheit zu leisten.

Daneben stellt sich die Frage, ob die beiden Maßnahmen zu einem Abfluss finanzieller Mittel bei der eG führen. Bei der Herabsetzung der Geschäftsanteile verbietet zwar § 22 Abs. 4 S. 1 GenG u. a. die Auszahlung des Geschäftsguthabens eines Mitgliedes, solange es nicht aus der eG ausgeschieden ist. Das Geschäftsguthaben kann aber nicht höher sein als der gesamte Betrag der von ihm gezeichneten Geschäftsanteile.³⁶⁶ Einzahlungen, die über den Gesamtbetrag der Geschäftsanteile hinausgehen, vermitteln einen schuldrechtlichen Rückzahlungsanspruch des Mitglieds gegenüber der eG und sind kein Geschäftsguthaben.³⁶⁷ Dieser die Geschäftsanteile übersteigende Betrag ist dann an das Mitglied auszubezahlen.³⁶⁸ Gerade bei einer Herabsetzung von einem hohen auf einen relativ kleinen Geschäftsanteil kann dies zu finanziellen Schwierigkeiten bei der eG führen. Um das zu vermeiden können in der Satzung die Mitglieder verpflichtet werden, Geschäftsanteile in Höhe des die bisherigen Geschäftsanteile übersteigenden Betrages zu übernehmen.³⁶⁹ Ist keine Pflichtbeteiligung vereinbart, kann ein Mitglied aber gem. § 67b Abs. 1 GenG seine die Pflichtbeteiligung übersteigenden Geschäftsanteile durch schriftliche Erklärung zum Schluss

365 Beuthien/Beuthien, § 22 Rn. 2; L/W/Schulte, § 22 Rn. 2; P/F/B/Pöhlmann, § 22 Rn. 2.

366 Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 199.

367 Beuthien/Beuthien, § 7 Rn. 4; L/W/Schulte, § 7 Rn. 5, § 22 Rn. 7; Müller, § 7 Rn. 8; P/F/B/Fandrich, § 7 Rn. 6.

368 RGZ 140, 197, 203; Beuthien/Beuthien, § 7 Rn. 4, § 22 Rn. 12; Henssler/Strohn/Geibel, § 22 GenG Rn. 2; L/W/Schulte, § 22 Rn. 7; Müller, § 7 Rn. 8, § 22 Rn. 26; P/F/B/Pöhlmann, § 22 Rn. 5.

369 L/W/Schulte, § 22 Rn. 7; Müller, § 22 Rn. 27.

des Jahresende kündigen. Es erfolgt daraufhin eine Teilauseinandersetzung nach § 73 GenG.³⁷⁰ Eine entsprechende Pflichtbeteiligung muss aber gem. § 7a Abs. 2 S. 2 GenG für alle Mitglieder gleich sein. Würde man sie festlegen, käme dies faktisch dem Ergebnis vor der Herabsetzung der Geschäftsanteile gleich. Sie ist deshalb nicht sinnvoll. Die eG kann aber versuchen, das Mitglied schuldrechtlich zum Halten der Anteile zu verpflichten.³⁷¹ Der Weg über die Herabsetzung des Geschäftsanteils ist insgesamt aber wenig ratsam.

Bei der bloßen Zerlegung der Geschäftsanteile kommt es zu keinem Abfluss finanzieller Mittel, da die Summe der alten Geschäftsanteile der Summe der neuen Geschäftsanteile entspricht. Die Zerlegung ist aber nur bei einer teilbaren Zerlegung möglich, d. h. wenn der Betrag des alten Geschäftsanteils durch den Betrag der neuen Geschäftsanteile ohne Rest teilbar ist. Ist dies nicht der Fall, muss die Zerlegung der Geschäftsanteile mit einer Erhöhung bzw. Herabsetzung der Geschäftsanteile einhergehen.³⁷² Auch nach erfolgter Zerlegung der Geschäftsanteile kann ein Mitglied gem. § 67b Abs. 1 GenG seine weiteren Anteile, soweit es nicht nach der Satzung oder einer Vereinbarung mit der eG zur Beteiligung mit mehreren Geschäftsanteilen verpflichtet ist, Geschäftsanteile durch schriftliche Erklärung zum Schluss des Jahresende kündigen.

Die zweite Alternative besteht darin, den Betrag der Geschäftsanteile in der Übergangssatzung bereits so zu wählen, dass die Einrichtungs-eG möglichst vielen Bürgern zugänglich gemacht wird.³⁷³ Daneben muss die Übergangssatzung gem. § 7a Abs. 1 S. 1 GenG die Beteiligung eines Mitglieds mit mehreren Geschäftsanteilen zulassen. In der Regel dürfte der Weg über die zweite Alternative deutlich einfacher und zeitsparender sein. Das zur Pflichtbeteiligung und zu § 67b GenG Gesagte gilt entsprechend.

In beiden Varianten kann sich das Problem ergeben, dass der Betrag der Geschäftsanteile bzw. deren mögliche Höchstzahl pro Mitglied zu niedrig angesetzt ist. Dann muss die Einrichtungs-eG der Gemeinde gem. § 256 Abs. 2 S. 1

370 Beuthien/Beuthien, § 73 Rn. 13; L/W/Schulte, § 73 Rn. 17; Müller, § 73 Rn. 36; P/F/B/Fandrich, § 73 Rn. 18; BeckHdb.Gen/Geschwandtner, § 4 Rn. 36.

371 Beuthien/Beuthien, § 67b Rn. 3; Henssler/Strohn/Geibel, § 67b GenG Rn. 1; L/W/Schulte, § 67b Rn. 7; P/F/B/Fandrich, § 67b Rn. 4.

372 Müller, § 22b Rn. 2; P/F/B/Pöhlmann, § 22b Rn. 2; vgl. L/W/Schulte, § 22b Rn. 2.

373 Ausführliche Überlegungen zur Höhe des Geschäftsanteil im 4. Teil, B. II. 2. a).

UmwG die Differenz aus dem Geschäftsguthaben und dem Gesamtbetrag der Anteile nach sechs Monaten ab Bekanntmachung der Eintragung der eG in das Register auszahlen.³⁷⁴ Um dies zu vermeiden, eröffnet § 253 Abs. 2 S. 2 UmwG die Möglichkeit, bereits im Umwandlungsbeschluss zu bestimmen, dass jedes Mitglied der eG mit mindestens einem und im Übrigen mit so vielen Geschäftsanteilen, wie sie durch Anrechnung seines Geschäftsguthabens bei dieser eG als voll eingezahlt anzusehen sind, beteiligt ist.

(bb) Eintritt neuer Gesellschafter und ggf. Austritt der Gemeinde

Nachdem die Höhe der Geschäftsanteile entsprechend festgelegt oder geändert wurde, können die Bürger und Unternehmen der Einrichtungs-eG als Mitglied beitreten.³⁷⁵

Dabei ist zu klären, ob die Gemeinde Mitglied der Einrichtungs-eG bleibt. Angedacht ist, dass die Bürger und Unternehmen in der Gemeinde die Einrichtungs-eG führen und die Gemeinde nur unterstützend tätig wird. Da der Gemeinde bei der eG unabhängig von der Höhe ihres Geschäftsguthabens bzw. der Summe ihrer Geschäftsanteile gem. § 43 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 S. 2 GenG nur höchstens drei Stimmen gewährt werden können, besteht für die anderen Mitglieder keine Gefahr, dass die Gemeinde die Beschlüsse in der Generalversammlung der Einrichtungs-eG alleine fassen kann. Für die Gemeinde verhält es sich aber wie bei der Einbringung der Einrichtungsimmobilie in die Satzung bei der Neugründung.³⁷⁶ Sie hat zwar mitunter ein hohes Geschäftsguthaben, kann aber auf die Geschicke der Einrichtungs-eG nur begrenzten Einfluss nehmen. Die Gemeinde hat deshalb in der Regel ein Interesse am Austritt aus der Einrichtungs-eG oder zumindest an der deutlichen Reduktion ihre Anteile.

Tritt die Gemeinde aus der Einrichtungs-eG aus bzw. reduziert ihre Anteilszahl erheblich, hat dies gem. § 73 Abs. 2 GenG die ganze bzw. teilweise Rückzah-

374 Die Auszahlung darf gem. § 256 Abs. 2 S. 2 UmwG erst erfolgen, wenn die Gläubiger befriedigt oder sichergestellt sind.

375 Vgl. zum Beitritt der Mitglieder die Ausführungen hierzu im Zusammenhang mit der Neugründung (3. Teil, B. I. 5. a)).

376 3. Teil, B. I. 2. a) cc) (1) (a) (aa).

lung des die restlichen Geschäftsanteile übersteigenden Betrags zur Folge.³⁷⁷ Es kann versucht werden, diesen Auszahlungsanspruch durch die Vereinbarung eines Mindestkapitals in der Satzung abzumildern. Gem. § 8a Abs. 2 S. 1 GenG ist der Anspruch auf Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens solange ausgesetzt, wie durch die Auszahlung das Mindestkapital unterschritten würde. Um diesen Effekt zu erzielen, muss ein entsprechend hohes Mindestkapital mit mindestens drei Vierteln der abgegebenen Stimmen vereinbart werden (§ 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 GenG). Misslingt die Einführung des Mindestkapitals, muss geklärt werden, ob und ggf. wie die Einrichtungs-eG für den Auszahlungsanspruch aufkommen kann.

Hat die Einrichtungsimmobilie einen geringen Wert oder wurde sie der Eigengesellschaft nur schuldrechtlich überlassen, ist das Geschäftsguthaben der Gemeinde relativ niedrig. Dann kann der Finanzabfluss, der durch den Austritt der Gemeinde oder der Kündigung mehrerer ihrer Geschäftsanteile erfolgt, durch den Beitritt mehrerer neuer Mitglieder eventuell insgesamt aufgefangen werden. Ist dies nicht der Fall, kommt zunächst die Stundung des restlichen Betrages durch die Gemeinde oder die Zwischenfinanzierung über Darlehen in Frage. Je nach Höhe der in Rede stehenden Summe kann die Einrichtungs-eG mit der Rückzahlung Probleme haben. Auf jeden Fall fehlt dieses Geld dann zur Bildung von Rücklagen.

Ist ein Darlehen von der Einrichtungs-eG nicht gewünscht oder stimmen die Gemeinde bzw. der oder die Darlehensgeber nicht zu, stellt sich die Frage, ob die Auszahlung der Gemeinde dann mit der „Auszahlung“ von Sachwerten abgewickelt werden kann, deren weitere Nutzung durch die Einrichtungs-eG so dann schuldrechtlich geregelt werden muss. Das GenG spricht in § 73 Abs. 2 S. 2 GenG von Auszahlung des Geschäftsguthabens, enthält allerdings keine genaue Definition. § 73 Abs. 4 GenG erlaubt aber zu § 73 Abs. 2 S. 2 GenG abweichende Satzungsregeln hinsichtlich der Voraussetzungen, der Modalitäten und der Frist für die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens. Ob das Auseinandersetzungsguthaben in Form von Geld oder entsprechenden Sachwerten ausbezahlt wird, ist eine Frage der Auszahlungsmodalität. Die Gemeinde

377 Für die Anwendung von § 73 GenG auf die Kündigung einzelner Anteile vgl. die Nachweise in Fn. 370.

bzw. später die Gemeinde und die weiteren Mitglieder können somit in der Übergangssatzung festlegen, dass die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens auch durch Übereignung von Sachwerten erfolgen kann. Besteht bei der Einrichtungsgesellschaft ein Bedarf an diesen Sachwerten, muss eine schuldrechtliche Gebrauchsüberlassung vereinbart werden.

Ist das Geschäftsguthaben der Gemeinde in der neuen eG sehr hoch, sind die komplette Aufbringung, die Stundung oder Darlehensfinanzierung des Auseinandersetzungsbetrages in der Regel keine realistischen Maßnahmen zur Auszahlung der Gemeinde. In diesem Fall kann die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens meist nur über die „Rückgabe“ der Einrichtungsimmobilie geleistet werden. In diesem Fall ist es aber sinnvoll, die Einrichtungsimmobilie bereits vor dem Formwechsel aus dem formwechselnden Rechtsträger herauszunehmen. Die Gebrauchsüberlassung der Einrichtungsimmobilie muss dann ebenfalls entsprechend der Neugründung schuldrechtlich vereinbart werden.

(b) GmbH

Beim Formwechsel einer Eigen-AG in eine Eigen-GmbH wird gem. § 247 Abs. 1 2. Alt. UmwG das bisherige Grundkapital der formwechselnden AG zum Stammkapital der neuen GmbH. Eine davon abweichende Festsetzung kann im Umwandlungsbeschluss nicht getroffen werden.³⁷⁸ Die Änderung des Kapitals muss durch Kapitalerhöhung oder –herabsetzung erfolgen.³⁷⁹ Die Aktionäre der umgewandelten Eigen-AG müssen gem. § 248 Abs. 2 1. Alt. UmwG i. V. m. § 73 Abs. 1 und 2 AktG aufgefordert werden, die Aktien zum Umtausch einzureichen. Werden die Aktien nach Aufforderung nicht eingereicht, muss die Gesellschaft die Aktien im öffentlichen Interesse für kraftlos erklären.³⁸⁰

Die Zahl, die Art und der Umfang der Geschäftsanteile der GmbH ergeben sich aus dem Umwandlungsbeschluss (§ 194 Abs. 1 Nr. 4 UmwG) bzw. aus dem bei-

378 HK-UmwG/Rose, § 247 Rn. 2; Widmann/Mayer/Rieger, § 247 Rn. 11.

379 HK-UmwG/Rose, § 247 Rn. 2; Widmann/Mayer/Rieger, § 247 Rn. 11.

380 KK-UmwG/Petersen, § 248 Rn. 8; Lutter/Göthel, § 248 Rn. 22; Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Stratz, § 248 Rn. 7; Semler/Stengel/Scheel, § 248 Rn. 24.

liegenden Gesellschaftsvertrag.³⁸¹ Unabhängig von der Höhe und Anzahl der Geschäftsanteile vereinigt die Gemeinde nach dem Formwechsel als einzige Gesellschafterin alle Anteile. Auch die Einrichtungs-GmbH muss somit nach erfolgtem Formwechsel umgestaltet werden.

Die naheliegende Möglichkeit der Umgestaltung ist die Übertragung der Geschäftsanteile der Gemeinde an beitrittswillige Gesellschafter gem. § 15 GmbHG. Deshalb kann die Höhe der Geschäftsanteile und daraus folgend die Anzahl der Geschäftsanteile im Umwandlungsbeschluss bereits so festzulegen sein, dass die Mitgliedschaft in der Einrichtungs-GmbH einer Vielzahl an Bürgern und Unternehmen möglich wird.³⁸² Dabei bleibt aber unberücksichtigt, dass die Höhe des Geschäftsanteils sich nach dem Nennbetrag der Stammeinlage bestimmt und nicht den wahren Wert der Unternehmensbeteiligung wiedergibt.³⁸³ Beim Formwechsel der AG zur GmbH kommt es im Gegensatz zum Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine eG nicht zur Aufdeckung der stillen Reserven. Diese werden aber für die Bestimmung der Gegenleistung für die Anteilsübertragung im Rahmen des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts relevant, wobei der Kaufpreis dem Wert des Geschäftsanteils³⁸⁴ nicht entsprechen muss.³⁸⁵ Die Gemeinde und der beitrittswillige Gesellschafter können über die Höhe der Gegenleistung verhandeln. Damit es nicht bereits am Anfang zu Konflikten kommt, sollte von Seiten der Gemeinde darauf geachtet werden, die Anteile zu gleichen oder zumindest ähnlichen Preisen zu verkaufen.

Eine weitere Möglichkeit, die GmbH umzugestalten, ist bei entsprechenden Regelungen im Gesellschaftsvertrag der Weg über die Einziehung der Geschäftsanteile der Gemeinde gem. § 34 GmbHG, ggf. mit entsprechender Kapitalherabsetzung und anschließender Kapitalerhöhung. Die Einziehung der Geschäftsanteile der Gemeinde, ggf. mit Kapitalerhöhung wird auch relevant, wenn nicht für alle Geschäftsanteile der Gemeinde Übernahmewillige bereitstehen.

381 KK-UmwG/*Petersen*, § 194 Rn. 8; *Ganske*, S. 218; im Hinblick auf eine mögliche Übertragung dieser Geschäftsanteile an Beitrittswillige ist es zu diesem Zeitpunkt noch nicht sinnvoll, über die Schaffung stimmrechtsloser Anteile nachzudenken.

382 Zur Höhe der Geschäftsanteile 4. Teil, B. II. 2. a).

383 Scholz/*Seibt*, § 14 Rn. 1, 10; MünchHdb.GesR III/*Jasper/Wollbrink*, § 23 Rn. 1.

384 Vgl. zur Bewertung eines Geschäftsanteils MünchHdb.GesR III/*Jasper/Wollbrink*, § 23 Rn. 17 ff.

385 MünchHdb.GesR III/*Jasper/Wollbrink*, § 23 Rn. 17.

Bei der Einziehung der Geschäftsanteile hat die Gemeinde ohne abweichende Satzungsregelung einen Anspruch auf vollwertige Abfindung.³⁸⁶ Zwar kann der Gesellschaftsvertrag die Höhe der Abfindung im Rahmen des Vertretbaren beschränken.³⁸⁷ Berücksichtigt man aber, dass die Gemeinde bei Erstellung der Übergangssatzung alleinige Gesellschafterin der GmbH ist, wird von der vollwertigen Abfindung, wenn überhaupt, nur gering abgewichen werden. Erfolgt der Beitritt neuer Gesellschafter im Rahmen einer effektiven Kapitalerhöhung oder im Rahmen von genehmigtem Kapital,³⁸⁸ müssen die Beitretenden nur ihre Einlagen leisten (§ 55a Abs. 1 S. 1, § 56a GmbHG). Für die Beitretenden wäre somit der Eintritt im Rahmen des genehmigten Kapitals bzw. der Kapitalerhöhung günstiger als die Abtretung. Um dem entgegenzuwirken, kann die Gemeinde im Gesellschaftsvertrag festlegen, dass die Beitretenden weitere Leistungen erbringen müssen (vgl. § 55 Abs. 2 S. 2 GmbHG). Neben der Bestimmung der konkreten Höhe stellt sich für den Beitritt von Gesellschaftern in künftigen Jahren des Weiteren die Frage, wie die Regelung der sonstigen Leistungen adäquat fortgeführt werden kann. Schließlich werden die vorhandenen Gesellschafter einer Kapitalerhöhung nur zustimmen, wenn die neu beitretenden Gesellschafter ungefähr die gleiche Leistung erbringen müssen, die sie selbst bei ihrem Eintritt geleistet haben.

Die Änderung der Anteilsinhaberstruktur, bei der die Gemeinde den Wert ihrer Beteiligung ersetzt bekommt und gleichzeitig die beitretenden Gesellschafter langfristig gleich bzw. ähnlich behandelt werden sollen, ist aufwendig. Die Gründung der Einrichtungs-GmbH über den Formwechsel ist aus diesem Grund regelmäßig schwierig.

386 RGZ 125, 114, 118; BGHZ 116, 359, 365; Baumbach/Hueck/*Fastrich*, § 34 Rn. 22; Lutter/Hommelhoff/*Lutter*, § 34 Rn. 78; Michalski/*Sosnitza*, § 34 Rn. 45; MK-GmbHG/*Strohn* § 34 Rn. 208; Scholz/*Westermann*, Anh. § 34 Rn. 22.

387 Dazu ausführlich BGHZ 116, 359, 368 ff.; Baumbach/Hueck/*Fastrich*, § 34 Rn. 25 ff.; Lutter/Hommelhoff/*Lutter*, § 34 Rn. 81 ff.; Michalski/*Sosnitza*, § 34 Rn. 55 ff.; Scholz/*Westermann*, Anh. § 34 Rn. 24.

388 Vgl. bereits oben im 3. Teil, B. I. 5. b).

(3) Änderung der Anteilsinhaber vor dem Formwechselfvorgang oder im Zuge des Formwechselfvorgangs

Neben der Änderung der Anteilsinhaber nach erfolgtem Formwechsel kann erwogen werden, die Anteilsinhaberstruktur vor dem Formwechsel bzw. während des Formwechselfvorgangs zu ändern. Da die Aufdeckung der stillen Reserven beim Formwechsel in die Einrichtungs-eG bei einer vorherigen oder gleichzeitigen Aufnahme neuer Anteilsinhaber zu Problemen sowohl im Bezug auf den Ausgleich mit der Gemeinde als auch mit den nach dem Formwechsel beitretenden Mitgliedern führt, wird die vorherige oder gleichzeitige Anteilsinhaberänderung für die Einrichtungsgesellschaft nur beim Formwechsel der Eigen-AG in die GmbH relevant. Die folgenden Ausführungen beschränken sich deshalb auf diesen Fall.

(aa) Änderung der Anteilsinhaber vor dem Formwechsel

Bei der Änderung der Anteilsinhaber vor dem Formwechsel kann der Vollzug des Formwechsels aufwendiger werden, wenn einer oder mehrere beigetretene Gesellschafter die Durchführungsmaßnahmen behindern. Die Aktionäre müssen gem. § 240 Abs. 1 S. 1 UmwG dem Umwandlungsbeschluss grds. mit einer Mehrheit von mindestens drei Vierteln des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals zustimmen. Das hat zur Folge, dass der Umwandlungsbeschluss gem. § 194 Abs. 1 Nr. 6 UmwG ein Abfindungsangebot nach § 207 UmwG enthalten muss. In der Satzung der formwechselnden AG kann aber gem. § 240 Abs. 1 S. 2 UmwG vorgesehen werden, dass der Umwandlungsbeschluss zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung aller Aktionäre bedarf. Zwar würde damit das Abfindungsangebot gem. § 194 Abs. 1 Nr. 6 UmwG entbehrlich. Sobald aber einer der Aktionäre dem Formwechsel nicht zustimmt, misslingt dieser. Daneben muss der Vorstand der formwechselnden AG einen Umwandlungsbericht gem. § 192 Abs. 1 UmwG erstatten. Dieser ist nur entbehrlich, wenn alle Aktionäre auf seine Erstattung durch notariell beurkundete Erklärung verzichten (§ 192 Abs. 2 UmwG). Verweigert ein Aktionär seine Zustimmung, muss der Bericht erstattet werden. Daneben ist es unrealistisch, dass vor dem Formwechsel bereits alle künftigen Anteilsinhaber dem Rechtsträger beitreten. Auch nach dem Formwechsel treten noch Gesellschafter in die Einrichtungsgesellschaft ein. Durch die vorherige Anteilsübertragung wird der Aufwand der Anteilsübertra-

gung nach dem Formwechsel damit zwar nur verringert und nicht gelöst. Die vorherige Anteilsübertragung kann beim Formwechsel einer AG in eine GmbH dennoch erwogen werden, da keine Aufdeckung der stillen Reserven erfolgt. Allerdings muss bei der konkreten Umsetzung ebenfalls darauf geachtet werden, dass die Leistung der vor dem Formwechsel eintretenden Aktionäre und die Leistung der nach dem Formwechsel eintretenden Gesellschafter einander ungefähr entsprechen, damit es nicht bereits zu Beginn der Einrichtungsgesellschaft zu Konflikten unter den Gesellschaftern führt.

(bb) Änderung der Anteilsinhaber im Zuge des Formwechsels

Aus dem Grundsatz der Anteilsinhaberidentität lässt sich kein Verfügungsverbot über die Anteile zwischen dem Umwandlungsbeschluss und der Eintragung des Formwechsels herleiten.³⁸⁹ Damit können in diesem Zeitraum nach den allgemeinen Regeln Ein- und Austritte erfolgen bzw. über die Anteile verfügt werden.³⁹⁰ Da es sich vorliegend beim Ausgangsrechtsträger um eine AG handelt, wird die Übertragung der Aktien relevant.³⁹¹

Führt man die Überlegung, dass Ein- und Austritte bzw. Übertragungen von Anteilen nach den allgemeinen Regelungen vom Umwandlungsrecht losgelöst möglich sind, weiter, kann i. V. m. § 158 Abs. 1 BGB für die Änderung der Anteilsinhaber im Zuge des Formwechsels der Eigen-AG die Vereinbarung der aufschiebend bedingten Aktienübertragung zum Umwandlungsstichtag, eine sog. Simultanübertragung, erwogen werden.³⁹² Dazu muss die aufschiebend bedingte Aktienübertragung nach den allgemeinen Regeln zulässig sein. Rechtsgeschäfte sind grds. bedingungsfreundlich, aus bestimmten Gründen wie des Verkehrsschutzes kann die Bedingungsfeindlichkeit geboten sein.³⁹³ Bei der Ak-

389 BGH NZG 2005, 722, 723; BayObLG NZG 2003, 829, 830; Lutter/Decher/Hoger, § 202 Rn. 10; Semler/Stengel/Kübler, § 202 Rn. 19; K. Schmidt, GmbHR 1995, 693, 695; Priester, DB 1997, 560, 562 f.

390 BayObLG NZG 2000, 166, 166; BayObLG NZG 2003, 829, 830; Kallmeyer/Meister/Klöcker, § 194 Rn. 25; Lutter/Decher/Hoger, § 202 Rn. 10; Semler/Stengel/Kübler, § 202 Rn. 19; K. Schmidt, GmbHR 1995, 693, 695; Priester, DB 1997, 560, 563.

391 Vgl. zur Übertragung der einzelnen Aktienarten durch Rechtsgeschäft Beck-Hdb.AG/Maul, § 3 Rn. 111 ff.

392 K. Schmidt, GmbHR 1995, 693, 694 ff.; Priester, DB 1997, 560, 567; zum Begriff K. Schmidt, GmbHR 1995, 693, 695.

393 Staudinger/Bork, Vorbem. zu §§ 158 ff. Rn. 34 ff.

tienübertragung können neben der AG selbst die Gläubiger und die Öffentlichkeit schutzbedürftig sein. Da dem neuen Aktionär aber unabhängig von der gewählten Übertragungsart mit der Aktie dieselben Rechte und Pflichten wie dem alten Aktionär obliegen, sind weder die AG, noch die Gläubiger und die Öffentlichkeit schutzwürdig. Deshalb ist die Aktienübertragung nicht bedingungsfeindlich. Die Aktienübertragung kann danach aufschiebend bedingt gem. § 158 Abs. 1 BGB nach allgemeinem Recht zum Stichtag des Formwechsels vereinbart werden. Damit vollziehen sich mit Wirksamwerden des Formwechsels zwei voneinander getrennte Vorgänge. Die Aktionäre werden zwar gem. § 202 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 UmwG grds. Gesellschafter der neuen GmbH. Zeitgleich wird aber die Übertragung der Aktien nach allgemeinem Recht wirksam. Damit bleibt der umwandlungsrechtliche Grundsatz der Anteilsinhaberidentität gewahrt, die Änderung der Anteilsinhaber ist aber dennoch zum Umwandlungsstichtag möglich.

Die Aktien können somit zwischen Umwandlungsbeschluss und der Eintragung des Formwechsels entweder direkt oder aufschiebend bedingt zum Umwandlungsstichtag übertragen werden.

cc) Recht der Gläubiger auf Sicherheitsleistung

Beim Formwechsel können die Gläubiger des formwechselnden Rechtsträgers³⁹⁴ grds. gem. § 204 i. V. m. § 22 Abs. 1 UmwG binnen sechs Monaten nach Bekanntmachung der Eintragung des Formwechsels schriftlich vom Rechtsträger neuer Rechtsform Sicherheitsleistung verlangen, soweit sie keine Befriedigung fordern können.³⁹⁵ Dieses Recht steht den Gläubigern gem. § 204 i. V. m. § 22 Abs. 2 UmwG nicht zu, wenn sie im Insolvenzfall ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einer Deckungsmasse haben, die nach den gesetzlichen Vorschriften zu ihrem Schutz errichtet und staatlich überwacht ist. Des Weiteren müssen die Gläubiger gem. § 204 i. V. m. § 22 Abs. 1 S. 2 UmwG glaubhaft machen, dass durch den Formwechsel die Erfüllung ihrer Forderung gefährdet

394 Der Anspruch muss bereits vor der Bekanntmachung des Wirksamwerdens des Formwechsels begründet worden sein: Henssler/Strohn/*Drinhausen/Keinath*, § 204 UmwG Rn. 5; Kallmeyer/*Meister/Klöcker*, § 204 Rn. 4; Lutter/*Decher/Hoger*, § 204 Rn. 6; Widmann/Mayer/*Vossius*, § 204 Rn. 14.

395 Keine Sicherheitsleistung allerdings bei dinglichen Ansprüchen, hierzu Kallmeyer/*Meister/Klöcker*, § 204 Rn. 3; Lutter/*Decher/Hoger*, § 204 Rn. 4; Schmitt/*Hörtnagl/Stratz/Stratz*, § 22 Rn. 5; Widmann/Mayer/*Vossius*, § 204 Rn. 13.

wird. Ob die Gläubiger der Einrichtung somit Sicherheitsleistung verlangen können, hängt wesentlich davon ab, ob ihnen die Glaubhaftmachung der Gefährdung der Erfüllung ihrer Forderungen durch den Formwechsel gelingt. Da sich beim Formwechsel weder die Identität noch die Haftungsmasse des Rechtsträgers ändert, geht davon in der Regel keine unmittelbare Gefährdung für die Erfüllung der Gläubigeransprüche aus.³⁹⁶ Allerdings kann es beim Formwechsel durch den Wegfall von Kapitalschutzvorschriften zu einer Gefährdung kommen.³⁹⁷ Weder beim Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine eG noch beim Formwechsel von Kapitalgesellschaften untereinander fallen Kapitalschutzvorschriften weg. Anders als bei der AöR (§ 114a Abs. 5 GO NW)³⁹⁸ hat die Gemeinde gegenüber der Eigengesellschaft auch keine gesetzliche Gewährträgerschaft,³⁹⁹ die durch den Formwechsel wegfallen kann. Eine etwaige (politische) Verpflichtung, die Verluste der Eigengesellschaft auszugleichen, wird durch den Formwechselfvorgang nicht berührt. Die Gläubiger können somit regelmäßig die Gefährdung ihrer Forderungserfüllung nicht glaubhaft machen. Ihnen steht somit meist kein Recht auf Sicherheitsleistung zu.

dd) Änderung der Satzung

Schließlich muss die Übergangssatzung nach den Bedürfnissen der Einrichtungsgesellschaft geändert werden. Dies wird im vierten Teil erörtert.

c) Beurteilung

Die Durchführung des Formwechselfvorgangs einer Eigengesellschaft ist an sich mit moderatem Aufwand möglich. Durch den Formwechsel erlöschen die Ämter der Vertretungsorgane und der Aufsichtsratsmitglieder. Allerdings müssen in der Regel die Anstellungsverträge mit den Mitgliedern des Vertretungsorgans aufgehoben werden, was mit Kosten einhergeht.

396 Henssler/Strohn/*Drinhausen/Keinath*, § 204 UmwG Rn. 3; Kallmeyer/*Meister/Klöcker*, § 204 Rn. 6; wohl auch Semler/*Stengel/Simon/Kalss*, § 204 Rn. 1.

397 *Ganske*, S. 230; ebenso Henssler/Strohn/*Drinhausen/Keinath*, § 204 UmwG Rn. 6.

398 So allerdings nicht in allen Gemeindeordnungen anderer Bundesländer; ebenso in BY (§ 89 Abs. 4); RP (§ 86a Abs. 4); anders dagegen MV (§ 70 Abs. 7); NDS (§ 113d).

399 OLG Celle NVwZ-RR 2000, 754, 755 f.; *Gundlach*, LKV 2000, 58, 60; die Gemeinden sind auch nicht verpflichtet, die Insolvenz abzuwenden *BT-Drs.* 15/5095, S. 5; *Flöther*, LKV 2014, 62, 65; *Gundlach*, LKV 2000, 58, 59; ebenso zu freiwilligen Aufgaben *Gaß*, S. 80.

Problematischer ist der Verbleib des gesamten Vermögens sowie der Rechtsverhältnisse. Ist die Einrichtungssimmobilie im Eigentum der Eigengesellschaft, befindet sie sich durch den Formwechsel dann im Eigentum der Einrichtungsgesellschaft. Hat die künftige Einrichtungsgesellschaft kein Interesse am Eigentum an der Einrichtungssimmobilie,⁴⁰⁰ muss die Einrichtungssimmobilie vor dem Formwechsel aus der Eigengesellschaft herausgenommen werden, was den Aufwand erhöht. Außerdem verbleiben die gesamten Arbeitsverhältnisse der Eigengesellschaft beim neuen Rechtsträger. Die Arbeitnehmer haben kein Widerspruchsrecht gem. § 613a BGB. Die Einrichtungsgesellschaft hat dann mitunter einen Personalapparat, den sie sich nicht leisten kann. Auch dann müssen vor dem Formwechsel Lösungen gefunden werden oder die Einrichtungsgesellschaft muss versuchen, das Personal nach erfolgtem Formwechsel betriebsbedingt zu kündigen.

Problematisch ist ebenfalls der „Umbau“ der Gesellschaft durch die Änderung der Gesellschafterstruktur. Bei der eG können die Mitglieder zwar relativ einfach gem. § 15 GenG in die eG eintreten. Die Bürger werden aber nur eintreten, wenn die Geschäftsanteile und eine ggf. bestehende Pflichtbeteiligung eine moderate Höhe aufweisen.⁴⁰¹ Dagegen kommt es beim Austritt der Gemeinde aus der EinrichtungseG zu einem Auszahlungsanspruch der Gemeinde. Dieser kann zwar durch Vereinbarung eines Mindestkapitals gem. § 8a GenG abgemildert werden. Die Gemeinde kann aber die Übergangssatzung so gestalten, dass eine Einführung eines Mindestkapitals ohne ihre Stimmen nicht möglich ist. Deshalb wird das Mindestkapital meist keine Lösung bieten. Der Auszahlungsanspruch der Gemeinde muss somit durch die Einzahlungen der eingetretenen Mitglieder aufgefangen werden.

Die Höhe des Auszahlungsanspruchs der Gemeinde hängt von ihrem Geschäftsguthaben ab, welches wiederum dem Wert der Anteile entspricht, mit denen die Gemeinde am formwechselnden Rechtsträger beteiligt war. Das Geschäftsguthaben der Gemeinde kann derart hoch sein, dass die neu eintretenden Mitglieder dies finanziell nur schwer auffangen können. Dann kann die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens durch Übereignung von Sachwerten eine Alter-

400 Siehe *Hänigsen*, Gesprächsprotokoll, C. IV.

401 Vgl. zur Höhe der Geschäftsanteile und einer Pflichtbeteiligung die Ausführungen im 4. Teil, B. II. 2. a) und c).

native sein, falls diese nicht bereits vor dem Formwechsel herausgenommen worden sind. In beiden Fällen muss aber die Überlassung der von der Einrichtung-eG benötigten Sachwerte wie bei der Neugründung schuldrechtlich geregelt werden. Selbst wenn die eintretenden Mitglieder den Auszahlungsanspruch der Gemeinde ganz oder nahezu vollständig auffangen können, bleibt die Aufdeckung der stillen Reserven, was den Formwechsel unattraktiv macht.⁴⁰²

Bei der GmbH als Zielrechtsform ist neben der oben angesprochenen Schwierigkeit, einen Auszahlungsanspruch der Gemeinde aufzufangen, der Beitritt von Gesellschaftern aufwendiger als bei der eG. Dies kann zwar abgemildert werden, indem die Aktien der übertragenden Eigen-AG bereits zwischen dem Umwandlungsbeschluss und der Eintragung des Formwechsels mit direkter Wirkung bzw. aufschiebend bedingt zum Formwechsel übertragen werden. Da aber auch nach erfolgtem Formwechsel weitere Gesellschafter in die Einrichtung-GmbH aufgenommen werden, kann das dazu führen, dass beitretende Gesellschafter ggf. in verschiedenen Beitrittsstadien verschieden hohe Gegenleistungen für ihre Gesellschaftsbeteiligung zu erbringen haben. Die Gründung der Einrichtung-GmbH über den Formwechsel birgt somit ein Konfliktpotential.

d) Zwischenergebnis

Der Formwechsel einer Eigengesellschaft in eine Einrichtung-eG oder eine Einrichtung-GmbH ist sinnvoll, wenn der Aufwand durch die erforderlichen Maßnahmen sowohl vor als auch nach dem Formwechsel nicht wesentlich höher als bei der Neugründung ist. Dies bedarf einer Betrachtung im jeweiligen Einzelfall.

2. Formwechsel der Anstalt des öffentlichen Rechts

Betreibt die Gemeinde die Einrichtung in der Rechtsform der AöR kommt ebenfalls die Gründung durch Formwechsel in Betracht. Der Formwechsel von Eigengesellschaften kann sehr aufwendig sein. Für den Formwechsel der AöR stellt sich die Frage, ob die beim Formwechsel der Eigengesellschaft herausge-

402 KK-UmwG/Schöpflin, § 256 Rn. 2; Widmann/Mayer/Fronhöfer, § 256 Rn. 8.

arbeiteten Probleme beim Formwechsel der AöR durch entsprechende Gestaltung vermieden werden können.⁴⁰³

a) Anwendbares Recht

Die besonderen Regelungen im Umwandlungsrecht zum Formwechsel der AöR sind knapp gehalten. Gem. § 302 S. 1 UmwG sind für den Formwechsel einer AöR vorrangig die Regelungen des maßgebenden Bundes- oder Landesrechts anzuwenden. Die Vorschriften des Ersten Teils, also §§ 190-213 UmwG, sind nur heranzuziehen, wenn das maßgebende Bundes- oder Landesrecht den jeweiligen Sachverhalt nicht regelt. Daraus ergibt sich, dass der Formwechsel einer AöR ohne öffentlich-rechtliche Regelungen grds. wie beschrieben abläuft. Daneben können die Regelungen zum Formwechsel der AöR gem. § 302 S. 1 UmwG durch Bundes- oder Landesrecht unabhängig vom Umwandlungsgesetz festgelegt werden. Wie erwähnt⁴⁰⁴ ist die Anstaltssatzung Landesrecht i. S. d. § 302 S. 1 UmwG. Daraus folgt, dass vorbehaltlich von § 303 und § 304 UmwG der Formwechsel der AöR in der Anstaltssatzung nahezu frei geregelt werden kann.⁴⁰⁵

b) Betrachtung der Hauptprobleme

aa) Rechtsverhältnisse und Vermögen

Aus dem Vorrang des maßgeblichen Bundes- oder Landesrechts ergibt sich, dass die Gemeinde, idealerweise in Absprache mit den künftigen Gesellschaftern der Einrichtungsgesellschaft, in der Anstaltssatzung detailliert bestimmen kann, welche Rechtsverhältnisse und welches Vermögen beim Zielrechtsträger bleiben bzw. auf die Gemeinde oder einen anderen Rechtsträger übergehen.

Bei der Frage, welches Vermögen die Einrichtungsgesellschaft behalten soll, ist zum einen zu berücksichtigen, welche Vermögensbestandteile die Gemeinde bereit ist abzugeben und welche Vermögensbestandteile die Einrichtungsgesellschaft annehmen möchte. Zum anderen kann der Umfang des bei der Einrich-

403 Vgl. ausführlich zum Formwechsel der AöR KK-UmwG/Leuring, § 301 bis § 304; Lutter/H. Schmidt, Vor § 301 bis Anhang nach § 304.

404 3. Teil, A. II. 3. b).

405 Vgl. aber zu den inhaltlichen Schranken Lutter/H. Schmidt, § 302 Rn. 4.

tungsgesellschaft verbleibenden Vermögens so gewählt werden, dass die Einrichtungsgesellschaft bzw. die künftigen Mitglieder oder Gesellschafter diesen Betrag ohne größere Schwierigkeiten aufbringen können. Eine vorherige Übertragung ist damit nicht notwendig.

Ebenso können die Rechtsverhältnisse entsprechend den Bedürfnissen aufgeteilt werden. Hier kann es zu einem Interessenkonflikt kommen. Die Rechtsverhältnisse, die sich auf Vermögensgegenstände beziehen, welche nicht bei der Einrichtungsgesellschaft bleiben, wird die Gemeinde ebenfalls übernehmen wollen. Daneben strebt sie ggf. den Verbleib einiger Arbeitnehmer an. In der Regel hat die Gemeinde aber an den meisten Rechtsverhältnissen kein Interesse. Sie wird deshalb eine Regelung anstreben, wonach die Mehrzahl der Rechtsverhältnisse in der Einrichtungsgesellschaft bleibt. Dies entspricht aber nur bedingt den Interessen der Einrichtungsgesellschaft. Wie beschrieben, wird die Einrichtungsgesellschaft nur an Rechtsverhältnissen interessiert sein, die sie ebenso bzw. zu ähnlichen oder schlechteren Konditionen ohnehin abgeschlossen hätte. Auch hat die Einrichtungsgesellschaft meist nur bedingt ein Interesse am Verbleib der Arbeitsverhältnisse.

bb) Anteilsinhaber

Ohne Regelung bleibt durch die Identität der Anteilsinhaber und der Identität der Beteiligung beim Formwechsel gem. § 202 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 UmwG die Gemeinde 100%ige Gesellschafterin der neuen Rechtsform. Dies ist auch bei der eG als Zielrechtsform zulässig, da gem. § 197 S. 2 UmwG § 4 GenG, der eine Mindestmitgliederzahl von vier Mitgliedern vorsieht, nicht anzuwenden ist. Damit erreicht die Gesellschaft neuer Rechtsform aber noch nicht die Gesellschafterstruktur der Einrichtungsgesellschaft. Auch hier bedürfte es wie beim Formwechsel von privaten Gesellschaften einer Änderung der Gesellschafter.⁴⁰⁶

Beim Formwechsel der AöR ist die Identität der Anteilsinhaber und der Beteiligung nicht zwingend.⁴⁰⁷ Die Anstaltssatzung kann als neue Gesellschafter grds. alle natürlichen und juristischen Personen des privaten und öffentlichen Rechts

406 Vgl. dazu die Ausführungen im 3. Teil, B. II. 1. b) bb) (2) und (3).

407 Widmann/Mayer/Vossius, § 302 Rn. 21.

vorsehen.⁴⁰⁸ Dies ermöglicht es, die Einrichtungsgesellschaft bereits durch Formwechsel in der angestrebten Gesellschafterstruktur zu erschaffen.

c) Zuständigkeit

Die Regelungen, die in der Anstaltssatzung oder bei entsprechender Gestaltung im Umwandlungsbeschluss getroffen werden, können in hohem Maße die Interessen und Rechte der Einrichtungsgesellschaft und der künftigen Gesellschafter berühren. Deshalb stellt sich die Frage nach einem Mitentscheidungsrecht der künftigen Gesellschafter.

Gem. § 41 Abs. 1 S. 2 lit. m GO NW obliegt die Entscheidung über die Umwandlung der AöR dem Rat der Gemeinde. Dieser kann seine Entscheidungsbezugnis in diesem Fall nicht übertragen (§ 41 Abs. 1 S. 2 GO NW). Deshalb kann die Anstaltssatzung die Zuständigkeit zur Beschlussfassung nicht anderweitig zuteilen. Zuständig für die Fassung des Umwandlungsbeschlusses ist somit allein der Rat der Gemeinde.⁴⁰⁹ Die Änderung der Anstaltssatzung obliegt gem. § 41 Abs. 1 S. 2 lit. f GO NW ebenfalls zwingend dem Gemeinderat,⁴¹⁰ wobei Satzungsänderungen in Bezug auf die Umwandlung der AöR bereits unter § 41 Abs. 1 S. 2 lit. m GO NW fallen dürften. Die künftigen Gesellschafter haben somit grds. kein Mitentscheidungsrecht.

Trifft die Gemeinde in der Anstaltssatzung oder im Umwandlungsbeschluss lediglich Regelungen, die den Übergang bzw. den Verbleib von Vermögen festlegen, sind die künftigen Gesellschafter nicht schutzbedürftig. Sie können nach dem Formwechsel den Eintritt in die Einrichtungsgesellschaft verweigern. Die Gemeinde hat in diesem Fall ein Interesse daran, Regelungen zu erlassen, mit denen die künftigen Gesellschafter einverstanden sind, da ansonsten der Ratsbeschluss „ins Leere läuft“. Daraus ergibt sich zumindest indirekt ein Mitspracherecht für die künftigen Gesellschafter. Anders verhält es sich, wenn die künftigen Gesellschafter bereits in der Anstaltssatzung als neue Gesellschafter, die mit

408 KK-UmwG/*Leuring*, § 302 Rn. 10; zur Einschränkung beim enteignungsgleichen Eingriff, der hier aber nicht problematisch ist *Widmann/Mayer/Vossius*, § 302 Rn. 22 ff.

409 Ebenso zur Bay. Gemeindeordnung *Gaß*, S. 223; a. A. wohl *Lutter/H. Schmidt*, Vor § 301 Rn. 6, der, allerdings ohne Berücksichtigung der Gemeindeordnungen, die Zuweisung der Beschlussfassung zu einem anderen Organ durch öffentliches Recht bejaht.

410 Vgl. *Held/Winkel/Kotzea*, § 114a Erl. 3.3.

dem Formwechsel eintreten, vorgesehen werden. Die Regelungen der Anstaltssatzung dürfen nicht gegen höherrangiges Rechts verstoßen. Ohne Zustimmung der neuen Gesellschafter würde der Eintritt in die Einrichtungsgesellschaft einen Zwangseintritt darstellen, der wiederum ein Eingriff in die negative Vereinigungsfreiheit der neuen Gesellschafter gem. Art. 9 Abs. 1 GG wäre.⁴¹¹ Der Eintritt neuer Gesellschafter in die Einrichtungsgesellschaft durch den Formwechsel bedarf der Zustimmung der einzelnen Gesellschafter. Die Regelungen in der Anstaltssatzung müssen dies entsprechend berücksichtigen.

d) Beurteilung

Beim Formwechsel der AöR können durch den weiten Gestaltungsspielraum einige Probleme, die beim Formwechsel von Eigengesellschaften auftreten, vereinfacht werden. Dies gilt insbes. für die nahezu freie Vermögensaufteilung. Sollen neue Gesellschafter durch den Formwechsel bereits Gesellschafter der Eigengesellschaft werden, muss in der Anstaltssatzung das Zustimmungserfordernis der neuen Gesellschafter gewährleistet werden. Ansonsten stellt dies einen Verstoß gegen Art. 9 GG dar.

Auch ohne Beitritt der neuen Gesellschafter durch den Formwechsel ist der „Umbau“ der Gesellschaft durch die nahezu freie Vermögensaufteilung deutlich einfacher zu gestalten. Zwar müssen die gesellschaftsspezifischen Beitrittsregeln beachtet werden, die auch beim Formwechsel einer AöR nicht geändert werden können. Dies wird aber ebenso bei der Neugründung notwendig und stellt keinen formwechselspezifischen Nachteil dar.⁴¹² Der Formwechsel der AöR stellt somit aufgrund der weitgehenden Regelungsmöglichkeiten eine Alternative zur Neugründung dar.

3. Formwechsel von Regie- und Eigenbetrieben in eine AöR

Der Formwechsel von Regie- und Eigenbetrieben in die gewünschte Zielrechtsform bedarf zunächst der kommunalrechtlichen Umwandlung⁴¹³ in eine AöR per

411 Zum Schutzbereich und Eingriff in die Vereinigungsfreiheit vgl. Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 9 Rn. 3 ff., 12 ff.; Sodan/Sodan, Art. 9 Rn. 2 ff., 11; zur Geltung des Art. 9 GG auf juristische Personen Jarass/Pieroth/Jarass, Art. 9 Rn. 11; Sodan/Sodan, Art. 9 Rn. 3, 9.

412 Vgl. zum Beitritt neuer Mitglieder bzw. zur Aufnahme neuer Gesellschafter bei der Neugründung die Ausführungen im 3. Teil, B. I. 5.

413 Umwandlungsrechtlich handelt es sich um eine Ausgliederung, ebenso Lübbcke, S. 16.

Gesamtrechtsnachfolge gem. § 114a Abs. 1 S. 1 GO NW. Dies erfolgt mit dem Beschluss über die Gründung der AöR und dem Inkrafttreten der Satzung.⁴¹⁴ Zur Bestimmung des Vermögens, welches auf die neue AöR übergehen soll, schreibt § 7 Abs. 1 KUV NW vor dem Errichtungsbeschluss durch den Rat die Erstellung einer Eröffnungsbilanz bei Regiebetrieben vor. Daneben sind gem. § 7 Abs. 2 S. 1 KUV NW der Gegenstand und der Wert des übergehenden Vermögens bzw. der übergehenden Schulden in der Unternehmenssatzung festzusetzen sowie gem. § 7 Abs. 2 S. 2 KUV NW die wesentlichen Umstände für die Angemessenheit der Einbringung in einem Ausgliederungsbericht darzulegen. Bei Eigenbetrieben muss ein Jahresabschluss bzw. eine Zwischenbilanz erstellt werden.⁴¹⁵ Auf die Umwandlung von Eigen- und Regiebetrieben in eine AöR wird nicht näher eingegangen.⁴¹⁶

4. Gesamtergebnis zum Formwechsel

Der Formwechsel einer Eigengesellschaft in eine Einrichtungs-eG oder eine Einrichtungs-GmbH ist sinnvoll, wenn der Aufwand durch die erforderlichen Maßnahmen sowohl vor als auch nach dem Formwechsel nicht wesentlich höher als bei der Neugründung ist. Der Formwechsel der AöR kann wegen seiner weitgehenden Regelungsmöglichkeiten ebenfalls als Alternative zur Neugründung in Betracht gezogen werden.

III. Ausgliederung und Abspaltung

Die Normen zur Spaltung zur Neugründung unter Beteiligung einer GmbH (§§ 138 ff. UmwG), einer AG (§§ 141 ff. UmwG) und einer eG (§§ 147 ff. UmwG) sowie zur Ausgliederung aus dem Vermögen einer Gebietskörperschaft (§§ 168 ff. UmwG) stehen im Besonderen Teil des Spaltungsrechts. Die allgemeinen Normen zur Spaltung (§§ 123 ff. UmwG) sind damit für alle zu betrachtenden Fälle anzuwenden. Deshalb werden die Abspaltung und Ausgliederung aus einer Eigengesellschaft sowie die Ausgliederung aus dem Vermögen einer Gebietskörperschaft parallel betrachtet und an den entsprechenden Stellen die Unterschiede aufgezeigt.

414 *Lübbecke*, S. 15.

415 *Lübbecke*, S. 16.

416 Vgl. ausführlich zum Verfahren in Bayern *Gaß* S. 154 ff.

1. Überblick über die Durchführung

Die Durchführung der Spaltung läuft ähnlich wie die Durchführung des Formwechsels ab.⁴¹⁷

Bei der Spaltung zur Neugründung muss gem. § 136 S. 1 UmwG vom Vertretungsorgan ein Spaltungsplan aufgestellt werden. Der Mindestinhalt des Spaltungsplans ergibt sich aus § 136 S. 2 i. V. m. § 126 UmwG. Bei der GmbH ist zusätzlich § 125 S. 1 i. V. m. § 46 UmwG zu beachten. Da die Gemeinde in der Eigengesellschaft 100% der Anteile hält, ist die Beschlussfassung ebenfalls unproblematisch. Sie darf in der übertragenden AG allerdings gem. § 125 S. 1 i. V. m. § 76 Abs. 1 UmwG erst zwei Jahre nach deren Eintragung im Handelsregister erfolgen. Für die Beschlussfassung bei der Ausgliederung aus dem Vermögen von Gebietskörperschaften gilt gem. § 169 S. 2 UmwG das Organisationsrecht der Gemeinde. Der Spaltungsplan ist bei Bestehen eines Betriebsrates gem. § 136 S. 2 i. V. m. § 126 Abs. 3 UmwG dem zuständigen Betriebsrat zuzuleiten und notariell zu beurkunden (§ 125 S. 1 i. V. m. § 6 UmwG).

Daneben ist bei der Spaltung nach § 135 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 127 S. 1 UmwG grds. ein Bericht zu erstatten. Bei Beteiligung einer GmbH ist § 138 UmwG, bei Beteiligung einer AG § 142 Abs. 2 UmwG zu beachten. Bei der Ausgliederung aus dem Vermögen einer Gebietskörperschaft ergibt sich bereits aus § 169 S. 1 UmwG, dass der Ausgliederungsbericht nicht erforderlich ist. Bei der Abspaltung oder Ausgliederung von Eigengesellschaften ist der Bericht gem. § 135 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 127 S. 2 i. V. m. § 8 Abs. 3 UmwG nicht erforderlich, wenn alle Anteilsinhaber aller beteiligten Rechtsträger mit notariell beurkundeter Erklärung auf seine Erstattung verzichten oder sich alle Anteile des übertragenden Rechtsträgers in der Hand des übernehmenden Rechtsträgers befinden. Letzteres ist bei der Gründung der Einrichtungsgesellschaft nicht der Fall. Die Gemeinde als alleinige Anteilsinhaberin der Eigengesellschaft kann aber den Verzicht auf die Erstattung entsprechend erklären. Ein Sachgründungsbericht bei der Beteiligung einer GmbH gem. § 138 UmwG bzw. ein Gründungsbericht und eine Gründungsprüfung bei der AG gem. § 144 UmwG sind stets erforderlich.

417 Vgl. ausführlich zum Verfahren der Ausgliederung zur Aufnahme und zur Neugründung *Gaß*, S. 198 ff.

Der Spaltungsplan oder sein Entwurf sind gem. § 125 S. 1 i. V. m. § 9 Abs. 1 UmwG grds. durch einen oder mehrere sachverständige Prüfer zu prüfen. Bei der Ausgliederung findet eine Prüfung nicht statt (§ 125 S. 2 UmwG). Die Spaltungsprüfung bei Beteiligung einer GmbH hat gem. § 125 S. 1 i. V. m. § 48 S. 1 UmwG nur zu erfolgen, wenn einer der Gesellschafter dies innerhalb einer Woche nach Erhalt der Unterlagen nach § 47 UmwG verlangt. Ansonsten kann auf eine Prüfung gem. § 125 S. 1 i. V. m. § 9 Abs. 3, § 8 Abs. 3 UmwG verzichtet werden.

Schließlich muss das Vertretungsorgan des übertragenden Rechtsträgers⁴¹⁸ den neuen Rechtsträger (§ 137 Abs. 1 UmwG) und die Spaltung des übertragenden Rechtsträgers (§ 137 Abs. 2 UmwG) zur Eintragung ins jeweils zuständige Register ordnungsgemäß anmelden. Dabei sind die Sonderregelungen des § 140 UmwG (GmbH) bzw. des § 146 UmwG (AG) zu beachten.

Daneben muss es die Negativerklärung nach § 125 S. 1 i. V. m. § 16 Abs. 2 S. 1 UmwG abgeben. Die Abspaltung oder Ausgliederung wird mit Eintragung ins Register des übertragenden Rechtsträgers wirksam (§ 135 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 131 UmwG). Bei der Ausgliederung aus dem Vermögen von Gebietskörperschaften wird die Ausgliederung gem. § 171 mit deren Eintragung ins Register des übernehmenden Rechtsträger bzw. mit Eintragung des neuen Rechtsträgers wirksam.

2. Rechtsfolgen und weitere Maßnahmen

a) Vermögen und Rechtsverhältnisse

Bei der Spaltung zur Neugründung geht gem. § 135 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG das Vermögen einschließlich der Verbindlichkeiten entsprechend der im Spaltungsplan getroffenen Aufteilung als Gesamtheit auf den übernehmenden Rechtsträger über. Im Spaltungsplan können die Beteiligten gem. § 136 S. 2 i. V. m. § 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG in den Grenzen des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes prinzipiell frei entscheiden, welche Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens auf den neuzugründenden Rechts-

418 Die Geltung des § 129 UmwG ist gem. § 135 S. 1 UmwG ausgeschlossen.

träger übergehen.⁴¹⁹ Gegenstände sind auch Dauerschuldverhältnisse oder schwebende Geschäfte.⁴²⁰

Aus der Freiheit der Vermögensaufteilung ergibt sich die Möglichkeit, im Einzelfall die Vermögensgegenstände den Bedürfnissen der Einrichtungsgesellschaft und der Gemeinde entsprechend aufzuteilen.⁴²¹ Allerdings sind der Vermögensaufteilung Grenzen gesetzt. Eine Grenze der Vermögensaufteilung ergibt sich aus § 324 i. V. m. § 613a Abs. 1, 4 bis 6 BGB. Wird ein Betrieb oder Betriebsteil i. S. v. § 613a Abs. 1 BGB abgespalten oder ausgegliedert, tritt der neugegründete übernehmende Rechtsträger automatisch in die Arbeitsverhältnisse ein. Die Arbeitnehmer haben dann gem. § 613a Abs. 6 BGB ein Widerspruchsrecht.⁴²² Bei der Ausgliederung aus dem Vermögen einer Gemeinde nach §§ 168 ff. UmwG muss das Unternehmen als Ganzes ausgegliedert werden.⁴²³ Eine individuell ausgehandelte Vermögensaufteilung ist nicht möglich.

Steuerrechtlich ist § 15 Abs. 1 UmwStG zu beachten. Danach darf der Buchwert u. a. nur fortgeführt werden, wenn es sich beim zu übertragenden Vermögen um einen Teilbetrieb handelt und das bei dem übertragenden Rechtsträger verbleibende Vermögen ebenfalls einen Teilbetrieb darstellt.⁴²⁴ Ob die Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 UmwStG vorliegen und ob eine fehlende Privilegierung aus § 15 Abs. 1 UmwStG ein Ausschlusskriterium für die Spaltung darstellt, bedarf der Einzelfallbetrachtung.⁴²⁵ Im Vergleich zur Neugründung wäre dies jedoch kein Nachteil, da bei Erwerb der Vermögensgegenstände eine Buchwertbilanzierung ebenfalls nicht stattfindet.

Benötigt die künftige Einrichtungsgesellschaft weitere Vermögensgegenstände oder Rechtsverhältnisse, die ihr nicht durch die Spaltungsmaßnahme übertragen wurden, muss sie diese erwerben bzw. abschließen.

419 Lutter/*Priester*, § 126 Rn. 46; Semler/Stengel/*Schröer*, § 126 Rn. 55; Widmann/Mayer/*Mayer*, § 126 Rn. 175.

420 Kallmeyer/*Kallmeyer/Sickinger*, § 126 Rn. 19; Lutter/*Priester*, § 126 Rn. 47.

421 Vgl. zu möglichen Interessenkonflikten zwischen der Gemeinde und der künftigen Einrichtungsgesellschaft die Ausführungen zum Formwechsel der AöR im 3. Teil, B. II. 2. b) aa).

422 Vgl. 3. Teil, B. I. 3. a) aa) (1) (c).

423 Vgl. die Nachweise in Fn. 169.

424 Lutter/*Priester*, § 126 Rn. 70.

425 Vgl. ausführlich zum § 15 UmwStG Haritz/Menner/*Asmus*, § 15 Rn. 1 ff.

b) Anteilseigner

Aus der Spaltungsmaßnahme selbst folgt keine Änderung der Anteilsinhaberstruktur. Gem. § 135 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 131 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 i. V. m. § 136 S. 2 UmwG werden bei der Abspaltung zur Neugründung mit Eintragung der Spaltung in das Register des Sitzes des übertragenden Rechtsträgers die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers nach der im Spaltungsplan vorgesehene Aufteilung Anteilsinhaber am neugegründeten Rechtsträger. Bei der Ausgliederung zur Neugründung wird gem. § 135 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 131 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 i. V. m. § 136 S. 2 UmwG der übertragende Rechtsträger entsprechend dem Spaltungsplan Anteilsinhaber am übernehmenden Rechtsträger. Alleinige Inhaberin der Anteile am übernehmenden Rechtsträger und somit einziges Mitglied bzw. einzige Gesellschafterin ist die Gemeinde bzw. die Eigengesellschaft. Dies ist auch für die eG als Zielrechtsform zulässig, da § 135 Abs. 2 S. 3 UmwG klarstellt, dass Vorschriften, die für die Gründung eine Mindestzahl der Gründer vorschreiben, nicht anzuwenden sind.

Zum Ein- und Austritt von Mitgliedern bzw. Gesellschaftern kann auf die Ausführungen zum Formwechsel verwiesen werden, da die rechtsformspezifischen Eigenheiten der Übertragung bzw. des Ein- oder Austritts auch bei der Spaltung zu beachten sind.⁴²⁶ Davor muss aber die Höhe des Geschäftsguthabens bzw. des Geschäftsanteils ermittelt werden.

Bei der Spaltung einer Kapitalgesellschaft mit einer eG als übernehmenden Rechtsträger ist gem. § 125 S. 1 i. V. m. § 96 i. V. m. § 88 Abs. 1 S. 1 UmwG jedem Anteilsinhaber als Geschäftsguthaben bei der übernehmenden eG der Wert der Geschäftsanteile oder Aktien gutzuschreiben, mit denen er an der übertragenden Gesellschaft beteiligt war. Der Wert der Geschäftsanteile bzw. Aktien und damit des Geschäftsguthabens hängt davon ab, welches Vermögen auf die eG übergeht. Zur Höhe des Geschäftsanteils gelten die Ausführungen zum Formwechsel entsprechend.⁴²⁷ Bei der Abspaltung oder Ausgliederung (auch gem. §§ 168 ff. UmwG) mit einer GmbH als neuzugründenden Rechtsträger muss der Spaltungsplan gem. § 125 S. 1 i. V. m. § 56 i. V. m. § 46 Abs. 1 S. 1 UmwG für jeden Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers den Nennbe-

426 3. Teil, B. II. 1. b) bb).

427 Dazu 3. Teil, B. II. 1. b) bb) (2) (a) (aa).

trag des Geschäftsanteils bestimmen. Nach der Spaltung erfolgt die Änderung der Mitglieder- bzw. Gesellschafterstruktur durch Eintritt neuer Mitglieder und ggf. dem Austritt der Gemeinde bzw. der Eigengesellschaft bzw. der Übertragung der Geschäftsanteile. Die Finanzierungsproblematik ist durch die Möglichkeit, das übergehende Vermögen in den aufgezeigten Grenzen frei zu bestimmen, abgeschwächt.

Zur Bestimmung des Geschäftsguthabens und damit der Geschäftsanteile bei der übernehmenden eG gibt es für die Ausgliederung nach §§ 168 ff. UmwG keine ausdrückliche Regelung. § 88 Abs. 1 UmwG setzt eine Kapitalgesellschaft als übertragenden Rechtsträger voraus. Die Anwendung des § 88 Abs. 1 UmwG auf Spaltungsmaßnahmen erfolgt gem. § 125 S. 1 UmwG zwar entsprechend. Allerdings passt diese Regelung auf die Ausgliederung aus Gemeindevermögen nicht, da die Gemeinde keine Anteilsinhaber und folglich auch keine Anteile hat, die zur Bestimmung des Geschäftsguthabens herangezogen werden können. Deshalb gilt in Verbindung mit § 125 S. 1 und § 96 UmwG die allgemeine Regelung des § 80 Abs. 1 S. 2 UmwG entsprechend, sodass der Spaltungsplan oder sein Entwurf den Betrag des Geschäftsanteils und die Zahl der Geschäftsanteile, mit denen die Gemeinde an der eG beteiligt ist, angeben muss. Da die Ausgliederung nach § 168 ff. UmwG den Übergang des gesamten Unternehmens zum Gegenstand hat, ergibt sich die gleiche Problematik wie beim Formwechsel.

c) Gesamtschuldnerische Haftung beider beteiligten Rechtsträger

Bei der Abspaltung und Ausgliederung zur Neugründung haften die beteiligten Rechtsträger gem. § 135 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 133 Abs. 1 S. 1 UmwG für die Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers, die vor Wirksamwerden der Spaltung begründet worden sind, gesamtschuldnerisch.⁴²⁸ Der Rechtsträger, dem diese Verbindlichkeiten nicht zugewiesen worden sind, haftet für diese Verbindlichkeiten gem. § 133 Abs. 3, Abs. 4 S. 1 UmwG nur, wenn sie vor Ablauf von fünf Jahren nach der Bekanntmachung der Spaltung fällig geworden und die

428 KK-UmwG/Simon, § 133 Rn. 17 ff.; Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Hörtnagl, § 133 Rn. 2; Semler/Stengel/Maier-Reimer, § 133 Rn. 31 ff.; Schöne, S. 75 ff.; a. A. Kallmeyer/Kallmeyer/Sickinger, § 133 Rn. 3; Lutter/Schwab, § 133 Rn. 23 ff.; Widmann/Mayer/Vossius, § 133 Rn. 25 ff.; Habersack, FS Bezzenger, 2000, S. 93, 95 ff.; die entgegen dem Wortlaut der Vorschrift zwischen Hauptschuldner und Mithafter eine akzessorische Haftung annehmen.

Ansprüche gegen sie in einer in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 BGB bezeichneten Art gestellt sind.⁴²⁹

Bei der Ausgliederung aus dem Vermögen von Gemeinden nach den §§ 168 ff. UmwG ergibt sich die gesamtschuldnerische Haftung der Gemeinde und deren zeitliche Begrenzung aus § 172 S. 1 und § 173 i. V. m. § 157 UmwG.⁴³⁰ Diese Regelungen sind hinsichtlich der Haftung des übertragenden Rechtsträgers *lex specialis* zu § 133 Abs. 1 S. 1 UmwG.⁴³¹ Dabei stellt sich die Frage, ob die Einrichtungsgesellschaft fünf Jahre lang für die vor der Spaltung begründeten Gemeindeverbindlichkeiten haften muss. Zu diesem Ergebnis gelangt man, wenn § 172 UmwG nur für die Haftung des übertragenden Rechtsträgers als *lex specialis* angesehen wird, für die Haftung des übernehmenden Rechtsträgers aber weiterhin § 133 UmwG gilt.⁴³² Durch einen Umkehrschluss kann man § 172 UmwG ebenso entnehmen, dass dieser insgesamt als Spezialnorm zu § 133 UmwG für die Ausgliederung aus dem Vermögen von Gebietskörperschaften nur eine umwandlungsrechtliche Haftung für die Körperschaft, nicht aber für den übernehmenden Rechtsträger festlegen möchte.⁴³³ Dies kann zum einen systematisch damit begründet werden, dass der Gesetzgeber im Rahmen der §§ 168 ff. UmwG überhaupt eine Sonderregelung zur Haftung der Körperschaft trifft. Daneben ist die gesamtschuldnerische Haftung der übernehmenden Gesellschaft für die bei der Körperschaft verbleibenden Altverbindlichkeiten im Falle der §§ 168 ff. UmwG mit dem Normzweck der gesamtschuldnerischen Haftung für die nicht übergehenden Altverbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers nicht vereinbar. Ziel der gesamtschuldnerischen Haftung aus § 133 Abs. 1 S. 1 UmwG ist der Schutz der Gläubiger des übertragenden Rechtsträgers vor der Gefahr eines späteren Ausfalls unter Berücksichtigung der besonderen Gefährdung, die eine willkürliche und missbräuchliche Verteilung

429 Zur Frage, ob diese Regelung europarechtskonform ist, vgl. KK-UmwG/*Simon*, § 133 Rn. 12; Lutter/*Schwab*, § 133 Rn. 8.

430 Vgl. hierzu ausführlich Lutter/*H. Schmidt*, § 172 Rn. 4 ff.

431 Lutter/*H. Schmidt*, § 172 Rn. 2; a. A. wohl Widmann/Mayer/*Heckschen*, § 172 Rn. 2, der die Regelung für „überflüssig“ hält.

432 So Lutter/*H. Schmidt*, § 172 Rn. 2; NK-UmwG/*Geiser/Gimnich*, § 172 Rn. 1; Semler/Stengel/*Perlitt*, § 172 Rn. 3, 16; für *Suppliet*, S. 125 erscheint die Mithaftung eines privaten übernehmenden Rechtsträgers für sämtliche Verbindlichkeiten einer öffentlichen Körperschaft als unangemessen, ohne auf mögliche Lösungswege einzugehen.

433 Wohl auch *Gaß*, S. 214.

des Vermögens und der Schulden auf die übernehmenden Rechtsträger nach sich ziehen kann.⁴³⁴ Eine solche Gefährdung besteht bei der Ausgliederung aus dem Vermögen einer Gebietskörperschaft aber in zweierlei Hinsicht nicht. Erstens können dabei nur Unternehmen ausgegliedert werden.⁴³⁵ Eine willkürliche und missbräuchliche Aufteilung der Aktiva und Passiva findet nicht statt. Zum anderen ist die Gemeinde gem. § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO i. V. m. § 128 Abs. 2 GO NW insolvenzunfähig.⁴³⁶ Der durch die gesamtschuldnerische Haftung für nicht übergehende Altverbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers gem. § 133 Abs. 1 S. 1 UmwG bezweckte Schutz läuft ins Leere. Damit kann § 172 UmwG auch als *lex specialis* gegenüber § 133 Abs. 1 S. 1 UmwG im Bezug auf die Haftung des übernehmenden Rechtsträgers für die beim übertragenden Rechtsträger verbleibenden Altverbindlichkeiten ausgelegt werden. Die Einrichtungsgesellschaft muss damit nicht für die bei der Gemeinde verbleibenden Altverbindlichkeiten haften. Diese Auslegung verstößt auch nicht gegen die Spaltungsrichtlinie⁴³⁷, da diese nur die Rechtsform der AG als übertragenden Rechtsträger betrifft. Folgt man dennoch der erstgenannten Ansicht, kann mit der gleichen Argumentation eine entsprechende teleologische Reduktion des § 133 Abs. 1 S. 1 UmwG befürwortet werden,⁴³⁸ was für die Haftung der Einrichtungsgesellschaft für die nicht übergehenden Gemeindeverbindlichkeiten zum gleichen Ergebnis führt. Die Einrichtungsgesellschaft haftet somit nur für ihre Verbindlichkeiten.⁴³⁹ Die gesamtschuldnerische Haftung wird bei der Ausgliederung gem. § 168 ff. UmwG damit bei der Gemeinde für die übergehenden Verbindlichkeiten relevant. Da die Gemeinde ein solventer Schuldner ist, muss sie mit der Inanspruchnahme durch die Gläubiger rechnen, insbes. bei finanziellen Engpässen bei der Einrichtungsgesellschaft. Zwar kann die Gemeinde bzw. die Eigengesellschaft bei Inanspruchnahme durch die Gläubiger von der Einrichtungsgesell-

434 *BR-Drs.* 75/94, S. 121 f.

435 Vgl. dazu oben 3. Teil, A. II. 4. b).

436 Ebenso für die Gemeinden allgemein *BT-Drs.* 15/5095, S. 3; die entsprechenden Regelungen anderer Bundesländer nennt *Flöther*, LKV 2014, 62, 63 in Fn. 7.

437 6. Richtlinie des Rates v. 17.12.82 gem. Art. 54 Abs. 3 lit. g des Vertrages betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften (82/891/EWG) (ABl. L 378 v. 31.12.82, S. 47).

438 Vgl. zur teleologischen Reduktion *Pawłowski*, Rn. 493 ff.; *Zippelius*, § 11 II. b).

439 A. A. allg. *KK-UmwG/Leuring*, § 172 Rn. 6; *Lutter/H. Schmidt*, § 172 Rn. 11; *NK-UmwG/Geiser/Gimmich*, § 172 Rn. 5.

schaft gem. § 426 S. 2 BGB in voller Höhe⁴⁴⁰ Regress verlangen. Allerdings kann die Geltendmachung der Regressforderung bei finanziellen Engpässen der Einrichtungsgesellschaft schwierig werden.

d) Recht der Gläubiger auf Sicherheitsleistung

Auch bei der Abspaltung und der Ausgliederung können die Gläubiger der an der Spaltung beteiligten Rechtsträger Sicherheitsleistung gem. § 133 Abs. 1 S. 2 i. V. m. §§ 125 S. 1, 22 UmwG verlangen, allerdings gem. § 133 Abs. 1 S. 2 2. HS. UmwG nur von dem Rechtsträger, gegen den sich der Anspruch richtet. Wie beim Formwechsel können sie den Anspruch nur innerhalb von sechs Monaten nach Bekanntmachung der Abspaltung bzw. Ausgliederung schriftlich geltend machen und nur, soweit die Forderung nicht fällig ist und kein Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung im Insolvenzfall besteht.⁴⁴¹ Daneben müssen sie glaubhaft machen, dass die Erfüllung ihrer Forderung durch die Spaltung gefährdet ist.⁴⁴² Die Sicherheitsleistung muss dabei unabhängig von der gesamtschuldnerischen Haftung betrachtet werden.⁴⁴³

Ob bei der Abspaltung oder Ausgliederung von Eigengesellschaften die Gläubiger eine konkrete Gefährdung der Forderungserfüllung glaubhaft machen können, bedarf einer Einzelfallbetrachtung. Bei der Ausgliederung gem. § 168 ff. UmwG muss zwischen den Gläubigern, deren Forderungen beim übertragenden Rechtsträger verbleiben sowie zwischen Gläubigern, deren Forderungen auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen, unterschieden werden. Ob die Gläubiger des übernehmenden Rechtsträgers die Gefährdung glaubhaft machen können, muss ebenfalls im Einzelfall betrachtet werden. Die Gläubiger, deren Forderungen bei der Gemeinde verbleiben, können eine Gefährdung der Erfüllung

440 Zuordnung im Spaltungsvertrag ist eine andere Bestimmung i. S. v. § 426 S. 1 BGB: Lutter/*H. Schmidt*, § 172 Rn. 6; NK-UmwG/*Geiser/Gimmich*, § 172 Rn. 5; Schmitt/*Hörtnagl/Statz/Hörtnagl*, § 133 Rn. 16.

441 KK-UmwG/*Simon*, § 133 Rn. 72; Lutter/*Schwab*, § 133 Rn. 90 ff.

442 Lutter/*Schwab*, § 133 Rn. 92.

443 KK-UmwG/*Simon*, § 133 Rn. 71; NK-UmwG/*Fischer*, § 133 Rn. 45; *Schöne*, S. 97; a. A. *Gaß*, S. 214.

ihrer Forderung gem. §§ 133 Abs. 1 S. 2 i. V. m. 125, 22 Abs. 1 S. 2 UmwG kaum glaubhaft machen, da die Gemeinde nicht insolvenzfähig ist.⁴⁴⁴

e) Änderung der Satzung

Auch bei der Spaltung muss die Übergangssatzung geändert werden. Dies wird im vierten Teil erörtert.

3. Beurteilung und Ergebnis

Bei der Ausgliederung aus dem Vermögen einer Gemeinde muss das ganze Unternehmen übertragen werden. Diese Maßnahme ist nur sinnvoll, wenn die künftige Einrichtungsgesellschaft finanziell in der Lage ist, den Gegenwert für das übergehende ganze Unternehmen zu leisten. Ist die Einrichtungsimmobilie werthaltig und Teil des Unternehmens, wird die Ausgliederung nach den §§ 168 ff. UmwG meist nicht in Betracht kommen. Auch wird die Gemeinde an der Ausgliederung nach §§ 168 ff. wegen der sie treffenden gesamtschuldnerischen Haftung für eine Vielzahl von Forderungen innerhalb von fünf Jahren für übergehende Verbindlichkeiten kein Interesse haben. Die Ausgliederung aus dem Vermögen einer Gemeinde gem. §§ 168 ff. UmwG ist damit nur bedingt eine Gründungsalternative.

Die Abspaltung bzw. Ausgliederung von Eigengesellschaften ermöglicht es hingegen, die übergehenden Vermögensgegenstände nach den Bedürfnissen der Gemeinde und der Einrichtungsgesellschaft zu wählen. Zwar trifft die Eigengesellschaft bzw. die Gemeinde die gesamtschuldnerische Haftung. Allerdings wird deren Umfang regelmäßig niedriger als bei der Ausgliederung gem. § 168 ff. UmwG sein. Die Abspaltung stellt eine in Betracht zu ziehende Gründungsalternative dar.

IV. Umgestaltung einer bestehenden Eigen-GmbH

Besteht eine Eigengesellschaft in der Rechtsform der GmbH, die in die EinrichtungsgmbH umgebildet werden soll, bedarf es keiner Änderung der Rechtsform. Die bestehende Eigen-GmbH muss aber umgestaltet werden, wozu es

⁴⁴⁴ KK-UmwG/Leuering, § 172 Rn. 5; Semler/Stengel/Perlitt, § 172 Rn. 10 f.; *Suppliet*, S. 182; ebenso ohne Begründung Lutter/H. Schmidt, § 172 Rn. 8.

wiederum der Änderung der Anteilsinhaber und der Änderung des Gesellschaftsvertrages bedarf. Ob die Umgestaltung der Eigen-GmbH zur Einrichtungs-GmbH Erfolg haben wird, hängt wieder von der Finanzierbarkeit und damit der Einrichtungsimmobilie ab. Daneben muss der Aufwand durch zusätzlich anfallende Maßnahmen berücksichtigt werden. Dies können Kündigungen oder Neuabschlüsse von nicht mehr benötigten bzw. fortan benötigten Rechtsgeschäften sein. Bei der Umgestaltung der Eigen-GmbH erfolgt ein Austausch der Gesellschafter, der aber keinen Betriebsübergang gem. § 613a Abs. 1 BGB darstellt.⁴⁴⁵ Die Einrichtungs-GmbH behält somit das Personal der vormaligen Eigen-GmbH. Dabei ist im Einzelfall zu betrachten, ob die Einrichtungs-GmbH in der Lage ist, das Personal zu halten oder ob betriebsbedingte Kündigungen in Betracht kommen müssen. In der Regel wird die Umgestaltung der Eigen-GmbH in die Einrichtungs-GmbH eine Alternative sein, wenn die Personalstruktur tragbar und die Einrichtungsimmobilie von geringem Wert oder nicht im Eigentum der Eigen-GmbH ist.

C. Gesamtergebnis 3. Teil

1. Die Neugründung kann durch die klassische Gründung, über eine Vorrats-GmbH oder die Projekt-eG erfolgen. Sie eröffnet die Möglichkeit, die Einrichtungsgesellschaft von Beginn an nach den Bedürfnissen zu gestalten und nicht erst Umbauten vorzunehmen. Die Neugründung eignet sich für die Gründung der Einrichtungsgesellschaft.
2. Die Umwandlung kommunaler Rechtsträger ist über den Formwechsel möglich. Der Formwechsel von Eigengesellschaften und bei entsprechender Satzungsgestaltung auch der AöR ist in die Zielgesellschaft direkt erzielbar. Bei Regie- und Eigenbetrieben bedarf es einer doppelten Umwandlung über die AöR, was wegen des Aufwandes uninteressant ist. Der Formwechsel einer Eigengesellschaft in eine Einrichtungs-eG oder eine Einrichtungs-GmbH ist sinnvoll, wenn der Aufwand durch die erforderlichen Maßnahmen sowohl vor als auch nach dem Formwechsel nicht wesentlich höher als bei der Neugründung ist. Dies bedarf einer Betrachtung im jeweiligen Einzelfall. Beim Formwechsel der AöR stehen sehr weitgehende Regelungsmöglichkeiten zur Ver-

445 BAG NZA 2007, 1428, 1430; Jauernig/Mansel, § 613a Rn. 3a; MK-BGB/Müller-Glöge, § 613a Rn. 55; Palandt/Weidenkaff, § 613a Rn. 6, 11a.

fügung, weshalb dieser als Gründungsalternative in Betracht gezogen werden kann.

3. Die Abspaltung und Ausgliederung von Eigengesellschaften ist möglich, von der AöR nicht. Regie- und Eigenbetriebe können gem. §§ 168 ff. UmwG als Vermögen einer Gebietskörperschaft vollständig ausgegliedert werden. Dies kann wegen des Übergangs des gesamten Unternehmens uninteressant sein. Die Abspaltung bzw. Ausgliederung von Eigengesellschaften ist wegen der Flexibilität der übergehenden Vermögensgegenstände eine in Betracht zu ziehende Gründungsalternative.
4. Die Umgestaltung einer bestehenden Eigen-GmbH ist nur eine Alternative, wenn die Personalstruktur tragbar und die Einrichtungimmobilie von geringem Wert ist oder nicht im Eigentum der Eigen-GmbH steht.

4. Teil: Satzungsgestaltung für eine Einrichtungsgesellschaft in der Rechtsform der eG

A. Vorgehensweise, Prämissen und Vorüberlegungen

I. Vorgehensweise

Die Ausführungen zur Satzungsgestaltung erfolgen aus zwei Gründen anhand der Rechtsform eG. Zum einen bestehen die zugrunde gelegten Bädergesellschaften in der Rechtsform der eG. Zum anderen obliegt die eG der Satzungsstrenge gem. § 18 S. 2 GenG. Die zur eG aufgestellten Überlegungen können damit auch auf in der Satzungsgestaltung flexiblere Rechtsformen (insbes. GmbH) übertragen werden.

Die Ausführungen zur Satzungsgestaltung erfolgen anhand ausgewählter Probleme. Dabei werden die genannten Bädersatzungen zugrundegelegt.⁴⁴⁶ Auf einen Vergleich mit anderen Rechtsformen wird nur dort eingegangen, wo dies zur Beantwortung der Fragen notwendig ist. Zwischen der nicht gemeinnützigen und der gemeinnützigen Einrichtungs-eG wird nur dort unterschieden, wo eine getrennte Betrachtung relevant wird. Der Satzungsgestaltung werden die nachstehenden Prämissen und Vorüberlegungen zugrundegelegt.

II. Allgemeine Angaben

Die Satzung muss gem. § 6 Nr. 1 GenG die Firma und den Sitz der eG enthalten. Zur Identifikation der Beteiligten mit der Einrichtungs-eG ist eine Sachfirma sinnvoll, die mit einer Phantasiefirma zu einer Mischfirma werden kann wie bspw. „Hallenbad Neptun eG“. Daneben kann auch über die Aufnahme der Bezeichnung „Bürgergenossenschaft“ oder des Sitzes in die Firma nachgedacht werden. Der Sitz der Einrichtungs-eG befindet sich in der Gemeinde (ggf. mit Nennung des Gemeindeteils), in der sich die Einrichtung befindet.⁴⁴⁷

Zum Pflichtinhalt der Satzung gehören gem. § 6 Nr. 5 GenG Bestimmungen über die Form der Bekanntmachungen der eG sowie die Bestimmung der öffentlichen Blätter für Bekanntmachungen, deren Veröffentlichung in öffentlichen

446 Vgl. die Nennung am Ende des 1. Teils.

447 So in allen betrachteten Satzungen in § 1.

Blättern durch Gesetz oder Satzung vorgeschrieben ist.⁴⁴⁸ Im Hinblick auf die Erreichbarkeit sowie die anfallenden Kosten⁴⁴⁹ und Aufwendungen ist es sinnvoll, neben einem regional weit verbreiteten öffentlichen Blatt die Bekanntmachung auf der Homepage der Einrichtungs-eG und ggf. durch einen E-Mail-Verteiler zu veröffentlichen.⁴⁵⁰

Der Zweck ist kein Pflichtinhalt der Satzung (arg. e contrario aus § 6 und § 7 GenG), sondern muss nach § 1 Abs. 1 GenG darauf gerichtet sein, den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder oder deren soziale oder kulturelle Belange durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern. Bei der Einrichtungs-eG ist der gemeinschaftliche Geschäftsbetrieb die betriebene Einrichtung, durch die es den Mitgliedern ermöglicht wird, ihren gesundheitlichen, sportlichen und kulturellen Bedürfnissen nachzukommen, was durch die Schließung der Einrichtung durch die Gemeinde nicht mehr oder nur erschwert der Fall gewesen wäre.⁴⁵¹ Der Geschäftsbetrieb fördert somit die ideellen Ziele der Mitglieder und damit deren soziale und kulturellen Belange und erfüllt den notwendigen Förderzweck.

448 Zum Begriff und den Voraussetzungen der Bekanntmachungen Beuthien/Beuthien, § 6 Rn. 14; L/W/Schulte, § 6 Rn. 26 f.; P/F/B/Fandrich, § 6 Rn. 15; BeckHdb.Gen/Steinle, § 3 Rn. 32; Bauer, S. 43; eine Regelung, die die Bekanntmachung in mehreren Blättern alternativ vorsieht, ist unzulässig: OLG Stuttgart ZfgG 1978, 449, 451 f.; Beuthien/Beuthien, § 6 Rn. 14; L/W/Schulte, § 6 Rn. 21; Müller, § 6 Rn. 44; Bauer, S. 43.

449 So beträgt bspw. bei der Siegener Zeitung der Preis für eine 9 cm mal 5 cm-Anzeige 174 €, bei einer Größe von 9 cm mal 8 cm bereits 278,40 €; telefonisch erfragt bei Frau Kölsch von der Siegener Zeitung am 30.04.2013; der Anzeigenpreis bei einer Breite von 9 cm errechnet sich durch die doppelte Länge der Anzeige in mm multipliziert mit dem Millimeterpreis von 1,74 €, hier also 80mm mal 2 mal 1,74 €/mm.

450 Eine Mitgliederzeitung wird bei der Einrichtungs-eG aufgrund des Kosten- und Zeitaufwandes zumindest in den Anfangsjahren nicht erstellt werden. Ein Aushang ist kostengünstig, allerdings dürfte dabei die zu erreichende Personanzahl überschaubar sein. Die Bekanntmachung per Post ist aufwendig und durch die anfallenden Portogebühren auch teuer. Per Fax ist die Mitteilung ebenfalls aufwendig und die damit zu erreichende Personanzahl dürfte mittlerweile gering sein.

451 Bspw. durch eine weite Anreise in die Einrichtungen von Nachbarkommunen oder in Betriebe teurerer kommerzieller Anbieter.

III. Mitgliedschaft

Dem Grundgedanken der Einrichtungs-eG widerspricht es, die Mitgliedseigenschaft an persönliche oder sachliche Voraussetzungen zu knüpfen.⁴⁵² Auch funktioniert die Einrichtungs-eG langfristig nur, wenn alle Mitglieder gleich behandelt werden. Deshalb ist es sinnvoll, neben den allgemeinen Mitgliedschaftsrechten und Mitgliedschaftspflichten keine Vorzugs- oder Sonderrechte bzw. Sonderlasten und Sonderpflichten einzuführen.⁴⁵³

IV. Finanzverfassung

Zum Pflichtinhalt der Satzung gehört gem. § 6 Nr. 3 GenG eine Bestimmung, ob und wie die Mitglieder im Insolvenzfall der eG Nachschüsse zur Insolvenzmasse zu leisten haben. Die Nachschusspflicht sollte in der Satzung ausgeschlossen werden.⁴⁵⁴ Das Geschäftsjahr ist das Kalenderjahr. Die Verzinsung von Geschäftsguthaben findet nicht statt. Die gesetzlich vorgesehene Vermögensverteilung bei der Auflösung der eG gem. §§ 91 f. GenG ist angemessen, bei steuerlicher Gemeinnützigkeit muss allerdings § 55 Abs. 1 Nr. 4 AO beachtet werden.

V. Organe

Die Tätigkeit in den Organen erfolgt ehrenamtlich.⁴⁵⁵ Neben dem Vorstand, dem Aufsichtsrat und der Generalversammlung hat die Einrichtungs-eG keine weiteren Organe. Insbesondere kommt eine Vertreterversammlung gem. § 43a Abs. 1 S. 1 GenG für die Gründungssatzung nicht in Frage. Über die konkrete Ausgestaltung der Zusammenarbeit zwischen Vorstand und Aufsichtsrat sowie die innere Ordnung der Organe kann aufgrund der Einzelfallbezogenheit dieser Fragen nur ein Überblick gegeben werden.

Die eG muss gem. § 24 Abs. 2 S. 1 GenG mindestens zwei Vorstandsmitglieder und gem. § 36 Abs. 1 S. 1 GenG mindestens drei Aufsichtsratsmitglieder haben.

452 Unstrittig, dass die Satzung die Mitgliedschaft an persönliche oder sachliche Voraussetzungen knüpfen kann; vgl. statt aller BeckHdb.Gen/*Geschwandtner*, § 4 Rn. 11.

453 Vgl. zu den Begriffen *Beuthien/Beuthien*, § 18 Rn. 27 ff., 40 ff.

454 So auch in den betrachteten Satzungen (*Mücke*, § 40; *Hochheim*, § 37 Abs. 4; *Hänigsen, Uetze* und *Luthe* je § 37a Abs. 1; *Nörten* und *Gandersheim* je § 37a und *Rheingrafenstein*, § 41).

455 *Mücke* und *Hochheim* lassen sogar nur ehrenamtliche Mitglieder zu (§ 18 Abs. 1).

Die Anzahl der Organmitglieder sollte sich am Arbeitsanfall in der Einrichtung-eG orientieren. Da die Organmitglieder nicht vollzeit für die Einrichtung-eG tätig sind, ist eine höhere Zahl an Organmitgliedern sinnvoll, um damit die anfallende Organarbeit auf mehrere Schultern zu verteilen⁴⁵⁶ und eine größere Meinungsvielfalt im jeweiligen Organ zu haben. Der Nachteil einer größeren Anzahl an Organmitgliedern kann darin bestehen, dass sich nicht genügend (qualifizierte) Mitglieder bereit erklären, das Amt wahrzunehmen. Um flexibel zu sein und damit das Organ nicht unangemessen groß wird, bietet sich die Festlegung einer Mindest- und Höchstzahl an.⁴⁵⁷ Die Festlegung der konkreten Anzahl in den gesetzten Grenzen obliegt bei einer solchen Gestaltung dann dem für die Bestellung zuständigen Organ.⁴⁵⁸

Die Amtsfähigkeit an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen, ist nicht sinnvoll.⁴⁵⁹ Es kann allenfalls erwogen werden, bestimmte Voraussetzungen als „Soll“-Kriterien aufzunehmen.⁴⁶⁰

Nicht näher erläutert werden aufgrund geringer Themenrelevanz Stimmrechtsbeschränkungen, Stimmrechtsausschluss und Stimmbindung.

456 Vgl. zur Ressortaufteilung beim Vorstand die Ausführungen im 4. Teil, B. III. 2. a) aa) (1) (c) und 4. Teil, B. III. 2. a) bb).

457 So auch *Mücke* (§ 18 Abs. 1 S. 1, § 24 Abs. 1 S. 1); *Hochheim* (§ 18 Abs. 1); *Gandersheim* (§ 18 Abs. 1 S. 1) und *Rheingrafenstein* (§ 23 Abs. 1 S. 1); nur Mindestzahl bei *Hochheim* (§ 23 S. 1); *Hänigsen, Uetze und Luthe* (§ 18 Abs. 1 S. 1, § 23 Abs. 1 S. 1); *Gandersheim* (§ 23 Abs. 1) und *Rheingrafenstein* (§ 18 Abs. 1 S. 1).

458 Zum Vorstand *L/W/Schaffland*, § 24 Rn. 14; *Bauer*, S. 78; zum Aufsichtsrat *Frankenberger/Gschrey/Bauer*, S. 5.

459 Denkbar wäre bspw. das Lebensalter oder die Dauer der Mitgliedschaft, der Wohnsitz im Geschäftsbereich oder bestimmte fachliche Qualifikationen; zum Vorstand *L/W/Schaffland*, § 24 Rn. 26; *Bauer*, S. 79; zum Aufsichtsrat *Beuthien/Beuthien*, § 36 Rn. 2; *Frankenberger/Gschrey/Bauer*, S. 11.

460 So etwa *Gandersheim* und *Nörten* (jeweils § 18 Abs. 1) sowie *Mücke* (§ 18 Abs. 2).

B. Ausgewählte Probleme der Satzungsgestaltung

I. Unternehmensgegenstand, steuerrechtliche Gemeinnützigkeit und Mitgliedschaft

1. Unternehmensgegenstand

Zunächst stellt sich die Frage, wie bei der Einrichtungs-eG der Unternehmensgegenstand als Pflichtinhalt der Satzung gem. § 6 Nr. 2 GenG zu gestalten ist.⁴⁶¹ Es bietet sich an, die konkrete Tätigkeit an der übernommenen Einrichtung zu bezeichnen.⁴⁶² Daneben kann erwogen werden, den Unternehmensgegenstand von der Tätigkeit der konkreten Einrichtung losgelöst und offener zu formulieren. Dies kommt in Frage, wenn sich die Einrichtungs-eG nicht von Anfang an als eG für eine bestimmte Einrichtung begreift und anstrebt, weitere in der Gemeinde geschlossene oder noch zu schließende Einrichtungen zu betreiben. Relevant wird dies insbesondere, wenn die Gemeinde bereits weitere Einrichtungen geschlossen hat oder ankündigt, diese schließen zu wollen. Eine offene Formulierung des Unternehmensgegenstandes wie bspw. „Betrieb von ehemals gemeindlich betriebenen Einrichtungen in der Gemeinde X“ muss aber satzungrechtlich zulässig sein.

Der Unternehmensgegenstand muss nicht eng umschrieben werden, sondern nur hinreichend konkretisiert sein; allgemeine oder abstrakte Umschreibungen wie der „Betrieb von Handelsgeschäften aller Art“ reichen jedoch nicht aus.⁴⁶³ Die eG ist aber nicht verpflichtet, alle vom Unternehmensgegenstand erfassten Tätigkeiten tatsächlich auszuüben.⁴⁶⁴ Die Beschränkung des Unternehmensgegenstandes auf den Betrieb von ehemals gemeindlichen Einrichtungen in einem bestimmten Gebiet ist in Bezug auf die Art und den Ort der Tätigkeit hinreichend konkret. Daneben bietet sich die weitere Konkretisierung durch Beispiele an, die

461 Vgl. zu den Anforderungen an den Unternehmensgegenstand Beuthien/Beuthien, § 6 Rn. 7 f.; L/W/Schulte, § 6 Rn. 11 ff.; P/F/B/Fandrich, § 6 Rn. 6 f.; BeckHdb.Gen/Steinle, § 3 Rn. 25.

462 Wie bspw. „Bau und Betrieb des Hallenbades Mücke“, Mücke, § 2 Abs. 2.

463 Beuthien/Beuthien, § 6 Rn. 7; L/W/Schulte, § 6 Rn. 11; P/F/B/Fandrich, § 6 Rn. 6; BeckHdb.Gen/Steinle, § 3 Rn. 25.

464 Beuthien/Beuthien, § 6 Rn. 8; P/F/B/Fandrich, § 6 Rn. 7; vgl. L/W/Schulte, § 6 Rn. 14.

aber keinen abschließenden Charakter haben.⁴⁶⁵ Die offene Formulierung ist somit satzungsrrechtlich zulässig.

Die Frage ist, ob die offene Formulierung des Unternehmensgegenstandes sinnvoll ist. Der Vorteil besteht darin, dass der Vorstand ohne vorherige Befragung der Generalversammlung neben der ursprünglichen Einrichtung auch Geschäftstätigkeiten bei anderen Einrichtungen für die eG aufnehmen darf.⁴⁶⁶ Ist der Unternehmensgegenstand zu eng formuliert, bedarf es zur Erweiterung der Geschäftstätigkeit dessen Anpassung durch Satzungsänderung mit einer Mehrheit von mindestens 3/4 der abgegebenen Stimmen (§ 16 Abs. 2 Nr. 1 GenG). Dabei kann der erforderliche Beschluss nicht zustande kommen und ein Teil der Mitglieder für den Betrieb der anderen Einrichtung eine neue eG oder Gesellschaft anderer Rechtsform gründen. Dies kann zur Zersplitterung des bürgerschaftlichen Engagements und damit zu Interessenkonflikten führen. Die weite Formulierung birgt die Gefahr, dass die eG in Einrichtungsfeldern tätig wird, die von der Mehrzahl der Mitglieder nicht getragen werden. Das kann zum Ausbleiben von Engagement führen. Zwar haben die Mitglieder die weite Formulierung in der Satzung selbst gewählt. Allerdings dürften in der Zeit zwischen Festlegung der Satzung und der Eröffnung neuer Tätigkeitsfelder viele Mitglieder der eG neu beigetreten sein. Die Ausweitung des Tätigkeitsfelds auf andere Einrichtungen kann aber auch die Chance bieten, engagierte Mitglieder zu gewinnen, die sich vorher nicht mit dem Tätigkeitsbereich der eG identifizieren konnten. Außerdem dürfte es eher unwahrscheinlich sein, dass sich die Mehrzahl der Mitglieder der Einrichtungs-eG für den Erhalt einer Einrichtung in der Gemeinde einsetzen, beim Erhalt einer anderen Einrichtung ihr Engagement aber gänzlich zurückziehen. Kommt es für die Einrichtungs-eG von Anfang an in Betracht, ihr Tätigkeitsfeld auf weitere Einrichtungen auszudehnen, ist es ratsam, den Unternehmensgegenstand nicht zu eng zu formulieren. Eine beispielhafte, nicht abschließende Aufzählung einzelner Tätigkeiten kann aufgenommen werden.

465 L/W/Schulte, § 6 Rn. 11.

466 Vgl. L/W/Schulte, § 6 Rn. 14; BeckHdb.Gen/Steinle, § 3 Rn. 13.

2. Steuerrechtliche Gemeinnützigkeit⁴⁶⁷

Besonders im Hinblick auf die Finanzierung ist die steuerliche Gemeinnützigkeit vorteilhaft.⁴⁶⁸ Deshalb ist zu klären, ob die Einrichtungs-eG bei entsprechender Gestaltung als steuerlich gemeinnützig anerkannt werden kann.

a) Allgemeine Voraussetzungen

Für die Anerkennung der steuerlichen Gemeinnützigkeit muss eine Körperschaft gem. § 51 Abs. 1 S. 1 AO ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige, mildtätige oder kirchliche Zwecke verfolgen. Körperschaften sind gem. § 51 Abs. 1 S. 2 AO Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen i. S. d. KStG, also auch die eG, mit Geschäftsleitung oder Sitz im Inland (§ 1 Nr. 2 KStG). Gemeinnützige Zwecke verfolgt eine Körperschaft gem. § 52 Abs. 1 S. 1 AO, wenn sie darauf gerichtet ist, die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos zu fördern. Zu den gemeinnützigen Zwecken enthält § 52 Abs. 2 S. 1 AO eine abschließende Aufzählung, die nur gem. § 52 Abs. 2 S. 2 AO durch Anerkennung der Finanzverwaltung im Einzelfall erweitert werden kann.⁴⁶⁹ Für die Einrichtungs-eG kommt aus § 52 Abs. 2 S. 1 AO insbesondere die Förderung der Gesundheitspflege (Nr. 3), die Förderung von Kunst und Kultur (Nr. 5), die Förderung des Sports (Nr. 21) und die Förderung des bürgerschaftlichen Engagements zugunsten gemeinnütziger, mildtätiger oder kirchlicher Zwecke (Nr. 25) in Betracht.⁴⁷⁰

467 Terminologisch richtig muss, wie von der AO verwendet, von steuerbegünstigten Zwecken gesprochen werden. Dies hat sich aber nach *Hüttemann*, Rn. 1.4 weder im allgemeinen Sprachgebrauch noch im steuerrechtlichen Fachschrifttum durchgesetzt.

468 Vgl. zu den Vorteilen der steuerlichen Gemeinnützigkeit *Geschwandtner/Helios*, S. 70; *Hüttemann*, Rn. 1.25 ff.

469 BMF/AEAO zu § 52 Nr. 2, Nr. 2.6; Klein/*Gersch*, § 52 Rn. 1, 15; Ax/*Melchior*, Rn. 376; *Hüttemann*, Rn. 3.17, 3.26; *Sauter*, S. 11.

470 Zur Erläuterung der Begriffe vgl. BMF/AEAO zu § 52 Nr. 2.2 (Kunst und Kultur), Nr. 2.5 (bürgerschaftliches Engagement), Nr. 5 (Gesundheitspflege), Nr. 6 und Nr. 7 (Sport); *Hüttemann*, Rn. 3.92 (Gesundheitspflege), Rn. 3.95 ff. (Kunst und Kultur), Rn. 3.120 ff. (Sport) und Rn. 3.146 (bürgerschaftliches Engagement).

b) Die einzelnen Tatbestandsmerkmale

aa) Förderung der Allgemeinheit

Die Förderung der Allgemeinheit liegt nach § 52 Abs. 1 S. 2 AO nicht vor, wenn der Kreis der Personen, dem die Förderung zugutekommt, fest abgeschlossen ist oder infolge seiner Abgrenzung dauernd nur klein sein kann. Bei der eG werden gem. § 1 Abs. 1 GenG der Erwerb, die Wirtschaft oder die sozialen oder kulturellen Belange der Mitglieder gefördert. Dies kann auf einen fest abgeschlossenen Personenkreis hindeuten. Allerdings ist die eG gem. § 1 Abs. 1 GenG eine Gesellschaft von „nicht geschlossener Mitgliederzahl“. Ohne anderslautende Satzungsregelung kann jeder Mitglied werden und die Förderung wahrnehmen.⁴⁷¹ Daneben erhalten auch Nichtmitglieder eine Förderung in ihren sozialen oder kulturellen Belangen. Sie können die von der Einrichtungs-eG betriebene Einrichtung zu den jeweils gültigen Konditionen benutzen, wenn das Nichtmitgliedergeschäft zugelassen ist.⁴⁷²

Förderung der Allgemeinheit liegt auch nicht vor, wenn ein Verein, dessen Tätigkeit in erster Linie seinen Mitgliedern zugutekommt, den Kreis der Mitglieder durch hohe Aufnahmegebühren oder Mitgliedsbeiträge klein hält.⁴⁷³ Die eG ist ihrer Grundstruktur nach ein Verein.⁴⁷⁴ Die Tätigkeit der Einrichtungs-eG kommt zwar auch ihren Mitgliedern zugute, aber nicht in erster Linie. Insgesamt ist der Erhalt der Einrichtung für alle Benutzer bezweckt. Selbst wenn man voraussetzt, die Tätigkeit der Einrichtungs-eG käme in erster Linie ihren Mitgliedern zugute, ist eine Förderung der Allgemeinheit i. S. d. § 52 Abs. 1 AO anzunehmen, wenn die Mitgliedsbeiträge und Mitgliedsumlagen zusammen im Durchschnitt 1.023 € je Mitglied und Jahr sowie die Aufnahmegebühr für die im Jahr aufgenommen Mitglieder im Durchschnitt 1.534 € nicht übersteigen.⁴⁷⁵

471 Beuthien/Beuthien, § 1 Rn. 7; *Geschwandtner/Helios*, S. 73; *Hippeli/Matheis*, ZfgG 2009, 234, 242.

472 Dazu wird im 4. Teil, B. I. 5. aber geraten.

473 BFHE 181, 396, 398 f.; BMF/AEAO zu § 52 Nr. 1.1; Klein/Gersch, § 52 Rn. 6.

474 Beuthien/Beuthien, § 1 Rn. 6; L/W/Schulte, § 1 Rn. 16; Müller, § 1 Rn. 1; Beck-Hdb.Gen/Helios, § 1 Rn. 8.

475 BMF/AEAO zu § 52 Nr. 1.1, der in den folgenden Randziffern auf die Berechnung der Durchschnittsbeträge eingeht; ebenso, aber ohne die konkrete Nennung von Zahlen *Hippeli/Matheis*, ZfgG 2009, 234, 242.

Dies wird bei der Einrichtungs-eG nicht verlangt.⁴⁷⁶ Sie erfüllt somit die Voraussetzung der Förderung der Allgemeinheit bzw. kann so gestaltet werden, dass die Erfüllung dieser Voraussetzung angenommen wird.

bb) Selbstlosigkeit der Förderung der Allgemeinheit

Die Förderung der Allgemeinheit auf den genannten Gebieten muss selbstlos erfolgen. Eine selbstlose Förderung oder Unterstützung liegt gem. § 55 Abs. 1 AO vor, wenn dadurch nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke verfolgt werden und die weiteren Voraussetzungen der Nummern 1 bis 5 vorliegen. Dazu bedarf es der Feststellung aufgrund der Gesamtschau der objektiven Umstände.⁴⁷⁷

(1) Keine Verfolgung eigenwirtschaftlicher Zwecke

Die Einrichtungs-eG darf nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke verfolgen. Dies liegt vor, wenn sie nicht vorrangig und nur nebenbei ihre eigenen wirtschaftlichen Interessen oder die ihrer Mitglieder fördert.⁴⁷⁸ Dabei ist es unschädlich, wenn sie aus der Verfolgung steuerbegünstigter Zwecke nebenbei Vorteile erzielt, die in der Bedeutung zurücktreten.⁴⁷⁹ Dies gilt auch für eine Gewinnerzielung, wenn nur in einzelnen Wirtschaftsjahren die Einnahmen die Ausgaben übersteigen, die eG keine Gewinnerzielungsabsicht hat und langfristig höchstens ausgeglichene Ergebnisse erzielt.⁴⁸⁰ Stammen die Haupteinnahmen aus einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, ist es unschädlich, wenn die eG die meiste Zeit der Verfolgung ihrer ideellen Interessen widmet.⁴⁸¹ Daneben ist oft die Förderung der Mitgliederinteressen notwendiges Nebenprodukt der Tätigkeit, weshalb Selbstlosigkeit erst dann nicht mehr vorliegt, wenn der Eigennutz der Mitglieder in den Vordergrund tritt.⁴⁸²

Die Einrichtungs-eG wird gegründet, um die von der Gemeinde nicht mehr betriebene Einrichtung weiterzuführen. Dies geschieht vorrangig, damit die Ein-

476 Vgl. dazu die Ausführungen im 4. Teil, B. II. 2. und 3.

477 Klein/*Gersch*, § 55 Rn. 1.

478 BFHE 165, 484, 487; BFHE 209, 489, 492 f.; Klein/*Gersch*, § 55 Rn. 2.

479 FG Köln EFG 1986, 144, 145; Klein/*Gersch*, § 55 Rn. 2.

480 FG Köln EFG 1986, 144, 145; Klein/*Gersch*, § 55 Rn. 2.

481 Klein/*Gersch*, § 55 Rn. 2.

482 BFHE 209, 489, 493; Klein/*Gersch*, § 55 Rn. 3.

wohner ihren ideellen Interessen wie Kultur bzw. Sport weiterhin nachgehen können. Der erwerbswirtschaftliche Aspekt steht nicht im Vordergrund, er ist vielmehr Mittel zum Zweck. Zwar erzielt die Einrichtungs-eG auch Einnahmen aus dem Einrichtungsbetrieb. Da es sich bei den übernommenen Einrichtungen in der Regel um defizitäre oder gerade ausgeglichene Betriebe handelt, an denen die private Erwerbswirtschaft wegen geringer Rentabilität im Regelfall kein Interesse hat, wird langfristig meist ein ausgeglichenes Ergebnis, ggf. mit geringem Gewinn, angestrebt. Außerdem widmet die Einrichtungs-eG die meiste Zeit dem Einrichtungsbetrieb, der Mittel zur Verwirklichung ihrer ideellen Zwecke ist. Auch hier treten eigenwirtschaftliche Zwecke zurück. Daneben liegt der Weiterbetrieb der Einrichtung zwar auch im Interesse der Mitglieder, die Benutzung der Einrichtung wird aber nicht nur den Mitglieder, sondern allen ermöglicht.⁴⁸³ Der Mitgliedereigennutz tritt nicht in den Vordergrund. Die Einrichtungs-eG verfolgt somit nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke.

(2) Mittelverwendung

Weitere Voraussetzung der Selbstlosigkeit ist gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 AO, dass die Mittel der eG nur für die satzungsmäßigen Zwecke verwendet werden dürfen.⁴⁸⁴ Die Mitglieder dürfen weder Gewinnanteile und in ihrer Eigenschaft als Mitglieder auch keine sonstigen Zuwendungen aus Mitteln der eG erhalten, noch darf die eG ihre Mittel für die unmittelbare oder mittelbare Unterstützung oder Förderung von politischen Parteien verwenden (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 und 3 AO). Mittel im Sinne der Vorschrift sind sämtliche Vermögenswerte wie Spenden, Mitgliedsbeiträge, Rücklagen, Erträge ihres Vermögens und ihrer Zweckbetriebe zur Verfügung stehende Geldbeträge.⁴⁸⁵

Den Voraussetzungen des § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 und 3 AO kann mit entsprechenden Satzungsregelungen Rechnung getragen werden (vgl. § 20 S. 1 GenG). Die wesentliche Frage ist, ob die Verluste des Einrichtungsbetriebes steuerunschädlich mit den Mitteln der Einrichtungs-eG ausgeglichen werden dürfen. Der

483 Nur, wenn das Nichtmitgliedergeschäft in der Satzung zugelassen wird, wozu aber im 4. Teil, B. I. 5. geraten wird.

484 Ausnahmen hierzu finden sich in § 58 AO, die bei der Einrichtungs-eG direkt (ohne Förderverein) mit Ausnahme der Nr. 7 nicht zum Tragen kommen.

485 BFHE 165, 484, 488; BMF/AEAO zu § 55 Nr. 3; Klein/Gersch, § 55 Rn. 4; *Geschwandtner/Helios*, S. 75.

Ausgleich von Verlusten eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs mit Mitteln aus dem ideellen Bereich ist grds. nicht möglich.⁴⁸⁶ Beim Einrichtungsbetrieb handelt es sich aber in den meisten Fällen um einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gem. § 14 AO.⁴⁸⁷

Ein Verlustausgleich beim Einrichtungsbetrieb durch Mittel der Einrichtungs-eG ist unbegrenzt und steuerunschädlich möglich, wenn der Einrichtungsbetrieb ein Zweckbetrieb im Sinne der AO ist, da die Körperschaft Zweckbetrieben unbegrenzt Mittel zuführen darf.⁴⁸⁸ Kulturelle Einrichtungen wie Museen, Theater oder kulturelle Veranstaltungen wie Konzerte oder Kunstausstellungen sind gem. § 68 Nr. 7 AO Zweckbetriebe, wobei der Verkauf von Speisen und Getränken nicht umfasst ist. Daneben sind sportliche Veranstaltungen eines Sportvereins unter den Voraussetzungen des § 67a AO Zweckbetriebe. Sportvereine sind alle gemeinnützigen Körperschaften, deren Satzungszweck die Förderung des Sports gem. § 52 Abs. 2 Nr. 21 AO ist,⁴⁸⁹ also auch die Einrichtungs-eG. Sportliche Veranstaltungen i. S. v. § 67a AO umfassen aber nur organisatorische Maßnahmen, die es aktiven Sportlern, die nicht Mitglieder des Vereins sein müssen, ermöglichen, Sport zu treiben oder wenn der Sportverein in Erfüllung seiner Satzungszwecke im Rahmen einer Veranstaltung einer anderen Person oder Körperschaft eine sportliche Darbietung erbringt.⁴⁹⁰ Davon umfasst sind Sportkurse und Sportlehrgänge für Mitglieder und Nichtmitglieder sowie das Vereinsschwimmen,⁴⁹¹ aber auch Wettbewerbe.⁴⁹² Der Verkauf von Speisen und Getränken sowie die Werbung gehören nicht dazu (§ 67a Abs. 1 S. 2 AO). Die Nutzungsüberlassung von Sportgegenständen oder Sportanlagen wie die Vermietung von Schwimmbädern sind ebenfalls nicht umfasst.⁴⁹³ Der Einrichtungsbetrieb ist somit, soweit nicht sportliche Veranstaltungen angeboten werden, kein Zweckbetrieb i. S. d. § 67a AO.

486 BFHE 181, 396, 397, 401 f.; BMF/AEAO zu § 55 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3; Tipke/Lang/Hey, § 20 Rn. 6; kritisch *Hüttemann*, Rn. 6.21 ff.

487 Vgl. zu den Voraussetzungen des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs Klein/*Gersch*, § 14 Rn. 6 ff.; *Hüttemann*, Rn. 6.95 ff.

488 Allg. Klein/*Gersch*, § 55 Rn. 6; *Hüttemann*, Rn. 6.168.

489 BMF/AEAO zu § 67a Nr. 2; *Hüttemann*, Rn. 6.243.

490 BFHE 175, 1, 3; BFHE 181, 222, 226; BMF/AEAO zu § 67a Nr. 3; *Hüttemann*, Rn. 6.244.

491 BMF/AEAO zu § 67a Nr. 5, 13; Klein/*Gersch*, § 67a Rn. 4.

492 Klein/*Gersch*, § 67a Rn. 4 und *Hüttemann*, Rn. 6.244 mit weiteren Beispielen.

493 BFHE 181, 222, 226 f.; Klein/*Gersch*, § 67a Rn. 4; *Hüttemann*, Rn. 6.244.

Der Einrichtungsbetrieb kann ein Zweckbetrieb gem. § 65 AO sein. Zunächst muss der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb in seiner Gesamtausrichtung dazu dienen, die steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zwecke der Körperschaft zu verwirklichen (Nr. 1). Die Gesamtausrichtung der wirtschaftlichen Tätigkeit muss durch die Erfüllung der steuerbegünstigten Zwecke bestimmt werden, d. h. die wirtschaftliche Betätigung und der satzungsmäßige Zweck können nicht voneinander getrennt werden.⁴⁹⁴ Der Zweckbetrieb muss die satzungsmäßigen Zwecke der Körperschaft, die ihn betreibt, tatsächlich und unmittelbar verwirklichen.⁴⁹⁵ Bei der Einrichtungs-eG ist der ideelle und wirtschaftliche Bereich meist nicht getrennt voneinander denkbar. Die Einrichtungs-eG ist auf die Verwirklichung der steuerbegünstigten Zwecke gerichtet, die durch den Einrichtungsbetrieb direkt ausgeführt wird. Die Gesamtausrichtung der wirtschaftlichen Tätigkeit ist somit auf die Erfüllung der steuerbegünstigten Zwecke ausgerichtet.

Daneben dürfen die Zwecke nur durch einen solchen Geschäftsbetrieb erreicht werden können (Nr. 2). Zur Erfüllung des satzungsmäßigen Zwecks muss die wirtschaftliche Betätigung zwingend notwendig, also unentbehrlich sein.⁴⁹⁶ Die Einrichtungs-eG kann ihre ideellen Zwecke nicht ohne den Einrichtungsbetrieb erfüllen, da eine weitere Einrichtung gleicher Art nicht existiert. Der Einrichtungsbetrieb ist für die Erfüllung ideeller Zwecke unentbehrlich.⁴⁹⁷

Schließlich darf der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb zu nicht begünstigten Betrieben derselben oder ähnlicher Art nicht in größerem Umfang in Wettbewerb treten, als es bei Erfüllung steuerbegünstigter Zwecke unvermeidbar ist (Nr. 3). Dies ist bereits nicht der Fall, wenn eine nicht steuerbegünstigte Unternehmung in ihrem Einzugsgebiet gleiche Leistungen wie die steuerbegünstigte Körperschaft erbringt oder erbringen könnte.⁴⁹⁸ Die Einrichtungs-eG wird gegründet, weil eben kein anderer Unternehmer die von der Gemeinde abgegebene Aufgabe

494 BFHE 209, 345, 348 f.; Klein/Gersch, § 65 Rn. 3; Hüttemann, Rn. 6.184.

495 BMF/AEAO zu § 65 Nr. 2; Klein/Gersch, § 65 Rn. 3; a. A. Hüttemann, Rn. 6.177 f., 6.181, der die Unmittelbarkeit nicht als Tatbestandsmerkmal sieht.

496 Klein/Gersch, § 65 Rn. 4; Hüttemann, Rn. 6.179.

497 So auch Klein/Gersch, § 65 Rn. 5 zum Schwimmen für Jedermann im öffentlichen Schwimmbad, wenn andere Angebote wie Solarium oder Sauna von untergeordneter Bedeutung sind.

498 BFHE 174, 97, 101; BMF/AEAO zu § 65 Nr. 4; Klein/Gersch, § 65 Rn. 6; Hüttemann, Rn. 6.190 ff.

unter gleichen oder ähnlichen Bedingungen erbringen kann oder möchte. Damit ergibt sich auch kein potentieller Wettbewerb. Bei Schwimmbädern, die Jedermannschwimmen anbieten und bei denen die nicht unmittelbar dem Schwimmen dienenden Angebote wie Sauna oder Solarium von untergeordneter Bedeutung sind, wird das damit begründet, dass sie in der Regel anders als sogenannte Spaßbäder organisiert sind und sich die Angebote beider Bäder im Wesentlichen unterscheiden.⁴⁹⁹ Die Einrichtungsbetriebe stehen somit zu nicht begünstigten Betrieben derselben oder ähnlicher Art nicht in schädlichem Maße in Wettbewerb.

Damit kann der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb der Einrichtungs-eG als Zweckbetrieb eingeordnet werden. Die Mittel der Einrichtungs-eG können steuerunschädlich zum Verlustausgleich des Einrichtungsbetriebs verwandt werden. Die Voraussetzung des § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 AO liegt vor.

(3) Weitere Voraussetzungen

Daneben müssen für die Selbstlosigkeit der Förderung der Allgemeinheit noch folgende weitere Voraussetzungen vorliegen.

Die Mitglieder dürfen gem. § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO bei ihrem Ausscheiden oder bei Auflösung oder Aufhebung der Körperschaft nicht mehr als ihre eingezahlten Anteile und den gemeinen Wert ihrer geleisteten Sacheinlage zurückerhalten. Bei Ausscheiden eines Mitglieds aus einer eG ist dem Mitglied gem. § 73 Abs. 2 GenG das Geschäftsguthaben auszuzahlen. Auf die Rücklagen und das sonstige Vermögen hat das Mitglied mangels abweichender Satzungsregelung gem. § 73 Abs. 2 S. 3 GenG keinen Anspruch. Beim Geschäftsguthaben handelt es sich um den Betrag, mit dem das einzelne Mitglied nach Maßgabe der Bilanz wertmäßig an der eG beteiligt ist.⁵⁰⁰ Dieses umfasst Einzahlungen des Mitglieds auf den oder die Geschäftsanteil(e) vermehrt um den anteiligen Gewinn und vermindert um den anteiligen Verlust.⁵⁰¹ Danach bekämen die Mitglieder beim Ausscheiden nicht ausschließlich ihre eingezahlten Anteile zurück. Da aber im Rahmen des § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 AO die Satzung eine Regelung enthalten

499 BMF/AEAO zu § 67a Nr. 13 c); Klein/Gersch, § 67a Rn. 4.

500 BeckHdb.Gen/Geschwandtner, § 4 Rn. 38.

501 Beuthien/Hüsken, RefE 1962, § 40 Abs. 1 S. 1 GenG; Müller, § 7 Rn. 8; BeckHdb.Gen/Geschwandtner, § 4 Rn. 38.

muss, dass die Mitglieder keine Gewinnanteile erhalten, d. h. dass diese dem Geschäftsguthaben nicht zugeschrieben werden dürfen, beschränkt sich das Geschäftsguthaben in diesem Falle auf die Einzahlungen sowie ggf. die Verminderung durch anteiligen Verlust. Daneben kann die Satzung bestimmen, dass die Mitglieder keine sonstigen Zuwendungen aus Mitteln der Körperschaft erhalten.⁵⁰² Bei Ausscheiden eines Mitglieds kann somit den Anforderungen des § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO Rechnung getragen werden. Wird die eG aufgelöst, verhält es sich ähnlich. Die Mitglieder erhalten mangels entgegenstehender Satzungsregelung gem. § 91 Abs. 1 S. 1 GenG das Reinvermögen bis zum Gesamtbetrag ihrer aufgrund der Eröffnungsbilanz ermittelten Geschäftsguthaben nach dem Verhältnis der Geschäftsguthaben. Da die Gewinne den Geschäftsguthaben bei entsprechender Satzungsregelung nicht gutgeschrieben werden dürfen, entspricht dies den eingezahlten Anteilen, ggf. abzüglich von Verlusten. Der Erhalt weiterer Zuwendungen kann per Satzung ausgeschlossen werden. Gehen die Überschüsse aber über den Gesamtbetrag der Guthaben hinaus, werden die verbleibenden Überschüsse gem. § 91 Abs. 2 GenG nach Köpfen verteilt. Das Mitglied würde in diesem Falle mehr als seine eingezahlten Anteile zurückbekommen. Dies kann ebenfalls mit einer Satzungsklausel gem. § 91 Abs. 3 GenG abbedungen werden. Den Anforderungen des § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO kann damit in der Satzung der Einrichtungs-eG Rechnung getragen werden.

Das Vermögen der Körperschaft bei deren Auflösung oder Aufhebung, soweit es die eingezahlten Anteile der Mitglieder und den gemeinen Wert der von den Mitgliedern geleisteten Sacheinlage übersteigt, darf gem. § 55 Abs. 1 Nr. 4 S. 1 AO nur für steuerbegünstigte Zwecke verwendet werden. § 55 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 AO stellt klar, dass diese Voraussetzung auch erfüllt ist, wenn das Vermögen einer anderen steuerbegünstigten Körperschaft oder juristischen Person des öffentlichen Rechts für steuerbegünstigte Zwecke übertragen werden soll. Ohne Satzungsklausel werden im Falle der Auflösung die verbleibenden Überschüsse gem. § 91 Abs. 2 GenG nach Köpfen verteilt. Unverteilbares Reinvermögen fällt gem. § 92 S. 1 GenG an die Gemeinde, in der die eG ihren Sitz hat. Da aber so-

502 So auch die Satzungen *Hänigsen*, *Uetze* und *Luthe* (§ 2 Abs. 3 S. 4) sowie *Rheingrafenstein* (§ 2 Abs. 5 S. 2); kann die Überschussverteilung per Satzung ausgeschlossen werden, muss erst recht der Erhalt weiterer Zuwendungen ausgeschlossen werden können, vgl. zum Erst-Recht-Schluss die Nachweise in Fn. 632.

wohl § 91 Abs. 2 GenG als auch § 92 S. 1 GenG abdingbar sind, kann dem Erfordernis des § 55 Abs. 1 Nr. 4 S. 1 AO mit entsprechender Satzungsklausel Rechnung getragen werden. Zur Frage, was bei Wegfall des bisherigen Zwecks mit dem Reinvermögen der eG passiert, enthält das GenG keine Regelung. Damit kann auch für diesen Fall eine entsprechende Regelung in der Satzung festgelegt werden (§ 18 S. 2 GenG).

Außerdem darf die Körperschaft keine Personen durch Ausgaben, die dem Zweck der Körperschaft fremd sind, oder durch unverhältnismäßig hohe Vergütungen begünstigen (§ 55 Abs. 1 Nr. 3 AO). Davon sind wie bei § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 AO Zuwendungen und Vermögensvorteile umfasst, die satzungsfremd und ohne entsprechenden Gegenwert erfolgen.⁵⁰³ Bei der Einrichtungs-eG erfolgt die Tätigkeit jedoch ehrenamtlich.⁵⁰⁴

Schließlich muss die Einrichtungs-eG gem. § 55 Abs. 1 Nr. 5 AO ihre Mittel vorbehaltlich des § 62 AO zeitnah für ihre steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zwecke verwenden.⁵⁰⁵ Auch dies kann sie erfüllen.

cc) Unmittelbarkeit

Die Einrichtungs-eG muss ihre steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zwecke unmittelbar verfolgen. Dies liegt gem. § 57 Abs. 1 AO u. a. vor, wenn sie diese Zwecke selbst (§ 57 Abs. 1 S. 1 AO) verwirklicht, was der Fall ist.

dd) Ausschließlichkeit

Schließlich muss die Einrichtungs-eG ihre gemeinnützigen Zwecke ausschließlich verfolgen. Dies liegt gem. § 56 AO vor, wenn sie nur ihre steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zwecke verfolgt. Hier kann problematisch sein, dass die eG gem. § 1 Abs. 1 GenG die Förderung der Mitglieder bezweckt. Die Mitglieder der eG sind aber ein Teil der Allgemeinheit, die durch die steuerbegünstigte Tätigkeit gefördert werden soll.⁵⁰⁶ Der Geschäftsbetrieb der Einrichtungs-eG ist

503 BFH/NV 2011, 2009, 2009 f.; Klein/Gersch, § 55 Rn. 22.

504 Vgl. die Prämisse im 4. Teil., A. V.

505 Vgl. dazu ausführlich BMF/AEAO zu § 55 Nr. 26 ff.; Klein/Gersch, § 55 Rn. 26 f.; *Geschwandtner/Helios*, S. 75 f.; zur Möglichkeit der Rücklagenbildung gem. § 62 AO BMF/AEAO zu § 62; Klein/Gersch, § 62.

506 *Helios/Strieder*, DB 2005, 2794, 2795; *Schulze/Wiese*, ZfgG 2009, 134, 138.

dabei ein Zweckbetrieb, der eine Ausnahme zum strikten Gebot der Ausschließlichkeit darstellt.⁵⁰⁷ Die Einrichtungs-eG verfolgt ihre gemeinnützigen Zwecke damit ausschließlich.

c) Anforderungen an die Satzung

Zur Anerkennung der steuerlichen Gemeinnützigkeit muss die Satzung den Anforderungen der §§ 59 ff. AO genügen.⁵⁰⁸ Aus der Satzung der Einrichtungs-eG muss sich gem. § 59 AO ergeben, welchen Zweck sie verfolgt, dass dieser Zweck den Anforderungen der §§ 52 bis 55 AO entspricht und unmittelbar verfolgt wird. Diesen Satzungsbestimmungen muss die tatsächliche Geschäftsführung gem. § 63 AO entsprechen.⁵⁰⁹ § 60 Abs. 1 AO konkretisiert § 59 AO und regelt dazu die formellen Anforderungen.⁵¹⁰ Nach § 60 Abs. 1 S. 1 AO müssen die Satzungszwecke und die Art ihrer Verwirklichung in der Satzung so genau bestimmt sein, damit aufgrund der Satzung geprüft werden kann, ob die satzungsmäßigen Voraussetzungen für Steuervergünstigungen gegeben sind. Daneben muss die Satzung gem. § 60 Abs. 1 S. 2 AO die in der Mustersatzung in Anlage 1 zur AO bezeichneten Festlegungen enthalten. Die Vorschriften müssen nicht wörtlich, sondern inhaltlich übernommen werden.⁵¹¹ Wie bereits in § 1 Mustersatzung Anlage 1 AO angedeutet, bietet es sich beim Zweck an, diesen eher allgemein zu halten und dafür bei der Beschreibung, wie der Zweck verwirklicht wird, eine beispielhafte Aufzählung der beabsichtigten Aktivitäten aufzunehmen.⁵¹² Da es sich hierbei um den Unternehmensgegenstand handelt, sind die oben gemachten Überlegungen zu berücksichtigen.⁵¹³ § 61 Abs. 1 AO zur Vermögensbindung ist ebenfalls zu berücksichtigen.⁵¹⁴ Es ist dringend anzuraten, den Entwurf der Satzung der Einrichtungs-eG vor der Gründung mit dem

507 Allg. Klein/*Gersch*, § 56 Rn. 2.

508 Klein/*Gersch*, § 59 Rn. 1; *Hüttemann*, Rn. 4.126.

509 Vgl. dazu ausführlich *Hüttemann*, Rn. 4.125 ff.

510 Klein/*Gersch*, § 60 Rn. 1.

511 Klein/*Gersch*, § 60 Rn. 2; *Hüttemann*, Rn. 4.129.

512 So zur UG (haftungsbeschränkt) *Zehentmeier*, NWB 2012, 1167, 1170.

513 4. Teil, B. I. 1.

514 Vgl. dazu ausführlich *Hüttemann*, Rn. 4.137 ff.

zuständigen Finanzamt abzustimmen, ob den gemeinnützigkeitsrechtlichen Vorgaben ausreichend genügt ist.⁵¹⁵

d) Zwischenergebnis

Die Einrichtungs-eG erfüllt bei entsprechender Satzungsgestaltung die Voraussetzungen zur Anerkennung der steuerlichen Gemeinnützigkeit.

3. Zulassung investierender Mitglieder

Seit der Genossenschaftsrechtsnovelle 2006 sind neben den Fördermitgliedern auch investierende Mitglieder gem. § 8 Abs. 2 GenG möglich. Für die Einrichtungs-eG ist die Frage zu klären, ob die Zulassung investierender Mitglieder notwendig und sinnvoll ist.

a) Abstrakte Abgrenzung

Dazu müssen investierende Mitglieder und Fördermitglieder zunächst abstrakt abgegrenzt werden. Investierende Mitglieder sind gem. § 8 Abs. 2 S. 1 GenG Personen, für die die Nutzung oder Produktion der Güter und die Nutzung oder Erbringung der Dienste der eG nicht in Frage kommen. Im Umkehrschluss sind Mitglieder, für die die Nutzung in Frage kommt, Fördermitglieder. Kernpunkt der Abgrenzungsfrage ist damit, was es bedeutet, dass die Leistungen der eG für die Person „nicht in Frage kommen“. Dabei wird diskutiert, ob es bereits ausreicht, dass die Personen die Förderleistungen nicht nutzen (wollen) oder es ausschlaggebend ist, dass die Personen die Förderleistungen nicht nutzen können.⁵¹⁶ Die erste, weite Auslegung dürfte vom Wortlaut schon nicht gedeckt sein. Die Redewendung „etwas kommt in Frage“ ist sinngleich mit „etwas in Betracht kommen“.⁵¹⁷ Dies beinhaltet ausdrücklich die Wahlmöglichkeit zwischen zwei Alternativen, ohne auf die tatsächliche Nutzung bzw. den Nutzungswillen einzugehen. Geht man dennoch davon aus, der Wortlaut umfasse die tatsächliche

515 *Hänigsen*, Gesprächsprotokoll, G.; vgl. zur UG (haftungsbeschränkt) *Zehentmeier*, NWB 2012, 1167, 1170.

516 *Beuthien/Beuthien*, § 8 Rn. 12; *L/W/Schulte*, § 8 Rn. 15; *BeckHdb.Gen/Steinle*, § 3 Rn. 14; *Kober*, ZfgG 2010, 37, 39 f.

517 So auch *BT-Drs.* 16/1025, S. 82; *P/F/B/Fandrich*, § 8 Rn. 10.

Nutzung bzw. den Willen zur Nutzung, sind die weiteren Auslegungskriterien zu betrachten.⁵¹⁸

Die Möglichkeit, investierende Mitglieder zuzulassen, wurde mit Blick auf die SCE-Verordnung 2006 ins GenG eingefügt. Der Gesetzgeber stellt explizit darauf ab, dass „eine lediglich potentiell gegebene Förderbeziehung ausreicht“.⁵¹⁹ Dies spricht für die enge Auslegung.

Systematisch steht § 8 Abs. 2 S. 1 GenG in Verbindung mit § 8 Abs. 2 S. 2 bis 4 GenG. Hierbei handelt es sich um Regelungen, die den Einfluss der investierenden Mitglieder ggü. den Fördermitgliedern begrenzen. Daraus lässt sich schließen, dass die nutzenden Mitglieder vor den Interessen der nicht nutzenden Mitglieder geschützt werden sollen und die investierenden Mitglieder i. S. d. weiten Auslegung zu verstehen sind. Dagegen kann eingewendet werden, dass auch Fördermitglieder, welche die Förderung nicht nutzen, aus der genossenschaftlichen Treuepflicht verpflichtet sind, solidarisch auf das gemeinschaftliche Förderinteresse aller Mitglieder Rücksicht zu nehmen.⁵²⁰ Für die Frage der Abgrenzung zwischen beiden Mitgliedergruppen sind die Regelungen nicht hilfreich.

Der Zweck, investierende Mitglieder zulassen zu können, liegt neben der Angleichung an die SCE darin, die Eigenkapitalbeschaffung zu erleichtern.⁵²¹ Diesem Zweck kann nur Rechnung getragen werden, wenn es sich um zusätzliche Mitglieder handelt, die zuvor nicht als Fördermitglieder beitragsfähig waren. Dazu muss betrachtet werden, wie die eG die Förderbeziehung zu ihren Mitgliedern versteht.

Aus § 1 Abs. 1 GenG geht hervor, dass die eG die Mitgliederförderung durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb bezwecken muss. Sie muss allen Mitgliedern die Förderung anbieten, die Mitglieder haben auch das unentziehbare Recht, die Leistungen im Rahmen der gesetzlichen und statutarischen Regelungen zu fordern.⁵²² Die Förderung muss aber nicht notwendigerweise allen or-

518 Vgl. zu den verschiedenen Auslegungskriterien die Nachweise in Fn. 157.

519 *BT-Drs.* 16/1025, S. 82.

520 *Beuthien/Beuthien*, § 18 Rn. 46.

521 *BT-Drs.* 16/1025, S. 1; *L/W/Schulte*, § 8 Rn. 13; *Beuthien*, FS Schaffland, S. 73, 79.

522 *Beuthien/Beuthien*, § 1 Rn. 23, § 18 Rn. 23; *Henssler/Strohn/Geibel*, § 18 GenG Rn. 3; *L/W/Schulte*, § 1 Rn. 29 f.; *P/F/B/Fandrich*, § 1 Rn. 7.

dentlichen Mitgliedern tatsächlich zu gute kommen.⁵²³ Die Mitglieder der eG sind weder gesetzlich noch aus der genossenschaftlichen Treuepflicht heraus verpflichtet, die Förderleistungen anzunehmen.⁵²⁴ Dies folgt auch aus § 16 Abs. 3 S. 1 GenG, der eine Verpflichtung der Mitglieder zur Inanspruchnahme von Einrichtungen oder anderen Leistungen der eG von einer entsprechenden Satzungsklausel abhängig macht, die mit einer Mehrheit von mindestens 9/10 der abgegebenen Stimmen beschlossen wurde. Mitglieder können damit auch Fördermitglieder der eG werden, wenn sie die Förderung nicht wahrnehmen. Aus dem genossenschaftlichen Selbsthilfegrundsatz ergibt sich somit keine Zwangssolidarität.⁵²⁵ Es kommt vielmehr auf die potentielle Förderfähigkeit an. Die Kapitalbeschaffung wird somit nur gegenüber den Mitgliedern erleichtert, die vor der Zulassung von investierenden Mitgliedern keine Möglichkeit hatten, in die eG einzutreten. Dem Zweck der Zulassung von investierenden Mitgliedern wird nur die enge Auslegung gerecht. Ansonsten liefe der Zweck ins Leere.

Der Erleichterung der Eigenkapitalbeschaffung durch die Zulassung investierender Mitglieder läuft es außerdem zuwider, wenn eine der Auslegungsvarianten die Eigenkapitalbeschaffung erschwert. Sind investierende Mitglieder zugelassen, muss die Satzung durch geeignete Regelungen sicherstellen, dass den in § 8 Abs. 2 S. 2 bis 4 GenG genannten Anforderungen entsprochen wird. Zusätzlich bestehen bei der Zulassung investierender Mitglieder gem. § 47 Abs. 3 GenG erhöhte Anforderungen an die Niederschrift der Generalversammlung. Bei weiter Auslegung kommt es somit zu einem größeren Aufwand.⁵²⁶ Dies spricht ebenfalls für die enge Auslegung.

Daneben wird vertreten, ein potentiell förderfähiges Mitglied könne durch ausdrückliche Erklärung als investierendes Mitglied beitreten.⁵²⁷ Dies entbehrt zum einen einer gesetzlichen Grundlage. Daneben ist fraglich, wie damit umzugehen ist, wenn das potentiell förderfähige Mitglied in Zukunft die Förderung wahr-

523 Beuthien/Beuthien, § 1 Rn. 23; L/W/Schulte, § 1 Rn. 29; P/F/B/Fandrich, § 1 Rn. 7.

524 Beuthien/Beuthien, § 18 Rn. 32 f., 45 f., 49; Henssler/Strohn/Geibel, § 18 GenG Rn. 9; L/W/Schulte, § 18 Rn. 30; P/F/B/Pöhlmann, § 18 Rn. 12; *Geschwandtner/Helios*, S. 45; zur Treuepflicht wohl a. A. L/W/Schulte, § 18 Rn. 41.

525 Beuthien/Beuthien, § 18 Rn. 33.

526 Einen Überblick über drohende Konflikte geben *Saenger/Merkelbach*, BB 2006, 566, 567 ff.

527 P/F/B/Fandrich, § 8 Rn. 10.

nehmen möchte oder die Förderung dennoch wahrnimmt.⁵²⁸ Dies würde ebenso zusätzlichen Verwaltungsaufwand erzeugen.

Die weite Auslegung führt somit dazu, dass der eG im Vergleich zur engen Auslegung ein größerer Aufwand entsteht. Sie ist auch deshalb mit dem Zweck, die Eigenkapitalbeschaffung zu erleichtern, nicht vereinbar.

Schließlich wird angeführt, die enge Auslegung verstoße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG und gegen den Gesetzeszweck, da Genossenschaften wie Kredit- oder Wohnungsgenossenschaften, die jedermann zu fördern vermögen, keine investierenden Mitglieder aufnehmen können und somit bei der Eigenkapitalbeschaffung gegenüber anderen Genossenschaftsarten in sachlich ungerechtfertigter Weise diskriminiert würden.⁵²⁹ Geht man davon aus, dass die verschiedenen Genossenschaftsarten vergleichbar sind, kommt man zu dem Ergebnis, dass durch die enge Auslegung keine Ungleichbehandlung von Genossenschaften, die jedermann zu fördern vermögen, stattfindet. Diese Genossenschaften haben die Möglichkeit, die Mitglieder als Fördermitglieder aufzunehmen, die bei anderen Genossenschaften mangels Fördermöglichkeit nur als investierende Mitglieder aufgenommen werden können. Damit entsteht keine Ungleichbehandlung. Vielmehr waren bei der Eigenkapitalbeschaffung vor Einführung der Zulassung investierender Mitglieder die Genossenschaften benachteiligt, die nur einen kleinen Kreis potentiell Förderfähiger haben.⁵³⁰ Die neue Regelung kann daher als eine Behebung einer vorher bestandenen Ungleichheit verstanden werden. Auch dies spricht für die enge Auslegung.

Folgt man der Ansicht, dass die weite Auslegung vom Wortlaut nicht umfasst ist, scheidet aus den genannten Gründen eine teleologische Extension der Vorschrift aus.⁵³¹

Fördermitglieder sind damit alle Mitglieder, die die Leistungen der eG nutzen können, unabhängig von der tatsächlichen Nutzung oder deren Willen zur Nut-

528 Vgl. *Kober*, ZfgG 2010, 37, 45 f.

529 L/W/Schulte, § 8 Rn. 15; *Beuthien*, FS Schaffland, S. 73, 79.

530 Ebenso *Kober*, ZfgG 2010, 37, 40.

531 Ebenso *Kober*, ZfgG 2010, 37, 40; vgl. zur teleologischen Extension *Larenz*, S. 397 ff.

zung.⁵³² Die Mitglieder, die keine Fördermitglieder sein können, sind dagegen investierende Mitglieder.

b) Begriff der Förderfähigkeit

Außerdem muss der Begriff der Förderfähigkeit bestimmt werden. Förderfähig sind gem. § 1 Abs. 1 GenG der Erwerb, die Wirtschaft oder die sozialen und kulturellen Belange der Mitglieder. Unter Erwerb wird jede nachhaltige berufliche oder gewerbliche Tätigkeit mit Einnahmeerzielungsabsicht verstanden, auch wenn sie nur im Nebenerwerb betrieben wird.⁵³³ Dagegen umfasst die Wirtschaft der Mitglieder ihren privaten Lebensbereich.⁵³⁴ Darunter fallen nicht nur die Hauswirtschaft, sondern auch die ideellen Belange.⁵³⁵ Die sozialen und kulturellen Belange decken ebenso den gesamten ideellen Bereich der Mitglieder ab und sind weit zu verstehen.⁵³⁶ Insofern kann es zu Überschneidungen kommen.

Die Förderung in den genannten Bereichen kann verschiedenartig sein. Sie kommt durch Vermehrung der Einnahmen bzw. Verminderung der Ausgaben in Betracht.⁵³⁷ Eine Förderung liegt auch vor, wenn die eG den Mitgliedern die (knappen) Wirtschaftsgüter erst verschafft.⁵³⁸ Jeder, nicht notwendig geldwerte Vorteil ist von der Förderung umfasst.⁵³⁹

c) Einordnung der potentiellen Mitglieder

Schließlich müssen die potentiellen Mitglieder der Einrichtungs-eG im Bezug auf ihre Förderfähigkeit eingeordnet werden. Als Mitglieder der Einrichtungs-eG kommen Bürger, Unternehmen oder Gemeinden in Betracht.

Durch die Einrichtungs-eG wird den Bürgern die Nutzung der Einrichtung ermöglicht. Sie können ihren ideellen Interessen wie Kultur (z. B. Theater, Biblio-

532 Kober, ZfgG 2010, 37, 40; wohl auch Saenger/Merkelbach, BB 2006, 566, 567.

533 LG Aachen ZfgG 1975, 306, 308 f.; L/W/Schulte, § 1 Rn. 27; P/F/B/Fandrich, § 1 Rn. 8.

534 Beuthien/Beuthien, § 1 Rn. 14; L/W/Schulte, § 1 Rn. 27; Müller, § 1 Rn. 25; Blomeyer, ZfgG 1975, 309, 310.

535 Beuthien/Beuthien, § 1 Rn. 14; Müller, § 1 Rn. 29.

536 L/W/Schulte, § 1 Rn. 34; zu den Begriffen Geschwandtner/Helios, S. 33 f.

537 BayObLG ZfgG 1987, 102, 105; Beuthien/Beuthien, § 1 Rn. 12 f.; L/W/Schulte, § 1 Rn. 29; Bauer, S. 22.

538 Beuthien/Beuthien, § 1 Rn. 12, 14.

539 Beuthien/Beuthien, § 1 Rn. 12, 14.

thek) oder Sport (z. B. Bäder) nachkommen. Die Einrichtungs-eG fördert die Bürger in ihrer privaten Lebensführung und dort im ideellen Bereich. Die Bürger sind damit Fördermitglieder.

Die Unternehmen können nicht selbst eine Theatervorstellung besuchen oder schwimmen gehen. Dennoch ist die Förderung des Erwerbs der Unternehmen durch den Einrichtungsbetrieb möglich. Dies ist der Fall, wenn die Leistungen der Einrichtungs-eG von Kunden oder Mitarbeitern genutzt werden können und dies einen positiven Effekt für das Unternehmen hat. Die Unternehmen können bspw. durch Betriebssportangebote die Gesundheit ihrer Arbeitnehmer fördern. Auch können im Rahmen von Kundenbesuchen Vorstellungen von Theatergenossenschaften besucht werden. Daneben hat der Einrichtungsbetrieb für die Unternehmen den weiteren Effekt, dass ihr Standort für aktuelle und potentielle Arbeitnehmer an Attraktivität gewinnt. Die Unternehmen können auch als Fördermitglieder beitreten.

Die Gemeinde als Körperschaft des öffentlichen Rechts kann die Einrichtung ebenfalls nicht selbst besuchen. Sie kann die Angebote aber für ihre Bürger und Bediensteten nutzen, bspw. in ihrer Funktion als Schulträger gem. § 78 Abs. 1 SchulG NW. Daneben erwachsen auch der Gemeinde Standortvorteile. Sie kann die Leistungen der Einrichtungs-eG indirekt in Anspruch nehmen und kommt damit auch als Fördermitglied in Betracht.

Die potentiellen Mitglieder der Einrichtungs-eG können als Fördermitglieder beitreten.⁵⁴⁰ Damit bedarf es der Zulassung investierender Mitglieder nicht.

4. Beendigung der Mitgliedschaft

Auch ist zu klären, ob es in der Satzung der Einrichtungs-eG Regelungen zur Beendigung der Mitgliedschaft bedarf.

a) Kündigung

Nach § 65 Abs. 1 GenG hat jedes Mitglied das Recht, seine Mitgliedschaft durch Kündigung zu beenden. Dieses Recht darf durch die Satzung nicht entzo-

540 A. A. Kober, ZfgG 2010, 37, 43, der in Fn. 23 Unternehmen und Gemeinden als investierende Mitglieder einordnet, dabei aber übersieht, dass auch diesen eine Förderung zuteilkommt.

gen oder beschränkt werden (§ 65 Abs. 5 GenG).⁵⁴¹ Die Satzung kann aber die Kündigungsfrist von drei Monaten zum Schluss des Geschäftsjahres gem. § 65 Abs. 2 S. 1 GenG auf höchstens fünf Jahre verlängern (§ 65 Abs. 2 S. 2 GenG). Für die Beibehaltung der dreimonatigen Kündigungsfrist zum Ende des Geschäftsjahres spricht die Flexibilität der ausscheidungswilligen Mitglieder. Demgegenüber steht das Interesse der Einrichtungs-eG und der verbleibenden Mitglieder, ausscheidungswillige Mitglieder möglichst lange zu binden und damit den Finanzabfluss bei der Auseinandersetzung zu verzögern.⁵⁴² Dieses Bedürfnis besteht insbesondere bei aufwendigen Einrichtungen, die nur finanziert werden können, wenn die Nutzung durch eine entsprechende Mitgliederzahl längerfristig sichergestellt ist.⁵⁴³ Eine lange Kündigungsfrist kann aber für beitragswillige Mitglieder abschreckend wirken. Deshalb muss ein Kompromiss gefunden werden. Wegen § 65 Abs. 3 S. 1 GenG ist die Verlängerung der Kündigungsfrist auf mehr als zwei Jahre auf keinen Fall sinnvoll. Da die Mitglieder meist nur wenige Geschäftsanteile halten und diese vom Betrag gering sind,⁵⁴⁴ ist der Finanzabfluss bei der Kündigung weniger Mitglieder für die Einrichtungs-eG verkraftbar. Kommt es dagegen zu Kündigungen vieler Mitglieder, stellt sich ohnehin die Frage, ob die Einrichtungs-eG noch zukunftsfähig ist. Dann verschiebt eine längere Kündigungsfrist das Problem nur in die Zukunft. Deshalb sollte die Kündigungsfrist nicht länger als ein Jahr betragen. Meist sind 6 Monaten zum Ende des Geschäftsjahres sachgerecht.⁵⁴⁵

b) Ausschluss

aa) Gründe

Die Satzung kann gem. § 68 Abs. 1 S. 1 GenG die Gründe vorsehen, nach denen ein Mitglied aus der eG ausgeschlossen werden kann. Ohne hinreichend be-

541 RGZ 33, 65, 66 f.; Beuthien/*Beuthien*, § 65 Rn. 3; L/W/*Schulte*, § 65 Rn. 2; Beck-Hdb.Gen/*Geschwandtner*, § 4 Rn. 28, 33; vgl. aber zu den zulässigen Kündigungshemmnissen Beuthien/*Beuthien*, § 65 Rn. 5.

542 Vgl. zur Auseinandersetzung mit ausgeschiedenen Mitgliedern die Ausführungen im 4. Teil, B. II. 6.

543 Vgl. *BT-Drs.* 16/1025, S. 92.

544 Zur Mitgliederstruktur *Hänigsen*, Gesprächsprotokoll, E. III.; zur Höhe der Geschäftsanteile 4. Teil, B. II. 2. a).

545 So auch in den betrachteten Satzungen in § 5 Abs. 1 S. 1 bzw. § 5 Abs. 2 (*Rheingrafenstein*).

stimmten Grund in der Satzung ist der Ausschluss nicht zulässig, gesetzliche Ausschlussgründe gibt es nicht mehr.⁵⁴⁶ Deshalb ist es notwendig, Ausschlussgründe in die Satzung aufzunehmen.⁵⁴⁷ Diese müssen im Hinblick auf die Störung des Förderzwecks sachlich gerechtfertigt sein und hinreichend klar und bestimmt für die Mitglieder erkennen lassen, unter welchen Voraussetzungen ihnen eine Ausschließung droht.⁵⁴⁸ Da die eG nicht alle Ausschlussstatbestände voraussehen kann, ist ausnahmsweise die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe zulässig, sofern diese für die Mitglieder hinreichend erkennbar und eingrenzbar sind.⁵⁴⁹ Welche Ausschlussgründe konkret aufgenommen werden, bleibt eine Einzelfallentscheidung.⁵⁵⁰ Für die Einrichtungs-eG sind aber folgende Überlegungen zu beachten.

Da die Einrichtungs-eG einem möglichst großen Mitgliederkreis zur Verfügung stehen soll und deshalb keine Voraussetzungen an die Mitgliedschaft knüpft,⁵⁵¹ ist eine Ausschlussklausel für den Fall, dass die Aufnahmevoraussetzungen nicht vorhanden waren oder nicht mehr vorhanden sind, überflüssig.⁵⁵² Dies trifft ebenfalls auf den Ausschlussgrund Verlegung des Wohnsitzes zu.⁵⁵³ Ist dagegen der dauernde Aufenthaltsort des Mitglieds unbekannt, kann dies als Ausschlussgrund sinnvoll sein, da die eG mangels Erreichbarkeit ihren Pflichten gegenüber dem Mitglied nicht mehr nachkommen kann.⁵⁵⁴ Auf eine Konkurrenz-

546 L/W/Schulte, § 68 Rn. 2; P/F/B/Fandrich, § 68 Rn. 1; BeckHdb.Gen/Steinle, § 3 Rn. 41; § 68 Abs. 1 GenG a. F. normierte als gesetzlichen Ausschlussgrund die Mitgliedschaft des Mitglieds in einer anderen Genossenschaft, welche an demselben Ort ein gleichartiges Geschäft betreibt. Für den Ausschluss aus Vorschuss- und Kreditvereinen war nicht erforderlich, dass das gleichartige Geschäft am selben Ort betrieben wurde; § 68 Abs. 1 GenG a. F. ist abgedruckt in *Helios/Geschwandtner*, S. 233; vgl. zur Regelung vor 2006 auch *Müller*, § 68 Rn. 1 ff.

547 *Beuthien/Beuthien*, § 68 Rn. 3; BeckHdb.Gen/Steinle, § 3 Rn. 41.

548 L/W/Schulte, § 68 Rn. 2; *Müller*, § 68 Rn. 6; P/F/B/Fandrich, § 68 Rn. 4 f.; *Mummehoff*, ZfgG 1989, 225, 226.

549 L/W/Schulte, § 68 Rn. 2; P/F/B/Fandrich, § 68 Rn. 5; wohl auch *Henssler/Strohn/Geibel*, § 68 Rn. 5.

550 Beispiele enthält L/W/Schulte, § 68 Rn. 3 ff.

551 Vgl. dazu die Prämisse im 4. Teil, A. III.

552 So aber *Mücke, Nörten, Gandersheim* und *Rheingrafenstein* (je § 9 Abs. 1 lit. e) bzw. *Hochheim* (§ 9 S. 1 Nr. 3).

553 So aber *Nörten* und *Gandersheim* (je § 9 Abs. 1 lit. d).

554 So auch als Ausschlussgrund in allen betrachteten Satzungen (jeweils § 9 Abs. 1); die Mitteilung gem. § 68 Abs. 2 GenG kann dann, soweit überhaupt erforderlich, an die letzte bekanntgewordene Adresse gesendet werden, L/W/Schulte, § 68 Rn. 26.

klausel kann bei der Einrichtungs-eG mangels Konkurrenzunternehmen dagegen verzichtet werden.⁵⁵⁵ Da die Mitglieder zur Nutzung des Geschäftsbetriebs nicht verpflichtet sind, ist auch die Unterlassung der Nutzung des Geschäftsbetriebs als Ausschlussgrund abzulehnen.⁵⁵⁶ Die Insolvenz des Mitglieds als Ausschlussgrund kann erwogen werden.⁵⁵⁷ Dagegen ist auf jeden Fall der Ausschlussgrund aufzunehmen, dass das Mitglied trotz schriftlicher Aufforderung unter Androhung des Ausschlusses den satzungsmäßigen und den sonstigen gegenüber der eG bestehenden Pflichten nicht nachkommt.⁵⁵⁸ Auch kann eine Klausel aufgenommen werden, nach der das Mitglied ausgeschlossen werden kann, wenn es durch Nichterfüllung seiner Verpflichtungen gegenüber der eG diese schädigt oder geschädigt hat oder wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit gerichtliche Maßnahmen notwendig sind.⁵⁵⁹ Schließlich ist auch eine Auffangklausel ratsam, nach der das Mitglied ausgeschlossen werden kann, wenn sich sein Verhalten mit den Belangen der eG nicht vereinbaren lässt.⁵⁶⁰

bb) Verfahren

Zum Verfahren des Ausschlusses von Mitgliedern gibt es an einigen Punkten Gestaltungsbedarf in der Satzung.

Das Gesetz lässt offen, welches Organ über den Ausschluss zu beschließen hat.⁵⁶¹ Die Satzung kann die Zuständigkeit jedem Organ zuweisen.⁵⁶² Es ist

555 Solche Klausel nur in *Mücke* (§ 9 Abs. 1 lit. f).

556 Auch in keiner der betrachteten Satzungen.

557 So in allen betrachteten Satzungen außer *Hochheim* in § 9 Abs. 1 lit. c (bzw. § 9 Abs. 1 lit. b bei *Rheingrafenstein*).

558 So in allen betrachteten Satzungen in § 9 Abs. 1 lit. a (bzw. *Hochheim*, § 9 Abs. 1 Nr. 1).

559 So in den Satzungen *Hänigsen*, *Uetze*, *Nörten*, *Gandersheim* und *Luthe* in § 9 Abs. 1 lit. b; ohne die 3. Alt. *Mücke*, § 9 Abs. 1 lit. b; vgl. auch L/W/Schulte, § 68 Rn. 5.

560 So in allen betrachteten Satzungen in § 9 Abs. 1 lit. b (*Rheingrafenstein*), § 9 Abs. 1 lit. e (*Hänigsen*, *Uetze*, *Luthe*), § 9 Abs. 1 lit. f (*Nörten*, *Gandersheim*), § 9 Abs. 1 lit. g (*Mücke*) und § 9 Abs. 1 Nr. 4 (*Hochheim*); diese Klausel ist zulässig L/W/Schulte, § 68 Rn. 6; P/F/B/Fandrich, § 68 Rn. 13; vgl. auch BGH MDR 2003, 1347, 1348; a. A. *Mummenhoff*, ZfgG 1989, 225, 225 f.

561 Ohne entsprechende Satzungsregelung ist der Vorstand zuständig RGZ 129, 45, 47; BGHZ 31, 192, 193; Henssler/Strohn/Geibel, § 68 GenG Rn. 7; L/W/Schulte, § 68 Rn. 18; Müller, § 68 Rn. 22; P/F/B/Fandrich, § 68 Rn. 17; Holzberger, S. 170; für die Zuständigkeit der Generalversammlung *Beuthien/Beuthien*, § 68 Rn. 14.

562 *Beuthien/Beuthien*, § 68 Rn. 14; Henssler/Strohn/Geibel, § 68 GenG Rn. 7; L/W/Schulte, § 68 Rn. 18; P/F/B/Fandrich, § 68 Rn. 17; Holzberger, S. 170.

sinnvoll, dem Vorstand als Geschäftsführungsorgan die Beschlusskompetenz über den Ausschluss zuzuweisen.⁵⁶³ Der Vorstand ist am ehesten in die zum Ausschluss führenden Vorgänge eingebunden und kann die Sachlage am besten beurteilen. Die Entscheidung kann im Vergleich mit der Zuständigkeit der Generalversammlung relativ zeitnah und mit geringem Aufwand herbeigeführt werden. Die Zuständigkeit des Ausschlusses von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern als Mitglieder der eG kann dem Vorstand aber nicht übertragen werden.⁵⁶⁴ Unabhängig davon, ob die Übertragung an den Aufsichtsrat zulässig wäre, ist nur die Zuständigkeit der Generalversammlung sachgerecht. Es wäre wertungswidersprüchlich, wenn die Generalversammlung wie hier befürwortet für die Bestellung und Abberufung der Organmitglieder zuständig ist,⁵⁶⁵ für das deutlich einschneidendere Sanktionsinstrument des Ausschlusses dagegen nicht. Daneben kann die Zuständigkeit des Aufsichtsrates für den Ausschluss von Vorstandsmitgliedern die Eigenverantwortlichkeit des Vorstandes beschränken.⁵⁶⁶ Es ist somit eine Regelung sinnvoll, nach der für den Ausschluss der Vorstand und bei Ausschluss von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern die Generalversammlung zuständig ist.⁵⁶⁷

Die Satzung sollte dem Auszuschließenden die Möglichkeit geben, sich vor der Beschlussfassung zu äußern, auch wenn die Äußerung möglicherweise entbehrlich ist.⁵⁶⁸

Neben den gesetzlichen Folgen aus § 68 Abs. 2 S. 2 GenG kann die Satzung an den Ausschluss weitere Nachteile knüpfen.⁵⁶⁹ Bei der Einrichtungs-eG kommt dabei die Nichtnutzung der Einrichtung in Betracht.⁵⁷⁰ Die Einrichtung können

563 So auch alle betrachteten Satzungen in § 9 Abs. 2 S. 1.

564 BGHZ 31, 192, 194 ff. (zum Aufsichtsrat); P/F/B/*Fandrich*, § 68 Rn. 18; *Holzberger*, S. 171 f.; *Mummenhoff*, ZfgG 1989, 225, 226; *Paulick*, S. 152; zum Verein BGHZ 90, 92, 94 f.

565 4. Teil, B. III. 1. a) aa) und bb) (Vorstand); 4. Teil, B. III. 1. b) (Aufsichtsrat).

566 Vgl. zur eigenverantwortlichen Leitung als Aufgabe des Vorstandes 4. Teil, B. III. 2. a) aa) (1) (b).

567 So auch alle betrachteten Satzungen in § 9 Abs. 2.

568 Dazu L/W/*Schulte*, § 68 Rn. 21, so auch in allen betrachteten Satzungen in § 9 Abs. 3 S. 1 (bzw. *Hochheim*, § 9 Abs. 2 S. 3).

569 *Beuthien/Beuthien*, § 68 Rn. 18; L/W/*Schulte*, § 68 Rn. 31.

570 So § 9 Abs. 5 S. 2 *Mücke* und *Rheingrafenstein*.

aber auch Nichtmitglieder nutzen,⁵⁷¹ weshalb dem ausgeschlossenen Mitglied nur die Nutzung zu Mitgliederkonditionen verwehrt werden kann. Da die Mitgliedschaft durch Ausschluss erst zum Schluss des Geschäftsjahres endet (§ 68 Abs. 1 S. 2 GenG) und der eG die Nutzung zu Mitgliederkondition bis zum Ende der Mitgliedschaft zuzumuten ist, sollte von einer solchen Satzungsregelung abgesehen werden.

Dem ausgeschlossenen Mitglied steht der ordentliche Rechtsweg offen, der durch die Satzung nicht ausgeschlossen werden kann.⁵⁷² Damit ist auch eine Satzungsregelung unzulässig, nach der der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen ist, wenn zuvor der genossenschaftsinterne Rechtsweg nicht fristgerecht eingehalten wurde.⁵⁷³ Allerdings wird die Klage bei fehlender Einhaltung des genossenschaftlichen Rechtswegs meist unzulässig sein.⁵⁷⁴ Darauf sollten die Mitglieder aufmerksam gemacht werden. Die Statuierung eines genossenschaftsinternen Rechtswegs gibt der eG die Möglichkeit, ihre Entscheidung zu kontrollieren und ist deshalb ratsam. Bei Entscheidungen des Vorstandes ist es sinnvoll, die Entscheidung genossenschaftsintern durch das Kontrollorgan Aufsichtsrat überprüfen zu lassen.⁵⁷⁵ Der Aufsichtsrat hat zum einen besseren Einblick in den Vorgang und die maßgeblichen Hintergründe als die Generalversammlung. Daneben kann die Entscheidung des Aufsichtsrates schneller und mit weniger Aufwand herbeigeführt werden als die Entscheidung der Generalversammlung. Hat die Generalversammlung dagegen den Ausschluss beschlossen, ist eine interne Überprüfung durch Vorstand oder Aufsichtsrat nicht zweckmäßig, da Mitglieder dieser Organe selbst betroffen sind.

571 Nur, wenn das Nichtmitgliedergeschäft in der Satzung zugelassen wird, wozu aber im 4. Teil, B. I. 5. geraten wird.

572 RGZ 57, 154, 156; RGZ 129, 45, 47; L/W/Schulte, § 68 Rn. 38; zum Verein OLG Stuttgart NJW 1955, 833, 833; allerdings durch Schiedsgerichtsabrede einschränkbar Beuthien/Beuthien, § 68 Rn. 21; zum Verein OLG Stuttgart NJW 1955, 833, 833.

573 LG München I Rpfleger 1991, 24; Beuthien/Beuthien, § 68 Rn. 20 f.; Müller, § 68 Rn. 50, 57; P/F/B/Fandrich, § 68 Rn. 33; ebenso zum Verein BGHZ 47, 172, 174; a. A. L/W/Schulte, § 68 Rn. 38; außer Hochheim enthalten allerdings alle betrachteten Satzungen eine derartige Regelung (Mücke, § 9 Abs. 6 S. 3 sowie Hänigsen, Uetze, Nörten, Gandersheim, Luthé und Rheingrafenstein jeweils in § 9 Abs. 7 S. 2).

574 BGH NJW 1960, 2143, 2144; Beuthien/Beuthien, § 68 Rn. 21; P/F/B/Fandrich, § 68 Rn. 33; zum Verein OLG Stuttgart NJW 1955, 833, 833.

575 So auch in den betrachteten Satzungen in § 9 Abs. 6 S. 1 (Hochheim, § 9 Abs. 2 S. 6).

Insgesamt ist es sinnvoll, den Ablauf des gesamten Ausschlussverfahrens zur Information der Mitglieder aufzunehmen.⁵⁷⁶ Der Ausschluss dürfte bei der Einrichtungs-eG aber eine untergeordnete Rolle spielen.

c) Übertragung des Geschäftsguthabens

Die Mitgliedschaft endet gem. § 76 Abs. 1 S. 1 GenG durch die gesamte Übertragung des Geschäftsguthabens eines Mitglieds. Die teilweise Übertragung ist vorbehaltlich des § 76 Abs. 1 S. 2 GenG ebenfalls zulässig. Die Satzung kann gem. § 76 Abs. 2 GenG die vollständige oder teilweise Übertragung von Geschäftsguthaben ausschließen oder an weitere Voraussetzungen knüpfen. Die vollständige oder teilweise Übertragung von Geschäftsguthaben hat für die Einrichtungs-eG den Vorteil, dass es zu keiner Auseinandersetzung und damit zu keinem Kapitalabfluss kommt.⁵⁷⁷ Der Grund für eine solche Satzungsregelung wäre aus Sicht der eG die Möglichkeit, auf die Wahl des Erwerbers des Geschäftsguthabens Einfluss zu nehmen. Da die Mitgliedschaft in der Einrichtungs-eG aber allen offen steht und wegen des Einstimmengrundsatzes (§ 43 Abs. 3 S. 1 GenG) auch keine dominierende Stellung erworben werden kann, hat die eG an einer solchen Regelung kein Interesse. Für die Mitglieder ist die Übertragung einfacher zu gestalten als die gesamte oder teilweise Kündigung des einen Mitglieds und der Eintritt bzw. die Übernahme weiterer Geschäftsanteile durch das andere Mitglied.

d) Tod eines Mitglieds

Beim Tod eines Mitglieds geht gem. § 77 Abs. 1 S. 1 GenG die Mitgliedschaft auf den oder die Erben über und endet gem. § 77 Abs. 1 S. 2 GenG mit dem Schluss des Geschäftsjahres, in dem der Erbfall eingetreten ist. Die Satzung kann für die Fortsetzung der Mitgliedschaft durch einen Erben gem. § 77 Abs. 2 GenG Regelungen vorsehen. Dafür dürfte aber meist kein Bedürfnis bestehen. Sind der oder die Erben an der Einrichtungs-eG interessiert, sind sie meist bereits deren Mitglied. Dann können sie das Auseinandersetzungsguthaben zur Beteiligung mit weiteren Anteilen verwenden. Haben der oder die Erben kein

576 So auch in den betrachteten Satzungen in § 9 Abs. 2 bis 7 (*Hochheim*, § 9 Abs. 2; *Mücke*, § 9 Abs. 2 bis 6).

577 Vgl. *Beuthien/Beuthien*, § 76 Rn. 1; *Henssler/Strohn/Geibel*, § 76 GenG Rn. 1; *L/W/Schulte*, § 76 Rn. 1; *BeckHdb.Gen/Geschwandtner*, § 4 Rn. 36 f.

Interesse an der Einrichtungs-eG, werden sie die Mitgliedschaft ohnehin kündigen. Mit Blick auf die Häufigkeit der jährlichen Todesfälle sowie die Höhe der betroffenen Geschäftsguthaben dürften die finanziellen Nachteile der Einrichtungs-eG bei einer Auseinandersetzung gering bleiben. Deshalb sollte die gesetzliche Regelung des § 77 Abs. 1 GenG nicht gem. § 77 Abs. 2 GenG abbedungen werden.⁵⁷⁸

e) Weitere Beendigungstatbestände

Daneben wird diskutiert, ob die Satzung über die gesetzlichen Beendigungstatbestände hinaus weitere objektive Beendigungstatbestände vorsehen kann.⁵⁷⁹ Die Frage kann offen bleiben, wenn deren Aufnahme bei der Einrichtungs-eG nicht erforderlich ist. Ein Bedürfnis für eine automatische Beendigung der Mitgliedschaft kann bestehen, wenn die Mitglieder bestimmte Voraussetzungen für die Mitgliedschaft erfüllen müssen wie einen bestimmten Beruf.⁵⁸⁰ Dies ist bei der Einrichtungs-eG nicht der Fall, die bestehenden Möglichkeiten zur Beendigung der Mitgliedschaft reichen vielmehr aus. Die Aufnahme weiterer objektiver Beendigungstatbestände ist somit unabhängig von deren Zulässigkeit bei der Einrichtungs-eG nicht notwendig.⁵⁸¹

5. Nichtmitgliedergeschäft

Die Ausdehnung des Geschäftsbetriebs auf Personen, die nicht Mitglied der eG sind, kann gem. § 8 Abs. 1 Nr. 5 GenG nur durch die Satzung zugelassen werden. Ohne Satzungsregelung darf die eG Geschäfte, die sie aufgrund ihres statutarischen Hauptzwecks oder eines statutarischen Nebenzwecks sonst nur mit ihren gem. § 1 Abs. 1 GenG zu fördernden Mitgliedern abschließt (sog. Zweckgeschäfte) nicht mit Nichtmitgliedern eingehen.⁵⁸² Zulässig sind dann nur Hilfs-

578 So die betrachteten Satzungen (außer *Gandersheim* in § 7 Abs. 2), die die gesetzliche Regelung in jeweils § 7 allerdings wiederholen.

579 Dafür *Beuthien/Beuthien*, § 65 Rn. 1; *Schulte*, FS Schaffland, S. 103, 109 f.; dagegen *P/F/B/Fandrich*, § 65 Rn. 3; *BeckHdb.Gen/Geschwandtner*, § 4 Rn. 22, 24.

580 *Schulte*, FS Schaffland, S. 103, 104, 109.

581 *Mücke* (§§ 4, 7a) und *Rheingrafenstein* (§ 4 lit. d, § 7a) haben die Insolvenz des Mitglieds als objektiven Tatbestand vereinbart. Allerdings ist fraglich, ob diese Satzungsklausel mit Blick auf §§ 18 S. 2, 66a GenG wirksam ist.

582 *Beuthien/Beuthien*, § 8 Rn. 8; *Müller*, § 8 Rn. 15; *Bauer*, S. 25; unklar *L/W/Schulte*, § 8 Rn. 8 f.

und Notgeschäfte.⁵⁸³ Werden dennoch Zweckgeschäfte abgeschlossen, sind sie im Außenverhältnis wirksam, stellen im Innenverhältnis aber eine Pflichtverletzung dar.⁵⁸⁴

Es mag auf den ersten Blick sinnvoll erscheinen, das Nichtmitgliedergeschäft nicht zuzulassen, damit möglichst viele Personen der Einrichtungs-eG als Mitglied beitreten. Allerdings können dann sog. Anbahnungsgeschäfte, die vorübergehend mit beitragsgeeigneten Dritten zur Anbahnung einer Mitgliedschaft abgeschlossen werden, nicht vorgenommen werden.⁵⁸⁵ Auch können Besucher der Region wie Touristen die Einrichtungen nicht benutzen, ohne Mitglied zu werden. Besucher werden in der Regel aber kein Interesse an einer Mitgliedschaft haben. Lässt man das Nichtmitgliedergeschäft nicht zu, führt das auch zu niedrigeren Erlösen aus Eintrittsgeldern. Schließlich dient das Nichtmitgliedergeschäft auch zur Auslastung freier Kapazitäten⁵⁸⁶ und damit insgesamt einer wirtschaftlichen Arbeitsweise.⁵⁸⁷ Die Zulassung des Nichtmitgliedergeschäfts ist damit sinnvoll.

Das Nichtmitgliedergeschäft hat gegenüber dem Hauptzweck der Mitgliederförderung dienende Funktion.⁵⁸⁸ Zweckgeschäfte mit Dritten müssen deshalb sachlich durch den Förderzweck gem. § 1 Abs. 1 GenG gedeckt sein.⁵⁸⁹ Dazu werden zwei Voraussetzungen vertreten. Die eG muss bemüht sein, ihre Förderleistungsfähigkeit gegenüber den Mitgliedern mittels des Nichtmitgliedergeschäfts zu steigern oder zumindest zu erhalten.⁵⁹⁰ Dies kann die größere Auslastung von den für die Mitglieder vorgehaltenen Kapazitäten sein.⁵⁹¹ Die Zulassung von Nichtmitgliedergeschäften darf aber nicht dazu führen, dass ein Bedürfnis für den Beitritt zur eG nicht mehr besteht und ihr das für die Bereitstellung der Leis-

583 Beuthien/Beuthien, § 8 Rn. 8; a. A. L/W/Schulte, § 8 Rn. 8, 10; Müller, § 8 Rn. 15; P/F/B/Fandrich, § 8 Rn. 7, die Neben- und Ergänzungsgeschäfte zulassen.

584 Beuthien/Beuthien, § 8 Rn. 8; L/W/Schulte, § 8 Rn. 9; P/F/B/Fandrich, § 8 Rn. 9.

585 Beuthien/Beuthien, § 8 Rn. 8.

586 L/W/Schulte, § 1 Rn. 39.

587 Bauer, S. 25.

588 Beuthien/Beuthien, § 8 Rn. 7; L/W/Schulte, § 8 Rn. 8 f.; P/F/B/Fandrich, § 8 Rn. 8; Geschwandtner/Helios, S. 31, 64.

589 Beuthien/Beuthien, § 8 Rn. 9; L/W/Schulte, § 8 Rn. 8; Geschwandtner/Helios, S. 31, 64.

590 Beuthien/Beuthien, § 8 Rn. 9; L/W/Schulte, § 8 Rn. 8; Geschwandtner/Helios, S. 64.

591 Beuthien/Beuthien, § 8 Rn. 9; L/W/Schulte, § 8 Rn. 8.

tung notwendige Eigenkapital fehlt.⁵⁹² Stellt die Einrichtungs-eG den Nichtmitgliedern die Leistungen der Einrichtung zu denselben Konditionen zur Verfügung wie den Mitgliedern, fehlt der Anreiz, ihr beizutreten. Deshalb ist es sinnvoll, für die Mitglieder bspw. längere Öffnungszeiten vorzusehen.⁵⁹³ Die konkreten Vorteile sollten aber wegen des Anpassungsaufwandes nicht in die Satzung aufgenommen werden.

Zweite Voraussetzung ist, dass das Nichtmitgliedergeschäft jederzeit förderwirtschaftlicher Nebenzweck bleibt, d. h. die eG darf nicht auf Dauer mit Nichtmitgliedern größeren Umsatz machen als mit Mitgliedern.⁵⁹⁴ Dies muss im Einzelfall beachtet werden. Das Nichtmitgliedergeschäft ist bei der Einrichtungs-eG damit im beschriebenen Rahmen meist unproblematisch.

Bei der Gestaltung der Satzungsklausel gibt es verschiedene Möglichkeiten. Die Satzung kann das Nichtmitgliedergeschäft ganz zulassen, auf einen Teil des Geschäftsbetriebs, auf bestimmte Geschäfte oder auf einen bestimmten Personenkreis wie Angehörige eines bestimmten Berufstandes oder Angehörige von Mitgliedern beschränken.⁵⁹⁵ Ist das Nichtmitgliedergeschäft in der Satzung zugelassen, kann die Satzung die Aufnahme des Geschäftsbetriebs mit Nichtmitgliedern allgemein oder für den Einzelfall von der geschäftspolitischen Entscheidung eines oder mehrerer Organe abhängig machen.⁵⁹⁶ Einschränkungen der statutarisch zugelassenen Ausdehnung auf Nichtmitgliedergeschäfte können auch der Geschäftsordnung vorbehalten bleiben.⁵⁹⁷ Bei der Einrichtungs-eG ist die einfache Zulassungsklausel aber ausreichend. Die Aufnahme einer Bestimmung gem. § 8 Abs. 1 Nr. 5 GenG, die das Nichtmitgliedergeschäft zulässt, ist unbedingt zu empfehlen.⁵⁹⁸

592 L/W/Schulte, § 8 Rn. 9.

593 So Hänigsen, Gesprächsprotokoll, E. VIII.

594 Beuthien/Beuthien, § 8 Rn. 9; nach *Geschwandtner/Helios*, S. 64 darf die eG auch kurzfristig keinen höheren Umsatz im Nichtmitgliedergeschäft machen.

595 Beuthien/Beuthien, § 8 Rn. 10; Müller, § 8 Rn. 16.

596 Beuthien/Beuthien, § 8 Rn. 10; Müller, § 8 Rn. 17.

597 L/W/Schulte, § 8 Rn. 9.

598 So auch in den betrachteten Satzungen in § 2 Abs. 3 (*Hänigsen*, *Uetze* und *Luthe* je § 2 Abs. 4 und *Rheingrafenstein*, § 2 Abs. 7).

6. Zwischenergebnis

1. Als Unternehmensgegenstand gem. § 6 Nr. 2 GenG bietet sich die konkrete Tätigkeit der Einrichtung an. Ist die Ausweitung des Tätigkeitsfelds auf weitere Einrichtungen denkbar, kann der Unternehmensgegenstand weiter formuliert werden.
2. Die Satzung kann so gestaltet werden, dass die Einrichtungs-eG die Voraussetzungen der steuerlichen Gemeinnützigkeit gem. § 51 ff. AO erfüllt. Der Zweck muss dann in der Satzung enthalten sein und den Anforderungen der §§ 1 und 2 Mustersatzung Anlage 1 AO entsprechen.
3. Die Bürger, die Gemeinde und die Unternehmen können als Fördermitglieder beitreten, weshalb es der Zulassung investierender Mitglieder nicht bedarf.
4. Die Kündigungsfrist sollte ein Jahr nicht überschreiten. Die Satzung sollte mangels gesetzlicher Ausschlussgründe Ausschlussgründe enthalten. Beim Ausschlussverfahren ist insbesondere die Zuständigkeit für den Ausschluss zu regeln. Die Übertragung des Geschäftsguthabens auszuschließen bzw. an weitere Voraussetzungen knüpfen, ist nicht ratsam. Eine Satzungsklausel gem. § 77 Abs. 2 GenG ist nicht notwendig. Für die Aufnahme objektiver Beendigungstatbestände besteht unabhängig von deren Zulässigkeit kein Bedürfnis.
5. Das Nichtmitgliedergeschäft ist zuzulassen.

II. Finanzverfassung

1. Mindestkapital

§ 8a Abs. 1 GenG erlaubt es, in der Satzung ein Mindestkapital zu bestimmen, das durch die Auszahlung von Auseinandersetzungsguthaben nicht unterschritten werden darf. Der Nutzen eines Mindestkapitals liegt zum einen darin, die Geschäftsguthaben in Höhe des Mindestkapitals nach IFRS als Eigenkapital und nicht als Verbindlichkeiten bilanzieren zu können.⁵⁹⁹ Daneben wird die Möglichkeit für Kredigenossenschaften genannt, mit der Einführung eines Mindest-

⁵⁹⁹ Beuthien/Beuthien, § 8a Rn. 2; L/W/Schulte, § 8a Rn. 3; P/F/B/Fandrich, Einf. Rn. 5; § 8a Rn. 1, 3 f.; BeckHdb.Gen/Strieder, § 6 Rn. 199; Geschwandtner/Helios, S. 51 f. m. w. N.; Schulze/Wiese, ZfgG 2009, 134, 141.

kapitals die Vorgaben von Basel III⁶⁰⁰ im Hinblick auf die Eigenmittelunterlegung zu erfüllen.⁶⁰¹ Als weiterer Vorteil wird angeführt, dass sich die Kreditfähigkeit der eG durch die Einführung eines Mindestkapitals unter Umständen maßgeblich verbessert.⁶⁰²

Diese (vermeintlichen) Vorteile kommen bei der Einrichtungs-eG nicht zum Tragen. Sie ist weder eine Kredit-eG, noch nach IFRS bilanzierungspflichtig.⁶⁰³ Das Mindestkapital dient daneben nur der Kapitalerhaltung, d. h. den Mitgliedern obliegt keine Einzahlungsverpflichtung in Höhe des Mindestkapitals, sondern es handelt sich nur um ein Auszahlungsverbot bei Unterschreitung.⁶⁰⁴ Deshalb darf bezweifelt werden, ob die Einführung eines Mindestkapitals die Kreditwürdigkeit der Einrichtungs-eG in relevantem Maße erhöht. Dagegen entstehen ihr bei der Einführung eines Mindestkapitals gem. § 8a GenG oft Nachteile. Eine Mindestkapitalregelung und damit eine drohende Aussetzung der Auszahlung des Auseinandersetzungsanspruchs gem. § 8a Abs. 2 S. 1 GenG kann bei der Werbung neuer Mitglieder hinderlich sein⁶⁰⁵ oder bestehende Mitglieder abhalten, weitere Anteile einzubezahlen,⁶⁰⁶ insbesondere wenn das Mindestkapital noch nicht in voller Höhe aufgebracht wurde. Daneben muss sich die Einrichtungs-eG im Rahmen der Satzungsgestaltung mit der Höhe des Mindestkapitals, der Art der Berechnung und der Modalitäten der Auszahlung beschäftigen (vgl. § 8a Abs. 2 S. 2 GenG).⁶⁰⁷ Mit der Einführung eines Mindestkapitals entstünde ein Aufwand ohne entsprechenden Nutzen. Es ist daher nicht ratsam.⁶⁰⁸

600 Die deutsche Fassung der Rahmenvereinbarung des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht ist als PDF-Dokument unter www.bis.org/publ/bcbs188_de.pdf abrufbar, Stand: 18.06.2015.

601 P/F/B/Fandrich, Einf. Rn. 12b, § 8a Rn. 1.

602 *BT-Drs.* 16/1025, S. 82; L/W/Schulte, § 8a Rn. 2; kritisch BeckHdb.Gen/Geschwandtner, § 4 Rn. 56; *Geschwandtner/Helios*, S. 51.

603 Vgl. zur IFRS-Rechnungslegungspflicht BeckHdb.Gen/Strieder, § 6 Rn. 156 f.

604 Beuthien/Beuthien, § 8a Rn. 1; L/W/Schulte, § 8a Rn. 2; a. A. Henssler/Strohn/Geibel, § 8a GenG Rn. 2.

605 BeckHdb.Gen/Steinle, § 3 Rn. 38.

606 *Schulze/Wiese*, ZfgG 2009, 134, 143; vgl. ebenso zu § 73 Abs. 4 GenG *Beuthien*, NZG 2008, 210, 213.

607 *BT-Drs.* 16/1025, S. 82; Beuthien/Beuthien, § 8a Rn. 3 f.; L/W/Schulte, § 8a Rn. 2, 5; P/F/B/Fandrich, § 8a Rn. 2, 6.

608 Allgemeiner L/W/Schulte, § 8a Rn. 2; keine der betrachteten Einrichtungsgenossenschaften enthält eine Regelung zum Mindestkapital gem. § 8a GenG.

2. Geschäftsanteil und Einlage

a) Höhe des Geschäftsanteils

Die Satzung muss gem. § 7 Nr. 1 GenG den Betrag bestimmen, mit dem sich die einzelnen Mitglieder mit Einlagen an der eG beteiligen können und damit die Höhe des Geschäftsanteils beinhalten. Der Geschäftsanteil muss ziffernmäßig in Euro festgelegt und für alle Mitglieder gleich hoch sein.⁶⁰⁹

Die Einrichtungs-eG hat aus Finanzierungsgesichtspunkten ein Interesse daran, dass sich möglichst viele Mitglieder mit möglichst hohen Geschäftsanteilen beteiligen. Für die meisten Mitglieder werden hohe Geschäftsanteile nicht erschwinglich sein oder sie wollen für eine Mitgliedschaft keine derart hohe Summe aufwenden. Dann ist es für die Einrichtungs-eG sinnvoller, den Geschäftsanteil niedriger anzusetzen und sich damit für mehr Mitglieder attraktiv zu machen. Für einen niedrigeren Geschäftsanteil spricht auch die Absicht der Einrichtungs-eG, die Mitgliedschaft jedem zugänglich zu machen.⁶¹⁰ Gerade bei Familien oder im sozial schwächeren Umfeld wird die Bereitschaft oder das Können, einen höheren Betrag für die Mitgliedschaft in der Einrichtungs-eG aufzubringen, gering sein. Schließlich ist ein niedriger Geschäftsanteil auch im Hinblick auf das Nichtmitgliedergeschäft sinnvoll. Das Nichtmitgliedergeschäft ist zwar zugelassen, darf aber bestimmte Grenzen nicht überschreiten.⁶¹¹ Umso mehr Nutzern die Mitgliedschaft ermöglicht wird, umso unwahrscheinlicher ist es, dass der Umfang des Nichtmitgliedergeschäfts problematisch werden kann.

Die konkrete Höhe des Geschäftsanteils muss im Einzelfall bestimmt werden. Befürwortet wird ein Betrag von 50 €. ⁶¹² In der Regel sollte der Betrag pro Geschäftsanteil 100 € nicht überschreiten. ⁶¹³

609 Vgl. die Nachweise in Fn. 363.

610 Vgl. zur Bürgerstiftung *Klein*, S. 87.

611 Vgl. dazu die Ausführungen oben im 4. Teil, B. I. 5.

612 So auch *Mücke* (§ 37 Abs. 1) und *Gandersheim* (§ 36 Abs. 1).

613 100 € auch in den Satzungen von *Hochheim*, *Hänigsen*, *Uetze*, *Nörten* und *Luthe* (jew. § 36 Abs. 1) sowie *Rheingrafenstein* (§ 37 Abs. 1).

b) Zulassung der Beteiligung mit weiteren Geschäftsanteilen

Die Satzung kann gem. § 7a Abs. 1 S. 1 GenG die Beteiligung eines Mitglieds mit mehreren Geschäftsanteilen zulassen und nach § 7a Abs. 1 S. 2 GenG weitere Voraussetzungen aufstellen. Die Beteiligung mit weiteren Geschäftsanteilen darf gem. § 15b Abs. 2 GenG außer bei Pflichtbeteiligungen erst zugelassen werden, wenn alle Geschäftsanteile des Mitglieds, bis auf den zuletzt neu übernommenen, voll einbezahlt sind.

Die Zulassung der Beteiligung mit weiteren Geschäftsanteilen ist sinnvoll. Die Einrichtungs-eG kann damit von Mitgliedern, die sich mit höheren Summen beteiligen möchten, weiteres Kapital zur Verfügung gestellt bekommen. Um dies allen Mitgliedern offen zu lassen, sollte von weiteren Voraussetzungen abgesehen werden.

Das Mitglied kann die weiteren Geschäftsanteile gem. § 67b Abs. 1 GenG wieder kündigen. Für die angemessene Kündigungsfrist gem. § 67b Abs. 2 i. V. m. § 65 Abs. 2 und 3 GenG wird auf die entsprechenden Ausführungen zur Beendigung der Mitgliedschaft verwiesen.⁶¹⁴ Daneben kommt die Verringerung der Anzahl weiterer Anteile durch eine teilweise Übertragung des Geschäftsguthabens gem. § 76 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Abs. 5 GenG in Betracht. Eine Satzungsregelung gem. § 76 Abs. 2 GenG, welche die teilweise Übertragung des Geschäftsguthabens erschwert oder verhindert, bringt der Einrichtungs-eG keinen erkennbaren Nutzen.

c) Pflicht- oder Höchstbeteiligung

Die Satzung kann gem. § 7a Abs. 2 S. 1 GenG bestimmen, dass sich die Mitglieder mit mehreren Geschäftsanteilen zu beteiligen haben. Das Gesetz unterscheidet in § 7a Abs. 2 S. 2 GenG eine gleichmäßige oder gestaffelte Pflichtbeteiligung. Eine gleichmäßige Pflichtbeteiligung bewirkt wie die Festsetzung eines höheren Geschäftsanteils, dass die Mitgliedschaft für bestimmte Gruppen nicht zugänglich ist. Sie ist deshalb nicht zu empfehlen.

Die gestaffelte Pflichtbeteiligung ist nur im Rahmen der in § 7a Abs. 2 S. 2 GenG genannten Kriterien zulässig. Sie muss sich entweder nach dem Umfang

614 Vgl. dazu 4. Teil, B. I. 4. a).

der Inanspruchnahme der Einrichtung oder anderen Leistungen oder nach bestimmten wirtschaftlichen Merkmalen der Betriebe der Mitglieder richten. Beim Umfang der Inanspruchnahme der Einrichtung oder anderer Leistungen bedarf es eines Systems, das die Daten sammelt und zeitnah auswertet. Zum einen darf bezweifelt werden, ob der Aufwand im Verhältnis zum Nutzen steht. Daneben kann eine solche Bestimmung bei der Werbung von Beitrittswilligen hinderlich sein und die Mitglieder davon abhalten, die Einrichtung zu nutzen, was zum Rückgang der Auslastung und damit der Rentabilität führt. Die gestaffelte Pflichtbeteiligung mit Bezug zum Umfang der Inanspruchnahme ist damit nicht empfehlenswert. Die Staffelung nach bestimmten wirtschaftlichen Merkmalen der Betriebe der Mitglieder wie Umsatz, Gewinn oder Kapital des Unternehmens kommt für die Unternehmen oder die Gemeinde in Betracht. Unabhängig von der Frage, ob diese Kriterien eine sachliche Beziehung zum genossenschaftlichen Mitgliedsverhältnis aufweisen,⁶¹⁵ wird eine solche Regelung die Unternehmen und die Gemeinde abschrecken, als Mitglied beizutreten. Eine gestaffelte Pflichtbeteiligung ist in beiden Varianten nicht sinnvoll.⁶¹⁶

Die Einlagen des Mitglieds und damit auch die Anzahl der eingezahlten Geschäftsanteile bestimmen maßgeblich die Höhe des Geschäftsguthabens des einzelnen Mitglieds.⁶¹⁷ Da die Höhe des Geschäftsguthabens die Bezugsgröße für die Gewinn- und Verlustverteilung (§ 19 Abs. 1 S. 2 GenG) darstellt, kann die Festsetzung einer Höchstzahl von Geschäftsanteilen gem. § 7a Abs. 1 S. 2 GenG erwogen werden. Bei der Einrichtungs-eG bestehen aber keine Bedenken, Mitgliedern, die mit vielen Geschäftsanteilen beteiligt sind, einen größeren Anteil am Gewinn zu gewähren. Daneben kann die Bezugsgröße für die Gewinn- und Verlustverteilung gem. § 19 Abs. 2 S. 1 GenG in der Satzung geändert werden. Schließlich ist bei der Einrichtungs-eG ohnehin nicht mit bedeutenden Gewinnen zu rechnen. Auswirkungen auf die Stimmenzahl hat die Anzahl der Geschäftsanteile nicht (vgl. § 43 Abs. 3 GenG). Die Einführung einer Höchstzahl hat damit keinen Nutzen für die Einrichtungs-eG, kann aber unter Umständen

615 *Müller*, § 7a Rn. 25.

616 Keine der betrachteten Satzungen enthält eine Regelung, die mehr als einen Pflichtanteil vorsieht.

617 Zum Begriff des Geschäftsguthabens vgl. die Legaldefinition in *Beuthien/Hüsken*, RefE 1962, § 40 Abs. 1 S. 1 GenG; *Beuthien/Beuthien*, § 7 Rn. 4; *L/W/Schulte*, § 7 Rn. 5; *Müller*, § 7 Rn. 8.

dazu führen, dass ein finanzkräftiges Mitglied keine weiteren Geschäftsanteile mehr übernehmen darf. Auch die Einführung einer Höchstbeteiligung ist damit nicht ratsam.⁶¹⁸

d) Einzahlungen auf den Geschäftsanteil

Weiterer Pflichtinhalt der Satzung ist gem. § 7 Nr. 1 GenG eine Bestimmung über die Einzahlungen auf den Geschäftsanteil, zu welchen jedes Mitglied verpflichtet ist. Die Einzahlungen müssen bis zu einem Gesamtbetrag von mindestens einem Zehntel des Geschäftsanteils nach Betrag und Zeit bestimmt sein. Die Satzung kann dazu u. a. die Volleinzahlung zu einem bestimmten Zeitpunkt oder eine Ratenzahlung mit definierten Konditionen vorsehen.⁶¹⁹ In Anbetracht der Höhe des Geschäftsanteils ist die Vereinbarung einer Volleinzahlung mit zeitlicher Anknüpfung an die Eintragung in die Mitgliederliste angemessen.⁶²⁰

Bei weiteren, freiwillig übernommenen Geschäftsanteilen gem. § 7a Abs. 1 S. 1 GenG kann die Satzung gem. § 7a Abs. 1 S. 2 GenG die Einzahlungsmodalitäten frei gestalten. Es bietet sich ebenfalls die Vereinbarung einer Volleinzahlung an. Die Satzung kann aber vorsehen, dass der Vorstand mit dem Mitglied eine andere Regelung vereinbaren kann.⁶²¹

e) Art der Einlagenleistung

Einlagen sind bei der eG bar zu entrichten,⁶²² die Satzung kann aber gem. § 7a Abs. 3 GenG Sacheinlagen als Einzahlungen auf den Geschäftsanteil zulassen. Sacheinlagen sind sinnvoll, wenn durch sie der gemeinschaftliche Geschäftsbetrieb gefördert werden soll.⁶²³ Dies ist insbes. der Fall, wenn benötigte Einrichtungsgegenstände für die Einrichtungs-eG nur schwer oder unter schlechteren Konditionen zu beschaffen sind. Das kann vor allem beim Einrichtungszubehör relevant werden.

618 Keine der betrachteten Satzungen enthält eine Regelung zur Höchstbeteiligung.

619 L/W/Schulte, § 7 Rn. 13; BeckHdb.Gen/Geschwandtner, § 4 Rn. 72 f.; Bauer, S. 66.

620 Sofortige Volleinzahlung in allen betrachteten Satzungen in § 36 Abs. 2 bzw. § 37 Abs. 2 (Mücke und Rheingrafenstein).

621 So Hochheim, § 36 Abs. 5.

622 Beuthien/Beuthien, § 7 Rn. 6; L/W/Schulte, § 7 Rn. 11; Müller, § 7 Rn. 10; P/F/B/Fandrich, § 7 Rn. 10.

623 Beuthien/Beuthien, § 7a Rn. 8.

Möchte die eG Sacheinlagen zulassen, sind die Anforderungen an die Satzungsklausel zu klären. Dabei kann entweder die Zulassung der Einzahlung durch Sacheinlage in der Satzung ausreichen oder entsprechend § 27 Abs. 1 S. 1 AktG bzw. § 5 Abs. 4 S. 1 GmbHG die Angabe des Gegenstands der Sacheinlage, der Person, die sie erbringen soll und des Betrags, den sie decken soll, in der Satzung erforderlich sein. Da die genannten Normen für die eG nicht direkt gelten, kommt allenfalls eine analoge Anwendung in Betracht.⁶²⁴ Geht man von einer planwidrigen Regelungslücke aus, scheidet die Analogie spätestens bei der vergleichbaren Interessenlage aus. Die §§ 27 Abs. 1 S. 1 AktG, 5 Abs. 4 S. 1 GmbHG sind ein Teil der Vorschriften, die bei den Kapitalgesellschaften die Aufbringung des Grund- bzw. Stammkapitals als Betriebs- und Haftungskapital sicherstellen.⁶²⁵ Die eG dagegen kennt kein betragsmäßig festgelegtes Grund- bzw. Stammkapital. Selbst wenn die eG ein Mindestkapital gem. § 8a GenG vorsieht, betrifft dies nur die Kapitalerhaltung, nicht die Kapitalaufbringung.⁶²⁶ Die beiden Gesellschaftsformen sind somit nicht vergleichbar.⁶²⁷ Daneben würden die Anforderungen entsprechend § 27 Abs. 1 S. 1 AktG bzw. § 5 Abs. 4 S. 1 GmbHG dazu führen, dass der Beitritt unter Einbringung einer Sacheinlage bzw. die Beteiligung eines Mitglieds mit weiteren, durch Sacheinlage eingezahlten Geschäftsanteilen jedes Mal eine Satzungsänderung mit entsprechender Mehrheit notwendig macht. Damit würde die Sacheinlage gegenüber der Bareinlage eine unangemessene Benachteiligung erfahren. Die Angaben entsprechend § 27 Abs. 1 S. 1 AktG bzw. § 5 Abs. 4 S. 1 GmbHG sind damit nicht erforderlich.⁶²⁸ Die einfache Zulassung in der Satzung ist ausreichend. Dennoch bietet es sich für die Praktikabilität an, die Zulassung und die Überprüfung des Werts der Sacheinlage auf den Vorstand zu übertragen sowie die Prüfung durch den gesetzlichen Prüfverband vorzusehen.⁶²⁹

624 Ebenso *Brämwig*, FS Schaffland, S. 33, 35; vgl. zur Analogie *Kaufmann*, S. 59 ff.; *Larenz*, S. 381 ff.; *Schmalz*, Rn. 372 ff.; *Schneider/Schnapp*, § 34.

625 *Brämwig*, FS Schaffland, S. 33, 36.

626 *Brämwig*, FS Schaffland, S. 33, 37.

627 Vgl. dazu ausführlich *Brämwig*, FS Schaffland, S. 33, 37.

628 Ebenso *Brämwig*, FS Schaffland, S. 33, 37.

629 *Brämwig*, FS Schaffland, S. 33, 37 f.; vgl. *Klein*, S. 88 zur Zuwendung bei Bürgerstiftungen.

Daneben stellt sich die Frage, ob Dienstleistungen als Sacheinlagen möglich sind. Folgt man der Ansicht, Dienstleistungen seien einlagefähig,⁶³⁰ kann das bei der Einrichtungs-eG dazu führen, dass die Mitglieder ihre geleistete Arbeit nicht, wie angestrebt, ehrenamtlich erbringen, sondern als Dienstleistung zur Beteiligung mit weiteren Geschäftsanteilen einbringen. Treten diese Mitglieder aus, kann es zum Abfluss finanzieller Mittel kommen, die der Einrichtungs-eG faktisch nicht zur Verfügung standen.⁶³¹ Dem kann zwar entgegengewirkt werden, indem der Vorstand die Beteiligung mit weiteren Geschäftsanteilen auf Grundlage von Dienstleistungen nicht zulässt. Dennoch sollte bei Zulassung von Sacheinlagen sicherheitshalber erwogen werden einen Passus aufzunehmen, der Dienstleistungen als Sacheinlagen ausschließt. Eine solche Regelung ist mit der Satzungsstrenge in § 18 Abs. 2 GenG vereinbar. Wenn das GenG die Abweichung vom Gesetz durch die Zulassung von Sacheinlagen in der Satzung unbeschränkt vorsieht, muss erst recht eine eingeschränkte Abweichung möglich sein.⁶³²

3. Pflicht zur Zahlung laufender Beiträge und Eintrittsgeld

Die Satzung kann den Mitgliedern gem. § 16 Abs. 3 S. 2 GenG eine Pflicht zur Zahlung laufender Beiträge für Leistungen, welche die eG den Mitgliedern erbringt oder zur Verfügung stellt, auferlegen. Diese Beiträge stellen keine der allgemeinen Kostendeckung dienenden Vereinsbeiträge dar.⁶³³ Für deren Zulässigkeit müssen die Beiträge der zu vergütenden Leistung der Fördergeschäftsbeziehung zwischen der eG und ihren Mitgliedern dienen und allen Mitgliedern zugute kommen, was bereits durch die Bereitstellung der Genossenschaftseinrichtung vorliegen kann.⁶³⁴ Ob das einzelne Mitglied die Einrichtung tatsächlich nutzt, ist unerheblich.⁶³⁵ Es muss im Einzelfall betrachtet werden, ob die Mitglieder zur Leistung laufender Beiträge bereit sind und wenn ja, in welcher Hö-

630 Beuthien/Beuthien, § 7 Rn. 6; Brämwig, FS Schaffland, S. 33, 40; a. A. BT-Drs. 16/1025, S. 81; P/F/B/Fandrich, § 7a Rn. 9; BeckHdb.Gen/Geschwandtner, § 4 Rn. 80; Geschwandtner/Helios, S. 7, 44 f.; unklar L/W/Schulte, § 7a Rn. 16.

631 Ähnlich Geschwandtner/Helios, S. 45.

632 Argumentum a maiore ad minus (Erst-recht-Schluss), vgl. dazu Larenz, S. 389 f.; Schmalz, Rn. 182; Schneider/Schnapp, § 36 I.

633 Beuthien/Beuthien, § 16 Rn. 24.

634 BT-Drs. 16/1025, S. 84.

635 Geschwandtner/Helios, S. 62.

he. Sind die Mitglieder zur Leistung von Beiträgen bereit, ist zu erwägen, ob diese nicht außerhalb der Satzung in der Kalkulation der Nutzungsentgelte Berücksichtigung finden. Die praktische Relevanz von Beiträgen gem. § 16 Abs. 3 S. 2 GenG dürfte deshalb gering sein.⁶³⁶ Falls laufende Beiträge dennoch in Betracht kommen, sollte die Satzung zum Schutz der Mitglieder einen Höchstbetrag pro Jahr vorsehen.

Daneben kann die Satzung die sofortige oder spätere Leistung eines Eintrittsgeldes vorsehen.⁶³⁷ Das Eintrittsgeld hat gegenüber dem Geschäftsanteil als ebenfalls einmalige Leistung den Vorteil, dass es ausscheidenden Mitgliedern nur zurückzugewähren ist, soweit die Satzung dies vorsieht.⁶³⁸ Das ermöglicht der Einrichtungs-eG Kapitaleinnahmen, die ihr unabhängig vom Mitgliederaustritt erhalten bleiben. Für die Mitglieder stellt dies im Vergleich zur Zahlung laufender Beiträge aufgrund der Einmaligkeit der Leistung eine geringere Belastung dar. Die praktische Relevanz wird aber wohl ebenfalls gering sein.⁶³⁹

4. Gewinn- und Verlustverwendung

a) Verwendung

Über die Verwendung des Jahresüberschusses bzw. der Deckung des Jahresfehlbetrages beschließt gem. § 48 Abs. 1 S. 2 GenG die Generalversammlung unter Beachtung der Gesetzes- und Satzungsregelungen.

Die Satzung kann gem. § 20 S. 1 GenG bestimmen, dass der Gewinn nicht verteilt, sondern der gesetzlichen Rücklage und anderen Ergebnismrücklagen zugeschrieben wird. Strebt die Einrichtungs-eG die steuerliche Gemeinnützigkeit an, dürfen die Mitglieder gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 AO keine Gewinnanteile erhalten. Die Satzung muss eine entsprechende Klausel enthalten. Bei der nicht-gemeinnützigen Einrichtungs-eG ist es nicht sinnvoll, die Gewinnverteilung an die Mitglieder als monetären Anreiz von vorne herein auszuschließen. Ob und in welcher Höhe die Gewinnverteilung an die Mitglieder erfolgt, sollte weiter der

636 So auch in keiner der betrachteten Satzungen.

637 RGZ 62, 303, 308; RGZ 135, 55, 56; Beuthien/Beuthien, § 15 Rn. 22; L/W/Schulte, § 7 Rn. 21; Müller, § 7 Rn. 24; P/F/B/Fandrich, § 7 Rn. 12.

638 Beuthien/Beuthien, § 15 Rn. 22; L/W/Schulte, § 7 Rn. 21.

639 In keiner der betrachteten Satzungen; ebenso Hänigsen, Gesprächsprotokoll, E. VI.

Entscheidung der Generalversammlung obliegen. Daneben kann die Satzung bestimmen, dass ein Teil des Verlustes zuerst von den Geschäftsguthaben der Mitglieder abzuschreiben oder auf neue Rechnung vorzutragen ist, bevor die gesetzliche Rücklage zum Ausgleich herangezogen werden darf.⁶⁴⁰ Auch hier stellt sich die Frage, ob eine derartige Bindung zu Beginn eingegangen werden sollte. Das Mitglied muss den auf ihn entfallenden Verlustanteil aber nicht an die eG bezahlen, sondern der Verlustanteil wird Geschäftsguthaben des Mitglieds abgeschrieben.⁶⁴¹

b) Rücklagen

aa) Gesetzliche Rücklage

Die Satzung muss gem. § 7 Nr. 2 GenG die Bildung einer gesetzlichen Rücklage vorsehen, welche zur Deckung eines sich aus der Bilanz ergebenden Verlustes zu dienen hat. Sie muss die Art der Bildung der Rücklage, insbes. den Teil des Jahresüberschusses, welcher in diese Rücklage einzustellen ist und den Mindestbetrag der Rücklage, bis zu dessen Erreichung die Einstellung zu erfolgen hat, enthalten. Die gesetzliche Rücklage darf nur die ausgewiesenen Bilanzverluste und nicht Wertberichtigungen oder Verluste, die sich nicht aus dem Jahresabschluss ergeben, ausgleichen.⁶⁴² Damit ergibt sich in Verbindung mit § 48 Abs. 1 S. 2 GenG die Zuständigkeit der Generalversammlung zur Verwendung der gesetzlichen Rücklage.

Die Mitglieder der nicht gemeinnützigen Einrichtungs-eG sind bei der Bestimmung der Höhe der gesetzlichen Rücklage frei.⁶⁴³ Ein Teil des Jahresüberschusses muss gem. § 7 Nr. 2 GenG zwingend der gesetzlichen Rücklage zugeführt werden.⁶⁴⁴ Eine Regelung, nach der kein Teil des Jahresüberschusses zugeführt wird, ist unzulässig. Der Mindestbetrag muss keine feste Summe, sondern kann auch der Bruchteil eines bestimmten Wertes wie des Umsatzes oder des Jahres-

640 Beuthien/Beuthien, § 7 Rn. 17; Müller, § 7 Rn. 71.

641 Bauer, S. 72; auch die Einzahlungspflicht lebt nicht wieder auf BGHZ 15, 66, 68 ff.; Geschwandtner/Helios, S. 43.

642 Beuthien/Beuthien, § 7 Rn. 17; L/W/Schulte, § 7 Rn. 33; Müller, § 7 Rn. 71; P/F/B/Fandrich, § 7 Rn. 15; BeckHdb.Gen/Strieder, § 6 Rn. 40.

643 Beuthien/Beuthien, § 7 Rn. 17; L/W/Schulte, § 7 Rn. 31; P/F/B/Fandrich, § 7 Rn. 14.

644 Beuthien/Beuthien, § 7 Rn. 17; Müller, § 7 Rn. 70.

überschusses sein.⁶⁴⁵ Praktisch hat sich die Bezugnahme auf bestimmte Prozentsätze des Jahresüberschusses bewährt.⁶⁴⁶ Die Bestimmung einer Mindestsumme ist entbehrlich, wenn die Satzung die Gewinnverteilung an die Mitglieder gem. § 20 GenG ausschließt oder wenn ein Teil des Gewinns der gesetzlichen Rücklage ohne Rücksicht auf deren Höhe zugewiesen werden muss.⁶⁴⁷ Die Bestimmung der konkreten Beträge oder Prozentsätze ist eine Einzelfallentscheidung, bei der die dauerhafte Überlebensfähigkeit der Einrichtungs-eG berücksichtigt werden muss. Bei den betrachteten nichtgemeinnützigen Einrichtungs-eG variieren die jährlichen Beträge von mind. 10% (zzgl. mind. 5% des Betrags der genossenschaftlichen Rückvergütung) bis mind. 20% des Jahresüberschusses zzgl. Gewinn- und abzüglich Verlustvortrag bis zu einer Höhe der Bilanzsumme von 20-25%.⁶⁴⁸

bb) Freie Rücklagen

Die Bildung freier Rücklagen bietet sich an, um diese für andere Zwecke als den Ausgleich von Bilanzverlusten verwenden zu dürfen. Die Bildung einer freien Ergebnisrücklage durch die Generalversammlung ist gem. § 48 Abs. 1 S. 2 GenG zulässig und bedarf nicht zwingend einer Satzungsregelung. Soll ein bestimmter Betrag des Jahresüberschusses unabhängig von der Entscheidung der Generalversammlung einer freien Rücklage zugeführt werden, muss die Satzung gem. § 20 S. 2 GenG eine Regelung vorsehen, nach der der Vorstand einen Teil des Jahresüberschusses, höchstens aber die Hälfte, in die Ergebnisrücklage einstellen kann.

Die freien Rücklagen sind frei verfügbar, sofern nicht die Bestimmung der Satzung oder eine Zweckbindung beim Zuführungsbeschluss entgegensteht.⁶⁴⁹ Die Verwendung der freien Rücklagen wird regelmäßig dem Vorstand und dem

645 Beuthien/Beuthien, § 7 Rn. 17; L/W/Schulte, § 7 Rn. 31; Müller, § 7 Rn. 69; P/F/B/Fandrich, § 7 Rn. 14.

646 L/W/Schulte, § 7 Rn. 31; P/F/B/Fandrich, § 7 Rn. 14; BeckHdb.Gen/Steinle, § 3 Rn. 34.

647 Beuthien/Beuthien, § 7 Rn. 17; L/W/Schulte, § 7 Rn. 31; Müller, § 7 Rn. 69; P/F/B/Fandrich, § 7 Rn. 14.

648 Mücke (§ 38 Abs. 2) bzw. Hochheim, Nörten und Gandersheim (je § 37 Abs. 2).

649 Nur zu den Ergebnisrücklagen BeckHdb.Gen/Strieder, § 6 Rn. 41.

Aufsichtsrat zur freien Verwendung überlassen.⁶⁵⁰ Die Entscheidung über die Deckung eines Fehlbetrages aus den freien Rücklagen kann der Generalversammlung gem. § 48 Abs. 1 S. 2 GenG allerdings nicht entzogen werden.⁶⁵¹

cc) Steuerrechtliche Einschränkungen

Bei steuerlich gemeinnützigen Einrichtungs-eG gilt das zur Bildung von Rücklagen Gesagte. Allerdings müssen die Einschränkungen des § 62 AO beachtet werden.⁶⁵² Auch hier ist für die gesetzliche Rücklage die Bezugnahme auf bestimmte Prozentsätze des Jahresüberschusses sinnvoll. Die konkrete Höhe sollte mit dem zuständigen Finanzamt abgestimmt werden. Die betrachteten Satzungen gemeinnütziger Einrichtungs-eG schreiben für die gesetzliche Rücklage eine jährliche Zuweisung von mindestens 20% des Jahresüberschusses zzgl. Gewinn- und abzgl. Verlustvortrag, solange 5% der Bilanzsumme nicht erreicht sind⁶⁵³ bzw. eine jährliche Zuweisung von mindestens 25% des Jahresüberschusses aus der Vermögensverwaltung, maximal in Höhe des erwirtschafteten Jahresüberschusses,⁶⁵⁴ vor.

Bei den freien Rücklagen bietet es sich an, in die Satzung eine Regelung aufzunehmen, die die Bildung weiterer Rücklagen nicht konkretisiert, sondern im Rahmen der Vorgaben des § 62 AO zulässt.⁶⁵⁵

c) Verteilung an die Mitglieder

Der sich für die Mitglieder ergebende Gewinn oder Verlust wird gem. § 19 Abs. 1 S. 2 GenG im ersten Jahr nach dem Verhältnis der auf den Geschäftsanteil geleisteten Einzahlungen verteilt, danach nach dem Verhältnis der zum Schluss des vorhergegangenen Geschäftsjahrs ermittelten Geschäftsguthaben. Die Satzung kann nach § 19 Abs. 2 S. 1 GenG einen anderen Maßstab für die

650 L/W/Schulte, § 7 Rn. 30, 35; BeckHdb.Gen/Steinle, § 3 Rn. 35; so auch Mücke (§ 39 S. 2) und Rheingrafenstein (§ 40 S. 2); a. A. P/F/B/Fandrich, § 7 Rn. 16, der die endgültige Entscheidung immer bei der Generalversammlung sieht.

651 L/W/Schulte, § 7 Rn. 35; BeckHdb.Gen/Steinle, § 3 Rn. 35; ebenso Mücke (§ 39 S. 3) und Rheingrafenstein (§ 40 S. 3).

652 Ausführlich zu den Anforderungen an die Rücklagenbildung Hüttemann, Rn. 5.104 ff.

653 So Hänigsen, Uetze und Luthe (jeweils § 37 Abs. 2).

654 So Rheingrafenstein (§ 38 Abs. 2).

655 Ebenso, aber noch zur alten Regelung in § 58 AO Hänigsen, Uetze und Luthe (jew. § 37 Abs. 1 und 3) sowie Rheingrafenstein (§ 39); Hänigsen, Gesprächsprotokoll, B. V.

Verteilung von Gewinn und Verlust aufstellen und bestimmen, inwieweit der Gewinn vor Erreichung des Geschäftsanteils an die Mitglieder auszuzahlen ist. Eine Auszahlung des Gewinns findet gem. § 19 Abs. 2 S. 2 GenG bis zur Wiederergänzung eines durch Verlust verminderten Geschäftsguthabens nicht statt.

Ist die Einrichtungs-eG steuerlich gemeinnützig, muss die Gewinnverteilung an die Mitglieder ausgeschlossen sein (vgl. § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 AO). Bei einer nicht steuerlich gemeinnützigen Einrichtungs-eG ist die Verteilung des auf die Mitglieder entfallenden Gewinns wie in § 19 Abs. 1 S. 2 GenG nach dem Verhältnis der Geschäftsguthaben am Schluss des vorangegangenen Geschäftsjahres sachgerecht.⁶⁵⁶ Die Gewinnverteilung ist der einzige monetäre Anreiz, sich mit weiteren Geschäftsanteilen zu beteiligen. Diejenigen Mitglieder, die der Einrichtungs-eG mehr Kapital zuführen, sollen auch in größerem Umfang am Gewinn beteiligt werden. Daneben kann erwogen werden, ob die im abgelaufenen Geschäftsjahr geleisteten Einlagen auf bestehende oder neue Geschäftsanteile vom ersten Tag des auf die Einzahlung folgenden Kalenderhalbjahres bei der Gewinnverteilung ebenfalls zu berücksichtigen sind.⁶⁵⁷ Die Gefahr, dass einzelne Mitglieder deshalb die Beteiligung mit weiteren Geschäftsanteilen und deren Einzahlung zur Gewinnspekulation verwenden,⁶⁵⁸ dürfte gering sein. Es kann aber einen weiteren Anreiz bieten, die Einrichtungs-eG finanziell zu stärken. Damit der Gewinn möglichst in der Einrichtungs-eG verbleibt, sollte von § 19 Abs. 1 S. 3 GenG nicht abgewichen werden.⁶⁵⁹

Wird der Gewinn nach dem Verhältnis ihrer auf den Geschäftsanteil geleisteten Einlagen (erstes Geschäftsjahr) bzw. danach nach dem Verhältnis der zum Schluss des vorgegangenen Geschäftsjahres ermittelten Geschäftsguthaben verteilt, ist es zweckmäßig und billig, auch bei der Verlustverteilung an der Höhe der Beteiligung des Mitglieds anzuknüpfen. Ob als Anknüpfungspunkt entsprechend der gesetzlichen Regelung in § 19 Abs. 1 S. 2 GenG das Geschäftsgutha-

656 So in den Satzungen *Hochheim* (§ 41 S. 2) sowie *Nörten* und *Gandersheim* (je § 41 S. 1); ebenso ohne Satzungsregelung *Mücke*.

657 *Nörten* und *Gandersheim* (je § 41 S. 2); keine Berücksichtigung bei *Hochheim* (§ 41 S. 3) bzw. keine Regelung in *Mücke*.

658 *Beuthien/Beuthien*, § 19 Rn. 6.

659 Ebenso *Mücke* (§ 44 S. 2), *Hochheim* (§ 41 S. 4) sowie *Nörten* und *Gandersheim* (je § 41 S. 3).

ben oder die übernommenen Geschäftsanteile⁶⁶⁰ gewählt werden, muss im Einzelfall erwogen werden. Der auf die Mitglieder entfallende Verlust wird vom Geschäftsguthaben abgeschrieben.⁶⁶¹ Die Mitglieder müssen den auf sie entfallenden Verlust nicht an die eG ausgleichen.⁶⁶²

5. Genossenschaftliche Rückvergütung

Die genossenschaftliche Rückvergütung ist eine Art der Überschussverteilung, bei der der Geschäftsüberschuss ganz oder teilweise an die Mitglieder im Verhältnis ihrer mit der eG getätigten Umsätze ausgeschüttet wird.⁶⁶³ Für deren Festsetzung und Durchführung ist ohne Satzungsklausel der Vorstand gem. § 27 Abs. 1 S. 1 GenG zuständig.⁶⁶⁴ Steuerrechtlich ist sie gem. § 22 Abs. 1 S. 1 KStG als Betriebsausgabe einzuordnen, sofern die dafür verwendeten Beträge im Mitgliedergeschäft erwirtschaftet worden sind und die Voraussetzungen von § 22 Abs. 2 KStG vorliegen.

Gewährt die Einrichtungs-eG den Mitgliedern eine Rückvergütung, erhalten diese Zuwendungen aus Mitteln der Körperschaft. Wird die steuerliche Gemeinnützigkeit beabsichtigt, muss die Rückvergütung in der Satzung somit gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 AO ausgeschlossen werden.⁶⁶⁵ Der in der Satzung einer gemeinnützigen eG zu vereinbarende Gewinnausschluss hat nicht bereits zur Folge, dass keine Rückvergütung beschlossen werden darf, da die Rückvergütung dem Gewinn zeitlich vorgelagert ist.⁶⁶⁶

Bei einer nicht steuerlich gemeinnützigen Einrichtungs-eG kann der Ausschluss der Rückvergütung ebenfalls sinnvoll sein. Die genossenschaftliche Rückvergütung setzt für die Mitgliedern zwar einen Anreiz, die Einrichtung in Anspruch zu nehmen. Es darf allerdings bezweifelt werden, ob die Mitglieder nur aufgrund einer evtl. zu beschließenden Rückvergütung die Einrichtung vermehrt nutzen

660 So in allen betrachteten Satzungen (*Mücke, Hochheim* und *Rheingrafenstein* je § 45 Abs. 3 sowie *Hänigsen, Uetze, Nörten, Gandersheim* und *Luthe* je § 42 Abs. 3).

661 *Müller*, § 19 Rn. 18.

662 *Müller*, § 19 Rn. 18.

663 *Beuthien/Beuthien*, § 19 Rn. 14; *Müller*, § 19 Rn. 19 (zur Warenrückvergütung).

664 *Beuthien/Beuthien*, § 19 Rn. 16; *Bauer*, S. 74; a. A. *Müller*, § 19 Rn. 25, der die Generalversammlung für zuständig hält.

665 So auch die Satzungen der gemeinnützigen Einrichtungs-eGn *Hänigsen, Uetze* und *Luthe* (jeweils § 40) sowie *Rheingrafenstein* (§ 44); a. A. *Geschwandtner/Helios*, S. 78.

666 *Beuthien/Beuthien*, § 20 Rn. 3.

werden. Daneben muss ein System eingeführt werden, dass die getätigten Umsätze mit den einzelnen Mitgliedern erfasst, von den Umsätzen mit Nichtmitgliedern abgrenzt und ausgewertet. Außerdem dürfte die Relevanz der genossenschaftlichen Rückvergütung in der Einrichtungs-eG gering sein. In ausgeglichenen oder verlustreichen Jahren kommt eine Rückvergütung nicht in Frage. Beschließt sie der Vorstand dennoch, macht er sich nach § 34 Abs. 2 S. 1 GenG schadensersatzpflichtig. In Überschussjahren ist sie zwar denkbar. Mit der Auszahlung, die gem. § 22 Abs. 2 S. 1 KStG Voraussetzung ist, erfolgt ein Abfluss finanzieller Mittel aus der eG, die zulasten des Gewinns und damit der Rücklagenbildung und der Gewinnverteilung geht. Zur Stärkung der Rücklagen ist es sinnvoll, die Rückvergütung auszuschließen.⁶⁶⁷ Die Gewinnverteilung ist daneben der einzige monetäre Anreiz für die Mitglieder, sich mit weiteren Geschäftsanteilen zu beteiligen und damit der Einrichtungs-eG weiteres Kapital zuzuführen. Insgesamt sollte auch bei einer nicht steuerlich gemeinnützigen Einrichtungs-eG erwogen werden, die genossenschaftliche Rückvergütung in der Satzung auszuschließen.⁶⁶⁸

6. Auseinandersetzung mit ausgeschiedenem Mitglied oder bei Kündigung einzelner Geschäftsanteile

a) Auseinandersetzung bei Guthaben

Die Auseinandersetzung der eG mit dem ausgeschiedenen Mitglied erfolgt nach Maßgabe des § 73 Abs. 2 GenG. Die Satzung kann abweichend gem. § 73 Abs. 3 GenG u. a. bestimmen, dass Mitgliedern, die ihren Geschäftsanteil voll einbezahlt haben, im Falle der Beendigung ihrer Mitgliedschaft ein Anspruch auf Auszahlung an einer zu diesem Zweck aus dem Jahresüberschuss zu bildenden Ergebnisrücklage eingeräumt wird. Daneben ist eine abweichende Regelung der Voraussetzungen, der Modalitäten und der Frist für die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens nach § 73 Abs. 2 S. 2 GenG möglich (§ 73 Abs. 4 GenG). Die Entscheidung über Voraussetzungen oder den Zeitpunkt der Auszahlung kann dabei nicht ausschließlich auf den Vorstand übertragen werden (§ 73 Abs. 4 2. HS).

667 Beuthien/Beuthien, § 20 Rn. 3.

668 Anders dagegen die Satzungen *Mücke* (§ 43) sowie *Hochheim*, *Nörten* und *Gandersheim* (je § 40).

Eine Bestimmung gem. § 73 Abs. 3 GenG, nach der den Mitgliedern ein Anspruch auf Auszahlung einer entsprechenden Ergebnisrücklage gewährt wird, scheidet bei steuerlich gemeinnützigen Einrichtungs-eG bereits wegen § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO aus. Daneben sollte entsprechend § 3 Abs. 2 Mustersatzung Anlage 1 AO klarstellend die Regelung aufgenommen werden, dass das Auseinandersetzungsguthaben der Höhe nach begrenzt auf den Betrag des einbezahlten Geschäftsguthabens des Mitglieds ist.⁶⁶⁹ Ein Anspruch auf Auszahlung der anteiligen Ergebnisrücklage ist indes auch bei anderen Einrichtungs-eGn nicht anzuraten, da dies den Kapitalabfluss bei der Einrichtungs-eG regelmäßig verstärkt.⁶⁷⁰

Die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens kann § 73 Abs. 4 GenG von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Der Nutzen wird wie beim Mindestkapital mit der Bilanzierung nach IFRS begründet.⁶⁷¹ Allerdings wird auch hier die Erschwerung der Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens wahrscheinlich die Bereitschaft von Beitrittsinteressierten oder bereits bestehenden Mitgliedern, sich an der Einrichtungs-eG (weiter) finanziell zu beteiligen, schmälern.⁶⁷² Daneben ist die Frist des § 73 Abs. 2 S. 2 GenG veränderbar. Sie kann verkürzt werden, was im Hinblick auf die Feststellung des Jahresabschlusses regelmäßig nicht sinnvoll ist (vgl. § 48 Abs. 1 GenG). Bei der Verlängerung der Auszahlungsfrist muss Berücksichtigung finden, dass das Mitglied neben der Auszahlungsfrist noch eine Kündigungsfrist einhalten muss. Deshalb sollte bei der Verlängerung der Frist aus § 73 Abs. 2 S. 2 GenG darauf geachtet werden, dass sich der gesamte Zeitraum für das Mitglied nicht unzumutbar lang gestaltet. Die Auszahlungsfrist auf mehr als 12 Monate nach dem Ausscheiden des Mitglieds auszudehnen, ist damit nicht sinnvoll.⁶⁷³

Über eine Regelung zur Modalität der Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens muss vor allem nachgedacht werden, wenn die Satzung Sacheinlagen zulässt. Der Auszahlungsanspruch zielt regelmäßig auf die Zahlung eines Geld-

669 So jeweils bei *Hänigsen*, *Uetze* und *Luthe* (je § 10 Abs. 4).

670 Eine solche Regelung findet sich in keiner der betrachteten Satzungen.

671 *BT-Drs.* 16/1025, S. 93; *Geschwandtner/Helios*, S. 246 f.

672 Dazu oben 4. Teil, B. II. 1.; ebenso *Beuthien/Beuthien*, § 73 Rn. 18; allerdings nur zu Beitrittswilligen *BeckHdb.Gen/Steinle*, § 3 Rn. 38.

673 Höchstfrist in den Satzungen *Nörten* und *Gandersheim* (je § 10 Abs. 2 S. 1) auch 12 Monate; 6 Monate in den übrigen betrachteten Satzungen in § 10 Abs. 2 S. 1.

betrages.⁶⁷⁴ Das Mitglied kann aber ein Interesse daran haben, die eingebrachte Sacheinlage zurückzuerhalten. Ist die Auszahlung durch Rückübertragung der Sacheinlage zulässig, muss das sich für das ausscheidende Mitglied ergebende Geschäftsguthaben mit dem Wert der Sacheinlage verrechnet werden. Die Sacheinlage ist dabei mit Blick auf die bilanziellen Abschreibungen der Vergangenheit mit dem Zeitwert zu bewerten, da das ausscheidende Mitglied ansonsten an den stillen Reserven der Einrichtungs-eG partizipiert. Liegt der Bilanzwert unter dem Zeitwert, erfolgt eine Aufdeckung der stillen Reserven, die als Ertrag in die Gewinn- und Verlustrechnung eingehen. Unterschreitet der Wert der Sacheinlage den Betrag des Geschäftsguthabens, muss die Einrichtungs-eG dem ausgeschiedenen Mitglied daneben die Differenz bar auszahlen. Benötigt die Einrichtungs-eG die Sacheinlage, was oft der Fall sein wird, muss sie diese ersetzen, was unter Umständen nur als Neubeschaffung zu einem deutlich höheren Preis möglich ist. Insgesamt kann es damit zu einem größeren Finanzabfluss kommen, als wenn das Mitglied bar ausbezahlt worden wäre. Die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens in Form der Sacheinlage kann für die Einrichtungs-eG somit nachteilhaft sein und sollte, wenn eine entsprechende Regelung in der Satzung erwünscht ist, von der Zustimmung des Vorstandes abhängig gemacht werden. Ansonsten ist es sinnvoller, die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens in Form der Rückgewähr der geleisteten Sacheinlagen nicht zuzulassen.

b) Auseinandersetzung bei Bilanzfehlbetrag

Beim Ausscheiden eines Mitglieds kann das Vermögen einschließlich der Rücklagen und aller Geschäftsguthaben zur Deckung der Schulden der eG nicht ausreichen. Das ehemalige Mitglied hat dann gem. § 73 Abs. 2 S. 4 GenG den von dem Fehlbetrag ihn betreffenden Anteil an die eG zu bezahlen, soweit es im Falle des Insolvenzverfahrens Nachschüsse an die eG zu leisten gehabt hätte. Diese Regelung wird nicht relevant werden, da die Nachschusspflicht ausgeschlossen ist.⁶⁷⁵

Beschließt die Generalversammlung einen Verlust auf neue Rechnung vorzutragen, ist es zweckmäßig, eine Regelung in die Satzung aufzunehmen, nach der

674 BeckHdb.Gen/*Geschwandtner*, § 4 Rn. 48.

675 Vgl. die Prämisse im 4. Teil, A. IV.

beim Auseinandersetzungsguthaben Verlustvorträge nach dem Verhältnis der Geschäftsanteile bzw. Geschäftsguthaben berücksichtigt werden, da die verbleibenden Mitglieder mit dem Verlustvortrag gleichermaßen belastet bleiben.⁶⁷⁶ Die Bezugsgröße sollte dabei der Bezugsgröße bei der Verlustverteilung an die Mitglieder entsprechen.

c) Auseinandersetzung bei Kündigung einzelner Geschäftsanteile

Für die Teilauseinandersetzung mit den Mitgliedern bei Kündigung einzelner Geschäftsanteile gem. § 67b GenG findet § 73 (entsprechende) Anwendung.⁶⁷⁷ Da die Kündigung einzelner Geschäftsanteile einem „Teilaustritt“ gleichkommt, bietet es sich an, die bei der Auseinandersetzung mit einem ausgeschiedenen Mitglied geltenden Bestimmungen der Satzung auf die Auseinandersetzung bei Kündigung einzelner Geschäftsanteile entsprechend anzuwenden.⁶⁷⁸

7. Zwischenergebnis

1. Ein Mindestkapital gem. § 8a GenG ist nicht sinnvoll.
2. Der Geschäftsanteil sollte niedrig angesetzt werden. Konkret werden 50 € befürwortet. Die Zulassung der Beteiligung eines Mitglieds mit mehreren Geschäftsanteilen gem. § 7a Abs. 1 S. 1 GenG ist ratsam, sollte aber nicht an weitere Voraussetzungen geknüpft werden. Eine Pflichtbeteiligung gem. § 7a Abs. 2 S. 1 GenG sowie die Festsetzung einer Höchstzahl von Geschäftsanteilen sind nicht empfehlenswert.
3. Die sofortige bare Volleinzahlung der Geschäftsanteile bietet sich an. Die Satzung kann gem. § 7a Abs. 3 GenG Sacheinlagen zulassen. Dazu sind keine weiteren Angaben in der Satzung notwendig. Für die Zulassung und Überprüfung des Wertes der Sacheinlage sollte der Vorstand zuständig sein. Die Prüfung durch den gesetzlichen Prüfverband ist ebenfalls vorzusehen. Dienstleistungen als Sacheinlage auszuschließen ist empfehlenswert.

676 Beuthien/Beuthien, § 73 Rn. 10; mit Bezug zum Verhältnis der Geschäftsanteile auch in allen betrachteten Satzungen jeweils in § 10 Abs. 1 S. 2.

677 Beuthien/Beuthien, § 73 Rn. 13 f.; L/W/Schulte, § 73 Rn. 17; Müller, § 73 Rn. 36; P/F/B/Fandrich, § 73 Rn. 18.

678 So auch alle betrachteten Satzungen (Mücke, Hochheim und Rheingrafenstein jew. § 10 Abs. 4 sowie Hänigsen, Uetze, Nörten, Gandersheim und Luthe jew. § 10 Abs. 3).

4. Die Gewinnverteilung muss bei der steuerlich gemeinnützigen Einrichtungs-eG ausgeschlossen werden, bei der nicht steuerlich gemeinnützigen Einrichtungs-eG ist dies von vornherein nicht sinnvoll. Die gesetzliche Gewinn- und Verlustverteilung ist zweckmäßig. Das Mitglied muss den auf ihn entfallenden Verlustanteil aber nicht an die eG bezahlen. Die Regelungen zur Höhe der gesetzlichen Rücklage müssen im Einzelfall betrachtet werden. Die Bildung freier Rücklagen ist sinnvoll. Bei der steuerlich gemeinnützigen eG muss § 62 AO beachtet werden.
5. Ein Anspruch auf Auszahlung der Ergebnisrücklage ist nicht sinnvoll. Auch sollte die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens von keinen weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht und die Frist nicht länger als 12 Monate festgelegt werden. Die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens in Form von Sacheinlagen sollte entweder nicht zugelassen oder von der Zustimmung des Vorstandes abhängig gemacht werden. Bei einem Bilanzfehlbetrag sollten evtl. Verlustvorträge berücksichtigt werden. Die für die Auseinandersetzung geltenden Normen sind entsprechend auf die Auseinandersetzung bei Kündigung einzelner Geschäftsanteile anzuwenden.
6. Die Pflicht zur Zahlung laufender Beiträge sowie zur Leistung eines Eintrittsgeldes ist kaum relevant. Die genossenschaftliche Rückvergütung ist bei der steuerlich gemeinnützigen eG nicht zulässig und bei der nicht steuerlich gemeinnützigen Einrichtungs-eG wenig sinnvoll.

III. Organe

1. Bestellung, Abberufung und Einberufung der Organe

a) Vorstand

Der Vorstand wird gem. § 24 Abs. 2 S. 1 GenG von der Generalversammlung gewählt und abberufen. Die Satzung kann gem. § 24 Abs. 2 S. 2 GenG eine andere Art der Bestellung und Abberufung bestimmen.

aa) Bestellung

Die Bestellungsbefugnis kann per Satzung dem Aufsichtsrat übertragen werden⁶⁷⁹ Daneben darf im Rahmen des Gleichbehandlungsgrundsatzes einzelnen Mitgliedern, Mitgliedergruppen oder Gremien ein Wahlvorschlags-, Begutachtungs- oder Entsenderecht eingeräumt werden.⁶⁸⁰ Die Satzung kann bei Bedarf auch geborene Vorstandsmitglieder wie den Bürgermeister oder den Kämmerer vorsehen.⁶⁸¹

Die praktisch relevante Frage ist aber, ob die Bestellungskompetenz auf den Aufsichtsrat übertragen werden soll.⁶⁸² Der Vorteil der Bestellung durch den Aufsichtsrat besteht darin, dass die für die Eignung eines Bewerbers relevanten Details besser in einem kleinen Gremium als in der vielköpfigen Generalversammlung zu erörtern und zu beurteilen sind.⁶⁸³ Ebenfalls ein Argument für die Bestellungskompetenz des Aufsichtsrates ist, dass dieser den Vorstand überwachen (§ 38 Abs. 1 S. 1 GenG) und eng mit diesem zusammenarbeiten muss.⁶⁸⁴ Die Bestellung der Vorstandsmitglieder durch die Generalversammlung entspricht dagegen der Personalhoheit der Mitglieder im Rahmen des Selbstverwal-

679 Oder auch anderen Organen: *Müller*, § 24 Rn. 27; andere Organe werden bei der Einrichtungs-eG aber regelmäßig nicht relevant, siehe Prämisse 4. Teil, A. V.

680 *Beuthien/Beuthien*, § 24 Rn. 10; *Müller*, § 24 Rn. 26 f.

681 Ob die Bestellungsbefugnis an Dritte oder die weiteren Vorstandsmitglieder übertragen werden kann, ist umstritten; dafür *Müller*, § 24 Rn. 27; dies wird bei der Einrichtungs-eG aber kaum relevant werden.

682 So in den Satzungen *Mücke* (§ 18 Abs. 3) sowie *Hänigsen*, *Uetze*, *Luthe* und *Rheingrafenstein* (jeweils § 18 Abs. 2).

683 *Müller*, § 24 Rn. 27; *Bauer*, S. 81; *Fritz*, S. 97; ebenso zur AG *Schmidt/Lutter/Seibt*, § 84 Rn. 2.

684 *Bauer*, S. 81.

tungsgrundsatzes.⁶⁸⁵ Die Einrichtungs-eG ist außerdem eine Gesellschaft, die in besonderer Weise vom ehrenamtlichen Engagement und der Beteiligung der Mitglieder abhängt. Aufgrund der finanziellen Lage der Einrichtungs-eG kann die Gewinnverteilung ausbleiben, wenn diese nicht schon aufgrund der steuerlichen Gemeinnützigkeit ausgeschlossen ist. Da die Mitglieder über den Erhalt und die Nutzungsmöglichkeit der Einrichtung hinaus meist altruistische Anreize zum Engagement haben, sollte ihnen zumindest die Entscheidung über das Führungspersonal obliegen. Die Bestellungskompetenz der Vorstandsmitglieder sollte somit bei der Generalversammlung verbleiben.⁶⁸⁶ Um den Aufsichtsrat in die Wahl der Vorstandsmitglieder dennoch einzubinden, ist es sinnvoll, ihm die Begutachtung der Kandidaten und deren Eignung zu übertragen. Damit kann dem Einwand begegnet werden, in der Generalversammlung könne die Eignung der Mitglieder nicht erörtert und beurteilt werden.

Deshalb wird folgendes Verfahren vorgeschlagen. Mit der Einberufung der Generalversammlung wird eine Frist festgelegt, in der alle Mitglieder der Einrichtungs-eG Kandidaten für die Vorstandswahl beim Aufsichtsratsvorsitzenden vorschlagen können. Da die Organmitglieder Mitglieder der eG sein müssen (§ 9 Abs. 2 GenG), können auch Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates Vorschläge unterbreiten. Danach hat der Aufsichtsrat die Wahlvorschläge zu begutachten, über Wahlempfehlungen abzustimmen und die Wahlempfehlungen zu begründen. Eine Wahlempfehlung kann bspw. damit begründet werden, dass das Vorstandsmitglied in der Vergangenheit seinen Pflichten engagiert und mit der notwendigen Sorgfalt nachgekommen ist. Der Aufsichtsratsvorsitzende hat daraufhin in der Generalversammlung vor der Abstimmung über die Kandidaten den Mitgliedern alle Kandidaten vorzustellen,⁶⁸⁷ die Wahlempfehlungen abzugeben und diese zu begründen. Daraufhin beschließt die Generalversammlung mit einfacher Mehrheit gem. § 43 Abs. 2 S. 1 GenG, sofern nicht die Satzung eine abweichende Regelung vorsieht (§ 43 Abs. 2 S. 2 GenG).⁶⁸⁸

685 Beuthien/Beuthien, § 1 Rn. 39; vgl. Bauer, S. 35.

686 So die Satzungen *Hochheim*, *Nörten* und *Gandersheim* (jeweils § 18 Abs. 2).

687 Vgl. Müller, § 24 Rn. 26.

688 Vgl. dazu 4. Teil, B. III. 2. c) aa) (2) (d).

bb) Beendigung

Die Bestellung der Vorstandsmitglieder ist gem. § 24 Abs. 3 S. 2 GenG jederzeit unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen widerruflich. Der Widerruf obliegt gem. § 24 Abs. 2 S. 1 GenG der Generalversammlung, der Aufsichtsrat hat die Befugnisse gem. § 40 GenG.

Die Satzung kann gem. § 24 Abs. 2 S. 2 GenG eine andere Art der Abberufung bestimmen. Die Abberufungskompetenz kann auf den Aufsichtsrat übertragen werden.⁶⁸⁹ Wenn der Aufsichtsrat aber alleine und ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes die Mitglieder des Vorstandes jederzeit abberufen kann, stellt dies die Eigenverantwortlichkeit der Leitung der eG durch den Vorstand gem. § 27 Abs. 1 S. 1 GenG in Frage.⁶⁹⁰ Ein Vorstandsmitglied, das jederzeit mit seiner Abberufung rechnen muss, wird sich bei kritischen Entscheidungen eher an der Sichtweise des Aufsichtsrates orientieren. Im ehrenamtlichen Bereich kann die uneingeschränkte Abberufungskompetenz des Aufsichtsrates auch dazu führen, dass sich unter diesen Voraussetzungen weniger oder nicht ausreichend Mitglieder zur Vorstandstätigkeit bereit erklären. Dem Aufsichtsrat die Abberufungskompetenz uneingeschränkt zu übertragen, ist nicht sinnvoll.

Damit die Eigenverantwortlichkeit der Leitung geschützt bleibt, kommt die Übertragung der Abberufungskompetenz aus wichtigem Grund an den Aufsichtsrat in Betracht.⁶⁹¹ Nach der gem. § 18 Abs. 2 GenG unabdingbaren Regelung des § 24 Abs. 3 S. 2 GenG muss die Bestellung jederzeit ohne wichtigen Grund widerruflich sein. Das Widerrufsrecht kann somit nicht auf bestimmte oder wichtige Gründe beschränkt oder ausgeschlossen werden.⁶⁹² Man kann erwägen, dem Aufsichtsrat die Abberufungskompetenz aus wichtigem Grund neben der uneingeschränkten Abberufungskompetenz der Generalversammlung zu übertragen. Dafür besteht aber kein Bedürfnis. Die Übertragung der Abberufungskompetenz an den Aufsichtsrat aus wichtigem Grund hat im Wesentlichen zwei Vorteile. Erstens kann der Aufsichtsrat durch seine Überwachungsaufgabe

689 Ebenso BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 47; a. A. Großfeld/Apel, S. 185, 207.

690 P/F/B/Fandrich, § 24 Rn. 27; vgl. zur eigenverantwortlichen Leitung des Vorstandes die Ausführungen im 4. Teil, B. III. 2. a) aa) (1) (b).

691 Zur AG Schmidt/Lutter/Seibt, § 84 Rn. 48.

692 Beuthien/Beuthien, § 24 Rn. 20; L/W/Schaffland, § 24 Rn. 69; Ferneding, S. 27; Weber, S. 56, 164.

den wichtigen Grund besser und schneller erkennen. Zweitens ist die Entscheidung des Aufsichtsrates schneller und mit weniger Aufwand einzuholen als die Entscheidung der Generalversammlung. Liegt ein wichtiger Grund für die Abberufung vor, kann eine schnelle Entscheidung geboten sein, um Schäden von der eG abzuwenden. Auch wenn die Abberufungskompetenz bei der Generalversammlung verbleibt, kann der Aufsichtsrat aber gem. § 40 GenG nach seinem Ermessen Vorstandsmitglieder vorläufig bis zur Entscheidung der unverzüglich einzuberufenden Generalversammlung von ihren Geschäften entheben und das zur einstweiligen Fortführung Erforderliche veranlassen. Damit kann der Aufsichtsrat in der entsprechenden Situation das Notwendige veranlassen. Die endgültige Entscheidung obliegt aber weiterhin der Generalversammlung, die nach Anhörung aller Beteiligten unbefangen entscheiden kann.⁶⁹³ Es ist somit sinnvoll, auch die Abberufungskompetenz bei der Generalversammlung zu belassen.

Die Amtsniederlegung der Vorstandsmitglieder bedarf keines wichtigen Grundes.⁶⁹⁴ Unabhängig von der Frage, ob die Satzung die Amtsniederlegung an das Vorliegen eines wichtigen Grundes knüpfen kann, ist eine solche Regelung wenig hilfreich. Ein Vorstandsmitglied, welches das Amt nicht mehr ausüben möchte, engagiert sich oft nicht mehr. Es ist damit auch im Sinne der Einrichtungs-eG, wenn das Vorstandsmitglied aus dem Vorstand ausscheidet.

cc) Dauer und Wiederwahl

Daneben stellt sich die Frage, ob die Bestellung befristet werden soll. Soweit nichts anderes bestimmt ist, erfolgt die Bestellung unbefristet.⁶⁹⁵ Die unbefristete Bestellung garantiert ein Höchstmaß an Amtskontinuität. Daneben hat die Generalversammlung jederzeit die Möglichkeit, das Vorstandsmitglied abzuberufen und das Vorstandsmitglied kann sein Amt niederlegen. Allerdings muss die Initiative von der Generalversammlung bzw. vom Vorstandsmitglied ausgehen. Gerade das Vorstandsmitglied kann u. U. in eine Rechtfertigungshaltung gedrängt werden, warum das Amt (gerade jetzt) niederlegt wird. Dagegen ist es psychologisch einfacher, nach abgelaufener Wahlperiode nicht zur Wiederwahl

693 P/F/B/*Fandrich*, § 24 Rn. 27.

694 *Beuthien/Beuthien*, § 24 Rn. 19; *L/W/Schaffland*, § 24 Rn. 92.

695 *Beuthien/Beuthien*, § 24 Rn. 11; *Müller*, § 24 Rn. 28; *BeckHdb.Gen/Gätsch*, § 5 Rn. 44; *Frankenberger/Gschrey/Bauer*, S. 102.

zu kandidieren bzw. das Vorstandsmitglied nicht wiederzubestellen.⁶⁹⁶ Deshalb dürfte bei ehrenamtlichen Vorstandsmitgliedern die unbefristete Bestellung trotz den geschilderten Beendigungsmöglichkeiten eher vom Engagement abschrecken. Es ist damit sinnvoll, die Bestellung zu befristen.

Die Dauer muss den Bedürfnissen der Vorstandsmitglieder und der Einrichtungs-eG gerecht werden. Um die Unabhängigkeit der Vorstandsmitglieder nicht zu gefährden, sollte die Amtszeit mindestens ein Jahr betragen.⁶⁹⁷ Die ehrenamtlichen Vorstandsmitglieder haben in der Regel ein Interesse daran, die Frist nicht zu lang zu bestimmen und sich somit nicht zu lange zu binden. Zwar können sie das Amt niederlegen. Dies stellt praktisch eine Hürde dar, weshalb die meisten Vorstandsmitglieder die Amtszeit doch ablaufen lassen. Die Mitglieder der Einrichtungs-eG, die Vorstandsmitglieder werden möchten, haben bei kürzeren Fristen schneller die Möglichkeit, für das Vorstandsamt zu kandidieren. Die Einrichtungs-eG möchte dagegen aus Kontinuitäts Gesichtspunkten geeignete Vorstandmitglieder möglichst lange als Vorstandsmitglieder behalten, da sie nicht sicher sein kann, dass genügend geeignetes Personal nachfolgt.⁶⁹⁸ Daneben muss jede Änderung des Vorstands und der Vertretungsbefugnis eines Vorstandsmitglieds gem. § 28 S. 1 GenG zur Eintragung ins Genossenschaftsregister angemeldet werden, was Kosten verursacht. Schließlich ist die vorläufige Amtsenthebung zwar über § 40 GenG zeitnah möglich. Allerdings stellt eine Amtsenthebung durch die Einrichtungs-eG ebenfalls eine Hürde dar. Aus den genannten Gründen wird empfohlen, eine Amtsdauer zwischen zwei und fünf Jahren festzulegen. Bei den betrachteten Einrichtungs-eGn beträgt die Amtsdauer meist drei Jahre.⁶⁹⁹

Einen Sonderfall stellt die Bestellung des ersten Vorstandes im Rahmen der Gründungsversammlung durch die Gründungsmitglieder dar. Im ersten Jahr der Einrichtungs-eG ist die Mitgliederentwicklung erfahrungsgemäß groß.⁷⁰⁰ Des-

696 *Frankenberger/Gschrey/Bauer*, S. 41.

697 *BeckHdb.Gen/Gätsch*, § 5 Rn. 44; zur AG MK-AktG/*Spindler*, § 84 Rn. 43.

698 Mit diesem Problem sieht sich auch die Freibad Hänigsen eG konfrontiert, *Hänigsen*, Gesprächsprotokoll, H. IV.

699 *Hochheim, Nörten* und *Gandersheim* (jeweils § 18 Abs. 3) sowie *Mücke, Uetze, Luth* und *Hänigsen* (jeweils § 18 Abs. 5); *Rheingrafenstein* sieht in § 18 Abs. 4 eine Befristung auf zwei Jahre vor.

700 *Hänigsen*, Gesprächsprotokoll, F. III.

halb ist zu erwägen, in die Satzung eine Klausel aufzunehmen, nach der die erste Amtsperiode der Vorstandsmitglieder kürzer ist und danach die Bestellung auf die in der Satzung festgelegte Dauer erfolgt.⁷⁰¹

Bei befristeter Bestellung ist die Wiederwahl zulässig.⁷⁰² Um engagierte Vorstandsmitglieder über die erste Amtszeit hinaus im Vorstand halten zu können, sollte die Wiederwahl nicht beschränkt oder ausgeschlossen werden.⁷⁰³

b) Aufsichtsrat

Der Aufsichtsrat ist gem. § 36 Abs. 1 S. 1 GenG zwingend von der Generalversammlung zu wählen. Daraus ergibt sich, dass im Gegensatz zum Vorstand die Übertragung der Berufungskompetenz und Entsenderechte nicht in Betracht kommen.⁷⁰⁴ Die Beschlussfassung erfolgt mit einfacher Stimmenmehrheit (§ 43 Abs. 2 S. 1 GenG), die Satzung kann aber gem. § 43 Abs. 2 S. 2 GenG abweichende Regelungen treffen.⁷⁰⁵

Die Generalversammlung kann gem. § 36 Abs. 3 GenG die Bestellung vor Ablauf der Amtsdauer mit einem Beschluss, der mindestens 3/4 der abgegebenen Stimmen umfasst, widerrufen. Diese Hürde sollte durch die Satzung nicht erhöht werden, da ansonsten die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern deutlich erschwert wird. Die Satzung kann die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern nicht an bestimmte Gründe binden.⁷⁰⁶

Die Bestellung des Aufsichtsratsmitglieds kann nicht unbefristet, sondern muss für einen bestimmten Zeitraum erfolgen. Dies lässt sich § 36 Abs. 3 S. 1 GenG entnehmen.⁷⁰⁷ § 102 Abs. 1 AktG ist auf die eG nicht entsprechend anzuwen-

701 So *Mücke*, § 18 Abs. 4 und 5.

702 *Beuthien/Beuthien*, § 24 Rn. 11; *Müller*, § 24 Rn. 28.

703 Die Zulässigkeit der Wiederwahl bestätigen alle betrachteten Satzungen (*Mücke, Hochheim, Nörten* und *Gandersheim* jew. § 18 Abs. 3 S. 2, *Hänigsen, Uetze* und *Luthe* jew. § 18 Abs. 5 S. 2 sowie *Rheingrafenstein*, § 18 Abs. 4 S. 2).

704 *Beuthien/Beuthien*, § 36 Rn. 2; *L/W/Schaffland*, § 36 Rn. 20; *BeckHdb.Gen/Gätsch*, § 5 Rn. 104; *Beuthien/Gätsch*, ZHR 157 (1993), 483, 509.

705 Vgl. dazu 4. Teil, B. III. 2. c) aa) (2) (d).

706 *Beuthien/Beuthien*, § 36 Rn. 23; *L/W/Schaffland*, § 36 Rn. 79.

707 Ebenso, aber ohne Bezug zu § 36 Abs. 3 S. 1 GenG *Beuthien/Beuthien*, § 36 Rn. 36.

den.⁷⁰⁸ Die Satzung oder der Bestellungsbeschluss müssen somit eine Bestimmung über die Amtsdauer enthalten.⁷⁰⁹ Auch beim Aufsichtsrat ist eine Amtsdauer zwischen zwei und fünf Jahren sinnvoll.⁷¹⁰ Die Amtsdauer bei den betrachteten Einrichtungs-eGn beträgt meist wie beim Vorstand 3 Jahre.⁷¹¹ Daneben kann ein turnusmäßiges Ausscheiden vorgesehen werden.⁷¹² Die Wiederwahl von Aufsichtsratsmitgliedern ist zulässig.⁷¹³ Sie sollte in der Satzung nicht ausgeschlossen werden, kann aber klarstellend wiederholt werden.

c) Generalversammlung

aa) Inhalt

Die Einberufung der Generalversammlung muss die Firma und den Sitz der eG, die Zeit und den Ort der Generalversammlung sowie den Einberufenden angeben.⁷¹⁴ Darüber hinaus ist mit der Einberufung die Tagesordnung bekannt zu machen (§ 46 Abs. 1 S. 2 GenG).

Ohne Satzungsklausel ist die Generalversammlung am Sitz der Einrichtungs-eG abzuhalten.⁷¹⁵ Die Satzung kann einen anderen Versammlungsort vorsehen, der von den Mitgliedern ohne große Schwierigkeiten erreicht werden kann.⁷¹⁶ Daneben kann sie die Wahl des Ortes auch dem Berufsorgan zuweisen.⁷¹⁷ Die Generalversammlung am Sitz der Einrichtungs-eG abzuhalten, dient der Identifikation der Mitglieder mit der Einrichtung. Allerdings kann der Sitz der eG dafür ungeeignet sein. Einen bestimmten Ort in der Satzung festzulegen, ist dann

708 P/F/B/Fandrich, § 36 Rn. 14; BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 111; Weber, S. 192 ff.; a. A. Müller, § 36 Rn. 34.

709 Müller, § 36 Rn. 34; BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 11.

710 Vgl. zu den Gründen die Ausführungen zum Vorstand im 4. Teil, B. III. 1. a) cc).

711 Mücke, § 24 Abs. 4 S. 1; Hochheim, § 23 S. 1; Hänigsen, Uetze, Nörten, Gandersheim und Luthe, § 23 Abs. 3 S. 1 und 2; unklar Rheingrafenstein, § 24 Abs. 4.

712 L/W/Schaffland, § 36 Rn. 44; Müller, § 36 Rn. 35; P/F/B/Fandrich, § 36 Rn. 14; Bauer, S. 94 f.; Frankenberger/Gschrey/Bauer, S. 5, 19; so Rheingrafenstein, § 24 Abs. 4 S. 4.

713 L/W/Schaffland, § 36 Rn. 87.

714 Beuthien/Beuthien, § 46 Rn. 1; Müller, § 46 Rn. 3 ff.; Weber, S. 238; für Ort, Zeit, Firma und Sitz nur „sollte“: BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 147.

715 Allg. BayObLG NJW 1959, 485, 485 f.; Beuthien/Beuthien, § 45 Rn. 5; L/W/Schulte, § 6 Rn. 25; Müller, § 44 Rn. 16; P/F/B/Fandrich, § 6 Rn. 14; Weber, S. 238.

716 Beuthien/Beuthien, § 44 Rn. 5; Müller, § 44 Rn. 16.

717 Dafür Beuthien/Beuthien, § 44 Rn. 5; a. A. Müller, § 44 Rn. 16; BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 155.

wenig sinnvoll, da es bei der Änderung des Ortes einer Änderung der Satzung mit entsprechender Mehrheit bedarf. Der Vorstand und der Aufsichtsrat können aber am besten beurteilen, welcher Versammlungsort für die Generalversammlung in Frage kommt. Einen guten Kompromiss stellt deshalb eine Regelung dar, nach der die Generalversammlung grds. am Sitz der eG stattfindet, der Vorstand und der Aufsichtsrat aber gemeinsam einen anderen Ort für die Generalversammlung festlegen können.⁷¹⁸

Der Zeitpunkt der Generalversammlung sollte durch den Einberufenden festgelegt werden. Den Mitgliedern muss die Teilnahme möglich und zumutbar sein.⁷¹⁹ Da sowohl die Vorstands- als auch die Aufsichtsratsmitglieder bei der Generalversammlung grds. anwesend sein sollen,⁷²⁰ ist eine gemeinsame Abstimmung über den Versammlungstermin sinnvoll.

Sieht die Satzung vor, dass sich die Mitglieder zur Teilnahme an der Generalversammlung vorher anmelden müssen, ist dies ebenfalls in der Einberufung anzugeben.⁷²¹ Für die Mitglieder der Einrichtungs-eG hat die Anmeldepflicht zur Generalversammlung innerhalb einer bestimmten Frist den Nachteil, dass sie nicht spontan zur Generalversammlung erscheinen können. Sind die Mitglieder vor Ablauf der Frist unsicher, ob sie die Generalversammlung aufsuchen möchten, werden sie sich vorsorglich anmelden. Die evtl. durch eine Anmeldung bei der Einrichtungs-eG entstehenden organisatorischen Vorteile werden relativiert, da die eG nur die Höchstzahl der erscheinenden Mitglieder kennt. Ob alle angemeldeten Mitglieder tatsächlich erscheinen, ist nicht vorhersehbar. Die etwaigen Vorteile bei der Einrichtungs-eG stehen damit nicht im Verhältnis zur Einschränkung der Mitglieder. Von der Anmeldepflicht der Mitglieder zur Generalversammlung ist abzuraten.

718 So auch die Satzungen *Mücke* und *Rheingrafenstein* (je § 27 Abs. 3) sowie *Hänigsen*, *Uetze*, *Nörten*, *Gandersheim* und *Luthe* (je § 26 Abs. 3); anders nur *Hochheim*, § 27 Abs. 4, wonach derjenige den Ort festsetzt, der die Generalversammlung einberufen hat.

719 Beuthien/*Beuthien*, § 44 Rn. 5.

720 Vgl. dazu die Ausführungen im 4. Teil, B. III. 2. c) bb) (1).

721 Beuthien/*Beuthien*, § 46 Rn. 1; L/W/*Cario*, § 46 Rn. 5; *Müller*, § 46 Rn. 5; Beck-Hdb.Gen/*Gätsch*, § 5 Rn. 149.

bb) Zuständigkeit

Für die Einberufung der Generalversammlung ist gem. § 44 Abs. 1 GenG der Vorstand zuständig, soweit die Satzung oder das GenG die Befugnis dazu nicht auch anderen Personen erteilt. Daraus folgt, dass dem Vorstand diese Befugnis nicht per Satzung entzogen oder beschränkt werden kann.⁷²² Daneben muss der Aufsichtsrat im Falle des § 38 Abs. 2 S. 1 GenG die Generalversammlung einberufen. Die gesetzlich vorgesehene Regelung zur Zuständigkeit der Einberufung trägt der Kompetenzverteilung in der eG Rechnung. Ein zu weitgehendes Einberufungsrecht des Aufsichtsrates kann dagegen die Leitungs- und Geschäftsführungskompetenz des Vorstandes über Gebühr einschränken. Die Beibehaltung der gesetzlichen Regelung zur Zuständigkeit der Einberufung ist damit zweckmäßig.⁷²³ Einer Satzungsregel bedarf es nicht. Auch die Herabsetzung der 10%-Hürde gem. § 45 Abs. 1 S. 1 GenG ist nicht sinnvoll.

cc) Form

Die Satzung muss gem. § 6 Nr. 4 1. HS GenG Bestimmungen über die Form der Einberufung der Generalversammlung enthalten. Diese kann gem. § 6 Nr. 4 2. HS GenG durch unmittelbare Benachrichtigung sämtlicher Mitglieder oder durch Bekanntmachung in einem öffentlichen Blatt erfolgen. Beide Ladungsformen sind alternativ oder kumulativ möglich.⁷²⁴

Die Bekanntmachung in einem öffentlichen Blatt hat mehrere Nachteile. Da gem. § 46 Abs. 1 S. 2 GenG mit der Einberufung der Generalversammlung die Tagesordnung bekannt gemacht werden muss, wird die Anzeige regelmäßig relativ teuer sein.⁷²⁵ Daneben ist es wahrscheinlich, dass die Bekanntmachung in einem öffentlichen Blatt nicht alle Mitglieder erreicht. Außerdem erfolgt die Einberufung dann öffentlich. Dies kann von Vorteil sein, wenn auch Interessierte oder die Bevölkerung informiert werden sollen. Deren Information muss aber

722 Ebenso LG Berlin ZfgG 1972, 77, 81; Beuthien/Beuthien, § 44 Rn. 1; L/W/Cario, § 44 Rn. 9 f.; Bauer, S. 112; Frankenberger/Gschrey/Bauer, S. 125; Holzberger, S. 204 f.

723 Anders Mücke und Rheingrafenstein (je § 28 Abs. 1), die dem Aufsichtsrat, vertreten durch den Vorsitzenden, die Einberufungskompetenz, allerdings ohne Berührung der Rechte des Vorstandes gem. § 44 Abs. 1 GenG, zuteilen.

724 L/W/Schulte, § 6 Rn. 20; strittig, ob auch alternativ möglich; dagegen Müller, § 6 Rn. 26.

725 Vgl. zu den Kosten einer Anzeige Fn. 449.

nicht durch die Bekanntgabe der Tagesordnung, sondern kann auch anderweitig erfolgen. Mit Hinblick auf die Anforderungen an die zu bekanntmachende Tagesordnung kann es sinnvoll sein, wenn keine öffentliche Bekanntmachung erfolgt.⁷²⁶ Diese Nachteile können vermieden werden, wenn die Satzung beide Einladungsarten vorsieht.⁷²⁷ Die Einberufung durch Veröffentlichung in einem öffentlichen Blatt kann dann mit dem Hinweis erfolgen, dass die Tagesordnung den Mitgliedern unmittelbar zugehen wird.⁷²⁸

Mit der unmittelbaren Benachrichtigung sämtlicher Mitglieder ist sichergestellt, dass jedes Mitglied die Benachrichtigung erhält. Die unmittelbare Benachrichtigung muss bei der auf eine sehr große Mitgliederzahl angelegten Einrichtungs-eG aber mit angemessenem Aufwand praktisch durchführbar sein. Dabei bietet sich die Einladung per E-Mail an. Diese hat gegenüber der postalischen Einladung den Vorteil, dass keine Portokosten anfallen. Allerdings sind regelmäßig nicht alle Mitglieder per E-Mail erreichbar.⁷²⁹ Für sie muss es dann bei der postalischen Einladung bleiben. Die Portokosten dürften in diesem Fall weit unter den Kosten für eine Anzeige liegen. Eine Kompromissregelung, dass nur Mitglieder außerhalb des Einzugsbereichs des öffentlichen Blattes unmittelbar benachrichtigt werden, ist wegen des klaren Wortlautes in § 6 Nr. 4 2. HS GenG unzulässig.⁷³⁰ Für die Einrichtungs-eG ist es, damit alle Mitglieder erreicht werden, sinnvoll, die Generalversammlung durch unmittelbare Benachrichtigung der Mitglieder vorrangig durch E-Mail und Mitglieder ohne E-Mail-Zugang postalisch zu informieren. Daneben kann auch die Einberufung durch das festgelegte öffentliche Blatt vereinbart werden.

726 Zu den Anforderungen an die Tagesordnung BeckHdb.Gen/*Gätsch*, § 5 Rn. 147.

727 L/W/*Cario*, § 46 Rn. 14.

728 L/W/*Cario*, § 46 Rn. 14; der Hinweis, die Tagesordnung könne in den Geschäftsräumen der eG oder auf der Homepage eingesehen werden, reicht dagegen nicht aus: Beuthien/*Beuthien*, § 46 Rn. 1; L/W/*Cario*, § 46 Rn. 14.

729 Ähnlich Beuthien/*Beuthien*, § 6 Rn. 10.

730 Vgl. ebenso Beuthien/*Beuthien*, § 6 Rn. 10; P/F/B/*Fandrich*, § 6 Rn. 11; allerdings so vereinbart in § 28 Abs. 3 S. 1 der Satzung *Mücke*.

dd) Frist

Die Satzung kann die Einberufungsfrist nach § 46 Abs. 1 S. 1 GenG verlängern, aber nicht verkürzen.⁷³¹ Diese Frist dient mehreren Zwecken. Zum einen soll sie sicherstellen, dass die Mitglieder sich zeitlich die Teilnahme einrichten können.⁷³² Je länger die Einberufungsfrist ist, desto wahrscheinlicher ist es, dass viele Mitglieder zu diesem Termin Zeit haben bzw. die Teilnahme durch Um-disponierung möglich machen können.⁷³³ Durch kurzfristige Terminierung kann dagegen der Teilnehmerkreis dadurch manipuliert werden, dass einem Teil der Mitglieder durch Terminschwierigkeiten die Teilnahme an der Generalversammlung praktisch unmöglich gemacht wird.⁷³⁴ Daneben dient die Frist dazu, den Mitgliedern genügend Zeit zu verschaffen, sich mit den einzelnen Gegenständen der Tagesordnung angemessen zu befassen und so in der Generalversammlung in der Lage zu sein, ihr Rede-, Frage- und Stimmrecht sinnvoll auszuüben.⁷³⁵ Allerdings birgt eine lange Frist auch Nachteile. Mit der Einberufung muss bereits die Tagesordnung bekannt gemacht werden. Zwar können gem. § 46 Abs. 2 S. 1 GenG weitere Gegenstände bis zu einer Woche vor der Generalversammlung angekündigt werden, was eine Änderung der Tagesordnung ermöglicht.⁷³⁶ Da die Ankündigung aber in der gleichen Form wie die Einberufung erfolgen muss,⁷³⁷ bedeutet dies für die Einrichtungs-eG zusätzlichen Aufwand und zusätzliche Kosten. Daneben kann es gerade bei außerordentlichen Generalversammlungen notwendig sein, diese zeitnah durchzuführen, was durch eine lange Einberufungsfrist erschwert wird. Die Einberufungsfrist sollte damit nicht übermäßig verlängert werden.⁷³⁸

731 Beuthien/*Beuthien*, § 46 Rn. 1; L/W/*Cario*, § 46 Rn. 6; P/F/B/*Fandrich*, § 46 Rn. 3; BeckHdb.Gen/*Gätsch*, § 5 Rn. 152.

732 Müller, § 46 Rn. 12 (allerdings zur Regelung vor der Gesetzesänderung 2006).

733 Müller, § 46 Rn. 12 (allerdings zur Regelung vor der Gesetzesänderung 2006).

734 Müller, § 46 Rn. 12 (allerdings zur Regelung vor der Gesetzesänderung 2006).

735 BeckHdb.Gen/*Gätsch*, § 5 Rn. 147; *Bauer*, S. 115; vgl. *Geschwandtner*, § 3 Rn. 73.

736 P/F/B/*Fandrich*, § 46 Rn. 12; nur von Erweiterung spricht *BT-Drs.* 16/1025, S. 88.

737 Müller, § 46 Rn. 21; zur Form der Einberufung vgl. den vorherigen Gliederungspunkt.

738 So sehen fast alle betrachteten Satzungen eine Frist von mind. zwei Wochen bzw. mind. 14 Tagen vor (*Mücke* und *Rheingrafenstein* in jew. § 28 Abs. 3 S. 1 sowie *Hänigsen*, *Uetze*, *Nörten*, *Gandersheim* und *Luthe* in jew. § 27 Abs. 3 S. 1; Ausnahme *Hochheim* (§ 27 Abs. 3 S. 1), deren 7-Tage Frist der vor 2006 geltenden Rechtslage entspricht).

Die Ankündigungsfrist kann statutarisch ebenfalls verlängert werden.⁷³⁹ Dadurch hätten die Mitglieder mehr Zeit, sich auf die Gegenstände vorzubereiten. Die Verlängerung der Ankündigungsfrist kann aber den Zeitraum für die Mitglieder unangemessen verkürzen, gem. § 45 Abs. 2 S. 1 GenG die Ankündigung weiterer Gegenstände zur Beschlussfassung zu verlangen. Außerdem können über Gegenstände, die nicht vor Ablauf der Ankündigungsfrist angekündigt werden, gem. § 46 Abs. 2 S. 1 GenG keine Beschlüsse in der Generalversammlung gefasst werden. Die Verlängerung der Ankündigungsfrist ist deshalb nicht sinnvoll.⁷⁴⁰

Zur Wahrung der Fristen sollte bei postalischer Benachrichtung eine Zugangsfiktion in die Satzung aufgenommen werden.⁷⁴¹

2. Aufgaben und innere Ordnung der Organe

a) Vorstand

aa) Aufgaben

Die Aufgaben des Vorstandes umfassen die Leitung und Geschäftsführung sowie die Vertretung der eG.

(1) Leitung und Geschäftsführung

(a) Begriffsabgrenzung

Der Vorstand hat die eG unter eigener Verantwortung zu leiten (§ 27 Abs. 1 S. 1 GenG). Der Begriff der Leitung ist dabei unklar. Teilweise wird die Leitung als Summe aus Geschäftsführung und Vertretung verstanden.⁷⁴² Dabei wird der Un-

739 P/F/B/Fandrich, § 46 Rn. 12.

740 Ebenso in den betrachteten Satzungen *Mücke* und *Rheingrafenstein* in jew. § 28 Abs. 5; *Hänigsen*, *Uetze*, *Gandersheim* und *Luthe* in jew. § 27 Abs. 5 sowie *Hochheim*, die keine Regelung zur Ankündigungsfrist enthält; Ausnahme: *Nörten*, die in § 27 Abs. 5 entgegen dem Gesetz eine Frist von mind. 3 Tagen vorsieht.

741 P/F/B/Fandrich, § 46 Rn. 3; ebenso die Satzungen *Hochheim* (§ 27 Abs. 3 S. 2) bzw. *Hänigsen*, *Uetze*, *Nörten*, *Gandersheim*, *Luthe* und *Rheingrafenstein* (je § 27 Abs. 7).

742 L/W/Schaffland, § 27 Rn. 4; P/F/B/Fandrich, § 27 Rn. 3; *Bauer*, S. 84; *Ferneding*, S. 30; *Fritz*, S. 100 f.; *Großfeld/Stermann*, FS Boettcher, S. 233, 235 f.; wohl auch *Beuthien/Beuthien*, § 27 Rn. 3 f. und *Beuthien*, ZfgG 1975, 180, 183 ff., der die beiden Begriffe teilweise anscheinend synonym verwendet.

terschied zwischen Geschäftsführung und Leitung jedoch nicht deutlich.⁷⁴³ Dass das GenG auch die Geschäftsführung als Aufgabe des Vorstandes vorsieht, ergibt sich aus den §§ 34 Abs. 1, 38 Abs. 1, 53 Abs. 1 GenG.⁷⁴⁴ Die Problematik der Begriffsabgrenzung zwischen Leitung und Geschäftsführung ist aber kein alleiniges Problem der eG, weshalb es sich anbietet, die im Aktienrecht mit Blick auf die Wirtschaftswissenschaft getroffenen Überlegungen auf die eG zu übertragen.⁷⁴⁵ Unter Leitung sind deshalb in Anlehnung an das aktienrechtliche Verständnis die Funktionen der Unternehmensplanung, -koordination und -kontrolle sowie die Besetzung der Führungsstellen zu verstehen.⁷⁴⁶ Dagegen umfasst die Geschäftsführung jede tatsächliche oder rechtsgeschäftliche Maßnahme für die Gesellschaft sowohl im Innen-, als auch im Außenverhältnis.⁷⁴⁷ Die Leitung ist somit ein besonderer Teilbereich der Geschäftsführung.⁷⁴⁸ Eine klare Abgrenzung der Begriffe ist nicht möglich, weshalb es im Einzelfall zu Zuordnungsproblemen kommen kann.⁷⁴⁹

(b) Regelungsmöglichkeiten zur Leitung

Die Leitung der eG obliegt dem Vorstand als Gesamtorgan.⁷⁵⁰ Sie erfolgt gem. § 27 Abs. 1 S. 1 GenG eigenverantwortlich, d. h. weisungsfrei.⁷⁵¹ Der Vorstand hat dabei, d. h. bei der eigenverantwortlichen Leitung, gem. § 27 Abs. 1 S. 2 GenG die Beschränkungen zu beachten, die in der Satzung festgelegt sind. Daraus folgt, dass die Leitungsbefugnis weder ganz noch teilweise an andere Orga-

743 BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 8; einen unklaren Abgrenzungsversuch nimmt ebenfalls Henssler/Strohn/Geibel, § 27 GenG Rn. 2 vor.

744 Beuthien/Beuthien, § 24 Rn. 2; BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 6.

745 Einen Überblick über die wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnisse gibt Arens, S. 89 f. m. w. N.

746 BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 6; ebenfalls dafür, den Leitungsbegriff wie im Aktienrecht zu bestimmen Beuthien/Gätsch, ZHR 157 (1993), 483, 511; zum Leitungsbegriff der AG Arens, S. 92 m. w. N.

747 Beuthien/Beuthien, § 24 Rn. 2, § 27 Rn. 4; BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 6; nur auf das Innenverhältnis abstellend P/F/B/Fandrich, § 27 Rn. 3; Holzberger, S. 4; zur AG Bürgers/Körber/Bürgers/Israel, § 77 Rn. 2; Hüffer/Koch, § 77 Rn. 3; Arens, S. 86.

748 BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 8; Holzberger, S. 4 spricht vom Schwerpunkt der Geschäftsführung; zur AG Arens, S. 88 m. w. N.; a. A. Geschwandtner/Helios, S. 106.

749 BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 8; zur AG Hüffer/Koch, § 76 Rn. 9; Arens, S. 98.

750 Mentz, FS Schaffland, S. 195, 198.

751 Beuthien/Beuthien, § 27 Rn. 7; BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 9; Beuthien, ZfgG 1975, 180, 184 ff.; Mentz, FS Schaffland, S. 195, 198.

ne übertragen oder ihnen ein Weisungsrecht eingeräumt werden kann.⁷⁵² Leitungsaufgaben dürfen auch nicht auf einzelne Vorstandsmitglieder, nachgeordnete Führungsebenen oder Dritte delegiert werden.⁷⁵³ Bei der Eigenverantwortlichkeit der Leitung kann die Satzung Beschränkungen vorsehen, die aber nicht soweit gehen dürfen, dass von der eigenverantwortlichen Leitungskompetenz des Vorstands nichts mehr zurückbleibt.⁷⁵⁴ Das Initiativrecht in Bezug auf Leitungsmaßnahmen kann auch nicht auf andere Organe übertragen werden.⁷⁵⁵ Dagegen darf die Satzung bestimmte Leitungsmaßnahmen von der Zustimmung des Aufsichtsrates oder eines anderen Organs abhängig machen.⁷⁵⁶

(c) Regelungsmöglichkeiten zur Geschäftsführung

Zur Geschäftsführung sieht das Gesetz keine Regelung wie in § 77 AktG vor, sondern führt nur auf, dass diese dem Vorstand obliegt (§§ 34 Abs. 1, 38 Abs. 1). Zusammen mit § 18 S. 2 GenG ergibt sich, dass eine Satzungsklausel, welche die Geschäftsführungsbefugnis insgesamt einem anderen Organ zuweist, unwirksam ist. Da sonstige Regelungen zur Geschäftsführung fehlen, können einzelne Geschäftsführungsmaßnahmen, die nicht gleichzeitig Leitungsmaßnahmen sind, im Umkehrschluss aber anderen Organen übertragen werden.⁷⁵⁷ § 27 Abs. 2 S. 2 2. Alt. GenG steht dem nicht entgegen.⁷⁵⁸ Daraus folgt des Weiteren, dass die Satzung auch für einzelne Geschäfte die Zustimmung der Generalversammlung, des Aufsichtsrates oder eines anderen Organs vorsehen kann.⁷⁵⁹ Eine Klausel, die „alle Geschäfte von besonderer Bedeutung“ von der

752 Beuthien/Beuthien, § 27 Rn. 9; P/F/B/Fandrich, § 27 Rn. 7; BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 11; Mentz, FS Schaffland, S. 195, 198 f.; a. A. Ferneding, S. 31 ff.

753 L/W/Schaffland, § 27 Rn. 11; BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 8; zur AG Hüffer/Koch, § 76 Rn. 8.

754 Beuthien/Beuthien, § 27 Rn. 9; P/F/B/Fandrich, § 27 Rn. 1, 7; BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 11; Beuthien, ZfgG 1975, 180, 184; a. A. Großfeld/Apel, S. 185, 196, 198 f.

755 Vg. BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 9; auch sind keine Einzelanweisungen möglich, Fritz, S. 110 ff.

756 Beuthien, ZfgG 1975, 180, 194 f.; Fritz, S. 112 f.; nur zum Aufsichtsrat BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 9, 11, 81.

757 Im Ergebnis ebenso Beuthien/Gätsch, ZHR 157 (1993), 483, 510 f.

758 Vgl. Beuthien/Gätsch, ZHR 157 (1993), 483, 511.

759 Argumentum a maiore ad minus (Erst-recht-Schluss), vgl. dazu die Nachweise in Fn. 632.

Zustimmung eines Organs abhängig macht, ist aber nicht konkret genug.⁷⁶⁰ Die Satzung kann den Vorstand gem. § 18 S. 2 GenG wegen zwingender Letztzuständigkeit der Generalversammlung nicht zu Grundlagengeschäften ermächtigen.⁷⁶¹

Die Vorstandsmitglieder sind wie bei § 77 Abs. 1 S. 1 AktG gesamtgeschäftsführungsbefugt, sofern die Satzung oder die Geschäftsordnung für den Vorstand nichts anderes vorsehen.⁷⁶² Meist wird von der Gesamtgeschäftsführung in der Art abgewichen, dass einzelnen Vorstandsmitgliedern bestimmte Geschäftsbereiche zur internen Einzelgeschäftsführung im Wege der Geschäftsverteilung eigenverantwortlich übertragen werden (sog. Ressortverteilung).⁷⁶³ Die Gesamtzuständigkeit des Gesamtvorstandes bleibt davon unberührt.⁷⁶⁴ Neben dem Aspekt der Aufgabenverteilung hat die Geschäftsverteilung auch haftungsrechtlich Vorteile. Zwar trägt das Vorstandsmitglied neben der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit für sein Ressort auch die haftungsrechtliche Verantwortung für das gesamte Vorstandshandeln.⁷⁶⁵ Die nichtressortverantwortlichen Vorstandsmitglieder trifft aber nur eine Kontroll- und Überwachungspflicht ggü. den einzelnen ressortverantwortlichen Vorstandsmitgliedern, für deren Verletzung sie haften.⁷⁶⁶ Eine Pflicht zum Eingreifen besteht nur bei Anhaltspunkten, dass das ressortverantwortliche Vorstandsmitglied seine Pflichten nicht erfüllt.⁷⁶⁷ Die Aufteilung der Ressorts erfolgt gängiger Weise nach zentralen un-

760 L/W/Schaffland, § 27 Rn. 12; P/F/B/Fandrich, § 27 Rn. 7; Beuthien, ZfgG 1975, 180, 196; Holzberger, S. 62.

761 Beuthien/Beuthien, § 24 Rn. 2; BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 13.

762 Beuthien/Beuthien, § 25 Rn. 2; BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 13; Holzberger, S. 7 f., 12; Weber, S. 155; für einzelne Geschäfte ist aber zwingend die Zuständigkeit des Vorstands als Gesamtorgan vorgesehen, z. B. § 157 GenG, vgl. Großfeld/Stermann, FS Boettcher, S. 233, 237, 239 f.; auch Geschäfte über existenzielle Belange der eG bedürfen der gemeinsamen Willensbildung im Vorstand, Bauer, S. 85.

763 Beuthien/Beuthien, § 25 Rn. 2; P/F/B/Fandrich, § 27 Rn. 9; BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 32; Bauer, S. 85.

764 Beuthien/Beuthien, § 25 Rn. 2; BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 32; Bauer, S. 85; Fritz, S. 105; Großfeld/Stermann, FS Boettcher, S. 233, 237; Holzberger, S. 27; zur GmbH BGHZ 133, 370, 378.

765 BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 65.

766 Beuthien/Beuthien, § 34 Rn. 16; L/W/Schaffland, § 34 Rn. 39 f.; BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 32, 65; Bauer, S. 85; Holzberger, S. 27 f.

767 Beuthien/Beuthien, § 34 Rn. 16; L/W/Schaffland, § 34 Rn. 40; P/F/B/Fandrich, § 34 Rn. 10; BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 65; Großfeld/Stermann, FS Boettcher, S. 233, 242; Holzberger, S. 28; zur GmbH BGHZ 133, 370, 377 f.

ternehmerischen Bereichen wie Einkauf und Vertrieb, Finanzen und Planung, Recht und Personal.⁷⁶⁸ Bei Bädern kommt auch das Ressort „Badebetrieb“ in Betracht.

Da es sich bei der Geschäftsverteilung um einen eigenverantwortlichen Selbstorganisationsakt des Gesamtvorstandes handelt, kann diese nicht durch die Satzung vorgenommen werden.⁷⁶⁹ Eine solche Satzungsklausel würde den Vorstand in eine bestimmte Weise der Geschäftsführung hineindrängen und damit seine Eigenverantwortlichkeit über Gebühr einschränken.⁷⁷⁰ Die Regelung der Geschäftsverteilung erfolgt regelmäßig in einer durch den Vorstand einstimmig zu beschließenden Geschäftsordnung.⁷⁷¹ Die Satzung kann vorsehen, dass bei der Erstellung der Geschäftsordnung der Aufsichtsrat oder die Generalversammlung mit eingebunden wird.⁷⁷²

(d) Regelungsvorschlag

Einzelne Leitungs- und Geschäftsführungsmaßnahmen von besonderer Bedeutung können von der Zustimmung der Generalversammlung oder des Aufsichtsrates abhängig gemacht werden. Derartige Leitungs- oder Geschäftsführungsmaßnahmen sind bspw. die Aufnahme oder Aufgabe eines Geschäftsbereiches im Rahmen des Unternehmensgegenstands, der Erwerb, die Belastung oder die Veräußerung von Grundstücken sowie die Begründung von Verpflichtungen, die eine gewisse Summe übersteigen.⁷⁷³ Ob die Zustimmung des Aufsichtsrates oder

768 BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 32.

769 Beuthien/Beuthien, § 25 Rn. 2; wohl auch Holzberger, S. 49 f., der die Mitwirkung der Mitglieder bei der Ressortverteilung in der Regel für „nicht erforderlich“ und „auch un-zweckmäßig“ hält; a. A. Großfeld/Stermann, FS Boettcher, S. 233, 243.

770 Beuthien/Beuthien, § 25 Rn. 2.

771 Henssler/Strohn/Geibel, § 27 GenG Rn. 4; L/W/Schaffland, § 27 Rn. 14; P/F/B/Fandrigh, § 27 Rn. 8; BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 33; Bauer, S. 84 f.; Fritz, S. 107; allerdings sehen Beuthien/Beuthien, § 27 Rn. 17; Beuthien, ZfgG 1975, 180, 190; Großfeld/Apel, S. 185, 206 und Holzberger, S. 40 ff. die Zuständigkeit grds. bei der Generalversammlung.

772 Strittig, wie weit Einbindung gehen darf: Statut könne den Aufsichtsrat dazu befugen, dem Vorstand eine Geschäftsordnung zu geben Beuthien, ZfgG 1975, 180, 191; Holzberger, S. 46; für die Möglichkeit des Zustimmungserfordernisses Beuthien/Beuthien, § 27 Rn. 17; L/W/Schaffland, § 27 Rn. 17; mit Einvernehmen des Aufsichtsrates Bauer, S. 85; nur unverbindliche Anhörung des Aufsichtsrates zulässig: P/F/B/Fandrigh, § 27 Rn. 8.

773 Vgl. beispielhaft § 22 Abs. 1 der Satzung Hänigsen.

Generalversammlung verlangt wird, sollte sich daran orientieren, ob die Maßnahme einer der in die Zuständigkeit der Generalversammlung fallenden Grundlagenbeschlüsse gleich- oder nahekommt. Daneben muss auch das für die Maßnahme erforderliche Wissen und der Aufwand berücksichtigt werden. Würde bspw. jeder Geschäftsabschluss, der über 10.000 € liegt, von der Generalversammlung bestätigt werden müssen, führt dies ggf. zu einem hohen Aufwand. Daneben scheint fraglich, ob die Mitglieder derart stark in die Leitung und Geschäftsführung mit einbezogen werden wollen.

Außerdem ist es ratsam, den Vorstand in der Satzung zur Aufstellung einer Geschäftsordnung zu verpflichten.⁷⁷⁴ Damit werden die Vorstandsmitglieder direkt zu Beginn ihrer Vorstandstätigkeit angehalten, sich mit der inneren Organisation des Vorstandes auseinanderzusetzen. Der Aufsichtsrat als Kontrollorgan des Vorstandes sollte dabei einbezogen werden. Dieser kann die Geschäftsordnung meist besser beurteilen als die Generalversammlung. Um die Eigenverantwortlichkeit des Vorstandes aber nicht über Gebühr einzuschränken, ist die Anhörung des Aufsichtsrates zur Geschäftsordnung ausreichend.⁷⁷⁵ Würde die Aufstellung der Geschäftsordnung dagegen von der Zustimmung des Aufsichtsrates abhängig gemacht, könnte dieser durch die Verweigerung der Zustimmung indirekt Einfluss auf die Geschäftsverteilung nehmen. Mit Blick auf das Haftungsrisiko der Vorstandsmitglieder ist das allerdings unangebracht.

Die Geschäftsverteilung in der Geschäftsordnung des Vorstandes ist sinnvoll und somit zu raten. Die konkrete Aufteilung muss sich an den Fähigkeiten und Interessen der einzelnen Vorstandsmitglieder ausrichten und ist für jeden Vorstand eine Einzelfallentscheidung.

(2) Vertretung

Der Vorstand vertritt die eG gem. § 24 Abs. 1 S. 1 GenG gerichtlich und außergerichtlich. Dabei sind die Mitglieder des Vorstandes gem. § 25 Abs. 1 S. 1 GenG gemeinschaftlich zur Vertretung befugt. Die Satzung kann abweichende Regelungen enthalten (§ 25 Abs. 1 S. 2 GenG). Einzelne Vorstandsmitglieder

774 So auch in den Satzungen *Hänigsen*, *Uetze* und *Luthe* (je § 16 Abs. 3 lit. b) sowie *Nörten*, *Gandersheim* und *Rheingrafenstein* (je § 16 Abs. 2 lit. b).

775 So auch in den Satzungen *Hänigsen*, *Uetze* und *Luthe* (je § 16 Abs. 3 lit. b) sowie *Nörten*, *Gandersheim* und *Rheingrafenstein* (je § 16 Abs. 2 lit. b).

dürfen aber nicht gänzlich von der Vertretungsmacht ausgeschlossen werden.⁷⁷⁶ Bei der Abgabe von Willenserklärungen ggü. der eG ist deren Abgabe ggü. einem Vorstandsmitglied gem. § 25 Abs. 1 S. 3 GenG ausreichend.

Die gemeinschaftliche Vertretung der Vorstandsmitglieder ist bei einer größeren Anzahl von Vorstandsmitgliedern unpraktikabel.⁷⁷⁷ Wird die Einzelvertretungsbefugnis der Vorstandsmitglieder vereinbart, hat dies aber zur Folge, dass eine gegenseitige Kontrolle fehlt.⁷⁷⁸ Einen sinnvollen Mittelweg stellt das Vier-Augen-Prinzip dar. Dies kann durch eine Satzungsklausel erreicht werden, nach der zwei Vorstandsmitglieder nur gemeinsam die Einrichtungs-eG aktiv vertreten können.⁷⁷⁹ Außerdem kann bei Ressortverteilung ebenfalls in der Geschäftsordnung intern vorgesehen werden, dass der Ressortvertreter mitwirken muss.⁷⁸⁰ Daneben kann erwogen werden, einzelnen Vorstandsmitgliedern dennoch Einzelvertretungsbefugnis zu übertragen.⁷⁸¹ Das kann aber zu Konflikten im Vorstand führen. Die Vereinbarung einer gemischten Gesamtvertretung eines Vorstandsmitglieds mit einem Prokuristen gem. § 25 Abs. 2 S. 1 GenG wird meist mangels Prokuristen nicht in Betracht kommen. Es ist damit die Gesamtvertretung durch zwei Vorstandsmitglieder zu empfehlen.⁷⁸²

Die Vorstandsmitglieder unterliegen den Beschränkungen des § 181 BGB.⁷⁸³ Die Befreiung vom Verbot der Mehrvertretung in § 181 Alt. 2 BGB durch die Satzung oder die Übertragung der Befreiung auf den Aufsichtsrat ist möglich.⁷⁸⁴ Ob vom Verbot des Selbstkontrahierens gem. § 181 Alt. 1 BGB befreit werden

776 Beuthien/Beuthien, § 25 Rn. 5; L/W/Schaffland, § 25 Rn. 5; P/F/B/Fandrich, § 25 Rn. 5; BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 19; Holzberger, S. 177.

777 Beuthien/Beuthien, § 25 Rn. 3; L/W/Schaffland, § 25 Rn. 3; vgl. auch Bauer, S. 86; Holzberger, S. 179.

778 Bauer, S. 86.

779 Praktisch der Regelfall L/W/Schaffland, § 25 Rn. 5; allg. ebenso Grossfeld/Apel, S. 185, 193; so auch in allen betrachteten Satzungen (Hochheim, Hänigsen, Uetze, Nörten und Luthje je § 15 sowie Mücke, Gandersheim und Rheingrafenstein je § 15 Abs. 1).

780 Beuthien/Beuthien, § 25 Rn. 5; Grossfeld/Apel, S. 185, 193; vgl. zur Ressortverteilung beim Vorstand 4. Teil, B. III. 2. a) aa) (1) (c) und 4. Teil, B. III. 2. a) bb).

781 Beuthien/Beuthien, § 25 Rn. 5; P/F/B/Fandrich, § 25 Rn. 5.

782 So alle betrachteten Satzungen in § 15.

783 BGHZ 33, 189, 190; BGHZ 56, 97, 101; Beuthien/Beuthien, § 24 Rn. 4; L/W/Schaffland, § 25 Rn. 20; BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 18.

784 L/W/Schaffland, § 25 Rn. 20; BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 18; Kock-Schwarz, FS Schaffland, S. 189, 190; die Befreiung durch die Generalversammlung, die ebenfalls zulässig ist (L/W/Schaffland, § 25 Rn. 20), dürfte dagegen kaum praktikabel sein.

kann, ist wegen § 39 Abs. 1 GenG strittig.⁷⁸⁵ Selbst wenn § 39 Abs. 1 GenG nur die mit dem Vorstandsamt zusammenhängenden Rechtsgeschäfte umfasst,⁷⁸⁶ darf bezweifelt werden, ob die Befreiung von den Verboten des § 181 BGB bei der Einrichtungs-eG notwendig ist. Da der Vorstand in nahezu allen Fällen aus mehr als zwei Personen bestehen wird, können die in § 181 BGB genannten Konstellationen dadurch gelöst werden, dass ein anderes Vorstandsmitglied die Einrichtungs-eG in diesem Falle vertritt. Dies hat auch den Vorteil, dass unabhängig vom beteiligten Vorstandsmitglied das Vier-Augen-Prinzip gewahrt wird. Die Befreiung von den Verboten des § 181 BGB ist somit nicht notwendig.⁷⁸⁷

bb) Innere Ordnung

Das GenG enthält keine Regelungen zur inneren Ordnung des Vorstandes wie zu Sitzungen und zur Beschlussfassung.⁷⁸⁸ Dazu kann die Satzung oder die Geschäftsordnung Bestimmungen vorsehen.

Für die Regelung der inneren Ordnung des Vorstandes in der Satzung sprechen die Beteiligung der Generalversammlung sowie die Kontinuität der Norm, da es zu deren Änderung eines Satzungsänderungsbeschlusses der Generalversammlung mit erforderlicher Mehrheit bedarf. Diese beiden Argumente können aber gleichzeitig für die Regelung in einer Geschäftsordnung angeführt werden. Der Vorstand führt die Geschäfte der eG. Dazu gehört es, dass er sich organisiert. Die Generalversammlung hat aber nicht genügend Einblick in die Vorstandsarbeit, um solche Regelungen treffen zu können. Daneben würde es die Eigenverantwortlichkeit des Vorstandes deutlich einschränken. Außerdem kann sich die Zusammensetzung des Vorstandes ändern. Klauseln, die bei dem vorherigen Vorstand angemessen waren, können bei einer (teilweisen) Neubesetzung des Vorstandes ungeeignet sein. Sind diese dann in der Satzung enthalten, ist ein Satzungsänderungsbeschluss mit der erforderlichen Mehrheit durch die Generalver-

785 Dafür *Kock-Schwarz*, FS Schaffland, S. 189, 190, 193; dagegen BeckHdb.Gen/*Gätsch*, § 5 Rn. 18.

786 *Kock-Schwarz*, FS Schaffland, S. 189, 191.

787 Anders nur *Mücke* in § 15 Abs. 1 S. 1 der Satzung, der den Aufsichtsrat befugt, einzelne oder alle Vorstandsmitglieder vom Verbot des § 181 Abs. 2 BGB zu befreien.

788 Ebenso BeckHdb.Gen/*Gätsch*, § 5 Rn. 29; vgl. zur Geschäftsaufteilung bereits die Ausführungen oben im 4. Teil, B. III. 2. a) aa) (1) (c) und im 4. Teil, B. III. 2. a) bb).

sammlung zu fassen. Dies kann über Gebühr Aufwand verursachen. Insgesamt ist damit ein Mittelweg sinnvoll, indem die Rahmenbedingungen, die für sämtliche Vorstände gelten sollen, in der Satzung geregelt werden und sich die Vorstandsmitglieder für die übrigen Fragen eine Geschäftsordnung geben. Einzelne Punkte werden kurz eingeordnet.

Ob der Vorstand einen Vorsitzenden, einen stellvertretenden Vorsitzenden oder einen Sprecher wählen muss, ist ein Aspekt der internen Abstimmung der jeweils amtierenden Vorstandsmitglieder und deshalb in der Geschäftsordnung zu regeln.⁷⁸⁹ Beim Intervall der Vorstandssitzungen kann die Satzung eine grobe Vorgabe machen.⁷⁹⁰ Es ist sinnvoll, den Intervallabstand im Zweifel größer zu legen, da weitere Sitzungen nach Bedarf möglich sind. Zu detaillierte Regelungen schränken den Vorstand ein.

Möchte die Einrichtungs-eG einzelnen Personen wie einem Vorstand des Fördervereins der Einrichtung ein Teilnahmerecht an den Vorstandssitzungen gewähren, muss dies in die Satzung aufgenommen werden.⁷⁹¹

Verfahrensvorschriften, z. B. über die Einberufung und Leitung der Vorstandssitzungen sowie über andere Formen der Beschlussfassung wie Telekommunikationsmittel oder Umlaufverfahren, sind Fragen der internen Organisation des Vorstandes und damit in der Geschäftsordnung zu regeln.⁷⁹²

789 Anders *Mücke* (§ 18 Abs. 1 S. 2) sowie *Hänigsen, Uetze und Luthe* (§ 16 Abs. 1); auch *Bauer*, S. 83 f. geht von entsprechender Regelung in der Satzung aus; allerdings setzen auch *Hochheim, Nörten* und *Gandersheim* (§ 19 Abs. 1 S. 3) einen Vorstandsvorsitzenden voraus; bei *Rheingrafenstein* (§ 18 Abs. 2 S. 2) kann der Aufsichtsrat einen Vorsitzenden und stellv. Vorsitzenden ernennen.

790 In den Satzungen meist nach Bedarf, in der Regel vierteljährlich (*Hänigsen, Uetze, Nörten* und *Luthe*, § 19 Abs. 1 S. 2), nach Bedarf, in der Regel monatlich (*Gandersheim*, § 19 Abs. 1 S. 2) bzw. nur bei Bedarf, wenn Mitglied es verlangt (*Hochheim*, § 19 Abs. 1 S. 2).

791 So § 19 Abs. 1 S. 5 *Uetze*.

792 *Beuthien/Beuthien*, § 27 Rn. 17; *Henssler/Strohn/Geibel*, § 27 GenG Rn. 4; *P/F/B/Fandrich*, § 27 Rn. 8, 12; *BeckHdb.Gen/Gätsch*, § 5 Rn. 33.

Die Beschlussfähigkeit des Vorstandes sowie die Beschlussmehrheit im Vorstand sind Rahmenbedingungen der Vorstandsarbeit und damit ist deren Regelung in der Satzung sinnvoll.⁷⁹³

Auch die Frage, wie bei einem Interessenkonflikt eines Vorstandsmitglieds zu verfahren ist, sollte allgemein in der Satzung geregelt werden. Eine § 43 Abs. 6 GenG entsprechende Regelung enthält das GenG für den Vorstand nicht.⁷⁹⁴ Gerade bei der Vorstandsarbeit ist es aber wichtig, dass die Willensbildung im Vorstand frei von sachfremden Interessen erfolgt. Deshalb ist eine Regelung anzuraten, wie bei Beratungen über Angelegenheiten, die die Interessen eines Vorstandsmitgliedes, seiner nahen Angehörigen oder einer von ihm vertretenen Person berühren, zu verfahren ist.⁷⁹⁵

Eine Protokollierung der Beschlüsse und Beschlussergebnisse ist grds. nicht erforderlich.⁷⁹⁶ Zu Beweis Zwecken ist es aber sinnvoll, unabhängig von der konkreten Besetzung des Vorstandes eine Regelung in der Satzung aufzunehmen, nach der die Beschlüsse zu protokollieren sind. Für die Einheitlichkeit der Protokollierung können zudem in der Satzung generelle Anforderungen hieran aufgenommen werden.⁷⁹⁷

b) Aufsichtsrat

Die wesentlichen Aufgaben des Aufsichtsrates ergeben sich aus dem Gesetz und müssen deshalb in der Satzung nicht wiederholt werden. Dies sind u. a. die

793 Die Regelung ist aber auch in der Geschäftsordnung möglich *Beuthien/Beuthien*, § 25 Rn. 17; *L/W/Schaffland*, § 27 Rn. 28 f.; *P/F/B/Fandrich*, § 27 Rn. 13; *BeckHdb.Gen/Gätsch*, § 5 Rn. 31; *Holzberger*, S. 48 verlangt aber bei Geschäftsordnungen, die Mehrheitsbeschlüsse im Vorstand zulassen, zwingend deren Verabschiedung durch die Generalversammlung.

794 *P/F/B/Fandrich*, § 27 Rn. 13 befürwortet dessen analoge Anwendung auf Vorstandsmitglieder; *Henssler/Strohn/Geibel*, § 27 GenG Rn. 4 hält dagegen § 34 BGB für entsprechend anwendbar; *Holzberger*, S. 10 hält Rechtsgedanken des § 43 Abs. 6 GenG für übertragbar.

795 So in allen betrachteten Satzungen außer *Hochheim* (*Mücke* und *Rheingrafenstein* je § 19 Abs. 3 sowie *Hänigsen*, *Uetze*, *Nörten*, *Gandersheim* und *Luthe* in jeweils § 19 Abs. 4), die vorsehen, dass das betreffende Vorstandsmitglied zwar nicht an der Abstimmung und Beratung teilnehmen darf, aber vor der Beschlussfassung zu hören ist.

796 *BeckHdb.Gen/Gätsch*, § 5 Rn. 29.

797 Ebenso allen betrachteten Satzungen in § 19 Abs. 3 (*Hochheim*, *Hänigsen*, *Uetze*, *Nörten*, *Gandersheim* und *Luthe*) bzw. § 19 Abs. 2 (*Mücke* und *Rheingrafenstein*).

Überwachung der Geschäftsführung des Vorstandes (§ 38 Abs. 1 GenG) und die Vertretung der eG ggü. den Vorstandsmitgliedern (§ 39 Abs. 1 S. 1 GenG). Die Satzung kann darüber hinaus gem. § 38 Abs. 3 GenG weitere Aufgaben des Aufsichtsrates bestimmen. Zum einen kann dem Aufsichtsrat die Bestellungs- und Abberufungskompetenz für den Vorstand übertragen werden. Hier wird aber nur die Mitwirkung des Aufsichtsrates im Verfahren bei Bestellungskompetenz der Generalversammlung befürwortet.⁷⁹⁸ Daneben kann die Satzung auch Aufgaben im Rahmen der Geschäftsführung wie Zustimmungsbefugnisse des Aufsichtsrates festlegen.⁷⁹⁹

Auch beim Aufsichtsrat ist es sinnvoll, in der Satzung den Rahmen für die innere Organisation vorzugeben und die konkrete Ausgestaltung dem Aufsichtsrat selbst durch eine Geschäftsordnung zu überlassen.⁸⁰⁰ Zu den Sitzungsintervallen, den Teilnahmerechten in den Sitzungen (z. B. Vorstandsmitglieder), den Verfahrensvorschriften und der Protokollierung⁸⁰¹ kann auf die entsprechenden Ausführungen zum Vorstand verwiesen werden.⁸⁰² Zur Beschlussfähigkeit muss die Satzung gem. § 36 Abs. 1 S. 2 GenG eine Regelung enthalten.

Ob der Aufsichtsrat einen Vorsitzenden hat ist wie beim Vorstand grds. eine Frage der internen Abstimmung. Da sich aber die Satzung bei der Bestellung der Vorstandsmitglieder auf einen Aufsichtsratsvorsitzenden bezieht⁸⁰³ und auch das Gesetz von der Existenz eines Aufsichtsratsvorsitzenden ausgeht (§ 57 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 GenG),⁸⁰⁴ sollte diese Regelung in der Satzung und nicht in der Geschäftsordnung getroffen werden.

Der Aufsichtsrat kann einzelne Aufsichtsratsmitglieder mit der Wahrnehmung von Aufgaben zur Vorbereitung oder Durchführung beauftragen, was ihn aber nicht von seiner Gesamtverantwortung entbindet.⁸⁰⁵ Einzelne Entscheidungen können nicht auf einzelne Aufsichtsratsmitglieder übertragen werden.⁸⁰⁶ Dane-

798 Vgl. dazu die Ausführungen im 4. Teil, B. III. 1. a) aa).

799 Vgl. dazu die Ausführungen im 4. Teil, B. III. 2. a) aa) (1) (c).

800 Vgl. dazu oben zum Vorstand 4. Teil, B. III. 2. a) bb).

801 Dazu BeckHdb.Gen/*Gätsch*, § 5 Rn. 99.

802 4. Teil., B. III. 2. a) bb).

803 Vgl. dazu oben 4. Teil, B. III. 1. a) aa).

804 *Frankenberger/Gschrey/Bauer*, S. 25; *Weber*, S. 189.

805 *Beuthien/Beuthien*, § 38 Rn. 7; *L/W/Schaffland*, § 38 Rn. 39.

806 *L/W/Schaffland*, § 38 Rn. 39.

ben kann der Aufsichtsrat Ausschüsse bilden.⁸⁰⁷ Die Satzung darf dies weder vorschreiben noch verbieten.⁸⁰⁸ Die Satzung sollte aber die Rahmenbedingungen wie die Anzahl der Ausschussmitglieder festlegen.⁸⁰⁹ Daneben muss sie gem. § 36 Abs. 1 S. 2 GenG auch die Beschlussfähigkeit für beschließende Ausschüsse regeln.⁸¹⁰

c) Generalversammlung

aa) Zuständigkeit

(1) Allgemeine Beschlüsse

In der Generalversammlung üben die Mitglieder ihre Rechte in den Angelegenheiten der eG aus, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (§ 43 Abs. 1 GenG). Die Generalversammlung beschließt gem. § 43 Abs. 2 S. 1 GenG mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen, soweit nicht Gesetz oder Satzung (§ 8 Abs. 1 Nr. 4 GenG) eine größere Mehrheit oder weitere Erfordernisse vorsehen. Für bestimmte wichtige Beschlüsse kann es sinnvoll sein, die Mehrheiten zu erhöhen wie bspw. beim Ausschluss von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern. Um die Einrichtungs-eG aber nicht zu starr zu gestalten, sollten nur bei wichtigen Beschlüssen die Mehrheit erhöht oder weitere Erfordernisse bestimmt werden. Im Übrigen ist die einfache Mehrheit meist ausreichend.⁸¹¹

(2) Besondere Angelegenheiten

(a) Satzungsänderungen

Die Generalversammlung ist gem. § 16 Abs. 1 Alt. 1 GenG für Änderungen der Satzung zuständig. Ohne Satzungsregelung bedürfen Satzungsänderungen mit Ausnahme des § 16 Abs. 3 S. 1 GenG der Mehrheit von drei Viertel der abgege-

807 Vgl. dazu ausführlich L/W/Schaffland, § 38 Rn. 41 ff.

808 Beuthien/Beuthien, § 38 Rn. 3; L/W/Schaffland, § 38 Rn. 42.

809 Dazu L/W/Schaffland, § 38 Rn. 48.

810 L/W/Schaffland, § 38 Rn. 49.

811 Vgl. dazu die Mehrheitsregelungen in den betrachteten Satzungen (*Mücke* und *Rheingrafenstein* je § 31 sowie *Hochheim*, *Hänigsen*, *Uetze*, *Nörten*, *Gandersheim* und *Luthe* je § 30); eine Übersicht über die Zuständigkeit der Generalversammlung gibt Beck-Hdb.Gen/Gäsch, § 5 Rn. 135.

benen Stimmen (§ 16 Abs. 2, Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 GenG).⁸¹² Es können in der Satzung jeweils größere Mehrheiten und sonstige Erfordernisse vorgesehen werden (§ 16 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 3, Abs. 4 GenG). Für sonstige Satzungsänderungen gem. § 16 Abs. 4 GenG sind auch „andere Erfordernisse“, d. h. eine geringere Mehrheit mit der einfachen Mehrheit als Untergrenze möglich.⁸¹³ Bei einzelnen sonstigen Änderungen kann eine geringere Mehrheit zweckmäßig sein. Dabei besteht aber die Gefahr, dass die neue Satzung von vielen Mitgliedern nicht getragen wird. Ist dagegen das Mehrheitserfordernis zu hoch, kann dies zu einer Unabänderbarkeit der Satzung führen.⁸¹⁴ Die Einrichtungs-eG wird damit unbeweglich und kann sich künftigen Entwicklungen nicht anpassen. Deshalb ist die Dreiviertelmehrheit für Satzungsänderungen in der Regel ein guter Kompromiss.⁸¹⁵

Anders liegt der Fall, wenn die Satzung für Beschlüsse größere Mehrheiten oder weitere Erfordernisse vorsieht. Dann besteht die Gefahr, dass Beschlussmehrheiten oder weitere Erfordernisse durch vorherige Satzungsänderungen „umgangen“ werden. Deshalb ist dann eine Klausel aufzunehmen, nach der die Änderung der Satzungsklausel derselben Mehrheit oder denselben Erfordernissen wie zur Beschlussfassung danach bedarf.⁸¹⁶

Bei der steuerlich gemeinnützigen Einrichtungs-eG können Satzungsänderungen Auswirkungen auf die steuerliche Anerkennung haben. Verfolgen Satzung und Geschäftsführung nicht während eines gesamten Veranlagungszeitraums die satzungsmäßigen Zwecke, entfällt die Steuerbegünstigung.⁸¹⁷ Bei nachträglichen Änderungen von Bestimmungen über die Vermögensbindung, sodass sie den Anforderungen des § 55 Abs. 1 Nr. 4 AO nicht mehr entsprechen, gelten diese gem. § 61 Abs. 3 S. 1 AO als steuerlich nicht ausreichend. Steuerbescheide kön-

812 Ebenso L/W/Schulte, § 16 Rn. 28; BeckHdb.Gen/Strieder, § 6 Rn. 198.

813 Beuthien/Beuthien, § 16 Rn. 27; L/W/Schulte, § 16 Rn. 28; Müller, § 16 Rn. 8; P/F/B/Fandrich, § 16 Rn. 22; BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 193.

814 So zur AG Bürgers/Körper/Körper, § 179 Rn. 38; Heidel/Wagner, § 179 Rn. 29.

815 Dies entspricht nach BeckHdb.Gen/Strieder, § 6 Rn. 198 den meisten eG-Satzungen; so auch in allen betrachteten Satzungen in § 31 Abs. 2 i. V. m. § 30 lit. a (Mücke), § 30 Abs. 2 lit. a (Hochheim, Hänigsen, Uetze, Nörten, Gandersheim und Luthe) sowie § 31 Abs. 2 lit. a (Rheingrafenstein).

816 Ebenso Hänigsen, Uetze, Nörten, Gandersheim und Luthe (jeweils in § 30 Abs. 6) sowie Rheingrafenstein in § 31 Abs. 5.

817 Klein/Gersch, § 59 Rn. 4.

nen gem. § 61 Abs. 3 S. 2 AO bis 10 Jahre rückwirkend ab der Änderung erlassen, aufgehoben oder geändert werden. Deshalb sollte erwogen werden, für Satzungsänderungen, welche Auswirkungen auf die steuerliche Gemeinnützigkeit haben können, höhere Hürden aufzustellen.⁸¹⁸ Dies ist insbesondere für die Satzungsänderungen im Bezug auf die Vermögensbindung anzuraten.

(b) Strukturmaßnahmen

Die Zuständigkeit der Generalversammlung für die Verschmelzung, die Spaltung und den Formwechsel der eG sowie die erforderlichen Mehrheiten ergeben sich aus § 84, § 125 S. 1 i. V. m. § 84 bzw. § 262 Abs. 1 UmwG. Die Satzung kann größere Mehrheiten und weitere Erfordernisse bestimmen. (§ 84 S. 2, § 125 S. 1 i. V. m. § 84 S. 2 bzw. § 262 Abs. 1 S. 3 UmwG). Ob die Satzung die gesetzlichen Anforderungen an die Verschmelzung, die Spaltung oder den Formwechsel der Einrichtungs-eG erhöhen soll, läuft im Wesentlichen auf die Frage hinaus, ob diese Maßnahmen durchführbar bleiben oder faktisch ausgeschlossen werden sollen. Wird bspw. für den Formwechsel neben der Mehrheit von 9/10 der gültig abgegebenen Stimmen verlangt, dass 2/3 aller Mitglieder in einer nur zu diesem Zwecke einberufenen Generalversammlung anwesend oder vertreten sein müssen, stellt das eine hohe Hürde dar, auch wenn nach Nichterreich der Mitgliederzahl jede weitere Versammlung innerhalb desselben Geschäftsjahres ohne Rücksicht auf die Zahl der erschienenen Mitglieder beschließen kann.⁸¹⁹

Neben den umwandlungsrechtlichen Strukturmaßnahmen können auch Maßnahmen der Geschäftsführung bzw. Leitung einschneidend sein und einen starken Einfluss auf die Struktur einer eG haben.⁸²⁰ Diese obliegen aber der Zuständigkeit des Vorstandes und nicht der Generalversammlung.⁸²¹ Für die AG hat der BGH in der Holz Müller-Entscheidung⁸²² und den Gelatine-

818 Ähnlicher Gedanke bei *Klein*, S. 126, 136, ob bei einem Stiftungsverein den Mitgliedern die Verfügung über den Vereinszweck erschwert oder entzogen werden kann.

819 Eine entsprechende Regelung enthalten in § 30 Abs. 3 jeweils *Hänigsen*, *Uetze*, *Nörten*, *Gandersheim* und *Luthe*.

820 *Cario*, FS Schaffland, S. 111, 111 f.

821 *Cario*, FS Schaffland, S. 111, 111 f.

822 BGHZ 83, 122 ff. – „Holzmüller“.

Entscheidungen⁸²³ eine ungeschriebene Zuständigkeit der Hauptversammlung entwickelt. Die Frage, ob die Rechtsentwicklung bei der AG auf die eG übertragbar ist,⁸²⁴ ergibt sich nicht, wenn die Satzung diesen Sachverhalt regelt. Die Satzung kann gem. § 27 Abs. 1 S. 2 GenG bzw. § 27 Abs. 2 S. 2 2. Alt. GenG einzelne Leitungs- oder Geschäftsführungsmaßnahmen von der Zustimmung der Generalversammlung abhängig machen, soweit die Leitungsverantwortung des Vorstandes nicht ausgehöhlt wird.⁸²⁵ Bei derartigen Maßnahmen ist eine Aushöhung der Leitungs- und Geschäftsführungsbefugnis nicht zu befürchten. Im Gegenteil werden bei Maßnahmen, die den Kernbereich betreffen, bei einem Zustimmungsbedürfnis der Generalversammlung die Mitgliederinteressen ausreichend berücksichtigt.⁸²⁶ Deshalb ist es zulässig, einzelne einschneidende Maßnahmen in der Satzung konkret zu benennen und von der Zustimmung der Generalversammlung abhängig zu machen. Dabei ist wie bei Satzungsänderungen eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der abgegebenen Stimmen sachdienlich.⁸²⁷

Bei der Einrichtungs-eG werden solche Fälle zwar selten vorkommen. Dennoch ist es sinnvoll, sich nicht auf Entwicklungen in der Literatur und Rechtsprechung zu verlassen, wenn eine Satzungsregelung möglich ist.

(c) Auflösung und Fortsetzung

Die Generalversammlung beschließt außerdem über die Auflösung der eG (§ 78 Abs. 1 S. 1 GenG), die Fortsetzung der aufgelösten eG (§ 79a Abs. 1 S. 1 GenG), die Fortsetzung der aufgelösten eG durch „doppelten“ Fortsetzungsbeschluss gem. § 79a Abs. 4 GenG und die Fortsetzung der insolventen eG gem. § 117 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 GenG mit jeweils mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen. Die Satzung kann jeweils größere Mehrheiten und weitere Erfor-

823 BGHZ 159, 30 ff. – „Gelatine I“; BGH NZG 2004, 575 ff. – „Gelatine II“.

824 Dazu ausführlich *Cario*, FS Schaffland, S. 111, 116 ff.; bejahend *Beuthien/Beuthien*, § 27 Rn. 7; *L/W/Cario*, § 43 Rn. 10; *P/F/B/Fandrich*, § 43 Rn. 9; a. A. ausführlich, allerdings nur zum „Holzmüller“-Urteil *Blomeyer*, ZfG 1993, 287 ff., der diese Problematik über § 44 Abs. 2 GenG löst.

825 *Cario*, FS Schaffland, S. 111, 117; ähnlich auch *Westermann*, FS Boettcher, S. 203, 214; vgl. dazu oben 4. Teil, B. III. 2. a) aa) (1) (b).

826 *Cario*, FS Schaffland, S. 111, 119.

827 So sehen die Satzungen *Hänigsen*, *Uetze*, *Nörten*, *Gandersheim* und *Luthe* (je § 29 lit. k i. V. m. § 30 Abs. 2 lit. b) für die Aufnahme und Ausgliederung oder die Aufgabe eines Geschäftsbereichs, der den Kernbereich der eG berührt, einen Beschluss der Generalversammlung mit mind. $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen vor.

dernisse bestimmen (§ 78 Abs. 1 S. 2, § 79a Abs. 1 S. 2, Abs. 4, § 117 Abs. 2 S. 2 GenG). Dies ist aber nicht anzuraten.⁸²⁸ Wenn mind. 75% der Mitglieder, die ihre Stimme abgeben, die Einrichtungs-eG auflösen möchten, erfährt sie von einem großen Teil der aktiven Mitglieder keine Unterstützung mehr. Gerade die Einrichtungs-eG hängt aber in besonderem Maße von der Akzeptanz und dem Engagement der Mitglieder ab. Zwar kann das Engagement von weniger als 25% der anwesenden Mitglieder ausreichen, um die Einrichtungs-eG weiterzuführen. Tritt allerdings ein größerer Teil der Mitglieder aus der Einrichtungs-eG aus, wird diese meist nicht in der Lage sein, den folgenden Finanzabfluss zu kompensieren.

Ähnlich verhält es sich bei dem Fortsetzungsbeschluss bzw. den Fortsetzungsbeschlüssen. Sprechen sich ein- bzw. sogar zweimal 75% der abstimmenden Mitglieder für die Fortsetzung der Einrichtungs-eG aus, ist das ein klares Votum für die Einrichtungs-eG. Ist das Mehrheitserfordernis für den Fortsetzungsbeschluss zu hoch gewählt, kann es sein, dass die überwiegende Mehrheit, die die Einrichtungs-eG fortsetzen möchte, sich dem Willen einer kleinen Minderheit beugen muss. Die Dreiviertelmehrheit ist somit für die Auflösung, aber auch für die Fortsetzung der Einrichtungs-eG sachgerecht.

Während der Prüfungsverband vor der Beschlussfassung über die Fortsetzung gem. § 79a Abs. 2 GenG gehört werden muss, ist dies für den Auflösungsbeschluss nicht zwingend notwendig. Die Satzung kann dies als Erfordernis für den Auflösungsbeschluss vorsehen.⁸²⁹ Einer Satzungsregelung zur Auflösung bzw. Fortsetzung der Einrichtungs-eG bedarf es damit nur, wenn auch vor dem Auflösungsbeschluss der Prüfungsverband einbezogen werden soll.

828 So auch in keiner der betrachteten Satzungen. Allerdings sehen *Hänigsen, Uetze, Nörten, Gandersheim* und *Luthe* jeweils in § 30 Abs. 3 S. 2 und 3 vor, dass bei der Beschlussfassung über die Auflösung 2/3 der Mitglieder in einer nur zu diesem Zwecke einberufenen Generalversammlung anwesend oder vertreten sein müssen, wobei bei Nichterreichen jede weitere Versammlung innerhalb des selben Geschäftsjahres ohne Rücksicht auf die Zahl der erschienen Mitglieder über die Auflösung beschließen kann.

829 So *Mücke* und *Rheingrafenstein* (je § 31 Abs. 3) sowie *Hänigsen, Uetze, Nörten, Gandersheim* und *Luthe* (jeweils § 30 Abs. 4).

(d) Organmitglieder

Für die Wahl und die Abberufung der Mitglieder des Vorstandes sowie des Aufsichtsrates ist ebenfalls die Generalversammlung zuständig (§ 24 Abs. 2 S. 1 und § 36 Abs. 1 S. 1 GenG).⁸³⁰ Ohne Satzungsregelung bedarf es gem. § 43 Abs. 2 S. 1 GenG für die Bestellung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder sowie der Abberufung der Vorstandsmitglieder der einfachen Stimmenmehrheit. Für den Widerruf der Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern muss der Beschluss gem. § 36 Abs. 3 S. 2 GenG mit mind. drei Viertel der abgegebenen Stimmen gefasst werden.

Die Wahl der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder ist keine derart schwerwiegende Entscheidung wie die in § 16 Abs. 2 GenG genannten. Daneben ist es für die Organmitglieder ein Vertrauensauspruch, wenn die Mehrheit der abstimmenden Mitglieder der Wahl zustimmen muss. Deshalb ist das Erfordernis der einfachen Mehrheit sachgerecht.

Ob die erforderliche Dreiviertelmehrheit bei der Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern gem. § 36 Abs. 3 S. 2 GenG durch die Satzung erhöht werden kann ist umstritten.⁸³¹ Da dies die Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder unangemessen erschwert, ist zu einer Erhöhung des Mehrheitserfordernisses nicht zu raten.

Denkbar ist aber, das Mehrheitserfordernis zur Abberufung von Vorstandsmitgliedern dem Mehrheitserfordernis zur Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern anzupassen. Gegen das Erfordernis der Dreiviertelmehrheit bei der Abberufung von Vorstandsmitgliedern kann aber der Grundsatz der Selbstverwaltung und dabei insbesondere die Personalhoheit sprechen.⁸³² Die Mitglieder sollen sich möglichst weitgehend an der Verwaltung der eG beteiligen und das Führungshandeln von Vorstand und Aufsichtsrat soll ständig durch die Mitglieder legitimiert werden.⁸³³ Das lässt sich mit einer einfachen Stimmenmehrheit bes-

830 Vgl. 4. Teil, B. III. 1. a) aa) zur Frage, ob die Bestellungskompetenz für den Vorstand durch die Satzung an den Aufsichtsrat übertragen werden sollte.

831 Dafür L/W/Schaffland, § 36 Rn. 79; Müller, § 36 Rn. 42; P/F/B/Fandrich, § 36 Rn. 16; a. A. Beuthien/Beuthien, § 36 Rn. 23.

832 Dazu Beuthien/Beuthien, § 1 Rn. 39.

833 Beuthien/Beuthien, § 1 Rn. 39.

ser erreichen. Für die Dreiviertelmehrheit spricht aber der Schutz der eigenverantwortlichen Leitung durch den Vorstand. Die Vorstandsmitglieder laufen dann bei unangenehmen, aber notwendigen Entscheidungen nicht gleich Gefahr, bei der nächsten Generalversammlung mit einfacher Mehrheit abberufen zu werden. Deshalb ist meist die Dreiviertelmehrheit sachgerechter.

Anders kann der Fall liegen, wenn gem. § 40 GenG der Aufsichtsrat nach seinem Ermessen ein Vorstandsmitglied vorläufig seines Amtes enthoben hat und daraufhin die Generalversammlung über die Abberufung des Vorstandsmitglieds entscheidet. Dann kann die einfache Stimmenmehrheit der Generalversammlung gegenüber dem Schutz des Vorstandsmitglieds gerechtfertigt sein, da der Aufsichtsrat als Kontrollorgan des Vorstandes die Abberufungsentscheidung ebenfalls befürwortet.⁸³⁴ Die Hürde ist dann immernoch hoch genug, damit der Aufsichtsrat nicht eigenmächtig die Abberufung betreiben kann.

Die Entscheidung über die Führung von Prozessen gegen Vorstandsmitglieder obliegt der Entscheidung des Aufsichtsrates, die Satzung kann die Zuständigkeit aber gem. § 39 Abs. 1 S. 3 GenG auf die Generalversammlung übertragen. Die Generalversammlung soll sich statutarisch das Recht vorbehalten können, als oberstes Organ der eG die u. U. gebotene Schonung des Vorstandsmitglieds sowie die Wirkung des Prozesses auf das Ansehen der eG abzuwägen.⁸³⁵ Der Aufsichtsrat wird zwar die Vor- und Nachteile eines Prozesses meist besser abwägen können.⁸³⁶ Er muss aber nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden, da er sich ansonsten gem. § 41, § 34 Abs. 1 GenG schadensersatzpflichtig macht. Da die Vorstandsmitglieder ehrenamtlich tätig sind und die Einrichtungs-eG in hohem Maße vom Mitgliederengagement und vom öffentlichen Ansehen abhängt, ist es sinnvoll, der Generalversammlung die Entscheidungskompetenz über die Führung von Prozessen gegen Vorstandsmitglieder zu übertragen. Außerdem werden solche Fälle eher selten vorkommen. Um die Hürde nicht zu hoch zu

834 In allen betrachteten Satzungen, bei denen der Generalversammlung die Abberufungskompetenz des Vorstandes zusteht, findet sich die Regelung, dass der Widerruf der Bestellung von Vorstandsmitgliedern mit Ausnahme des in § 40 GenG geregelten Falles der $\frac{3}{4}$ Mehrheit der gültig abgegebenen Stimmen bedarf (§ 30 Abs. 2 lit. b (*Hochheim*) bzw. lit. c (*Hänigsen, Uetze, Nörten, Gandersheim, Luthe*)).

835 Beuthien/Beuthien, § 39 Rn. 8.

836 *BT-Drs.* 16/1025, S. 85; *Geschwandtner/Helios*, S. 107.

legen, ist die einfache Mehrheit für die Beschlussfassung der Generalversammlung ausreichend.⁸³⁷

bb) Durchführung

(1) Teilnahmerechte, Teilnahmepflichten und Übertragung

Teilnahmeberechtigt sind die Mitglieder der eG bzw. deren Vertreter sowie gem. § 59 Abs. 3 GenG der Verband.⁸³⁸ Diese Rechte können nicht ausgeschlossen werden. Nichtmitglieder haben kein Teilnahmerecht, können aber als Gäste (z. B. Pressevertreter) durch den Versammlungsleiter zugelassen werden.⁸³⁹ Die Satzung kann außerdem einzelnen Nichtmitgliedern ein Teilnahmerecht zusprechen.⁸⁴⁰ Dies kann für politische Mandatsträger bzw. Gemeindervertreter erwo-gen werden, wenn die Gemeinde kein Mitglied der Einrichtungs-eG ist.

Die Mitglieder der eG sind nicht zur Teilnahme an der Generalversammlung verpflichtet, die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder dagegen grds. schon.⁸⁴¹ Bei ehrenamtlichen Organmitgliedern geht die Teilnahmepflicht allerdings zu weit. Ihnen ist es nicht zumutbar, die Interessen der eG über die privaten Interessen zu stellen. Deshalb gebietet es die genossenschaftliche Treuepflicht⁸⁴², die grundsätzliche Teilnahmepflicht von Organmitgliedern bei ehrenamtlichen Organmitgliedern auf eine Soll-Vorschrift zu reduzieren. Das Vorstandsmitglied muss bei Fernbleiben allerdings gerade bei Ressortverteilung seine Vorstandkollegen so informieren, dass diese über seine Belange Auskunft geben können.

Daneben kann die Satzung gem. § 43 Abs. 7 S. 2 GenG auch bestimmen, dass die Generalversammlung in Bild und Ton übertragen werden darf. Dies dient vor allem dazu, die Generalversammlung von aufwendiger körperlicher Anwe-

837 So auch in den Satzungen *Hänigsen, Uetze, Nörten, Gandersheim* und *Luthe* (je § 30 Abs. 1 i. V. m. § 29 lit. h).

838 L/W/Cario, § 43 Rn. 15, 22.

839 L/W/Cario, § 43 Rn. 20; BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 160; so auch *Hochheim*, § 28 S. 4.

840 *Ferneding*, S. 24.

841 *Beuthien/Beuthien*, § 43 Rn. 44; *P/F/B/Fandrich*, § 34 Rn. 12, § 41 Rn. 8; BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 180; a. A. *Weber*, S. 229, nachdem die Organmitglieder an der Generalversammlung teilnehmen sollen.

842 Zur genossenschaftlichen Treuepflicht *Beuthien/Beuthien*, § 18 Rn. 43 ff.; L/W/Schulte, § 18 Rn. 37 ff.; *Bauer*, S. 59 f.

senheit zu entlasten.⁸⁴³ Die Einrichtungs-eG lebt aber vom Miteinander der Mitglieder und vom persönlichen Kontakt. Es wäre ein falsches Zeichen, durch die Übertragung der Generalversammlung eine Trennung der aktiven und interessierten Mitglieder zu begünstigen. Daneben ist die Übertragung der Generalversammlung auch aufwendig. Die Übertragung der Generalversammlung ist damit nicht sinnvoll.

(2) Vorsitz in der Versammlung

Zum Mindestinhalt der Satzung gehören gem. § 6 Nr. 4 1. HS GenG Bestimmungen über den Vorsitz in der Generalversammlung. Die Satzung kann ein bestimmtes Mitglied wie den Vorsitzenden des Aufsichtsrates als Versammlungsleiter festlegen.⁸⁴⁴ Der Versammlungsleiter muss kein Mitglied der eG sein.⁸⁴⁵ Es kann aber auch das Verfahren angegeben werden, nachdem der Versammlungsleiter bestimmt wird, bspw. dass der Versammlungsleiter jeweils zu Beginn der Generalversammlung unter Leitung des ältesten Tagungsteilnehmers gewählt wird.⁸⁴⁶ Dies kann den Nachteil haben, dass der Versammlungsleiter, der vor der Versammlung gewählt wird, keine Zeit hat, sich auf die Aufgabe vorzubereiten. Meist wird es aber derart ablaufen, dass im Vorfeld ein Mitglied ausgesucht wird, das von der Generalversammlung dann nur noch „abgenickt“ wird. Dann kann die für die Wahl erforderliche Zeit aber auch anderweitig genutzt werden. Die Bestimmung eines bestimmten Mitglieds bringt darüber hinaus auch mehr Kontinuität in die Generalversammlung. Deshalb ist es sinnvoll, ein bestimmtes Mitglied und ggf. einen Stellvertreter als Versammlungsleiter in die Satzung aufzunehmen. Das Mitglied sollte aus Änderungsgründen nicht namentlich benannt werden,⁸⁴⁷ sondern an seine Funktion in der Einrichtungs-eG angeknüpft werden. Der Aufsichtsratsvorsitzende (bzw. sein Stellvertreter) als

843 Beuthien/Beuthien, § 43 Rn. 54.

844 Beuthien/Beuthien, § 6 Rn. 12; Henssler/Strohn/Geibel, § 6 GenG Rn. 5; L/W/Schulte, § 6 Rn. 24; Müller, § 6 Rn. 36 f.; P/F/B/Fandrich, § 6 Rn. 13.

845 L/W/Schulte, § 6 Rn. 24; P/F/B/Fandrich, § 6 Rn. 13; BeckHdb.Gen/Steinle, § 3 Rn. 30; a. A. Beuthien/Beuthien, § 6 Rn. 12; Henssler/Strohn/Geibel, § 6 GenG Rn. 5; Müller, § 6 Rn. 36.

846 Beuthien/Beuthien, § 6 Rn. 12; Henssler/Strohn/Geibel, § 6 GenG Rn. 5; Müller, § 6 Rn. 37; P/F/B/Fandrich, § 6 Rn. 13.

847 Henssler/Strohn/Geibel, § 6 GenG Rn. 5.

Mittler zwischen Vorstand und Generalversammlung bietet sich dabei besonders an.⁸⁴⁸

Damit in besonderen Fällen dennoch ein anderer Versammlungsleiter in Betracht kommen kann, sollte die Satzung eine Regelung vorsehen, nach der der Vorsitz der Versammlung durch Beschluss der Generalversammlung übertragen werden kann.⁸⁴⁹ Die einfache Mehrheit der anwesenden Stimmen ist dafür angemessen. Die Satzung kann zwar vorsehen, dass nur ein Mitglied bestimmt werden kann. Gerade in juristisch schwierigen Versammlungen kann es aber, um eine juristisch ordnungsgemäße Abwicklung der Tagesordnung zu gewährleisten, sinnvoll oder gar erforderlich sein, sonstige sachverständige Personen als Versammlungsleiter zu wählen.⁸⁵⁰ Daneben hat die Generalversammlung beim Beschluss über den Versammlungsvorsitzenden jederzeit die Möglichkeit, einem Nichtmitglied die Übertragung des Versammlungsvorsitzes zu verweigern.

(3) Beschlussfähigkeit

Zur Beschlussfähigkeit der Generalversammlung enthält das GenG keine Regelung, d. h. die Generalversammlung ist beschlussfähig, wenn nur ein Mitglied anwesend oder vertreten ist.⁸⁵¹ Die Satzung kann als weiteres Erfordernis gem. § 8 Abs. 1 Nr. 4 bzw. § 43 Abs. 2 S. 1 GenG Regelungen zur Beschlussfähigkeit treffen, bspw. die Beschlussfähigkeit an die Anwesenheit einer bestimmten Mitgliederzahl in der Generalversammlung knüpfen.⁸⁵² Eine Mindestzahl dient dem

848 In der Praxis üblich L/W/Schulte, § 6 Rn. 24; BeckHdb.Gen/Steinle, § 3 Rn. 30; so auch alle betrachteten Satzungen in § 28 S. 1 bzw. § 29 S. 1 (Mücke und Rheingrafenstein); Mücke sieht in § 29 S. 2 ein Vorstandsmitglied als Versammlungsleiter vor, wenn die Generalversammlung durch den Vorstand einberufen wurde.

849 So auch die betrachteten Satzungen, die die Übertragung an ein anderes Mitglied der Genossenschaft (überwiegend unter expliziter Nennung von Mitgliedern des Vorstands und des Aufsichtsrates) sowie an Vertreter des Prüfungsverbandes vorsehen (Mücke, § 29 S. 3; Hochheim, Hänigsen, Uetze, Nörten, Gandersheim und Luthe je § 28 S. 2 sowie Rheingrafenstein, § 29 S. 2).

850 L/W/Schulte, § 6 Rn. 24; BeckHdb.Gen/Steinle, § 3 Rn. 30.

851 BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 187; a. A. Beuthien/Beuthien, § 43 Rn. 8, der nach Beschlüssen differenziert und entsprechend die Anwesenheit von drei bis zehn Mitglieder verlangt; L/W/Cario, § 43 Rn. 51; Bauer, S. 120 und Müller, § 43 Rn. 103a verlangen mind. 3 Mitglieder; P/F/B/Fandrich, § 43 Rn. 25 mind. 2 zu allen Beschlussgegenständen stimmberechtigte Mitglieder.

852 P/F/B/Fandrich, § 43 Rn. 25; BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 187; Ferneding, S. 24.

Schutz der nicht erschienenen Mitglieder Mehrheit vor der erschienenen Minderheit.⁸⁵³ Die nicht erschienene Mitglieder Mehrheit muss allerdings schutzwürdig sein. Die Mitglieder werden mit der Tagesordnung im Rahmen der Einberufung der Generalversammlung über die Beschlussgegenstände informiert und können dann entscheiden, ob sie an der Generalversammlung teilnehmen. Entscheidet sich ein Mitglied, der Generalversammlung fernzubleiben, ist es nicht schutzwürdig. Daran ändert es auch nichts, wenn viele Mitglieder die Generalversammlung nicht besuchen. Es wäre unbillig, wenn eine interessierte und engagierte Minderheit durch die nicht erschienene Mehrheit blockiert werden kann. Von der Aufnahme einer Regelung zur Beschlussfähigkeit ist damit abzura-
ten.⁸⁵⁴

(4) Beschlussfassung

(a) Stimmrechte in der Generalversammlung

(aa) Stimmenzahl

In der eG hat gem. § 43 Abs. 3 S. 1 GenG jedes Mitglied eine Stimme. Die Satzung kann gem. § 43 Abs. 3 S. 2 GenG nach Maßgabe des § 43 Abs. 3 S. 3 GenG Mehrstimmrechte vorsehen. Da die Einrichtungs-eG keine Unternehmer-eG i. S. v. § 43 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 GenG ist und ihre Mitglieder nicht ausschließlich oder überwiegend eingetragene Genossenschaften sind (§ 43 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 GenG), kommt nur die Regelung des § 43 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 GenG in Betracht. Danach sollen nur Mitgliedern Mehrstimmrechte gewährt werden, die den Geschäftsbetrieb besonders fördern (§ 43 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 S. 1 GenG). Mehr als drei Stimmen pro Mitglied können nicht vorgesehen werden (§ 43 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 S. 2 GenG). Bei Beschlüssen, die nach dem Gesetz zwingend einer Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen oder einer größeren Mehrheit bedürfen und bei Beschlüssen über die Aufhebung oder Einschränkung der Bestimmung der Satzung über Mehrstimmrechte, hat auch ein Mitglied mit Mehrstimmrecht nur eine Stimme (§ 43 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 S. 3 GenG).

853 Beuthien/*Beuthien*, § 43 Rn. 8.

854 Die betrachteten Satzungen sehen grds. keine Regelung zur Beschlussfähigkeit der Generalversammlung vor; Ausnahme zur Auflösung und Änderung der Rechtsform in *Hänigsen, Uetze, Nörten, Gandersheim* und *Luthe* (je § 30 Abs. 3 S. 2 f.).

Die Satzung kann unter Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach objektiven Kriterien allgemein geltende sachliche Voraussetzungen festlegen, nach welchen die Mehrstimmrechte gewährt werden.⁸⁵⁵ Eine Staffelung der Mehrstimmrechte ist möglich.⁸⁵⁶ Als besondere Förderung kommen insbes. der (durchschnittliche) Umfang des Geschäftsverkehrs mit der eG bzw. der Umsatz mit der eG, die Höhe der Kapitalbeteiligung (Geschäftsanteile bzw. Geschäftsguthaben), die Dauer der Mitgliedschaft, die Mitarbeit und Mitverantwortung in Organen oder die Anzahl der ehrenamtlichen Arbeitsstunden in Betracht.⁸⁵⁷ Das Mehrstimmrecht kann auf bestimmte Beschlussgegenstände beschränkt werden oder mit Ausnahme des § 43 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 S. 3 GenG umfassend sein.⁸⁵⁸

Die Einrichtungs-eG ist von der ideellen Gleichwertigkeit der Mitglieder gekennzeichnet.⁸⁵⁹ Das spricht gegen die Einführung von Mehrstimmrechten. Mehrstimmrechte sind bei der Einrichtungs-eG aber denkbar, um das notwendige Engagement der Mitglieder zu fördern bzw. zu honorieren.⁸⁶⁰ Allerdings kann kein einzelnes Mitglied ein maßgebliches Stimmengewicht erreichen.⁸⁶¹ Es darf bezweifelt werden, ob die Einführung von Mehrstimmrechten bspw. für eine bestimmte Anzahl von ehrenamtlichen Arbeitsstunden oder für die Mitarbeit in Organen als Anreiz dient. Anreize zum Engagement können besser durch andere Vorteile gesetzt werden. Bei der Gewährung von Mehrstimmrechten handelt es sich mehr um eine anerkennende Geste.

Mit der Einführung von Mehrstimmrechten geht ein nicht geringer Aufwand einher. Zur Vorbereitung auf die Generalversammlung und damit auf die Abstimmung müssen die Mehrstimmrechte ermittelt werden. Dazu bedarf es beim Bezug zur ehrenamtlichen Arbeitszeit oder zum mit der eG getätigten Umsatz eines Systems, welches diese Werte das Jahr über sicher erfasst. Aber auch bei anderen Bezugsgrößen wie Dauer der Mitgliedschaft und Höhe der Kapitalbetei-

855 Beuthien/Beuthien, § 43 Rn. 24; L/W/Cario, § 43 Rn. 70 f.; P/F/B/Fandrich, § 43 Rn. 39.

856 Beuthien/Beuthien, § 43 Rn. 24; L/W/Cario, § 43 Rn. 73; P/F/B/Fandrich, § 43 Rn. 40.

857 Beuthien/Beuthien, § 43 Rn. 24; L/W/Cario, § 43 Rn. 70; P/F/B/Fandrich, § 43 Rn. 39.

858 Beuthien/Beuthien, § 43 Rn. 24; P/F/B/Fandrich, § 43 Rn. 35; a. A. L/W/Cario, § 43 Rn. 71.

859 Allg. Beuthien/Beuthien, § 43 Rn. 25.

860 Pestalozzi, S. 198 sieht das Mehrstimmrecht ebenso als „Belohnung“ bzw. Ausgleich des einzelnen Mitglieds für die entsprechende Stärkung der Genossenschaft.

861 BT-Drs. 16/1025, S. 86; Beuthien/Beuthien, § 43 Rn. 25.

ligung muss jedes Jahr eine Auswertung anhand der Mitgliederliste erfolgen. Das Kriterium der Mitarbeit in den Organen dürfte insgesamt am wenigsten Aufwand verursachen. Wurden die Mehrstimmrechte dann ordnungsgemäß ermittelt, müssen die Mitglieder ggf. vor der Abstimmung über die Rechtslage informiert werden.⁸⁶²

Ein weiteres Problem ergibt sich daraus, dass nur eine einheitliche Stimmabgabe möglich ist.⁸⁶³ Bei geheimer Wahl lässt sich dies mit entsprechend vielen Stimmzettel wahren,⁸⁶⁴ was den Aufwand wiederum erhöht. Schließlich muss bei der Gewährung von Mehrstimmrechten gem. § 47 Abs. 3 GenG der gem. § 47 Abs. 1 GenG anzufertigenden Niederschrift ein Verzeichnis der erschienenen und vertretenen Mitglieder und der vertretenden Personen beigelegt werden, in dem bei jedem erschienenen und vertretenen Mitglied dessen Stimmenzahl zu vermerken ist.

Dem Nutzen von Mehrstimmrechten bei der Einrichtungs-eG steht damit ein großer Aufwand entgegen.⁸⁶⁵ Das dürfte der wesentliche Grund sein, warum bislang soweit ersichtlich keine Einrichtungs-eG vom Einstimmengrundsatz des § 43 Abs. 3 S. 1 GenG abgewichen ist. Von einer Satzungsregelung, welche die Gewährung von Mehrstimmrechten vorsieht, ist damit abzuraten.

(bb) Persönliche Stimmabgabe und Bevollmächtigung

Das Mitglied soll gem. § 43 Abs. 4 S. 1 GenG das Stimmrecht persönlich ausüben, die Erteilung einer Stimmvollmacht ist aber zulässig und bedarf der Schriftform (§ 43 Abs. 5 S. 1, 2 GenG). Ein Bevollmächtigter kann gem. § 43 Abs. 5 S. 3 GenG nicht mehr als zwei Mitglieder vertreten. Damit ist eine Satzungsregelung zulässig, die nur eine einzige Stimmvollmacht gestattet.⁸⁶⁶ Außerdem kann die Satzung gem. § 43 Abs. 5 S. 4 GenG persönliche Voraussetzungen für Bevollmächtigte aufstellen, insbes. die Bevollmächtigung von Personen ausschließen, die sich geschäftsmäßig zur Ausübung des Stimmrechts erbieten. An-

862 L/W/Cario, § 43 Rn. 82.

863 Beuthien/Beuthien, § 43 Rn. 25; P/F/B/Fandrich, § 43 Rn. 33; abweichend L/W/Cario, § 43 Rn. 80, die eine uneinheitliche Stimmabgabe bei juristischen Personen in Ausnahmefällen erlaubt.

864 Beuthien/Beuthien, § 43 Rn. 25.

865 Allg. Pestalozzi, S. 257.

866 Beuthien/Beuthien, § 43 Rn. 39.

dere Formerfordernisse kann die Satzung aber wegen § 18 S. 2 GenG nicht vorsehen.⁸⁶⁷ Ebenfalls unzulässig ist eine Klausel, die die Bevollmächtigung ganz oder für einzelne Beschlussgegenstände ausschließt.⁸⁶⁸

Eine Satzungsregel, die nur die Vertretung eines Mitglieds erlaubt, stellt eine Verschärfung der ohnehin strengen gesetzlichen Regelung dar und bietet keinen ersichtlichen Nutzen, der deren Einführung rechtfertigen würde. Sie ist somit nicht notwendig.⁸⁶⁹

Als persönliche Voraussetzung zur Bevollmächtigung kommt in Betracht, dass der Bevollmächtigte Mitglied der eG oder Angehöriger bzw. Gesellschafter oder Angestellter des Mitglieds sein muss.⁸⁷⁰ Auch kann die Eignung zur Bevollmächtigung an bestimmte Voraussetzungen wie bspw. an eine bestimmte Dauer der Mitgliedschaft des Bevollmächtigten oder an dessen Beruf oder Lebensalter geknüpft werden.⁸⁷¹ Negativabgrenzungen wie dem explizit in § 43 Abs. 5 S. 4 GenG genannten geschäftsmäßigen Erbüten zur Stimmrechtsausübung oder der Unzulässigkeit der Bevollmächtigung ausgeschlossener Mitglieder sind ebenfalls möglich.⁸⁷² Die Bindung an die Dauer der Mitgliedschaft oder an das Berufs- oder Lebensalter des Bevollmächtigten ist bei der Einrichtungs-eG nicht geeignet, da sie ohne ersichtlichen Nutzen die Mitglieder in der Auswahl der Bevollmächtigten einschränkt.⁸⁷³ Die Anknüpfung an die Mitgliedschaft oder an Verwandtschaftsgrade bzw. Gesellschafter- oder Anstellungsverhältnisse des Mitglieds kann sinnvoll sein, wenn ausgeschlossen werden soll, dass familien- oder gesellschaftsfremde Dritte der Generalversammlung als Vertreter beiwohnen. Die Einrichtungs-eG ist aber keine Familiengesellschaft bzw. eine ähnlich geschlossene Gesellschaft. Daneben bietet die Möglichkeit, auch Nichtmitglieder als Vertreter zuzulassen, die Chance, diese künftig als Mitglieder der Einrichtungs-eG zu gewinnen. Die Anknüpfung an die Mitgliedschaft, Verwandt-

867 Beuthien/Beuthien, § 43 Rn. 33; Müller, § 43 Rn. 57; P/F/B/Fandrich, § 43 Rn 52; a. A. L/W/Cario, § 43 Rn. 91.

868 Beuthien/Beuthien, § 43 Rn. 39; L/W/Cario, § 43 Rn. 103; P/F/B/Fandrich, § 43 Rn 52; BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 178.

869 So auch in keiner der betrachteten Satzungen.

870 Beuthien/Beuthien, § 43 Rn. 39; L/W/Cario, § 43 Rn. 100; P/F/B/Fandrich, § 43 Rn. 54.

871 L/W/Cario, § 43 Rn. 100; P/F/B/Fandrich, § 43 Rn. 54.

872 Beuthien/Beuthien, § 43 Rn. 36; 39; L/W/Cario, § 43 Rn. 100.

873 Eine solche Regelung findet sich auch keiner betrachteten Satzung.

schaftsgrade bzw. Gesellschafter- oder Anstellungsverhältnisse bringt damit allen Beteiligten keinen besonderen Nutzen.⁸⁷⁴

Der Ausschluss stellt die schwerste körperschaftliche Sanktion gegen ein Mitglied dar.⁸⁷⁵ Deshalb ist es den Mitgliedern oftmals nicht zumutbar, ein ausgeschlossenes Mitglied als Bevollmächtigten eines anderen Mitglieds in der Generalversammlung zu akzeptieren. Daneben kann es bei der Bevollmächtigung von ausgeschlossenen Mitgliedern zu Querelen und Unruhen in der Generalversammlung kommen.⁸⁷⁶ Eine Regelung, welche ausgeschlossene Mitglieder als Bevollmächtigte ausschließt, ist damit sinnvoll. Da der Ausschluss gem. § 68 Abs. 1 S. 2 GenG zum Schluss des Geschäftsjahres wirksam wird, ist es sinnvoll, den Zeitpunkt für die Unzulässigkeit als Bevollmächtigter entsprechend § 68 Abs. 2 S. 2 GenG an die Absendung der Mitteilung anzuknüpfen, da das Mitglied zu diesem Zeitpunkt selbst das Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung verliert.⁸⁷⁷

Geschäftsmäßig ist ein Erbieten zur Stimmrechtsausübung, wenn die Absicht, dies wiederholt zu tun, gegenüber einem unbestimmten Personenkreis erklärt wird.⁸⁷⁸ Entgeltlichkeit ist dabei unerheblich.⁸⁷⁹ Auch soll keine bestimmte Berufsgruppe erfasst werden.⁸⁸⁰ Eine Klausel, diese Personen von der Bevollmächtigung auszuschließen, ist nicht dringend für den Schutz der Einrichtungs-eG oder der anderen Mitglieder erforderlich.⁸⁸¹ Daneben bleibt es den Mitgliedern selbst überlassen, eine Person, die sich geschäftsmäßig zur Stimmrechtsausübung er bietet, zu bevollmächtigen. Der Einrichtungs-eG und deren Mitgliedern dürfte eine solche Regelung meist ebenfalls keinen besonderen Nutzen bringen.

874 Eine solche Regelung sehen aber bis auf *Hochheim* alle betrachteten Satzungen vor (*Mücke* in § 26 Abs. 4 S. 4 sowie *Hänigsen*, *Uetze*, *Nörten*, *Gandersheim* und *Luthe* je § 25 Abs. 4 S. 4; restriktiver *Rheingrafenstein*, § 26 Abs. 4 S. 4).

875 P/F/B/*Fandrich*, § 68 Rn. 4; zu den Ausschlussgründen 4. Teil, B. I. 4. b) aa).

876 *Beuthien/Beuthien*, § 43 Rn. 36.

877 So auch in allen betrachteten Satzungen (*Mücke* und *Rheingrafenstein* je § 26 Abs. 4 S. 5 sowie *Hochheim*, *Hänigsen*, *Uetze*, *Nörten*, *Gandersheim* und *Luthe* je § 25 Abs. 4 S. 5).

878 *Beuthien/Beuthien*, § 43 Rn. 39; L/W/*Cario*, § 43 Rn. 100.

879 *Beuthien/Beuthien*, § 43 Rn. 39; L/W/*Cario*, § 43 Rn. 100.

880 L/W/*Cario*, § 43 Rn. 100.

881 So aber explizit in den Satzungen *Mücke* und *Rheingrafenstein* (je § 26 Abs. 4 S. 5) sowie *Uetze* und *Gandersheim* (je § 25 Abs. 4 S. 5).

(b) Art und Durchführung

Die Beschlussfassung erfolgt durch Abstimmung der zur Generalversammlung erschienenen Mitglieder oder deren Vertreter.⁸⁸² Zum Abstimmungsverfahren äußert sich das GenG nicht.⁸⁸³ Ohne Satzungsregelung ist der Versammlungsleiter für die Festlegung des Abstimmungsverfahrens zuständig, wobei auch die Generalversammlung selbst einen Beschluss über das Abstimmungsverfahren fassen kann.⁸⁸⁴

Die Abstimmung kann offen (z. B. per Handzeichen oder Heben der Stimmkarte) oder geheim durch Stimmzettel erfolgen.⁸⁸⁵ Geheime Abstimmungen sind sinnvoll, wenn die offene Abstimmung ein unbeeinflusstes Wahlverhalten nicht gewährleisten kann.⁸⁸⁶ Blockwahlen sind grds. zulässig.⁸⁸⁷

Da die Art und Durchführung der Abstimmung von der Anzahl der erschienenen Mitglieder und von den Beschlussgegenständen der konkreten Versammlung abhängt, ist es wenig sinnvoll, in der Satzung bindende Regelungen zur Abstimmung festzulegen. Der Versammlungsleiter kann meist am besten beurteilen, wie die Abstimmung für die anwesenden Mitglieder und den Beschlussgegenstand zweckmäßig ist. Die Generalversammlung sollte aber weiterhin die Möglichkeit haben, selbst über die Beschlussfassung abzustimmen. In den meisten Fällen wird die Abstimmung in der Einrichtungs-eG aber offen erfolgen.

Die Satzung kann gem. § 43 Abs. 7 S. 1 GenG die Beschlussfassung der Mitglieder in schriftlicher oder elektronischer Form zulassen, muss dann aber weitere Regelungen dazu treffen. Damit wird i. V. m. § 43 Abs. 1 GenG die Möglichkeit eröffnet, Beschlüsse außerhalb der Generalversammlung, bspw. in einem Umlaufbeschluss, zu fassen.⁸⁸⁸ Wie auch die Übertragung der Generalversammlung widerspricht das dem Grundgedanken der Einrichtungs-eG, die vom Mitei-

882 Beuthien/Beuthien, § 43 Rn. 7; BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 186.

883 BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 189.

884 L/W/Cario, § 43 Rn. 52; BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 189.

885 L/W/Cario, § 43 Rn. 52; Bauer, S. 120.

886 L/W/Cario, § 43 Rn. 52.

887 L/W/Cario, § 43 Rn. 52, 60; P/F/B/Fandrich, § 43 Rn. 28; a. A. Beuthien/Beuthien, § 43 Rn. 11.

888 L/W/Cario, § 43 Rn. 114; BeckHdb.Gen/Gätsch, § 5 Rn. 190; Geschwandtner/Helios, S. 7, 128 f.; a. A. Beuthien/Beuthien, § 43 Rn. 30, 53 f.

inander der Mitglieder und vom persönlichen Kontakt lebt. Außerdem dürfte der Aufwand des Verfahrens den Nutzen für die Einrichtungs-eG weit übersteigen. Eine § 43 Abs. 7 S. 1 GenG entsprechende Satzungsregelung ist damit nicht ratsam.⁸⁸⁹

3. Haftungsmilderung für ehrenamtliche Organmitglieder

a) Vorstandsmitglieder

Die Vorstandsmitglieder der eG haften dieser gem. § 34 Abs. 2 S. 1 GenG bei Pflichtverletzung für den daraus entstehenden Schaden gesamtschuldnerisch. Die Vorstandsmitglieder trifft gem. § 34 Abs. 2 S. 2 GenG die Beweislast, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einer eG angewandt haben. Davon kann die Satzung gem. § 18 S. 2 GenG nicht abweichen. Die ehrenamtliche Tätigkeit entbindet die Vorstandsmitglieder nicht von der Verantwortung für Fehlentwicklungen bei der Wahrnehmung der Leitungsaufgabe.⁸⁹⁰ Bei ehrenamtlichen Vorständen besteht aber ein Bedürfnis der Lockerung der Haftungsvorschriften.⁸⁹¹

aa) Diskussionsstand bei der eG

Zur Milderung der Haftung von ehrenamtlichen Vorstandsmitgliedern werden verschiedene Ansätze diskutiert, die sowohl auf der Rechtsfolgen- als auch auf der Tatbestandsseite ansetzen.⁸⁹²

Ein Ansatz beruht darauf, die Haftung des ehrenamtlichen Vorstandsmitglieds über den internen Gesamtschuldnerausgleich mehrerer Vorstandsmitglieder gem. § 426 BGB zu mildern. Dabei wird das ehrenamtliche Vorstandsmitglied bei der internen Haftungsverteilung nicht mit denselben Maßstäben gemessen wie ein hauptamtliches Vorstandsmitglied.⁸⁹³ Dies läuft aber bei einem insgesamt aus ehrenamtlichen Mitgliedern bestehenden Vorstand ins Leere.

889 Auch in keiner der betrachteten Satzungen.

890 BGH NJW-RR 2004, 900, 902.

891 Beuthien/*Beuthien*, § 34 Rn. 14; L/W/*Schaffland*, § 34 Rn. 6; *Bode*, FS *Schaffland*, S. 175, 176; *Großfeld*, ZfgG 1979, 217, 225 f.

892 Vgl. die Übersicht bei *Bode*, FS *Schaffland*, S. 175, 177 f.

893 BGH NJW-RR 2004, 900, 902; Beuthien/*Beuthien*, § 34 Rn. 14; L/W/*Schaffland*, § 34 Rn. 6, 115.

Eine andere Meinung setzt am Sorgfaltsmaßstab an. Danach können im Einzelfall die fachlichen Anforderungen an das unbesoldete Nebenamt hinter denen des besoldeten Hauptamtes zurückbleiben.⁸⁹⁴ Die geschuldete Sorgfalt ehrenamtlicher Vorstandsmitglieder müsse sich an der sachkundigen Sorgfalt orientieren, die ein durchschnittlich befähigter Mitgenosse seiner Art in einer solchen eG an seiner Stelle im Verkehr hätte beachten müssen.⁸⁹⁵ Für eine solche Einschränkung lässt das Gesetz aber keinen Raum.⁸⁹⁶ Sie widerspricht vielmehr § 34 Abs. 1 S. 1 GenG, der unabhängig von einer Besoldung an die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einer eG und eben nicht an die durchschnittlich befähigten Mitgenossen anknüpft. Im Widerspruch dazu steht auch das Argument, die Mitglieder wüssten durch den Bestellungsverfahren, dass sie die Verwaltungsleistungen nur in einem Umfang erwarten könnten, wie sie auch jeder andere von ihnen erbringen könnte.⁸⁹⁷ Bei einem insgesamt aus ehrenamtlichen Mitgliedern bestehenden Vorstand würde das sogar dazu führen, dass der Sorgfaltsmaßstab des § 34 Abs. 1 S. 1 GenG faktisch modifiziert würde. § 34 GenG ist aber zwingendes Recht.⁸⁹⁸ Außerdem stellt das Gesellschaftsrecht aus Verkehrsschutzgründen keine individuellen, sondern objektive Verhaltensstandards auf.⁸⁹⁹ Die gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltspflichten aus § 34 Abs. 1 GenG treffen alle Organmitglieder in gleicher Weise.⁹⁰⁰ Das Argument, die eG sei benachteiligt, da sie ihre gesetzlichen Vertreter nicht frei aussuchen kann, sondern auf den Kreis ihrer Mitglieder beschränkt ist,⁹⁰¹ ist spätestens seit der Möglichkeit, durch die Satzung investierende Mitglieder zuzulassen, überholt.⁹⁰² Dieser Ansatz ist abzulehnen.

894 Beuthien/Beuthien, § 34 Rn. 14; Bauer, S. 86; Müller, § 34 Rn. 26; Großfeld, ZfgG 1979, 217, 226; Großfeld/Schulte, ZfgG 1985, 187, 195.

895 Beuthien/Beuthien, § 34 Rn. 14; Großfeld/Stermann, FS Boettcher, S. 233, 246; Bauer, S. 88 fordert ein „gewisses Mindestverständnis für alle anfallenden Fragen im Interesse der Mitglieder“.

896 A. A. Großfeld/Stermann, FS Boettcher, S. 233, 245 f., die diese Einschränkung § 24 Abs. 3 S. 1 GenG entnehmen, der zwischen besoldeter und unbesoldeter Vorstandstätigkeit trennt.

897 Bode, FS Schaffland, S. 175, 183.

898 P/F/B/Fandrich, § 34 Rn. 26; Großfeld/Stermann, FS Boettcher, S. 233, 245.

899 Beuthien/Beuthien, § 34 Rn. 3.

900 Beuthien/Beuthien, § 34 Rn. 3; Großfeld/Stermann, FS Boettcher, S. 233, 245; Welling, ZfgG 1963, 158, 160.

901 Bode, FS Schaffland, S. 175, 182 f.; wohl auch Welling, ZfgG 1963, 158, 160.

902 Ähnlich BT-Drs. 16/1025, S. 83.

Daneben wird versucht, die Haftungsmilderung durch die entsprechende Anwendung der Grundsätze zur Ressortverteilung zu erreichen.⁹⁰³ Solange gemäß der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters kein Anlass zur Besorgnis besteht, tritt die Verantwortlichkeit der übrigen Vorstandsmitglieder grds. hinter der des Ressortleiters zurück.⁹⁰⁴ Ehrenamtliche Vorstandsmitglieder sollen im Verhältnis zu nicht ehrenamtlichen Vorstandsmitgliedern wie nicht ressortverantwortliche zu ressortverantwortlichen Vorstandsmitgliedern behandelt werden.⁹⁰⁵ Dieser Ansatz läuft bei ausschließlich ehrenamtlichen Vorstandsmitgliedern mangels nicht ehrenamtlicher Vorstandsmitglieder ebenfalls ins Leere.⁹⁰⁶

Ein anderer Ansatz versucht die Haftungsmilderung durch die Differenzierung des Verschuldensmaßstabes zu erreichen.⁹⁰⁷ Danach können sich „aus der ehrenamtlichen Tätigkeit eines Vorstandsmitglieds Gesichtspunkte ergeben, die für die Bestimmung des Fahrlässigkeitsmaßstabes relevant sind“.⁹⁰⁸ Das Vorstandsmitglied hat aber alle Formen von Fahrlässigkeit zu vertreten.⁹⁰⁹ Wenn also eine Pflichtverletzung, die bei einem hauptamtlichen Vorstandsmitglied als grob fahrlässig, bei einem ehrenamtlichen Vorstandsmitglied nur mit leichter Fahrlässigkeit eingestuft wird, ändert dies an der Haftung des ehrenamtlichen Vorstandsmitglieds nichts. Anders läge der Fall, wenn die ehrenamtlichen Vorstandsmitglieder nur grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz zu vertreten hätten. Dies lässt sich aber aus den genossenschaftlichen Regelungen nicht ableiten.

Schließlich wird versucht, die Haftungsmilderung durch eine Minderung des Schadens mittels Mitverschulden durch die eG gem. § 254 BGB zu erreichen. Dabei könne bei Inanspruchnahme das Vorstandsmitglied ein Mitverschulden durch Verletzung der genossenschaftlichen Treuepflicht insbes. dann einwen-

903 L/W/Schaffland, § 34 Rn. 6; auch *Großfeld/Stermann*, FS Boettcher, S. 233, 242, die allerdings die Haftungserleichtung in der Ressortverteilung selbst durch Verringerung der Pflichten sehen.

904 L/W/Schaffland, § 34 Rn. 39; vgl. zur Ressortverteilung im Vorstand die Ausführungen im 4. Teil, B. III. 2. a) aa) (1) (c) und 4. Teil, B. III. 2. a) bb).

905 L/W/Schaffland, § 34 Rn. 6.

906 *Bode*, FS Schaffland, S. 175, 185.

907 *Müller*, § 34 Rn. 26.

908 *Müller*, § 34 Rn. 26.

909 *Beuthien/Beuthien*, § 34 Rn. 8; *Schiffer/Behring*, ZCG 2008, 70, 70; zum Verein LG Bonn, NJW-RR 1995, 1435, 1435.

den, wenn die eG einem ersichtlich ungeeigneten Genossen die Übernahme des Amtes als Vorstandsmitglied angetragen hat.⁹¹⁰ Ein Versäumnis eines anderen Genossenschaftsorgans entlastet aber das Vorstandsmitglied, das eigene Pflichten verletzt hat, nicht von seiner vollen Haftung gegenüber der eG.⁹¹¹

Die diskutierten Ansätze zur Haftungsmilderung von ehrenamtlichen Vorstandsmitgliedern stellen keine Lösungen dar, um die ehrenamtliche Vorstandstätigkeit in der Einrichtungs-eG attraktiver machen.

bb) Vereinbarungen in der Satzung

Mit Blick auf § 276 Abs. 1 S. 1 BGB kann man erwägen, entsprechend § 31a BGB eine Klausel in die Satzung aufzunehmen, nach der ehrenamtliche Vorstandsmitglieder nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten haben. § 34 Abs. 1 S. 1 GenG konkretisiert jedoch den Verschuldensmaßstab des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB und geht damit vor.⁹¹² § 34 enthält keine Regelung, die eine Abweichung vom Verschuldensmaßstab ausdrücklich zulässt. Die Vereinbarung einer solchen Klausel wäre damit wegen Verstoßes gegen § 18 S. 2 GenG unwirksam.⁹¹³

cc) Nutzbarmachung von Regelungen zu anderen Rechtsformen

(1) Business Judgement Rule (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG)

Nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, der sog. „Business Judgement Rule“, liegt eine Pflichtverletzung eines Vorstandsmitgliedes nicht vor, wenn dieses bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Es würde die Haftung der Vorstandsmitglieder der eG erleichtern, wenn diese Norm für die eG analog angewendet werden kann. Eine Analogie bedarf einer planwidrigen Regelungslücke und einer vergleichbaren Interessenlage.⁹¹⁴

910 Beuthien/Beuthien, § 34 Rn. 14.

911 Allgemein Palandt/Grüneberg, § 254 Rn. 49; zur GmbH BGH NJW 1983, 1856, 1856 f.; zur Stiftung BGH NZG 2015, 38, 39 f.

912 Beuthien/Beuthien, § 34 Rn. 9.

913 Ebenso zur AG MK-AktG/Spindler, § 93 Rn. 27.

914 Zur Analogie vgl. die Nachweise in Fn. 624.

Eine Business Judgement Rule sieht das GenG nicht vor. Gegen die Planwidrigkeit der Regelungslücke kann sprechen, dass der Gesetzgeber § 93 Abs. 1 S. 2 AktG im Jahre 2005 durch das UMAG ins AktG, aber keine vergleichbare Regelung bei der Änderung des GenG ein Jahr später eingefügt hat. Der gesetzgeberische Handlungsbedarf für die Änderung des GenG wurde unter anderem damit begründet, mit einzelnen Elementen der im Aktienrecht geführten Corporate-Governance-Diskussion das GenG „maßvoll“ zu modernisieren.⁹¹⁵ Den in der Gesetzesbegründung folgenden Beispielen kann aber nicht entnommen werden, dass der Gesetzgeber auch die durch das UMAG getroffenen Änderungen berücksichtigt hat. Eine bewusste Entscheidung des genossenschaftsrechtlichen Gesetzgebers, den Regelungsgehalt des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG nicht ins GenG zu übernehmen, ist damit nicht erkennbar. Daraus lässt sich eher schließen, dass die Business Judgement Rule bei der Änderung des GenG versehentlich nicht berücksichtigt wurde.⁹¹⁶ Die Regelungslücke ist somit planwidrig.⁹¹⁷

Die Interessenlage zwischen AG und eG muss vergleichbar sein. Die Business Judgement Rule enthält einen Rechtsgedanken, der auf jedes unternehmerische Handeln unabhängig der gewählten Rechtsform übertragbar ist.⁹¹⁸ Der Vorstand einer eG muss ebenfalls unternehmerische Entscheidungen treffen. Es leuchtet nicht ein, Vorstandsmitglieder der eG bei den Folgen unternehmerischer Entscheidungen strenger als die Vorstandsmitglieder einer AG zu behandeln.⁹¹⁹ Die Verantwortung für unternehmerische Entscheidungen ist eine von der Rechtsform losgelöste Frage. Die Interessenlage ist somit vergleichbar. § 93 Abs. 1 S. 2 GenG ist analog auf die eG anwendbar.⁹²⁰

(2) § 31a BGB

Auch bei analoger Anwendung von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG auf Vorstandsmitglieder der eG verbleibt ein Haftungsrisiko. Daneben wird dem Umstand, dass die Vorstandsmitglieder ehrenamtlich tätig sind, nicht Rechnung getragen. § 31a

915 *BT-Drs.* 16/1025, S. 52.

916 Ebenso P/F/B/*Fandrich*, § 34 Rn. 2.

917 A. A. Henssler/*Strohn/Geibel*, § 34 GenG Rn. 5.

918 *BT-Drs.* 15/5092, S. 12.

919 BeckHdb.Gen/*Gätsch*, § 5 Rn. 61.

920 Ebenso Beuthien/*Beuthien*, § 34 Rn. 9; BeckHdb.Gen/*Gätsch*, § 5 Rn. 61; *Frankenberger/Gschrey/Bauer*, S. 154; *Lutter*, ZIP 2007, 841, 848; a. A. Henssler/*Strohn/Geibel*, § 34 GenG Rn. 5.

Abs. 1 S. 1 BGB sieht speziell für Organmitglieder eines Vereins, die unentgeltlich tätig sind oder eine jährliche Vergütung von nicht mehr als 720 € erhalten, vor, dass sie gegenüber dem Verein und gem. § 31a Abs. 1 S. 1 BGB auch gegenüber dessen Mitgliedern für einen bei der Wahrnehmung ihrer Pflichten verursachten Schaden nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften. Die Beweislast trägt gem. § 31a Abs. 1 S. 3 BGB der Verein. Daneben haben die Organmitglieder gem. § 31a Abs. 2 BGB einen Freistellungsanspruch gegenüber dem Verein. Die Frage ist, ob § 31a BGB auf Organmitglieder der eG analog angewandt werden kann. Unabhängig davon, ob § 31a BGB überhaupt analogiefähig ist,⁹²¹ scheitert dessen analoge Anwendung an der Planwidrigkeit der Regelungslücke.

Zwar liegt eine Regelungslücke vor, da das GenG für die Haftung der (ehrenamtlichen) Vorstandsmitglieder keine entsprechende Haftungsmilderung vorsieht. Für deren Planwidrigkeit spricht, dass der Gesetzgeber mit dieser Regelung die Anreize für die Bereitschaft zum bürgerschaftlichen Engagement stärken und bestehende Hindernisse abbauen wollte.⁹²² Bürgerschaftliches Engagement beschränkt sich aber nicht auf die Rechtsform des Vereins und der Stiftung.⁹²³ Gegen die Planwidrigkeit der Gesetzeslücke lässt sich anführen, dass der Gesetzgeber zwar erkennt, dass nicht nur in Vereinen und Stiftungen bürgerschaftliches Engagement stattfindet, den anderen Organisationsformen dabei aber eine untergeordnete Rolle beipflichtet.⁹²⁴ Daraus kann man schließen, dass der Gesetzgeber das Problem auch für andere Rechtsformen gesehen hat, aber keine Regelung vorsehen wollte. Auf die gemeinnützige GmbH nimmt er in der Begründung zum Gemeinnützigkeitsentbürokratisierungsgesetz 2012 sogar explizit Bezug.⁹²⁵ Auch erkennt er das Problem bei Betreuern, Vormündern und Pflégern, ohne tätig zu werden.⁹²⁶ Außerdem ist bezeichnend, dass der Gesetzesentwurf des Bundesrates vom 13.08.2008⁹²⁷ die Ausdehnung auf Stiftungen noch nicht vorgesehen hat. Der Verweis in § 86 S. 1 BGB wurde erst durch die

921 Dagegen *Burgard*, ZIP 2010, 358, 362.

922 *BT-Drs.* 16/10120, S. 6; *BT-Drs.* 17/11316, S. 8.

923 So auch der Gesetzgeber in *BT-Drs.* 17/11316, S. 8, der erkennt, dass bürgerschaftliches Engagement „zu großen Teilen durch Vereine und Stiftungen stattfindet“.

924 *BT-Drs.* 17/11316, S. 8.

925 *BT-Drs.* 17/11316, S. 8.

926 *BT-Drs.* 16/10120, S. 10.

927 *BT-Drs.* 16/10120.

Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses eingefügt.⁹²⁸ Der Gesetzgeber hat sich somit offensichtlich Gedanken über die Ausweitung der Norm auf andere Rechtsformen gemacht. Daraus ergibt sich, dass er bewusst auf eine Ausdehnung der Regelung auf weitere Rechtsformen verzichtet hat. Eine rechtsformübergreifende materielle Wertung ist damit nicht zu erkennen.⁹²⁹ Die Regelungslücke ist damit nicht planwidrig. § 31a BGB ist auf die ehrenamtlichen Vorstandsmitglieder der Einrichtungs-eG somit nicht analog anwendbar.⁹³⁰

dd) D&O-Versicherung

Die Vorstandsmitglieder können ihr Haftungsrisiko durch eine angemessene Versicherung auf Kosten der eG abdecken. Die Bundesregierung schlägt das sogar ausdrücklich vor.⁹³¹ Unter den Voraussetzungen des Erlasses des Finanzministeriums Niedersachsens, der im Einvernehmen mit dem BMF und den obersten Finanzbehörden der Länder ergangen ist, sind die Versicherungsprämien bei den Vorstandsmitgliedern nicht als Vergütung einzuordnen.⁹³²

Die Prämienhöhe beträgt bspw. bei der Freibad Hänigsen eG ca. 800 € jährlich bei einem Jahresumsatz von 1 Mio. € und je 500.000 € Versicherungssumme pro Versicherungsfall und Höchstleistung pro Versicherungsjahr.⁹³³ Zu ähnlichen Konditionen bietet auch die Gothaer die D&O-Versicherung an, allerdings erst zwei Jahre nach Unternehmensgründung.⁹³⁴ Damit sind die Kosten für die Einrichtungs-eG relativ überschaubar. Ob eine D&O-Versicherung abgeschlossen werden soll, ist eine Einzelfallentscheidung. Sie wird im Wesentlichen von den jeweiligen Konditionen und davon abhängen, ob sich auch ohne Abschluss einer

928 *BT-Drs.* 16/13537.

929 *Reuter*, NZG 2009, 1368, 1370.

930 Ebenso gegen eine analoge Anwendung auf gemeinnützige Organisationen anderer Rechtsform *MK-BGB/Reuter*, § 31a Rn. 3; *Reuter*, NZG 2009, 1368, 1369 f.; nur zur gemeinnützigen GmbH *Bamberger/Roth/Schöpflin*, § 31a Rn. 3.

931 *BT-Drs.* 16/10120, S. 10 zum Verein.

932 *Finmin. NDS*, DStR 2002, 678.

933 So eingesehen in der Beitragsrechnung vom 07.07.2011 und dem Versicherungsschein vom 07.07.2011 zur Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung.

934 So eingesehen im Deckungsantrag für Unternehmen (KMU) und der Informationsmappe zur D&O-Versicherung der *Gothaer Allgemeine Versicherung AG*; Stand jeweils Januar 2015.

solchen Versicherung genügend Ehrenamtliche zu Übernahme der Ämter finden werden.⁹³⁵

Mit Blick auf § 93 Abs. 2 S. 3 AktG kann sich die Überlegung ergeben, einen Selbstbehalt zu vereinbaren. Der Zweck des Selbsthalts passt aber für die Einrichtungs-eG nicht. Für den Selbstbehalt wird angeführt, er habe verhaltenssteuernde Wirkung und die Haftung mit dem Privatvermögen wirke Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern präventiv entgegen.⁹³⁶ Bei ehrenamtlichen Vorstandsmitgliedern der Einrichtungs-eG ist aber meist davon auszugehen, dass sie sich bereits möglichst verantwortungsvoll verhalten und für die dennoch verbleibenden Risiken eine Absicherung brauchen. Der Zweck des Selbsthalts läuft damit ins Leere. Zudem kann er von ehrenamtlichem Engagement abschrecken. Die Vereinbarung eines Selbsthaltes ist bei der Einrichtungs-eG deshalb abzulehnen.⁹³⁷

b) Aufsichtsratsmitglieder

Die Aufsichtsratsmitglieder der eG haften gem. § 41 GenG nach § 34 GenG sinngemäß. Die Aufsichtsratsmitglieder haben die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Aufsichtsratsmitglieds zu beachten.⁹³⁸ Die zum Vorstand diskutierten Ansätze zur Haftungsmilderung ehrenamtlicher Vorstandsmitglieder laufen bei ehrenamtlichen Aufsichtsratsmitgliedern gleichermaßen ins Leere. Die Business Judgement Rule ist auch auf Aufsichtsratsmitglieder analog anwendbar.⁹³⁹ § 31a BGB ist für Aufsichtsratsmitglieder wegen der Planwidrigkeit der Regelungslücke dagegen ebenfalls nicht anwendbar. Deshalb kann auch für die Aufsichtsratsmitglieder über eine D&O-Versicherung im Einzelfall nachgedacht werden.

935 Vgl. *Frankenberger/Gschrey/Bauer*, S. 163 zum Aufsichtsrat; *Schiffer/Behring*, ZCG 2008, 70, 70 zu Stiftungen.

936 So *BT-Drs.* 16/13433, S. 11.

937 *Frankenberger/Gschrey/Bauer*, S. 163 halten § 93 Abs. 2 S. 3 AktG mangels planwidriger Regelungslücke für nicht analog anwendbar auf die eG.

938 *Beuthien/Beuthien*, § 41 Rn. 7; *L/W/Schaffland*, § 41 Rn. 7; *P/F/B/Fandrich*, § 41 Rn. 2; *BeckHdb.Gen/Gätsch*, § 5 Rn. 119; *Bauer*, S. 107.

939 *Lutter*, ZIP 2007, 841, 848; wohl auch *Frankenberger/Gschrey/Bauer*, S. 156 f.

4. Zwischenergebnis

1. Die Bestellung der Vorstandsmitglieder sollte der Generalversammlung obliegen, wobei der Aufsichtsrat die Kandidaten begutachtet und Wahlempfehlungen abgibt. Die Abberufungskompetenz ist ebenfalls bei der Generalversammlung sinnvoll. Dem Aufsichtsrat stehen dann die Rechte aus § 40 GenG zu. Die Amtsniederlegung durch das Vorstandsmitglied sollte nicht an einen wichtigen Grund gebunden werden. Aufsichtsratsmitglieder sind von der Generalversammlung zu wählen. Auch die Abberufung obliegt der Generalversammlung. Deren Bindung an wichtige Gründe ist unabhängig der Zulässigkeit nicht zu empfehlen. Die Amtszeit der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder sollte auf eine Frist zwischen 2 und 5 Jahren begrenzt werden. Die Verkürzung der ersten Amtsperiode des Vorstandes nach Gründung ist zweckmäßig. Die Möglichkeit zur Wiederwahl sollte nicht beschränkt werden.
2. Ort und Zeitpunkt der Generalversammlung sollten der Vorstand und der Aufsichtsrat gemeinsam festlegen. Eine Anmeldepflicht der Mitglieder ist nicht sinnvoll. Für die Zuständigkeit zur Einberufung sind die gesetzlichen Regelungen sachgerecht. Bei der Form der Einberufung ist die unmittelbare Benachrichtigung der Mitglieder, vorzugsweise durch E-Mail, zu empfehlen. Daneben kann auch die Veröffentlichung in einem öffentlichen Blatt in der Satzung vereinbart werden. Die Einladungs- und Ankündigungsfrist sollten nicht verlängert werden. Bei postalischer Benachrichtigung ist eine Zugangsfiktion zweckmäßig.
3. Die Begriffe Leitung und Geschäftsführung folgen dem aktienrechtlichen Verständnis. Die Satzung kann bestimmte Maßnahmen der Leitung und der Geschäftsführung von der Zustimmung der Generalversammlung bzw. des Aufsichtsrates abhängig machen. Der Vorstand sollte zur Aufstellung einer Geschäftsordnung verpflichtet werden. Aus Haftungsgründen ist die Vornahme einer Geschäftsverteilung anzuraten. Die Vertretung durch zwei Vorstandsmitglieder ist sinnvoll. Die wesentlichen Aufgaben des Aufsichtsrates ergeben sich aus dem Gesetz. Die Satzung kann weitere Aufgaben vorsehen. Die Rahmenbedingungen der inneren Organisation von Vorstand und Auf-

sichtsrat sind in der Satzung festzulegen. Die übrigen Fragen regelt der Vorstand bzw. Aufsichtsrat in der Geschäftsordnung.

4. Grundsätzlich reicht für Beschlüsse der Generalversammlung die einfache Mehrheit aus. Für Satzungsänderungen ist die Dreiviertelmehrheit sachgerecht, bei Auswirkungen auf die steuerliche Gemeinnützigkeit ist die Erhöhung der Hürden für die Satzungsänderung zu erwägen. Ob die erforderliche Mehrheit bei umwandlungsrechtlichen Maßnahmen angehoben werden soll, hängt davon ab, ob diese faktisch durchführbar bleiben oder faktisch ausgeschlossen werden sollen. Auch ist es sinnvoll, der Generalversammlung die Entscheidungskompetenz für einzelne einschneidende Maßnahmen der Geschäftsführung bzw. Leitung mit einer Beschlussmehrheit von Dreivierteln der abgegebenen Stimmen zu übertragen. Für den Fortsetzungs- und Auflösungsbeschluss sind die gesetzlichen Mehrheitserfordernisse sachgerecht, die Satzung kann aber vorsehen, auch vor dem Auflösungsbeschluss den Prüfungsverband zu hören. Für die Wahl der Organmitglieder reicht die einfache Mehrheit aus. Die Abberufung des Vorstandes ist mit einer Dreiviertelmehrheit sinnvoll. Im Falle des § 40 GenG reicht die einfache Mehrheit aus. Über die Führung von Prozessen gegen Vorstandsmitglieder sollte die Generalversammlung mit einfacher Mehrheit entscheiden.
5. Die Satzung kann Teilnahmerechte für einzelne Nichtmitglieder vorsehen. Die Mitglieder sind zur Teilnahme der Generalversammlung berechtigt, aber nicht verpflichtet. Die grds. Teilnahmepflicht der Organmitglieder reduziert sich bei ehrenamtlichen Organmitgliedern aufgrund der genossenschaftliche Treuepflicht auf eine Soll-Vorschrift. Die Übertragung der Generalversammlung ist nicht ratsam. Die Bestimmung des Aufsichtsratsvorsitzenden als Versammlungsleiter ist sinnvoll. Die Generalversammlung sollte aber durch Beschluss mit einfacher Mehrheit einen anderen Versammlungsleiter wählen können. Eine Regelung zur Beschlussfähigkeit der Generalversammlung sollte nicht aufgenommen werden. Vom Einstimmengrundsatz des § 43 Abs. 3 S. 1 GenG sollte die Satzung nicht abweichen. Eine Klausel, nach der ausgeschlossene Mitglieder ab dem Zeitpunkt der Mitteilung über den Ausschluss das Recht zur Vertretung von Mitgliedern in der Generalversammlung verlieren, ist sinnvoll. Die Vereinbarung weiterer Voraussetzungen oder der Aus-

schluss von Personen, die sich geschäftsmäßig zur Stimmrechtsausübung anbieten, dürfte der Einrichtungs-eG und deren Mitgliedern meist keinen besonderen Nutzen bringen. Die Art und Durchführung der Beschlussfassung sollte der Versammlungsleiter festlegen. Die Generalversammlung kann aber auch selbst über die Beschlussfassung abstimmen. Eine Regelung gem § 43 Abs. 7 S. 1 GenG ist nicht zu befürworten.

6. Die diskutierten Ansätze zur Haftungsmilderung bei ehrenamtlichen Vorstandsmitgliedern sind entweder mit dem Gesetz nicht vereinbar oder laufen bei einem insgesamt ehrenamtlichen Vorstand ins Leere. Die Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG) kann analog angewandt werden, § 31a BGB nicht. Der Abschluss einer D&O-Versicherung ohne Selbstbehalt ist im Einzelfall sinnvoll. Auch für ehrenamtliche Aufsichtsratsmitglieder ergeben sich keine Haftungserleichterungen. Es kommt ebenfalls eine D&O-Versicherung in Betracht.

5. Teil: Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Eine Einrichtung i. S. d. Einrichtungsgesellschaft ist jede Einheit, die freiwillige Gemeindeaufgaben erfüllt. Eine Einrichtungsgesellschaft ist eine privatrechtlich organisierte Gesellschaft, die die von der Gemeinde geschlossene Einrichtung betreibt oder an deren Betrieb mittelbar beteiligt ist. Gesellschafter sind hauptsächlich die Bürger der Gemeinde und des Umlandes, die örtlichen Unternehmen sowie die Gemeinde.
2. Als Betreiberrechtsformen für die Einrichtungsgesellschaft sind v. a. die eG sowie die GmbH interessant. Die GmbH & Co. KG als nichtpersonengleiche und Einheits-GmbH & Co. KG sowie die AG können in Einzelfällen in Betracht kommen. Doppelstöckige Gestaltungen sind aus Finanz- und Strukturgesichtspunkten interessant.
3. Zur Finanzierung der Einrichtungsgesellschaft sind Gesellschaftsanteile, Beiträge, Darlehen, Zuschüsse, Spenden, Sponsoring, Nutzerbeiträge sowie Kosteneinsparungen, Querfinanzierungen und weitere Einnahmen denkbar. Eine Mischung aus mehreren Finanzierungsmöglichkeiten ist geboten.
4. Die Neugründung kann durch die klassische Gründung, über eine Vorrats-GmbH oder die Projekt-eG erfolgen. Sie eröffnet die Möglichkeit, die Einrichtungsgesellschaft von Beginn an nach den Bedürfnissen zu gestalten und nicht erst Umbauten vorzunehmen. Die Neugründung eignet sich für die Gründung der Einrichtungsgesellschaft.
5. Die Umwandlung kommunaler Rechtsträger ist über den Formwechsel möglich. Der Formwechsel von Eigengesellschaften und bei entsprechender Satzungsgestaltung auch der AöR ist in die Zielgesellschaft direkt erzielbar. Bei Regie- und Eigenbetrieben bedarf es einer doppelten Umwandlung über die AöR, was wegen des Aufwandes uninteressant ist. Der Formwechsel einer Eigengesellschaft in eine Einrichtungs-eG oder eine Einrichtungs-GmbH ist sinnvoll, wenn der Aufwand durch die erforderlichen Maßnahmen sowohl vor als auch nach dem Formwechsel nicht wesentlich höher als bei der Neugründung ist. Dies bedarf einer Betrachtung im jeweiligen Einzelfall. Beim Formwechsel der AöR stehen sehr weitgehende Regelungsmöglichkeiten zur

Verfügung, weshalb dieser als Gründungsalternative in Betracht gezogen werden kann.

6. Die Abspaltung und Ausgliederung von Eigengesellschaften ist möglich, von der AöR nicht. Regie- und Eigenbetriebe können gem. §§ 168 ff. UmwG als Vermögen einer Gebietskörperschaft vollständig ausgegliedert werden. Dies kann wegen des Übergangs des gesamten Unternehmens uninteressant sein. Die Abspaltung bzw. Ausgliederung von Eigengesellschaften ist wegen der Flexibilität der übergehenden Vermögensgegenstände eine in Betracht zu ziehende Gründungsalternative.
7. Die Umgestaltung einer bestehenden Eigen-GmbH ist nur eine Alternative, wenn die Personalstruktur tragbar und die Einrichtungssimmobilie von geringem Wert ist oder nicht im Eigentum der Eigen-GmbH steht.
8. Als Unternehmensgegenstand gem. § 6 Nr. 2 GenG bietet sich die konkrete Tätigkeit der Einrichtung an. Ist die Ausweitung des Tätigkeitsfelds auf weitere Einrichtungen denkbar, kann der Unternehmensgegenstand weiter formuliert werden.
9. Die Satzung kann so gestaltet werden, dass die Einrichtungs-eG die Voraussetzungen der steuerlichen Gemeinnützigkeit gem. § 51 ff. AO erfüllt.
10. Die Bürger, die Gemeinde und die Unternehmen können als Fördermitglieder beitreten, weshalb es der Zulassung investierender Mitglieder nicht bedarf.
11. Die Kündigungsfrist sollte ein Jahr nicht überschreiten. Die Satzung sollte mangels gesetzlicher Ausschlussgründe Ausschlussgründe vorsehen. Beim Ausschlussverfahren ist insbesondere die Zuständigkeit für den Ausschluss zu regeln. Die Übertragung des Geschäftsguthabens auszuschließen bzw. an weitere Voraussetzungen knüpfen, ist nicht ratsam. Eine Satzungsklausel gem. § 77 Abs. 2 GenG ist nicht notwendig. Für die Aufnahme objektiver Beendigungstatbestände besteht unabhängig von deren Zulässigkeit kein Bedürfnis.
12. Das Nichtmitgliedergeschäft ist zuzulassen.

13. Ein Mindestkapital gem. § 8a GenG ist nicht sinnvoll.
14. Der Geschäftsanteil sollte niedrig angesetzt werden. Konkret werden 50 € befürwortet. Die Zulassung der Beteiligung eines Mitglieds mit mehreren Geschäftsanteilen gem. § 7a Abs. 1 S. 1 GenG ist ratsam, sollte aber nicht an weitere Voraussetzungen geknüpft werden. Eine Pflichtbeteiligung gem. § 7a Abs. 2 S. 1 GenG sowie die Festsetzung einer Höchstzahl von Geschäftsanteilen sind nicht empfehlenswert.
15. Die sofortige bare Volleinzahlung der Geschäftsanteile bietet sich an. Die Satzung kann gem. § 7a Abs. 3 GenG Sacheinlagen zulassen. Dazu sind keine weiteren Angaben in der Satzung notwendig. Für die Zulassung und Überprüfung des Wertes der Sacheinlage sollte der Vorstand zuständig sein. Die Prüfung durch den gesetzlichen Prüfverband ist ebenfalls vorzusehen. Dienstleistungen als Sacheinlage auszuschließen ist empfehlenswert.
16. Die Gewinnverteilung muss bei der steuerlich gemeinnützigen Einrichtungs-eG ausgeschlossen werden, bei der nicht steuerlich gemeinnützigen Einrichtungs-eG ist dies von vornherein nicht sinnvoll. Die gesetzliche Gewinn- und Verlustverteilung ist zweckmäßig. Das Mitglied muss den auf ihn entfallenden Verlustanteil aber nicht an die eG bezahlen. Die Regelungen zur Höhe der gesetzlichen Rücklage müssen im Einzelfall betrachtet werden. Die Bildung freier Rücklagen ist sinnvoll. Bei der steuerlich gemeinnützigen eG muss § 62 AO beachtet werden.
17. Ein Anspruch auf Auszahlung der Ergebnisrücklage ist nicht sinnvoll. Auch sollte die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens von keinen weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht und die Frist nicht länger als 12 Monate festgelegt werden. Die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens in Form von Sacheinlagen sollte entweder nicht zugelassen oder von der Zustimmung des Vorstandes abhängig gemacht werden. Bei einem Bilanzfehlbetrag sollten evtl. Verlustvorträge berücksichtigt werden. Die für die Auseinandersetzung geltenden Normen sind entsprechend auf die Auseinandersetzung bei Kündigung einzelner Geschäftsanteile anzuwenden.
18. Die Pflicht zur Zahlung laufender Beiträge sowie zur Leistung eines Eintrittsgeldes ist kaum relevant. Die genossenschaftliche Rückvergütung ist bei

der steuerlich gemeinnützigen eG nicht zulässig und bei der nicht steuerlich gemeinnützigen Einrichtungs-eG wenig sinnvoll.

19. Die Bestellung der Vorstandsmitglieder sollte der Generalversammlung obliegen, wobei der Aufsichtsrat die Kandidaten begutachtet und Wahlempfehlungen abgibt. Die Abberufungskompetenz ist ebenfalls bei der Generalversammlung sinnvoll. Dem Aufsichtsrat stehen dann die Rechte aus § 40 GenG zu. Die Amtsniederlegung durch das Vorstandsmitglied sollte nicht an einen wichtigen Grund gebunden werden. Aufsichtsratsmitglieder sind von der Generalversammlung zu wählen. Auch die Abberufung obliegt der Generalversammlung. Deren Bindung an wichtige Gründe ist unabhängig der Zulässigkeit nicht zu empfehlen. Die Amtszeit der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder sollte auf eine Frist zwischen 2 und 5 Jahren begrenzt werden. Die Verkürzung der ersten Amtsperiode des Vorstandes nach Gründung ist zweckmäßig. Die Möglichkeit zur Wiederwahl sollte nicht beschränkt werden.
20. Ort und Zeitpunkt der Generalversammlung sollten der Vorstand und der Aufsichtsrat gemeinsam festlegen. Eine Anmeldepflicht der Mitglieder ist nicht sinnvoll. Für die Zuständigkeit zur Einberufung sind die gesetzlichen Regelungen sachgerecht. Bei der Form der Einberufung ist die unmittelbare Benachrichtigung der Mitglieder, vorzugsweise durch E-Mail, zu empfehlen. Daneben kann auch die Veröffentlichung in einem öffentlichen Blatt in der Satzung vereinbart werden. Die Einladungs- und Ankündigungsfrist sollten nicht verlängert werden. Bei postalischer Benachrichtigung ist eine Zugangsfiktion zweckmäßig.
21. Die Begriffe Leitung und Geschäftsführung folgen dem aktienrechtlichen Verständnis. Die Satzung kann bestimmte Maßnahmen der Leitung und der Geschäftsführung von der Zustimmung der Generalversammlung bzw. des Aufsichtsrates abhängig machen. Der Vorstand sollte zur Aufstellung einer Geschäftsordnung verpflichtet werden. Aus Haftungsgründen ist die Vornahme einer Geschäftsverteilung anzuraten. Die Vertretung durch zwei Vorstandsmitglieder ist sinnvoll. Die wesentlichen Aufgaben des Aufsichtsrates ergeben sich aus dem Gesetz. Die Satzung kann weitere Aufgaben vorsehen. Die Rahmenbedingungen der inneren Organisation von Vorstand und Auf-

sichtsrat sind in der Satzung festzulegen. Die übrigen Fragen regelt der Vorstand bzw. Aufsichtsrat in der Geschäftsordnung.

22. Grundsätzlich reicht für Beschlüsse der Generalversammlung die einfache Mehrheit aus. Für Satzungsänderungen ist die Dreiviertelmehrheit sachgerecht, bei Auswirkungen auf die steuerliche Gemeinnützigkeit ist die Erhöhung der Hürden für die Satzungsänderung zu erwägen. Ob die erforderliche Mehrheit bei umwandlungsrechtlichen Maßnahmen angehoben werden soll, hängt davon ab, ob diese faktisch durchführbar bleiben oder faktisch ausgeschlossen werden sollen. Auch ist es sinnvoll, der Generalversammlung die Entscheidungskompetenz für einzelne einschneidende Maßnahmen der Geschäftsführung bzw. Leitung mit einer Beschlussmehrheit von Dreivierteln der abgegebenen Stimmen zu übertragen. Für den Fortsetzungs- und Auflösungsbeschluss sind die gesetzlichen Mehrheitserfordernisse sachgerecht, die Satzung kann aber vorsehen, auch vor dem Auflösungsbeschluss den Prüfungsverband zu hören. Für die Wahl der Organmitglieder reicht die einfache Mehrheit aus. Die Abberufung des Vorstandes ist mit einer Dreiviertelmehrheit sinnvoll. Im Falle des § 40 GenG reicht die einfache Mehrheit aus. Über die Führung von Prozessen gegen Vorstandsmitglieder sollte die Generalversammlung mit einfacher Mehrheit entscheiden.
23. Die Satzung kann Teilnahmerechte für einzelne Nichtmitglieder vorsehen. Die Mitglieder sind zur Teilnahme der Generalversammlung berechtigt, aber nicht verpflichtet. Die grds. Teilnahmepflicht der Organmitglieder reduziert sich bei ehrenamtlichen Organmitgliedern aufgrund der genossenschaftliche Treuepflicht auf eine Soll-Vorschrift. Die Übertragung der Generalversammlung ist nicht ratsam. Die Bestimmung des Aufsichtsratsvorsitzenden als Versammlungsleiter ist sinnvoll. Die Generalversammlung sollte aber durch Beschluss mit einfacher Mehrheit einen anderen Versammlungsleiter wählen können. Eine Regelung zur Beschlussfähigkeit der Generalversammlung sollte nicht aufgenommen werden. Vom Einstimmungsgrundsatz des § 43 Abs. 3 S. 1 GenG sollte die Satzung nicht abweichen. Eine Klausel, nach der ausgeschlossene Mitglieder ab dem Zeitpunkt der Mitteilung über den Ausschluss das Recht zur Vertretung von Mitgliedern in der Generalversammlung verlieren, ist sinnvoll. Die Vereinbarung weiterer Voraussetzungen o-

der der Ausschluss von Personen, die sich geschäftsmäßig zur Stimmrechtsausübung erbieten, dürfte der Einrichtungs-eG und deren Mitgliedern meist keinen besonderen Nutzen bringen. Die Art und Durchführung der Beschlussfassung sollte der Versammlungsleiter festlegen. Die Generalversammlung kann aber auch selbst über die Beschlussfassung abstimmen. Eine Regelung gem § 43 Abs. 7 S. 1 GenG ist nicht zu befürworten.

24. Die diskutierten Ansätze zur Haftungsmilderung bei ehrenamtlichen Vorstandsmitgliedern sind entweder mit dem Gesetz nicht vereinbar oder laufen bei einem insgesamt ehrenamtlichen Vorstand ins Leere. Die Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG) kann analog angewandt werden, § 31a BGB nicht. Der Abschluss einer D&O-Versicherung ohne Selbstbehalt ist im Einzelfall sinnvoll. Auch für ehrenamtliche Aufsichtsratsmitglieder ergeben sich keine Haftungserleichterungen. Es kommt ebenfalls eine D&O-Versicherung in Betracht.

Anhang: Gesprächsprotokoll Freibad Hänigsen eG

Datum und Ort: 17.02.2015, Witten Legden 20, Uetze-Hänigsen

Beginn: ca. 12.00 Uhr

Ende: ca. 16.15 Uhr

Teilnehmer: Rainer Lindenberg (Vorstandssprecher) , Manfred Eberl (Vorstand Badebetrieb), Katrin Flaig

A. Vorbereitung und Gründung

I. Eine gemeinnützige und überwiegend ehrenamtlich betriebene Freibad eG wird nur dort bestehen können, wo eine örtliche Verbundenheit, d. h. ein ausgeprägtes Zusammengehörigkeitsgefühl besteht. Dies ist vor allem in Strukturen wie ländlichen Gemeinden, Dörfern oder Stadtteilen, dagegen kaum in Großstädten selbst gegeben. Die Mitglieder der Genossenschaft müssen sich als Gemeinschaft verstehen und die eG möglichst aktiv mitgestalten. Verstehen sich die Mitglieder dagegen vorwiegend als reine Konsumenten, kann eine Freibad eG dauerhaft nicht funktionieren.

II. Die eG als Rechtsform wurde von einem Vorstandsmitglied der örtlichen Raiffeisenwarengenossenschaft angeregt. Wichtige Argumente für die eG und gegen eine Lösung auf Vereinsbasis waren für die Initiatoren die klaren, nach GenG vorgegebenen Strukturen und die Überwachungs- und Prüfungspflichten von Aufsichtsrat und Genossenschaftsverband.

III. Die den Planungen zugrunde liegenden statistischen Daten und Erfolgsrechnungen der Gemeinde sollten intensiv auf Plausibilität geprüft werden. Insbesondere ist zu prüfen, in welchem Maß die Daten eventuelle politisch motivierte Gestaltungen enthalten. Im Falle der beiden Bäder Uetze und Hänigsen war vor der Übertragung der Bäder auf die Genossenschaften davon auszugehen, dass eines der Bäder geschlossen werden wird. Entsprechende Modellrechnungen lagen bereits vor.

Zahlenwerke lassen oft Gestaltungsspielräume zu, mittels derer in eine gewünschte Richtung gesteuert werden kann. Zwar wurde das Hänigser Bad fünf Jahre vor der drohenden Schließung noch für 1,5 Mio. € von der Gemeinde teilsaniert, woraus sich jedoch keine Garantie für den Erhalt ableiten lässt. Auch

nach einer derartigen Investition der Gemeinde ist die Schließung nicht ausgeschlossen, wenn die Gemeinde dadurch auf Dauer ausreichend Einsparungen erzielen kann.

IV. Zur Vertrauensbildung ist es wichtig, dass die Verhandlungspartner der eG eng mit Rat und Verwaltung zusammenarbeiten und in die Arbeit der entsprechenden Ausschüsse eingebunden werden.

V. Sowie die Ziele der Verhandlungspartner definiert sind und ein erfolgreicher Abschluss beiderseits angestrebt wird, ist es wichtig über die wesentlichen Eckdaten und Modalitäten mit allen an der Übertragung Beteiligten einen „harten“ LOI (Letter of Intent) zu vereinbaren und diesen per Ratsbeschluss bestätigen zu lassen.

Da zwei Freibäder in der gleichen Gemeinde (Uetze und Hänigsen) zeitgleich an eingetragene Genossenschaften übertragen werden sollten, war es äußerst wichtig, im LOI den Gleichbehandlungsgrundsatz zu vereinbaren. Außerdem wurde vereinbart, dass im Falle der Nicht- oder Rückübertragung eines der Bäder an die Gemeinde der Badebetrieb in diesem Bad endgültig eingestellt wird. Der Grund für diese Regelung bestand darin, dass nicht zu einem späteren Zeitpunkt eines der Bäder wieder direkt oder indirekt in die Verantwortung der Kommune fällt, während das andere Bad ehrenamtlich durch eine eG betrieben wird (§ 9 Abs. 3 2. UA Übertragungsvertrag). Durch diese Regelung liegt die Zukunft der Bäder in der Verantwortung der Genossenschaften. Verwaltung und Rat bleibt die unpopuläre politische Entscheidung, eines der Bäder zu schließen, erspart.

VI. Die Zwischenübertragung der Freibäder zunächst auf die Gemeindebetriebe Uetze GmbH, um sie dann von der GmbH nach drei Jahren per Erbbaurechtsvertrag auf die Genossenschaften zu übertragen, schien zunächst steuerrechtlich sinnvoll. Im Nachhinein betrachtet waren jedoch keine wesentlichen Effekte zu erzielen.

B. Finanzen

I. Die Freibad Hänigsen eG erhält von der Gemeinde Uetze jährlich Zuschüsse in Höhe von 160.000 €. Die Zuschüsse sind in einem Zuwendungsvertrag geregelt. Beihilfenrechtliche Regelungen wurden bei der Zuschussvergabe nicht thematisiert und problematisiert. Die Gemeinde hat zwar für das Freibad noch

immer finanzielle Aufwendungen. Der erste Vorteil für die Gemeinde besteht aber darin, dass der jährliche Zuschuss auf ca. die Hälfte des Betrages geschrumpft ist, den die Gemeinde davor für das Bad aufwenden musste. Ein weiterer Vorteil für die Gemeinde ist, dass der jährliche Betriebskostenzuschuss nun konstant bleibt und nicht durch steigende Lohn- und Energiekosten jedes Jahr erhöht wird. Zusätzlich entfallen bei der Gemeinde Instandhaltungs- und Investitionskosten. Daneben steht im Raum, dass die Freibad Hänigsen eG der Gemeinde in guten Jahren auf freiwilliger Basis einen Teil des Zuschusses zurückbezahlt.

II. Bezüglich der Gemeindegzuschüsse ergibt sich aktuell das Problem, dass auf diese wegen des seitens der Finanzverwaltung unterstellten Leistungsaustausches Umsatzsteuer (7%) zu entrichten ist. Hier wird versucht, die Nichtsteuerbarkeit der Zuschüsse zu erreichen. Eine entsprechende Klage ist bereits anhängig.

III. Die Freibad Hänigsen eG bezieht von der örtlichen Biogasanlage kostenlos Wärme zum Beheizen der Wasserbecken. Für die Biogasanlagenbetreiber hat das den Vorteil, dass diese auf den in das Netz eingespeisten Strom einen zusätzlichen Bonus erhalten, da auch die Sommerwärme genutzt wird. Das Freibad führt die überschüssige Wärme in die Becken ab, die andernfalls unter Anwendung von elektrischer Energie aktiv vernichtet werden müsste. Durch das Publikmachen und Erleben der Vorteile für das Freibad konnte der Widerstand in der Bevölkerung gegen die Biogasanlage - anders als in umliegenden Kommunen - vermieden werden. Damit die Wärme beim Freibad ankommt, musste eine 800m lange Leitung für insgesamt 250.000 € gebaut werden. Die Gemeinde hat die Leitung zwar gebaut, da diese Leitung ein Teil ihres gesamten Netzes ist. Die Freibad Hänigsen eG hat mit der Gemeinde allerdings einen Pachtvertrag über das Leitungsstück geschlossen. Der einzige Nachteil besteht darin, dass die Wärme, die kostenlos an das Freibad geliefert wird, als Eigenentnahme seitens des Betreibers umsatzsteuerrechtlich zu berücksichtigen ist.

IV. Durch das Saisonkarten-Abo können unabhängig von der jeweiligen Wetterlage im Sommer bereits zu Jahresbeginn verlässliche Einnahmen generiert werden. Dazu kommen Einnahmen in Höhe von 4.000 € durch Schwimmkurse. Der Förderverein Hänigser Freibad e. V. unterstützt die Freibad Hänigsen eG jähr-

lich mit ca. 10.000 €. Das Sponsoring durch Unternehmen hat neben dem wirtschaftlichen Effekt vor allem symbolischen Charakter. Die örtliche Wirtschaft wird dadurch Teil des BADES VON ALLEN FÜR ALLE.

Die Veranstaltungen im Bad (s.u.) werden weniger zur Finanzierung ausgerichtet, sondern die Bindung der Mitglieder und der Öffentlichkeit steht im Vordergrund.

V. Die gemeinnützige eG darf keine Gewinne erwirtschaften. Zur Finanzierung künftiger Investitionen ist daher die regelmäßige Bildung von Rücklagen aus Überschüssen wichtig. Dabei ist zwischen freier und zweckgebundener Rücklage zu unterscheiden. Die Höhe der freien Rücklagen ist steuerrechtlich begrenzt. Bei der Bildung von zweckgebundenen Rücklagen müssen vorausschauende Überlegungen angestellt werden, was an Investitionen anstehen wird. Die Definition der gebundenen Rücklagen ist im Rahmen der steuerrechtlichen Zulässigkeit so zu gestalten, das ausreichender Handlungsspielraum bei der Verwendung der Rücklagen gegeben ist.

C. Überlassung des Freibades/Freibadimmobilie

I. Für die ersten drei Jahre wurde zur Nutzungsüberlassung mit der Gemeinde ein Pachtvertrag vereinbart. Der Pachtzins betrug 25.000 € p. a. Dem stand ein einmaliger Zuschuss der Gemeinde in Höhe von 125.000 € (3x 25.000 € zzgl. Gründungszuschuss) entgegen. Der Pachtvertrag enthielt die Option, den Vertrag nach drei Jahren in einen Erbbaurechtsvertrag umwandeln zu können. Die Freibad Hänigsen eG hat die Option gezogen (Uetze hat den Pachtvertrag verlängert). Der Nachteil eines Pachtvertrages besteht im Vergleich zum Erbbaurechtsvertrag darin, dass Investitionen wegen Entfalls dinglicher Sicherungsmöglichkeit bei der Finanzierung erschwert werden.

II. Der Erbbaurechtsvertrag mit der Gemeinde Uetze ist ausverhandelt und steht unmittelbar vor der Unterzeichnung. Die notarielle Beurkundung hätte schon längst abgeschlossen werden sollen, verzögert sich aber aufgrund eines Fehlers bei der Grundstückvermessung. Faktisch haben sich die Vertragsparteien ab dem 01.01.2011 unabhängig von der Eintragung des Erbbaurechts so zu verhalten, als wäre das Erbbaurecht entstanden (Teil IV Abs. 1 Erbbaurechtsvertrag). Für den Zeitraum vom 01.01.2014 bis zur finalen notariellen Beurkundung wurde

wegen des ansonsten vertragslosen Zeitraumes eine Übergangsvereinbarung geschlossen.

Der Erbbauzins ist auf 1 € p. a. beziffert. Die Laufzeit beträgt 30 Jahre mit einer jeweils 5-jährigen Verlängerungsoption.

III. Der Erbbauvertrag enthält eine Heimfallklausel, nach der die Gemeinde als Grundstückseigentümerin bei Heimfall unter den genannten Gründen und Voraussetzungen in die Verbindlichkeiten der Erbbauberechtigten (Freibad Hänigsen eG) eintritt. Diese Klausel ist eine Sicherheit für die Bank und damit der Schlüssel zur Kreditvergabe. Insgesamt ist diese Regelung vom Stellenwert für die Finanzierung deutlich wichtiger als der gemeindliche Zuschuss.

IV. Ursprünglich bestanden seitens der Gemeinde Uetze auch Überlegungen zum Abschluss eines Kaufvertrages über das Freibad. Dies hat die Freibad Hänigsen eG aber aus folgenden Gründen nicht akzeptiert. Die Unterzeichnung eines Kaufvertrages ist eine irreversible Festlegung für die Nachfolger. Scheitert die Freibad eG, dann hätte sie als Eigentümerin die Rückbau und Renaturierungskosten zu tragen. Eventuelle Bodenkontaminierungen wären zu beseitigen. Die Freibad eG wäre wirtschaftlich überfordert. Der Erbbaurechtsvertrag mit Heimfallklausel und Übernahme der Verbindlichkeiten stellt somit für die Freibad Hänigsen eG eine Sicherheit dar.

V. Bei den Überlassungsverträgen spielt die Preisgestaltung eine wichtige Rolle. Dies hängt wesentlich vom Wert des Freibades ab. Einen Ertragswert hat das Freibad als defizitärer Betrieb mangels Erträgen nicht. Das Finanzamt wollte den Substanzwert ansetzen, der sich aber aufgrund der eingeschränkten Nutzbarkeit (nicht als Bauland verwertbar) und der Abbaukosten ebenfalls nicht ergibt. Schließlich wurde ein Symbolwert von 1 € generiert. Ein möglichst niedriger Wert des Freibades ist aufgrund der anfallenden Grunderwerbssteuer anzustreben.

D. Personal

I. Die bei der Gemeinde angestellten Mitarbeiter des Freibades wollten anfänglich dem Übergang des Arbeitsverhältnisses widersprechen, konnten aber durch Überzeugungsarbeit davon abgehalten werden, da ihre Arbeitsplätze bei der Gemeinde durch Übertragung aller Funktionen entfallen. Grundsätzlich ist damit

zu rechnen, dass Arbeitnehmer widersprechen, wenn in der Gemeinde eine annähernd gleichwertige Stelle zur Verfügung steht.

II. Personalzuweisung bzw. –gestellung durch die Gemeinde wurde seitens der Freibad Hänigsen eG abgelehnt. Die Identifikation mit dem neuen Betreiber und der Einsatz sind größer, wenn die eG der direkte Arbeitgeber, d.h. der Dienstherr ist. Zielvereinbarungen mit Anreizen können beim Arbeitnehmer zusätzlich motivierend wirken.

III. Außerdem muss im Vorfeld geprüft werden, ob der übergehende Arbeitnehmer Dienstvereinbarungen mit der Gemeinde unterliegt und ob die Rechte und Pflichten daraus auf die eG übergehen.

IV. Geht das Arbeitsverhältnis im Rahmen des § 613a BGB auf die eG über, muss diese auch die Altersvorsorge übernehmen. Dabei ist eine gleichwertige Altersvorsorge „bereitzustellen“. Die Gemeindemitarbeiter sind über die VBL versichert. Dabei stellt sich im Wesentlichen die Frage, was ein adäquater Ersatz für die VBL ist.

V. Da in der Gemeinde Uetze die besondere Situation ist, dass zwei Freibäder (Uetze und Hänigsen) als eG betrieben werden, „teilen“ sich beide eG eine Bäderfachkraft je zur Hälfte.

Aufgrund der historisch bedingten Kostendifferenz bei den zu übernehmenden Schwimmmeistern und der damit verbundenen Mehrkosten für die Freibad Hänigsen eG wurde zur Regulierung der Differenz eine Personalkostenausgleichsvereinbarung geschlossen.

E. Mitglieder und Geschäftsanteile

I. Die Gemeinde Uetze ist nicht Mitglied in der Freibad Hänigsen eG, der Bürgermeister und Mitglieder aus Rat und Verwaltung als Privatpersonen hingegen schon.

II. Ansässige Firmen wollten an der Freibad Hänigsen eG auch mehrere Anteile erwerben. Die eG hat dann aber eingewandt, dass es sinnvoller ist, wenn die Firma die Anteile den Mitarbeitern als eine sportfördernde Maßnahme überträgt und somit der einzelne Mitarbeiter Mitglied wird.

III. Die meisten Mitglieder halten einen Anteil. Dies führt dazu, dass die Mitgliederzahl (1.050) und die Zahl der Anteile (1.150) insgesamt nicht allzu weit voneinander abweichen.

IV. Bedenken von Interessierten, einen Anteil zu erwerben, kann mit dem Argument begegnet werden, dass das „Geld ja nicht weg“ sei, sondern im Falle eines Austrittes wieder zurückerhalten werden kann und dass keinerlei Nachschusspflicht besteht.

V. In der Satzung wurde die Übertragbarkeit der Anteile festgelegt, damit das Ausscheiden eines Mitglieds nicht zwangsläufig zu einer Auseinandersetzung gem. § 73 GenG führt.

VI. Die Erhebung eines Eintrittsgeldes bei Verringerung des Betrages des Geschäftsanteils ist eher nicht zu befürworten.

VII. Geschäftsanteile der Freibad Hänigsen eG sind beliebte Geschenkideen zu Weihnachten, Geburtstag, Kommunion etc.

VIII. Ein Vorteil der Mitglieder gegenüber den Nichtmitgliedern sind die Zugangszeiten des Bades. Während Nichtmitglieder nur im öffentlichen Badebetrieb Zugang zum Bad haben, können Nichtmitglieder auch zu den nichtöffentlichen Zugangszeiten schwimmen. Zu den nichtöffentlichen Zugangszeiten sind allerdings keine Wasseraufsicht und kein Schwimmmeister vor Ort. Die Nutzung erfolgt dann auf eigene Gefahr. Jedes Genossenschaftsmitglied, das das Bad zu den nichtöffentlichen Zeiten nutzen möchte, wird über die Gefahren des Schwimmens ohne Wasseraufsicht belehrt und muss mit der Freibad eG eine individuelle Nutzungs- und Enthafungsvereinbarung schließen.

F. Organe

I. Der Aufsichtsrat ist gegenüber dem Vorstand beratend und kontrollierend tätig. Zwischen Vorstand und Aufsichtsrat muss eine enge Zusammenarbeit und ein Vertrauensverhältnis bestehen.

Im Falle der Freibad Hänigsen eG wird der Vorstand durch den Aufsichtsrat bestellt. Die Mitglieder haben auf die Wahl der Vorstände keinen direkten Einfluss.

Das von mir vorgestellte Modell, wonach Mitglieder Vorschläge zur Vorstandswahl an den Aufsichtsrat senden, dieser eine Vorauswahl mit Empfehlungen trifft und die eigentliche Wahl durch die Generalversammlung getroffen wird, wurde als praxistauglich beurteilt.

II. In beiden Organen sind qualifizierte Personen erforderlich, die bereits Erfahrung mit der Leitung von Unternehmen oder ähnliche wirtschaftliche Erfahrungen haben. Bei der Freibad eG handelt es sich um ein Unternehmen, welches sowohl Fachkompetenz im operativen Geschäft als auch kaufmännische Kompetenz in der Verwaltung erfordert. Das Amt des Vorstandes bzw. des Aufsichtsrates birgt eine hohe Verantwortung, die gerade im Hinblick auf die Haftung, ohne entsprechende Qualifikation schwer zu tragen ist.

III. Für die erste Organbestellung nach Gründung ist es sinnvoll, die Bestellungsfrist auf einen kurzen Zeitraum (1-2 Jahre) auszulegen. Nach der ersten Periode hat die eG deutlich mehr Mitglieder. Dann können Organmitglieder gewählt werden, die die Unterstützung der Mehrzahl der Mitglieder und nicht „nur“ der Gründungsmitgliedern erfahren.

IV. Eine D&O-Versicherung (Vermögensschadenhaftpflicht) ist für die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat wegen der Haftungsrisiken auf jeden Fall abzuschließen. Die Kosten sind von Umsatz und Bilanzsumme abhängig. Die Kosten belaufen sich bei der Freibad eG insgesamt auf 800 € pro Jahr. Übernimmt die eG die Versicherungsbeiträge, kann dies mit Blick auf die steuerliche Gemeinnützigkeit problematisch sein. Es besteht die Gefahr, dass die Finanzbehörde die von der Gesellschaft getragenen Versicherungsbeiträge als Vergütung der ehrenamtlich tätigen Vorstände und Aufsichtsräte betrachtet. Deshalb sieht die Satzung in § 18 Abs. 10 S. 2 und 3 vor, dass die Gestattung der Zahlung einer D&O-Versicherung für den Vorstand kein Verstoß gegen § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO ist. Eine entsprechende Satzungsklausel für den Aufsichtsrat findet sich in § 21 Abs. 9 S. 3 und 4.

G. Steuer

Wegen der steuerlichen Gemeinnützigkeit sollte im Vorfeld mit dem Finanzamt zusammengearbeitet und die kritischen Punkte geklärt werden. Insbesondere muss der Satzungszweck genau festgelegt und formuliert werden. Bei der Frei-

bad Hänigsen eG war aus der ursprünglichen Satzung zur Gründung die Förderung von Freizeitmöglichkeiten zu streichen, um die Anerkennung als gemeinnützige eG nicht zu gefährden.

H. Aktivitäten und Sonstiges

I. Das Freibad ist in Hänigsen nicht nur ein Badeort, sondern ebenso sozialer Treffpunkt im Ort.

II. Rund um das Bad und die eG finden regelmäßig verschiedene Aktivitäten statt. Beispielhaft sind aufzuführen: Konzerte, Schweinetrogennen, Freibad TV, Badkalender für 15 €, Open-Air-Kino, kostenloses W-Lan, Kaffee und Kekse für Frühschwimmer. Bei Veranstaltungen im Bad steht die Bindung der Mitglieder, Vereine und der Bevölkerung im Vordergrund. Überschüsse aus Veranstaltungen sind willkommen, aber nicht generelle Grundlage zur Durchführung. Angestrebt wird jeweils die schwarze Null. Die Anzahl der Teilnehmer, und damit potenzieller Dauerkunden, ist für den Baderfolg wichtiger als ein einmaliger Überschuss von beispielsweise 200 €.

III. Die DLRG Hänigsen führt regelmäßig Schwimm- und Rettungsschwimmkurse durch. Sie ist darüber hinaus für die Freibad eG wichtiger Dienstleister zur Wasseraufsicht und organisiert eigene Events zur Unterstützung der Gemeinschaftsbildung.

IV. Die Finanzbuchhaltung wird auf Lizenzbasis über ein DATEV-System verwaltet. Als Standardsystem für kleine und mittelständische Unternehmen (KMU) erfüllt DATEV alle handelsrechtlichen Voraussetzungen, inklusiv der Nachweispflichten sowie der Datensicherung über den Zentralserver der DATEV.

IV. Die größte Herausforderung, die mittelfristig auf die Freibad Hänigsen eG zukommen wird, ist die Akquisition geeigneter Nachrücker in Vorstand und Aufsichtsrat.