

Dr. Kropp Endler Rasch Sternstraße 33 39104 Magdeburg

Vorab per E-Mail: A.Brohm@Tangerhuette.de
K.Altmann@Tangerhuette.de

Stadt Tangerhütte
Bismarckstraße 5

39517 Tangerhütte

Sekretariat: Frau Friedrich
Tel.: 0391/54437-16
friedrich@ker-md.de

Dr. Hans-Thomas Kropp
Rechtsanwalt | Partner
Fachanwalt für Agrarrecht
Dipl.-Ing. (FH)

Matthias Endler
Rechtsanwalt | Partner
Fachanwalt für Versicherungsrecht

Christian Rasch
Rechtsanwalt | Partner
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Julia Meister
angestellte Rechtsanwältin

Dr. Kropp Endler Rasch
Rechtsanwälte Partnerschaft
Sternstraße 33
39104 Magdeburg
Telefon +49 391 5 44 37-0
Telefax +49 391 5 44 37-30
info@ker-md.de
www.ker-md.de

7. Dezember 2021

Wildpark in der Einheitsgemeinde Stadt Tangerhütte OT Weißewarte
Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten für den Weiterbetrieb des Wildparks
Unser Zeichen: 15124-21/ME/kf

Sehr geehrter Herr Bürgermeister Brohm,
sehr geehrte Frau Altmann,

die grundsätzliche Zulässigkeit der Errichtung eines Unternehmens in einer Rechtsform des Privatrechts durch eine Kommune ergibt sich aus § 129 Abs. 1 in Verbindung mit § 128 KVG LSA.

Neben den Voraussetzungen, die in § 128 Abs. 1 Nr. 1-3 KVG LSA geregelt sind und die im Hinblick auf die Errichtung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zum Betrieb des Wildparks Weißewarte vorliegen dürften, ist die Errichtung eines Unternehmens in einer Rechtsform des Privatrechts durch eine Kommune gemäß § 129 Abs. 1 Nr. 1 KVG LSA grundsätzlich nur zulässig, wenn der öffentliche Zweck des Unternehmens nicht ebenso durch einen Zweckverband, einen Eigenbetrieb oder eine Anstalt des öffentlichen Rechts erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Nur wenn der öffentliche Zweck des Unternehmens nicht ebenso durch eine öffentlich-rechtliche Organisationsform erfüllt wird oder erfüllt werden kann, darf die Kommune ein Unternehmen in Privatrechtsform wählen.

Um dies beurteilen zu können, hat der Hauptverwaltungsbeamte, wenn die Kommune beabsichtigt, ein Unternehmen in einer Rechtsform des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts zu errichten, zu übernehmen oder wesentlich zu erweitern oder seine Rechtsform innerhalb des Privatrechts zu ändern, gemäß § 135 Abs. 1 KVG LSA eine Analyse zu erstellen, in der die Vor- und Nachteile der öffentlichen und der privatrechtlichen Organisationsformen im konkreten Einzelfall dargestellt werden. Dabei sind die organisatorischen, personalwirtschaftlichen, mitbestimmungsrechtlichen sowie die wirtschaftlichen, finanziellen, haftungsrechtlichen und steuerlichen Unterschiede und die Auswirkungen auf den Haushalt der Kommunen sowie die Entgeltgestaltung gegenüberzustellen.

Die Analyse ist gemäß § 135 Abs. 1 Satz 2 KVG LSA der beschließenden Vertretung zur Vorbereitung der Entscheidung, der Kommunalaufsichtsbehörde jedoch unverzüglich, spätestens sechs Wochen vor der Entscheidung vorzulegen.

Die Entscheidung der Kommune über die Errichtung, Auflösung, Übernahme und wesentliche Erweiterung sowie die Änderung der Rechtsform oder des öffentlichen Zwecks von Unternehmen der Kommune, die unmittelbare oder mittelbare Beteiligung der Kommune an Unternehmen sowie die gänzliche oder teilweise Veräußerung von Unternehmen oder Beteiligungen der Kommune sind gemäß § 135 Abs. 2 KVG LSA einschließlich des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung der Kommunalaufsichtsbehörde rechtzeitig, mindestens aber sechs Wochen vor ihrem Vollzug vorzulegen.

Ein wesentlicher Teil der Unterschiede der in Betracht kommenden Rechtsformen, die die von dem Hauptverwaltungsbeamten gemäß § 135 Abs. 1 KVG LSA zu erstellende Analyse enthalten muss, ist bereits Gegenstand unserer Untersuchung vom 02.12.2021. Ergänzend wären noch – sofern nicht bereits in der uns nicht bekannten Beschlussvorlage enthalten – die Auswirkungen auf den Haushalt der Kommune sowie auf die Entgeltgestaltung bei den einzelnen Rechtsformen gegenüberzustellen.

Wie bereits in unserer Untersuchung vom 02.12.2021 dargelegt, führt die sogenannte „Gewährträgerhaftung“, das heißt die Anstaltslast (vgl. § 4 AnstG) in haftungsrechtlicher Hinsicht zu einer **unbeschränkten** Haftung der kommunalen Gebietskörperschaft für die Verbindlichkeiten einer Anstalt des öffentlichen Rechts. Die kommunale Gebietskörperschaft haftet gemäß § 4 Abs. 1 AnstG nach der Anstalt für deren Verbindlichkeiten unbeschränkt (Gewährträgerhaftung). Sie hat sicherzustellen, dass die Anstalt ihre Aufgaben erfüllen kann (Anstaltslast).

Dies bedeutet, dass die kommunale Gebietskörperschaft etwaige Verbindlichkeiten der Anstalt des öffentlichen Rechts, die aus deren unternehmerischer Tätigkeit resultieren, aus Haushaltsmitteln zu begleichen hat.

Demgegenüber haftet die kommunale Gebietskörperschaft als Gesellschafterin eines Unternehmens in einer Rechtsform des Privatrechts (GmbH) ausschließlich in Höhe der von ihr zu leistenden Kapitaleinlage. Ist diese erbracht beschränkt sich die Haftung auf das Vermögen der GmbH. Die Kommune kann wegen der Verbindlichkeiten der GmbH von den Gläubigern grundsätzlich nicht in Anspruch genommen werden.

Soweit es die steuerlichen Unterschiede der einzelnen Rechtsformen betrifft, bitten wir um Verständnis, dass eine vertiefende Darstellung der Unterschiede auf sämtlichen in Betracht kommenden Gebieten des Steuerrechts nicht Gegenstand unserer Untersuchung gewesen ist. Wie Sie wissen, beraten wir grundsätzlich nicht auf dem Gebiet des Steuerrechts, da dieses Rechtsgebiet nicht zu unseren ausgewiesenen Expertisen zählt.

Sollten hierzu weitergehende Informationen erforderlich sein, empfehlen wir, insoweit die Dienste eines Experten auf dem Gebiet des Steuerrechts, etwa eines Steuerberaters, in Anspruch zu nehmen.

Einen ersten Überblick zu dieser Thematik dürfte insoweit die als Anlage beigefügte Broschüre des Bayerischen Landesamtes für Steuern „Ertrags- und Umsatzbesteuerung der öffentlichen Hand“, Stand Oktober 2020, bieten.

Bei dem Wildpark Weißewarte dürfte es sich um einen „Betrieb gewerblicher Art“ im Sinne des § 4 Abs. 1 KStG handeln. Eine Gewinnerzielungsabsicht ist hierfür nicht erforderlich. Diese wird nur für die Gewerbesteuerpflicht eines Betriebes gewerblicher Art verlangt, da für diese Steuerart die Voraussetzungen eines Gewerbebetriebes gemäß § 15 Abs. 2 EStG erfüllt sein müssen.

Soweit es die Umsatzsteuerpflicht betrifft, ist die umsatzsteuerliche Unternehmereigenschaft an den körperschaftsteuerlichen Begriff des Betriebes gewerblicher Art gekoppelt. Eine Gewinnerzielungsabsicht ist daher auch hier nicht erforderlich. Dies galt jedenfalls für Umsätze bis zum 31.12.2016. Für einen Übergangszeitraum zwischen dem 01.01.2017 und dem 31.12.2022 kommt es darauf an, ob die Kommune dem Finanzamt gegenüber bis zum 31.12.2016 erklärt hat, das bisher geltende Recht für sämtliche vor dem 01.01.2023 ausgeführte Leistungen weiterhin anzuwenden.

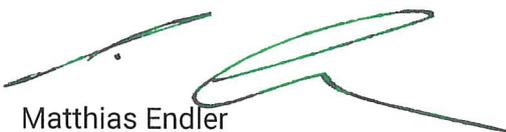
Einzelheiten hierzu wären gegebenenfalls von einem Angehörigen steuerberatender Berufe zu erläutern.

Wie bereits in unserer Untersuchung vom 02.12.2021 dargelegt, bieten die GmbH und die Anstalt des öffentlichen Rechts gegenüber dem Eigenbetrieb eine höhere Flexibilität und Unabhängigkeit von den kommunalen Entscheidungsträgern im Rahmen des operativen Geschäftsbetriebs. Sofern die Gesellschaft mit beschränkter Haftung steuerbegünstigte Zwecke verfolgt, ist sie jedenfalls von der Körperschaftsteuer befreit. Die kommunale Gebietskörperschaft, die eine Anstalt des öffentlichen Rechts errichtet, ist aufgrund der Gewährträgerhaftung zur Begleichung der Verbindlichkeiten der Anstalt gegenüber den Gläubigern verpflichtet, sofern die Anstalt hierzu nicht in der Lage ist. Bei der GmbH besteht eine solche Haftung der Kommune nicht.

Die Anstalt des öffentlichen Rechts hat das Personalvertretungsrecht des Landes Sachsen-Anhalt zu beachten. Für die Beschäftigten der Anstalt des öffentlichen Rechts gelten regelmäßig entweder die Tarifverträge, die bei der Kommune Anwendung finden oder eigene Tarifverträge, die mit den Tarifvertragspartnern ausgehandelt werden.

Welche Bedeutung im Rahmen der Gesamtabwägung für oder gegen eine bestimmte Rechtsform einer etwaigen weitergehenden Einflussmöglichkeit der Kommune auf den künftigen Betrieb des Wildparks Weißewarte beigemessen werden soll, ist weniger eine Rechtsfrage als vielmehr eine kommunalpolitisch oder wirtschaftlich begründete, die durch das zuständige Entscheidungsgremium zu beantworten ist.

Mit freundlichen Grüßen



Matthias Endler
Rechtsanwalt