

Der rechtliche Rahmen für die Ausgliederung wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe gemeinnütziger Körperschaften

Bearbeitet von
Klaus Mohrenweiser

1. Auflage 2010. Taschenbuch. 198 S. Paperback

ISBN 978 3 631 60888 3

Format (B x L): 14,8 x 21 cm

Gewicht: 270 g

[Recht > Öffentliches Recht > Wirtschaftsverwaltungsrecht](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

§ 1. Einleitung

Die Bundesregierung investiert in der Legislaturperiode 2005-2009 zusätzliche sechs Milliarden Euro in Forschungs- und Entwicklungsvorhaben. Diese Mittel sind für Maßnahmen bestimmt, die eine große Mobilisierungswirkung für Innovationen und die Märkte von morgen versprechen. Die Bundesregierung zielt darauf ab, Brücken von der Forschung zu den Zukunftsmärkten zu schlagen.¹ Insofern will die Bundesregierung unter anderem gemeinnützige Forschungseinrichtungen fördern, deren Forschungsergebnisse bisher nicht ausreichend kommerziell verwertet wurden. Die Bundesregierung steht vor der Aufgabe, Kooperationen zwischen Forschungseinrichtungen und Wirtschaft zwecks Verwertung der Forschungsergebnisse zu unterstützen. Da die Verwertung von Forschungsergebnissen gemeinnütziger Forschungseinrichtungen im Rahmen wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe erfolgt, muss die Bundesregierung die Handlungsoptionen und rechtlichen Rahmenbedingungen wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe in Bezug auf Kooperationsmöglichkeiten untersuchen.² Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass es nach Ansicht des BFH an einer Förderung der Allgemeinheit gemäß § 52 Abs. 2 Nr. 1 AO fehlt, sofern die Durchführung von Forschungsaufträgen gegen Entgelt in erster Linie der Erfüllung der Zwecke der Auftraggeber dient.³ Die Auftragsforschung dient in erster Linie dem Auftraggeber, sofern sich der Auftraggeber exklusive Verwertungsrechte ausbedungen hat und diese auch beachtet werden sollen. Sofern die Forschungsergebnisse der Allgemeinheit zugute kommen (z.B.: durch Veröffentlichungen oder durch Einstellen in das Internet), ist von einer Förderung der Allgemeinheit auszugehen.⁴

Um Kooperation zwischen wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb und Wirtschaft zu ermöglichen, gliedern gemeinnützige Körperschaften wirtschaftliche Geschäftsbetriebe in selbständige Kapitalgesellschaften aus. Unter einer Ausgliederung, die auch als Outsourcing bezeichnet wird, ist die Übertragung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs in eine eigenständige Kapitalgesellschaft zu verstehen.⁵ Nach

1 <http://www.bmbf.de>: Neue Impulse für Innovation und Wachstum

2 Vgl. § 68 Nr. 9 AO

3 BFH, BStBl. II 1997, S. 189; Hüttemann, § 3, Rn. 85.

4 Hüttemann, Wirtschaftliche Betätigungen, S. 129; Schauhoff, § 5, Rn. 53; Strahl FR 2008, S. 15, 18.

5 Fischer, H/H/Sp, § 14, Rn. 91; Tönnies/Wewel, DStR 1998, S. 274, 275; Raupach, SpuRt, 1995, S. 241 ff.

Durchführung der Outsourcing-Maßnahme nimmt die Kapitalgesellschaft die Betätigungen des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs wahr. Zwecks Ausgliederung wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe ist erforderlich, dass das Vermögen, das dem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb zuzuordnen ist, einer eigenständigen Gesellschaft übertragen wird. Zudem bedarf es einer Überleitung des Personals sowie der Verträge des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs, die zur Wahrnehmung der wirtschaftlichen Betätigung erforderlich sind. Folge der Outsourcing-Maßnahme ist, dass die gemeinnützige Körperschaft nicht unmittelbar selbst die wirtschaftliche Betätigung in Form eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs unternimmt, sondern nur noch Anteilseignerin der ausgegründeten Gesellschaft ist, die die wirtschaftliche Betätigung ausübt.

Nach erfolgter Ausgliederung kann sich die Wirtschaft unmittelbar an der wirtschaftlichen Betätigung als Gesellschafter beteiligen und ihr Know-how im Sinne der Bundesregierung einbringen. Hingegen bietet sich eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung der Wirtschaft unmittelbar an gemeinnützigen Körperschaften aufgrund der gemeinnützigkeitsrechtlichen Restriktionen gemäß §§ 55 ff. AO, deren Einhaltung mit steuerlichen Vorteilen verbunden ist, nicht an. Um in den Genuss der steuerlichen Vorteile zu gelangen, haben gemeinnützige Körperschaften gemäß §§ 55 ff. AO ihre Mittel für gemeinnützige Zwecke zu verwenden. Der Begriff „Mittel“ umfasst alle Vermögenswerte der gemeinnützigen Körperschaft, die zur gegenwärtigen Verwendung für satzungsmäßige Zwecke bestimmt sind.⁶ Nicht umfasst sind demnach solche Vermögenswerte, die kraft Gesetzes – z.B. den gesellschafts- und stiftungsrechtlichen Vorschriften über die Kapitalerhaltung – nicht für gemeinnützige Zwecke verwendet werden dürfen. Das Gleiche gilt für Zuwendungen zum Vermögen der Körperschaft.⁷ Der Begriff der Verwendung umfasst jeden Gebrauch und Verbrauch der Vermögenswerte für satzungsmäßige Zwecke. Damit erstreckt sich das Mittelverwendungsgebot des § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO, nach dem Mittel der Körperschaft nur zu steuerbegünstigten Zwecken verwendet werden dürfen, nicht nur auf Vermögenszuflüsse der gemeinnützigen Körperschaft im ideellen oder steuerbefreiten Bereich (Spenden, Beiträge und Erträge des Vermögens), sondern auf sämtliche Vermögenswerte der Körperschaft.⁸ Grundsätzlich unterliegen damit sowohl das Vermögen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs als auch die Gewinne aus einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb den gemeinnützigen Restriktionen.

Die gemeinnützigkeitsrechtlichen Restriktionen fordern ein, dass gemeinnützige Körperschaften ihre Mittel ausschließlich, zeitnah, unmittelbar und selbstlos für

6 BFH, BStBl. II 1992, S. 62, 64; Fischer, H/H/Sp, § 55, Rn. 99; Hüttemann, § 5 Rn. 16; Buchna, Tz. 2.5.3, S. 115 f.

7 Hüttemann, Wirtschaftliche Betätigungen, S. 81; Buchna, Tz. 2.5.7.2, S. 162.

8 Schauhoff, § 7, Rn. 295; Hüttemann, § 5 Rn. 16 f.; Buchna, Tz. 2.5.3, S. 115.

gemeinnützige Zwecke verwenden. Insofern unterliegen sie dem Grundsatz der satzungsmäßigen Vermögensbindung, der sich aus den §§ 55 Abs. 1 Nr. 1- 4, 58 Abs. 1-3 und 61 AO ergibt. Dieser Grundsatz verlangt, dass die Mittel einer gemeinnützigen Körperschaft mit Ausnahme der Rücklagen gemäß § 58 AO nur für den in der Satzung genannten Zweck eingesetzt werden dürfen.⁹ Eine gemeinnützige Körperschaft handelt selbstlos im Sinne des § 55 Abs. 1 Satz 1 AO, wenn sie nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche, das heißt gewerbliche, oder sonstige Erwerbszwecke verfolgt.¹⁰ Sofern Intention der körperschaftlichen Tätigkeit ist, eigenes Einkommen zu erwirtschaften und damit das eigene Vermögen auszubauen und dieses Ziel mehr als eine bloß sekundäre Begleiterscheinung ist, ist von einer eigenwirtschaftlichen Zweckverfolgung auszugehen.¹¹ Ausschließlichkeit liegt gemäß § 56 AO vor, wenn eine Körperschaft nur ihren steuerbegünstigten Zwecken nachgeht.¹² Zulässig ist insofern die parallele Verfolgung mehrerer gemeinnütziger Zwecke, sofern sie in der jeweiligen Satzung genannt sind.¹³ Sollte die Körperschaft darüber hinaus nicht gemeinnützige Zwecke verfolgen, so ist ihr der Gemeinnützigkeitsstatus abzuerkennen.¹⁴ Zudem müssen gemeinnützige Körperschaften gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 5 AO ihre Mittel zeitnah einsetzen. Die gebundenen Mittel müssen danach spätestens in dem auf den Zufluss folgenden Kalender- oder Wirtschaftsjahr für die satzungsmäßigen Zwecke verwendet werden mit Ausnahme der Mittel für Rückstellungen, die unter den strengen Voraussetzungen gemäß § 58 AO gebildet werden können. Insofern sind gemeinnützige Körperschaften nach ihrer Zielsetzung zur gegenwartsnahen Erfüllung der satzungsmäßigen Zecke verpflichtet. Die Geschäftspolitik muss daher auf die Erzielung von Erträgen für die Tätigkeit im ideellen Bereich und den Zweckbetrieben gerichtet sein. Schließlich sind gemeinnützige Körperschaften nicht berechtigt, ihr Vermögen zu gefährden. Wegen der besonderen Sicherungsfunktion des Stiftungsstock- Stammkapitalvermögens für eine nachhaltige Zweck-erfüllung hat die Körperschaft bei der Wahl der Anlageform das Anlagerisiko zu berücksichtigen.¹⁵

Entsprechend dieser Restriktionen können gemeinnützige Körperschaften wirtschaftliche Geschäftsbetriebe unterhalten, wenn sie als Mittelbeschaffungstätigkeit der ausschließlichen Zweckverfolgung dienen.¹⁶ Voraussetzung ist, dass

9 Tipke, Tipke/Kruse, § 55 Rn. 13; Schauhoff, § 5, Rn. 103.

10 Tipke, Tipke/Kruse, § 55 Rn. 1; Buchna, Tz. 2.5.1, S. 85 ff.

11 AEAO, zu § 55 Nr. 1 Satz 1 und 2; Gersch, Klein, § 55, Rn. 2.

12 Kühr, Pump, § 56 Rn. 12; Gersch, Klein, § 56, Rn. 1.

13 Westerburg, S. 5; Fischer, H/H/Sp, § 56 Rn. 2.

14 Kühr, Pump/Lehmeyer/Leibner, § 56 Rn. 12; Gersch, Klein, § 56, Rn. 1.

15 Hüttemann, Wirtschaftliche Betätigungen, S. 108 f.; Buchna, Tz. 2.5.3.3, S. 129.

16 Buchna, Tz. 2.6, S. 171; Hüttemann, Wirtschaftliche Betätigungen S. 30 f.

sie die steuerbegünstigten Zwecke zumindest finanziell fördern und nicht zum Selbstzweck werden.¹⁷ Hingegen ist ein bewusster Verzicht auf die Nutzbarmachung des Vermögens des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs für die satzungsmäßigen Zwecke als Indiz dafür anzusehen, dass die tatsächliche Geschäftsführung gegenwärtig nicht mehr auf die tatsächliche Erfüllung der satzungsmäßigen Zwecke gerichtet ist.¹⁸ Gemeinnützige Körperschaften sind insofern gehalten, ihre Anlagestrategie auch in Hinblick wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe zu optimieren.

Gliedern gemeinnützige Körperschaften wirtschaftliche Geschäftsbetriebe in eigenständige Kapitalgesellschaften aus, erlangt der ausgegliederte wirtschaftliche Geschäftsbetrieb regelmäßig nicht den gemeinnützigen Status. Nur bei Ausgliederung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes in Form eines Zweckbetriebs kann die eigenständige Gesellschaft den gemeinnützigen Status erlangen. Da bei ausgegliederten Zweckbetrieben die gemeinnützigen Kriterien unmittelbare Anwendung finden, wird die Ausgliederung dieser wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe nicht weitergehend erörtert.

Durch die bei Outsourcing erforderliche Übertragung des Vermögens eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs auf eine eigenständige Gesellschaft könnten die genannten gemeinnützigkeitsrechtlichen Kriterien unterlaufen werden. Die durch wirtschaftliche Geschäftsbetriebe erwirtschafteten Überschüsse sind grundsätzlich für die Verfolgung des satzungsmäßigen Zwecks einzusetzen.¹⁹ Werden wirtschaftliche Geschäftsbetriebe ausgegliedert, stehen der gemeinnützigen Körperschaft die erwirtschafteten Gewinne des Geschäftsbetriebs nicht mehr unmittelbar zur Verfügung, sondern der ausgegliederten Gesellschaft. Nach Durchführung des Outsourcing hat die gemeinnützige Körperschaft nur noch einen gesellschaftsrechtlichen Anspruch auf Ausschüttung des bilanziell festgestellten Gewinns. Da die ausgegliederte Gesellschaft einerseits ihren ausschüttungsfähigen Jahresüberschuss aufgrund rechtlich zulässiger Bewertungsspielräume geringer ausweisen könnte, andererseits aber auch aufgrund gesellschaftsrechtlicher Vorgaben gehalten sein, nicht sämtliche Gewinne auszuschütten,²⁰ werden die gemeinnützigkeitsrechtlichen Restriktionen tangiert.

Zudem könnte die gemeinnützige Körperschaft nur noch mittels ihrer Gesellschafterstellung Einfluss auf die Geschäftspolitik der ausgegliederten Gesell-

17 BFH, BStBl. II 1989, S. 670; Scholtz, Koch/Scholtz, § 56, Rn. 2.

18 BFH, BStBl. II 1992, S. 62; Hüttemann, Wirtschaftliche Betätigungen, S. 108; Buchna, Tz. 2.14, S. 253; Schauhoff, § 8, Rn. 23.

19 BFH, BStBl. II 1989, S. 670; Scholtz, Koch/Scholtz, § 56, Rn. 2, Buchna, Tz. 2.5.3, S. 116.

20 So ist beispielsweise eine Aktiengesellschaft gemäß § 150 AktG bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen verpflichtet, 5% des Jahresüberschusses in eine Kapitalrücklage zwecks Vermögensbildung einzustellen.

schaft nehmen. Die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Geschäftspolitik der ausgegliederten Gesellschaft findet an den gesellschaftsrechtlichen Restriktionen ihre Grenzen. Aufgrund der unterschiedlichen Gesellschaftsformen, die zur Ausgliederung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs zur Verfügung stehen, ist die Reichweite des möglichen Einfluss unterschiedlich ausgeprägt. Jedenfalls ist eine Einflussnahme der gemeinnützigen Körperschaft unabhängig von der Rechtsform der ausgegliederten Gesellschaft dann unzulässig, wenn die Interessen von eventuell vorhandenen Minderheitsgesellschaftern, von Gesellschaftsgläubigern oder die finanzielle Substanz der ausgegliederten Gesellschaft betroffen werden. Nehmen gemeinnützige Körperschaften die wirtschaftlichen Betätigungen hingegen unmittelbar selbst vor, unterliegen die wirtschaftlichen Betätigungen hingegen keinem gesellschaftsrechtlichen Schutz.

Daher müssen die gemeinnützigkeitsrechtlichen Kriterien den Gestaltungsspielraum für Outsourcing begrenzen. Anderenfalls würde der Staat mittels Gewährung steuerlicher Vorteile gemeinnützige Körperschaften fördern, deren Vermögen nicht mehr im Sinne des Gesetzgebers eingesetzt werden würde.

Trotz der gemeinnützigkeitsrechtlichen Restriktionen gliedern gemeinnützige Körperschaften wirtschaftliche Geschäftsbetriebe aus, da die Ausgliederung mit Vorteilen verbunden ist. So bietet die Ausgliederung wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe den Vorteil, dass eine Beteiligung privater Investoren an ausgegliederten wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb vereinfacht wird.²¹ Neben finanziellen Aspekten spricht für eine Beteiligung privater Investoren, dass sie Know-how in die Gesellschaft einbringen können. Insbesondere im Bereich der Forschung streben gemeinnützige Körperschaften eine Beteiligung der Industrie an, da Forschung kapitalintensiv sein kann und die Industrie das für die Verwertung der Forschungsergebnisse erforderliche Know-how besitzt.²² Die Industrie wird aber Kapital und Know-how in eine Gesellschaft nur dann einbringen, sofern sichergestellt wird, dass die zur Verfügung gestellten Mittel nur für die vereinbarten Ziele verwendet werden und eine angemessene Rendite erwirtschaftet wird. Die Absicherung dieser berechtigten Interessen lässt sich insbesondere durch Schaffung klarer Körperschaftsstrukturen verwirklichen, so dass eine gesellschaftsrechtliche, wirtschaftliche und auch personelle Trennung zwischen ideellem Bereich der gemeinnützigen Körperschaft und wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb erforderlich ist.

Zudem kann der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb entsprechend seiner wirtschaftlichen Größe organisiert werden,²³ sofern sich die Rechtsform der gemeinnützigen Körperschaft nicht für das Unterhalten des jeweiligen wirtschaftlichen

21 Wegehenkel, DB 1985, S. 116, 117; Buchna, Tz. 2.5.3.5, S. 134.

22 Raupach, SpuRt 1996, S. 2, 3; Steinbeck/Menke, NJW 1998, S. 2169, 2170.

23 Wegehenkel, DB 1986, S. 2514, 2515; Raupach, SpuRt 95, S. 241, 245.

Geschäftsbetriebs eignet. Zwar kann durch Satzungsänderungen die Struktur einer Profiabteilung eines Sportvereins den Ausgestaltungen einer Kapitalgesellschaft soweit wie rechtlich zulässig angepasst werden. Aber damit würden zum einen die rechtlichen Bedenken gegen die Zulässigkeit von Idealvereinen mit Profi-Abteilungen nicht beseitigt, zum anderen käme es bei der vorgeschlagenen satzungsmäßigen Abänderung der Vereinsstruktur zu einer Verflechtung von ideellem und kommerziellen Bereich bei der Entscheidungsfindung. Die Vereinsmitglieder würden sich in der trügerischen Hoffnung wiegen, durch Schaffung einer Managementstruktur das Erforderliche getan zu haben; stattdessen hätten sie aber die wechselseitigen Störungen von kommerziellem und ideellem Bereich nur institutionalisiert.²⁴ Unter Umständen könnte allein durch die Einführung wirtschaftlicher Organisationsstrukturen der ökonomische Erfolg des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs gesteigert werden.

Häufig beschreiten gemeinnützige Körperschaften zwecks Outsourcing des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs folgenden Lösungsweg, um nicht ihren gemeinnützigen Status zu gefährden:

Die Mitglieder der gemeinnützigen Körperschaft gründen eine Kapitalgesellschaft und übertragen die Gesellschaftsanteile auf die gemeinnützige Körperschaft in Form einer Sachspende. Der durch die Mitglieder der Körperschaft geschaffene rechtliche Rahmen in Form einer GmbH könnte von der gemeinnützigen Körperschaft zwecks Outsourcing genutzt werden. Mittels eines gegenseitigen Vertrages in Form eines Betriebsführungsvertrages könnten beispielsweise die Betätigungen des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs auf die gespendete Kapitalgesellschaft übertragen werden und von dieser Gesellschaft ausgeführt werden. Durch dieses Vorgehen gefährdet die gemeinnützige Körperschaft nicht ihren gemeinnützigen Status, da sie das Vermögen des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs nicht auf die gespendete Kapitalgesellschaft übertragen hat. Alternativ zu einem Betriebsführungsvertrag ist möglich, dass die gespendete Kapitalgesellschaft das Vermögen des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs pachtet und die wirtschaftlichen Betätigungen eigenständig vornimmt. Durch eine derartige Ausgestaltung würde sich der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb nicht mehr unmittelbar selbst wirtschaftlich betätigen, sondern die durch die Mitglieder gespendete Kapitalgesellschaft.

Dieser Lösungsweg ist jedoch nicht befriedigend, da die Mitglieder der gemeinnützigen Körperschaft häufig nicht bereit oder nicht in der Lage sind, der gemeinnützigen Körperschaft eine Kapitalgesellschaft mit entsprechender finanzieller Ausstattung zu spenden. Insbesondere wenn wirtschaftliche Geschäftsbetriebe aufgrund ihrer wirtschaftlichen Bedeutung ausgegliedert werden müssen, werden die Mitglieder nicht zur Finanzierung der Outsourcing-Maßnahme bereit sein.

24 Hopt, BB 1991, S. 778, 783; Segna, ZIP 1997, S. 1901 f.; Raupach, SpuRt 1995, S. 2.

Teilweise gründen gemeinnützige Körperschaften ihre wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe aus, ohne sich einer Hilfskonstruktion zu bedienen. Die Zulässigkeit der Outsourcing-Maßnahmen wird damit begründet, dass lediglich ein Aktivtausch vorgenommen werde. Die gemeinnützige Körperschaft tausche das Vermögen ihres wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs gegen Anteile einer Gesellschaft, auf die der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb übertragen werde.²⁵ Demnach sei bei der Ausgründung entscheidend, dass die bei der Ausgründung übertragenen Vermögenswerte zum Stichtag der Ausgründung dem Wert der Gesellschaftsanteile an der Kapitalgesellschaft entsprechen. Somit werde der gemeinnützigen Körperschaft kein Vermögen entzogen. Da die ausgegliederte Gesellschaft zudem verpflichtet sei, erwirtschaftete Gewinne an die Körperschaft auszuschütten, würden die gemeinnützigkeitsrechtlichen Kriterien nicht unterlaufen werden.²⁶ Diese Argumentation vermag jedoch in Bezug auf die gesellschaftsrechtlichen Regelungen zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger, etwaiger Minderheitsgesellschafter sowie der Gesellschaft selbst nicht überzeugen.

Ziel dieser Untersuchung ist, Lösungswege aufzuzeigen, die eine Ausgliederung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes ermöglichen. Es ist dafür Sorge zu tragen, dass das gemeinnützigen Zwecken gewidmete Vermögen der Körperschaft nicht durch Verluste der ausgegliederten Gesellschaft vermindert oder sogar vernichtet wird. Grundsätzlich stehen gemeinnützigen Körperschaften dazu neben schuldrechtlichen Verträgen gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung. Das Gesellschaftsrecht bietet auch eine Vielzahl von effizienten Einwirkungsmöglichkeiten. Allerdings können sich gemeinnützige Körperschaften nicht aller gesellschaftsrechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten bedienen. Beispielsweise können gemeinnützige Körperschaften nach herrschender Meinung keine Beherrschungsverträge schließen, da Beherrschungsverträge mit einer Verlustausgleichsverpflichtung verbunden sind. Verlustausgleichsverpflichtungen würden jedoch dem gemeinnützigen Status schaden, da der Ausgleich von Verlusten eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs als Mittelfehlverwendung einzuordnen sei.²⁷

Um geeignete Gestaltungsmöglichkeiten aufzuzeigen, bietet sich ein Vergleich zu Outsourcing der öffentlichen Hand an. Die öffentliche Hand lagert aus vergleichbaren Gründen wirtschaftliche Betätigungen aus: Die Übertragung von Aufgaben auf Private kann die staatliche Verwaltung entlasten und zugleich die

25 Orth, JbFSt. 1993/94, S. 342, 358 f.; Buchna, Tz. 2.5.3.5, S. 133; Hüttemann, § 5 Rn. 167, Schauhoff, § 19, Rn. 27.

26 Buchna, Tz. 2.5.3.2, S. 109; Schauhoff, § 17, Rn. 22.

27 Schauhoff, § 6, Rn. 113; Fischer, H/H/Sp, § 64, Rn. 62.

ökonomische, möglicherweise sogar die fachliche Effizienz der Aufgabenerfüllung steigern.²⁸

Gliedert die öffentliche Hand wirtschaftliche Betätigungen aus, verändern sich die staatlichen Zugriffsmöglichkeiten. Der Grund dafür liegt in der Tatsache, dass die Aufgabe fortan nicht mehr in der Rechtsträgerschaft der öffentlichen Hand selber liegt, sondern in einer juristisch verselbständigten Einheit, nämlich in Form einer AG oder GmbH. Diesem Unternehmen stehen eigene Rechte zu, in welche Dritte nicht unbegrenzt eingreifen können. Auch dem Zugriff der öffentlichen Hand als Eigentümer stehen sie jedenfalls nicht unbegrenzt offen. Dieser Effekt mindert notwendig die Reichweite staatlicher Kontrolle.²⁹ Die staatliche Kontrolle der ausgelagerten wirtschaftlichen Betätigung ist jedoch aus verfassungsrechtlicher Sicht geboten. Dem Staat sind materielle Vorgaben bezüglich seiner Aufgaben und Ziele sowie formelle Verfahren ihrer Konkretisierung durch Grundgesetz und Gesetz vorgegeben. Der Staat unterliegt den verfassungsrechtlichen Strukturprinzipien des sozialen und demokratischen Rechtsstaates sowie der Verpflichtung zum Schutz der Grundrechte.³⁰ Neben diesen Prinzipien existieren vermögensrechtliche Restriktionen, die die öffentliche Hand bei Ausgliederungen zu beachten hat. Die öffentliche Hand ist nicht befugt, uneingeschränkt über ihr jährliches Haushaltsbudget sowie über ihr Vermögen zu verfügen. Gemäß § 23 BHO dürfen Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Leistungen an Stellen außerhalb der Bundesverwaltung zur Erfüllung bestimmter Zwecke nur veranschlagt werden, wenn der Bund an der Erfüllung durch solche Stellen ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendungen nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann. Zudem ist eine Vermögensbindung gemäß den landesrechtlichen Vorschriften für Gebietskörperschaften gegeben. So normiert beispielsweise § 111 GO NW, dass die teilweise oder vollständige Veräußerung eines Unternehmens oder einer Einrichtung oder einer Beteiligung an einer Gesellschaft sowie andere Rechtsgeschäfte, durch welche die Gemeinde ihren Einfluss auf das Unternehmen, die Einrichtung oder die Gesellschaft verliert oder vermindert, nur zulässig sind, wenn die für die Betreuung der Einwohner erforderliche Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde nicht beeinträchtigt werden.

Zu der Frage, inwiefern der Staat sein durch das Grundgesetz legitimiertes Handeln durch kooperative Aufgabenerfüllung auslagern kann, enthält das Grundgesetz keine unmittelbare Aussage. Die kooperative Aufgabenerfüllung ist weder geboten noch verboten. Ersteres folgt schon daraus, dass die öffentliche Hand bei Bedarf in der Lage sein muss, die von ihr wahrgenommenen Belange

28 Gusy, ZUR 2001, S. 1; Schoch, DVBl. 1994, S. 962, 973.

29 Gusy, ZRP 1998, S. 265, 276; Spannowsky, ZGR 1996, S. 560, 588.

30 Spannowsky, DVBl. 1992, S. 1072, 1074; Tiemann, Staat 1977, S. 171, 176.

auch gegen den Willen Betroffener durchzusetzen. Es bleibt bei der grundsätzlichen Gewährleistungspflicht des Staates, dem notwendig ein Letztentscheidungsrecht entsprechen muss.³¹ Deshalb kann das Grundgesetz auch keine Verpflichtung zu kooperativen Handlungsformen enthalten. Umgekehrt ist die öffentliche Hand aber auch nicht darauf beschränkt, ihren Willen allein mit den Mitteln von Befehl und Zwang durchzusetzen. Deshalb ist das Mittel der Kooperation als Handlungsmodus auch nicht untersagt.³² Lagert der Staat wirtschaftliche Betätigungen aus, darf jedenfalls die unterschiedliche rechtliche Qualität des Handelns die Letztverantwortlichkeit des Staates durch das Stattfinden von Kooperation nicht relativieren oder aufheben. Wegen ihrer umfassenden Rechtsbindung darf die öffentliche Hand nicht beliebig über die ihm normativ zugewiesenen oder von ihm in rechtlich zulässiger Weise übernommenen Aufgaben disponieren und sich ihrer nicht ohne weiteres folgenlos entledigen.³³ Folglich muss sich die öffentliche Hand aufgrund der durch das Grundgesetz resultierenden Restriktionen Einwirkungsmöglichkeiten – in staatsrechtlicher Terminologie „Ingerenzpflichten“ – auf ausgliederte Gesellschaften vorbehalten.

Um sich Einwirkungsmöglichkeiten vorzubehalten, besteht für die öffentliche Hand die Möglichkeit, Unternehmensträgerschaft und die Verantwortungsträgerschaft zu teilen. In diesen Fällen nehmen die ausgegliederten Unternehmen das jeweilige Geschäftsfeld grundsätzlich wie jedes andere Unternehmen wahr. Die besondere Verantwortung in Bezug auf Erfüllung der öffentlichen Aufgabe verbleibt hingegen bei staatlichen Stellen, die gegenüber den Unternehmen als externe Aufsichts- oder Regulierungsbehörden auftreten.³⁴

Weiterhin kann sich der Staat mittels schuldrechtlicher Verträge Ingerenzmöglichkeiten vorbehalten. Kennzeichnend für diese Einwirkungsmöglichkeit ist, dass der Staat gegenüber den ausgegliederten Unternehmen nicht hoheitlich tätig wird. Wenn sich aber der Staat auf schuldrechtlicher Ebene gegenüber dem Unternehmen nicht mehr durchsetzen kann, weil seine Maßnahmen auf Widerstände stoßen oder aus anderen Gründen im Unternehmen nicht mehr durchgesetzt werden können, so liegen diese Gründe außerhalb der öffentlichen Hand selbst und damit grundsätzlich auch außerhalb der parlamentarischen Kontrolle.³⁵

Schließlich eröffnet sich die öffentliche Hand bei Ausgliederungen gesellschaftsrechtliche Einwirkungsmöglichkeiten, indem sie sich beispielsweise die Besetzung

31 Burgi, S. 345 f; Spannowsky, ZGR 1996, S. 400, 402.

32 BVerfG, BVerfGE, 1998, S. 98, S. 106, 121 f.; Gusy ZUR 2001, S. 1, 5.

33 Vgl. Brenner, LKV 2002, S. 7, 8; Ehlers, DVBl. 1997, S. 137; Spannowsky, ZGR 1996, S. 400, 424 f.

34 Gusy, ZRP 1998, S. 265, 268 f; Spannowsky, ZGR 1996, S. 400, 416.

35 Gusy, ZRP 1998, S. 265, 269.

der Gesellschaftsorgane vorbehält oder sich Berichtspflichten statuiert.³⁶ Diese Ingerenzmöglichkeiten finden ihre Grenzen an den gesellschaftsrechtlichen Handlungsoptionen, da die öffentliche Hand im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten nicht hoheitlich tätig wird.

Die Einwirkungsmöglichkeiten, die hoheitliches Handeln voraussetzen, können nicht durch gemeinnützige Körperschaften genutzt werden, sofern sie wirtschaftliche Geschäftsbetriebe ausgliedern. Im Rahmen dieser Untersuchung wird geprüft, ob gemeinnützige Körperschaften Einwirkungsmöglichkeiten in Form von schuldrechtlichen Verträgen und die gesellschaftsrechtlichen Handlungsoptionen nutzen können, um ein Unterlaufen gemeinnützigkeitsrechtlichen Restriktionen bei Ausgliederung wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe zu verhindern.

Mit denselben Zielen kann ein Vergleich zum Zuwendungsrecht vorgenommen werden. Der zu behandelnde Ausschnitt des Zuwendungsrechts betrifft den Bereich staatlicher Förderung. Der Staat fördert private oder juristische Personen finanziell, sofern diese Personen bestimmte am Allgemeinwohl orientierte Zwecke erfüllen. Die effektive Verfolgung dieser Zwecke bedarf einer besonderen Kontrolle, da die Verwendung der für die Zuwendungen ausgegebenen Finanzmittel nicht mehr der direkten Kontrolle der Gesetzes- und Rechtsbindung verpflichteten hoheitlich tätigen Stellen unterliegen.³⁷ Aus diesen Gegebenheiten ergibt sich das Erfordernis, dass die Verwendung der Fördermittel bei Dritten in vergleichbarer Weise kontrolliert werden müssen, wie dies bei der Mittelverwendung durch die öffentliche Hand selbst geschieht.³⁸

Das Zuwendungsrecht enthält Einwirkungsmöglichkeiten, die eine effektive Kontrolle der Verwendung von finanziellen Mitteln eröffnet. Kennzeichnend für das Zuwendungsrecht ist, dass dem Zuwendungsempfänger finanzielle Mittel übertragen werden. Der Zuwendungsempfänger ist berechtigt, das übertragene Vermögen ausschließlich nach seinen ökonomischen Vorstellungen zur Erreichung des im staatlichen Interesse stehenden Zwecks zu verwenden. Dem Zuwendungsempfänger wird durch diese Regelungen ein weiter Handlungsspielraum eröffnet. Dieser Handlungsspielraum gibt jedoch nicht die Möglichkeit, dass das Vermögen nicht für die beabsichtigten Zwecke eingesetzt wird, da die öffentliche Hand die übertragenen Mittel zurückfordern kann, wenn die übertragenen Mittel tatsächlich nicht für die angegebenen Zweck verwendet werden.³⁹ Die Übertragbarkeit dieser Einwirkungsmöglichkeiten auf die Ausgliederung wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe wird im Rahmen der Untersuchung erarbeitet.

36 BGH, BGHZ 39, S. 296, 305 ff; Pfeifer, S. 107 ff.

37 Igl/Jachmann/Eichenhöfer, S. 499.

38 Rodi, S. 567 ff, 738 ff.; Igl/Jachmann/Eichenhöfer, S. 499

39 Klappstein, Knack, § 49 Rn. 6.2; Krämer/Schmidt, D. VIII. 2.2.

Als Ergebnis der Untersuchung werden Lösungswege aufgezeigt, die gemeinnützige Körperschaften bei Ausgliederung wirtschaftlicher Geschäftsbetriebe nutzen können, um die Restriktionen des Gemeinnützigkeitsrechts zu erfüllen.