

Ursula Augsten  
Ralph Bartmuß  
Martin Maurer  
Stephan Rehbein

# Besteuerung im Krankenhaus

*2. Auflage*



Springer Gabler

---

## Besteuerung im Krankenhaus

---

Ursula Augsten • Ralph Bartmuß  
Martin Maurer • Stephan Rehbein

# Besteuerung im Krankenhaus

2., aktualisierte Auflage

Ursula Augsten  
Baker Tilly  
Steuerberatungsgesellschaft mbH & Co. KG  
Stuttgart, Deutschland

Ralph Bartmuß  
eureos gmbh steuerberatungsgesellschaft  
rechtsanwalts-gesellschaft, Dresden  
Deutschland

Martin Maurer  
Baker Tilly Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
Stuttgart, Deutschland

Stephan Rehbein  
Ernst & Young GmbH, Berlin, Deutschland

ISBN 978-3-658-26565-6      ISBN 978-3-658-26566-3 (eBook)  
<https://doi.org/10.1007/978-3-658-26566-3>

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Springer Gabler

© Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, ein Teil von Springer Nature 2008, 2020

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von allgemein beschreibenden Bezeichnungen, Marken, Unternehmensnamen etc. in diesem Werk bedeutet nicht, dass diese frei durch jedermann benutzt werden dürfen. Die Berechtigung zur Benutzung unterliegt, auch ohne gesonderten Hinweis hierzu, den Regeln des Markenrechts. Die Rechte des jeweiligen Zeicheninhabers sind zu beachten.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag, noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Springer Gabler ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH und ist ein Teil von Springer Nature.

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Abraham-Lincoln-Str. 46, 65189 Wiesbaden, Germany

---

## Vorwort

Seit Veröffentlichung unserer erster Auflage sind mittlerweile mehr als zehn Jahre vergangen. Der sich rasch entwickelnde Gesundheitsmarkt, eine zunehmende Spezialisierung und vor allem eine Weiterentwicklung im Steuerrecht ließ es uns notwendig erscheinen, eine Aktualisierung vorzunehmen. Bei endgültiger Drucklegung lag die Stellungnahme des Bundesrates zum Jahressteuergesetz vor; das Gesetzgebungsverfahren ist noch nicht abgeschlossen. Wir haben gegebenenfalls daraus resultierende Änderungen über Fußnoten kenntlich gemacht.

Krankenhäuser werden immer mehr nicht nur mit den für diese speziell geltenden steuerrechtlichen Vorschriften, sondern auch mit dem allgemeinen Steuerrecht gefordert. Die Finanzverwaltung hat den Bereich der Krankenhäuser längst als Prüfungsfeld entdeckt, wie die Zunahme der Betriebsprüfungen und auch die Zunahmen der Spezialisierung der Finanzverwaltung im Krankenhausbereich gezeigt hat.

Wir möchten mit diesem Werk die verschiedenen, für die Besteuerung der Krankenhäuser wesentlichen Aspekte zusammenfassend darstellen. Dabei wollen wir sowohl den Praktikern Antwort auf die sich täglich stellenden Fragen geben, als auch insbesondere das bereits in der ersten Auflage konzipierte alphabetisch sortierte Kapitel weiterausbauen. Des Weiteren soll auch den steuerlichen Beratern von Krankenhäusern eine systematische Handreichung gegeben werden.

Unser besonderes Augenmerk gilt hierbei nach wie vor den steuerlichen Folgen von Umstrukturierungen und Kooperationen im Krankenhausbereich. Hier sind wir nach wie vor der Auffassung, dass sich in dem stark veränderten Marktumfeld diese auch in den nächsten Jahren die Krankenhauslandschaft begleiten werden.

Anregungen und Hinweise nehmen wir jederzeit dankbar auf.

Berlin/Dresden/Stuttgart, Deutschland  
Juni/Dezember 2020

Ursula Augsten  
Ralph Bartmuß  
Martin Maurer  
Stephan Rehbein

---

# Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Rechtliche Erscheinungsformen des Krankenhauses</b>	<b>1</b>
	Stephan Rehbein	
1.1	Einleitung	1
1.2	Öffentlichrechtliche Organisationsformen	3
1.2.1	Juristische Personen des öffentlichen Rechts	3
1.2.1.1	Eigen- und Regiebetrieb	3
1.2.1.2	Anstalt des öffentlichen Rechts	5
1.2.2	Stiftung	6
1.2.3	Hochschulklinik	7
1.3	Privatrechtliche Organisationsformen	8
1.3.1	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	9
1.3.2	Gemeinnützige GmbH	12
1.3.3	Aktiengesellschaft	13
1.3.4	Vergleich von GmbH und AG	15
1.4	Allgemeine Kriterien für die Wahl der Rechtsform	16
	Literatur	17
<b>2</b>	<b>Die Besteuerung gemeinnütziger Krankenhäuser im Überblick</b>	<b>19</b>
	Ursula Augsten	
2.1	Grundzüge des Gemeinnützigkeitsrechts	19
2.1.1	Gemeinnützige Zwecke	19
2.1.1.1	Förderung der öffentlichen Gesundheitspflege	20
2.1.1.2	Wohlfahrtspflege	21
2.1.1.3	Wissenschaft und Forschung	21
2.1.1.4	Weitere Zwecke	22
2.1.2	Wesensmerkmale der Gemeinnützigkeit	22
2.1.2.1	Förderung der Allgemeinheit	23
2.1.2.2	Unmittelbarkeit	23
2.1.2.3	Selbstlosigkeit	25
2.1.2.4	Ausschließlichkeit	28
2.1.2.5	Grundsatz der Vermögensbindung	28

2.2	Sphärentheorie . . . . .	28
2.2.1	Ideeller Bereich . . . . .	28
2.2.2	Vermögensverwaltung . . . . .	29
2.2.2.1	Halten von Beteiligungen . . . . .	30
2.2.2.2	Wertpapiere . . . . .	30
2.2.2.3	Vermietung und Verpachtung . . . . .	30
2.2.3	Zweckbetriebe . . . . .	31
2.2.3.1	Zweckbetriebskatalog . . . . .	32
2.2.3.2	Zweckbetrieb Krankenhaus . . . . .	32
2.2.3.3	Selbstversorgungsbetriebe . . . . .	38
2.2.3.4	Generalnorm des Zweckbetriebs. . . . .	40
2.2.4	Steuerpflichtiger wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb. . . . .	41
2.3	Einzelne Steuerarten . . . . .	43
2.3.1	Körperschaftsteuer . . . . .	43
2.3.1.1	Besteuerungsfreigrenze. . . . .	43
2.3.1.2	Zusammenfassung der steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe . . . . .	43
2.3.1.3	Steuerfestsetzung . . . . .	43
2.3.2	Gewerbsteuer . . . . .	44
2.3.2.1	Gewerbsteuerpflicht . . . . .	44
2.3.2.2	Gewerbsteuerbefreiungen . . . . .	44
2.3.3	Umsatzsteuer . . . . .	46
2.3.3.1	Umsatzsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 14 UStG . . . . .	46
2.3.3.2	Umsatzsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 18 UStG . . . . .	54
2.3.4	Lohnsteuer . . . . .	56
2.3.4.1	Chefärzte. . . . .	56
2.3.4.2	Ehrenamtliche Tätigkeit . . . . .	58
2.3.5	Erbschaft- und Schenkungsteuer . . . . .	60
2.3.5.1	Freigiebige Zuwendung . . . . .	60
2.3.5.2	Steuerbefreiung. . . . .	62
2.3.6	Grunderwerbsteuer. . . . .	63
2.3.6.1	Allgemeines . . . . .	63
2.3.6.2	Befreiungen. . . . .	64
2.3.6.3	Grunderwerbsteuer bei Umstrukturierungen . . . . .	65
2.3.7	Grundsteuer . . . . .	66
2.3.7.1	Befreiungen. . . . .	66
2.4	Wegfall der Gemeinnützigkeit . . . . .	69
2.4.1	Vorbemerkungen . . . . .	69
2.4.1.1	Satzungsmäßige Gemeinnützigkeit. . . . .	69
2.4.1.2	Tatsächliche Geschäftsführung. . . . .	70
2.4.1.3	Grundsatz der Vermögensbindung . . . . .	70

2.4.2	Eigentlicher Verlust der Gemeinnützigkeit . . . . .	71
2.4.3	Mögliche Nachversteuerung . . . . .	72
2.4.3.1	Körperschaftsteuer . . . . .	73
2.4.3.2	Gewerbsteuer. . . . .	75
2.4.3.3	Umsatzsteuer. . . . .	75
2.4.3.4	Erbschaft- und Schenkungsteuer. . . . .	75
2.4.3.5	Grundsteuer. . . . .	76
2.4.3.6	Kapitalertragsteuer . . . . .	76
2.4.3.7	Spendenhaftung. . . . .	76
2.4.4	Geplante Neuregelung durch das Jahressteuergesetz 2020 . . . . .	77
	Literatur. . . . .	77
<b>3</b>	<b>Mittelverwendung. . . . .</b>	<b>79</b>
	Stephan Rehbein	
3.1	Einleitung. . . . .	79
3.2	Mittelbeschaffung und Mittelverwendung. . . . .	80
3.2.1	Mittelbeschaffung . . . . .	80
3.2.2	Mittelverwendung . . . . .	83
3.2.2.1	Zweckbindung. . . . .	83
3.2.2.2	Keine überhöhten Ausgaben . . . . .	83
3.2.2.3	Keine Gewinnausschüttung . . . . .	83
3.2.2.4	Zweckbetriebe. . . . .	85
3.3	Verpflichtung zur zeitnahen Mittelverwendung. . . . .	86
3.3.1	Grundsatz der Vermögensbindung. . . . .	86
3.3.2	Verwendungsfrist . . . . .	87
3.3.3	Ausstattungskapital . . . . .	89
3.3.4	Erfüllung von Verbindlichkeiten . . . . .	89
3.3.5	Rücklagen . . . . .	89
3.3.5.1	Gebundene Rücklagen . . . . .	91
3.3.5.2	Rücklagen nach § 62 Abs. 1 AO. . . . .	91
3.3.5.3	Rücklagen für Zwecke der Vermögensverwaltung . . . . .	96
3.3.5.4	Rücklagen im wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb . . . . .	96
3.3.6	Verhältnis der Rücklagen zueinander. . . . .	97
3.3.7	Verwendungsüberhang. . . . .	97
3.3.8	Verwendungsrückstand . . . . .	97
3.4	Spezielle Probleme der zeitnahen Mittelverwendung . . . . .	98
3.4.1	Verluste im wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb. . . . .	98
3.4.2	Umschichtung von Rücklagen . . . . .	100
3.4.3	Abzinsung von Rücklagen nach § 62 Abs. 1 AO. . . . .	100
3.4.4	Darlehensgewährung . . . . .	101
3.4.5	Erwerb von Gesellschaftsrechten. . . . .	102
3.4.6	Betriebsaufspaltung . . . . .	103



---

3.4.7	Überlassung von Arbeitskräften. . . . .	104
3.5	Die Mittelverwendungsrechnung. . . . .	105
3.5.1	Aufbau der Mittelverwendungsrechnung . . . . .	106
3.5.2	Bilanzielle Darstellung. . . . .	106
	Literatur. . . . .	108
<b>4</b>	<b>ABC der Besteuerung der wirtschaftlichen Betätigungen der Krankenhäuser</b> . . . . .	<b>109</b>
	Ursula Augsten, Ralph Bartmuß, Stephan Rehbein und Martin Maurer	
	Literatur. . . . .	215
<b>5</b>	<b>Gestaltung, Umstrukturierung und Kooperation im Krankenhausbereich aus steuerlicher Sicht</b> . . . . .	<b>217</b>
	Martin Maurer	
5.1	Ausgliederung . . . . .	217
5.1.1	Ausgliederung von steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben. . . . .	218
5.1.2	Ausgliederung von Zweckbetrieben . . . . .	219
5.1.2.1	Ausgliederung auf eine gemeinnützige Gesellschaft . . . . .	219
5.1.2.2	Ausgliederung auf eine steuerpflichtige Gesellschaft. . . . .	221
5.1.3	Ausgewählte Praxisaspekte bei Ausgliederungen . . . . .	222
5.1.4	Grunderwerbsteuerliche Aspekte. . . . .	224
5.1.5	Betriebsaufspaltung . . . . .	225
5.2	Erwerb und Veräußerung von Beteiligungen . . . . .	226
5.3	Begründung eines Jointventures . . . . .	227
5.4	Holdingstrukturen . . . . .	228
5.5	Kooperationen zwischen Krankenhäusern. . . . .	228
	Literatur. . . . .	231
	<b>Stichwortverzeichnis</b> . . . . .	<b>233</b>

---

## Autorenverzeichnis

**Ursula Augsten** Steuerberaterin

**Dr. Ralph Bartmuß** Rechtsanwalt|Steuerberater

**Stephan Rehbein** Rechtsanwalt|Steuerberater

**Martin Maurer** Rechtsanwalt|Steuerberater



# Rechtliche Erscheinungsformen des Krankenhauses

1

Stephan Rehbein

## 1.1 Einleitung

Die Kommune hat durch die Schaffung und die Unterhaltung der für das Gemeindewohl erforderlichen Betriebe und Einrichtungen in eigener Verantwortung optimale Lebens- und Umweltbedingungen zu gewährleisten. Damit ist eine wesentliche Aufgabe der Kommunen beschrieben: die Gewährleistung der Daseinsvorsorge. Als ein Bestandteil der Leistungsverwaltung zählt hierzu auch die Bereitstellung von und der Zugang zu den öffentlichen Einrichtungen der Gesundheitsvorsorge und Gesundheitsfürsorge für **Jedermann**, wie beispielsweise der Zugang zu Krankenhäusern.

Bei der Erreichung dieses Ziels ist die Gemeinde indes nicht auf die öffentlich-rechtlichen Betätigungsformen (wie Regie- oder Eigenbetriebe) festgelegt, sie kann sich hierzu auch privatrechtlicher Organisationsformen bedienen. Dabei kann die **Ausgründung** öffentlicher Krankenhäuser in private Rechtsformen unter Beibehaltung der öffentlichen Trägerschaft (sogenannte formelle Privatisierung oder Organisationsprivatisierung) oder an einen fremden Träger (sogenannte echte Privatisierung) erfolgen.

Die Gründe für die Wahl einer bestimmten Organisationsform sind mannigfaltig. Die kommunalwirtschaftlichen Betriebe konkurrieren zunehmend mit privaten Anbietern von Gesundheitsdienstleistungen. Der Betrieb eines Krankenhauses und seiner Randbereiche (Wäscherei, Fuhrpark, Essensversorgung, Hygiene- und Reinigungsleistungen etc.) kann unrentabel und zunehmend zur finanziellen Last für die Kommune werden. Immer häufiger zwingen daher leere Kassen die Kommunen zu einem Verkauf ihrer Krankenhäuser, zur Beteiligung Privater im Rahmen von Public Private Partnership (Teilprivatisierung)

---

S. Rehbein (✉)  
Ernst & Young GmbH  
Berlin, Deutschland  
E-Mail: [stephan.rehbein@de.ey.com](mailto:stephan.rehbein@de.ey.com)

oder zumindest dazu, die Krankenhäuser in einer privatwirtschaftlichen Organisationsform zu führen, um so dem starren Korsett des Haushaltsrechts zu entkommen und einen effizienteren Mitteleinsatz zu erreichen. Insbesondere von der Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform versprechen sich die Kommunen größere Organisationsvorteile sowie steuerliche, haushaltsrechtliche, finanzielle und personalpolitische Vorzüge.

Ausgangspunkt der Fragen nach dem „Ob“ und dem „Wie“ der Privatisierung ist der Grundsatz der Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen. Dieses Grundprinzip kommunalen Handels ist in Art. 28 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich gewährleistet. Die Selbstverwaltungsgarantie wirkt sich insbesondere in der Entscheidung darüber aus, auf welche Art und Weise eine Kommune ihre Aufgabe erfüllt. Hiermit eng verknüpft ist die kommunale Organisationshoheit. Die Kommunen sind grundsätzlich frei in ihrer Entscheidung, ob sie im Rahmen einer öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestalteten Organisationsform handeln möchten. Aus verfassungsrechtlicher Sicht geht man heute von einer Gleichwertigkeit der öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Organisationsformen aus.<sup>1</sup> Gleichwohl enthalten die Gemeindeordnungen der Länder (im Wesentlichen ähnliche) Zulassungsvoraussetzungen. Danach dürfen Kommunen Unternehmen gründen, sich an ihnen beteiligen oder sie erweitern, wenn das Unternehmen

- durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt wird,
- es nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune und zum voraussichtlichen Bedarf steht und
- der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen (z. B. Privaten) erfüllt wird oder erfüllt werden kann (sogenannte Subsidiaritätsklausel).<sup>2</sup>

Bei Krankenhäusern dürften diese Zulassungsvoraussetzungen im Allgemeinen erfüllt sein.

Seine Legaldefinition findet der Begriff **Krankenhaus** in § 2 Nr. 1 Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG). Danach sind Krankenhäuser

„Einrichtungen, in denen durch ärztliche und pflegerische Hilfeleistungen Krankheiten, Leiden, Körperschäden festgestellt, geheilt oder gelindert werden sollen oder Geburtshilfe geleistet wird und in denen die zu versorgenden Personen untergebracht und gepflegt werden können.“

Dieser Krankenhausbegriff ist sehr weit und schließt Einrichtungen der Vorsorge und Rehabilitation ein.

Bei den Krankenhäusern schreitet die Privatisierung voran. Im Jahr 2017 wurden 59,8 Prozent der öffentlichen Krankenhäuser in privatrechtlicher Form (z. B. GmbH) ge-

---

<sup>1</sup>Raiser, ZGR 1996, 458.

<sup>2</sup>Tomerius, LKV 2000, 41 [42]; Gern/Brüning, Rn. 1004.

führt; 2002 war der Anteil nur knapp halb so hoch (28,3 Prozent). Demgegenüber lag der Anteil öffentlicher Krankenhäuser, die als rechtlich unselbstständige Einrichtung (z. B. Eigenbetrieb, Regiebetrieb) betrieben werden, 2017 bei 15 Prozent; im Jahr 2002 hatte ihr Anteil an allen öffentlichen Krankenhäusern noch 56,9 Prozent betragen.<sup>3</sup>

Über die wichtigsten Erscheinungsformen des Krankenhauses, einschließlich der Hochschulkliniken, gibt das folgende Kapitel einen kurzen Überblick.

---

## 1.2 Öffentlichrechtliche Organisationsformen

Grundsätzlich erfolgt die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen in der Rechtsform des Eigenbetriebs und seltener in der Form des Regiebetriebes, sofern diese Tätigkeit nicht ohnehin rechtlich verselbstständigt ist und als Rechtsform des Privatrechts (GmbH, AG) organisiert ist. Dies führt zu einer Hervorhebung des Eigenbetriebs in den verschiedenen Gemeindeordnungen<sup>4</sup> und den kommunalen Eigenbetriebsverordnungen.

Krankenhäuser mit einem öffentlich-rechtlichen Träger wurden traditionell überwiegend in der Rechtsform des Eigenbetriebs geführt. Daneben tritt als nennenswerte Rechtsform noch der Regiebetrieb in Erscheinung, während (rechtsfähige) Anstalten des öffentlichen Rechts fast ausschließlich bei Krankenhäusern mit über 600 Betten vorkommen.

### 1.2.1 Juristische Personen des öffentlichen Rechts

Im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Betätigung kann die Kommune ein rechtlich selbstständiges Unternehmen als Regiebetrieb, als Sondervermögen (Eigenbetrieb) oder als (rechtsfähige) Anstalt des öffentlichen Rechts bilden.

#### 1.2.1.1 Eigen- und Regiebetrieb

Der **Regiebetrieb** ist ein rechtlich und wirtschaftlich unselbstständiger Bestandteil des Gemeindevermögens und steht unter der Leitung der Gemeinde. Zwischen ihm und dem Dritten entsteht keine Rechtsbeziehung; diese entsteht nur zwischen der Kommune und dem Dritten. Sein Haushalt ist gleichsam Teil desjenigen der Kommune, er ist an den Haushaltsplan gebunden.<sup>5</sup> Alle Einnahmen und Ausgaben sind im Haushaltsplan zu veranschlagen. Auch in seiner Betriebsorganisation ist der Regiebetrieb unselbstständig. Die

---

<sup>3</sup> Statistisches Bundesamt, Grunddaten, S. 8.

<sup>4</sup> Vgl. z. B. § 114 GO NRW, § 117 GO LSA.

<sup>5</sup> Gern/Brüning, Rn. 1033.

Leitungsfunktionen des Betriebs sind an die Organe des allgemeinen Verwaltungsapparates gebunden. Die interne Willensbildung erfolgt durch die Trägerkörperschaft. Damit stellt sich der Regiebetrieb als eine Unterabteilung der Kommunalverwaltung dar. In der Form des Regiebetriebes werden häufig Feuerwehr, Schlacht- und Viehhöfe, Friedhöfe, Theater, Kindergärten oder Museen geführt.

Demgegenüber ist der **Eigenbetrieb** zwar in organisatorischer, wirtschaftlicher und finanzieller Hinsicht ein gesondertes Unternehmen, welches sich selbst verwaltet. Eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt das im Eigenbetrieb verwaltete Unternehmen aber ebenfalls nicht. Er wird entsprechend den Vorschriften der Gemeindeordnung des jeweiligen Bundeslandes nach der betreffenden Eigenbetriebsverordnung und der Betriebsatzung geführt. Eine Vielzahl der Eigenbetriebsverordnungen sieht eine weitestgehend selbstständige Betriebsleitung und einen Betriebsausschuss zur Kontrolle der Betriebsleitung durch die Trägerkörperschaft vor.

Eigenbetriebe sind so einzurichten, dass eine vom übrigen Vermögen der Trägerkörperschaft abgesonderte Betrachtung ihrer Verwaltung und des von ihnen erzielten Ergebnisses möglich ist. Gleichwohl ist der Eigenbetrieb nicht rechtsfähig. Damit wird die Trägerkörperschaft aus den Handlungen des Eigenbetriebs unmittelbar berechtigt und verpflichtet.

Das betriebswirtschaftliche Rechnungswesen des Eigenbetriebes unterscheidet sich grundlegend von demjenigen der Trägerkörperschaft. Es ist nicht in deren Haushalt eingegliedert. Es entspricht vielmehr dem einer doppelten kaufmännischen Buchführung mit Wirtschaftsplan, Bilanz sowie Gewinn- und Verlustrechnung.

Auf Grund der den Kommunen kraft ihrer Eigenverantwortlichkeit (vgl. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG) eingeräumten Organisationsgewalt, Personal- und Finanzhoheit steht es ihnen grundsätzlich frei, wie sie die ihnen obliegenden Aufgaben erfüllen wollen. Dies gilt innerhalb des von den Kommunalgesetzen gesteckten Rahmens auch für die Rechtsformwahl.<sup>6</sup>

Nachteilig wirkt sich beim Eigenbetrieb wie auch beim Regiebetrieb der Umstand aus, dass die Handlungen des jeweiligen Betriebs den kommunalen Rechtsträger unmittelbar berechtigen, verpflichten und haftbar machen.

Ein weiterer Nachteil der Regie- oder Eigenbetriebe ist, dass die für die gesamte Verwaltung geltenden Verwaltungsvorschriften und Verwaltungsanweisungen eine auf den Betrieb eines Krankenhauses zugeschnittene Organisationsstruktur nur schwer zulassen. Nachteilig für beide Betriebsformen ist zudem, dass das Krankenhaus in die Gemeinde eingegliedert bleibt, was oftmals schwerfällige Leitungs- und Entscheidungsstrukturen zur Folge hat, die nicht selten regionalpolitischen Einflüssen ausgesetzt sein können. Dies erschwert häufig ein flexibles und letztlich wirtschaftliches Management.

Dem steht allerdings spiegelbildlich der Vorteil des direkten Zugriffs und der unmittelbaren Einflussnahme der Trägerkörperschaft auf den Regie- oder Eigenbetrieb gegenüber. Hierdurch wahrt die Kommune ihre Verwaltungshoheit über das Krankenhaus.

---

<sup>6</sup>Henneke, in: Wurzel et. al., A Rn. 38.

Für den Regie- oder Eigenbetrieb gilt das oft als zu unflexibel und teuer empfundene öffentliche Tarifrecht. Dies hat angesichts der erheblichen Personalkosten eines Krankenhauses – diese betragen bei einem Allgemeinkrankenhaus etwa 60 Prozent<sup>7</sup> – großes Gewicht. Dabei schlagen insbesondere die Ausgaben für die umlagefinanzierte tarifliche Zusatzversorgung der Angestellten des öffentlichen Dienstes über die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) und über die verschiedenen kommunalen Zusatzversorgungskassen (ZVK) erheblich zu Buche. Auch dies kann die Entscheidung für oder wider die Rechtsform Regie- oder Eigenbetrieb beeinflussen.

### 1.2.1.2 Anstalt des öffentlichen Rechts

Ende der 1990er-Jahre wurde in zahlreichen Bundesländern die Möglichkeit geschaffen, kommunale Unternehmen und Einrichtungen in der Rechtsform einer **Anstalt des öffentlichen Rechts** zu errichten. Die Anstalt des öffentlichen Rechts wird beschrieben als eine Zusammenfassung von Verwaltungsvermögen und von Verwaltungsbediensteten zum Zwecke der Wahrnehmung bestimmter öffentlicher Aufgaben außerhalb der Staatsverwaltung.<sup>8</sup> Es gibt rechtsfähige und nichtrechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts. Während die rechtsfähige Anstalt zwar in das Verwaltungssystem des Staates oder einer Körperschaft des öffentlichen Rechts eingebunden ist, wird sie gleichwohl selbstständiger Träger von Rechten und Pflichten. Demgegenüber ist die nichtrechtsfähige Anstalt unmittelbarer Bestandteil der Körperschaft des öffentlichen Rechts; diese – und nicht die Anstalt – wird Träger von Rechten und Pflichten.

Die Errichtung einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts ist vom Vorliegen verschiedener Voraussetzungen abhängig.<sup>9</sup> Die Gründung einer neuen Anstalt setzt für den Errichtungsakt eine gesetzliche Organisationsentscheidung der Kommune voraus. In der Anstaltssatzung muss die Kommune das Stammkapital der Anstalt des öffentlichen Rechts festschreiben sowie Bestimmungen über die Wirtschaftsführung treffen. Die Anstalt des öffentlichen Rechts wird durch einen (ein- oder mehrköpfigen) Vorstand geleitet, der durch einen Verwaltungsrat berufen und überwacht wird. Die Trägerkörperschaft behält die inhaltliche Kontrolle, sie kann dem Verwaltungsrat hierbei Weisungen erteilen.

Zu den Vorteilen einer Anstalt des öffentlichen Rechts gehört sicherlich, dass diese dem Landesverwaltungsrecht unterworfen bleibt und hoheitlich tätig werden kann. Allerdings spielen diese Vorteile beim Betrieb eines Krankenhauses nur eine untergeordnete Rolle.

Eigenbetriebe stellen grundsätzlich einen Betrieb gewerblicher Art i. S. d. § 4 KStG dar.<sup>10</sup> Der Regiebetrieb kann, je nach tatsächlicher Ausgestaltung, ebenfalls einen Betrieb gewerblicher Art darstellen.<sup>11</sup> Allerdings ist aufgrund seiner fehlenden Selbstständigkeit das Merkmal der „selbstständigen Einrichtung“ nicht immer gegeben. Bei Krankenhäu-

---

<sup>7</sup> Statistische Bundesamt, Kostennachweis, S. 7.

<sup>8</sup> Wallenhorst, in: Wallenhorst et. al., A Rn. 83.

<sup>9</sup> Vgl. z. B. §§ 107 f. GO NRW.

<sup>10</sup> BFH vom 31.01.1975, VI R 171/74; BStBl. II 1975, 563.

<sup>11</sup> Gay/Neudert, in: Wurzel/Schraml/Becker, G Rn. 36.

sen dürfte sich aufgrund ihrer Größe und organisatorischen Anforderungen dieses Abgrenzungsproblem indes nicht stellen, sodass ein in der Rechtsform eines Regiebetriebes geführtes Krankenhaus regelmäßig einen Betrieb gewerblicher Art begründet. Anstalten des öffentlichen Rechts können als Unternehmen der öffentlichen Hand ebenfalls einen Betrieb gewerblicher Art begründen.

### 1.2.2 Stiftung

Werden mit der Änderung der Organisationsstruktur über die reine Ausgliederung aus der Landes- oder Kommunalverwaltung hinausgehende Absichten verfolgt, so kann auch eine rechtsfähige Stiftung eine geeignete Organisationsform für den Betrieb eines Krankenhauses sein.

Eine rechtsfähige Stiftung ist nach allgemeiner Definition (§§ 80 ff. BGB) eine mit Rechtsfähigkeit ausgestattete, nicht verbandsmäßig organisierte Einrichtung, die einen vom Stifter bestimmten Zweck mithilfe eines dazu gewidmeten Vermögens dauernd fördern soll. Aus dieser Definition ergibt sich folgende Charakterisierung einer Stiftung:

- Die Stiftung benötigt einen Stiftungszweck.
- Es muss ein Stiftungsvermögen vorhanden sein.
- Die Erträge aus dem Stiftungsvermögen müssen es ermöglichen, den Stiftungszweck dauerhaft zu erfüllen.
- Anders als andere Organisationsformen des Privatrechts verfügt die Stiftung zwar über ein Vermögen, jedoch weder über Eigentümer noch über Mitglieder.
- Die Stiftung benötigt eine Organisation, sie nimmt durch ihren Vorstand am rechtsgeschäftlichen Verkehr teil.

In der Praxis verfügen Stiftungen neben dem – einzig gesetzlich vorgeschriebenen Organ – Vorstand zumeist noch über weitere Organe (Aufsichtsrat, Kuratorium, Beirat), um die Kontrolle des Vorstandes zu gewährleisten.

Ob eine Stiftung dem öffentlichen Recht oder dem privaten Recht zuzuordnen ist, entscheidet nicht ihr Aufgabenkreis, sondern die Art ihrer Entstehung.<sup>12</sup> Eine Stiftung hat **öffentlich-rechtlichen** Charakter, wenn sie vom Staat durch Gesetz oder Verwaltungsakt als Stiftung des öffentlichen Rechts errichtet worden ist. Möglich ist auch, dass eine zunächst privatrechtlich organisierte Stiftung durch einen entsprechenden Hoheitsakt in eine Stiftung öffentlichen Rechts umgewandelt wird.

Demgegenüber entsteht gemäß §§ 80 Abs. 1, 81 BGB die rechtsfähige Stiftung des **privaten Rechts** durch ein Stiftungsgeschäft (entweder unter Lebenden oder von Todes

---

<sup>12</sup>BVerfG, Beschluss vom 06.11.1962, 2 BvR 151/60, NJW 1963, 900.



wegen).<sup>13</sup> Daneben ist die Genehmigung der Stiftungsaufsicht des Landes, in dem die Stiftung ihren Sitz hat, erforderlich (§ 80 Abs. 1 und 2 BGB).

Die Unterscheidung zwischen Stiftungen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts hat – mit Ausnahme des Gründungsaktes – kaum praktische Bedeutung.

Als Sonderform existieren neben Stiftungen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts auch noch **kirchliche Stiftungen**. Bei diesen bedarf es zu ihrer Gründung zusätzlich noch der Einwilligung durch die entsprechende kirchliche Behörde.

Steuerrechtlich ist die (rechtsfähige oder nichtrechtsfähige) Stiftung über § 1 Abs. 1 Nr. 4 und 5 KStG Körperschaft und kann somit grundsätzlich gemeinnützig sein. Unterhält die öffentlich-rechtliche Stiftung einen Betrieb gewerblicher Art, ist sie nach § 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG steuerpflichtig und kann mithin ebenfalls grundsätzlich gemeinnützig sein.

### 1.2.3 Hochschulklinik

Eine Sonderstellung nehmen Hochschulkliniken ein, da sie aufgrund ihrer besonderen Stellung und Funktion als Organisationsform im Rahmen einer Ausgründung nicht in Betracht kommen. Hochschulkliniken treten in verschiedenen Rechtsformen auf. Sie sind durch Landesrecht entweder als eigenständige juristische Person des öffentlichen Rechts, zumeist in Form einer Anstalt, errichtet worden – in diesem Fall sind sie eine von der Trägeruniversität unabhängige rechtliche Einheit – oder sie werden als rechtlich unselbstständige Betriebseinheit der medizinischen Fakultät der Trägeruniversität geführt. Bei der Trägeruniversität selbst handelt es sich – von Ausnahmen abgesehen – um eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Die Hochschulklinik wird damit von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts betrieben und begründet für diese einen Betrieb gewerblicher Art i. S. d. § 4 KStG; ihre Tätigkeit kann nicht klar dem hoheitlichen Bereich (Forschung und Lehre) oder wirtschaftlichen Bereich (Krankenhaus) zugeordnet werden, ihr Charakter wird allerdings überwiegend von der Patientenversorgung bestimmt.<sup>14</sup> Der Betrieb des Krankenhauses ist jedoch als steuerlicher Zweckbetrieb nach § 67 AO zu qualifizieren.<sup>15</sup>

Es kommt jedoch vor, dass die Hochschulkliniken von ihrer Trägeruniversität gelöst und rechtlich verselbstständigt werden. So wurde beispielsweise die Charité – Universitätsmedizin Berlin als Gliedkörperschaft der Freien Universität und der Humboldt-Universität rechtlich verselbstständigt.<sup>16</sup> Als Körperschaft des öffentlichen Rechts ist die

---

<sup>13</sup>Durch das Stiftungsgeschäft muss die Stiftung eine Satzung erhalten. Diese muss den Namen der Stiftung, ihren Sitz, den Stiftungszweck sowie das Stiftungsvermögen regeln und Bestimmungen über die Bildung des Vorstandes enthalten.

<sup>14</sup>Krämer, in: Dötsch/Pung/Möhlenbrock, § 4 Rn. 109 „Hochschulkliniken“ m. w. N.

<sup>15</sup>Buchna, S. 340 f.

<sup>16</sup>Vorschaltgesetz zum Gesetz über die Umstrukturierung der Hochschulen im Land Berlin vom 22.05.2003, GVBl. 2003, 185.

Charité – Universitätsmedizin Berlin nun gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG in Verbindung mit § 4 KStG mit ihren Betrieben gewerblicher Art ein eigenständiges Körperschaftsteuersubjekt, während der Krankenhausbetrieb innerhalb des Betriebs gewerblicher Art der Charité – Universitätsmedizin Berlin einen steuerfreien Zweckbetrieb begründet.<sup>17</sup> Allerdings muss für diesen Betrieb gewerblicher Art eine Satzung oder sonstige Verfassung aufgestellt werden, die den Erfordernissen der §§ 59, 60 AO genügt.<sup>18</sup>

---

### 1.3 Privatrechtliche Organisationsformen

Besonders häufig werden kommunale Krankenhäuser in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) umgewandelt, die öffentlich-rechtliche Trägerschaft jedoch beibehalten. Der Vorteil dieser **Organisationsprivatisierung** wird darin gesehen, dass einerseits eine gegenüber der Gesellschafterversammlung – faktisch – weitgehend autonome Geschäftsführung für die Leitung des Betriebs zuständig und verantwortlich ist, andererseits aber der Einfluss der Trägerkörperschaft im Hinblick auf den Versorgungsauftrag im Rahmen der Gesellschafterversammlung sichergestellt ist. Die Haftung des Gesellschafters ist auf das übernommene Stammkapital beschränkt (§ 13 Abs. 2 GmbHG), wodurch sich die Haftung der Trägerkörperschaft für das Betriebsrisiko erheblich vermindert. Das wirtschaftliche Risiko kann nicht mehr an den öffentlichen Haushalt weitergeleitet werden. Häufig wird ein derartiger Rechtsformwechsel auch mit der Einführung moderner Managementkonzepte und rationellerer Arbeitsmethoden verbunden. Die Rechtsformänderung ermöglicht zudem die Loslösung von dem öffentlich-rechtlichen Tarifrecht. Damit verbunden ist die Hoffnung auf eine Senkung der Personalkosten.

Zu beachten ist bei der Organisationsprivatisierung, dass ein *numerus clausus* zulässiger Rechtsformen besteht. Das bedeutet, die Kommune ist bei der Wahl der Rechtsform an die im Gesetz ausdrücklich geregelten bzw. an die richterlich anerkannten Rechtsformen<sup>19</sup> gebunden. Nach den kommunalrechtlichen Vorgaben durch die Gemeindeordnungen ist es durchweg erforderlich, dass eine Gesellschaftsform des Privatrechts gewählt wird, bei der die Haftung und die Einzahlungsverpflichtung der Gemeinde auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt sind.<sup>20</sup>

Für die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen in der Form rechtlich selbstständiger Unternehmen sind neben kommunalrechtlichen Vorschriften auch die die gewählte Rechtsform betreffenden Vorschriften zu beachten.

---

<sup>17</sup> Strahl, FR 1998, 761.

<sup>18</sup> Buchna, S. 340; BFH vom 31.10.1984, I R 21/81, BStBl. II 1985, 162 und vom 11.02.1997, II B 78/90, BFH/NV 1997, 625.

<sup>19</sup> Wie z. B. die hier nicht behandelte GmbH & Co. KG und die GmbH & Co. KGaA.

<sup>20</sup> So beispielsweise § 1 Krankenhausunternehmens-Gesetz Berlin vom 30.11.2000; § 122 Abs. 1 Nr. 2 HessGO; § 108 Abs. 1 Nr. 3 GO NRW; § 96 Abs. 1 Nr. 3 SächsGemO.

Die Wahl einer privatrechtlichen Rechtsform führt allerdings nicht dazu, dass das Krankenhaus zu einem privaten Krankenhaus wird. Die Gemeinde bedient sich lediglich anderer Instrumentarien zur Aufgabenerfüllung. Die Gemeinde kann sich ihrer Kontroll- und Leitungsaufgaben nicht durch eine „Flucht in das Privatrecht“ entziehen. Auch nach einer Organisationsprivatisierung bleibt das Krankenhaus demzufolge ein kommunales Unternehmen.

Ein weiterer Vorteil einer Organisationsprivatisierung kann es sein, der Verpflichtung entgehen zu können, Aufträge in privatwirtschaftlichen Bereichen öffentlich ausschreiben zu müssen. Die Gemeinde ist nämlich bei der Vergabe von Aufträgen an strenge und verbindliche Vergabegrundsätze gebunden.<sup>21</sup>

### 1.3.1 Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Eine Möglichkeit der Kommune, den kommunalrechtlichen Vorgaben nachzukommen, ist die Gründung einer GmbH.

Das GmbHG lässt die **Gründung** einer GmbH durch nur eine Person zu (sogenannte „Ein-Mann Gesellschaft“). Die schriftliche Erklärung über die GmbH-Gründung (Gesellschaftsvertrag oder Satzung) führt noch nicht zum Entstehen der GmbH. Vielmehr muss diese notariell beurkundet und in das Handelsregister eingetragen werden. Zwischen der notariellen Beurkundung und der Eintragung in das Handelsregister liegt eine Gründungsgesellschaft vor, die als eigenständiges Gebilde eigene Rechte und Pflichten zu erfüllen hat. Der Gründungsprozess lässt sich durch Verwendung einer sogenannten „Vorratsgesellschaft“ abkürzen.

Die **Satzung** der GmbH muss mindestens folgende Regelungen enthalten:

- Sitz und Firma (Name) der GmbH
- Unternehmensgegenstand (Tätigkeitsbereich oder Geschäftszweck, wobei dieser die Gesellschaft später nicht bindet)
- Höhe des Stammkapitals
- Namen der Gesellschafter
- Höhe der von jedem einzelnen Gesellschafter übernommenen Stammeinlage

Im Übrigen bestehen im Hinblick auf die Ausgestaltung der Satzung erhebliche Freiheiten.

Das **Stammkapital** einer GmbH beträgt mindestens 25.000 € (§ 5 GmbHG). Jeder Geschäftsanteil muss auf volle Euro lauten. Bei Gründung der GmbH darf ein Gesellschafter mehrere Geschäftsanteile übernimmt. Die Stammeinlage der einzelnen Gesellschafter kann unterschiedlich hoch sein. Als Sonderform der GmbH (§ 5a GmbHG) wurde die

---

<sup>21</sup>Zu diesem Thema, vgl. etwa Süß, BayVBl 1986, 257 [260 f.].

**Unternehmensgesellschaft (haftungsbeschränkt)** (kurz: UG (haftungsbeschränkt)) geschaffen, die bereits mit 1 € Stammkapital gegründet wird.

Vor der Anmeldung der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister muss bei einer **Bargründung** von jeder Stammeinlage mindestens 25 Prozent eingezahlt sein, die eingezahlten Beträge müssen insgesamt mindestens die Hälfte des Mindeststammkapitals betragen.

Im Fall einer **Sachgründung** muss die Sacheinlage vollständig erbracht sein; die Bewertung der Sacheinlage muss im Sachgründungsbericht dargestellt und erläutert werden. Von einer Sachgründung wird gesprochen, wenn das Stammkapital ganz oder teilweise in Form von Sachwerten eingebracht wird.

Die **Haftung** der GmbH ist grundsätzlich auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt. Eine Durchgriffshaftung auf den Gesellschafter kommt nur selten in Betracht.

In der GmbH bilden die Gesellschafterversammlung und der Geschäftsführer grundsätzlich als die beiden einzigen **Organe** die Organisationsstruktur.

Jede GmbH muss mindestens einen **Geschäftsführer** haben. Dieser führt die Geschäfte des Unternehmens und vertritt die Gesellschaft nach außen (§ 35 GmbHG). Dabei unterliegt er grundsätzlich keinen Beschränkungen. Eine Beschränkung ergibt sich jedoch aus § 181 BGB für sogenannte „In-Sich-Geschäfte“, da dieser eine Selbstkontrahierung verbietet. Die Anwendung dieser Vorschrift kann ausgeschlossen werden; dies muss jedoch im Gesellschaftsvertrag festgelegt sein und in das Handelsregister eingetragen werden. Daneben muss der Geschäftsführer im Verhältnis zur Gesellschaft ihm erteilte Weisungen und Einschränkungen, die sich z. B. aus der Satzung, dem Geschäftsführeranstellungsvertrag oder durch Gesellschafterbeschlüsse ergeben können, beachten. Verstößt er dagegen, macht er sich gegebenenfalls schadensersatzpflichtig.

Der **Gesellschafterversammlung** als oberstem Organ der Gesellschaft mit übergeordneter Geschäftsführungskompetenz steht ein unbegrenztes Weisungsrecht gegenüber dem Geschäftsführer zu. Im Falle einer Ein-Mann-Gesellschaft bedarf es dazu nicht einmal einer formalen Gesellschafterversammlung und eines durch sie zu fassenden Beschlusses. Der Ein-Mann-Gesellschafter ist dazu berechtigt, der Geschäftsleitung jederzeit ohne beschränkende Formvorschriften Weisungen zu erteilen.<sup>22</sup> Aus diesem Grund sind die Gemeinden als Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts oftmals Alleingesellschafter einer Krankenhaus-GmbH.

Folgende Aufgaben sind zwingend der Gesellschafterversammlung vorbehalten:

- Einforderung von Nachschüssen
- Satzungsänderungen
- Auflösung der Gesellschaft
- Ernennung und Abberufung von Liquidatoren

---

<sup>22</sup>Als Ordnungsvorschrift ist lediglich § 48 Abs. 3 GmbHG zu beachten, wonach eine unverzügliche Niederschrift des Beschlusses und dessen Unterzeichnung erforderlich ist.

Soweit die Satzung keine abweichende Regelung enthält, sind darüber hinaus folgende Aufgaben von der Gesellschafterversammlung wahrzunehmen:

- Feststellung des Jahresabschlusses
- Verwendung von Gewinnen oder Verlusten
- Einforderung von Einzahlungen auf die Stammeinlagen
- Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers

In der Krankenhaus-GmbH kann sich außerdem die Frage nach der Bildung eines **Aufsichtsrats** (auch Beirat genannt) stellen. Dieser ist im GmbHG nicht vorgeschrieben, kann jedoch im Gesellschaftsvertrag als fakultativer Aufsichtsrat vorgesehen werden (§ 52 Abs. 1 GmbHG). Zwar ist dieses Gremium von dem GmbHG nur als fakultatives Organ vorgesehen, soweit nicht das Mitbestimmungsrecht etwas anderes vorsieht. regelmäßig ist nach § 1 DrittelbG die Bildung eines Aufsichtsrates ab 500 Arbeitnehmern notwendig. Der Alleingesellschafter kann dem Aufsichtsrat/Beirat in der GmbH kraft Satzung so gut wie alle Befugnisse der Gesellschafterversammlung einräumen und damit den Aufsichtsrat zum stärksten Organ in der GmbH machen.<sup>23</sup> Beim fakultativen Aufsichtsrat gibt es keine zwingenden gesetzlichen Vorgaben, aus wie vielen Personen dieser bestehen muss, es ist auch weder eine ungerade noch eine durch drei teilbare Zahl erforderlich. Auch hinsichtlich der Zusammensetzung des Aufsichtsrats gibt es keine gesetzlichen Vorgaben, allerdings müssen die Aufsichtsratsmitglieder natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Personen sein. Die Satzung kann jedoch persönliche Voraussetzungen sachbezogener Art (z. B. Gesellschaftereigenschaft, bestimmte fachliche Erfahrungen) aufstellen. Die Aufsichtsratsmitglieder sind zur Verschwiegenheit verpflichtet. Sie trifft darüber hinaus eine allgemeine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft. Grundsätzlich haften die Aufsichtsratsmitglieder für die sorgfältige Erfüllung ihrer Aufgabe, allerdings ist die Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder im Sinne ihrer Haftung nur schwer zu bestimmen.

Soll der Aufsichtsrat der Kontrolle der Geschäftsführung dienen, so liegt die Frage nahe, ob die Aufsichtsratsmitglieder einer GmbH weisungsgebunden sind. Zahlreiche Gemeindeordnungen sehen ein Weisungsrecht gegenüber den Aufsichtsratsmitgliedern einer kommunalen GmbH vor.<sup>24</sup> Nach der wohl herrschenden Auffassung in der Literatur sind die von den Kommunen gewählten oder entsandten Aufsichtsratsmitglieder nicht weisungsgebunden. Dies ergäbe sich aus der Funktion der Aufsichtsratsmitglieder und der personalen Verantwortung; den Aufsichtsratsmitgliedern sei daher ein ausschließlich am Unternehmensinteresse orientierter, weisungsfreier Autonomiebereich zuzubilligen.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Spindler, in: Münchener Kommentar GmbHG, § 52 Rn. 261; Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, § 52 Rn. 54 ff.

<sup>24</sup> Vgl. z. B. Art. 93 Abs. 2 Satz 3 BayGO; § 104 Abs. 1 Satz 3, Abs. 3 BadWürttGO; § 113 Abs. 1 Satz 2 GO NRW.

<sup>25</sup> Hierzu ausführlich Altmeppen, NJW 2003, 2561 – der diese Ansicht für die mitbestimmungsfreie Ein-Mann-GmbH ablehnt (a. a. O., 2564); Frankenberger, RNotZ 2018, 649 [655].

Die GmbH ist zur Aufstellung eines **Jahresabschlusses** – abhängig von ihrer Größe – innerhalb von drei oder sechs Monaten nach Abschluss ihres Wirtschaftsjahres unter Beachtung der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung verpflichtet. Die Jahresabschlüsse müssen, unabhängig von der Größenklasse der GmbH, innerhalb von zwölf Monaten im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlicht werden.

Die Bestimmungen der §§ 53 f. HGrG räumen den Gebietskörperschaften **besondere Prüfungs- und Unterrichtsrechte** gegenüber ihren Gesellschaften ein. § 53 HGrG erweitert die Informationsmöglichkeiten der Kommune über ihre Beteiligungsgesellschaft, indem ein Anspruch auf Durchführung einer inhaltlich erweiterten Abschlussprüfung sowie auf Übersendung des Prüfungsberichtes begründet wird. Allerdings handelt es sich hierbei nicht um eine selbstständige Prüfung, sondern um eine bloße Erweiterung der handelsrechtlichen Abschlussprüfung.

Voraussetzung für die Geltendmachung der Sonderrechte ist jedoch, dass der Kommune „die Mehrheit der Anteile eines Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts“ oder mindestens der vierte Teil der Anteile gehört und ihr gleichzeitig zusammen mit anderen Gebietskörperschaften die Mehrheit der Anteile zusteht. Ist diese Voraussetzung erfüllt, so hat die Kommune gegenüber der betroffenen Gesellschaft einen gesetzlichen Anspruch, dass diese ihrem Abschlussprüfer einen um die in § 53 Abs. 1 Nr. 1 und 2 HGrG genannten Gegenstände (die Entwicklung der Vermögens- und Ertragslage sowie die Liquidität und Rentabilität der Gesellschaft; verlustbringende Geschäfte und die Ursachen der Verluste, wenn diese Geschäfte und die Ursachen für die Vermögens- und Ertragslage von Bedeutung waren; die Ursachen eines in der Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesenen Jahresfehlbetrages) erweiterten Prüfungsauftrag erteilt. Eine zusätzliche Verankerung in der Satzung ist entbehrlich. Die Rechtsfolgen des § 53 HGrG treten jedoch nur ein, soweit bei der betreffenden Gesellschaft überhaupt eine Abschlussprüfung stattfindet, welche dann um die zusätzlichen Prüfungskriterien zu erweitern ist.

### 1.3.2 Gemeinnützige GmbH

Die gemeinnützige GmbH ist in ihrer rechtlichen Struktur eine „normale“ GmbH. Sie unterliegt den allgemeinen Bestimmungen des GmbHG sowie den handelsrechtlichen Bilanzierungs- und Offenlegungsvorschriften. Der Zusatz „gemeinnützige“ GmbH (gGmbH) bezieht sich ausschließlich auf die steuerrechtliche Anerkennung der GmbH als gemeinnützig i. S. d. §§ 51 ff. AO. Wegen der steuerlichen Vergünstigungen werden Krankenhaus-GmbHs häufig in der Rechtsform einer gemeinnützigen GmbH geführt.

Mit Beschluss vom 13.12.2006<sup>26</sup> entschied das Oberlandesgericht München, dass die Abkürzung „gGmbH“ auch bei einer als gemeinnützig anerkannten GmbH keine zulässige Angabe der Gesellschaftsform darstellt und daher nicht in das Handelsregister eingetragen werden kann. Der sich daraus ergebenden Unsicherheit hat der Gesetzgeber nun mit dem

<sup>26</sup> 31 Wx 84/06, NJW 2007, 1601.

mit Wirkung zum 29.03.2013 neu eingeführten § 4 Satz 2 GmbHG ein Ende gesetzt und klargestellt, dass die Firmierung einer gemeinnützigen GmbH als „gGmbH“ zulässig ist. Ob sich daraus auch die Zulässigkeit der Abkürzung „gUG“ für die gemeinnützige Unternehmensgesellschaft (haftungsbeschränkt) und „gAG“ für die gemeinnützige Aktiengesellschaft ableiten lässt ist aber noch zweifelhaft.

### 1.3.3 Aktiengesellschaft

Eine weitere mögliche Rechtsform, die die Kommune unter Berücksichtigung der kommunalrechtlichen Vorgaben wählen kann, ist die Aktiengesellschaft.

Das AktG lässt – wie das GmbHG – die Gründung einer AG durch nur eine Person zu. Diese stellt die **Satzung** der AG auf, die notariell zu beurkunden ist. Die Satzung muss mindestens folgende Gründungsangaben enthalten:

- Sitz und Firma (Name) der AG
- Unternehmensgegenstand (Tätigkeitsbereich oder Geschäftszweck)
- Höhe des Grundkapitals
- Zerlegung des Grundkapitals (Nennbetragsaktien oder Stückaktien)
- Angabe, ob die Aktien auf den Inhaber oder den Namen ausgestellt sind. Namensaktien können in ihrer Verkehrsfähigkeit eingeschränkt werden, indem ihre Übertragung nur mit Zustimmung der AG zulässig ist („Vinkulierung“). In der Satzung kann genau festgelegt werden, nach welchen Kriterien eine solche Zustimmung erfolgen muss. Hierdurch lässt sich das Risiko der ungewünschten Fremdeinflussnahme erheblich minimieren.
- Anzahl der Vorstandsmitglieder
- Bestimmungen über die Form der Bekanntmachungen der AG

Nach Feststellung der Satzung erklären die Gründer die Übernahme der Aktien und verpflichten sich zu deren Bezahlung. Die genaue Aufteilung der Aktien unter namentlicher Nennung der Gründer wird im Gründungsprotokoll festgehalten. Mit der Abgabe der Übernahmeerklärung durch die Aktionäre ist die AG errichtet. Die AG besteht bis zu ihrer Eintragung in das Handelsregister als AG in Gründung, diese hat als eigenständiges Gebilde eigene Rechte und Pflichten zu erfüllen.

Das **Grundkapital** der AG muss mindestens 50.000 € betragen. Es ist entweder in **Nennbetragsaktien** (die Summe der einzelnen Nennbeträge entspricht dem Grundkapital, die Nennbeträge können eine unterschiedliche Höhe haben) oder **Stückaktien** (das Grundkapital der AG wird durch die Anzahl der Stückaktien dividiert, der Anteil jeder Stückaktie am Grundkapital ist gleich) zu zerlegen, die jeweils über einen Nennbetrag von mindestens 1 € lauten müssen. Der tatsächlich von den Aktionären hierfür zu zahlende Betrag kann höher liegen. Ein Nebeneinander von Nennbetrags- und Stückaktien ist nicht möglich.

Wie bei der GmbH ist auch bei der AG neben der Bargründung eine **Sachgründung** möglich. Die im Zusammenhang mit dem Nachweis der Werthaltigkeit der Sacheinlage einzuhaltenden Vorschriften sind jedoch komplexer als bei einer GmbH-Gründung. Es ist ein Sachgründungsbericht durch externe Prüfer zu erstellen.

Die **Organe** der AG sind der Vorstand, der Aufsichtsrat und die Hauptversammlung. Diese werden nach der Errichtung der AG bestellt.

Der **Aufsichtsrat** überwacht und beaufsichtigt die Geschäftsführung des Vorstandes, kann diesem jedoch keine Weisungen erteilen. Allerdings soll er den Vorstand beraten. Anders als bei der GmbH ist bei der AG ein Aufsichtsrat zwingend. Er besteht aus mindestens drei Personen, seine Gesamtmitgliederzahl muss durch drei teilbar sein. Der Aufsichtsrat wird (notariell beurkundet) als erstes Organ der AG nach ihrer Errichtung bestellt. Die weiteren Aufsichtsräte werden dann durch die Hauptversammlung für längstens fünf Jahre gewählt. Die Satzung kann bestimmte Entsenderechte für den Aufsichtsrat vorsehen. Soweit die mitbestimmungsrechtlichen Voraussetzungen vorliegen, sind Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat einzubeziehen. Der Aufsichtsrat kann unter bestimmten Umständen durch die Hauptversammlung abberufen werden.

Anders als für die GmbH ist bei der AG anerkannt, dass aufgrund der durch das AktG vorgegebenen Organisationsverfassung die Hauptversammlung gegenüber dem Aufsichtsrat oder den in den Aufsichtsrat entsandten Mitgliedern keinerlei Weisungsrecht hat.<sup>27</sup>

Die Mitglieder des Aufsichtsrats haften für die Erfüllung ihrer Pflichten im Rahmen der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters.

Der **Vorstand** führt die Geschäfte der AG und vertritt die Gesellschaft nach außen. Er wird durch den Aufsichtsrat für die Dauer von längstens fünf Jahren bestellt. Eine längere Bestellung oder automatische Verlängerung ist unzulässig. Als Vorstände kommen lediglich natürliche Personen in Betracht. Besteht der Vorstand aus mehreren Personen, so kann der Aufsichtsrat einen Vorstandsvorsitzenden ernennen. Die Vorstandsmitglieder unterliegen grundsätzlich einem Wettbewerbsverbot, von dem der Aufsichtsrat jedoch Ausnahmen zulassen kann.

Der Vorstand führt die Geschäfte der AG unabhängig und in eigener Verantwortung. Er ist nicht an Weisungen des Aufsichtsrates oder der Hauptversammlung gebunden. Allerdings ist er an die Regelungen einer Geschäftsordnung, die durch den Aufsichtsrat erlassen werden kann, gebunden. Sollen dem Vorstand Vorgaben bezüglich seiner Geschäftsführung gemacht werden, so empfiehlt sich, dies im Wege einer Geschäftsordnung und nicht in der Satzung zu tun, da die Geschäftsordnung einfacher als eine Satzung zu ändern und zudem nicht öffentlich ist.

Ein Widerruf der Bestellung des Vorstands kann durch den Aufsichtsrat nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes erfolgen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn die Fortsetzung der Vorstandsstellung für die AG unzumutbar ist (z. B. bei groben Pflichtverletzungen oder Unfähigkeit).

---

<sup>27</sup>Vgl. §§ 76, 119 Abs. 2, 84, 93, 116 AktG; Altmeppen, NJW 2003, 2564 m. w. N.



Die Aktionäre treten mindestens einmal jährlich in der **Hauptversammlung** zusammen. Diese entscheidet unter anderem über

- die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder,
- die Gewinnverwendung,
- die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat,
- Satzungsänderungen,
- die Bestellung des Abschlussprüfers und
- auf Verlangen des Vorstandes über einzelne Geschäftsführungsmaßnahmen.

Beschlüsse der Hauptversammlung sind notariell zu beurkunden. Für die Einberufung und Durchführung der Hauptversammlung gelten strenge Formvorschriften.

Sind die Aktien einer AG nicht börsennotiert, kann diese als sogenannte „**kleine AG**“ eingestuft werden; entscheidend für die Einordnung als „kleine AG“ sind nicht wirtschaftliche Merkmale wie Bilanzsumme oder Umsatz. Für die „kleine AG“ gelten bestimmte strenge Förmlichkeiten des Aktienrechts nicht, diesen Gesellschaften werden folgende wesentliche Erleichterungen gewährt:

- keine Pflicht zur notariellen Beurkundung der Hauptversammlungsbeschlüsse
- vereinfachte Einberufung der Hauptversammlung
- Möglichkeit der Stimmrechtsabstufung
- Pflicht zur Bildung eines mitbestimmten Aufsichtsrats erst ab 501 Arbeitnehmern

### 1.3.4 Vergleich von GmbH und AG

Nach § 23 Abs. 5 AktG darf die Satzung der AG von den gesetzlichen Bestimmungen nur abweichen, wenn sie es ausdrücklich zulassen (sogenannte „**Satzungsstrenge**“). Eine vergleichbare Regelung enthält das GmbHG nicht. Aus diesem Grund bietet die GmbH eine vergleichsweise große Regelungsfreiheit und kann daher detaillierter an die Bedürfnisse der Gesellschafter angepasst werden. Damit kann die Satzung so gestaltet werden, dass sie den Besonderheiten des Krankenhauses und den politischen Interessen Rechnung trägt. Diese Satzungsstrenge ist ein Nachteil der AG im Vergleich zur GmbH.

Während der Vorstand einer AG eine herausragende Stellung innerhalb der Gesellschaft besitzt und die Gesellschaft weitestgehend frei von Weisungen unter eigener Verantwortung führt (§ 76 Abs. 1 AktG), besteht bei der GmbH in viel stärkerem Maß die Möglichkeit, die Geschäftsführer, deren Vertretungsmacht im Außenverhältnis zwar nicht beschränkt werden kann, im Innenverhältnis an die Weisung der Gesellschafter zu binden. Unter Verstoß gegen die Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers getätigte Maßnahmen sind zwar nicht unwirksam. Der Gesellschaft entsteht aber unter Umständen gegen den Geschäftsführer ein Anspruch auf Schadenersatz. Zudem entsteht nach § 626 BGB ein Grund für eine außerordentliche Kündigung des Geschäftsführeranstellungsvertrages.