

RECHTSFORM

Offene Wahl



VON MICHAEL REDBRAKE

Michael Redbrake ist Fachanwalt für Steuerrecht und Master of Law für Medizinrecht. Er ist Justitiar der Robert Bosch Stiftung GmbH und beschäftigt sich seit vielen Jahren mit der Rechts- und Steuerberatung gemeinnütziger Körperschaften. Ein Schwerpunkt seiner Tätigkeit ist die rechtssichere Gestaltung von auslandsbezogenen Projekten und die steuerliche Gestaltungsberatung bei Stiftungsgründungen. Weiterer thematischer Schwerpunkt ist die Rechtsberatung in Fragen des Medizin- und Sozialrechts. Vor seinem Studium der Rechtswissenschaften war er sieben Jahre in der Finanzverwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen tätig. www.bosch-stiftung.de

Sowohl die Errichtung einer Stiftung als auch die Gründung einer gGmbH können für sozialwirtschaftliche Unternehmen in Betracht kommen. Neben sachlichen Kriterien können bei der Entscheidung für eine bestimmte Rechtsform durchaus auch persönliche Präferenzen eine Rolle spielen.

Die Wahl einer Rechtsform ist in der Praxis von Sozialunternehmen eine häufig mit internen und externen Diskussionen verbundene grundsätzliche Entscheidung.

Bei der Frage gGmbH versus Stiftung ergibt sich häufig eine Vermengung von althergebrachten Sichtweisen auf Rechtsformen, Vorurteilen im Hinblick auf Gestaltungsmöglichkeiten und das Streben nach größtmöglicher unternehmerischer Freiheit. Sowohl die Stiftung als auch die gGmbH haben sich in den vergangenen Jahrzehnten in verschiedenen Kontexten als erfolgreich, jedoch auch in Einzelfällen als nicht sinnvoll erwiesen.

Die Betrachtung beschränkt sich im vorliegenden Fall auf diese beiden Rechtsformen, da sie auf den ersten Blick diametral unterschiedlicher Natur sind. Der Verfasser weist in diesem Kontext darauf hin, dass bei der Wahl der Rechtsform nie eine schematische Lösung angebracht sein kann; vielmehr sind in dem jeweiligen Einzelfall stets die Gesamtumstände des jeweiligen Projekts und der gesamten Rahmenbedingungen zu beachten. Aufgrund der Vielschichtigkeit dieses Themas kann im vorliegenden Kontext nur die rechtsfähige Stiftung bürgerlichen Rechts betrachtet werden.

Das Projekt als Ausgangslage für die Rechtsformwahl

Gegenstand dieser Betrachtung ist eine projektbezogene Auseinandersetzung,

in der verschiedene Projekterfahrungen, Ansätze von Projektbeteiligten und Szenarien des Scheiterns verarbeitet werden.

Um Vorurteilen gegenüber einzelnen Rechtsformen zu begegnen, erscheint es dem Entscheider in Sozialeinrichtungen und auch den Beratern angeraten, die Zielsetzung, die Strategie und die Gestaltung des konkreten Projekts zunächst zum Anlass zu nehmen, die Wahl der Rechtsform zu determinieren.

Dabei kann man absolute Grenzen ziehen, da jede Rechtsform Grundelemente aufweist, die von konstitutiver Natur sind. Beispielsweise ist ein Mangel an ausreichendem Ausstattungskapital ein wesentliches Kriterium gegen eine Stiftung. Das Streben nach größtmöglicher Haftungsbeschränkung kann indes ein entscheidendes Kriterium für die gGmbH sein.

Das Zusammenspiel von Projekterfolg und Rechtsform

Der erfolgreiche Verlauf eines Projekts hängt von vielen Faktoren ab, die im Vorfeld einer unternehmerischen Einschätzung bedürfen. Dabei spielen viele grundsätzliche strategische und inhaltliche Fragen eine Rolle.

Die Wahl der adäquaten Rechtsform indes ist eine grundlegende Voraussetzung für den Projekterfolg. Verlässliche forensische Erfahrungen im Hinblick auf das Verhältnis von Erfolg und Rechtsform sind nicht gegeben. Dies

erschließt sich dem Entscheider in der Sozialwirtschaft schnell dadurch, dass die Erfolgsmessung bei Projekten nicht an herkömmlichen Indikatoren anderer gesellschaftlicher Bereiche orientiert ist (zum Beispiel Kennzahlen, Umsatz, Gewinn), sondern sich an individuellen Erfolgsindikatoren orientiert.

Beispielsweise sieht das Gemeinnützige Recht im Hinblick auf die Verwirklichung steuerbegünstigter Zwecke keine »Erfolgsmessung« vor, ausreichend sind vielmehr vorbereitende und sonstige auf die Zweckverwirklichung gerichtete Tätigkeiten. Aber auch inhaltlich ist der Gesichtspunkt der »Wirkung« nicht selten Bestandteil kontroverser Debatten in allen Phasen des Projekts.

Betrachtet man den äußeren rechtlichen Rahmen, kann der Projekterfolg durch eine Einengung in der Rechtsform beeinflusst werden. So regeln die Gesellschafts- und Stiftungszwecke den verbindlichen inhaltlichen Rahmen eines Projekts. In Zeiten sich stark verändernder Rahmenbedingungen für die Sozialwirtschaft ergeben sich vielfältige neue Betätigungsfelder, die inhaltlich und sprachlich mit herkömmlichen Formulierungen der Satzungszwecke nicht automatisch kompatibel sind.

Beispielsweise kann eine Stiftung zur Förderung der Wohlfahrtspflege nicht automatisch im Bereich des Sozialunternehmertums tätig werden, sofern sich dieser Zweck nicht unter die Begrifflichkeit des Wohlfahrtswesens subsumieren lässt. Der Stiftungszweck kann nicht beliebig ausgelegt werden, sondern muss stets im Lichte des Stifterwillens ausgelegt werden.

Darüber hinaus besteht hinsichtlich der Inhalte von Stiftungssatzungen die »Ewigkeitsgarantie«, wonach die Stiftungssatzung nicht automatisch geändert werden kann. Demgegenüber sind die Gesellschaftszwecke einer gGmbH in der Regel unter Berücksichtigung der Möglichkeit zur Implementierung von Öffnungsklauseln häufig extensiver auszulegen, so dass auch »neue« Formen der gemeinnützige rechtlich relevanten und sonstigen sektorbezogenen Tätigkeiten unter den Gesellschaftszweck subsumiert werden können.

Sofern ein Projekt aus welchem Kontext auch immer mit einer stark ausgeprägten Haftungsbeschränkung konstruiert und umgesetzt werden soll, erweist sich die Rechtsform der gGmbH

häufig als erfolgreich, da eine Haftung der Organe nach außen (gegenüber Dritten) nur in Ausnahmefällen möglich ist. Auch eine Durchgriffshaftung auf die Gesellschafter der gGmbH ist lediglich in Ausnahmefällen möglich.

Daher kann der Aspekt der Haftungsbeschränkung für bestimmte Projekte (z. B. Start-up-Charakter und risikoaffine Projekte) ein wichtiger Erfolgsgarant sein, da er Rechtssicherheit und auch materielle Sicherheit vermittelt.

Im Kontext der Stiftung ist beispielsweise die Symbolkraft der staatlichen Verleihung einer Rechtsfähigkeit von zentraler Bedeutung. Nicht selten erweisen sich langfristig angelegte Projekte in der Trägerschaft einer Stiftung als sehr erfolgreich, da die Namenswahl und auch die Struktur Verlässlichkeit und Kontinuität sicherstellen.

Einzelne Projektbezüge

Neben den erwähnten Kriterien sollten einzelne Aspekte bei der Wahl der Rechtsform bedacht werden:

- **Mittelbeschaffung:** Im Bereich der so genannten Mittelbeschaffungskörperschaften (§ 58 Nr. 1 Abgabenordnung) stellt sich die grundlegende Frage, ob die Rechtsform als solche geeignet ist, sowohl die Beschaffung als auch die Weitergabe inhaltlich-qualitativ zu beeinflussen. Dabei muss hervorgehoben werden, dass im Rahmen des Brandings der Begriff »Stiftung« insofern Vorteile entfaltet, als die Bereit-

kann die gGmbH auch im Rahmen der Mittelbeschaffung Vorteile aufweisen. Die Flexibilität im Rahmen der GmbH-Strukturen und die vergleichsweise geringschwellige Anforderungen an den Gründungsvorgang lassen die gGmbH durchaus als »smarte« Alternative erscheinen.

- **Ausgliederung von Projekten und Zweckbetrieben:** Nicht selten steht der Entscheider in der Sozialwirtschaft vor der Situation, Projekte oder Zweckbetriebe (also der steuerrechtliche Begriff für bestimmte Einheiten, zum Beispiel Altenheime, Kindertagesstätten) aus einer Körperschaft ausgliedern zu wollen. In diesem Kontext ist die Rechtsformwahl im Wesentlichen dadurch determiniert, dass die Eigenschaften des Projekts in der Regel bekannt sind (wirtschaftliche Kennzahlen, Stärken und Schwächen, politische Opportunität). Durch eine Ausgliederung werden oft entweder wirtschaftliche Effekte (zum Beispiel Tariffragen, Reduktion von Overhead-Kosten) oder strukturelle Effekte (verkleinerte Führungsstruktur, kürzere Entscheidungswege) angestrebt. Die gGmbH erweist sich insofern als vorteilhaft, wenn die Gesellschafterstruktur im Wege der Kapitalbeteiligung eine umfassende Steuerungsmöglichkeit in operativer und strategischer Hinsicht mit sich bringt. Über Weisungsbeschlüsse kann die Gesellschafterebene die Geschäftsführung der gGmbH jederzeit inhaltlich zu bestimmten Entscheidungen anweisen.

»Für die Rechtsform der Stiftung kann die Symbolkraft der staatlichen Verleihung einer Rechtsfähigkeit von zentraler Bedeutung sein«

schaft, gegenüber Stiftungen spenden und Zustiftungen zu leisten, gegenüber der gGmbH höher ausgeprägt ist. Auch die gemeinnützige rechtlich zulässige Rücklagenbildung ist bei Stiftungen erweitert möglich, was im Rahmen der steuerrechtlichen Behandlung der Körperschaft und beim Stifter vorteilhaft ist. Demgegenüber

sen. Diesen Mechanismus im Rahmen einer Stiftungsstruktur zu erzeugen, erweist sich nur mit erheblichem weiteren gestalterischen Aufwand als realistisch, da die Stiftung »sich selbst« gehört und keine Gesellschafterebene kennt. Zudem darf nicht übersehen werden, dass auch die staatliche Stiftungsaufsichtsbehörde rechtlich in der

Lage ist, Entscheidungen der Gremien (zum Beispiel Stiftungsvorstand, weitere Organe) zu »kassieren« oder zu modifizieren. Der im Zuge einer Ausgliederung häufig angestrebte

- Projekte mit hoher Risikoaffinität: In der Sozialwirtschaft ergeben sich immer wieder Entscheidungssituatiosn, die dadurch geprägt sind, die passende Rechtsform für besonders

»Für die gGmbH als Rechtsform sprechen ihre unbürokratische Errichtung und unkomplizierte Exit-Szenarien bei risikoreichen Projekten«

Effekt einer verkleinerten Führungs- und Organstruktur ist hingegen auch bei der Stiftung häufig in der Satzung gestaltbar.

- Kooperationen: Bei der Betrachtung einer projektbezogenen Rechtsformwahl drängt sich auch der Kontext der Eingehung von Kooperationen auf. Gerade in diesem Kontext erscheint die Rechtsformwahl von zentraler Bedeutung, da Kooperationen das Zusammenwirken verschiedener Partner beinhalten und auch den Ausstieg von Partnern oder ihren Wechsel typischerweise beinhalten. Deshalb stellt sich hier die Frage der Flexibilität im Hinblick auf die Partnerstellung. Da die Stiftung keine Gesellschafterstrukturen kennt, ist eine Einbindung von Partnern allein nur auf der Ebene der Organe (personelle Besetzung) oder mit gesonderten Vertragswerken (Kooperationsverträge, Konsortialverträge) möglich. Mithin ist eine Bindung der Kooperationspartner im Rahmen einer gemeinsam errichteten gGmbH in rechtlicher Hinsicht verbindlicher zu gestalten als im Rahmen einer Stiftungsstruktur. Die Gesellschafterstellung in der GmbH umfasst verschiedene Pflichten, die sowohl Treuepflichten als auch die faktische Pflicht zur Nachschussleistung im Falle eines defizitären Verlaufs beinhalten. Auch sonstige strategische Fragen bei der Errichtung einer gGmbH (zum Beispiel Branding, strategische Ausrichtung) können einer Kooperation weitere Verbindlichkeit und Verlässlichkeit zwischen den Kooperationspartnern vermitteln.

risikoreiche Projekte zu finden. Derartige Risiken können sich auf der Erlösseite, der Kostenseite, den politischen Rahmenbedingungen, in personalistischer Hinsicht, aber auch in anderen Kontexten ergeben. Die gesellschaftlichen Entwicklungen und die Veränderungen der Rahmenbedingungen in der Sozialwirtschaft sind häufig derartig rasant (zum Beispiel soziale Innovationen, Veränderungen in der ambulanten Alten- und Behindertenhilfe), dass Entscheider vor der Situation stehen, bei der Rechtsformwahl eine möglichst zeitnahe und wenig kostenintensive Ausstiegslösung mit zu denken. Die Errichtung einer Stiftung bietet insofern wenig Flexibilität, da die Stiftungsverfassung wie auch die Stiftungszwecke »auf Ewigkeit« angelegt sind, so dass im Krisefalle die staatliche Stiftungsaufsichtsbehörde Maßnahmen verhängen kann, die die wirtschaftliche und operative Tätigkeit der Stiftung beeinflusst. Diese Befugnisse der Stiftungsaufsicht gehen sogar so weit, dass der Weiterbetrieb (gegebenenfalls mit Auflagen) einer Stiftung in der Krise angeordnet werden kann. In diesem Fall ist dem Streben nach einer frühzeitigen Abwicklung aufgrund des Eintritts der zuvor eingeschätzten Risiken in keiner Weise Rechnung getragen. Die gGmbH hingegen ist dadurch gekennzeichnet, dass die Gesellschafterebene jederzeit in der Lage ist die Gesellschaft zu beenden und zu liquidieren. Eine gesetzliche Nachschusspflicht hinsichtlich der Gesellschaftsmittel ist nicht gegeben. Sofern die Geschäftsführung im Rahmen des Projekts mit-

hin im Rahmen der ihr zustehenden Risikoaffinität (sogenannte Business Judgement Rule) auch den möglichen Zeitpunkt eines »Ausstiegs« vorgesehen haben, ist dieser in der gGmbH derartig flexibel und inhaltlich rechtsicher zu gestalten, dass sie in der Regel vorzugswürdig sein dürfte. Zudem muss berücksichtigt werden, dass bei der Errichtung und Abwicklung einer gGmbH keine staatliche Aufsichtsbehörde zu beteiligen ist.

Zusammenfassung

Ein Patentrezept zur Entscheidung der Frage ob die gGmbH oder die Stiftung vorzugswürdig ist, existiert nicht. Absolute Strukturmerkmale und Gestaltungsgrenzen können den Anwendungsbereich der einen oder anderen Rechtsform grundlegend beeinträchtigen. Es bedarf jedoch stets einer rechtsformbezogenen Einschätzung einer Projektidee oder eines Projektansatzes, um dem Projekt zu einem größtmöglichen Erfolg zu verhelfen.

Die gegenwärtig zu beobachtende Beschleunigung sozialer Innovationen und die gravierenden Veränderungen der Rahmenbedingungen für die Sozialwirtschaft machen die beiden gegenübergestellten Rechtsformen weiterhin höchst interessant. Unter dem Gesichtspunkt der zeitnahen, unbürokratischen Errichtung und möglicher kurzfristiger Exit-Szenarien kann die gGmbH als adäquate Rechtsform angesehen werden. Demgegenüber vermittelt indes die Rechtsform der Stiftung auch die Unabhängigkeit von gesellschaftlichen und sektorbezogenen Entwicklungen, um langfristig als Garant des Projekträgers fungieren zu können.

Die Rechtsformentscheidung wird indes nie frei von persönlichen Präferenzen der Entscheider sein. Auch dieser Gesichtspunkt ist bei der Rechtsformwahl zu berücksichtigen, um dem Projekt die größtmögliche Akzeptanz zu verschaffen. ■