

RECHTSANWÄLTE  
**REMMERS • ROBRA • MEYER**  
Partnerschaft mbB

RAe Remmers - Robra - Meyer Partnerschaft mbB · Postfach 1955 · 39009 Magdeburg

Dr. h. c. Walter Remmers  
Rechtsanwalt

Rainer Robra  
Rechtsanwalt  
z. Zt. Landesminister - Zulassung ruht

Frank Meyer  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Sonja Kaufholz  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Familienrecht  
Fachanwältin für Sozialrecht  
Fachanwältin für Medizinrecht  
Mediatorin (Fern Uni Hagen)

Ulrich Wegener  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Steffen Segler  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Fachanwalt für Verkehrsrecht

Sven Hätscher  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Miet- und  
Wohnungseigentumsrecht

Jeannette Hoppe  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Arbeitsrecht

\*Angestellte Rechtsanwältinnen

Ihr Zeichen                      Unser Zeichen                      Durchwahl                      Datum

**Kurzgutachterliche Stellungnahme zur kommunalrechtlichen  
Zulässigkeit einer „WuP MOBIL GmbH“**

1.  
Die Wohnen und Pflegen Magdeburg gemeinnützige GmbH beabsichtigt die Gründung einer 100%igen Tochtergesellschaft in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), deren Geschäftsgegenstand die Erbringung von ambulanten Pflegedienstleistungen sowie Pflegedienstleistungen in ambulant betreuten Wohnformen und teilstationären Einrichtungen sein soll.

Auf die Aktivitäten des Bundesgesetzgebers im Rahmen des Pflegestärkungsgesetzes I und II, durch welche ambulante Leistungen gegenüber stationären Pflegeleistungen massiv gefördert und privilegiert werden sollen, beabsichtigt die Wohnen und Pflegen Magdeburg gGmbH, mit dem zukünftigen Angebot ambulanter und teilstationärer Pflegeleistungen zu reagieren.

Die Wohnen und Pflegen Magdeburg gGmbH erbringt derzeit ausschließlich stationäre Leistungen in ihren Pflegeeinrichtungen in der Landeshauptstadt Magdeburg. Aufgrund der hier bestehenden Nachfrage werden durch die Gesellschaft aktuell zwei weitere Einrichtungen geschaffen.

Es besteht im Bereich der Landeshauptstadt Magdeburg darüber hinaus aber auch ein erheblicher und aufgrund der demographischen Entwicklung tendenziell zunehmender Bedarf an teilstationären und ambulanten Leistungen. Die Wohnen und Pflegen Magdeburg gGmbH als kommunale Gesellschaft will zukünftig auch die

In Kooperation mit

Remmers, Molzahn & Kollegen  
Rechtsanwälte & Fachanwälte



**KSB INTAX**  
Rechtsanwälte  
Wirtschaftsprüfer  
Steuerberater  
Notare



Zertifiziert nach DIN EN ISO 9001 für anwaltliches Kanzleimanagement

**Anschrift:**  
Seumestraße 1  
39104 Magdeburg  
Telefon 03 91/5 65 94 20  
Telefax 03 91/5 65 94 24  
e-mail [kanzlei@ra-magdeburg.de](mailto:kanzlei@ra-magdeburg.de)  
[www.remmers-robra-meyer.de](http://www.remmers-robra-meyer.de)

**Bankverbindungen:**  
Volksbank Magdeburg eG  
BIC: GENODEF1MD1  
IBAN: DE70 8109 3274 0001 8181 80  
Stadtsparkasse Magdeburg  
BIC: NOLADE21MDG  
IBAN: DE46 8105 3272 0039 2518 04

**Fremdgeldkonto:**  
Volksbank Magdeburg eG  
BIC: GENODEF1MD1  
IBAN: DE17 8109 3274 0101 8181 80

**Amtsgericht Stendal**  
PR 77

Versorgung der Einwohner der Landeshauptstadt Magdeburg mit derartigen Leistungen zu sozial verträglichen Preisen sicherstellen.

Als Tochtergesellschaft der Wohnen und Pflegen Magdeburg gGmbH in der Rechtsform einer GmbH wäre die Gesellschaft zuverlässig und dauerhaft in der Lage, teilstationäre und ambulante Leistungen zu erbringen.

Die Vergütung der Beschäftigten soll im Rahmen tarifvertraglicher Regelungen erfolgen.

Mit der zukünftigen Erbringung teilstationärer und ambulanter Leistungen durch die Tochtergesellschaft der Wohnen und Pflegen Magdeburg gGmbH wird als Nebeneffekt auch eine Vervollständigung der Angebotspalette erreicht werden, durch welche die Stellung der Muttergesellschaft im lokalen Markt gesichert und stabilisiert wird. Die Wohnen und Pflegen Magdeburg gGmbH ist im Bereich der Landeshauptstadt Magdeburg derzeit einer der größten Anbieter von stationären Pflegeplätzen.

So wäre die zu gründende Gesellschaft in der Lage von ihr zunächst ambulant oder teilstationär betreute Personen bei einem Bedürfnis zur stationären Pflege an die Wohnen und Pflegen Magdeburg gGmbH „weiterzureichen“.

2.

Die kommunalrechtliche Zulässigkeit der Gründung einer WuP MOBIL GmbH beurteilt sich nach den §§ 128 ff. Kommunalverfassungsgesetz Land Sachsen-Anhalt (KVG LSA).

Mit den dortigen Regelungen ist der Gesetzgeber von der ursprünglich „verschärfte“ Subsidiaritätsklausel, die den grundsätzlichen Vorrang der Privatwirtschaft festgeschrieben hatte, wieder zu einer abgeschwächten Regelung zurückgekehrt. Nach der Gesetzesnovellierung ist Voraussetzung einer wirtschaftlichen Betätigung der Kommune nunmehr wieder, dass diese ihre wirtschaftliche Betätigung nicht mehr besser und wirtschaftlicher als Private erfüllt, sondern dass eine gleichwertige und gleichwirtschaftliche Aufgabenwahrnehmung im Verhältnis zu Dritten gegeben ist.

Nach § 128 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KVG LSA muss ein öffentlicher Zweck die wirtschaftliche Betätigung der Kommune rechtfertigen.

Hierbei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, unter den in erster Linie der Bereich der Daseinsvorsorge fällt (Bücken-Thielmeyer/Michael Grimberg/Manfred Miller/Peter Schneider/Bernd Wiegand, Praxis der Kommunalverwaltung, Öffentlicher Zweck). Der amtliche Zweck rechtfertigt ein wirtschaftliches Unternehmen jedenfalls dann, wenn ein öffentliches Interesse an einer Aufgabenerfüllung besteht, welches vom kommunalen Wirkungskreis nach § 4 KVG LSA erfasst wird.

Die Kommune hat bei Beurteilung der Frage, ob ein öffentlicher Zweck die wirtschaftliche Betätigung gemäß § 128 Abs. 1 Nr. 1 KVG LSA rechtfertigt einen erheblichen Beurteilungsspielraum (BVerwGE 39, 329).

Der öffentliche Zweck rechtfertigt das Unternehmen, wenn die Gemeinde mit ihrer wirtschaftlichen Betätigung das gemeinsame Wohl ihrer Einwohner fördert. Maßgeblich kann in diesem Zusammenhang allein sein, ob durch die jeweils in Rede stehende wirtschaftliche Betätigung das gemeinsame Wohl der Gemeindecinwohner gefördert wird und damit also letztlich nur das getan wird,

was den Kommunen bereits in den Eingangsbestimmungen der Gemeindeordnungen ohnehin ausdrücklich vorgegeben ist. Da das Unternehmen vor dem Hintergrund der öffentlichen Zweckbindung eine spezifisch gemeinwohlorientierte Zielsetzung verfolgen muss, sind ausschließlich oder vordergründig erwerbswirtschaftlich ausgerichtete Zwecksetzungen zur Gewinnerzielung ausgeschlossen, wie dies in § 128 Abs. 1 S. 2 KVG LSA auch ausdrücklich bestimmt ist.

Die kommunalwirtschaftliche Bindung an einen öffentlichen Zweck hat zur Folge, dass die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG die Wirtschaftstätigkeit der Gemeinde nur umfasst, soweit sie durch ein öffentliches Interesse dem Wirkungsfeld öffentlicher Verwaltung zugeordnet ist. Durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt ist ein kommunales Unternehmen deshalb nur dann, wenn es sich zurückführen lässt auf die Verpflichtung der Gemeinde, das Wohl ihrer Einwohnerschaft zu fördern (vgl. hierzu VerfGH Rh.-Pfalz, Urteil vom 28.3.2000, NVwZ 2000, 801).

Davon erfasst sind insbesondere die klassischen Gebiete der Daseinsvorsorge, wie beispielsweise die Versorgung mit Strom, Gas, Wasser und Wärme sowie die Abfall- und Abwasserentsorgung. Daneben ist der öffentliche Zweck aber nicht auf Leistungen der Daseinsvorsorge beschränkt; es kommen vielmehr auch Leistungen zur Befriedigung sonstiger Bedürfnisse der Einwohner in Betracht.

Im sozialen Rechtsstaat des Grundgesetzes können die Gemeinden durch ihre wirtschaftlichen Unternehmen im öffentlichen Interesse zahlreiche und vielgestaltige Aufgaben übernehmen, die durch die genannte Zweckbindung gedeckt sind (vgl. OVG LSA, Urteil vom 17.02.2011, Az. 2 L 126/09).

Nach dem Grundsatz der Allzuständigkeit sind die Gemeinden berechtigt, in ihrem Gebiet alle öffentlichen Aufgaben in eigener Verantwortung zu erfüllen. Auch wenn der Begriff der öffentlichen Aufgabe gesetzlich nicht definiert ist, lassen sich öffentliche von nicht-öffentlichen Aufgaben insofern allgemein dahingehend unterscheiden, ob eine Aufgabe nicht nur einzelnen oder einer Gruppe bestimmter Einzelpersonen zu dienen bestimmt ist, sondern der Allgemeinheit. In jedem Fall muss der Begriff des „Öffentlichen“ den Zwecken aller Staatlichkeit zugeordnet sein (vgl. OVG Schleswig, Urteil vom 22.02.2007, Az. 4 LB 23/05).

Wie bereits ausgeführt handelt es sich beim Begriff des öffentlichen Zwecks um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der einer näheren inhaltlichen Ausfüllung bedarf und der vollen gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Ob ein öffentlicher Zweck vorliegt, unterliegt der uneingeschränkten gerichtlichen Kontrolle. Nur ausnahmsweise und bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen ist es gerechtfertigt, der Verwaltungsbehörde einen eigenen, der gerichtlichen Kontrolle nur beschränkt zugänglichen Beurteilungsspielraum einzuräumen. (BVerwG, Urteil vom 21.12.1995, Az. 3 C 24.94). Derartige Voraussetzungen sind hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals öffentlicher Zweck nicht gegeben, so dass dessen Vorliegen vom Gericht uneingeschränkt zu prüfen ist (vgl. OVG Schleswig, Urteil vom 11.07.2013, 2 LB 32/12).

Abweichendes gilt indes hinsichtlich der Frage, ob der öffentliche Zweck die Betätigung objektiv rechtfertigt. Der öffentliche Zweck muss die Betätigung rechtfertigen oder erfordern, was etwas anderes ist als das bloße Vorhandensein einer öffentlichen Zwecksetzung.

Insoweit ist es im Planungsrecht anerkannt, dass der Behörde eine Einschätzungsprärogative zusteht, die ihre Grenze nur in groben und einigermaßen offensichtlichen Missgriffen findet. Diese Einschätzungsprärogative findet ihre Grenze nur in groben und offensichtlichen Missgriffen (BVerwG, Urteil vom

22.01.1993, Az. 8 C 46.91; OVG Münster, Beschluss vom 01.04.2008, Az. 15 B 122/08).

Diese Überlegungen sind auf die von der Gemeinde zu treffende Entscheidung übertragbar, ob ein öffentlicher Zweck die gemeindliche Betätigung rechtfertigt (OVG Münster, Beschluss vom 1.4.2008, Az. 15 LB 122/08). Denn auch dieser Entscheidung wohnen wertende und prognostische Elemente inne, die einer uneingeschränkten gerichtlichen Kontrolle entgegenstehen. Gemessen daran ist eine Überprüfung nur auf grobe Fehleinschätzungen vorzunehmen.

Bei Prognoseentscheidungen kann das Gericht nur nachprüfen, ob die Behörde von einem zutreffend und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, ihre Prognose einleuchtend begründet hat und keine offensichtlich fehlerhafte, insbesondere in sich widersprüchliche Einschätzung getroffen hat (vgl. BVerwG, Urteil vom 29.10.2009, Az. 7 C 22.08). Ist eine Betätigung dem öffentlichen Zweck zumindest förderlich, wird in der Regel davon auszugehen sein, dass der öffentliche Zweck die Betätigung erfordert bzw. rechtfertigt.

§ 129 Abs. 1 KVG LSA regelt sodann die Voraussetzungen zur Betreibung eines Unternehmens in Privatrechtsform und die Beteiligung an einem solchen.

Gemäß § 129 Abs. 1 Nr. 1 und 2 KVG LSA muss, bezogen auf die Erfüllung des öffentlichen Zwecks, eine entsprechende Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages gegeben sein.

Gemäß § 129 Abs. 1 Nr. 3 KVG LSA ist weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit ein angemessener Einfluss der Kommune auf die Gesellschaft. Die Kommune darf sich durch die Aufgabenerfüllung in Privatrechtsform nicht ihrer Verantwortung entziehen und muss sicherstellen, dass sie einen ausreichenden Einfluss auf die Betriebsführung und die konkrete Art der Aufgabenerledigung behält.

3.

Unter Beachtung dieser Grundsätze ist nach den uns bisher vorliegenden Informationen die Gründung einer „WuP MOBIL GmbH“ kommunalrechtlich zulässig. Aufgrund der Zugehörigkeit zum Bereich der Daseinsvorsorge ist die beabsichtigte wirtschaftliche Unternehmung durch einen öffentlichen Zweck im Sinne von § 128 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KVG LSA gerechtfertigt.

Wesentlicher Beweggrund der Landeshauptstadt Magdeburg für ein zukünftiges Angebot teilstationärer Leistungen durch eine kommunale Gesellschaft ist, dass hierdurch Pflege-, Betreuungs- und Sicherheitsstandards für ambulant betreute Wohngemeinschaften in Bezug auf Personalausstattung, Brandschutz oder auch Speisenversorgung gesichert werden.

Die aktuell im Bereich der Landeshauptstadt Magdeburg am Markt tätigen ambulanten Dienste verfügen nach Einschätzung der Wohnen und Pflegen Magdeburg gGmbH zumindest nicht durchgängig über die erforderliche Erfahrung bei der Erbringung teilstationärer Leistungen.

Entscheidender weiterer Beweggrund ist die Sicherung einer ausreichenden Versorgung über das gesamte Stadtgebiet hinweg. Nur durch das Agieren einer eigenen Gesellschaft am Markt hat die Kommune den erforderlichen Einfluss, um auch solche Quartiere ausreichend mit ambulanten und teilstationären Leistungen

versorgen zu können, in denen private Versorgungssysteme nicht funktionieren und Wohlfahrtsverbände nicht tätig werden können oder wollen.

Im Falle eines Marktversagens können Versorgungslücken durch die zu gründende Gesellschaft aufgefangen und ausgeglichen werden.

Insbesondere soll durch die Gesellschaft auch die Versorgung von nicht sozialversicherten Einwohnern sichergestellt werden. Gerade in diesem Bereich dient die beabsichtigte Betätigung dem originären Bereich der Daseinsvorsorge durch den Träger der Sozialhilfe.

Wesentliches Motiv für die Gründung der Gesellschaft ist die Stärkung der ambulanten Pflege durch den Gesetzgeber und den hier zu erwartenden gesteigerten Bedarf im Bereich der Stadt Magdeburg. Dieser zu erwartende gesteigerte Bedarf soll zumindest zum Teil durch die zu gründende Gesellschaft abgedeckt werden, wobei diese ihre Leistungen zu sozialverträglichen Preisen anbieten soll.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass im Bereich der Landeshauptstadt Magdeburg mit einem größeren Kreis von Anspruchsberechtigten bis zum Pflegegrad 1 gerechnet werden muss. Diese Personen sind bisher ohne Anspruch gewesen.

Ein weiteres Motiv für die Gründung der Gesellschaft ist die Schaffung einer ganz erheblichen Anzahl von Arbeitsplätzen. Dabei wird angestrebt, die Beschäftigten nach Tarif zu vergüten. Der Abschluss eines entsprechenden Tarifvertrages setzt die Bereitschaft des zuständigen Tarifpartners ver.di voraus. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Wohnen und Pflegen Magdeburg gGmbH als Muttergesellschaft mit der ver.di einen Haustarifvertrag abgeschlossen hat.

Magdeburg, den 01.12.2015

  
(Frank Meyer)  
Rechtsanwalt

  
(Ulrich Wegener)  
Rechtsanwalt