Neues Tourismus- und Strukturkonzept für die Region Taunus mit Gründung der Taunus Touristik Service GmbH

– Rechtliche Aspekte –

bakertilly

Inhaltsverzeichnis

A. Ausgangssituation und Fragestellungen 4

B. Rechtliche Einordnung 9

1. Gesellschaftsrechtliche Aspekte 9

1.1 Wahl der GmbH als Rechtsform 9

1.2 Schritte zur Gründung der TTS GmbH 10

1.3 Gestaltung des Gesellschaftsvertrages 11

1.3.1 Zulässigkeit der Änderung des Gesellschaftsvertrages nach kommunalaufsichtsrechtlicher Zustimmung 11

1.3.2 Fachbeirat kein Organ der Gesellschaft 13

1.4 Sonderproblem: Gemeinsamer Geschäftsanteil 14

1.5 Konsortialvertrag 15

1.6 Zulässigkeit der Verschmelzung des TTS e.V. auf die TTS GmbH 16

1.7 Rechtsposition der bisherigen Mitglieder des TTS e.V. sowie Entschädigung bzw. Abfindung 17

2. Kommunalrechtliche Aspekte 19

2.1 Kommunalwirtschaftliche Beteiligung in Privatrechtsform 19

2.2 Nachweis der Anforderungen von § 121 Abs. 1 HGO 20

2.3 Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung außerhalb des Gemeinde- bzw. Kreisgebietes 24

2.4 Anzeigepflicht 25

3. Vergaberechtliche Aspekte 26

3.1 Allgemeines 26

3.2 Vergabepflicht der Aufgabenübertragung auf die TTS GmbH 26

3.3 Auswahl der Mitgesellschafter 28

3.4 TTS GmbH als öffentlicher Auftraggeber 29

3.5 Inhouse-Fähigkeit der TTS GmbH 31

3.5.1 Hochtaunuskreis als Alleingesellschafter 32

3.5.2 Hochtaunuskreis als Mehrheitsgesellschafter 36

4. Beihilferechtliche Aspekte 40

4.1 Prüfungsmaßstab und -methodik 40

4.2 Selektive Begünstigung aus staatlichen Mitteln 42

4.3 Wettbewerbsverfälschung 43

4.4 Grenzüberschreitender Bezug 47

4.5 Verbot der Quersubventionierung 48

5. Steuerrechtliche Aspekte 48
5.1 Umsatzsteuer 48
5.2 Vorsteuerabzug 50
5.3 Sonderproblem Verlustvorträge 51
5.3.1 Auswirkung der Verlustvorträge 52
5.3.2 Übertragung des Geschäftsbetriebes vom TTS e.V. auf die TTS GmbH 53
6. Betriebsübergang nach § 613a BGB 57
6.2 Sonderproblem Zusatzversorgung (ZVK) 60
7. Zuwendungsrechtliche Aspekte 62

A. Ausgangssituation und Fragestellungen

1.

Der Taunus Touristik Service e.V. (TTS e.V.) spielt bisher die zentrale Rolle im Destinationsmarketing der Region Taunus. Der eingetragene Verein fungiert als Destinationsmanagementorganisation (DMO), die im Auftrag des Landes Hessen die Region Taunus sowohl im nationalen als auch internationalen Wettbewerb positioniert und vermarktet. Als Dachverband ist der TTS e.V. zuständig für das Verbandsgebiet seiner kommunalen und privatwirtschaftlichen Mitglieder.

Die beiden Gründungsgebietskörperschaften, der Hochtaunuskreis und der Main-Taunus-Kreis, bilden die Hauptträger des TTS e.V. Die Geschäftsstelle des TTS e.V. ist im Taunus-Informationszentrum (TIZ) ansässig, wo auch die größte Tourismusinformationsstelle der Region betrieben wird.

Der TTS e.V. hat ordentliche und fördernde Mitglieder. Die ordentlichen Mitglieder des Vereins lassen sich im Wesentlichen in folgende Gruppen unterteilen: (i) Landkreise, (ii) Städte und Gemeinden sowie (iii) juristische Personen des Privatrechts. Fördernde Mitglieder können Einzelpersonen und Personenvereinigungen werden, die die Tätigkeit des Vereins unterstützen möchten.

Der Verein erhält jedes Jahr Zuwendungen des Landes Hessen in Höhe von ungefähr 155.000 EUR im Wege einer anteiligen Projektförderung zur Durchführung von Marketingaktivitäten im Rahmen des allgemeinen Destinationsmanagements. Als Zuwendungsempfänger ist der Verein – unabhängig von seiner möglichen Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 99 GWB – verpflichtet, bei der Beschaffung von Leistungen im Rahmen der geförderten Aktivitäten die vergaberechtlichen Bestimmungen einzuhalten.

Der Verein hält im Rahmen seines Destinationsmanagements und -marketings aktuell mehr als 50 Verträge, die sich in folgenden Gruppen unterteilen lassen:

- Unternehmensbezogene Verträge: z. B. Mietverträge, IT-Verträge;
- Personenbezogene Verträge: z. B. Vertrag für Diensthandy für die Geschäftsführung;
- Mitgliedschaften in Verbänden;

- Arbeitsverträge: z. B. Geschäftsführung, fest angestellte Mitarbeiter, Minijobber.

Steuerbescheide für den TTS e.V. für die Jahre 2018 bis 2022 weisen jeweils einen Verlustvortrag von über 800.000 EUR aus.

2.

Angesichts sich wandelnder Markt- und Rahmenbedingungen wurden in den letzten Jahren die organisatorischen Strukturen des Vereins überprüft, um im Rahmen der Umsetzung des *Tourismuspolitischen Handlungsrahmens Hessen 2023* (TPH) auch in Zukunft eine effiziente, professionell aufgestellte sowie langfristig und bedarfsgerecht ausgestattete DMO für die Region sicherzustellen. Dies soll durch eine angemessene Lastenverteilung zwischen Gemeinden, Städten und Landkreisen erreicht werden. Zudem soll das Destinationsmarketing aus den Verwaltungsstrukturen des Hochtaunuskreises herausgelöst werden, um es unabhängiger und flexibler zu gestalten.

Kern der neuentwickelten zukunftsfähigen Struktur ist die Gründung einer gemeinsamen Organisation in Form einer GmbH – der Taunus Touristik Service GmbH (TTS GmbH). Der TTS e.V. soll sich auflösen und auf die neue Gesellschaft verschmolzen werden. Gesellschafter der TTS GmbH sollen die kommunalen Mitglieder des Verbandsgebietes werden: Der Hochtaunuskreis, der Main-Taunus-Kreis, der Rheingau-Taunus-Kreis, der Lahn-Dill-Kreis, der Landkreis Limburg-Weilburg sowie die Stadt Bad Nauheim. Soweit bisher im TTS e.V. vertretene Städte und Gemeinden einem Landkreis angehören und dieser selbst Gesellschafter der GmbH ist, sollen diese der GmbH nicht beitreten, sondern sich in der Gesellschaft durch den jeweiligen Landkreis vertreten lassen; eine Ausnahme bildet insoweit die Stadt Bad Nauheim, die als einzige Kommune aus dem Wetteraukreis der Destination Taunus zugehörig ist. Für den Fall, dass ein Landkreis im Verbandsgebiet nicht an der TTS GmbH beteiligt sein möchte, wird den Städten und Gemeinden dieses Landkreises die Möglichkeit eingeräumt, einen gemeinsamen Gesellschaftsanteil zu zeichnen. In diesem Fall sollen die Städte und Gemeinden im Wege einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung die Zeichnung und Wahrnehmung des Gesellschaftsanteils beschließen.

Aus vergaberechtlichen sowie kommunal- und gesellschaftsrechtlichen Gründen sind in der TTS GmbH keine privatwirtschaftlichen Gesellschafter vorgesehen. Die Einbindung der bisherigen privatwirtschaftlichen Akteure des TTS e.V. soll über einen Beirat der Gesellschaft erfolgen, der die Gesellschafter und die Geschäftsführung der TTS GmbH berät. Da die

privaten ordentlichen Mitglieder sowie die fördernden Mitglieder des Vereins durch ihre Beiträge derzeit eine relevante Einnahmequelle des Vereins bilden, sollen diese auch nach der Verschmelzung weiterhin einen wirtschaftlichen Beitrag gegenüber der TTS GmbH leisten, z. B. in Form von Marketingumlagen.

Die Kommunalaufsicht des Hochtaunuskreises (Regierungspräsidium Darmstadt) hat die kommunalrechtliche Zulässigkeit der Gesellschaft geprüft. Ein Gesellschaftsvertrag in Form einer Satzung für die TTS GmbH liegt im Entwurf vor. Der Satzungsentwurf definiert einen klaren Aufgaben- und Leistungskatalog für die neue Gesellschaft. Ziel ist es, die TTS GmbH als Dachorganisation zu etablieren, die in Zusammenarbeit mit den relevanten Akteuren den Tourismus im Taunus auf regionaler und überregionaler Ebene fördert und bewirbt. Zu den zentralen Aufgaben gehören insbesondere:

- Entwicklung und kontinuierliche Fortschreibung des touristischen Leitbildes der Destination Taunus;
- Vertretung der Region in regionalen und überregionalen Institutionen und Gremien;
- Ganzheitliche Vermarktung der Destination Taunus;
- Initiierung, Begleitung und Koordinierung nachhaltiger touristischer Angebots- und Qualitätsentwicklungen für den Lebens- und Freizeitraum Taunus;
- Beratung und Unterstützung der Akteure des Tourismus im Taunus sowie Förderung des gegenseitigen Erfahrungs- und Wissensaustausches.

Die TTS GmbH wird neben der Gesellschafterversammlung und der Geschäftsführung auch einen Aufsichtsrat haben, der aus 18 Mitgliedern besteht. Der Vorsitzende des Aufsichtsrats wird aus den neun Mitgliedern gewählt, die vom Kreisausschuss des Hochtaunuskreises entsandt werden. Die weiteren Mitglieder des Aufsichtsrats werden anteilig von den jeweiligen Gesellschaftern entsandt.

Die Gesellschafterversammlung setzt sich aus einer Vertreterin oder einem Vertreter jedes künftigen Gesellschafters zusammen. Die Stimmanteile der Gesellschafter richten sich nach den jeweiligen Geschäftsanteilen. Für bestimmte wesentliche Beschlüsse ist eine Einstimmigkeit erforderlich. Zu diesen wichtigen Entscheidungen gehören unter anderem:

- die Auflösung der Gesellschaft,

- die Beteiligung der Gesellschaft an anderen Gesellschaften oder die Beendigung bestehender Beteiligungen
- die Einforderung von Verlustabdeckungen oder von Beiträgen der Gesellschafter gemäß der Betriebsführungsrichtlinie,
- der Erwerb, die Veräußerung sowie die Belastung von Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten, die Errichtung eigener Gebäude und die Durchführung größerer baulicher Veränderungen.

Neben den Organen der Gesellschaft (Gesellschafterversammlung, Aufsichtsrat und Geschäftsführung) wird die TTS GmbH durch einen Fachbeirat ergänzt, der aus Vertretern der Privatwirtschaft besteht. Der Fachbeirat hat die Aufgabe, die Gesellschaft in grundlegenden Fragen der Tourismusentwicklung zu beraten, ohne dabei den Status eines Organs im Sinne des Gesellschaftsrechts zu erhalten.

Das Personal der TTS GmbH soll sich überwiegend aus Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Hochtaunuskreises zusammensetzen.

Den größten Teil der finanziellen Mittel des TTS e.V. stellt derzeit der Hochtaunuskreis mit über 81 % bereit. Im Rahmen der Gründung der TTS GmbH und der damit verbundenen Umstrukturierung des Destinationsmarketings ist ein schrittweiser Rückgang dieses Anteils entsprechend einem adäquaten Finanzierungsschlüssel vorgesehen.

Im Auftrag von PROJECT M soll eine juristische Prüfung und Einordnung der geplanten Gesellschaftsgründung erfolgen, um die rechtlichen Aspekte in verschiedenen relevanten Bereichen zu klären. Diese Prüfung betrifft insbesondere die folgenden Rechtsgebiete:

- Gesellschaftsrecht
- Kommunalrecht
- Vergaberecht
- Beihilferecht
- Steuerrecht
- Arbeitsrecht.

Im Rahmen dieser Prüfung sind insbesondere die nachfolgenden Fragestellungen zu beantworten:

- Gesellschaftsrechtliche Umsetzung, insbesondere in Bezug auf den möglicherweise gemeinsamen Gesellschaftsanteil der Städte und Gemeinden im Main-Taunus-Kreis;
- Aufgaben und Entscheidungsbefugnisse der Gesellschafterversammlung, des Aufsichtsrates und der Geschäftsführung;
- Einschätzung der kommunalrechtlichen Zulässigkeit von möglichen Änderungen der Satzung der Gesellschaft nach erfolgter kommunalaufsichtsrechtlicher Prüfung;
- Vergaberechtliche Umsetzung der Zuwendungen seitens der Gesellschafter an die TTS GmbH;
- Vorgehensweise zur beihilferechtskonformen Gestaltung der Gesellschaft;
- Steuerliche Optimierung der kommunalen Zuwendungen an die Gesellschaft sowie der Umgang mit Verlustvorträgen des TTS e.V.;
- Einschätzung der Vorsteuerabzugsfähigkeit der TTS GmbH;
- Arbeitsrechtliche Gestaltung im Hinblick auf einen Betriebsübergang der Beschäftigten des Hochtaunuskreises auf die Gesellschaft;
- Vorgehensweise zur Übertragung von Aufgaben, personellen Ressourcen und Vermögensgegenständen vom TTS e.V. auf die TTS GmbH;
- Umgang mit den Fragen der Zusatzversorgung (ZVK) und der Rentenansprüche der Beschäftigten des Hochtaunuskreises.

Für die Durchführung der Prüfung hat PROJECT M folgende Unterlagen zur Verfügung gestellt:

- Entwurf der Satzung der TTS GmbH, wie vom Auftraggeber erhalten;
- Gewerbesteuermessbescheide für die Jahre 2018 bis 2022;
- Angebotsbriefing PROJECT M Juristische Begleitung, wie mit dem Auftraggeber abgestimmt;
- Anschreiben an das Regierungspräsidium Darmstadt des TTS e.V. vom 15. September 2022.

B. Rechtliche Einordnung

Unsere rechtliche Bewertung erfolgt ausschließlich hinsichtlich der aufgeworfenen Rechtsfragen in den Themengebieten (1.) Gesellschaftsrecht, (2.) Kommunalrecht, (3.) Vergaberecht, (4.) Beihilferecht, (5.) Steuerrecht, (6.) Arbeitsrecht und (7.) Zuwendungsrecht im Hinblick auf die TTS GmbH und auf Grundlage der uns zur Verfügung stehenden Informationen.

1. Gesellschaftsrechtliche Aspekte

1.1 Wahl der GmbH als Rechtsform

Zweckmäßige Rechtsform zur Umsetzung der vorgesehenen gemeinsamen Organisation mit neuen Aufgaben zur Förderung des Tourismus ist nach unserer Einschätzung vor allem die privatrechtlich organisierte Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH).

Hierfür spricht aus unserer Sicht insbesondere, dass die GmbH durch ihre eigene Rechtspersönlichkeit ein praxisgerechtes, selbständiges Agieren am Markt ermöglicht, zugleich aber den erforderlichen kommunalen Einfluss sichert. Eine GmbH bietet außerdem gegenüber einer Anstalt öffentlichen Rechts (AöR) oder einem rechtlich unselbständigen Regie- oder Eigenbetrieb wegen ihrer auf das Stammkapital beschränkten Haftung, ihrer unkomplizierten Gründung, ihrer rechtlichen Selbständigkeit und ihrer unternehmerischen Führungsstruktur, welche Entscheidungsfreudigkeit und Handlungsschnelligkeit fördert, gewichtige Vorteile.

In Abgrenzung zur AöR verfügt die GmbH zwar weder über Dienstherrenfähigkeit noch vermag sie öffentlich-rechtlich zu handeln (z. B. durch Erlass von Beitragssatzungen). Diese Merkmale der AöR sind für die vorgesehene neue Organisation im Bereich des Tourismusmarketings aber weder gewünscht noch erforderlich. Regie- und Eigenbetriebe sind ebenfalls nicht zweckmäßig. Ein Regiebetrieb hat keine eigene Rechtspersönlichkeit und ist eingebunden in die Organisationsstruktur seiner Trägerkörperschaft, beispielsweise des Hochtaunuskreises. Er gehört somit zur Kreisverwaltung („Amt“) und ist nicht unabhängig. Eigenbetriebe genießen zwar eine gewisse organisatorische und wirtschaftliche Autonomie, sind jedoch rechtlich nicht verselbständigt. Im Ergebnis würde die Gründung als Regie- oder Eigenbetrieb zu einer unerwünschten Rekommunalisierung des Destinationsmarketings führen.

Gleiches gilt in Abgrenzung zum kommunalen Zweckverband. Gemäß § 1 des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit (KGG) können Gemeinden und Landkreise Aufgaben, zu deren Erfüllung sie berechtigt oder verpflichtet sind, gemeinsam wahrnehmen. Nach § 2 Abs. 1 KGG können sie hierzu Zweckverbände gründen. Zwar ist der Zweckverband berechtigt, hoheitliche Befugnisse wahrzunehmen, und besitzt – wie die AöR – Dienstherrenfähigkeit, im Ergebnis überwiegen aber auch ihm gegenüber die Vorteile, die eine Umsetzung in der Rechtsform der GmbH bietet.

Organe der GmbH sind grundsätzlich die Gesellschafterversammlung und die Geschäftsführung. Als zusätzliches Kontrollorgan zur Sicherung des kommunalen Einflusses kann, wie vorliegend beabsichtigt, ein (fakultativer) Aufsichtsrat eingerichtet werden.

Der Gesellschafterversammlung obliegt grundsätzlich u. a. die Feststellung des Jahresabschlusses, die Entlastung der Geschäftsführung sowie die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern. Die Geschäftsführer einer GmbH handeln im Rahmen der gesellschaftsvertraglichen Regelungen eigenverantwortlich. Sie leiten die GmbH und vertreten diese nach außen. Der Handlungsspielraum der Geschäftsführung kann jedoch durch den Gesellschaftsvertrag der GmbH und/oder eine Geschäftsordnung für die Geschäftsführung eingeschränkt werden. Dies erfolgt regelmäßig durch einen Katalog zustimmungsbedürftiger Maßnahmen. Darüber hinaus hat die Gesellschafterversammlung grundsätzlich die Möglichkeit, der Geschäftsführung Weisungen zu erteilen. Insgesamt lässt sich feststellen, dass ein hinreichender kommunaler Einfluss auf eine GmbH durch eine entsprechende Gestaltung sichergestellt werden kann.

Die Finanzierung einer GmbH erfolgt zunächst durch das Eigenkapital, das von den Gründungsgesellschaftern als Stammkapital eingebracht oder später in die Kapitalrücklage eingezahlt wird. Zudem kann die GmbH durch die Aufnahme von Darlehen bei Kreditinstituten finanziert werden. Eine weitere Möglichkeit der Finanzierung besteht in (anteiligen) Zuwendungen der öffentlichen Hand, insbesondere der beteiligten Landkreise und Gemeinden.

1.2 Schritte zur Gründung der TTS GmbH

Für die Gründung des TTS als GmbH sind (neben etwaigen Beschlüssen der Gremien der vorgesehenen Gründungsgesellschafter) grundsätzlich folgende Schritte erforderlich:

- Erarbeitung eines Gesellschaftsvertrags bzw. Anpassung des bereits vorliegenden Entwurfes, der die Zustimmung der Gründungsgesellschafter findet, einschließlich etwaiger Geschäftsordnungen (zur Änderung des Vertragsentwurfs nach erfolgter kommunalaufsichtsrechtlicher Zustimmung siehe 1.3.1)
- Notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages
- Bestellung eines Geschäftsführers
- Leistung der Stammeinlagen durch die Gesellschafter

1.3 Gestaltung des Gesellschaftsvertrages

Der Gesellschaftsvertrag liegt in einer Entwurfsfassung bereits vor. Die Höhe des Stammkapitals beläuft sich nach § 5 der Satzung auf 100.000,00 EUR. Das Stammkapital wird anteilig entsprechend der Geschäftsanteile durch die Gesellschafter erbracht.

Der Entwurf des Gesellschaftsvertrages wurde mit Schreiben vom 15. September 2022 dem Regierungspräsidium Darmstadt als Aufsichtsbehörde vorgelegt, das ihn billigte.

Im Rahmen der späteren rechtlichen Prüfung wurde jedoch Anpassungsbedarf in mehreren Punkten des Vertrages festgestellt. Konkret betrifft dies die Beschränkung der Zulässigkeit der Aufnahme weiterer Gesellschafter auf kommunale Körperschaften (§ 5 Abs. 4 der Satzung) sowie die Notwendigkeit, detailliertere Regelungen zur Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung und zu virtuellen Sitzungen zu treffen.

Es ist daher zu klären, inwieweit diese Anpassungen nach bereits erfolgter kommunalaufsichtsrechtlicher Zustimmung zur Satzung rechtlich zulässig sind oder ob sie eine erneute Anzeigepflicht bei der Aufsichtsbehörde nach sich ziehen.

1.3.1 Zulässigkeit der Änderung des Gesellschaftsvertrages nach kommunalaufsichtsrechtlicher Zustimmung

Die angestrebten Anpassungen der Satzung der TTS GmbH sind nach unserer Rechtsansicht auch ohne erneute kommunalaufsichtsrechtliche Zustimmung möglich.

Die kommunalrechtliche Beteiligung an privatrechtlichen Gesellschaften unterliegt verwaltungsrechtlichen Vorgaben. Zu diesen zählen unter anderem besondere Anzeige- und

Genehmigungspflichten, um die zuständigen Aufsichtsbehörden in die Lage zu versetzen, die Einhaltung kommunalrechtlicher Vorgaben zu prüfen. Während der Landesgesetzgeber die Genehmigungspflicht bei Beteiligung an Unternehmen weitgehend aufgegeben hat, bestehen weiterhin weitreichende Anzeigepflichten.

Mit Schreiben vom 15. September 2022 wurde das Regierungspräsidium Darmstadt als Aufsichtsbehörde des Hochtaunuskreises über die beabsichtigte Gründung der TTS GmbH sowie über den Entwurf des Gesellschaftsvertrages unterrichtet.

Ob eine Änderung des Gesellschaftsvertrages eine erneute Anzeigepflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde auslöst, hängt im Wesentlichen davon ab, ob die Voraussetzungen des § 127a Abs. 1 der Hessischen Gemeindeordnung (HGO) erfüllt sind. Über die Verweisung in § 52 Abs. 1 der Hessischen Landkreisordnung (HKO) besteht die Anzeigepflicht für Landkreise entsprechend.

Gemäß § 127a Abs. 1 HGO besteht eine Anzeigepflicht nicht nur bei der Entscheidung über die Gründung einer Gesellschaft oder der erstmaligen Beteiligung an einer Gesellschaft, sondern auch bei einer wesentlichen Erhöhung der Beteiligung an einer Gesellschaft.

Während die Tatbestände der Gründung und des erstmaligen Erwerbs einer Beteiligung weitgehend selbsterklärend sind, erfordert der Begriff der „wesentlichen Erhöhung“ eine differenzierte Betrachtung. Eine Erhöhung der Beteiligung gilt nicht als wesentlich, wenn sich alle Gesellschafter gleichermaßen an einer Kapitalerhöhung beteiligen und dabei die Leistungsfähigkeit des jeweiligen Gemeindehaushalts nicht tangiert wird. Eine im Sinne der Vorschrift wesentliche Erhöhung eines Gesellschafteranteils ist dagegen anzunehmen, wenn eine Gebietskörperschaft ihren Anteil allein erhöht und damit sowohl ihr Einfluss als auch ihre wirtschaftliche Verantwortung steigen. In diesem Zusammenhang ist es unerheblich, welche Rechtsform die Gesellschaft insgesamt hat (*Bennemann*, in: PdK He B-1, 27. Auflage 2024, HGO § 127a Rn. 8).

Eine Änderung des Gesellschaftsvertrages unterliegt demnach nur dann der Anzeigepflicht, wenn durch sie eine weitere Gebietskörperschaft eine Beteiligung erwirbt oder eine der bereits an der Gesellschaft beteiligten Gebietskörperschaften allein ihren Anteil erhöht. Sonstige Änderungen des Gesellschaftsvertrages – wie etwa die vorliegend vorgesehene ausdrückliche Beschränkung des Gesellschafterkreises auf Kommunen in § 5 Abs. 4 der

Satzung – lösen nach hiesiger Rechtsaufassung dagegen keine Anzeigepflicht bei der zuständigen Aufsichtsbehörde aus.

Gleiches gilt für die beabsichtigte Anpassung und Präzisierung der Regelungen zu virtuellen Sitzungen und Beschlussfassungen in § 8 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages.

Auch die Änderung der Regelung zum Rechnungswesen und zur Prüfung (§ 12 des Satzungsentwurfs), löst keine Anzeigepflicht aus, jedenfalls soweit diese Änderung durch die Novelle der HGO veranlasst wird und der GmbH ohnehin kein Gestaltungsspielraum zusteht.

1.3.2 Fachbeirat kein Organ der Gesellschaft

Als beratendes Gremium der Geschäftsführung in fachlichen und strategischen Fragen soll neben den Organen der Gesellschaft ein Fachbeirat mit Vertreterinnen und Vertretern aus der Privatwirtschaft entstehen.

Anders als die Organe der Gesellschaft – insbesondere die Gesellschafterversammlung und die Geschäftsführung – zählt der Fachbeirat nicht zu den gesetzlichen Organen einer GmbH und hat typischerweise keine Entscheidungs- oder Weisungsbefugnisse.

Der aktuelle Entwurf des Gesellschaftsvertrages führt den Fachbeirat unter § 7 als Organ der Gesellschaft auf. Um klarzustellen, dass der Fachbeirat gerade kein Organ der Gesellschaft ist und ihm damit auch keine vergleichbaren Rechte zustehen, kann es zweckmäßig sein, diesen aus der Aufzählung der Organe in § 7 zu streichen; das Bestehen eines Fachbeirats und seine Rolle sind bereits durch § 10 der Satzung hinreichend konkretisiert.

Auch diese Anpassung des Gesellschaftervertrages löst aus den vorstehend genannten Gründen nach hiesiger Auffassung keine erneute Anzeigepflicht beim Regierungspräsidium Darmstadt als zuständiger Aufsichtsbehörde aus. Dies gilt auch für den Fall, dass in der Satzung auch eine Öffnungsklausel für die Bildung von weiteren Beiräten (ohne Organstellung) aufgenommen wird.

1.4 Sonderproblem: Gemeinsamer Geschäftsanteil

Für den Fall, dass einer der am TTS e.V. beteiligten Landkreise seine Beteiligung an der TTS GmbH aufgibt oder auf eine Beteiligung verzichtet, soll den Städten und Gemeinden des betroffenen Landkreises die Möglichkeit eröffnet werden, einen gemeinsamen Geschäftsanteil zu zeichnen. Dies ist nach unserer Rechtsansicht gesellschaftsrechtlich grundsätzlich möglich.

Die Zulässigkeit der gemeinschaftlichen Inhaberschaft an einem Geschäftsanteil ergibt sich aus § 741 BGB, nach dem ein Recht mehreren Personen gleichzeitig zustehen kann. Für den Gesellschaftsanteil an einer GmbH ergibt sich die Eignung als gemeinschaftlicher Gegenstand aus § 18 GmbHG; gemäß § 18 Abs. 1 GmbHG können die Mitberechtigten die Rechte aus dem Geschäftsanteil nur gemeinschaftlich ausüben.

Die rechtliche Umsetzung eines gemeinsamen Geschäftsanteils erfordert im Innenverhältnis der betroffenen Gemeinden und Städte eine vertragliche Vereinbarung, um ihre gemeinsamen Rechte und Pflichten klar und rechtssicher zu regeln. Im Außenverhältnis zur TTS GmbH sollte sichergestellt werden, dass im Gesellschaftsvertrag eine entsprechende Regelung getroffen wird, die einen gemeinschaftlichen Erwerb von Geschäftsanteilen zulässt.

Der Entwurf des Gesellschaftsvertrages berücksichtigt diese Regelung bereits. Aus § 9 Abs. 2 f) des Satzungsentwurfs geht hervor, dass die Übertragung der Geschäftsanteile eines Gründungsgesellschafters auf eine oder mehrere Gemeinden / Städte bedacht worden ist. Die Satzung enthält detaillierte Angaben über die Folgen der Übertragung der Geschäftsanteile auf die Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder. Zudem regelt § 5 Abs. 4 der Satzung, dass die Aufnahme weiterer Gesellschafter grundsätzlich zulässig ist, soweit dies durch Abtretung von Geschäftsanteilen oder Teilen von Geschäftsanteilen erfolgt.

Zur Umsetzung eines gemeinsamen Geschäftsanteils im Innenverhältnis der betroffenen Gemeinden und Städte sollten die Beteiligten eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung schließen.

Maßgebliche Rechtsgrundlage für den Abschluss einer solchen Vereinbarung ist § 2 Abs. 1 KGG. Danach können Kommunen zur Erfüllung gemeinsamer Aufgaben öffentlich-rechtliche Vereinbarungen schließen. Solche Vereinbarungen dienen der Zusammenarbeit

zwischen öffentlichen Körperschaften und erlauben die Regelung gemeinsamer Angelegenheiten und die Übertragung von Aufgaben und Verantwortlichkeiten zwischen den Beteiligten.

Hinsichtlich Form und Inhalt einer solchen Vereinbarung stellen die §§ 24 ff. KGG besondere Anforderungen. So können die Gemeinden gemäß § 24 Abs. 1 Nr. 2 KGG bestimmen, dass eine der beteiligten Körperschaften einzelne oder mehrere Aufgaben für die übrigen Beteiligten durchführt (Mandatierung). Zudem muss die Vereinbarung schriftlich die Beteiligten und die Aufgabe bestimmen, vgl. § 24 Abs. 4 KGG.

Darüber hinaus besteht gemäß § 26 Abs. 2 KGG im Falle der Mandatierung eine Anzeigepflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde.

Eine solche Vereinbarung sollte möglichst detailliert und konkret mindestens folgende rechtlichen Gesichtspunkte zum Inhalt haben:

1. Konkrete Benennung des übertragenen Geschäftsanteils sowie die Festlegung des gemeinsamen Erwerbs und der gemeinschaftlichen Verwaltung,
2. Regelungen zur Verwaltung und Ausübung der Gesellschaftsrechte,
3. Kosten- und Lastenverteilung,
4. Entscheidungsprozesse und Vertretungsregeln,
5. Laufzeit und Kündigungsmodalitäten,
6. Streitbeilegung.

1.5 Konsortialvertrag

Insbesondere im Hinblick auf die Regelungen über die Finanzierung der TTS GmbH ist eine zusätzliche Vereinbarung in Form eines Konsortialvertrages zu erwägen.

Hierbei handelt es sich um einen privatrechtlichen Vertrag zwischen den beteiligten Landkreisen (den Konsorten), der das gemeinsame Projekt – in diesem Fall das Destinationsmarketing durch die TTS GmbH – regelt.

Der Konsortialvertrag bietet eine einfache schuldrechtliche Möglichkeit, das Verhältnis der Gesellschafter untereinander klar und transparent zu regeln.

Wie § 2 Abs. 2 KGG klarstellt, ist eine solche zivilrechtliche Vereinbarung auch zwischen Gebietskörperschaften zulässig. Es ist jedoch zu beachten, dass in diesem Zusammenhang – wie auch bei der Gründung der TTS GmbH – die Kreistage bzw. die Gemeinderäte der beteiligten Kommunen eingebunden werden müssen.

Ein Konsortialvertrag sollte insbesondere folgende Punkte regeln:

- die interne Organisation des Konsortiums,
- die Verteilung der Finanzbeiträge der einzelnen Konsorten,
- Regelungen zur Beilegung interner Streitigkeiten,
- Haftungsfragen der Gesellschafter sowie
- Entschädigungs- und Vertraulichkeitsvereinbarungen.

Die vorstehenden Punkte sind nach hier vertretener Auffassung notwendig, um eine klare Grundlage für die Zusammenarbeit der beteiligten Kommunen und die Umsetzung des Projekts zu schaffen.

1.6 Zulässigkeit der Verschmelzung des TTS e.V. auf die TTS GmbH

Die geplante Verschmelzung des Vereins auf eine GmbH ist grundsätzlich zivilrechtlich zulässig.

Gemäß § 2 UmwG können Rechtsträger unter Auflösung ohne Abwicklung verschmolzen werden.

Dies erfolgt

(1) im Wege der Aufnahme durch Übertragung des Vermögens eines oder mehrerer Rechtsträger (übertragende Rechtsträger) als Ganzes auf einen anderen bestehenden Rechtsträger (übernehmender Rechtsträger) oder
(2) im Wege der Neugründung durch Übertragung der Vermögen zweier oder mehrerer Rechtsträger (übertragende Rechtsträger) jeweils als Ganzes auf einen neuen, von ihnen dadurch gegründeten Rechtsträger.

Die konkret geplante Verschmelzung eines eingetragenen Vereins auf eine neu zu gründende GmbH ist gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 und 4 UmwG zulässig. Danach können sowohl

GmbH als auch eingetragene Vereine als übertragende, übernehmende oder neue Rechtsträger an Verschmelzungen beteiligt sein. Ferner gestattet § 3 Abs. 4 UmwG ausdrücklich die Verschmelzung von Rechtsträgern unterschiedlicher Rechtsformen.

Zwar bestimmt § 99 Abs. 1 UmwG, dass sich ein rechtsfähiger Verein an einer Verschmelzung nur beteiligen kann, wenn die Satzung des Vereins oder Vorschriften des Landesrechts nicht entgegenstehen. Derartige Verbotsnormen lassen sich aber weder der Satzung des TTS e.V. noch der hessischen Gemeindeordnung entnehmen (so auch *Katschinski/Wolf*, in: Semler/Stengel/Leonard, Umwandlungsgesetz, 6. Aufl. 2025, § 99 UmwG Rn. 18).

§ 99 Abs. 2 UmwG steht der beabsichtigten Verschmelzung ebenfalls nicht entgegen. Nach dieser Regelung darf ein eingetragener Verein im Wege der Verschmelzung Rechtsträger anderer Rechtsform nicht aufnehmen und durch die Verschmelzung ein solcher Rechtsträger nicht gegründet werden. Beides ist hier nicht der Fall. Im hier geplanten Verschmelzungsszenario soll ein bereits bestehender eingetragener Verein in eine andere Rechtsform aufgenommen werden – ein Vorgang der unter keine der in § 99 Abs. 2 UmwG genannten Fallgruppen fällt und somit zulässig ist (vgl. *Galla/Cé. Müller*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 99 UmwG Rn. 1; *Katschinski/Wolf*, in: Semler/Stengel/Leonard, Umwandlungsgesetz, 6. Aufl. 2025, § 99 UmwG Rn. 29).

1.7 Rechtsposition der bisherigen Mitglieder des TTS e.V. sowie Entschädigung bzw. Abfindung

Nach derzeitigem Planungsstand muss der Hochtaunuskreis zunächst sämtliche Geschäftsanteile der neuen TTS GmbH als Alleingesellschafter halten. Die restlichen Vereinsmitglieder des bisherigen TTS e.V. werden der GmbH ggf. erst zu einem späteren Zeitpunkt als Gesellschafter beitreten oder, im Falle der privatwirtschaftlichen Mitglieder, in einem Fachbeirat beratend tätig werden. Fraglich ist, welche Auswirkungen der Verlust der Mitgliedschaft im sich auflösenden Verein mit sich zieht.

Die Satzung des TTS e.V. enthält hierzu keine passgenauen Regelungen. § 4 Abs. 4 der Satzung sieht lediglich vor, dass Vereinsmitglieder bei ihrem Ausscheiden keine Leistung aus dem Vermögen des Vereins erhalten. Wird der Verein demgegenüber aufgelöst, so wird das Vereinsvermögen dem Hochtaunuskreis und dem Main-Taunus-Kreis für den ausschließlichen und mittelbaren Zweck übertragen, damit den Tourismus zu fördern (vgl. § 13

Abs. 2, § 4 Abs. 4 der Satzung). Diese Regelungen betreffen jedoch die gesellschaftsrechtlichen Vorgänge des Austritts und der Auflösung, die zwar im Vorfeld einer Verschmelzung vollzogen werden können, aber nicht zwingend damit zusammenhängen.

Die geplante Reduktion des Mitglieds-/Gesellschafterbestands ist dennoch zulässig. Grundsätzlich werden die Anteilsinhaber der übertragenden Rechtsträger automatisch Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 UmwG). Möglich ist aber auch, dass mehrere oder einzelne Anteilsinhaber (hier Vereinsmitglieder) eine notariell beurkundete Verzichtserklärung abgeben und somit auf die Fortsetzung ihrer Anteilshabe verzichten (vgl. OLG Köln, Beschl. v. 22.01.2020 – 18 Wx 22/19; *Rieckers/Cloppenburg*, beck-online.GROSSKOMMENTAR, GesamtHrsg: Henssler, Hrsg: Habersack/Wicke, Stand: 01.04.2025, § 20 UmwG Rn. 125; *Kogge*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 8, 6. Aufl. 2025, § 13 Rn. 159).

In diesem Fall kann nach wohl h. M. an den ausscheidenden Anteilsinhaber eine Barzahlung in Höhe von bis zu 10 % des auf die gewährten Anteile des übernehmenden Rechtsträgers entfallenden anteiligen Betrags des Grundkapitals geleistet werden (*Rieckers/Cloppenburg*, beck-online.GROSSKOMMENTAR, GesamtHrsg: Henssler, Hrsg: Habersack/Wicke, Stand: 01.04.2025, § 20 UmwG Rn. 126; *Kogge*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 8, 6. Aufl. 2025, § 13 Rn. 160).

Ferner sieht § 29 Abs. 1 UmwG für die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers ein Austrittsrecht gegen angemessene Barabfindung vor, wenn die Verschmelzung zu bestimmten grundlegenden Veränderungen der Anteilsinhaberschaft führt, etwa bei einem Wechsel der Rechtsform. Diese Regelung kommt zur Anwendung, wenn der betreffende Anteilsinhaber dem Verschmelzungsbeschluss widersprochen hat. Anders als die oben aufgezeigte Möglichkeit des Verzichts auf Mitgliedschaft, verbunden mit einer Barzahlung, beträgt die Barabfindung gemäß §§ 29, 30 UmwG den vollwertigen Ersatz für den Wert der zu übertragenden bzw. untergehenden Anteile (*Rieder*, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, GesamtHrsg: Henssler, Hrsg: Habersack/Wicke, Stand: 01.07.2025, § 30 UmwG Rn. 4). Eine Abfindung ist jedoch nicht zwingend erforderlich; die betreffenden Anteilsinhaber können darauf verzichten (*Kalss*, in: Semler/Stengel/Leonard, Umwandlungsgesetz, 6. Aufl. 2025, § 29 UmwG Rn. 27).

Ob §§ 29 ff. UmwG hier greifen, bedarf jedoch einer vertieften Prüfung. Denn gemäß § 104a UmwG finden §§ 29 ff. UmwG keine Anwendung auf die Verschmelzung eines

eingetragenen Vereins, der nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 des Körperschaftsteuergesetzes von der Körperschaftsteuer befreit ist.

2. Kommunalrechtliche Aspekte

2.1 Kommunalwirtschaftliche Beteiligung in Privatrechtsform

Die kommunalrechtliche Beteiligung der Stadt Bad Nauheim sowie der Landkreise an einer GmbH ist nach unserer Rechtsansicht kommunalrechtlich zulässig. Dabei kommt es im Ergebnis nicht darauf an, ob das Destinationsmarketing rechtlich als wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Tätigkeit aufzufassen ist.

Für die unmittelbare Beteiligung der Stadt Bad Nauheim als Gesellschafterin der TTS GmbH gelten die Bestimmungen des § 122 Abs. 1 und § 121 HGO. Für die beteiligten Landkreise Hochtaunuskreis, Main-Taunus-Kreis, Rheingau-Taunus-Kreis, Lahn-Dill-Kreis und Kreis Limburg-Weilburg greifen die Regelungen über die Verweisung in § 52 Abs. 1 HKO entsprechend. Vor diesem Hintergrund erfolgt die Prüfung der Voraussetzung insofern einheitlich.

Nach § 122 Abs. 1 HGO darf eine Gemeinde eine Gesellschaft, die auf den Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens gerichtet ist, nur gründen oder sich daran beteiligen, wenn

1. die Voraussetzungen des § 121 Abs. 1 HGO vorliegen,
2. die Haftung und die Einzahlungsverpflichtung der Gemeinde auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt ist,
3. die Gemeinde einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechendem Überwachungsorgan, erhält,
4. gewährleistet ist, dass der Jahresabschluss und der Lagebericht, soweit nicht weitergehende gesetzliche Vorschriften gelten oder andere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, entsprechend den für große Kapitalgesellschaften geltenden Vorschriften des Dritten Buches des Handelsgesetzbuches aufgestellt und geprüft werden.

Nach § 122 Abs. 1 Nr. 3 HGO ist die Gründung einer Gesellschaft durch eine Gemeinde nur zulässig, wenn die Gemeinde einen angemessenen Einfluss erhält. Ein angemessener Einfluss liegt vor, wenn die betroffene Gemeinde sowohl einen – ihrer Beteiligungsquote entsprechenden – Stimmenanteil in der Gesellschafterversammlung hat als auch eine

angemessene Vertretung im Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Überwachungsorgan gewährleistet ist. Hierdurch soll die Gemeinde die Möglichkeit haben, entsprechend ihrem Kapitalanteil, auf die Erfüllung des öffentlichen Zweckes hinzuwirken, der das Eingehen der Beteiligung veranlasst und begründet hat (vgl. zu der entsprechenden Formulierung in der Bundeshaushaltsordnung *Nöhrbaß*, in: Bundeshaushaltsrecht, Rdnr. 10 zu § 65 BHO).

Diese Voraussetzungen sind durch die Vorschriften im Gesellschaftsvertrag sowohl für die Stadt Bad Nauheim als auch für die Landkreise erfüllt. Durch die Regelungen über die Besetzung des Aufsichtsrates in § 9 Abs. 2 des Satzungsentwurfs wird insbesondere der erforderliche Einfluss der beteiligten Kommunen im Aufsichtsrat sichergestellt und entsprechend ihrer jeweiligen Beteiligungsquote bestimmt.

Die Haftung der beteiligten Kommunen ist bei einer GmbH (Gesellschaft mit beschränkter Haftung) bereits von Gesetzes wegen beschränkt.

Die weiteren Anforderungen des § 122 Abs. 1 Nr. 4 HGO können durch eine entsprechende Gestaltung des Gesellschaftsvertrages gewährleistet werden (vgl. Hinweise für die Verwaltung von Bundesbeteiligungen, Gemeinsames Ministerialblatt vom 18.12.2001 S. 950 ff., Rn. 16).

So sieht § 12 Abs. 1 des Satzungsentwurfs bereits vor, dass gewährleistet sein muss, dass Buchhaltung und Bilanzierung den Voraussetzungen des § 122 Abs. 1 Nr. 4 HGO entsprechen.

2.2 Nachweis der Anforderungen von § 121 Abs. 1 HGO

Die Voraussetzungen des § 121 Abs.1 HGO sind ebenfalls erfüllt.

§ 122 Abs. 1 Nr. 1 HGO setzt nämlich voraus, dass die materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 121 Abs. 1 HGO (sog. Schrankentrias) erfüllt sind.

Nach dieser Vorschrift darf sich die Gemeinde ungeachtet der Rechtsform wirtschaftlich betätigen, wenn

1. der öffentliche Zweck die Betätigung rechtfertigt,

2. die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht und
3. der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt werden kann.

Vorliegend ist der Anwendungsbereich von § 121 Abs. 1 HGO möglicherweise schon nicht eröffnet, soweit die TTS GmbH im Bereich des unentgeltlichen Destinationsmarketings tätig wird. Denn die Vorgaben des § 121 Abs. 1 HGO gelten ausweislich ihres Wortlauts nur für eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde. Unabhängig von der unklaren Reichweite des Begriffs der wirtschaftlichen Betätigung (hierzu ausführlich VG Darmstadt, Urt. v. 24.04.2007 – 9 E 937/05) und der zum Teil konkreteren Definition der wirtschaftlichen Betätigung in anderen Bundesländern als „das Herstellen, Anbieten oder Verteilen von Gütern, Dienstleistungen oder vergleichbaren Leistungen, die (…) auch mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnten“(vgl. u. a. § 91 Abs. 1 Kommunalverfassung des Landes Brandenburg), sind kraft gesetzlicher Definition des § 121 Abs. 2 Nr. 2 HGO „Tätigkeiten auf den Gebieten des Bildungs- und Sozialwesens, der Kultur, des Sports, der Erholung, der Abfall- und Abwasserbeseitigung sowie zur Deckung des Eigenbedarfs“ keine wirtschaftliche Betätigung im kommunalrechtlichen Sinne.

Jedenfalls das nicht einnahmeschaffende Destinationsmarketing, das die Bekanntheit der Region Taunus und damit ihre allgemeine Wirtschaftskraft stärken soll, ist nach hier vertretener Rechtsauffassung dem Bereich der nicht-wirtschaftlichen Tätigkeit zuzurechnen. Dies ist in der kommunalen Spruchpraxis bisher allerdings nicht abschließend geklärt. So werden z. B. Tätigkeiten der kommunalen Wirtschaftsförderung wohl überwiegend dem Bereich der wirtschaftlichen Tätigkeit nach § 121 Abs. 1 HGO zugeordnet.

Ob die Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Betätigungen heute noch von Bedeutung ist, ist umstritten, da Aufgabenfelder, die bisher der nicht-wirtschaftlichen Betätigung zugeordnet wurden, heute auf Grund ihrer Bedeutung und ihres Funktionswandels vielfach durch wirtschaftliche Unternehmen wahrgenommen werden.

Auch für das hessische Gemeindewirtschaftsrecht dürfte die Unterscheidung kaum noch Bedeutung haben, da die HGO inzwischen die privatrechtlichen Rechtsformen für die wirtschaftliche Betätigung auch für die nicht-wirtschaftliche Betätigung zugelassen hat. So kann auf Grund des § 122 Abs. 2 HGO die Gemeinde für eine nicht-wirtschaftliche Aufgabe unter den Voraussetzungen des § 122 Abs. 1 Nr. 2 – 4 HGO bei Vorliegen eines wichtigen

Interesses der Gemeinde Gesellschaften in privater Rechtsform gründen oder sich daran beteiligen (*Daneke*, in: PdK He B-1, HGO § 121 Rn. 35).

Ob ein derartiges Interesse gegeben ist, entscheidet grundsätzlich die jeweilige Gemeindevertretung, die für die Gründung einer Gesellschaft bzw. der Beteiligung an einer solchen zuständig ist. Dabei besitzt die Gemeindevertretung einen gewissen Beurteilungsspielraum, der der Überprüfung der Kommunalaufsicht weitgehend entzogen ist (BVerwG, Urt. v. 22.02.1972 – I C 24/69). Ein solches wichtiges Interesse kann in einer Vielzahl von Gründen liegen, etwa wirtschaftlicher Natur, nämlich die kostengünstigere Aufgabenerledigung; aber auch Gründe wie eine größere Flexibilität und Autonomie bei der Aufgabenerfüllung können ausreichen (OVG Münster, Urt. v. 15.12.1994 – 9 A 2251/93).

Vorsorglich angenommen, dass die TTS GmbH eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne von § 121 Abs. 1 HGO ausübt, ist im Hinblick auf die Subsidiaritätsklausel des § 121 Abs. 1 Nr. 3 HGO zu prüfen, ob der beabsichtigte Zweck nicht genauso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt werden kann. Nach dieser Klausel muss die Kommune sicherstellen, dass sie in der Lage ist, den öffentlichen Zweck in einer effizienteren und wirtschaftlicheren Weise zu erfüllen (*Burgi/Habersack*, Unternehmens ÖffR-HdB/Gaß, 1. Aufl. 2023, § 21 Rn. 50).

Ausgehend von diesem Maßstab sprechen zahlreiche Gründe für die bessere und wirtschaftlichere Erfüllung des öffentlichen Zwecks „Destinationsmarketing“ durch die kommunal geführte TTS GmbH. Die TTS GmbH verfolgt diesen Zweck ohne primäre Gewinnorientierung, was bedeutet, dass die erzielten Einnahmen und finanziellen Mittel direkt in die Förderung des Tourismus und die Steigerung des gesellschaftlichen Nutzens reinvestiert werden. Die überregionale Struktur der Gesellschafter – welche die gesamte Taunus-Region abdecken – und die Vertretung des Taunus in Dach- und Spitzenverbänden sowie das regionale Identitätsmanagement sind durch einen privaten Anbieter nicht in gleicher Weise umsetzbar. Ein zentrales Ziel der TTS GmbH ist die Entwicklung und Fortschreibung eines touristischen Leitbildes und die einheitliche Positionierung der Marke „Destination Taunus“. Die TTS GmbH ist als neutrale, zentrale Instanz besonders gut geeignet, eine umfassende und integrative Strategie für die Destination zu entwickeln und umzusetzen, die die Interessen aller beteiligten Akteure berücksichtigt. Bei einem privaten Unternehmen würde die Integration unterschiedlicher Interessen die eigenen wirtschaftlichen Ziele gefährden. Ein weiterer Vorteil der TTS GmbH ist die Bereitstellung eines zentralisierten Daten- und Content-Managementsystems, das die einzelnen Kommunen effizient umsetzen können. Eine

gemeinsame Gesellschaft stellt zudem sicher, dass touristische Informationen und Ressourcen einheitlich und allen Akteuren zugänglich sind, was die Vermarktung der Region insgesamt stärkt.

Der öffentliche Zweck des Destinationsmarketings rechtfertigt zudem die wirtschaftliche Betätigung der Stadt und der Landkreise im Sinne des § 121 Abs. 1 Nr. 1 HGO.

Unter den Begriff des öffentlichen Zwecks fallen alle öffentlichen Zwecke, die von einer Kommune verfolgt werden dürfen (vgl. *Lange*, NVwZ 2014, S. 616, 618). Dabei ist auf den Aufgabenunterschied zwischen Gemeinden und Landkreisen hinzuweisen. Während die Gemeinden nach § 1 Abs. 1 Satz 2 HGO das Wohl ihrer Einwohner zu fördern haben, sind die Landkreise im Rahmen ihrer Ergänzungsfunktion nach § 2 Abs. 1 Satz 3 HKO gehalten, die Aufgaben zu übernehmen, die der einheitlichen Versorgung und Betreuung der Bevölkerung des ganzen Landkreises oder eines größeren Teils des Landkreises dienen. Damit ist der öffentliche Zweck vom Aufgabenumfang der jeweiligen kommunalen Gebietskörperschaft abhängig. Daher wird den Kommunen auch ein weitreichender Beurteilungsspielraum bei der Benennung eines die kommunale Wirtschaftstätigkeit rechtfertigenden öffentlichen Zwecks zuerkannt (vgl. *Lange*, NVwZ 2014, S. 616, 617). Die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung ist allerdings nicht rein abstrakt zu prüfen, sondern es muss aufgrund der konkreten kommunalpolitischen Situation geprüft werden, ob ein öffentlicher Zweck die wirtschaftliche Tätigkeit rechtfertigt (vgl. *Lange*, NVwZ 2014, S. 616, 617).

Die wirtschaftliche Betätigung der TTS GmbH dient dem Zweck, im Zusammenwirken mit den am Tourismus beteiligten Stellen den Tourismus im Taunus zu fördern und auf regionaler und überregionaler Ebene zu bewerben. Davon umfasst sind die Entwicklung und Fortschreibung des touristischen Leitbildes der Destination Taunus sowie die Vertretung in relevanten Dach- und Spitzenverbänden. Schließlich umfasst das Zusammenwirken auch die gesamte Vermarktung, wobei insbesondere die örtliche Werbung den einzelnen kommunalen Tourismusstellen vorbehalten bleiben soll. Sie ist insbesondere darauf gerichtet, das Wohl der Einwohner der Region zu fördern. Aus diesen Gesichtspunkten lässt sich nach unserer Auffassung die Zulässigkeit der Betätigung auch insoweit begründen, als es sich um eine wirtschaftliche Betätigung handeln sollte.

2.3 Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung außerhalb des Gemeinde- bzw. Kreisgebietes

Vor dem Hintergrund der Ausrichtung der TTS GmbH auf das gesamte Taunus-Gebiet und ihrer geplanten überregionalen Aktivitäten dürfte anzunehmen sein, dass die kommunalen Gesellschafter auch außerhalb ihres Gemeinde- oder Kreisgebietes tätig werden. Geht man davon aus, dass die TTS GmbH einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne des § 121 Abs. 1 HGO nachgeht, ist die Betätigung außerhalb des Gemeinde- oder Kreisgebietes gemäß § 121 Abs. 5 Nr. 2 HGO nur zulässig, wenn neben den bereits geprüften Voraussetzungen des § 121 Abs. 1 HGO die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften gewahrt sind.

Da es sich bei den betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften um Gesellschafter der TTS GmbH handelt, ist nach unserer Auffassung davon auszugehen, dass deren berechtigte Interessen vor dem Hintergrund des satzungsmäßigen Unternehmenszwecks der TTS GmbH und der damit begründeten überregionalen Ausrichtung gewahrt werden.

Neben der Betätigung außerhalb des Gemeinde- bzw. Kreisgebietes ist auch die überregionale Betätigung der TTS GmbH mit den kommunalrechtlichen Regelungen vereinbar.

So ergibt sich aus § 1 KGG, dass Gemeinden und Landkreise Aufgaben, zu deren Erfüllung sie berechtigt oder verpflichtet sind, gemeinsam wahrnehmen können, sofern dies nicht durch Gesetz ausgeschlossen ist. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift, können also Städte und Gemeinden Aufgaben gemeinsam erfüllen, ebenso wie dies mehrere Landkreise sowie kommunale Gebietskörperschaften unterschiedlicher Ebenen miteinander können, soweit sie sich einer der im KGG vorgesehenen Formen der Zusammenarbeit bedienen. Dabei beschränkt sich die Wahl der Rechtsform der Zusammenarbeit nicht auf Arbeitsgemeinschaften oder Zweckverbände im Sinne des KGG. Vielmehr stellt § 2 Abs. 2 KGG klar, dass die gemeinsame Wahrnehmung von Aufgaben in Rechtsformen des Privatrechts auch im Rahmen der interkommunalen Gemeinschaftsarbeit und somit überregional zulässig ist.

Das Destinationsmarketing kommt schließlich auch als Aufgabe der interkommunalen Zusammenarbeit im Sinne des § 1 S. 1 KGG in Betracht, soweit ein örtlicher Bezug beachtet bleibt. Wie vorstehend bereits dargelegt, handelt es sich beim Destinationsmarketing um

eine Aufgabe, zu deren Wahrnehmung sowohl Städte und Gemeinden als auch die Landkreise grundsätzlich berechtigt sind.

Die Kommunen sind im Rahmen ihrer verfassungsrechtlich verankerten Selbstverwaltung nämlich berechtigt, alle Angelegenheiten mit örtlichem Charakter selbst und in eigener Verantwortung zu regeln. Als Ausprägung dieser Garantie dient zunächst der Grundsatz der Allzuständigkeit, der den Gemeinden einen weiten Bereich an Aufgaben gewährleistet, die im Bereich der freiwilligen Aufgaben auch nicht durch den Gesetzgeber vorherbestimmt sein müssen. Nach dem sog. Rastede-Beschluss des BVerfG (BVerfG, Beschl. v. 23.11.1988 – 2 BvR 1619/83) zählt zum Wesensgehalt gemeindlicher Selbstverwaltung zwar keinen gegenständlich bestimmten oder nach feststehenden Merkmalen bestimmbarer Aufgabenkatalog, wohl aber die Befugnis, sich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, die nicht bereits anderen Trägern öffentlicher Verwaltung übertragen sind, ohne besonderen Kompetenztitel anzunehmen. Zur örtlichen Gemeinschaft wiederum gehören alle Aufgaben, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder einen spezifischen Bezug zu ihr haben.

Das Werben für die Region Taunus und die Weiterentwicklung der Zusammenarbeit der am Tourismus beteiligten Stellen im Taunus durch die Gründung einer touristischen Dachorganisation zeichnet sich gerade durch seinen örtlichen Bezug aus und fällt in den Bereich der zumindest freiwilligen Aufgaben kommunaler Selbstverwaltung, deren Wahrnehmung sich die Kommunen annehmen können. Diese kommunale Aufgabe darf auch überregional erfüllt werden. Dies ist bereits dem Umstand geschuldet, dass sich die Region Taunus als Mittelgebirge der Region über die gesamten beteiligten Kreisgebiete erstreckt.

2.4 Anzeigepflicht

Nach § 127a HGO besteht eine Vorlagepflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde bei Entscheidungen der Gemeinde über die Gründung einer Gesellschaft. Die Vorschrift gilt gemäß § 52 HKO für die beteiligten Kreise und Landkreise entsprechend.

Eine Unterrichtung des Regierungspräsidiums Darmstadt als Aufsichtsbehörde des Hochtaunuskreises (§ 54 Abs. 2 HKO) ist mit Schreiben vom 15. September 2022 bereits erfolgt.

3. Vergaberechtliche Aspekte

3.1 Allgemeines

Vorliegend ist zwischen mehreren Fragestellungen zu unterscheiden: Zunächst stellt sich die Frage, ob die Gründung der TTS GmbH zum Zwecke des Destinationsmarketings samt Aufgabenübertragung einen vergaberechtlich relevanten Vorgang darstellt (3.2) und ob die Auswahl der Mitgesellschafter ausschreibungspflichtig ist (3.3). Sodann ist zu prüfen, ob die TTS GmbH selbst den vergaberechtlichen Vorschriften unterfällt, soweit sie zukünftig Aufträge an Dritte erteilt (3.4). Ferner stellt sich die Frage, ob die TTS GmbH gegenüber ihren Gesellschaftern inhouse-fähig ist und von ihnen ausschreibungsfrei direkt beauftragt werden darf (3.5). Schließlich wird geprüft, ob die Übertragung der vom TTS e.V. gehaltenen Verträge auf die GmbH eine Ausschreibungspflicht auslöst (3.6).

3.2 Vergabepflicht der Aufgabenübertragung auf die TTS GmbH

Die Gründung der TTS GmbH im Wege der Umwandlung und die Aufgabenübertragung auf die TTS GmbH stellen keinen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 97 Abs. 1 Satz. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) dar.

„Öffentliche Aufträge“ sind nach § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB grundsätzlich im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren zu vergeben. Nach § 103 Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge „entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern […] und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die […] die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben“.

Sofern öffentliche Auftraggeber mit anderen öffentlichen Auftraggebern eine GmbH gründen, ist dieser Vorgang zunächst vergaberechtlich unbeachtlich, da in der Schaffung einer Kapitalgesellschaft keine Beschaffung von Lieferungen oder Leistungen liegt. Anders kann es sich jedoch verhalten, wenn der Gesellschaft die Erfüllung von Aufgaben des gründenden öffentlichen Auftraggebers und die Erbringung damit verbundener Leistungen übertragen werden sollen. In solchen mehrschrittigen Konstellationen bedarf es einer einheitlichen Bewertung des Vorgangs und seiner Zielsetzung unter dem Gesichtspunkt, ob der Vorgang in seiner Gesamtheit als öffentlicher Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB einzustufen ist *(Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, GWB § 103 Rn. 54; *Mädler*, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, § 103 GWB Rn. 107).

Für die Annahme eines öffentlichen Auftrages kommt es vorliegend somit darauf an, ob die kommunalen Gebietskörperschaften als Gesellschafter bei einer ganzheitlichen Betrachtung zum Zwecke der entgeltlichen Beschaffung als Nachfrager einer Leistung am Markt tätig werden. Das kann grundsätzlich auch zum Zwecke der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (hier: des Destinationsmarketings) zu bejahen sein; die konkrete Art und Weise der Finanzierung dieser Aufgaben (hier: über jährliche Zuwendungen) ist dabei vergaberechtlich grundsätzlich unerheblich (OLG München, Beschl. v. 25.03.2011, Verg 4/11). In der Rechtsprechung wird das Vorliegen eines einheitlichen Vorgangs dann verneint, wenn die Erbringung von Leistungen gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber durch die zu gründende Gesellschaft nicht aus dessen Gesellschafterstellung als solcher herrührt, sondern des Abschlusses eines zusätzlichen Vertrags bedarf (OLG Rostock, Beschl. v. 05.02.2020, 17 Verg 4/19, NZBau 2021, 70 Rn. 70 ff.). Ein solcher ist hier nicht vorgesehen.

Das grundsätzliche Risiko einer Verpflichtung kommunaler Gebietskörperschaften zur öffentlichen Ausschreibung ihres Destinationsmarketings kann im Übrigen dadurch weiter begrenzt werden, dass die Beteiligten die Aufgabe des Tourismusmarketings hoheitlich durch Verwaltungsakt auf die TTS GmbH übertragen und die (künftige) Finanzierung dieser Aufgabe im Wege jährlicher Zuwendungsbescheide sicherstellen.

Denn eine Finanzierung im Wege eines Zuwendungsbescheids und damit auf Grundlage eines Verwaltungsakts begründet keinen entgeltlichen öffentlichen Auftrag. Dies gilt auch bei der im Vergaberecht stets gebotenen funktionalen Betrachtung jedenfalls dann, wenn es an einer einklagbaren Verpflichtung der Gebietskörperschaften zur Erbringung einer Primärleistung fehlt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.07.2018, VII-Verg 1/18; *Hüttinger*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, § 103 Abs. 1 GWB Rn. 73; ebenso OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.01.2019, VII-Verg 22/18).

Für die Annahme eines entgeltlichen Vertrags reicht es nicht aus, wenn in den Nebenbestimmungen zum Zuwendungsbescheid eine Verpflichtung des Zuwendungsempfängers zur ordnungsgemäßen Mittelverwendung vorgesehen ist und nach den dortigen Regelungen die Zuwendung vom Empfänger zu erstatten ist, wenn sie nicht oder nicht mehr für den vorgesehenen Zweck verwendet wird.

Eine abweichende Einordnung wäre nur dann angezeigt, wenn in dem Zuwendungsbescheid eine entsprechende „Vorgabendichte“ dahingehend enthalten wäre, dass die TTS

GmbH bestimmte in dem Zuwendungsbescheid oder seinen ergänzenden Regelungen vorgesehene Leistungen (zwingend) erbringen müsste (vgl. VK Westfalen, Beschl. v. 02.07.2019, VK 1-17/19) bzw. die Gebietskörperschaften diese Leistungen rechtlich verbindlich verlangen könnte.

Vor diesem Hintergrund sollten in den Zuwendungsbescheiden die Aufgaben der TTS GmbH – auch aus umsatzsteuerrechtlichen Zweckmäßigkeitserwägungen heraus – nur allgemein umschrieben werden, so dass daraus keine konkrete Leistungserbringungspflicht abgeleitet werden kann. Die TTS GmbH entscheidet dann eigenständig – im Rahmen der im Gesellschaftsvertrag verankerten öffentlichen Zielsetzung und unter Berücksichtigung der ihr zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel – ob und welche einzelnen Leistungen sie innerhalb dieses Rahmens erbringt und anbietet.

Die Gründung der TTS GmbH ist nach alledem nach unserer Rechtsansicht vergaberechtlich gestaltbar.

3.3 Auswahl der Mitgesellschafter

In der Anfangsphase der Gründung der GmbH und der Verschmelzung des Vereins auf die GmbH wird der Hochtaunuskreis ggf. der einzige Gesellschafter der GmbH sein. Da der Hochtaunuskreis ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 1 bzw. Nr. 3 GWB ist, stellt sich die Frage, ob Suche und Auswahl von Mitgesellschaftern einen ausschreibungspflichtigen Beschaffungsvorgang darstellen.

Nach ständiger Rechtsprechung ist die Suche nach einem strategischen Partner, der Vermögen, Know-how und Leistungen in das gemeinsame Unternehmen einbringen soll, ein ausschreibungspflichtiger Vorgang (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 04.02.2013 – VII-Verg 31/12). Anders verhält es sich jedoch bei reinen gesellschaftsrechtlichen Vorgängen, etwa der Beitritt eines neuen Gesellschafters in eine bestehende Gesellschaft, ohne dass hiermit zugleich verkappt Leistungen eingekauft werden (vgl. *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, § 103 GWB Rn. 54). Da eine derartige verkappte Beschaffung hier nicht in Betracht kommt, lässt sich der Beitritt der weiteren Gesellschafter in die GmbH vergaberechtskonform ausschreibungsfrei gestalten.

3.4 TTS GmbH als öffentlicher Auftraggeber

Die TTS GmbH ist nach unserer Auffassung bei zukünftigen Beschaffungen von Waren und Dienstleistungen den vergaberechtlichen Vorschriften unterworfen, soweit sie oberhalb der Schwellenwerte tätig wird. Sie ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB.

„Öffentliche Auftraggeber“ kann nach § 99 Nr. 2 GWB neben Gebietskörperschaften auch jede andere juristische Person des öffentlichen und des privaten Rechts sein, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, sofern

- sie überwiegend von Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise finanziert werden,
- ihre Leitung der Aufsicht durch Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB unterliegt oder
- mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe durch Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB bestimmt worden sind.

Der so umschriebene funktionale Auftraggeberbegriff erweitert den Kreis der öffentlichen Auftraggeber auf sonstige öffentliche Unternehmen sowie privatrechtlich organisierte Einheiten der öffentlichen Hand. Erfasst werden Einrichtungen, die nicht unmittelbar in die Staatsorganisation eingebunden sind, aber dennoch eine besondere Nähe zum Staat aufweisen und auch Aufgaben des Staates wahrnehmen (*Krohn/Schneider,* in: Hdb-VergR, 4. Aufl. 2024, § 3 Rn. 12). Auf diese Weise soll eine Umgehung des Vergaberechts durch Privatisierung verhindert werden (*Burgenberg/Schelhaas*, in: BeckOK VergabeR, 33. Aufl., GWB § 99 Rn. 22).

Entscheidendes Tatbestandsmerkmal in Bezug auf den funktionellen Charakter der Vorschrift ist der Gründungszweck der Einrichtung zur Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nichtgewerblicher Art. Bei privatrechtlich organisierten juristischen Personen kann eine Verfolgung von Allgemeininteressen dann vermutet werden, wenn diese für die Erfüllung ihrer Tätigkeit eine marktbezogene Sonderstellung erhalten oder deren Tätigkeit vom Staat bestimmt wird (*Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2024, § 99 GWB, Rn. 46). Hierfür spricht, dass eine solche Sonderstellung bzw. spezifische Aufgabenstellung seitens des Staates nur dann geschaffen werden dürfte, wenn die betreffenden Unternehmen nicht lediglich ihre Individualinteressen verfolgen, sondern

darüber hinaus auch das Allgemeinwohl fördern (*Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2024, § 99 GWB, Rn. 46).

Für die Einstufung als öffentlicher Auftraggeber spricht vorliegend, dass es sich bei der TTS GmbH um eine eigenständige juristische Person handelt, die von Gebietskörperschaften zu dem besonderen und im Allgemeininteresse stehenden Zweck des Destinationsmarketings gegründet worden ist. Durch die Bündelung des Destinationsmarketings der aus sechs Landkreisen bestehenden Region Taunus kann auf eine marktbezogene Sonderstellung geschlossen werden. Die ausschließlich kommunalen Gesellschafter sprechen zudem dafür, dass die Tätigkeit der TTS GmbH staatlichem Einfluss unterliegt.

Auch handelt es sich um Tätigkeiten „nichtgewerblicher Art“ im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB. Das Kriterium „nichtgewerblicher Art“ schränkt den Oberbegriff der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben ein (vgl. EuGH, Urteil vom 10. 11. 1998 - Rs. C-360/96). Nicht alle im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben sind nämlich als solche nichtgewerblicher Art einzustufen. Eine staatlich beherrschte oder finanzierte Einheit, die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wahrnimmt, die jedoch „gewerblicher Art“ sind, ist kein öffentlicher Auftraggeber. Dem Merkmal kommt damit eine eigenständige Bedeutung zu.

Zwar schließt das Merkmal der „nichtgewerblichen Art“ solche Aufgaben nicht aus, die auch von Privatunternehmen erbracht werden könnten (vgl. EuGH, Urt. v. 10.11.1998 – Rs. C-360/96). Das bedeutet aber umgekehrt, dass eine Aufgabe nicht schon dann gewerblicher Art ist, wenn sie auch von einem Privatunternehmen erfüllt werden kann. Die Bewertung der Gewerblichkeit ist anhand der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben und nicht mit Blick auf die gesamte Tätigkeit der Einrichtung vorzunehmen (so *Ziekow*, VergabeR 2003, S. 483, 492).

Die Bewertung hat in einer Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung aller rechtlichen und tatsächlichen Umstände zu erfolgen, die zur Gründung der Einrichtung geführt haben (EuGH, Urt. v. 10.04.2003 – Rs.C-20/01 und C-28/01). Hierzu gehören das Fehlen von Wettbewerb auf dem relevanten Markt, das Fehlen einer vordergründigen Gewinnerzielungsabsicht, das Fehlen bzw. die Einschränkung der Übernahme der mit der Tätigkeit verbundenen Risiken und die ganz oder überwiegend aus öffentlichen Mitteln erfolgende Finanzierung der Aufgabenerfüllung. Maßgeblich für diese Gesamtbewertung ist, ob das betreffende Unternehmen die Vergabeentscheidung nach anderen als rein wirtschaftlichen

Kriterien trifft bzw. unabhängig vom relevanten Markt agieren kann (EuGH, Urt. v. 10.04.2008 – C-393/06).

Für die Annahme des Merkmals „nichtgewerblicher Art“ spricht in der Gesamtwürdigung aller Umstände hier insbesondere das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht seitens der TTS GmbH. Dies lässt sich bereits der umfassenden Beschreibung des Gesellschaftszweckes entnehmen. Nach § 2 des Satzungsentwurfs ist es Gegenstand der Gesellschaft, den Tourismus im Taunus zu fördern. Dabei sollen insbesondere Tätigkeiten wahrgenommen werden, die nicht auf die Erzielung von Gewinn ausgerichtet sind wie die Entwicklung des touristischen Leitbildes, die Vertretung des Taunus in Dach- und Spitzenverbänden, aber auch Anstoß und Begleitung der Angebots- und Qualitätsentwicklung touristischer Angebote. Die erheblichen Verlustvorträge des TTS e.V. – als Vorgänger der TTS GmbH – stützen diese Einschätzung. So hat sich bereits in der Vergangenheit gezeigt, dass das Destinationsmarketing gerade nicht auf die Erzielung von Gewinn gerichtet ist, es vielmehr erhebliche finanzielle Ressourcen beansprucht.

Zudem soll die Finanzierung der TTS GmbH fast vollständig aus öffentlichen Mitteln erfolgen.

Schließlich besteht ausweislich der vorgesehenen Regelungen des Gesellschaftsvertrags ein gemäß § 99 Nr. 2 a) bis c) GWB erforderliches besonderes öffentliches Beherrschungsverhältnis.

3.5 Inhouse-Fähigkeit der TTS GmbH

Nach aktueller Planung sollen die Beteiligten die Aufgabe des Tourismusmarketings hoheitlich auf die TTS GmbH übertragen und deren Finanzierung über jährliche Zuwendungen sichern. Wie unter Ziff. 3.2 dargelegt, liegt hierin kein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 103 GWB vor; eine Ausschreibungspflicht besteht daher nicht. Für den Fall einer abweichenden rechtlichen Bewertung stellt sich jedoch die Frage, ob die GmbH von ihren Gesellschaftern künftig hilfsweise im Wege der Inhouse-Vergabe gemäß § 108 Abs. 1 und 4 GWB ausschreibungsfrei beauftragt werden darf.

3.5.1 Hochtaunuskreis als Alleingesellschafter

Steht die GmbH im Alleineigentum des Hochtaunuskreises und wird die Gesellschaft von diesem mit der Ausführung von Leistungen beauftragt, richtet sich die Zulässigkeit einer derartigen Inhouse-Vergabe nach § 108 Abs. 1 GWB. Danach besteht keine Ausschreibungspflicht des Hochtaunuskreises, wenn

- dieser über die GmbH eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt (sog. Kontrollkriterium),
- mehr als 80% der Tätigkeiten der GmbH der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie vom Hochtaunuskreis oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, betraut wurde (sog. Wesentlichkeitskriterium), und
- an der GmbH keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die GmbH vermitteln (sog. Beteiligungskriterium).

An diesem Maßstab gemessen ergeben sich folgende Besonderheiten bei der Beauftragung der TTS GmbH durch ihren Gesellschafter:

a. Kontrollkriterium

Die Ausübung einer dienststellenähnlichen Kontrolle wird vermutet, wenn der Hochtaunuskreis einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der TTS GmbH ausübt (vgl. § 108 Abs. 2 Satz 1 GWB). Solange der Hochtaunuskreis Alleingesellschafter ist und nach dem gesetzlichen Leitbild eine Weisungsbefugnis gegenüber der Geschäftsführung der GmbH ausübt, ist dieses Erfordernis erfüllt.

b. Wesentlichkeitskriterium

Ferner ist sicherzustellen, dass die TTS GmbH zu mehr als 80% für ihre Gesellschafter tätig wird, d. h. dass ihr Gesamtumsatz zu mehr als 80% aus Tätigkeiten stammt, mit denen sie von ihrem Gesellschafter betraut ist. Mithin dürfen die inhouse-schädlichen Drittumsätze nicht mehr als 20% des Gesamtumsatzes des Unternehmens ausmachen.

Ob dieses Wesentlichkeitskriterium erfüllt ist, bedarf eingehender Prüfung. Entscheidend sind die folgenden Aspekte:

aa. **Finanzierung aus Fördermitteln**

Fraglich ist, ob eine Finanzierung der GmbH mit Fördermitteln als inhouse-schädlicher Drittumsatz anzusehen ist.

Nach § 108 Abs. 7 GWB wird zur Bestimmung des prozentualen Anteils der durchschnittliche Gesamtumsatz der letzten drei Jahre vor Vergabe des öffentlichen Auftrags oder ein anderer geeigneter tätigkeitsgestützter Wert, wie z. B. die Kosten, herangezogen. Im vorliegenden Fall der Neugründung einer GmbH kann nach unserer Ansicht insoweit auch auf eine fachlich belastbare Prognose der künftigen Umsätze abgestellt werden. Bezugsmaßstab sind jeweils Tätigkeiten, die der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen das Unternehmen von den teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern „*betraut*“ worden ist.

Nach der jüngsten Rechtsprechung des OLG Düsseldorf ist für eine solche „Betrauung“ erforderlich, dass die öffentlichen Auftraggeber der kontrollierten juristischen Person eine eigene, bisher in ihren Bereich fallende Aufgabe durch einen erkennbaren und inhaltlich festgelegten Akt zur Ausführung übertragen, ohne dass es hierzu eines Hoheitsakts oder eines Vertragsschlusses bedarf (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.01.2025, VII-Verg 25/24, noch nicht veröffentlicht).

Vor diesem Hintergrund ist vorliegend nach der Person des Zuwendungsgebers zu differenzieren:

Erhält die TTS GmbH in Zukunft (projektbezogene) Fördermittel des Landes Hessen, so sind diese nach unserer Einschätzung als inhouse-schädlicher Drittumsatz einzustufen, der nicht mehr als 20% des Jahresumsatzes der GmbH ausmachen darf. Mit dem Erlass eines Zuwendungsbescheids allein überträgt das Land Hessen als Zuwendungsgeber keine Aufgabe, sondern gewährt lediglich für ein vom Zuwendungsempfänger initiiertes Projekt eine finanzielle Unterstützung. Zwar sind die Zuwendungen zweckgebunden und dürfen folglich nur für bestimmte Programme verwendet werden. Damit ordnen die Zuwendungsgeber aber nicht – so wie für einen vergaberechtlichen Betrauungsakt erforderlich – aktiv dem Zuwendungsempfänger eine Aufgabe zu. Es ist nicht der Zuwendungsgeber, der bestimmt, welches konkrete Projekt die Einrichtung betreiben soll. Dem Zuwendungsempfänger ist es

folglich freigestellt, von der Durchführung des geförderten Projekts abzusehen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.01.2025, VII-Verg 25/24).

Anders wäre dies nur, wenn das Land Hessen zugleich mit dem Zuwendungsbescheid der TTS GmbH eine konkrete Aufgabe übertragen und sie mit der Erfüllung betrauen würde. Eine solche Betrauung ist dem Land im vorliegenden Zusammenhang allerdings nach unserer Ansicht von vornherein verwehrt. Dies bereits deswegen, weil es nicht vorgesehen ist, dass sich das Land an der TTS GmbH als Gesellschafter beteiligen wird; insofern fehlt es bereits an einer im Sinne des § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB tauglichen betrauenden Stelle. Die Förderung des Tourismus in einer einzelnen Region ist darüber hinaus keine eigene, originäre Aufgabe des Landes, sondern der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften. Mit der Förderung des regionalen Tourismus kann das Land Hessen die TTS GmbH damit nicht im vergaberechtlichen und für die Inhouse-Fähigkeit des Umsatzes erforderlichen Sinne „betrauen“. Sicherzustellen ist daher im Interesse der Inhouse-Fähigkeit der TTS GmbH, dass Zuwendungen des Landes Hessen nicht mehr als 20% des Jahresumsatzes der GmbH ausmachen. Davon ist auf Grundlage der aktuellen Geschäftstätigkeit auszugehen.

Anders ist die Rechtslage in Bezug auf den Hochtaunuskreis. Sofern er in Zukunft die TTS GmbH finanziell unterstützt, beispielsweise zum Ausgleich betrieblicher Defizite, kann – und sollte – er seine Zuwendungen über die vorgesehenen gesellschaftsvertraglichen Festlegungen hinaus auch aus vergaberechtlichen Gründen mit der Übertragung seiner touristischen Aufgaben verbinden, die TTS GmbH also entsprechend betrauen. Dann stellen die der TTS GmbH gewährten Zuwendungen einen Umsatz bzw. eine Kostenerstattung für Tätigkeiten dar, mit deren Ausführung das Unternehmen vom Hochtaunuskreis ausdrücklich betraut worden ist. Denn die Ausführung von Marketingaktivitäten im Rahmen des allgemeinen Destinationsmanagements betrifft Tätigkeiten, die zum originären Aufgabenkreis des Hochtaunuskreises gehören und auf die GmbH übertragen werden können (vgl. hinsichtlich der kreisweiten Tourismusförderung als überörtliche Aufgabe der hessischen Landkreise *Sommer/Drexelius*, in: PdK He B-2, Teil 1, Abschnitt 1, § 2 Nr. 3).

Um den inhaltlichen Anforderungen des OLG Düsseldorf an den Betrauungsakt gerecht zu werden, sollten künftige Zuwendungsbescheide des Landkreises – in Fortführung des Gesellschaftsvertrags – das übertragene Tätigkeitsfeld der GmbH zwar umreißen, nicht aber einzelne Aufgaben innerhalb des weiten Feldes des Tourismusmarketing konkret festlegen. Die Übertragung konkreter, eindeutig definierter Einzeltätigkeiten auf die TTS GmbH, für die

sich die Gewährung der Zuwendung als Gegenleistung darstellte, könnte ungerechtfertigte steuerrechtliche Konsequenzen auslösen; denn bei einer solchen Gestaltung droht die Gefahr, dass die gewährte Finanzierung als ein „unechter Zuschuss“ im Zusammenhang mit einem Leistungsaustausch qualifiziert und der Umsatzsteuerpflicht unterworfen wird (vgl. BMF, Schreiben v. 11.06.2024, III C 2 - S 7200/19/10001 :028).

Vor diesem Hintergrund besteht die rechtssicherste Lösung – sowohl aus vergabe- als auch aus steuerrechtlicher Sicht – darin, den Unternehmensgegenstand der GmbH in der Satzung und in kombinierten Zuwendungs- und Betrauungsbescheiden des Landkreises eher allgemein zu halten, um der TTS GmbH die notwendige Flexibilität bei der konkreten Aufgabenwahrnehmung einzuräumen und zugleich den Eindruck zu vermeiden, es bestünde ein umsatzsteuerpflichtiger Leistungsaustausch zwischen der TTS GmbH und dem Hochtaunuskreis.

Soweit diese Quote in der Vergangenheit nicht eingehalten worden wäre, wäre zu prüfen, ob die bis zur Verschmelzung des Vereins auf die GmbH generierten Umsätze bei der Prüfung des Wesentlichkeitskriteriums zwingend berücksichtigt werden müssen oder die Umstrukturierung als Zäsur betrachtet werden kann und deswegen allein auf die künftige Umsatzprognose der TTS GmbH abzustellen ist. Ferner ist zu untersuchen, ob die ausschreibungsfreie Beauftragung der TTS GmbH nicht auf einem anderen Weg erreicht werden kann.

bb. Marketingumlagen von Privaten

Etwaige von privaten Unternehmen gewährte Marketingumlagen sind möglicherweise als inhouse-schädliche Umsätze zu qualifizieren, mit der Folge, dass sie – gemeinsam mit den sonstigen Drittumsätzen – unterhalb der 20%-Schwelle bleiben müssen, um die Inhouse-Fähigkeit der TTS GmbH nicht zu gefährden. Einschlägige Spruchpraxis ist insoweit – soweit ersichtlich – nicht vorhanden. Diese Frage bedürfte daher einer vertieften Prüfung, sollte sie von tatsächlicher Relevanz werden.

cc. Umsätze aus Tätigkeit für frühere kommunale Mitglieder

Solange der Hochtaunuskreis Alleingesellschafter der TTS GmbH ist, sind etwaige Umsätze, die die TTS GmbH aus Tätigkeiten für ihre früheren Mitglieder (Städte, Gemeinden,

andere Landkreise) erbringt, ebenfalls als inhouse-schädliche Drittumsätze anzusehen. Sie müssen demnach unterhalb der 20%-Schwelle gehalten werden.

c. Beteiligungskriterium

Schließlich ist zu fragen, ob die Vertretung von Privaten im fakultativ eingerichteten, ausschließlich mit Beratungsbefugnissen ausgestatteten Beirat als eine inhouse-schädliche direkte private Kapitalbeteiligung angesehen werden könnte.

Zwar ist nicht vorgesehen, dass Private der TTS GmbH als Gesellschafter beitreten, sodass schon mangels Geschäftsanteilen eine „Kapitalbeteiligung“ im Sinne von § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB nach unserer Ansicht nicht gegeben ist.

In der Spruchpraxis der Vergabekammern lässt sich dennoch die Tendenz erkennen, die Beteiligung Privater an den Organen einer Gesellschaft unter dem Gesichtspunkt der inhouse-schädlichen Kapitalbeteiligung zu würdigen; dabei wird darauf abgestellt, ob diese Mitgliedschaft verpflichtend und ob eine Wettbewerbsverzerrung zu befürchten ist (vgl. BKartA, Beschl. v. 18.03.2024 – VK 2 – 19/24, BeckRS 2024, 9072, Rn. 96).

Die Einrichtung eines Fachbeirats für die TTS GmbH und seine Besetzung mit Privaten erfolgen ohne gesetzliche Verpflichtung. Aufgabe des fakultativen Beirats ist lediglich die fachliche Beratung der Gesellschaftsorgane und der Gesellschafter. Auch nach dem strengen Maßstab der oben genannten vergaberechtlichen Spruchpraxis bestehen damit vorliegend nach unserer Einschätzung mit Blick auf eine unzulässige direkte private Kapitalbeteiligung keine Bedenken. Weder können die privaten Mitglieder des Beirats in rechtlich abgesicherter Form die Entscheidungsfindungen innerhalb der GmbH maßgeblich beeinflussen noch können sie über ihre Beratungstätigkeit eine inhouse-schädliche Wettbewerbsverzerrung bewirken. Von einer vertieften Behandlung des Beteiligungskriteriums sehen wir daher im Rahmen der vorliegenden Untersuchung ab.

3.5.2 Hochtaunuskreis als Mehrheitsgesellschafter

Perspektivisch sollen die Geschäftsanteile der TTS GmbH von mehreren Gesellschaftern gehalten werden. Angedacht ist hier, dass sich allein die Landkreise als Gesellschafter an der TTS GmbH beteiligen und die (kreisangehörigen) Städte und Gemeinden sich über die Landkreise in der GmbH vertreten lassen. In diesem Fall richtet sich die Zulässigkeit der

direkten Beauftragung der GmbH durch ihre Gesellschafter nach § 108 Abs. 4 GWB, der unter bestimmten Voraussetzungen die Fälle einer gemeinsamen Kontrolle mehrerer öffentlicher Auftraggeber über die ausführende Einrichtung der Beherrschung durch einen einzigen Auftraggeber gleichstellt und so insbesondere eine vergaberechtsfreie interkommunale Zusammenarbeit ermöglicht. Diese Konstellation bringt folgende weitere Prüfungsthemen mit sich, die vertieft werden könnten, wenn sich hierfür in Zukunft ein konkreter tatsächlicher Bedarf zeigen sollte.

a. Kontrollkriterium

aa. Zusammensetzung des Beirats aus Privaten

Nach § 108 Abs. 4 Nr. 1, Abs. 5 GWB liegt eine gemeinsame Kontrolle u. a. dann vor, wenn sich die beschlussfassenden Organe der auftragsausführenden GmbH aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammensetzen.

Diese Regelung wird von einem Teil der Vergabekammern dahingehend interpretiert, dass Dritte (d.h. Nichtgesellschafter) in den beschlussfassenden Organen nicht vertreten sein dürfen (vgl. VK Bund, Beschl. v. 29.07.2024, VK – 61/24; Frage in der Beschwerdeinstanz offengelassen OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.01.2025, VII-Verg 25/24). Um etwaige vergaberechtliche Risiken zu minimieren, wäre es nach der Spruchpraxis der VK Bund erforderlich, die Kompetenzen des fakultativen Beirats auf die Beratung der Gesellschafter bzw. der Geschäftsführung der TTS GmbH zu beschränken. Etwaige darüber hinausgehende Entscheidungskompetenzen, die dem Beirat die Eigenschaft als „beschlussfassendes Organ“ verleihen könnten, sind zwingend zu vermeiden.

bb. Mittelbare Vertretung der Kommunen

Sollten Städte und Gemeinden, die selbst keine Geschäftsanteile an der TTS GmbH halten, jedoch über die Landkreise in der GmbH repräsentiert werden, die TTS GmbH ebenfalls ohne Ausschreibung im Wege einer Inhouse-Vergabe beauftragen wollen, wäre die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens anhand der konkret angedachten Gestaltung vertieft rechtlich zu prüfen.

Denn die Inhouse-Ausnahme des § 108 GWB geht von der typischen Konstellation aus, dass die den Auftrag vergebenden öffentlichen Auftraggeber gesellschaftsrechtlich als

Anteilsinhaber bzw. Mitglieder an der zu beauftragenden Einrichtung beteiligt sind. Andererseits hat der EuGH bereits Konstellationen als inhouse-fähig anerkannt, in denen die Auftraggeber nicht direkt an der Einrichtung beteiligt sind, sich aber über Kooperationsverträge mit den Gesellschaftern wesentliche Einflussmöglichkeiten über die Einrichtung gesichert haben (vgl. EuGH, Urt. v. 18.06.2020 – C-328/19 – Porin kaupunki). Zudem sieht § 108 Abs. 4 Nr. 1, Abs. 5 Nr. 1 GWB ausdrücklich die Möglichkeit vor, dass ein Vertreter im beschlussfassenden Organ der Einrichtung mehrere oder alle teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber vertreten darf.

b. Wesentlichkeits- und Beteiligungskriterium

Hinsichtlich des Wesentlichkeits- und Beteiligungskriteriums ergeben sich keine Besonderheiten.

3.6 Vertragsübertragung

Klärungsbedürftig ist des Weiteren, ob die Verträge, die der TTS e.V. derzeit als Vertragspartner hält, vertrags- und vergaberechtskonform auf die TTS GmbH übergehen können.

a. Zivilrechtliche Zulässigkeit

Bei Verschmelzungen geht das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers als Ganzes kraft Gesetzes und ohne gesonderten Übertragungsakt auf den übernehmenden oder neu gegründeten Rechtsträger über (*Heidinger/Knaier*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 20 UmwG Rn. 4).

Mit der Eintragung der Verschmelzung gehen somit sämtliche Rechte und Pflichten des Vereins aus bestehenden vertraglichen Schuldverhältnissen ohne Mitwirkung der anderen Partei auf die GmbH über (vgl. *Heidinger/Knaier*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 5 UmwG Rn. 11). Dies gilt für alle unternehmensbezogenen Verträge des Vereins, aber auch für personenbezogene Verträge, die nicht zwingend mit der Identität einer bestimmten Person zusammenhängen (z. B. Diensthandyvertrag). Es besteht kein Zustimmungserfordernis des Vertragspartners; gleichwohl ist ratsam, den jeweiligen Vertragspartner über die (bevorstehende) Verschmelzung in Kenntnis zu setzen.

Hinsichtlich möglicherweise bestehender Mitgliedschaften und Beteiligungen des TTS e.V. ist zu differenzieren: Grundsätzlich gehen auch Beteiligungen der übertragenden Rechtsträger an Dritten im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger über; dies gilt jedenfalls bei Beteiligungen an Kapitalgesellschaften (*Heidinger/Knaier*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 5 UmwG Rn. 23). Bei Mitgliedschaften etwa in Vereinen geht die h. M. dagegen davon aus, dass diese bei Erlöschen des Vereins ebenfalls untergehen, da sie nicht übertragbar und nicht vererblich sind (*Heidinger/Knaier*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 5 UmwG Rn. 24a).

b. Vergaberechtliche Zulässigkeit

In Bezug auf die vergaberechtliche Zulässigkeit der Übertragung bestehender Verträge ist zunächst festzuhalten, dass Zweifel an der Eigenschaft des TTS e.V. als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB bestehen.

Sollte der Verein als öffentlicher Auftraggeber einzuordnen sein, richtet sich die Zulässigkeit der Vertragsübertragung grundsätzlich nach § 132 GWB, der gemäß § 47 UVgO auch für Unterschwellenvergaben gilt.

Ein Wechsel in der Person des Auftraggebers ist in § 132 Abs. 1 GWB nicht ausdrücklich geregelt. Vergabekammern und Rechtsprechung haben sich bislang nicht abschließend zu seiner vergaberechtlichen Zulässigkeit geäußert. Die Vergabekammer des Bundes erachtet die Übernahme einer bestehenden Rahmenvereinbarung durch einen anderen Auftraggeber als vergaberechtlich unzulässig (BKartA, Beschl. v. 12.10.2021, VK 2 – 85/21, Rn. 52). Das OLG Düsseldorf sieht dies differenziert und erklärt den Auftraggeberwechsel für zulässig, wenn dieser keine nachteiligen wettbewerblichen Auswirkungen oder eine Änderung der Absatzsituation des Auftragnehmers zur Folge hätte (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.12.2020, Verg 30/20, Rn. 30; so auch i. E. *Ziekow*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, § 132 GWB Rn. 75). Aus dem Umstand, dass der Auftraggeberwechsel in § 132 Abs. 1 GWB nicht ausdrücklich benannt ist, folgert demgegenüber ein Teil der Literatur, dass der Wechsel des Auftraggebers stets eine unwesentliche Auftragsänderung sei und daher ausschreibungsfrei erfolgen dürfe (*Hüttinger*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, § 132 GWB Rn. 30). Bei formalen, internen Umstrukturierungen des Auftraggebers, ohne Umgehungsabsicht und ohne sonstige Auftragsänderungen, geht ein wesentlicher Teil der Fachliteratur von einem zulässigen Auftraggeberwechsel aus (*Mertens*, in: BeckOK Vergaberecht, 36. Edition, Stand: 15.05.2025,

§ 132 GWB Rn. 93, 96; *Marx*, in: Theobald/Kühling, Energierecht, 128. EL Dezember 2024, Abschnitt 162, Kap. 2, II.1.d) Rn. 84; *Ritzenhoff*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 132 GWB Rn. 61; *Kling*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 132 GWB Rn. 39).

Eine solche Fallkonstellation ist nach unserer Ansicht vorliegend gegeben. Denn bei der Umwandlung des TTS e.V. in eine GmbH handelt es sich um eine rein interne Umstrukturierung. Sollte man das Ausscheiden der privaten Vereinsmitglieder als einen Vorgang bewerten, der über die bloße interne Umstrukturierung hinausgeht, ist dies weiterhin nicht kritisch, denn dies bewirkt keine Änderung der Absatzsituation der betreffenden Auftragnehmer. Ebenso wenig liegt hier eine vergaberechtliche Umgehungskonstellation vor. Schließlich ist nicht erkennbar, inwiefern die Vergabe der Verträge durch die GmbH (anstelle des e.V.) einen anderen Bewerberkreis herangezogen hätte.

Was den Übergang der Arbeitsverträge angeht, ist dieser nicht an § 132 GWB zu messen, da der Abschluss und die Änderung solcher Verträge gemäß § 107 Abs. 1 Nr. 3 GWB i.V.m. § 1 Abs. 2 UVgO ohnehin nicht dem Vergaberecht unterliegen.

Nach alledem sprechen überzeugende Argumente für eine auch vergaberechtliche Zulässigkeit der Übertragung bestehender Verträge von dem TTS e.V. auf die TTS GmbH.

4. Beihilferechtliche Aspekte

4.1 Prüfungsmaßstab und -methodik

Zuwendungen der Gesellschafter der künftigen TTS GmbH an die Gesellschaft müssen den europarechtlichen Vorgaben für zulässige Beihilfen gerecht werden. Maßstab für das Vorliegen einer Beihilfe zugunsten der TTS GmbH ist das grundsätzliche Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV:

> *„Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“*

Danach ist in einem ersten Schritt stets der Verbotstatbestand des Art. 107 Abs. 1 Hs. 2 AEUV zu prüfen. Nur dann, wenn dieser Tatbestand nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann, stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, ob die beabsichtigte Finanzierung der TTS GmbH über jährliche Zuwendungen der kommunalen Gebietskörperschaften auf eine andere Bestimmung im Sinne von Art. 107 Abs. 1 Hs. 1 AEUV gestützt werden kann. Eine solche andere Bestimmung enthält beispielsweise der Beschluss der Europäischen Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind (2012/21/EU – Freistellungsbeschluss), der die beihilfenrechtskonforme Gewährung von Ausgleichsleistungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (sog. DAWI) ermöglicht.

Falls der Verbotstatbestand des Art. 107 Abs. 1 Hs. 2 AEUV wegen des Fehlens der Tatbestandsvoraussetzungen für eine Beihilfe mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann, bedarf es keines Betrauungsaktes als Voraussetzung für die Annahme einer DAWI. Dies ist insoweit bedeutsam, als die Europäische Kommission an das Vorliegen von DAWI – insbesondere auch im Bereich der Tourismuswirtschaft – hohe Anforderungen stellt. Die Europäische Kommission umschreibt den Terminus der DAWI in Ziffer 2 der Arbeitsunterlage „Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse“ vom 29. April 2013, SWD(2013) als „wirtschaftliche Tätigkeiten, die dem Allgemeinwohl dienen und ohne staatliche Eingriffe am Markt überhaupt nicht oder in Bezug auf Qualität, Sicherheit, Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung oder universaler Zugang nur zu anderen Standards durchgeführt würden“.

Hierdurch eröffnet die Europäische Kommission den Mitgliedstaaten zwar einerseits einen weiten Beurteilungsspielraum, wie Ziffer 4 des DAWI-Leitfadens bestätigt: „Wie in der DAWI-Mitteilung erwähnt, verfügen die nationalen, regionalen und lokalen Behörden der Mitgliedsstaaten – je nach Zuständigkeitsverteilung nach innerstaatlichem Recht – bei der Festlegung dessen, was sie als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ansehen, über einen weiten Ermessensspielraum“. Die Befugnis der Mitgliedsstaaten, DAWI zu definieren, ist andererseits nicht unbegrenzt. Auch wenn die Mitgliedsstaaten in diesem Bereich über einen weiten Ermessensspielraum verfügen, dürfen sie DAWI nur

festlegen, soweit dies einem wirklichen Bedarf an gemeinwirtschaftlichen Dienstleistungen entspricht und tatsächlich ein (nachgewiesenes) Marktversagen besteht, d. h. die bezuschussten Tätigkeiten ohne die dauerhaften Zuwendungen der öffentlichen Hand nachweislich nicht oder jedenfalls nicht so am Markt angeboten würden (zur Einstufung der „Bereitstellung touristischer Informationen“ und vergleichbarer Leistungen durch die EU-Kommission als DAWI siehe den Sachverhalt in EuG, Urt. v. 09.06.2009, T-152/06, BeckRS 2009, 71365, Rn. 8).

Das Tätigkeitsspektrum der TTS GmbH, das mit den bisher vom TTS e.V. erbrachten Leistungen auch einnahmeschaffende Leistungen umfasst, kann voraussichtlich nicht uneingeschränkt unter diese strengen Anforderungen subsumiert werden, schon weil für Leistungen im Bereich des Destinationsmarketings nicht ohne Weiteres ein Marktversagen unterstellt werden kann (zur Möglichkeit, Zuschüsse zum Tourismus- oder Stadtmarketing als (zulässige) „Investitionsbeihilfe für lokale Infrastrukturen“ im Sinne von Art. 56 AGVO anzusehen, siehe ergänzend *Otter/Ciftci*, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, AGVO Art. 56 Rn. 12).

4.2 Selektive Begünstigung aus staatlichen Mitteln

Im vorliegenden Fall kann allerdings bereits in Frage gestellt werden, ob die vorgesehenen Zuwendungen der kommunalen Gebietskörperschaften eine (selektive) Begünstigung der TTS GmbH (aus staatlichen Mitteln) im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen.

Eine Begünstigung nach Art. 107 Abs. 1 AEUV ist jede wirtschaftliche Vergünstigung, die ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen, d. h. ohne Eingreifen des Staates, nicht erhalten könnte. Von Belang sind weder der Grund noch das Ziel des staatlichen Eingreifens, sondern allein die Auswirkung der Maßnahme auf das Unternehmen. Nicht maßgeblich ist ferner, ob die zu überprüfende Kostenstelle im betriebswirtschaftlichen Sinne einen Ertrag abwirft, d. h. gewinnbringend ist. Auch die Verminderung eines Verlustes durch staatliche Zuwendungen kann eine Beihilfe darstellen (Bekanntmachung der Europäischen Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe vom 19.07.2016, Rn. 66 f.).

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt, denn unter normalen Marktbedingungen würde ein privates Unternehmen – jedenfalls ohne entsprechende Gegenleistungen – keine kommunalen Zuwendungen erhalten. Fraglich ist allerdings, ob die erhaltenen Begünstigungen im Sinne eines „Mehrwertes“ bei der TTS GmbH verbleiben, soweit das Destinationsmarketing

der TTS GmbH jedermann unentgeltlich ohne Zugangsbeschränkungen zugutekommt. Die unentgeltliche und diskriminierungsfreie Vorteilsweitergabe kann nämlich das Vorliegen einer beihilferechtlichen Begünstigung aufheben:

> *„Falls ein zwischengeschaltetes Unternehmen lediglich als Instrument zur Übermittlung des Vorteils an den Empfänger dient und ihm selbst kein Vorteil verbleibt, sollte es in der Regel nicht als Beihilfeempfänger angesehen werden.“* (Bekanntmachung der Europäischen Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe vom 19.07.2016, Fußnote 179).

Diese Aussage der Europäischen Kommission findet sich in der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission allerdings bislang nicht weiter aufgearbeitet. Es können insoweit auch abweichende Rechtsmeinungen vertreten werden, so dass zur Risikovermeidung im Folgenden das Vorliegen einer Begünstigung unterstellt werden soll.

4.3 Wettbewerbsverfälschung

Soweit die TTS GmbH erhaltene Zuwendungen ausschließlich zu Zwecken des allgemeinen unentgeltlichen Destinationsmarketings verwendet, unterfallen diese Zuwendungen nach unserer Rechtsauffassung schon tatbestandlich nicht dem Beihilfeverbot, da sie jedenfalls nicht dazu geeignet sind, den Wettbewerb zu tangieren. Dies gilt allerdings nicht für die Tätigkeiten, mit denen sich die TTS GmbH in den Wettbewerb begibt, wie insbesondere mögliche einnahmeschaffende Tätigkeiten und kommerziell ausgerichtete Leistungsangebote, die von der TTS GmbH nach unserem Verständnis jedenfalls teilweise auch künftig beibehalten und ausgeübt werden sollen.

Eine Wettbewerbsverfälschung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV liegt dann vor, wenn und soweit die TTS GmbH in einem liberalisierten Wirtschaftszweig, in dem Wettbewerb herrscht oder herrschen könnte, Tätigkeiten ausübt, die einnahmeschaffend sind (Bekanntmachung der Europäischen Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe vom 19.07.2016, Rn. 187). Nicht den Wettbewerbsregeln des Unionsrechts unterliegen hingegen Tätigkeiten, die nach ihrer Art, den für sie geltenden Regeln und ihrem Gegenstand keinen Bezug zum Wirtschaftsleben haben.

Die Europäische Kommission stellt insoweit – gerade am Beispiel der vorliegend relevanten kommunalen Tourismusförderung – Folgendes klar:

> *„Sobald die Leistungen ohne Vergütung erfolgen, stellt die Leistung keine Handlung im ökonomischen Sinne dar. Demzufolge handelt es sich nicht um staatliche Beihilfe. Handlungen, durch die der Staat allein eine öffentliche Aufgabe und Verantwortung ausübt, sind nicht ökonomischer Natur und unterliegen daher im Allgemeinen nicht den beihilfenrechtlichen Grundsätzen des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsteilnehmers."* (Entwurf einer Arbeitshilfe zur beihilfenrechtlichen Relevanz der Tourismusfinanzierung vom 04.07.2017, Rn. 5).

Für den touristischen Sektor weist die Europäische Kommission zudem darauf hin, dass unentgeltliche Tätigkeiten des allgemeinen Destinationsmarketings, wozu beispielsweise Werbekampagnen, die Organisation von kostenlosen Informationsveranstaltungen und die Erstellung einer Website mit allgemeinen Informationen gehören, grundsätzlich der Verbreitung von Informationen an die Öffentlichkeit zugerechnet und als Werbung für eine Region oder ein Gebiet angesehen werden und folglich keine wirtschaftliche Aktivität sein können (Entwurf einer Arbeitshilfe zur beihilfenrechtlichen Relevanz der Tourismusfinanzierung vom 04.07.2017, Rn. 9).

Insbesondere sind „Handlungen wie die Herstellung und der Vertrieb touristischen Informationsmaterials, wie Broschüren, Karten- und Busfahrpläne oder jedwede vergleichbare Art der Verbreitung von Informationen zu kulturellen und touristischen Aktivitäten (einschließlich durch Webseiten, mittels unentgeltlicher Besuchsangebote oder Führungen), die von jedem Besucher kostenlos in Anspruch genommen werden können, nicht wirtschaftlicher Art" (Entwurf einer Arbeitshilfe zur beihilfenrechtlichen Relevanz der Tourismusfinanzierung vom 04.07.2017, Rn. 8).

Ausgehend von diesen Maßstäben stellt sich die Einzelbetrachtung der vorgesehenen Geschäftsfelder der TTS GmbH in Bezug auf eine etwaige Wettbewerbsrelevanz im Sinne des Beihilferechts nach hier vertretener Rechtsauffassung wie folgt dar:

Soweit die TTS GmbH im Rahmen des allgemeinen Destinationsmarketings unentgeltliche touristische Informationen zu verschiedenen Themen für die von ihr betreute Destination Taunus zusammenstellt und veröffentlicht, können diese Tätigkeiten unter Zugrundelegung der dargelegten Auffassung der Europäischen Kommission auch beihilferechtlich als nichtwirtschaftliche Tätigkeiten ohne Wettbewerbsrelevanz im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV und damit als beihilfefrei angesehen werden. Denn hierbei handelt es sich nach der

Klarstellung der Europäischen Kommission nicht um Handlungen im ökonomischen Sinne, sondern um die Ausübung einer öffentlichen Aufgabe. Staatliche Zuwendungen für nicht-ökonomische Handlungen vermögen den Wettbewerb nicht zu verfälschen. Sie sind deshalb auch – schon tatbestandlich – nicht beihilferelevant; eines Rückgriffs auf einen (beihilferechtlichen) Betrauungsakt zur Begründung einer DAWI bedarf es daher hier nicht.

Ein anderes Bild ergibt sich für alle Tätigkeiten der TTS GmbH, die einnahmeerzielend und somit dem wirtschaftlichen Bereich zuzurechnen sind oder sonst einen Bezug zu kommerziell ausgerichteten Tätigkeiten und Angeboten haben. Insoweit liegen ökonomische Handlungen vor, die als geeignet angesehen werden können, den Wettbewerb im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV zu verfälschen.

Nach unserer Kenntnis soll die TTS GmbH sowohl nicht-wirtschaftlich als auch wirtschaftlich tätig werden. Vor dem dargestellten beihilferechtlichen Hintergrund stellt sich insoweit die Frage, ob der Vertrieb von Wanderkarten etc. nicht zu den üblichen Zusatzleistungen gehört, die von den Besuchern einer Tourist-Information erwartet werden. In der touristischen Praxis und im Destinationsmanagement gibt es eine Art „must have“ in Sachen Betrieb einer Tourist-Information. Hierzu hat die Bundesorganisation DTV (Deutscher Tourismusverband) eine eigene Zertifizierung („Service Q“) aufgebaut. Zu diesem ortsüblichen Angebot soll das Angebot von Postkarten, Wanderkarten, Leihgeräten (Räder, Wanderstöcke, GPS-Geräte etc.), touristischen „Mitbringseln“ und Eintrittskarten zu regionalen Veranstaltungen gehören.

Insofern kann argumentiert werden, dass der Betrieb einer Tourist-Information notwendigerweise mit bestimmten Verkaufstätigkeiten (in geringem Umfang) einhergeht. Dies könnte insbesondere dadurch erhärtet werden, dass mögliche Umsatzerlöse in der Tourist-Information belegen würden, dass sich die TTS GmbH in ihrer Verkaufstätigkeit auf die bestehende Erwartungshaltung der Gäste beschränkt und keinerlei Bestrebungen unternimmt, diese als Finanzierungssäule für weitere Tätigkeiten zu nutzen.

Insofern stellt sich die Frage, welche beihilferechtliche Relevanz solche Nebentätigkeiten der finanzierten Einrichtung haben. In diesem Zusammenhang ist auf die Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten gemäß Rn. 21 des sog. FuEuI-Unionsrahmens (Mitteilung der Kommission „Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovationon“, ABl. EU vom 28.10.2022, C 414/1) hinzuweisen. Darin führt die Europäische Kommission aus, dass dann, wenn eine

Forschungseinrichtung oder Forschungsinfrastruktur fast ausschließlich für eine nicht-wirtschaftliche Tätigkeit genutzt wird, ihre Finanzierung ganz aus dem Anwendungsbereich des Beihilferechts herausfallen kann, sofern die wirtschaftliche Nutzung eine reine Nebentätigkeit darstellt, die mit dem Betrieb der Forschungseinrichtung oder Forschungsinfrastruktur unmittelbar verbunden und dafür erforderlich ist oder die in untrennbarem Zusammenhang mit der nicht-wirtschaftlichen Tätigkeit steht, und ihr Umfang begrenzt ist. Die Europäische Kommission geht davon aus, dass dies der Fall ist, wenn für die wirtschaftlichen Tätigkeiten dieselben Inputs (wie Material, Ausrüstung, Personal und Anlagekapital) eingesetzt werden, wie für die nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten und wenn die für die betreffende wirtschaftliche Tätigkeit jährlich zugewiesene Kapazität nicht mehr als 20% der jährlichen Gesamtkapazität der betreffenden Einrichtung bzw. Infrastruktur beträgt. Damit handelt es sich hier um eine „Bagatellregelung“ (im Sinne einer Faustformel) im Hinblick auf unbedeutende wirtschaftliche Nebentätigkeiten.

Diese Aussagen beziehen sich in erster Linie auf Einrichtungen und Infrastrukturen, die primär nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten und daneben in untergeordnetem Umfang auch wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben (vgl. hierzu *Wagner*, NZKart 2021, 411; *Wagner/Lemmonier*, EuZW 2021, 45). In der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission wird insoweit zwischen Fällen unterschieden, in denen zwischen nicht-wirtschaftlichen und wirtschaftlichen Tätigkeiten der betroffenen Einrichtungen getrennt werden kann, und solchen Konstellationen, in denen eine wirtschaftliche Tätigkeit untrennbar mit nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten verbunden ist (*Wagner/Lemmonier*, EuZW 2021, 45, 47). Für eine Untrennbarkeit reicht es aber nicht bereits aus, dass durch Annextätigkeiten Einnahmen erzielt werden (können), die der Haupttätigkeit zugutekommen (*Wagner*, NZKart 2021, 411, 412).

Ob wirtschaftliche Zusatzleistungen wie die der TTS GmbH als unbedeutende Nebenleistungen eingeordnet werden können, hängt mithin von der „Untrennbarkeit“ der Leistungen ab. Vorliegend kann argumentiert werden, dass die mögliche „Untrennbarkeit“ nicht so stark ausgeprägt ist wie bei den dargestellten, von der Europäischen Kommission entschiedenen Konstellationen, so dass die Untrennbarkeit in Zweifel gezogen werden könnte. Dies wäre noch im Detail zu prüfen. Wir gehen davon aus, dass die wirtschaftlichen Tätigkeiten der TTS GmbH entsprechendes Gewicht haben und jedenfalls in ihrer Gesamtheit nicht als rein untergeordnete (untrennbare) Tätigkeiten anzusehen sind.

Für die beihilferechtliche Einordnung sind die wirtschaftlichen Tätigkeiten somit nach unserer Einschätzung vorsorglich nicht als untergeordnete Nebenleistungen anzusehen, sondern als eigenständige wirtschaftliche Tätigkeiten zu behandeln.

4.4 Grenzüberschreitender Bezug

Soweit die Bezuschussung der Geschäftsfelder der TTS GmbH nicht bereits aus den vorstehenden Erwägungen heraus beihilfefrei ist, kommt es für die Anwendbarkeit des Beihilfeverbots des Art. 107 Abs. 1 AEUV damit entscheidend darauf an, ob die kommunalen Zuwendungen dazu geeignet sind, den innereuropäischen Handel zu beeinträchtigen.

Für die Annahme einer grenzüberschreitenden Handelsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV muss nicht nachgewiesen werden, dass die kommunalen Zuwendungen tatsächlich Auswirkungen auf den Handel zwischen europäischen Mitgliedstaaten haben, sondern lediglich, ob sie Auswirkungen auf diesen Handel haben können. Der Begriff „Handel“ ist dabei im weitestmöglichen Sinne zu verstehen; hierunter fallen grundsätzlich sämtliche marktgängigen Leistungen (Bekanntmachung der Europäischen Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe vom 19.07.2016, Rn. 190).

Allerdings hat die Europäische Kommission in einer Reihe von Fällen die Auffassung vertreten, dass bestimmte Tätigkeiten lediglich rein lokale Auswirkungen haben und deshalb den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen. Das ist nach ihrer Ansicht regelmäßig der Fall, soweit der Beihilfeempfänger Güter bzw. Dienstleistungen nur in einem geografisch begrenzten Gebiet in einem einzigen Mitgliedstaat anbietet, wahrscheinlich keine Kunden aus anderen Mitgliedstaaten anzieht und davon ausgegangen werden kann, dass die Maßnahme allenfalls marginale Auswirkungen auf die Bedingungen für grenzübergreifende Investitionen oder die grenzübergreifende Niederlassung haben wird (vgl. Bekanntmachung der Europäischen Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe vom 19.07.2016 Rn. 196).

Das geographische Tätigkeitsgebiet der TTS GmbH ist auf die regionale Ebene des Taunus-Mittelgebirges beschränkt. Unter Anwendung der von der Europäischen Kommission festgelegten Kriterien gehen wir davon aus, dass die Auswirkungen der wirtschaftlichen Aktivitäten der TTS GmbH auf den grenzüberschreitenden Handel oder ausländische Investitionen von Mitbewerbern allenfalls unbedeutend sind. In diesem Fall würde keine Beeinträchtigung des grenzüberschreitenden innergemeinschaftlichen Handels vorliegen, und

die Voraussetzungen für eine unzulässige Beihilfe wären auch für das wirtschaftliche Tätigkeitsfeld der TTS GmbH nicht erfüllt. Diese Einschätzung kann jedoch im Rahmen dieser grundlegenden Stellungnahme nicht abschließend erfolgen; sie hängt maßgeblich von den im Detail vorgesehenen Aufgaben der TTS GmbH ab.

4.5 Verbot der Quersubventionierung

Wir weisen vorsorglich auf das beihilferechtliche Verbot der Quersubventionierung hin. Danach hat der Zuwendungsempfänger – hier die TTS GmbH – sicherzustellen, dass die beihilferechtskonform gewährten Zuwendungen nicht, auch nicht mittelbar, zur Quersubventionierung oder mittelbaren Subventionierung anderer, dem Beihilferecht unterfallender Wirtschaftstätigkeiten genutzt werden können. Zum Nachweis bedarf es insoweit einer buchhalterischen Trennungsrechnung, wonach die Geschäftsfelder (Kostenstellen) der TTS GmbH in Bezug auf Einnahmen und Ausgaben separat voneinander zu führen sind. Nur so könnten – sofern europarechtlich geboten – die Tätigkeiten der TTS GmbH, die in einem erheblichen Umfang einnahmeerzielend sind bzw. einen Bezug zu kommerziell ausgerichteten Tätigkeiten und Angeboten haben, hinreichend von den nicht dem Beihilfeverbot unterliegenden Tätigkeiten des allgemeinen unentgeltlichen Destinationsmarketings abgegrenzt werden. Bei der zukünftigen Ausgestaltung der Aufgabenbereiche der TTS GmbH ist dementsprechend detailliert herauszuarbeiten, welche Aufgabenbereiche einer beihilferechtskonformen Zuwendungsgewährung unterfallen und welche im Rahmen der Trennungsrechnungen herausfallen, sofern es bei den noch herauszuarbeitenden einnahmeschaffenden Tätigkeiten nicht bereits am grenzüberschreitenden Bezug mangelt.

5. Steuerrechtliche Aspekte

5.1 Umsatzsteuer

Die Zuwendungen der kommunalen Gebietskörperschaften an die TTS GmbH könnten umsatzsteuerlich als Entgelt im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 Umsatzsteuergesetz (UStG) anzusehen sein.

Die steuerliche Würdigung ist insbesondere davon abhängig, ob das Zuwendungsverhältnis der Gesellschafter zur TTS GmbH als Leistungsaustausch und die Zuwendung mithin als „unechter Zuschuss“ zu qualifizieren ist. Für die Annahme eines Leistungsaustausches müssen Leistung und Gegenleistung in einem wechselseitigen unmittelbaren

Zusammenhang stehen. Liegt ein solcher unmittelbarer Zusammenhang vor, ist der Zuschuss als Entgelt bzw. Entgeltbestandteil (sofern darüber hinaus ein weiteres Entgelt vereinbart wurde) anzusehen. Er ist folglich in die umsatzsteuerliche Bemessungsgrundlage einzubeziehen.

Bei der Beurteilung des Zusammenhangs zwischen Zuschuss und Gegenleistung ist maßgeblich auf die zugrundeliegenden Rechtsakte, Verträge oder Vereinbarungen abzustellen. Ein rechtlich durchsetzbarer Anspruch einer oder beider Partei(en) ist allerdings keine notwendige Voraussetzung (BFH, Urt. v. 09.10.2003, V R 51/02, in: BStBl. II 2004, 322, UStAE 10.2 Abs. 2 S. 4).

Im Unterschied zu unechten Zuschüssen sind „echte“ Zuschüsse nicht als (zusätzliches) Entgelt oder Entgeltbestandteil anzusehen. Ein echter Zuschuss liegt vor, wenn Zahlungen gänzlich unabhängig von einem Leistungsaustausch bzw. von einer spezifischen Leistung gewährt werden. Diese dienen primär der Förderung des Zuschussempfängers, nicht hingegen seiner Leistungsempfänger. Sie können beispielsweise auf strukturpolitischen, volkswirtschaftlichen oder allgemeinpolitischen Motiven beruhen. Echte Zuschüsse sind nicht Gegenstand der umsatzsteuerlichen Bemessungsgrundlage. In Ermangelung eines Leistungsaustausches stellen sie nichtsteuerbare Vorgänge dar.

Hiervon ausgehend empfiehlt es sich auch aus steuerlicher Sicht, das Zuwendungsverhältnis der beteiligten Kommunen und der TTS GmbH mittels echter Zuschüsse auszugestalten. Dafür bieten sich – auch mit Blick auf die angestellte vergaberechtliche Betrachtung – herkömmliche Zuwendungsbescheide in Form von Verwaltungsakten (§ 35 S. 1 HVwVfG) an, die hinsichtlich des Zuwendungszwecks möglichst abstrakt gefasst sind („Destinationsmarketing“) und der TTS GmbH eigene Gestaltungsspielräume belassen („nach eigenem Ermessen“). Die Gewährung der Zuschüsse erfolgt dabei als Einlage in die Kapitalrücklage.

Weitergehend wird die TTS GmbH – auch vor dem Hintergrund der dargestellten beihilferechtlichen Erwägungen – lediglich dazu verpflichtet, etwaige Tätigkeiten, die nicht im Zusammenhang mit den im Zuwendungsbescheid festgelegten Tätigkeiten stehen, in der Buchführung getrennt auszuweisen und entsprechende Aufteilungen der Kosten und Einnahmen vorzunehmen sowie zuwendungsübliche Nebenbestimmungen zu beachten (z. B. die ANBest-I in der Fassung der VV zu § 44 LHO Hessen).

Durch solche Zuwendungsbescheide wird nach hier vertretener Rechtsauffassung keine konkrete Leistung vereinbart, sondern die TTS GmbH lediglich in die Lage versetzt, ihrem gesellschaftsvertraglichen Zweck nachzukommen. Im Weiteren haben die Kreise keinen Einfluss auf die konkrete Nutzung der Zuschüsse. Es obliegt vielmehr der TTS GmbH selbst, die Gelder entsprechend dem Zuwendungszweck einzusetzen. Damit fehlt es aus hiesiger Sicht an einer unmittelbaren Verknüpfung von Leistung und Zuschusszahlung und folglich an einem umsatzsteuerbaren Leistungsaustausch.

Wir weisen allerdings darauf hin, dass insoweit auch gegenteilige Rechtsauffassungen vertreten werden können, so dass wir dringend zur Absicherung der Umsatzsteuerfreiheit im Wege eines verbindlichen steuerrechtlichen Auskunftsverfahrens raten. Ferner wird darauf hingewiesen, dass sich – jedenfalls beteiligten Kommunen – auch weitergehende steuerliche Fragen stellen können (z. B. ertragsteuerlicher Art, verdeckte Gewinnausschüttung), die steuerrechtlich geprüft und im Zweifelsfall ebenfalls im Wege eines verbindlichen Auskunftsverfahrens abgesichert werden sollten. Klarstellend weisen wir darauf hin, dass diese Fragen lediglich beteiligte Kommunen, nicht jedoch die TTS GmbH betreffen.

Der Antrag auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft hat jeweils die zwingende Voraussetzung, dass der Sachverhalt bis zur Erteilung der Auskunft noch nicht verwirklicht sein darf. Vereinzelt wird von Seiten der Finanzämter bereits in den Grundsatzbeschlüssen zur Gesellschaftsgründung und -finanzierung eine Verwirklichung des Sachverhaltes gesehen, obwohl die eigentlich auskunftsrelevanten Zuwendungsbescheide noch gar nicht erlassen sind. Auch wenn wir insoweit eine abweichende Rechtsauffassung vertreten, regen wir deshalb ein Auskunftsverfahren zum frühestmöglichen Zeitpunkt an.

5.2 Vorsteuerabzug

Hinsichtlich des Vorsteuerabzuges sollte im jeweiligen Einzelfall und insbesondere bei Investitionen, die dem Allgemeingebrauch gewidmet und kostenlos genutzt werden können, im Rahmen der Budgetierungsphase geprüft werden, inwieweit ein solcher in Betracht kommt. Es empfiehlt sich, die Voraussetzung für den jeweiligen Vorsteuerabzug zu prüfen und diese Prüfung entsprechend zu dokumentieren. Ein Antrag auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft kann bei signifikanten Vorsteuerbeträgen auch hier die notwendige Rechtsicherheit bringen.

Nach § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 S. 1 UStG kann die gesetzlich geschuldete Steuer für Leistungen als Vorsteuer abgezogen werden. Danach ist der Steuerpflichtige, der „Gegenstände und Dienstleistungen für die Zwecke seiner besteuerten Umsätze verwendet“, zum Vorsteuerabzug berechtigt. Hierfür muss ein direkter und unmittelbarer Zusammenhang zwischen Eingangs- und Ausgangsleistung bestehen.

Ein Recht auf Vorsteuerabzug wird zugunsten des Steuerpflichtigen allerdings auch bei Fehlen eines direkten und unmittelbaren Zusammenhangs zwischen einem bestimmten Eingangsumsatz und einem oder mehreren zum Abzug berechtigenden Ausgangsumsätzen dann angenommen, wenn die Kosten für die fraglichen Dienstleistungen zu den allgemeinen Aufwendungen des Steuerpflichtigen gehören und als solche Kostenelemente der von ihm gelieferten Gegenstände oder erbrachten Dienstleistungen sind. Derartige Kosten hängen nämlich direkt und unmittelbar mit der gesamten wirtschaftlichen Tätigkeit des Steuerpflichtigen zusammen.

Ist ein direkter und unmittelbarer Zusammenhang nicht gegeben, ist eine Vorsteueraufteilung vorzunehmen. Die Vorsteueraufteilung ist gemäß § 15 Abs. 4 S. 2 UStG auf Basis der zum jeweils maßgeblichen Zeitpunkt vorhandenen Absicht bzw. tatsächlichen Verwendung anhand einer sachgerechten Schätzung des abziehbaren Teils der Vorsteuerbeträge vorzunehmen. In der Regel wird unterstellt, dass die Aufteilung im Verhältnis der umsatzsteuerpflichtigen zu den nicht umsatzsteuerbaren Umsätzen sachgerecht sei. Hierbei ist zu beachten, dass Zuschüsse, die nicht der Umsatzsteuer unterliegen (siehe vorstehend), bei einer Vorsteueraufteilung zu dem im Rahmen der Schätzung maßgeblichen „Gesamtumsatz“ als vorsteuerschädliche Umsätze zu würdigen sind.

Erzielt die TTS GmbH neben den Zuschüssen keine eigenen umsatzsteuerpflichtigen Ausgangsumsätze, wäre der Vorsteuerabzug in Gänze zu versagen.

5.3 Sonderproblem Verlustvorträge

Der TTS e.V. hat zurzeit ausweislich der uns vorliegenden Steuerbescheide bis zum Jahr 2022 erhebliche steuerliche Verlustvorträge in Höhe von ca. 880.000 EUR.

Im vorliegenden Fall ist zwischen zwei Fragestellungen zu unterscheiden: Zunächst stellt sich die Frage, wie sich die Verlustvorträge auf die Gründung der TTS GmbH auswirken und ob sie durch diese steuerrechtlich genutzt werden können (5.3.1). In einem weiteren

Schritt stellt sich die Frage, wie die Übertragung des Geschäfts des TTS e.V. auf die TTS GmbH, mit Blick auf Verlustvorträge und anderer steuerlicher Aspekte, bestmöglich realisiert werden kann (5.3.2).

5.3.1 Auswirkung der Verlustvorträge

Die Verlustvorträge haben auf die Gründung der TTS GmbH keinen Einfluss und verbleiben auch nach Übernahme des Geschäftsbetriebes durch die TTS GmbH beim TTS e.V. erhalten.

Der Verlustvortrag ist ein steuerrechtlicher Mechanismus, der es Steuerpflichtigen erlaubt, negative Einkünfte (Verluste) eines Jahres in zukünftige Jahre zu übertragen, um sie mit positiven Einkünften zu verrechnen. Dadurch kann die Steuerlast in den Folgejahren reduziert werden. Der Verlustvortrag wird vor allem dann relevant, wenn die Verluste eines Jahres die Einkünfte übersteigen und nicht vollständig in diesem Jahr mit anderen Einkünften verrechnet werden können (sogenannter Verlustausgleich). Der verbleibende Verlust wird in das folgende Jahr übertragen und mit zukünftigen positiven Einkünften verrechnet. Der Verlustvortrag findet seinen gesetzlichen Niederschlag in § 8 Abs. 1 KStG.

Vor dem Hintergrund, dass der TTS e.V. gerade nicht Gesellschafter der TTS GmbH wird, verbleiben die sich aus § 8 Abs. 1 KStG ergebenen steuerrechtlichen Möglichkeiten des Verlustvortrags beim TTS e.V. Denn die Steuerpflicht nach dem KStG knüpft gemäß § 1 Abs. 1 KStG an das Bestehen eines Körperschaftssubjektes an. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass zwei der Landkreise – die zu den Gründunggesellschaftern der TTS GmbH zählen sollen – zum gegenwärtigen Zeitpunkt auch Mitglieder des TTS e.V. sind.

Auch der TTS e.V. kann zukünftig die steuerrechtlichen Vorteile nur dann nutzen, wenn ein weiteres Geschäft in den TTS e.V. eingebracht würde, das ein positives wirtschaftliches Ergebnis – mithin einen Gewinn – erzielt. Zum jetzigen Zeitpunkt sehen wir auf Basis der vorgelegten Unterlagen keine entsprechenden Erträge.

Eine weitere Nutzungsmöglichkeit auf Seiten des TTS e.V. besteht für den Fall des Verkaufes des Geschäftsbetriebes nur, soweit durch den Verkauf stille Reserven gehoben werden können.

Der Verlustvortrag wird in dem Umfang genutzt, in dem durch die Übertragung beziehungsweise den Verkauf des Geschäftsbetriebs auf die neu zugründende TTS GmbH stille Reserven gehoben werden. Diese könnten dann bis zu einer Grenze von 1.000.000 EUR (Freigrenze im Rahmen der Mindestbesteuerung) mit den vorgenannten steuerlichen Verlustvorträgen auf Ebene des TTS e.V. genutzt werden.

Eine solche stille Reserve wird dann realisiert, wenn ein Vermögensgegenstand, der in der Bilanz unterbewertet ist, zu einem höheren Preis verkauft wird. Sie fließt als Gewinn in die steuerrechtliche Bewertung ein.

Sollten keine stillen Reserven in dem zu verkaufenden Betriebsteil des TTS e.V. vorhanden sein, können die steuerlichen Verlustvorträge auf seiner Ebene nicht genutzt werden. Da der TTS e.V. nach der Übertragung seines Geschäftsbereiches voraussichtlich über keinen eigenen weiteren Geschäftsbetrieb verfügt, sind die vorgenannten steuerlichen Verlustvorträge nicht mehr nutzbar.

Grundsätzlich tritt die übernehmende Körperschaft in die steuerliche Rechtsstellung der übertragenden Körperschaft ein. Hiervon sehen § 4 Abs. 2 S. 2 in Verbindung mit § 12 Abs. 3 UmwStG bestimmte Ausnahmen vor. Danach gehen bestimmte steuerliche Verlustpositionen nicht auf die übernehmende Körperschaft über, u. a. verrechenbare Verluste und verbleibende Verlustvorträge (vgl. *Goß*, in: BeckOK UmwStG, Dürrschmidt/Mückl/Weggenmann, 32. Edition, Stand: 01.10.2024, § 12 UmwStG Rn. 294). Dies gilt wohl auch für die Verlustverrechnung bei Unternehmensverschmelzungen mit Rückwirkung (vgl. BFH, Urt. v. 13.03.2024 – X R 32/21). Verlustvorträge des Vereins werden mit der Verschmelzung aller Voraussicht nach verloren gehen.

Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die bestehenden Verlustvorträge des TTS e.V. in Höhe von rund 880.000 EUR mit Vollzug der Verschmelzung auf die TTS GmbH nicht übergehen, sondern untergehen. Eine steuerliche Nutzung dieser Verlustpositionen ist somit auf Ebene der TTS GmbH ausgeschlossen (§ 4 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 12 Abs. 3 UmwStG). Eine Verwertung wäre nur vor der Verschmelzung denkbar gewesen (z. B. durch Realisierung stiller Reserven im Rahmen einer Veräußerung), was nach derzeitiger Planung nicht vorgesehen ist.

5.3.2 Übertragung des Geschäftsbetriebes vom TTS e.V. auf die TTS GmbH

Alternativ muss die Übertragung des Geschäftsbetriebes des TTS e.V. auf die TTS GmbH entweder durch Kauf oder Schenkung erfolgen.

Eine Einlage in das Gesellschaftsvermögen kommt dabei nicht in Betracht. Wie vorstehend erläutert, soll der TTS e.V. gerade nicht Gesellschafter der TTS GmbH werden.

Die Möglichkeit der Sacheinlage gemäß § 5 Abs. 4 S. 1 GmbHG steht nur Gesellschaftern zu.

Eine Schenkung löst grundsätzlich einen schenkungssteuerpflichtigen Vorgang aus, soweit der Steuerfreibetrag überschritten ist.

Als schenkungssteuerpflichtiger Vorgang unterliegt die Schenkung unter Lebenden gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 Erbschaftssteuergesetz (ErbStG) der Erbschaftssteuer. Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG liegt eine steuerpflichtige Schenkung vor, wenn Vermögen unentgeltlich von einer juristischen Person auf eine andere übertragen wird. Die Höhe der Schenkungssteuer richtet sich gemäß § 12 ErbStG nach dem Wert der Schenkung (hier dem Verkehrswert).

Zu beachten sind in diesem Zusammenhang mögliche Steuerfreibeträge. Für den Fall der Schenkung des TTS e.V. an die TTS GmbH dürfte sich dieser gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 7 ErbStG nach erster Einschätzung auf 20.000 EUR belaufen.

Zur Bemessung der Schenkungssteuer sind die Vermögensgegenstände des Geschäftsbetriebs nach den Vorgaben der §§ 12, 109 ff. Bewertungsgesetz (BewG) zu bewerten. Das Betriebsvermögen umfasst dabei gemäß § 97 Abs. 1 S. 1 BewG alle Teile eines Gewerbebetriebes im Sinne des § 15 Abs. 1 S. 1 KStG. Erfasst sind hiervon auch Körperschaften (wie der TTS e.V.), die neben ihrer eigentlichen, nicht gewerblichen Tätigkeit auch eine gewerbliche Tätigkeit ausüben oder die kein Gewerbe ausüben (*Kreutziger,* in: Kreutziger/Schaffner/Stephany, Bewertungsgesetz, 6. Aufl. 2024, § 97 Rn. 9).

Das Betriebsvermögen umfasst sowohl materielle Vermögensgegenstände (z. B. Kontensalden, Sachwerte), als auch immaterielle Vermögenswerte (z. B. Goodwill, Kundenstamm, Markenrechte), die nicht in der Bilanz des TTS e.V. erfasst sein müssen.

Ausweislich der Kontensaldenliste liegt der Wert der dort ausgewiesenen Vermögensgegenstände unter 20.000,00 EUR. Er setzt sich zusammen aus einem vorhandenen PKW, und diverser – nicht näher spezifizierter – Schutzrechte und ähnlicher Rechte.

Derzeit lässt sich jedoch nicht abschließend feststellen, ob das zuständige Finanzamt den Wert des Geschäftsbetriebes entsprechend der Kontensalden akzeptieren würde oder ob es zusätzliche immaterielle Werte ansetzt (wie z. B. einen möglicherweise vorhandenen Kundenstamm). Dies birgt das Risiko, dass der Freibetrag überschritten wird und eine Schenkungssteuer anfällt, da die Bewertung des Vermögens des TTS e.V. maßgeblich von der Sichtweise des Finanzamtes abhängt.

Dieses Risiko kann auch nicht vollständig ausgeschlossen werden, selbst wenn der derzeit ermittelte Wert unterhalb des Freibetrages liegt.

Eine Übertragung des Geschäftsbetriebs durch einen Kaufvertrag stellt eine zweckmäßige Alternative dar, um das Risiko einer schenkungssteuerpflichtigen Übertragung zu vermeiden. Voraussetzung ist, dass ein marktüblicher Kaufpreis für den Geschäftsbetrieb angesetzt wird.

Ein marktüblicher Kaufpreis kann anhand der folgenden Kriterien ermittelt werden:

- Bilanzansatz: Materielle Vermögensgegenstände, wie Sachwerte und Kontensalden, bilden die Grundlage;
- Bewertung immaterieller Vermögenswerte: Hierzu zählen insbesondere der Kundenstamm, etwaige Markenrechte, laufende Verträge und der ideelle Wert des Geschäftsbetriebs (Goodwill);
- Branchenspezifische Bewertungsmethoden: Der Kaufpreis sollte durch übliche Bewertungsverfahren (z. B. Ertragswertverfahren oder Vergleich mit ähnlichen Transaktionen in der Branche) fundiert werden;
- Die Hinzuziehung des Steuerberaters des TTS e.V. ist sinnvoll, um eine nachvollziehbare Grundlage für den Kaufpreis zu schaffen.

Der Verkauf des Geschäftsbetriebes bietet zudem steuerliche Vorteile.

Der Kaufpreis reduziert bei der TTS GmbH den steuerpflichtigen Gewinn, da die erworbenen Vermögensgegenstände aktiviert und abgeschrieben werden können. Gleichzeitig entsteht für den TTS e.V. ein steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn.

Gemäß § 255 HGB zählt der Kaufpreis – anders als bei der Schenkung – zu den Anschaffungskosten der übernommenen Vermögensgegenstände. Dieser kann in der Bilanz aktiviert und in den Folgejahren durch die TTS GmbH abgeschrieben werden. Zudem ist eine Absetzung durch Nutzung nach § 7 Abs. 1 Einkommenssteuergesetz (EStG) möglich. Die GmbH unterliegt als Körperschaft zudem der Steuerbilanzierung. Die Vorschriften des EStG finden über den Verweis in § 8 Abs. 1 S. 1 KStG auch bei der Ermittlung des Einkommens des TTS e.V. Anwendung.

Diese steuerlichen Vorteile entfallen im Falle der Schenkung. Gemäß § 255 Abs. 1 HGB werden Anschaffungskosten nur bei entgeltlichem Erwerb berücksichtigt.

Vor dem Hintergrund der steuerlichen Risiken und der Bewertungsproblematik bei einer Schenkung empfehlen wir, den Geschäftsbetrieb des TTS e.V. durch einen Kaufvertrag auf die GmbH zu übertragen.

Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Betriebsvermögen den Steuerfreibetrag überschreitet oder es nicht zweifelsfrei ermittelt werden kann. Sollte der Steuerfreibetrag nicht überschritten werden, sind die Vor- und Nachteile des Kaufs gegenüber der Schenkung sorgfältig gegeneinander abzuwägen.

Um eine ordnungsgemäße und marktübliche Abwicklung sicherzustellen, sollten folgende Maßnahmen ergriffen werden:

- Ermittlung eines marktüblichen Kaufpreises in enger Zusammenarbeit zwischen den beteiligten Kommunen und dem TTS e.V.;
- Prüfung durch das Finanzamt: Die Berechnung des Kaufpreises kann dem zuständigen Finanzamt zur Prüfung vorgelegt werden, um späteren Auseinandersetzungen vorzubeugen.

Mit dieser Vorgehensweise können steuerliche Risiken minimiert und eine rechtssichere Übertragung des Geschäftsbetriebs gewährleistet werden.

6. Betriebsübergang nach § 613a BGB

6.1 Rechtsfolgen

Mit der Verschmelzung des TTS e.V. auf die TTS GmbH gehen nach unserer Rechtsansicht auch die bestehenden Arbeitsverträge auf die GmbH über (*Heidinger/Knaier*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 20 UmwG Rn. 16 f.). Die Verschmelzung bewirkt einen Betriebsübergang im Sinne von § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB und führt zur Überleitung der beim Hochtaunuskreis und dem TTS e.V. beschäftigten Arbeitnehmer in die TTS GmbH. Danach gehen die Arbeitsverhältnisse mit dem Inhalt über, den sie im Zeitpunkt des jeweiligen Betriebsübergangs haben. Das bedeutet, dass dem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis auf die TTS GmbH übergeht, in der neuen Gesellschaft grundsätzlich die Ansprüche zustehen, die ihm auch in seinem bisherigen Arbeitsverhältnis beim Verein bzw. beim Hochtaunuskreis zugestanden haben (z. B. hinsichtlich der Höhe der Vergütung einschließlich möglicher Zusatzleistungen und Sonderzahlungen, der Dauer der Betriebszugehörigkeit, dem Umfang von Urlaubsansprüchen, der Altersversorgung etc.). Von dieser gesetzlichen Regelung kann grundsätzlich nicht abgewichen werden.

Der Begriff des Betriebes im Sinne des § 613a BGB ist nicht identisch mit dem im allgemeinen Arbeitsrecht geltenden. Unter dem Begriff des Betriebes gemäß § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB ist nach ständiger unionsrechtlicher Rechtsprechung eine „wirtschaftliche Einheit“ zu verstehen, deren Identität bewahrt werden muss und nicht bloß als Tätigkeit verstanden werden darf. Gemeint ist im Wesentlichen das Vorliegen einer hinreichend strukturierten und selbstständigen Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mit eigenem Zweck (*Karthaus/Richter*, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2022, BGB, § 613a Rn. 8).

Im Ergebnis kommt es darauf an, dass die wesentliche Einheit eine voll funktionsfähige arbeitstechnische Organisationseinheit darstellt, die ihre Tätigkeit im Wesentlichen unverändert fortführt. Diese Einschätzung hat nach der Rechtsprechung des EuGH in einer Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalles zu erfolgen.

Diese Voraussetzungen dürften im vorliegenden Fall erfüllt sein. Zwar handelt es sich beim TTS e.V. und den Mitarbeitern des Hochtaunuskreises auf den ersten Blick um zwei voneinander abgrenzbare, selbständige Strukturen, nämlich auf der einen Seite um einen eingetragenen Verein, der sich aus zahlreichen unterschiedlichen Partnern aus der

Tourismusbranche zusammensetzt, auf der anderen Seite um die bei der kommunalen Gebietskörperschaft beschäftigten Arbeitnehmer. Ihre Stellung als wesentliche Einheit im Sinne des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB ergibt sich nach unserer Ansicht unter Berücksichtigung aller Umstände daraus, dass mit dem Destinationsmarketing als Aufgabenbereich ein funktionaler Zusammenhang besteht. Sie lassen sich als eigenständige Organisationsstruktur vom restlichen Personalstamm des Hochtaunuskreises abgrenzen.

Für diese Einordnung spricht auch der Schutzweck des § 613a BGB. Der sog. doppelte Bestandschutz soll zum einen die Rechte des Arbeitnehmers schützen. Zum anderen soll der Betriebserwerber, der in die Rechte und Pflichten des Arbeitsverhältnisses eintritt, an den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Inhalt des Arbeitsverhältnisses gebunden werden.

Auch der Umstand, dass es sich bei dem Aufgabenbereich Destinationsmarketing möglicherweise um eine Aufgabe der kommunalen Selbstverwaltung (Tourismusförderung) – mithin um ein hoheitliches Handeln – handelt, hindert die Anwendbarkeit des § 613a BGB nicht. Zwar finden gemäß Art. 1 b) der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen die Regeln über den Betriebsübergang – mithin auch § 613a BGB – nur Anwendung, soweit es sich um die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit handelt. Eine Anwendung auf Tätigkeiten in Ausübung hoheitlicher Befugnisse käme damit nicht in Betracht, da diese regelmäßig nicht-wirtschaftlicher Natur sind.

Als wirtschaftlich gelten jedoch auch solche Tätigkeiten, die im allgemeinen Interesse und ohne eigenen Erwerbszweck erbracht werden, wenn sie im Wettbewerb mit den Diensten von Wirtschaftsteilnehmern stehen, die ihrerseits einen Erwerbszweck verfolgen. Dagegen liegt eine Ausübung hoheitlicher Befugnisse vor, wenn in einer hinreichend qualifizierten Weise von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien oder Zwangsbefugnissen Gebrauch gemacht wird (BAG, Urt. v. 26.03.2015 – 2 AZR 783/13).

Die Tourismusförderung stellt sich nach hier vertretener Auffassung jedoch als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des § 613a BGB dar. Sie ist im allgemeinen Interesse und überwiegend ohne eigenen Erwerbszweck, zudem kann sie grundsätzlich auch im Wettbewerb mit Wirtschaftsteilnehmern stehen. Insbesondere weist sie jedoch keine der vorstehenden

Merkmale auf, die die Ausübung hoheitlicher Befugnisse nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts prägen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit im Rahmen des Betriebsübergangs nach § 613a BGB nicht zwangsläufig mit dem Begriff der wirtschaftlichen Betätigung im Sinne der kommunalrechtlichen Vorschriften des §§ 121 ff. HGO identisch ist.

Neben die bereits erwähnten Folgen des Betriebsübergangs auf das Arbeitsverhältnis der übergehenden Arbeitnehmer treten weitere Rechtsfolgen:

Eine Kündigung von Arbeitsverhältnissen durch den bisherigen Arbeitgeber oder den neuen Arbeitgeber TTS GmbH wegen des Übergangs des Betriebs oder Betriebsteils wäre grundsätzlich unwirksam. Der Hochtaunuskreis kann daher vorab durch entsprechende betriebsbedingte Kündigungen die Zahl der Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse auf die TTS GmbH übergehen, nicht reduzieren.

Die vom Übergang betroffenen Arbeitnehmer sind nach § 613a Abs. 5 Nr. 1 bis 4 BGB vor dem jeweiligen Übergang in Textform vom bisherigen oder neuen Arbeitgeber zu informieren über Zeitpunkt bzw. geplanten Zeitpunkt des Übergangs, den Grund für den Übergang, die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für den Arbeitnehmer und die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen. An die Formulierung dieses Informationsschreibens werden von der Rechtsprechung hohe Anforderungen gestellt, um den einmonatigen Lauf der Widerspruchsfrist gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses in Gang zu setzen.

Wir weisen darauf hin, dass in Rechtsprechung und Literatur umstritten ist, ob die gesetzlich erwähnten sozialen Aspekte in diesem Zusammenhang überhaupt einen eigenen Bedeutungsgehalt haben. In den Blick zu nehmen, dürften insbesondere mittelbare Folgen sein, die sich aus den ökonomischen Rahmenbedingen des Betriebsüberganges ergeben, sofern diese zu einer so gravierenden Gefährdung der wirtschaftlichen Absicherung der Arbeitnehmer bei der TTS GmbH führen, dass sie als ein wesentliches Kriterium für einen Widerspruch anzusehen sind. Ein Widerspruch gemäß § 613a Abs. 6 BGB durch einen der betroffenen Arbeitnehmer hätte zur Folge, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Hochtaunuskreis und dem betroffenen Arbeitnehmer fortbesteht.

Soweit die betroffenen Arbeitnehmer bereits in ihrer bisherigen Anstellung beim Hochtaunuskreis unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst (TVöD) fallen, weisen wir daraufhin, dass gemäß § 4 Abs. 3 TVöD die Möglichkeit besteht, den betroffenen Arbeitnehmer durch Personalgestellung zur Ausübung seiner Arbeitsleistung bei der TTS GmbH anzuweisen. Soweit die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 4 Abs. 3 TVöD vorliegen, bedarf es einer Zustimmung oder auch einer Beteiligung des Arbeitnehmers nicht. Die Personalgestellung ist vielmehr auf einseitiges Verlangen des Arbeitgebers (Hochtaunuskreis) möglich, soweit eine Verlagerung der betroffenen Aufgabe dauerhaft und unwiderruflich auf einen Dritten erfolgt (*Howald*, in: Burger, TVöD, 5. Aufl. 2024 Rn. 27).

Auf den im Arbeitsrecht geltenden Gleichbehandlungsgrundsatz wird hingewiesen. Hiernach ist es der TTS GmbH als zukünftigem Arbeitgeber verwehrt, einzelne Arbeitnehmer bei der Gewährung von Leistungen ohne Sachgrund gegenüber anderen Arbeitnehmern in einer vergleichbaren Lage schlechter zu stellen. Im Hinblick hierauf ist es erforderlich, die richtige Eingruppierung der betroffenen Arbeitnehmer in das Vergütungssystem des herangezogenen Tarifvertrages anhand der von ihnen tatsächlich ausgeübten Tätigkeiten nachzuvollziehen und in der TTS GmbH fortzuschreiben; damit einhergehend empfehlen sich Stellenbewertungen.

6.2 Sonderproblem Zusatzversorgung (ZVK)

Der Hochtaunuskreis ist Mitglied der Zusatzversorgungskasse (ZVK). Im Falle der Übertragung von Mitarbeitern auf die TTS GmbH besteht die potenzielle Verpflichtung des Hochtaunuskreises, Ausgleichszahlungen an die ZVK zu leisten, sofern die TTS GmbH nicht selbst Mitglied der ZVK wird. Um diese finanzielle Belastung zu vermeiden, wird empfohlen, dass die TTS GmbH eine Mitgliedschaft in der ZVK anstrebt, da sie die Voraussetzungen hierfür erfüllt.

Für die Mitarbeiter des Hochtaunuskreises, die auf die TTS GmbH übergehen sollen, wurde eine Betriebsrente bei der ZVK Wiesbaden vereinbart. Folglich zieht das Ausscheiden bzw. die Übertragung eines Betriebsteils die Verpflichtung nach sich, einen Ausgleichsbetrag an die ZVK zu leisten.

Die ZVK Wiesbaden umfasst zwei Abrechnungsverbände: Abrechnungsverband I und Abrechnungsverband II.

Für den Fall, dass Arbeitsverhältnisse von einem Mitglied des Abrechnungsverbands I auf einen Arbeitgeber übertragen werden, der selbst nicht Mitglied der ZVK ist, oder ein solcher Arbeitgeber Arbeitsverhältnisse mit ausgeschiedenen Pflichtversicherten des Mitglieds begründet, so verpflichtet § 15 f S. 1 der Satzung der Zusatzversorgungskasse für die Gemeinden und Gemeindeverbände in Wiesbaden (KS) das Mitglied (Hochtaunuskreis), für die ausgeschiedenen Pflichtversicherten und die dem übertragenen Bestand zuzuordnenden Ansprüche und Anwartschaften entweder den anteiligen Ausgleichsbetrag gemäß §§ 15a bis 15d KS oder anteilige Beträge nach dem Erstattungsmodell gemäß § 15e KS zu zahlen. Diese Regelung gilt gleichfalls für Mitgliedschaften im Abrechnungsverband II gemäß § 59g S. 1 KS.

Diese Verpflichtung zur Ausgleichszahlung entfällt, wenn der neue Arbeitgeber, in diesem Fall die TTS GmbH, selbst Mitglied der ZVK ist und demselben Abrechnungsverband beitritt.

Denn gemäß § 15d S. 1 KS vermindert sich der Ausgleichsbeitrag um den Anteil der Beschäftigten, soweit die Pflichtversicherungen der Beschäftigten spätestens drei Monate nach ihrer Beendigung über ein anderes Mitglied, auf das die Aufgaben des früheren Mitglieds übergegangen sind, im Abrechnungsverband I fortgesetzt wird. Gleiches gilt gemäß § 59d S. 1 KS für die Übertragung von Pflichtversicherungen im Abrechnungsverband II.

Da in diesem Fall alle Beschäftigten bei der TTS GmbH weiterbeschäftigt werden, verringert sich der Ausgleichsbeitrag auf 0,00 EUR.

Um eine mögliche Ausgleichszahlung des Kreises an die ZVK zu vermeiden, empfehlen wir daher, dass die TTS GmbH – sofern die oben genannten Bedingungen zutreffen –, selbst Mitglied der ZVK im Abrechnungsverband des Hochtaunuskreises wird. Dies ist nach unserer Rechtsauffassung auch rechtlich umsetzbar.

Gemäß § 11 Abs. 1 d) KS können auch Arbeitgeber, die nicht juristische Personen des öffentlichen Rechts sind, Mitglieder der Kasse werden, sofern sie unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages über die zusätzliche Altersvorsorge der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes (ATV-K) fallen und den nach ihrem Gesellschaftszweck maßgeblichen Geschäftszweck tatsächlich ausüben. Alternativ können gemäß § 11 e) aa) KS auch andere Arbeitgeber, die nicht juristische Personen des öffentlichen Rechts sind, Mitglieder werden, wenn sie nach ihrem Gesellschaftszweck überwiegend öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Diese

Voraussetzungen dürften für die TTS GmbH erfüllt sein, da sie, wie bereits festgestellt, überwiegend öffentliche Aufgaben im Bereich Destinationsmarketing wahrnimmt.

Wir empfehlen, eine Anfrage bei der ZVK Wiesbaden zu stellen, um prüfen zu lassen, ob die Voraussetzungen für die Aufnahme der TTS GmbH in die Zusatzversorgungskasse erfüllt sind. Zudem sollte geklärt werden, welchem Abrechnungsverband der Hochtaunuskreis zugehörig ist, und bestätigt werden, dass eine Mitgliedschaft der TTS GmbH im selben Abrechnungsverband wie der Kreis keine Ausgleichszahlung zur Folge hat.

7. Zuwendungsrechtliche Aspekte

Der TTS e.V. erhält bisher jährlich eine Projektförderung durch das Land Hessen in Höhe von circa 155.000 EUR. Fraglich ist, ob der aktuelle Bewilligungsbescheid auch nach Gründung der TTS GmbH seine Rechtswirksamkeit behält und auf die GmbH übergeht oder ob er wegen Erlöschens des TTS e.V. aufgrund der Verschmelzung mit der TTS GmbH sich rechtlich erledigt.

Entscheidend ist insoweit, ob der Bewilligungsbescheid als Verwaltungsakt auch gegenüber einem Rechtsnachfolger gilt. Zuwendungsbescheide legen dem Adressaten keine höchstpersönlichen Pflichten auf, die nicht auf einen Rechtsnachfolger übergehen könnten. Grundsätzlich anerkannt ist in der Rechtsprechung daher, dass an die Stelle des Adressaten eines begünstigenden Verwaltungsaktes ein Gesamtrechtsnachfolger treten kann; da ein Gesamtrechtsnachfolger in vollem Umfang in die Rechte und Pflichten seines Rechtsvorgängers eintritt, gilt dies im Grundsatz auch für durch Verwaltungsakte begründete Rechtsverhältnisse (VG Düsseldorf, Urt. v. 18.03.2013, 20 K 7520/12, Rn. 26). Nach unserer Rechtsansicht bewirkt die vorgesehene Verschmelzung des TTS e.V. auf die TTS GmbH als Gesamtrechtsnachfolge damit – vorbehaltlich entgegenstehender Regelungen im Bescheid, der uns nicht vorliegt – einen Übergang auch des Förderbescheids auf den neuen Rechtsträger.

Im gemeinsamen Interesse von Bewilligungsbehörde und Zuwendungsempfänger an einer rechtssicheren Fortführung der Förderung empfiehlt sich dennoch eine Rücksprache mit der Bewilligungsbehörde im Vorfeld der vorgesehenen Verschmelzung.

Baker Tilly
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Dr. Christian Teuber
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Vergaberecht
Partner