

Ihre Anfrage bezüglich der Firma

Mein Gespräch im Jugendamt .. vom

Sehr geehrter Herr

gerne nehme ich zu der Problematik der Anerkennung eines freigewerblichen Trägers nach § 75 SGB VIII zusätzlich zu zum bisherigen Schriftwechsel nochmals wie folgt ergänzend Stellung:

1. Ich verbleibe weiterhin bei der Auffassung, dass die Gemeinnützigkeit im Sinne der § 75 (s. auch § 74) SGB VIII durch eine Gemeinnützigkeitsbescheinigung der Finanzverwaltung nachgewiesen sein muss. Dies gilt insbesondere bei einem Träger der einen Wirtschaftsbetrieb unterhält.

Nach meinen Recherchen habe ich festgestellt, dass anscheinend für eine Gesellschaft Bürgerlichen Rechts eine Anerkennung als gemeinnützige Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse nach § 51 ff der Abgabenordnung nicht möglich ist, da eine Gesellschaft Bürgerlichen Rechts keine Körperschaft im Sinne des Körperschaftssteuergesetzes darstellt. Konkret werden die betreffenden hier auch zur Einkommenssteuer und nicht zur Körperschaftsteuer veranlagt.

Nicht ganz zufällig geht anscheinend auch der Bundesgesetzgeber im Rahmen der Abgabenordnung davon aus, dass die Konstruktion einer gewerblich orientierten Gesellschaft Bürgerlichen Rechts mit der Eigenschaft der Gemeinnützigkeit nicht vereinbaren lassen. Diese orientiert sich ja gerade im Hinblick auf eine

2. Gewinnorientierung und private Gewinnentnahmen, Vererbbarkeit, freie Verfügbarkeit über das private Eigentum etc.
3. Selbst wenn man, wovon ich nach wie vor nicht ausgehe, annehmen würde, dass eine Gemeinnützigkeitserklärung im Sinne der Abgabenordnung durch eine offizielle Prüfung und Bescheinigung der Finanzbehörden nicht notwendig sein sollte, müsste man zu Kriterien kommen, um diesen unbestimmten Rechtsbegriff der Gemeinnützigkeit in § 75 SGB VIII auszufüllen. Hierbei ergeben sich bei näherer Überlegung zwingend einige Kriterien.
 - a) Die um Anerkennung nachsuchende Gruppierung muss gemeinnützige Zwecke verfolgen (siehe analog § 52 der Abgabenordnung)
Dies kann z. B. auch die Förderung der Jugendhilfe sein.
 - b) Die gemeinnützige Tätigkeit muss selbstlos sein (siehe analog § 52 der Abgabenordnung) , u.a. dürfen die Mittel nur für satzungsgemäße Zwecke verwendet werden.
 - c) Die Mitglieder oder Gesellschafter dürfen keine Gewinnanteile und in ihrer Eigenschaft und in ihrer Eigenschaft als Mitglieder auch keine sonstigen Zuwendungen aus Mitteln der Körperschaft erhalten. Keine Person darf durch Ausgaben die dem Zweck der Körperschaft fremd sind oder durch unverhältnismäßig hohe Vergütungen begünstigt werden

- d) Die Mitglieder dürfen bei ihrem Ausscheiden oder bei Auflösung oder Aufhebung der Körperschaft nicht mehr als ihre eigenen Zeiten Kapitalanteile zurückerhalten.. Bei Auflösung der Körperschaft dürfen die Mittel nur für steuerbegünstigte Zwecke verwendet werden (Grundsatz der Vermögensbildung). Diese Voraussetzung ist auch erfüllt, wenn das Vermögen einer anderen steuerbegünstigten Körperschaft oder eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (z. B. der Stadt Löhne für Jugendhilfezwecke) übertragen werden soll. Die Mittel müssen grundsätzlich zeitnah für die steuerbegünstigten satzungsgemäßen Zwecke verwendet werden, d. h. es dürfen keine hohen Rücklagen etc. gebildet werden.
- e) Aus der Satzung, der konstituierenden Erklärung oder sonstigen Verfassung muss sich der Zweck der Anerkennung nach suchenden Vereinigungen im Sinne der vorgenannten Ziffern ergeben und eine Erklärung, dass diese Zwecke ausschließlich und unmittelbar verfolgt werden (siehe analog § 59 und 60 der Abgabenordnung).

Wenn also Verträge mit Dritten geschlossen werden sollten, über bestimmte Verpflichtungen, müsste sich dies auch aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben.

- f) Die tatsächliche Geschäftsführung muss auch diesen Satzungsbestimmungen und Zwecksetzungen entsprechen (siehe analog § 63 der Abgabenordnung). Die tatsächliche Geschäftsführung ist durch ordnungsgemäße Aufzeichnungen und Einnahmen und Ausgaben zu belegen.

Bei der Finanzverwaltung wird die Frage der Gemeinnützigkeit für jedes Jahr erneut überprüft.

Wenn man, **was vorliegend nicht der Fall ist**, davon ausgehen sollte, dass eine steuerliche Gemeinnützigkeitserklärung durch die Finanzverwaltung nicht notwendig ist, **müsste die Frage, ob die Gemeinnützigkeit im Sinne der vorgenannten Kriterien weiterhin vorliegt, jährlich durch das Jugendamt getroffen werden.**

- 4. Abgesehen davon, dass diese Überprüfung der Gemeinnützigkeit durch das Jugendamt nach vorgenannten Kriterien erheblichen Arbeitsaufwand mit sich bringen würde, müsste dies auch ständig wieder kontrolliert werden und es müsste z.B. gewährleistet sein, dass der Gesellschaftsvertrag nicht geändert wird. Da dieser Gesellschaftsvertrag formfrei geschlossen wird, wäre es allein bei diesem Punkt schleierhaft, wie dies wirksam gewährleistet werden soll.
- 5. **Ich hatte bereits darauf hingewiesen, dass aus dem Gesichtspunkt der Öffentlichkeit zahlreiche Dritte darauf vertrauen, dass die Kriterien der Gemeinnützigkeit gegeben sind. Wenn ein Jugendamt dies nicht (ausreichend) vor der Anerkennung oder im Laufe der Anerkennung nachhält, könnte sich bei Dritten, die einer solchen Vereinigung z. B. öffentliche oder private Zuwendungen geben, ggf. sogar bei sonstigen Gewerbetreibenden die Frage stellen, ob sie bei evtl. Schäden das Jugendamt in Regress nehmen könnten aus dem Gesichtspunkt der Amtshaftung. Selbst wenn dies nicht möglich sein sollte ist im Falle eines Missbrauchs der verwendeten Vereinigungsmittel auf jeden Fall bei einem Jugendamt mit einer schlechten Presse und einem Image-Schaden zu rechnen.**

6. Mir ist im vorliegenden Fall nicht klar, warum die beteiligten Personen nicht die Rechtsform einer gGmbH bei der eine Anerkennung unter Beachtung o.g. Kriterien problemlos möglich wäre. Es kann ja zu einem Zeitpunkt X durchaus ein Schnitt erfolgen, bei dem bisher erworbenes Vermögen, Immobilien, Sachwerte im Privatbesitz bleiben und die gemeinnützige GmbH nur mit ihrer Mindesteinlage starten würde.
7. Ich hatte Ihnen mitgeteilt, dass mir in Westfalen-Lippe keine einzige Form einer GBR als anerkannter Träger der freien Jugendhilfe gemeldet wurde. Anders sieht dies bei den gemeinnützigen GmbH aus. Dies ist die gewählte Form, wenn man nicht als Verein etc. tätig werden will.
8. Soweit der Träger im vorliegenden Fall mitteilt, er hätte keinen Anspruch auf Beteiligung an Arbeitsgemeinschaften nach § 78 SGB VIII und keinen Rechtsanspruch auf die Übernahme anderer Aufgaben im Sinne des SGB VIII (z.B. Inobhutnahmen), mag dies zutreffend sein. Allerdings ist zumindest die Beteiligung an Arbeitsgemeinschaften ja nicht verboten und wird auch praktiziert. **Ansonsten muss man einfach sagen, dass man halt nicht die Vorteile eines gewerblich orientierten Betriebes einschließlich privater Gewinnentnahmen mit den dem gemeinnützigen Träger vom Gesetzgeber zgedachten Vorteilen kombinieren kann.**
9. Soweit der Träger Benachteiligung bei der Vergabe von Aufträgen (nicht beim Jugendamt) beklagt, kann dies mit vergaberechtlichen Mitteln durch die Vergabekammern bei den Bezirksregierungen überprüft werden. Allerdings ist die Anerkennung eines gewerblichen Trägers nach § 75 SGB VIII nach vorliegender Auffassung nicht das Instrumentarium, um diese Probleme zu lösen. Gleichwohl hatten sie hier ihre Bereitschaft signalisiert, im kollegialen Gespräch mit anderen Jugendämtern die qualitativ gute Arbeit des Trägers darzustellen.

Ich meine, das JA hat sich hier gegenüber dem Träger durchaus fair und kooperativ verhalten. Der Träger sollte sich entscheiden, welchen Weg er gehen will (z.B. gemeinnützige GmbH oder gewerblicher Träger).

Wenn darüber keine Einigkeit zu erzielen ist, könnte durchaus „eilvernehmlich“ ein verwaltungsmäßiges bzw. gerichtliches Überprüfungsverfahren stattfinden, um die Streitfrage ggf. richterlich zu klären.

Hier verweise ich allerdings noch darauf, dass das dann zuständige Verwaltungsgericht bereits 1997 in einem anderen Fall entschieden hatte, dass es sich z.B. bei einer freigewerblich tätigen Heilpädagogin nicht um einen Träger der Jugendhilfe im Sinne des § 75 SGB VIII handelt (Urteil vom 25.2.1997, Az.: 6 K 4474/95 VG Minden, veröffentlicht in Der Amtsvormund 1997, Seite 812-814 und In juris, Sozialrecht).

Ich hoffe Ihnen mit diesen Angaben gedient zu haben und verbleibe

mit freundlichen Grüßen
Im Auftrag

Alfred Oehlmann-Austermann