BRANDI
RECHTSANWÄLTE

BRANDI Rechtsanwälte Partnerschaft mbB • Rathenaustraße 96 • 33102 Paderborn

Victoria Wessel
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Erbrecht

Rathenaustraße 96
33102 Paderborn
[redacted]
www.brandi.net

Herrn
Timo Bittner
[redacted]

per E-Mail

Paderborn, 12.11.2020

Bittner

Beratung zur Gründung einer Genossenschaft

Sehr geehrter Herr Bittner,

die Event-Branche steht vor einem Umbruch. Verschiedene Entwicklungen haben dazu geführt, dass Sie und andere Kollegen sich darüber Gedanken machen, wie man die eigene Tätigkeit rechtlich und wirtschaftlich auf sicherere Beine stellen kann. Sie haben sich dazu nun einen neuen Weg überlegt. Dabei verfolgen Sie die Ziele, in wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Hinsicht nachhaltiger zu wirtschaften, Synergien bei den Themen Buchhaltung, Einkauf und Steuern zu nutzen und die Solidarität und gegenseitige Unterstützung in den Mittelpunkt zu stellen.

Kern dieses neuen Wegs ist die Gründung einer Genossenschaft, deren Wesen in der gesetzlichen Definition in § 1 Genossenschaftsgesetz (GenG) als Gesellschaft beschrieben wird, deren Zweck darauf gerichtet ist, den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder oder deren soziale oder kulturelle Belange durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern. Die Gemeinsamkeit, nicht die Gewinnerzielung, steht also im Vordergrund.

Ihr Konzept ist in vielen Details bereits gut durchdacht, einige Punkte sind jedoch noch offen und bedürfen einer rechtlichen Vertiefung. Dabei sind verschiedenste Rechtsgebiete in den Blick zu nehmen. Mit der nachfolgenden Stellungahme werden wir, wie gewünscht, zum einen rechtlich bewerten, was Sie sich bislang überlegt haben und zum anderen Anregungen geben für die weiteren Planungen. Bezüglich jedes einzelnen dieser Schritte stehen wir für Rückfragen oder eine weitere Unterstützung selbstverständlich gern zur Verfügung.

Einleitend geben wir einen kurzen Überblick, wie eine Genossenschaft gegründet wird, wie sie organisiert ist und welche Gestaltungsmöglichkeiten dabei bestehen. Nachfolgend finden Sie Ausführungen zu den verschiedenen, hier relevanten Rechtsfragen.

Im Einzelnen:

I. Gründung der Genossenschaft

1. Wesen der Genossenschaft

In § 1 Abs. 1 GenG ist ausdrücklich definiert, was eine Genossenschaft ist, nämlich eine Gesellschaft von nicht geschlossener Mitgliederzahl, deren Zweck darauf gerichtet ist, den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder oder deren soziale oder kulturelle Belange durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern. Ein solcher Förderzweck muss von den Gründern also bestimmt und festgeschrieben werden.

Die Genossenschaft darf durchaus auch Gewinnerzielungsabsicht haben. Es schadet auch nicht, dass sie selbst Gewinne erzielt. Diese Gewinnerzielung darf aber nicht zum Selbstzweck erfolgen, sondern nur, um den Förderzweck zu erfüllen.

BayObLG, Urteil vom 05.12.1984, DB 1985, 749.

Die erzielten Gewinne, die nach Zahlung von Löhnen und sonstigen Aufwendungen übrig bleiben, sollten also stets so investiert werden, dass dies den vorher festgeschriebenen Zweck, den die Mitglieder verfolgen, fördert.

2. Errichtung der Genossenschaft

Damit die Genossenschaft wirksam entsteht, ist der Abschluss eines entsprechenden Vertrags erforderlich. Dieser wird bei der Genossenschaft „Satzung“ genannt und bedarf der Schriftform. Mit der Unterzeichnung der Satzung wird, wenn die Mindestanforderungen an die Satzung eingehalten werden, die Genossenschaft wirksam gegründet.

Voraussetzung ist dabei, dass die Mindestzahl der Mitglieder (drei) eingehalten wird und der Mindestinhalt der Satzung gemäß § 6 GenG enthalten ist. Danach muss die Satzung etwa die Firma, den Sitz und den Zweck der Genossenschaft angeben; auf § 6 GenG dürfen wir im Detail verweisen.

Nach Unterzeichnung der Satzung ist die Genossenschaft jedoch noch keine *eingetragene* Genossenschaft, profitiert also noch nicht von den damit zusammenhängenden Vorteilen. Gemäß § 11 GenG hat der – noch zu wählende – Vorstand die Genossenschaft vielmehr bei dem Genossenschaftsgericht noch zur Eintragung in das Genossenschaftsregister anzumelden. Dabei sind dem Registergericht die unterzeichnete Satzung, Beschlüsse über die Bestellung des Vorstands und des Aufsichtsrats und eine Bescheinigung eines Prüfungsverbandes vorzulegen. § 11 Abs. 4 GenG verweist außerdem auf § 12 Abs. 2 HGB. Das bedeutet, dass die einzureichende Anmeldung durch einen Notar elektronisch einzureichen ist. Einer Beurkundung des Gründungsvertrags bedarf es jedoch nicht.

Bei der Gestaltung der entsprechenden Satzung beraten wir Sie gern. Zusätzlich zu den im Gesetz vorgesehenen Mindestangaben sollte in der Satzung beispielsweise geregelt werden, unter welchen Bedingungen Mitglieder eintreten können, wann die Mitgliedschaft endet und wie eine Kündigung möglich ist, was im Todesfall von Mitgliedern passiert, wie Entscheidungen in den Organen getroffen werden, wie mit den jeweiligen Guthaben umgegangen wird und ob Nachschusspflichten der einzelnen Mitglieder bestehen. Auch die Besetzung und Tätigkeit des Vorstands, der Vertreterversammlung und des Aufsichtsrats wird in der Satzung geregelt. In der Satzung kann ferner ein Mindestkapital der Genossenschaft bestimmt werden, das durch Auszahlungen an Mitglieder, die ausgeschieden sind oder einzelne Geschäftsanteile gekündigt haben, nicht unterschritten werden darf.

3. Prüfungsverband

Für Genossenschaften besteht gem. § 54 GenG die Pflicht, selbst Mitglied in einem Prüfungsverband zu werden. Dieser Prüfungsverband prüft die Genossenschaft bei der Gründung. Die entsprechende Bescheinigung, dass die Prüfung durchgeführt wurde, ist der Anmeldung der Genossenschaft beim Registergericht gem. § 11 Abs. 2 GenG beizufügen. Der Inhalt dieser Prüfung ist gesetzlich nicht näher definiert; aus der Stellungnahme soll sich ergeben, ob die Besorgnis der Gefährdung der Mitglieder- und Gläubigerbelange besteht.

4. Künftiger Beitritt weiterer Genossenschaftsmitglieder

Ist die Genossenschaft einmal wirksam gegründet, können weitere Mitglieder ihr beitreten. Dies geschieht jeweils durch eine Beitrittserklärung, § 15 GenG. Der Beitritt muss durch die Genossenschaft jeweils zugelassen werden. Dabei kann in ihrer Satzung geregelt werden, welche Mitglieder generell zugelassen werden sollen und wer über den jeweiligen Betritt mit welcher Mehrheit entscheidet (bspw. der Vorstand, die Vertreterversammlung, der Personalkreis). Dabei können auch konkrete Kriterien (Qualifikation, Erfahrung, bestimmte Anzahl an Fürsprechern, Absolvierung einer Probezeit als Arbeitnehmer der Genossenschaft) festgelegt werden.

Üblicherweise ist in der Satzung vorgesehen, dass jedes Mitglied bei seinem Beitritt eine bestimmte Einmalzahlung leistet. Die entsprechende Verpflichtung wird dann auch in der Beitrittserklärung angegeben. Ein solcher Beitrag würde der Genossenschaft ein Startkapital zur Verfügung stellen. In welcher Höhe dieser von den Gründern bzw. von den künftig beitretenden Mitgliedern gefordert werden soll und inwiefern Ratenzahlungen möglich sind, wäre noch zu diskutieren. Dabei sollte indes eine gänzlich unentgeltliche Beteiligung unterbleiben. Denn die verbilligte Überlassung von Vermögensbeteiligungen könnte als Arbeitsentgelt i.S.d. § 14 SGB IV grundsätzlich der Beitragspflicht in der Sozialversicherung unterliegen. Wird für den Anteil an der Genossenschaft jedoch ein angemessener Beitrag gezahlt, handelt es sich nicht um eine verbilligte Überlassung. Auch die Anwendung von Schenkungsrecht wäre dann ausgeschlossen.

Bei der geplanten Genossenschaft wäre dabei noch eine Besonderheit zu berücksichtigen: Da jedes Mitglied auch einen Arbeitsvertrag schließen soll, findet vor dem Beitritt ein typisches Bewerbungsverfahren statt. Über die Einstellung von Personal entscheidet, vorbehaltlich einer anderweitigen Regelung in der Satzung oder Delegation auf leitende Mitarbeiter, grundsätzlich der Vorstand. Er würde auch den Arbeitsvertrag unterzeichnen. Bei der Auswahl neuer Arbeitnehmer hat er die Anforderungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) zu berücksichtigen.

II. Steuerrechtliche Prüfung

Die Gründung der Genossenschaft sollte durch einen Steuerberater und/oder Wirtschaftsprüfer begleitet werden. Wir raten dazu, das zurzeit erarbeitete Konzept bereits jetzt prüfen zu lassen, um mögliche Fallstricke bzw. Verbesserungspotenzial früh zu erkennen. Wir weisen darauf hin, dass wir keine steuerrechtliche Bewertung durchgeführt haben. Für eine Diskussion mit einem etwaig beauftragten Steuerberater bzw. einer Steuerberaterin stehen wir aber jederzeit gern zur Verfügung.

III. Organisation der Genossenschaft

Das Gesetz sieht vor, dass in der Genossenschaft drei Organe bestehen: die Vertreterversammlung, der Vorstand und der Aufsichtsrat.

1. Die Mitglieder (Vertreterversammlung)

In der Vertreterversammlung, dem wichtigsten Organ der Genossenschaft, sind grundsätzlich sämtliche Mitglieder mit je einer Stimme stimmberechtigt (§ 43 Abs. 3 GenG). Üblicherweise findet eine jährliche Versammlung statt. Weitere Versammlungen, insbesondere bei außerordentlichem Beratungsbedarf, sind aber natürlich möglich.

In der Satzung wird geregelt, unter welchen Stimmverhältnissen Beschlüsse in der Versammlung gefasst werden können. Die Versammlung, die in ihrer ursprünglichen Form nur aus den Gründungsmitgliedern besteht, bestellt beispielsweise den Vorstand und den Aufsichtsrat. Auch eine Abberufung von Vorstandsmitgliedern und der Aufsichtsratsmitglieder findet durch die Versammlung statt.

Die Satzung kann bestimmen, dass sich ein Mitglied mit mehr als einem Geschäftsanteil beteiligen darf. Damit geht die Grundsatzfrage einher, ob jedem Mitglied dieselbe Stimmkraft zukommen soll oder ob, je nach eingezahltem Beitrag, auch unterschiedliche Stimmgewichtungen zugelassen werden. Hier sind verschiedene Gestaltungen denkbar.

Sämtliche Mitglieder werden in einer Mitgliederliste gem. § 30 GenG aufgeführt. Diese Liste wird vom Vorstand geführt und, wenn dies vom Registergericht verlangt wird, dem Genossenschaftsregister vorgelegt (§ 32 GenG).

Unter welchen Bedingungen eine Mitgliedschaft in der Genossenschaft endet, ergibt sich grundlegend aus §§ 65 ff. GenG. In Betracht kommt insbesondere eine Kündigung durch das Mitglied selbst oder ein Ausschluss. In der Satzung können teilweise abweichende Regelungen aufgenommen werden. Insbesondere für die Frage, wann ein Mitglied zwangsweise ausgeschlossen werden kann, ist dies ratsam. Kommt es zu einem Ausschluss, steht dem ausscheidenden Mitglied ein Abfindungsanspruch zu, der vom Wert seines Anteils an der Genossenschaft abhängt. Daher sollten auch Regelungen zum Schutz der Liquidität der Genossenschaft (betragsmäßige Begrenzung, ratierliche Auszahlung etc.) aufgenommen werden.

Durch den Ausschluss eines Mitglieds können arbeitsrechtliche Schutzvorschriften nicht unterlaufen werden (vgl. diesbezüglich zu Kopplungsklauseln unter **VI. 3.**).

2. Der Vorstand

Der Vorstand ist das Organ, das die Genossenschaft nach außen gerichtlich und außergerichtlich vertritt. Die Vorstandsmitglieder unterzeichnen also Verträge, geben Erklärungen ab etc. In der Satzung sollte vorgesehen werden, wie viele Vorstandsmitglieder notwendig sind, damit sie vertretungsberechtigt sind. Das Gesetz sieht vor, dass der Vorstand aus zwei Personen besteht; die Satzung kann jedoch auch eine höhere Personenzahl vorsehen (§ 24 Abs. 2 GenG). Hat die Genossenschaft nicht mehr als 20 Mitglieder, kann der Vorstand auch aus nur einer Person bestehen. Die bislang beabsichtigte Einrichtung eines Vorstands aus fünf Personen, von denen je 2 gemeinsam vertretungsberechtigt sind, ist rechtlich möglich und erscheint sinnvoll.

Die Mitglieder des Vorstandes können für ihr Amt eine eigenständige Vergütung erhalten. Zwingend ist dies jedoch nicht. Üblicherweise werden Anstellungsverträge zwischen dem Vorstandsmitglied und der Genossenschaft geschlossen.

3. Der Aufsichtsrat

Dem Aufsichtsrat obliegt es, den Vorstand zu überwachen. Er besteht, sofern die Satzung nicht eine höhere Zahl an Personen festsetzt, aus drei Personen, die von der Generalversammlung gewählt werden (§ 36 GenG). Die Mitglieder des Aufsichtsrats erhalten keine Vergütung.

4. Aufbau einer Aufgabenverteilung innerhalb der Genossenschaft

Neben den drei genannten Organen kann innerhalb der Genossenschaft natürlich eine – noch zu gestaltende – interne Aufgabenverteilung stattfinden. So wäre es bspw. möglich, dass sich einzelne Mitglieder in verschiedenen Fachbereichen zusammenfinden oder dass sich Teams bilden, die regelmäßig Projekte gemeinsam übernehmen. Da die Genossenschaft, vertreten durch den Vorstand, gegenüber ihren Arbeitnehmern grundsätzlich weisungsbefugt ist, kann sie leitende Angestellte oder Projektleiter ernennen, die Mitarbeit in bestimmten Arbeitskreisen anweisen – oder darauf bewusst verzichten. Das notwendige Maß einer solchen Binnenorganisation hängt ggf. auch von der Anzahl der Mitglieder und Arbeitnehmer ab, die heute noch unbekannt ist.

Kosten, die Mitarbeitern bei der Wahrnehmung solcher Aufgaben entstehen, sind entweder direkt von der Genossenschaft zu tragen oder von Mitarbeitern zu verauslagen und ihnen sodann zu erstatten. Eine Verpflichtung, Tätigkeiten für die Genossenschaft zu übernehmen, die mit Kosten verbunden sind (etwa Fahrtkosten), haben grundsätzlich weder Mitglieder einer Genossenschaft (wobei eine Regelung in der Satzung möglich wäre) noch Arbeitnehmer.

IV. Verhältnis zu den Auftraggebern

Die Genossenschaft ist diejenige Person, die nach Ihrem Konzept, sehr geehrter Herr Bittner, auf dem Markt als Auftragnehmer auftreten würde. Nicht die einzelnen Techniker, die Mitglieder der Genossenschaft werden, werden Vertragspartner bei den jeweils eingehenden Aufträgen, sondern die Genossenschaft an sich. Sie ist verpflichtet, die jeweils beauftragten Leistungen zu erbringen und bspw. Produktionen durchzuführen.

Welche Art von Zusammenarbeit zwischen der Genossenschaft und dem Auftraggeber vereinbart wird, kann von Fall zu Fall unterschiedlich sein. Relevant werden voraussichtlich vor allem Werkverträge gem. § 631 BGB und Arbeitnehmerüberlassungen.

1. Werkverträge

Schließt die Genossenschaft Werkverträge gem. § 631 BGB mit potentiellen Auftraggebern, wird sie dabei grundsätzlich durch den Vorstand vertreten. Sie kann aber natürlich auch Vollmachten erteilen, bspw. an die Techniker, die dann – ggf. in einem fest gesteckten Rahmen – Verträge mit Wirkung für und auf Rechnung der Genossenschaft schließen könnten.

Für die Erbringung der eigentlichen Leistungen ist die Genossenschaft natürlich auf geeignetes Personal angewiesen. Über dieses Personal wird sie verfügen, indem sie Anstellungsverträge mit den Technikern schließt (vgl. dazu unter **VI.**).

Die erbrachten Leistungen werden jeweils durch die Genossenschaft gegenüber dem Auftraggeber abgerechnet. Die Genossenschaft stellt die Rechnung. Auch wenn das praktische Erstellen der Rechnung auf einen Mitarbeiter delegiert werden kann – idealerweise auf denjenigen, der den Auftrag erledigt hat – bleibt es die Genossenschaft, die den Anspruch auf die Vergütung gegenüber dem jeweiligen Auftraggeber geltend macht. Bei den einzelnen Aufträgen kann natürlich – intern oder auf der Rechnung vermerkt werden, welcher Mitarbeiter die Leistungen in welchem Ausmaß erbracht hat.

2. Arbeitnehmerüberlassung

Neben dem Abschluss von Werkverträgen kommt auch in Betracht, die Mitarbeiter der Genossenschaft an Dritte zu verleihen, und zwar im Rahmen einer sog. Arbeitnehmerüberlassung. Diese richtet sich nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG), dessen Anforderungen erfüllt werden müssen. Dabei ist insbesondere auf die in § 1 Abs. 1 AÜG enthaltene Erlaubnispflicht und die sich aus § 3a AÜG ergebende Lohnuntergrenze hinzuweisen. Die Arbeitnehmerüberlassung ist von strengen formalen Anforderungen, wie bspw. einigen Dokumentations- und Nachweispflichten, geprägt.

3. Transparenter Umgang mit Partnerunternehmen

Sie teilten uns mit, sehr geehrter Herr Bittner, dass Sie potentielle und tatsächliche Auftraggeber gern an die zu gründende Genossenschaft binden möchten. Durch ein möglichst hohes Maß an Transparenz soll das Vertrauen gefördert werden.

Um dies zu erreichen, käme zunächst in Betracht, solche Partnerunternehmen als aktive oder passive Mitglieder aufzunehmen. Dies ist jedoch in rechtlicher Hinsicht mit verschiedenen Nachteilen verbunden, sodass wir Ihnen auch eine mildere Form der Kooperation – die Zusammenarbeit auf vertraglicher Ebene (über den eigentlichen Werkvertrag hinaus) – kurz vorstellen möchten.

a) Partnerunternehmen als Ordentliche Mitglieder

Aus unserer Sicht scheidet es zunächst aus, Partnerunternehmen, also potentielle Auftraggeber der Genossenschaft, als Ordentliche Mitglieder in diese aufzunehmen. Es würden sich zwangsläufig Interessenkonflikte ergeben. Wir halten es nicht für ratsam, dem jeweiligen Vertragspartner ein solches Ausmaß an Einflussmöglichkeiten in der eigenen Sphäre zuzubilligen.

b) Partnerunternehmen als investierende Mitglieder

Seit Inkrafttreten einer Gesetzesänderung im Jahr 2006 sieht § 8 Abs. 2 GenG nunmehr auch die Möglichkeit vor, sog. investierende Mitglieder in der Genossenschaft aufzunehmen. Dies setzt eine entsprechende Regelung in der Satzung voraus. Die Satzung kann demnach bestimmen, dass Personen, die für die Nutzung oder Erbringung der Dienste der Genossenschaft nicht in Frage kommen, als investierende Mitglieder zugelassen werden können.

> Vgl. dazu den Überblick von *Zabel*, „Investierende Mitglieder im Sinne des Genossenschaftsgesetzes", in: NZG 2019, 813.

Diese Mitglieder müssen objektiv oder subjektiv förderunfähig sein, also entweder die Förderung der Genossenschaft nicht nutzen können oder wollen. Bei juristischen Personen wird dies regelmäßig der Fall sein.

Grundsätzlich gilt in Bezug auf die Mitglieder einer Genossenschaft das absolute Gleichbehandlungsgebot. Erhalten investierende Mitglieder also weniger Rechte als Ordentliche Mitglieder, muss dies im Einzelnen gerechtfertigt werden. So steht auch den investierenden Mitgliedern grundsätzlich ein volles Stimmrecht zu. Die Satzung kann dieses Stimmrecht jedoch gänzlich ausschließen (vgl. § 8 Abs. 2 S. 2 GenG). Im Hinblick auf weitere Rechte von Mitgliedern (Teilnahme-, Rede- und Antragsrecht in der Versammlung, Anspruch auf Dividende bzw. Auseinandersetzungsguthaben, Auskunftsrecht etc.) ist dies im Gesetz jedoch nicht geregelt und noch nicht eindeutig geklärt. Einigkeit besteht jedenfalls darüber, dass investierende Mitglieder ebenfalls in die beim Genossenschaftsregister geführte Mitgliederliste aufzunehmen sind.

Werden diese Rechte in der Satzung ausgeschlossen, ist dies also mit Rechtsunsicherheit verbunden. Werden diese Rechte indes nicht ausgeschlossen, können sich in der Praxis Probleme ergeben. Insbesondere die so erlangte Möglichkeit eines Auftraggebers, Details der Preiskalkulation zu erfahren, halten wir für riskant. Dabei sind auch kartellrechtliche Beschränkungen in den Blick zu nehmen (Verbot von Preisinformationen). Eine Beteiligung wird regelmäßig nur möglich sein, wenn sichergestellt werden kann, dass sensible Daten nicht an den Auftraggeber gelangen.

Für problematisch halten wir auch, dass zahlreiche Unternehmen und Unternehmer aufgrund ihrer eigentlichen Tätigkeit Wettbewerbsverboten unterliegen können. Die Beteiligung an der neuen Genossenschaft kann für sie also mit Folgeproblemen verbunden sein. Durch die Veröffentlichung der Mitgliedschaft in der Mitgliederliste lässt sie sich vor anderen Geschäftspartnern nicht verschweigen.

Sollte gleichwohl in der Satzung die Möglichkeit aufgenommen werden, jetzt oder später investierende Mitglieder zuzulassen, müsste bei dem jeweiligen Beitritt eines Mitglieds klargestellt werden, welche Form der Mitgliedschaft es wählt.

Eine Obergrenze für die Anzahl investierender Mitglieder sieht das Gesetz nicht vor; § 8 Abs. 2 Satz 4 GenG enthält lediglich eine Beschränkung der Zahl der investierenden Mitglieder im Aufsichtsrat (ein Viertel der Aufsichtsratsmitglieder). Dies wird indes überwiegend so verstanden, dass auch bezogen auf die Mitgliederstruktur kein eklatantes Missverhältnis zwischen ordentlichen und investierenden Mitgliedern bestehen darf.

> So *Zabel*, „Investierende Mitglieder im Sinne des Genossenschaftsgesetzes“, in: NZG 2019, 813 (819).

c) Kooperation auf vertraglicher Basis

Aufgrund der oben erwähnten, ggf. unerwünschten Folgen, die mit investierenden Mitgliedern verbunden sind, könnte alternativ eine Kooperation auf vertraglicher Basis gesucht werden. In einer Art Partnerschaftsvertrag könnte festgehalten werden, wie Partnerunternehmen über die Tätigkeit der Genossenschaft informiert werden (z. B. durch die Teilnahme an Versammlungen in einem öffentlichen Teil oder durch turnusmäßige Berichte), wer mit der Zusammenarbeit wie werben darf, etc.

Das Instrument des Vertrags bietet dabei mehr Flexibilität, da keine Kontrolle der Regelungen durch das Registergericht stattfindet. Die Öffentlichkeit der Mitgliederliste würde vermieden. Es könnten kurze Kündigungsfristen vereinbart werden, um diese Transparenz zu testen. Die genauen Regelungen wären nach Gesprächen mit potentiellen Partnerunternehmen noch zu eruieren und in der Folge auch auf ihre kartellrechtliche Zulässigkeit zu prüfen.

V. Verteilung des erzielten Gewinns

Über den Weg des Werkvertrags erzielt zunächst die Genossenschaft Einnahmen. Diese werden benötigt, um laufende Ausgaben zu tragen. Dazu gehören vor allem die geschuldeten Löhne, die an die Mitarbeiter – je nach arbeitsvertraglicher Gestaltung – gezahlt werden (vgl. dazu unter **VI. 2.**). Im Idealfall verbleibt der Genossenschaft nach Abzug dieser Kosten ein Gewinn. Über dessen Verwendung entscheidet die Vertreterversammlung.

Der Gewinn kann natürlich verwendet werden, um neue Investitionen zu tätigen. Soweit keine Ausgaben anstehen, kann eine Rücklage gebildet werden. Darüber hinaus ist zu klären, inwiefern auch eine Auszahlung des Gewinns an die Mitglieder erfolgt.

Das Rechtsverhältnis der Genossenschaft und ihrer Mitglieder richtet sich nach der Satzung. § 19 GenG sieht im Grundsatz zwar vor, dass der jährlich erzielte Gewinn von der Genossenschaft auf ihre Mitglieder zu verteilen ist. Davon kann in der Satzung jedoch abgewichen werden. In der Satzung würde also geregelt, welcher Anteil am Gewinn welchem Mitglied zugeschrieben würde und wann und wie die Mitglieder auf ihr jeweiliges „Guthaben“ zugreifen können. Dabei käme in Betracht, diese Entscheidung jedem Mitglied zu überlassen. Alternativ könnte vorgesehen werden, dass die Auszahlungen nur ratierlich erfolgen oder erst bei Erreichen eines bestimmten Schwellenwerts. Für den Fall, dass ein Mitglied seine Gewinnanteile „stehen lässt“ sollte präventiv geregelt werden, ob es sich dabei um eine Stundung des Auszahlungsanspruchs handelt oder um ein der Genossenschaft gewährtes Darlehen, ob eine Verzinsung stattfindet etc. Bei Darlehen wären die Anforderungen des § 21b GenG zu berücksichtigen.

Welche steuerlichen Gestaltungsmöglichkeiten dabei aus Sicht der Mitglieder bestehen, sollte mit einem Steuerberater noch eruiert werden.

VI. Anstellungsverhältnisse – Arbeitsrechtliche Erwägungen

In der von Ihnen, sehr geehrter Herr Bittner, geplanten Genossenschaft sollen die Mitglieder überwiegend Techniker sein, die bislang einzeln selbstständig tätig waren. Neben

der Mitgliedschaft in der Genossenschaft sollen sie einen Anstellungsvertrag, d. h. Arbeitsvertrag, mit der Genossenschaft als Arbeitgeberin schließen. Es bestehen also zwei Rechtsverhältnisse nebeneinander: zum einen das Mitgliedsverhältnis, zum anderen das Arbeitsverhältnis.

Bei den Anstellungsverträgen würde es sich um Arbeitsverträge im Sinne des § 611a BGB handeln. Auch bei deren Gestaltung können wir Sie gern unterstützen, um die rechtlich zulässigen Mittel der Flexibilisierung auszunutzen. Dabei wird Folgendes zu berücksichtigen sein:

1. Arbeitsleistung und Arbeitszeit

In den Arbeitsverträgen ist zunächst zu regeln, welche Leistung der Arbeitnehmer zu erbringen hat. Dabei genügt es, die Tätigkeit grob zu beschreiben. Bezüglich der Leistung im Detail kann der Genossenschaft als Arbeitgeberin ein Leistungsbestimmungsrecht i.S.d. § 315 BGB zugesprochen werden. Mit Hilfe des in § 106 GewO vorgesehenen Direktionsrechts, das wesentliches Charakteristikum eines Arbeitsvertrags ist, kann die Leistung konkretisiert werden. Das Weisungsrecht besteht jedoch nur in den Grenzen der im Arbeitsvertrag rahmenmäßig umschriebenen Leistungsverpflichtung.

Ähnliches gilt für die Vereinbarung der Arbeitszeit. Auch hier bestehen Möglichkeiten der Flexibilisierung. So kann beispielsweise auf die Vereinbarung einer konkreten Anzahl an Stunden pro Woche/Monat verzichtet werden, sodass sich die Arbeitszeit am jeweiligen Arbeitsanfall im Unternehmen orientiert. Eine solche Vereinbarung wird als „Arbeit auf Abruf“ bezeichnet. § 12 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) sieht für solche Arbeitsverträge jedoch bestimmte Anforderungen vor, die eingehalten werden müssen, insbesondere muss die Mindestdauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit festgelegt werden.

Wird eine solche Mindestarbeitszeit oder auch eine Höchstarbeitszeit festgelegt, ist für solche Vereinbarungen auch § 12 Abs. 2 TzBfG zu berücksichtigen, der den möglichen „Abrufrahmen“ begrenzt. Danach darf der Arbeitgeber bei einer Mindestarbeitszeit nur bis zu 25 % der wöchentlichen Arbeitszeit zusätzlich abrufen, bei einer Höchstarbeitszeit max. 20 % der wöchentlichen Arbeitszeit weniger.

Die Parteien müssen sich bei Vertragsschluss darüber verständigt haben, dass sie ein Arbeitsverhältnis auf Abruf, zumindest aber ein Teilzeitarbeitsverhältnis begründen wollen. Fehlt es völlig an einer entsprechenden Vereinbarung, ist nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zum Schutz des Arbeitnehmers als Verbraucher vom Vorliegen eines Vollzeitarbeitsverhältnisses auszugehen.

BAG, Urteil vom 24.09.2014 – 5 AZR 1024/12 – NZA 2014, 1328.

Für die Genossenschaft bietet das Modell der „Arbeit auf Abruf" in dem oben beschriebenen Rahmen die Möglichkeit, die Mitarbeiter nur dann einzusetzen, wenn Aufträge dies erfordern. An die Grenzen des Arbeitsrechts wäre die Genossenschaft indes gebunden, müsste also jedenfalls Mindestarbeitszeiten vereinbaren und Vergütung ausgehend von dieser vereinbarten Mindestarbeitszeit zahlen – und zwar unabhängig davon, ob Leistungen in diesem Maß getätigt wurden und insbesondere unabhängig davon, ob der damit zu erzielende Umsatz bereits eingegangen ist. Wird ein konkreter Auftrag gegenüber dem Auftraggeber erst später abgerechnet oder verzögert sich die Bezahlung oder fällt sie gar aus, so wäre dies kein Grund, der die Genossenschaft gegenüber dem jeweiligen Mitarbeiter zum Zurückbehalten des Lohns bzw. der Beiträge zur Sozialversicherung berechtigen würde.

Bei der tatsächlichen Arbeitszeit sind die Anforderungen des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG) einzuhalten (maximale Arbeitszeit von 8 Stunden täglich, Regelungen über Ruhepausen, Nacht- und Schichtarbeit etc.). Das Gesetz lässt unter bestimmten Bedingungen Ausnahmen zu. Verstöße gegen das Arbeitszeitgesetz sind gem. § 22 ArbZG bußgeldbewährt und können, unter gewissen Voraussetzungen, auch Straftaten darstellen (§ 23 ArbZG).

2. Vergütungspflicht

Ein wirksamer Arbeitsvertrag setzt voraus, dass er eine Abrede zur Zahlung eines Entgelts enthält, § 611a Abs. 2 BGB. Der Arbeitgeber kann seine Vergütungspflicht jedoch in unterschiedlicher Weise erfüllen; welche Form er wählt, ergibt sich aus der vertraglichen Abmachung.

a) Bemessung des Gehalts anhand der erzielte Umsätze

Eine solche vertragliche Abmachung kann auch darin liegen, die Höhe des Lohns variabel vom jeweils erzielten Umsatzanteil, der sich aus den Abrechnungen ergibt, abhängig zu machen. Die Untergrenze für eine solche Gestaltung ergibt sich zunächst aus § 138 BGB, der Sittenwidrigkeit. Lohn und Leistungen dürfen nicht in einem auffälligen Missverhältnis stehen. Eine weitere Untergrenze bildet das Mindestlohngesetz (MiLoG), das in seinem § 1 den jeweils geltenden Mindestlohn normiert, dessen Höhe sich laufend verändert (aktuell: 8,50 € pro Stunde). Vereinbarungen, die den Anspruch auf Mindestlohn unterschreiten oder seine Geltendmachung beschränken oder ausschließen, sind gem. § 3 MiLoG unwirksam. Wird mit den Mitarbeitern, wie von Ihnen vorgeschlagen, ein monatliches Grundgehalt vereinbart, das die Lebenshaltungskosten des Mitarbeiters decken soll, so muss bereits bei dessen Bezifferung im Auge behalten werden, dass bei dem Gesamtlohn die Anforderungen des MiLoG eingehalten werden, d. h. je nach erbrachten Stunden das Grundgehalt zuzüglich der weiteren Lohnbestandteile der Höhe nach genügt.

Für die hier geplante Genossenschaft lautet die Idee, mit den Mitarbeitern ein fixes Grundgehalt zu vereinbaren und die Höhe des zusätzlich gezahlten Lohns ausgehend von den vom Mitarbeiter erzielten Umsätzen und den jeweils erbrachten Leistungen zu beziffern. Welcher Mitarbeiter welche Umsätze erzielt hat, würde sich aus der jeweiligen Rechnung ergeben.

Bei der Berechnung des jeweils geschuldeten Lohns könnte zunächst ein Anteil des erzielten Nettoumsatzes, etwa 35 % bis 45 %, als fester Posten für die Genossenschaft abgezogen werden. Dieser Betrag würde in der Genossenschaft verbleiben und zur Deckung der laufenden Kosten verwendet werden (Lohnnebenkosten, Sozialversicherungsbeiträge, Buchhaltung, Vergütung für Vorstände und nichttechnische Mitarbeiter, gemeinschaftliche Anschaffungen, Rücklagen etc.). Der restliche Anteil der jeweils abgerechneten Vergütung, d. h. ca. 55 % bis 65 % der jeweiligen Rechnungssumme, würde demjenigen Techniker zugesprochen, der die Leistung erbracht hat. Erbringen mehrere Techniker innerhalb eines Auftrags ihre Leistungen, würde auf jeden einzeln die von ihm erzielte Vergütung gebucht. Wie die Umsatzanteile den einzelnen Technikern zugeordnet

werden (z.B. über die gesonderte Dokumentation der erbrachten Arbeitsstunden) und ob dabei auch Berücksichtigung finden soll, wer den Auftrag für die Genossenschaft akquiriert hat, kann zwischen den Gründern natürlich noch diskutiert werden.

Auch unterschiedliche Qualifikationen der einzelnen Mitarbeiter können Berücksichtigung finden, z. B, über Differenzierungen bei der Höhe des jeweils geltenden Stundensatzes.

Zu klären wäre noch, wie die Verteilung von erzielten Umsätzen unter verschiedenen Mitarbeitern erfolgen soll, wenn in einem Werkvertrag eine Pauschalsumme mit dem Auftraggeber vereinbart wird.

b) Virtuelles Guthabenkonto

Bei dem für die Genossenschaft geplanten Modell steht bislang die Idee im Raum, die vom jeweiligen Mitarbeiter erzielten Umsätze als „Guthaben" auf einem virtuellen Konto zu parken. Die sich aus den Umsätzen ergebenden variablen Lohnanteile könnten intern für die einzelnen Mitarbeiter der Genossenschaft auf verschiedenen Konten verbucht werden. Dabei würde es sich nicht um einzelne Bankkonten handeln, sondern um fiktive bzw. virtuelle Konten, deren Aufteilung und Führung in dem Arbeitsvertrag näher geregelt werden müsste.

Dem Mitarbeiter die Entscheidung über die Höhe und Häufigkeit von Auszahlungen zu überlassen, halten wir rechtlich für problematisch. Bestimmt der Mitarbeiter auf diesem Weg selbst darüber, welchen Lohn er in einem bestimmten Monat erhält, sprechen damit einhergehende Komplikationen bei der Lohnabrechnung gegen ein solches Modell: Schwanken die monatlichen Auszahlbeträge, schwanken auch die monatlichen Beiträge für Steuer und Sozialversicherung. Dies für jeden Mitarbeiter spontan und flexibel umzusetzen erscheint schwierig. Außerdem müsste jede Auszahlung einzeln bei der Bank angewiesen werden, etwa per Überweisung. Dies bedeutet einen nicht unerheblichen Verwaltungsaufwand. Den einzelnen Mitgliedern den Zugriff auf die Konten der Genossenschaft zu erlauben, erscheint – insbesondere bei einer großen Anzahl an Mitgliedern – nicht ratsam.

Wird andersherum ein monatlicher Lohn vereinbart, dessen Betrag feststeht bzw. sich aus der Berechnung anhand der Umsätze ergibt, entscheidet der Arbeitnehmer aber flexibel darüber, wie viel dieses Lohns er monatlich in bar ausgezahlt bekommt, müsste rechtlich geklärt werden, wie der „liegen bleibende" Betrag zu bewerten ist. In Betracht käme insofern eine Einordnung als Stundung oder als Darlehen. Weiter wären Fragen der Verzinsung zu klären. Für die Genossenschaft würde das Risiko bestehen, dass durch die Mitarbeiter größere Beträge auf ihren virtuellen Konten angespart werden und sodann, im Falle der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses, große Summen auf einen Schlag zur Zahlung fällig werden. Es sollten also jedenfalls Höchstbeträge vereinbart werden.

Schließlich müsste geregelt werden sein, ob Mitarbeiter auf ihrem virtuellen Konto auch über ein negatives Saldo verfügen dürfen. Dies wäre rechtlich als Darlehen der Genossenschaft als Arbeitgeberin an den betroffenen Arbeitnehmer zu verstehen. Auch hier wären Höchstbeträge, Zinsen und die Fälligkeit der Rückzahlung klar zu regeln.

Letztlich stellt sich aus unserer Sicht die Frage, ob ein solches virtuelles Konto – das mit einer Vielzahl an rechtlichen Folgefragen verbunden wäre –überhaupt notwendig ist. Löhne könnten, auch in variabler Höhe, ohne eine solche Verteilung auf Konten ausgezahlt werden. Auch für Zahlungen, die für die Zurverfügungstellung von privaten Arbeitsmitteln erfolgen, wäre ein Konto entbehrlich (dazu unter **VIII. 2.**).

c) Auszahlung von Prämien – im Ermessen des Vorstands

Eine weitere Idee geht dahin, die einem Mitarbeiter monatlich gezahlte Prämie, die über das gesetzlich notwendige Mindestmaß hinausgeht, als freiwillige Leistung der Genossenschaft als Arbeitgeberin vorzusehen. Die Arbeitnehmer hätten dann auf diese Zahlungen keinen Anspruch, sondern würden letztlich der Ankündigung des Vorstands vertrauen, eine zusätzliche Prämie – abhängig von der monatlich für die Genossenschaft erzielten Leistung – auszuzahlen.

Rechtlich würde eine solche Regelung jedoch Schwierigkeiten mit sich bringen. Zunächst wäre die AGB-rechtliche Wirksamkeit einer solchen Regelung, die dem Arbeitgeber einen großen Spielraum zubilligt, angesichts des § 307 BGB zweifelhaft. Denn sie

wäre, aufgrund der Unverbindlichkeit, durchaus mit einer Benachteiligung des Arbeitnehmers verbunden.

Dabei ist außerdem zu beachten, dass ein Arbeitgeber im Rahmen des Arbeitsverhältnisses den Gleichbehandlungsgrundsatz beachten muss. Untersagt ist danach eine sachlich unbegründete Durchbrechung gruppenbezogener Regelungen zum Nachteil einzelner Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen. Werden in Bezug auf verschiedene Arbeitnehmer unterschiedliche Entscheidungen getroffen, kann dies dazu führen, dass benachteiligte Arbeitnehmer ebenfalls weitergehende Leistungen fordern können.

Ein weiteres Risiko liegt in dem Institut der „betrieblichen Übung: Werden bestimmte Verhaltensweisen des Arbeitgebers regelmäßig wiederholt, können Arbeitnehmer darauf schließen, dass ihnen die aufgrund dieser Verhaltensweise gewährten Leistungen oder Vergünstigungen auch künftig auf Dauer gewährt werden. Dies führt dazu, dass Mitarbeiter – obwohl eigentlich freiwillige Zahlungen beabsichtigt waren – Ansprüche auf konkrete Zahlungen erlangen. Um dies zu vermeiden, müsste jede Zahlung mit Hinweisen verbunden werden. Das Risiko, in dem Verhalten des Genossenschaftsvorstands als Arbeitgebervertreter eine betriebliche Übung zu sehen, könnte kaum gänzlich ausgeschlossen werden.

Schließlich ist das Eröffnen solcher Ermessensentscheidungen mit Streitpotential verbunden. Fällt beispielsweise nach der Erledigung eines Auftrags der jeweilige Auftraggeber aufgrund einer eintretenden Insolvenz aus oder zahlt er aus anderen Gründen nicht auf eine fällige Rechnung, könnte der Vorstand geneigt sein, mit der Auszahlung der Prämie noch zu warten. Dies kann zum einen zu Verstößen gegen das MiLoG führen (die Stunden wurden vom Mitarbeiter ja erbracht), zum anderen zu Meinungsverschiedenheiten zwischen Mitarbeitern und Genossenschaftsleitung darüber, welche Aufträge angenommen werden, ob offene Zahlungsansprüche gerichtlich durchgesetzt werden etc.

d) Finanzierbarkeit trotz Untergrenzen

Will man den Arbeitnehmern der neuen Genossenschaft als Lohn einen Brutto-Betrag in Höhe von 55 % bis 65 % desjenigen Betrags auszahlen, den der jeweilige Arbeitnehmer

für die Genossenschaft erzielt hat, müsste dieser Betrag rechnerisch eine Höhe erreichen, die die o. g. Untergrenzen – Sittenwidrigkeit und Mindestlohn – nicht unterschreitet. Das hängt natürlich auch mit dem für einen Auftrag erbrachten Zeitaufwand pro Mitarbeiter ab, der auf der einen Seite zu einer Erhöhung des ihm zustehenden Mindestlohns führen kann, gleichzeitig aber nicht zwingend zu einem höheren Umsatz führen muss (insbesondere bei der Vereinbarung von Pauschalen pro Projekt mit den Auftraggebern).

Dass aufgrund des vereinbarten Grundgehalts und aufgrund des MiLoG eine bestimmte Untergrenze erreicht werden muss, sollte also bei der Gestaltung bzw. Kalkulation der Vergütung in den Werkverträgen Berücksichtigung finden. Gleichzeitig kann die Genossenschaft mittelfristig Rücklagen aufbauen für die Fälle, in denen die mit einem Auftrag erzielten Umsätze nicht genügen, um die mit diesem Auftrag zusammenhängenden Löhne zu zahlen (insbesondere das jeweils geschuldete Grundgehalt). Denn das vereinbarte Grundgehalt schuldet die Genossenschaft auch dann, wenn keine Aufträge bearbeitet bzw. keine Umsätze erzielt werden.

e) Naturalleistungen

Neben Barzahlungen können auch Naturalleistungen vereinbart werden, etwa in Form von technischem Equipment, das als geldwerter Vorteil ebenfalls in die Lohnabrechnung aufgenommen und Teil der Bemessungsgrundläge für sozialversicherungsrechtliche Beiträge wäre. Wird dieses Equipment von dem Mitarbeiter dann aber für seine Tätigkeit bei der Genossenschaft genutzt, müsste eine Vereinbarung über die Auswirkungen dieser Nutzung getroffen werden, s. dazu unter **VIII. 2.** Unzulässig wäre es, eine als Geldschuld eingegangene Vergütungspflicht, ohne dass darüber Einvernehmen mit dem Arbeitnehmer bestehen würde, durch eine Naturalleistung zu tilgen.

> BGH, Urteil vom 12.05.1975 - III ZR 39/73 - NJW 1975, 1515 unter Bezugnahme auf § 107 Abs. 2 Gewerbeordnung.

Entscheidet sich ein Mitarbeiter, an Stelle von Bargeld einen bestimmten Gegenstand, z. B. einen Laptop, als Lohn zu erhalten, würde dieser Gegenstand in das Eigentum des Mitarbeiters fallen. Auch die reine Zurverfügungstellung von Gegenständen zur Nutzung, z. B. von Dienstwagen, kann zwar als Lohn vereinbart werden. Der Höhe nach stellt die

Nutzungsmöglichkeit aber natürlich einen geringeren Wert dar, als die gesamte Anschaffung für den Arbeitnehmer.

Eine Einschränkung für den Umfang des Anteils an Naturalvergütung sieht § 17 Abs. 2 Berufsbildungsgesetz (BBiG) vor, demzufolge in Berufsausbildungsverhältnissen Sachbezüge maximal in Höhe von 75 % der Bruttovergütung auf die Gesamtvergütung angerechnet werden dürfen.

3. Kopplungsklausel – Gleichlauf zwischen Mitgliedschaft und Arbeitsverhältnis

Das Konzept haben wir bislang so verstanden, dass sämtliche Genossenschaftsmitglieder auch Angestellte sein sollen und sämtliche Beschäftigte auch über eine Mitgliedschaft in der Genossenschaft verfügen müssen. Beide Rechtsverhältnisse sollen aneinander gekoppelt sein. Das ist rechtlich nicht zwingend – natürlich könnten auch einfache Anstellungsverhältnisse mit Technikern zustande kommen, die gar nicht Mitglied werden sollen. Das wäre etwa bei der Vereinbarung einer Probezeit vorübergehend der Fall.

Entscheiden sich die Gründer für einen Gleichlauf, so muss dieser nicht nur zu Beginn der Zusammenarbeit erreicht, sondern auch im Laufe der Vertragsbeziehung erhalten werden. Dies erreicht man mit vertraglichen Klauseln, in der Satzung der Genossenschaft und im jeweiligen Anstellungsvertrag, die etwa vorsehen, dass das Ende der Mitgliedschaft einen Kündigungsgrund bzgl. des Arbeitsvertrags darstellt oder, als auflösende Bedingung, den Vertrag unmittelbar zum Erlöschen bringt. Da der Arbeitsvertrag in dem beabsichtigten Konzept als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) angesehen werden muss – die Genossenschaft stellt die darin für eine Vielzahl von Fällen vorformulierten Klauseln dem Arbeitnehmer, der diese nicht einzeln aushandelt – sind bei solchen Klauseln jedoch bestimmte Grenzen einzuhalten. Der Arbeitnehmer darf nicht unangemessen benachteiligt werden, §§ 307 ff. BGB. Insbesondere darf eine Kopplungsklausel nicht dazu führen, dass die für Arbeitnehmer geltenden Kündigungsschutzregelungen unterlaufen werden. Rechtsprechung zu dem konkreten Konstrukt der Anstellung von Arbeitnehmern, die zeitlich Mitglieder in der Arbeitgebergenossenschaft sind, ist zwar noch nicht ersichtlich. Hier kann aber wohl die bereits ausführlich ergangenen Urteile zu

Vertragsklauseln in Geschäftsführeranstellungsverträgen als Orientierung herangezogen werden, die bereits einige Anforderungen aufstellen.

> Vgl. dazu *Graf von Westphalen*, „Koppelungsklauseln in GmbH-Geschäftsführerverträgen auf dem Prüfstand“, in: NZG 2020, 321.

Auf die Details kommt es im jetzigen Stadium noch nicht an. Bei der Formulierung der arbeitsvertraglichen Klausen wird man diese und ggf. weitere Grenzen aber zu berücksichtigen haben.

4. Wettbewerbsverbot

Als Arbeitnehmer unterliegen die Techniker grundsätzlich einem Wettbewerbsverbot, müssen ihre bisherige selbstständige Tätigkeit also aufgeben bzw. für die Zeit ihrer Anstellung aussetzen. Verstöße gegen das Wettbewerbsverbot können die Genossenschaft zur Kündigung berechtigen. Sie kann gegenüber den Mitarbeitern natürlich, soweit sie dies möchte, auf die Einhaltung des Verbots verzichten.

5. Schutz der Arbeitnehmer

Für die Arbeitnehmer bestehen verschiedene gesetzliche Schutzvorschriften, die nicht unterlaufen werden können. Das MiLoG und das ArbZG haben wir beispielhaft bereits genannt, zu denken ist ferner an das Arbeitsschutzgesetz, das Mutterschutzgesetz, das Bundesurlaubsgesetz, das Kündigungsschutzgesetz etc. Wir verzichten an dieser Stelle auf eine umfassende Erläuterung, stehen für Rückfragen zu den Details aber gern zur Verfügung.

VII. Sozialversicherungsrecht

In sozialversicherungsrechtlicher Sicht ist diese Konstruktion wie folgt zu bewerten:

1. Verhältnis zwischen Auftraggeber und Genossenschaft als Auftragnehmerin

Bei der gewählten Ausgestaltung, bei der die Genossenschaft als Auftragnehmerin auftritt, sprechen wesentliche Argumente gegen die Annahme, dass es sich bei dem Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmerin um ein Anstellungsverhältnis handeln könnte. Denn die Genossenschaft ist eine juristische Person. Die Beauftragung einer solchen spricht, ganz gleich, um welche Gesellschaftsform es sich handelt, gegen eine abhängige Beschäftigung.

> Vgl. dazu *Weiss-Bölz*, „Genossenschaftsmodell als Lösung des Problems der Scheinselbstständigkeit?“ in: DStR 2017, 2497 (2498).

Das Risiko, dass das Auftragsverhältnis, das per Werkvertrag besteht, als Scheinselbstständigkeit angesehen und nachträglich mit Sozialversicherungsbeiträgen belastet wird, ist also als gering anzusehen.

Noch offen ist, ob in einer solchen Gestaltung eine Umgehung angesehen werden könnte, mit der Folge, dass trotz der rechtlichen Gegebenheiten doch eine abhängige Beschäftigung angenommen wird. Dieses Risiko droht etwa, wenn die einzelnen Techniker die Genossenschaft allein als „Hülle“ nach außen nutzen, um in einem eigentlich bestehenden Abhängigkeitsverhältnis weiter „selbstständig“ tätig zu sein. Dagegen spricht jedoch, dass die Genossenschaft die durch sie erzielten Umsätze nicht eins zu eins an ihre Mitglieder weitergibt. Sie verfolgt vielmehr einen eigenen Zweck, wie bspw. die Übernahme von Buchhaltungstätigkeiten, Marketing usw. Unseres Erachtens ist die Annahme eines Umgehungsgeschäfts also nicht wahrscheinlich.

Um die Rechtssicherheit zu erhöhen, könnte der Genossenschaftsvertrag und ein beispielhafter Arbeitsvertrag auch vor Beginn der Tätigkeit der Genossenschaft der Deutschen Rentenversicherung (DRV) im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens zur Prüfung vorgelegt werden. Die DRV prüft jedoch keine Musterverträge; die Gründung und der Abschluss des Beispielvertrags müssten bereits erfolgt sein.

2. Verhältnis zwischen Genossenschaft und Mitarbeitern

Auch im Verhältnis zwischen der Genossenschaft und ihren Mitarbeitern ergeben sich keine sozialversicherungsrechtlichen Probleme. Denn diesbezüglich werden die Beiträge ja für jeden Mitarbeiter vollständig abgeführt.

Hierin liegt der maßgebliche Unterschied zum viel diskutierten „Genossenschaftsmodell", in dem die einzelnen Mitglieder ihre jeweilige selbstständige Tätigkeit fortsetzen und für die durch sie erzielten Gewinne eben keine Beiträge abgeführt werden.

3. Gefahr der illegalen Arbeitnehmerüberlassung

Solange die Techniker für ihre Arbeitgeberin, die Genossenschaft, tätig sind und ihren Weisungen unterliegen, besteht kein Risiko, dass diese Konstruktion als illegale Arbeitnehmerüberlassung eingeordnet werden könnte. Anders würde dies nur dann aussehen, wenn die Weisungen in der tatsächlichen Umsetzung letztlich nicht von der Genossenschaft bzw. ihren Vertretern erteilt würden, sondern vom Auftraggeber direkt an die Techniker vor Ort.

> Vgl. dazu *Geulen/Vogt*, „Genossenschaft – Ausweg aus der Scheinselbstständigkeit oder durch illegale Arbeitnehmerüberlassung?", in: ArbRAktuell 2019, 499; *Weiss-Bölz*, „Genossenschaftsmodell als Lösung des Problems der Scheinselbstständigkeit?" in: DStR 2017, 2497 (2499).

Es ist bei der Umsetzung also wichtig, dass die Techniker anerkennen, Angestellte der Genossenschaft zu sein. Innerhalb der Genossenschaft könnte ggf. auch eine Hierarchie aufgebaut werden, sodass Weisungsketten leichter nachvollziehbar sind. Wenn Weisungen vom Auftraggeber erfolgen, etwa Anordnungen, wie Leistungen konkret zu erbringen sind, sollte immer klar sein, dass diese aufgrund des Werkvertrags gegenüber der Genossenschaft erklärt und nur deshalb mündlich an den Techniker adressiert werden, weil dieser zufällig gerade als Ansprechpartner vor Ort ist. Die Organisation der Betriebsabläufe sollte jedoch von der Genossenschaft koordiniert werden – eine Rücksprache zwischen dem Genossenschaftsvertreter und dem Auftraggeber schadet dabei nicht. Um eine Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers zu vermeiden, sind bei der Ausgestaltung und Durchführung der Aufträge einige Aspekte zu beachten. Hier besteht aber

Spielraum, der das Risiko einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung zumindest deutlich reduzieren kann. Darüber sollten wir sprechen, wenn es zu einer konkreten Ausgestaltung der Aufträge kommt.

VIII. Eigentumsverhältnisse

Eine in diesem Konstrukt noch offene Frage ist diejenige nach den Eigentumsverhältnissen an Ausstattung und Technikmaterial. Hier kommen – je nach den tatsächlichen Umständen – verschiedene juristische Wege in Betracht. Drei Konstellationen möchten wir einmal beispielhaft beleuchten.

1. Neue Genossenschaft tätigt zu Beginn Investitionen

Grundsätzlich liegt es in der Verantwortung des Unternehmens, die für die Aufträge notwendigen Betriebsmittel zu beschaffen und den Arbeitnehmern zur Verfügung zu stellen. Die Entscheidung, welche Betriebsmittel notwendig sind, welche angeschafft werden müssen und welche von Dritten gemietet werden können, trifft der Vorstand, der auch die entsprechenden Verträge unterzeichnen würde. Selbstverständlich kann er vorab die Vertreterversammlung in die Entscheidung mit einbeziehen.

Schafft die Genossenschaft selbst Betriebsmittel an, kann sie deren Nutzung durch die Angestellten bzw. Genossenschaftsmitglieder durch Weisungen regeln. Beispielsweise kann sie, vertreten durch den Vorstand oder einen leitenden Angestellten, die Verteilung in Arbeitsanweisungen und Plänen organisieren.

2. Techniker verfügen über eigenes Equipment

Viele Techniker, die sich mit dem Gedanken tragen, Mitglied der Genossenschaft und damit auch Angestellter der Genossenschaft zu werden, werden bereits über eigenes Equipment verfügen. Dieses werden sie ggf. auch in Zukunft, bei einer Tätigkeit für die Genossenschaft als Arbeitgeberin, zur Verfügung stellen können, um es entweder selbst zu nutzen oder, weil sie es für ihre selbstständige Tätigkeit ja nicht mehr benötigen, anderen zur Nutzung anzubieten. Eine solche Nutzungsüberlassung von privaten Gegenständen des Arbeitnehmers ist in Anstellungsverhältnissen nicht unüblich, bringt jedoch

viele Fragen mit sich, die zwischen den Beteiligten diskutiert und geregelt werden müssen.

Vorab ist die Frage zu beantworten, ob der Arbeitnehmer diese Gegenstände an die Genossenschaft verkauft (dann handelt es sich nach dem Kauf um normale Betriebsmittel, die keiner weiteren Regelung bedürfen) oder ob er sie an die Genossenschaft vermietet, letztlich aber selbst Eigentümer bleibt. Die zweite Variante bedarf einer umfassenden Regelung, in entweder in den Arbeitsvertrag aufgenommen oder als gesonderte Nutzungsvereinbarung gestaltet werden kann. In dieser Vereinbarung sollte bspw. geregelt werden, ob die Nutzung über die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses erfolgt oder nur für ein einzelnes Projekt, ob für die Nutzung ein Entgelt gezahlt wird, ob entsprechende Haftpflichtversicherungen abgeschlossen werden soll und wenn ja, wer die damit verbundenen Kosten trägt. Schließlich kann auch geregelt werden, was bei Verlust, Beschädigung oder Verschleiß passiert – ob also der Arbeitnehmer neue Beschaffungen tätigen muss oder ob dies in der Folge von der Genossenschaft erledigt wird. Geklärt werden sollte auch, ob nur derjenige Arbeitnehmer den Gegenstand für seine berufliche Tätigkeit nutzt, dem er gehört, oder ob er auch anderen Kollegen zur Nutzung überlassen werden darf – und wer darüber entscheidet. Dabei kann dies alles mit verschiedenen Arbeitnehmern natürlich unterschiedlich ausgestaltet werden.

Entsprechende Kaufpreis- oder Mietzahlungen könnten auf dem virtuellen Konto des Arbeitnehmers verbucht oder einzeln abgerechnet und direkt ausgezahlt werden. Die ideale Gestaltung sollte dabei mit einem Steuerberater erörtert werden. Dabei sollten auch die Arbeitnehmer die für sie geltenden steuerrechtlichen Folgen im Blick behalten – ein an sie gezahlter Kaufpreis oder eine gezahlte Miete wäre kein Lohnbestandteil und daher nicht Teil der Bemessungsgrundlage für Einkommensteuer und Sozialversicherungsbeiträge. Eine gesonderte Abrechnung erscheint vor diesem Hintergrund vorteilhaft.

Aus Sicht der Mitarbeiter ist wichtig, dass die Vermietung von Gegenständen an die Genossenschaft umsatzsteuer- und einkommensteuerrechtliche Folgen mit sich bringt. Diese sollten im Blick behalten und ggf. mit einem Steuerberater geklärt werden.

Werden Gegenstände von einem Mitarbeiter zu Beginn seiner Tätigkeit an die Genossenschaft verkauft, d. h. in Genossenschaftseigentum überführt, würde dies auch bedeuten,

dass diese Gegenstände bei einer Beendigung der Zusammenarbeit in der Genossenschaft verbleiben. Die Genossenschaft könnte außerdem frei über den Gegenstand entscheiden (wird er entsorgt, genutzt, ersetzt etc.). Will ein Techniker dies vermeiden, etwa weil er persönlich an einem Gegenstand hängt, sollte eher ein Nutzungsvertrag geschlossen werden.

3. Techniker benötigt neues Equipment

Stellt sich im Laufe der Zusammenarbeit heraus, dass weitere Arbeitsmittel benötigt werden, obliegt die Entscheidung über die Anschaffung grundsätzlich dem Vorstand. Selbstverständlich kann er aber Anregungen oder Wünsche der Mitglieder umsetzen. Die Kosten würden dabei grundsätzlich von der Genossenschaft getragen.

Selbstverständlich kann ein einzelnes Mitglied auch Anschaffungen, die es für richtig hält, die von der Genossenschaft aber nicht unterstützt werden, selbst tätigen oder vereinbaren, dass er bestimmte Arbeitsmittel als Lohnersatz in Form der Naturalleistung erhält. Dies würde dann auf eigene Kosten geschehen bzw. den in Geld auszuzahlenden Betrag mindern. Ob sodann die Nutzung selbst angeschaffter Gegenstände für die Tätigkeit in der Genossenschaft in Betracht kommt, hängt wiederum von einer Regelung mit der Arbeitgeberin ab. Aufgrund der Weisungsgebundenheit könnte ein Arbeitnehmer – bei Uneinigkeit über die Verwendung bestimmter Arbeitsmittel – seinen Willen nicht gegen den der Genossenschaft durchsetzen.

4. Sicherheit

Wichtig ist aus Sicht der Genossenschaft, dass sie auch für privat angeschaffte Arbeitsmittel zur Gewährleistung der Sicherheit verpflichtet ist. Die Betriebssicherheitsverordnung verbietet nicht das Verwenden privat beschaffter Arbeitsmittel. Nutzen Beschäftigte aber privat beschaffte Arbeitsmittel bei der Arbeit, so fallen auch diese Arbeitsmittel unter die Bestimmungen der Betriebssicherheitsverordnung. Übernommene Arbeitsmittel sollten daher genauso geprüft und gewartet werden, wie diejenigen, die in das Eigentum der Genossenschaft selbst fallen. Käme es zu Schäden, könnte sich die Genossen-

schaft nicht mit dem Einwand einer Haftung entziehen, der Arbeitnehmer habe das schädigende Arbeitsmittel schon immer so genutzt und dies frei entschieden. Nicht bei allen Arten von Equipment ist dieser Weg daher sinnvoll.

5. Zweifelsfreie Zuordnung von Gegenständen

Kommt es tatsächlich dazu, dass im Betrieb künftig Arbeitsmittel der Genossenschaft und Arbeitsmittel der einzelnen Mitglieder parallel verwandt werden, sollte ein System gefunden werden, um das Eigentum jeweils klar zuzuordnen, etwa indem Gegenstände farblich gekennzeichnet oder in Listen notiert werden. Es sollte nicht nur klar sein, wie viele Dinge welcher Person zuzuordnen sind, sondern auch, welche Gegenstände konkret betroffen sind. Nur so kann bspw. in einem Schadensfall die Haftungsfrage geklärt werden (wer war für Instandhaltung/Wartung zuständig, besteht eine Versicherung, wem ist ein Schaden zu ersetzen etc.). Unklare Verhältnisse wären wohl mit Konflikten verbunden.

IX. Ergebnis

Im Ergebnis halten wir es für aussichtsreich, das von Ihnen vorgestellte Konzept weiter zu verfolgen. In rechtlicher Sicht bestehen zwar bestimmte Grenzen, die bei der Gestaltung einzuhalten sind. Soweit dies gelingt, halten wir es aber für denkbar, dass Sie die von Ihnen verfolgten Ziele auf diesem Weg erreichen. Dies liegt insbesondere daran, dass Sie Unterschied zum viel diskutierten „Genossenschaftsmodell“, in dem die einzelnen Mitglieder ihre jeweilige selbstständige Tätigkeit fortsetzen, planen, die Beiträge für jeden Mitarbeiter vollständig abzuführen.

Offene Fragen bestehen vor allem in arbeitsrechtlicher bzw. arbeitnehmerüberlassungsrechtlicher Hinsicht. Um diese im Detail beantworten zu können, müssten wir genauer wissen, wie die Tätigkeit der einzelnen Techniker in Zukunft aussehen soll. Wir halten es daher für sinnvoll, dies gemeinsam zu besprechen und die verschiedenen Möglichkeiten zu diskutieren, bevor Muster-Arbeitsverträge entworfen werden. Im Ergebnis ist auch denkbar, dass für verschiedene Angestelltenverhältnisse verschiedene Arbeitsverträge gestaltet werden.

Für Rückfragen stehen wir jederzeit gern zur Verfügung.

Mit freundliche Grüßen

gez.
Dr. Worms
Rechtsanwalt

gez.
Wessel
Rechtsanwältin