

Management Summary



Schulbaugesellschaft Remscheid

1 Ausgangslage

Die Stadt Remscheid (Stadt) beabsichtigt, eine Schulbaugesellschaft zu gründen. Die Schulbaugesellschaft soll im Auftrag der Stadt Schulimmobilien planen, errichten und ggf. auch betreiben. Sie soll kein Eigentum an Immobilien und Liegenschaften erwerben. Auch sollen keine Grundstücke in die Gesellschaft eingebracht werden. Eigentümer der Grundstücke bleibt bzw. wird vielmehr die Stadt.

Anlass der Überlegungen zur Gründung einer eigenen Schulbaugesellschaft sind diverse Herausforderungen, mit denen die Stadt aktuell konfrontiert ist. Hierzu gehören insbesondere die angespannte Haushaltslage, der Investitionsstau, der zu erwartende Anstieg der Schüleranzahlen in den kommenden Jahren sowie die mit dem Rechtsanspruch auf Ganztagsbetreuung für Grundschulkindern einhergehenden erhöhten baulichen Voraussetzungen an Schulbauten. Zudem besteht bei der Stadt – wie generell innerhalb der öffentlichen Verwaltung – ein personeller Engpass. Vakante Stellen können nicht wieder bzw. nicht neu besetzt werden.

Die Stadt verfolgt mit der Gründung einer eigenen Schulbaugesellschaft folgende Ziele:

- Schnellere Umsetzung der Bauvorhaben, z.B. durch teilweise Lösung von vergaberechtlichen Bindungen
- Effizienterer Mitteleinsatz durch eine zentrale Koordination der erforderlichen Bauprojekte
- Steigerung der Attraktivität als Auftraggeber durch schlankere Entscheidungsprozesse
- Höhere Flexibilität durch privatwirtschaftliche Personal-, Führungs- und Ablauforganisation
- Verbesserte Kommunikation in den Schulgemeinden

- Steigerung der Attraktivität als Arbeitgeber mit im Vergleich zum öffentlichen Dienst flexibleren Gehaltsstrukturen

Die Stadt erwägt, perspektivisch weitere Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge – wie etwa den Bau, die Sanierung und die Instandhaltung von weiteren Verwaltungsgebäuden (z.B. Kindertageseinrichtungen) – im Rahmen eines modernen Gebäudemanagements auf die Schulbaugesellschaft zu übertragen.

Die Kanzlei HEUKING hat die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Gründung einer Schulbaugesellschaft und die perspektivische Integration weiterer Aufgaben geprüft und ist zu folgendem Ergebnis gelangt:

2 Rechtslage

2.1 Gründung der Schulbaugesellschaft

Die Gründung bzw. das spätere Tätigwerden der Schulbaugesellschaft ist vergabe-, beihilfe-, arbeits-, haushalts- und steuerrechtlich zulässig und umsetzbar.

Vorzugswürdige und zulässige **Organisationsform** für die Schulbaugesellschaft ist – unter Berücksichtigung der verfolgten Ziele und vor allem der kommunalrechtlichen Rahmenbedingungen – die privatrechtliche GmbH. Eine privatrechtliche Rechtsform ist bei der geplanten nichtwirtschaftlichen Betätigung der Schulbaueinheit zulässig. Denn es besteht für eine solche ein wichtiges Interesse der Stadt i.S.d. § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 der GO NRW. Hiermit kann die gemeindliche Aufgabenerfüllung im Bereich Schulbau nachhaltig verbessert werden. Die privatrechtliche Organisationsform bietet gegenüber den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen wie insbesondere dem Zweckverband, dem Eigenbetrieb bzw. der eigenbetriebsähnlichen Einrichtung und dem Kommunalunternehmen diverse Vorteile. Die privatrechtliche Rechtsform ermöglicht vor allem eine zügigere und flexiblere Aufgabenerfüllung – z.B. durch die teilweise Lösung von vergaberechtlichen Bindungen – sowie eine leichtere Gewinnung von Fachpersonal durch die Abkopplung vom öffentlichen Dienst. Innerhalb der möglichen privatrechtlichen Organisationsformen kann die Rechtsform der GmbH die Ziele der Stadt und die kommunalrechtlichen Vorgaben am besten umsetzen. Im Unterschied zur AG kann die Stadt die innere Struktur der GmbH weitestgehend frei regeln. Insbesondere kann sie sich vertraglich, als alleinige Gesellschafterin, ausreichende Einflussmöglichkeiten auf die GmbH sichern. Die Geschäftsführung der GmbH ist – anders als der Vorstand der AG – weisungsgebunden (§ 37 Abs. 1 GmbHG). Daneben ist die Haftung der Stadt auf das Stammkapital begrenzt (§ 13 Abs. 2 GmbHG).

Die Neugründung ist im Einklang mit den Vorgaben des **Gesellschaftsrechts** und den **kommunalrechtlichen Besonderheiten** umzusetzen. Insbesondere bedarf es den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages bzw. einer Satzung. Über den gesellschaftsrechtlich normierten Mindestinhalt hinaus hat die Stadt z.B. sicherzustellen, dass gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 GO NRW der öffentliche Zweck der Einrichtung erfüllt wird. Aufgrund der rechtlichen Selbstständigkeit der GmbH muss die Stadt über die Gesellschaftsorgane, insbesondere die Gesellschafterversammlung, hinreichend Einfluss auf die Gesellschaft nehmen können.

Daneben sind für die Gründung weitere kommunal- und gesellschaftsrechtliche Schritte zu beachten. Neben einem Ratsbeschluss gemäß § 41 Abs. 1 Satz 2 lit. m) GO NRW bedarf es insbesondere der vorherigen Anzeige der Gesellschaftsgründung bei der Bezirksregierung nach § 115 Abs. 1 lit. a) GO NRW. Gesellschaftsrechtlich sind vor allem die Gründung einer Vor-GmbH durch notarielle Beurkundung der Satzung, die Einzahlung des Stammkapitals (§ 7 Abs. 2 GmbHG) sowie eine Handelsregisteranmeldung (§ 11 Abs. 1 GmbHG) erforderlich. In steuerrechtlicher und gewerbeaufsichtsrechtlicher Hinsicht bedarf es einer Erfassung der Schulbaugesellschaft bei dem zuständigen Finanzamt sowie der zuständigen Gewerbeaufsicht innerhalb eines Monats nach Aufnahme der operativen Tätigkeiten (§ 138 Abs. 1 Satz 1, Abs. 1b, Abs. 4 AO).

Als **Alternative** zur Gründung einer (neuen) Schulbaugesellschaft kann die Stadt auch eine sog. Vorratsgesellschaft erwerben und diese entsprechend ausgestalten.

Das Auftragsverhältnis zwischen der Stadt als Auftraggeberin und der Schulbaugesellschaft als Auftragnehmerin ist in einem **Rahmenvertrag** auszugestalten. Die Stadt ist auf Grundlage des Rahmenvertrages berechtigt, bei der Schulbaugesellschaft Einzelaufträge für Planungs- und/oder Bauausführungsleistungen eines Bauprojektes abzurufen. Die Schulbaugesellschaft wird dabei im eigenen Namen und auf eigene Rechnung tätig. Die Stadt hat die Schulbaugesellschaft im Rahmen des Auftragsverhältnisses zu vergüten. Zweckmäßig ist grundsätzlich es, die Vergütung nach dem sog. „cost-plus-fee-Prinzip“ auszugestalten. Hierbei werden alle erforderlichen Kosten, die der Auftragnehmer nachweislich im Rahmen des Auftrags aufwenden muss, erstattet. Daneben kann er eine angemessene Gewinnspanne beanspruchen. Dieses Vergütungs-Modell bedarf individueller Regelungen, um die Höhe der Kosten zu ermitteln und auch kontrollieren zu können. Alternativ ist es grundsätzlich auch denkbar, die Managementkosten, unter Berücksichtigung der steuerrechtlichen Auswirkungen, durch einen Zuschuss zur Verlustabdeckung (Betriebskostenzuschuss) zu ersetzen.

Die Gründung bzw. der spätere Betrieb der Schulbaugesellschaft als Inhouse-Gesellschaft der Stadt ist **vergaberechtlich** zulässig. Die Stadt darf die Schulbaugesellschaft mit der Planung und dem Bau neuer Schulimmobilien beauftragen, ohne zuvor ein Vergabeverfahren durchführen zu müssen. Dies gilt unabhängig vom Erreichen der jeweiligen Schwellenwerte. Denn die Schulbaugesellschaft ist gemäß § 108 Abs. 1 GWB inhouse-fähig. Die

Schulbaugesellschaft ist – wenn sie selbst Aufträge vergibt – unterhalb der Schwellenwerte nicht an das Vergaberecht gebunden. Oberhalb der Schwellenwerte (derzeit € 221.000,00 für Lieferungen und Dienstleistungen und € 5.538.000,00 für Bauleistungen) muss sie das Vergaberecht hingegen beachten.

Die Beauftragung sowie finanzielle Ausstattung der Schulbaugesellschaft durch die Stadt ist **beihilferechtlich** zulässig. Die Aufträge an die Schulbaugesellschaft sind keine Beihilfen im Sinne des Art. 107, 108 AEUV. Gleiches gilt für die finanzielle Ausstattung der Schulbaugesellschaft mit kommunalen Mitteln. Die Schulbaugesellschaft ist mangels Unternehmenseigenschaft im beihilferechtlichen Sinn bereits kein tauglicher Beihilfeadressat. Denn sie geht keiner wirtschaftlichen Tätigkeit nach. Vielmehr nimmt sie allein hoheitliche Aufgaben wahr, die sonst der Stadt obliegen würden. Daneben sind weder die Aufträge noch die Mittel geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Die Gesellschaft ist ausschließlich im Stadtgebiet von Remscheid tätig. Auch eine Wettbewerbsverfälschung liegt nicht vor. Die Schulbaugesellschaft steht selbst nicht im Wettbewerb mit anderen Unternehmen, da sie im hoheitlichen Bereich der Daseinsvorsorge tätig ist.

Arbeitsrechtlich ist die Schulbaugesellschaft nicht verpflichtet, sich den Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes (TVöD) zu unterwerfen. So kann die Gesellschaft im Rahmen der Suche nach qualifizierten Beschäftigten mit flexiblen und attraktiven Gehältern überzeugen und dem personellen Engpass begegnen.

Die Gründung und der Betrieb der Schulbaugesellschaft ist auch **haushaltsrechtlich** zulässig, sofern insbesondere die Informations- und Prüfrechte des § 112 Abs. 1 GO NRW i.V.m. § 53 Abs. 1 und § 54 HGrG beachtet werden.

In **steuerrechtlicher** Hinsicht ist insbesondere Folgendes zu beachten: Obgleich die Schulbaugesellschaft hoheitliche Aufgaben wahrnehmen wird, die sonst der Stadt obliegen würden, unterliegen die Tätigkeiten der Schulbaugesellschaft in der Rechtsform einer GmbH grundsätzlich der Besteuerung mit Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer sowie der Umsatzsteuer. Grunderwerbsteuerliche Implikationen ergäben sich aufgrund des Verbleibs der Grundstücke im Eigentum der Stadt nur, sofern die Verwertungsbefugnis an diesen Grundstücken auf die Schulbaugesellschaft übertragen würde. Im Fall der bloßen Projektbetreuung der Schulbauten lässt sich die Entstehung von Grunderwerbsteuer aufgrund eines Tätigwerdens der Schulbaugesellschaft infolgedessen vermeiden.

2.2 Perspektivische Übertragung weiterer Aufgaben

Die Stadt darf weitere Aufgaben auf die Schulbaugesellschaft übertragen.

Beschränken sich die neuen Aufgaben, wie derzeit beabsichtigt, auf den Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge, sind aus **kommunalrechtlicher** Sicht grundsätzlich keine weiteren Voraussetzungen zu beachten. Denn sog. nichtwirtschaftliche Tätigkeiten sind gemäß Art. 107 Abs. 2 GO NRW kommunalrechtlich privilegiert. Etwas anderes gilt nur für den Fall, dass die Schulbaugesellschaft auch wirtschaftliche Tätigkeiten erbringen soll. Dann wären die Marktzutrittschürden des § 107 Abs. 1 GO NRW sowie die weiteren für die wirtschaftliche Betätigung geltenden Beschränkungen der §§ 107 ff. GO NRW einzuhalten.

Die Integration weiterer Aufgaben ist auch **vergaberechtlich** zulässig. Die Stadt darf die Schulbaugesellschaft – neben der Planung und dem Bau neuer Schulimmobilien – mit weiteren Aufgaben, etwa dem Bau, der Sanierung und der Instandhaltung von weiteren Verwaltungsgebäuden (z.B. Kindertageseinrichtungen) beauftragen, ohne zuvor ein Vergabeverfahren durchführen zu müssen. Dies gilt unabhängig vom Erreichen der jeweiligen Schwellenwerte und des betroffenen Aufgabenbereichs. Denn die Schulbaugesellschaft ist gemäß § 108 Abs. 1 GWB inhouse-fähig. Die Schulbaugesellschaft ist – wenn sie selbst Aufträge vergibt – unterhalb der Schwellenwerte nicht an das Vergaberecht gebunden. Oberhalb der Schwellenwerte muss sie das Vergaberecht hingegen beachten.

Die Integration weiterer Aufgaben in die Schulbaugesellschaft ist **beihilferechtlich** zulässig. Um eine wirtschaftliche Tätigkeit sowie eine Wettbewerbsverfälschung im Sinne des Beihilferechts und damit eine Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV auszuschließen, sollte sich die Aufgabenerweiterung auf den Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge beschränken.

Die Aufgabenerweiterung ist im Einklang mit den Vorgaben des **Gesellschaftsrechts** und den **kommunalrechtlichen Besonderheiten** umzusetzen. Sofern der in der Satzung festgelegte Unternehmensgegenstand keine über die Errichtung, Sanierung und Erweiterung von Schulen hinausgehenden Betätigungen der Gesellschaft erlaubt, bedarf es gesellschaftsrechtlich einer Satzungsänderung. Aktuell ermöglicht der Satzungsentwurf jedoch auch die Durchführung sonstiger Hochbaumaßnahmen durch die Schulbaugesellschaft. Hat die Aufgabenerweiterung eine *wesentliche* Änderung des Gesellschaftszwecks zur Folge, ist die entsprechende Entscheidung der Stadt gemäß § 115 Abs. 1 Satz 1 lit. a) GO NRW der Bezirksregierung anzuzeigen. Beschränkt sich die Aufgabenerweiterung auf den Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge, ist mit guten Argumenten eine wesentliche Änderung des Gesellschaftszwecks zu verneinen. Denn insoweit besteht ein Bezug der bisherigen Aufgaben in Sachen Schulbau zu den neuen Aufgaben.

Bei der „Überführung“ von städtischem Personal aus dem Bereich des Gebäudemanagements hin zur neu gegründeten Gesellschaft ist Folgendes in **arbeitsrechtlicher** Hinsicht zu beachten:

Eine „Überführung“ von Mitarbeitern der Gemeinde in die Schulbaugesellschaft ist grundsätzlich im Rahmen individualvertraglicher Vereinbarungen möglich. Durch die „Überführung“ könnte es zu einem Betriebs(teil)übergang nach § 613a BGB kommen. Widerspricht ein Arbeitnehmer dem Betriebsübergang oder stimmt er einem beabsichtigten individualvertraglichen Wechsel nicht zu, so besteht für die Stadt alternativ die Möglichkeit der sog. Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 Satz 1 TVöD.

Das LPersVG NRW sieht ein Beteiligungsrecht des Personalrats bei Privatisierung in Form eines Mitbestimmungsrechts vor, vgl. § 72 Abs. 4 Satz 1 Nr. 22 LPersVG NRW (LPersVG). Sofern Mitarbeiter der Gemeinde fortan ihre Tätigkeit nicht mehr für die Gemeinde, sondern für und bei der Schulbaugesellschaft erbringen sollen, ist davon auszugehen, dass es sich hierbei um eine Privatisierung handelt. Das Mitbestimmungsrecht wird durch § 66 Abs. 7 Satz 3, 68 LPersVG dahingehend eingeschränkt, dass das Letztentscheidungsrecht nicht bei der Einigungsstelle liegt. Die Einigungsstelle kann ausschließlich eine Empfehlung aussprechen. Über die Privatisierung entscheidet final weiterhin die Dienststellenleitung, vgl. § 68 LPersVG.

Nach dem Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils (in der Terminologie des Personalvertretungsgesetzes: „Dienststellen“) auf einen privaten Rechtsträger – gleich auf welchem rechtlichen Wege – findet das Personalvertretungsrecht keine Anwendung mehr. Es gilt stattdessen das Betriebsverfassungsgesetz.

In **ertragsteuerrechtlicher** Hinsicht ergeben sich grundsätzlich keine wesentlichen Unterschiede zur Entwicklungsstufe 1. In Abhängigkeit von dem Umfang und der Art der weiteren zu betreuenden Bauprojekte kann allerdings eine Anpassung der Gewinnmarge erforderlich werden, sodass diese in Abstimmung mit einem steuerrechtlichen Berater überwacht und erforderlichenfalls angepasst werden sollte, um die Rechtsfolgen einer verdeckten Gewinnausschüttung zu vermeiden.

In **umsatzsteuerrechtlicher** Hinsicht sowie grunderwerbsteuerrechtlicher Hinsicht gelten die Ausführungen zur Gründung der Schulbaugesellschaft ebenfalls entsprechend.

Düsseldorf, den 02.12.2024

gez. Dr. Laurence Westen

gez. Mike Steffen

gez. Sarah Rose

gez. Christoph Hexel

gez. Laura-Felicia Bokranz

gez. Fabian Gaffron

gez. Simon Pommer