

Rechtliche
Stellungnahme



02.12.2024

ZUR GRÜNDUNG EINER SCHULBAUGESELLSCHAFT

ENTWICKLUNGSSTUFE 1

STADT  REMSCHEID

Erstellt im November 2024

durch

Rechtsanwalt Dr. Laurence Westen

Rechtsanwalt Mike Steffen

Rechtsanwältin Sarah Rose

Rechtsanwalt Christoph Hexel

Rechtsanwältin Laura-Felicia Bokranz

Rechtsanwalt Fabian Gaffron

Rechtsanwalt Simon Pommer

INHALTSVERZEICHNIS

1	Ausgangslage	5
	1.1 Haushaltslage und Investitionsstau	5
	1.2 Rechtsanspruch auf Ganztagsbetreuung für Grundschul Kinder ab 2026	5
	1.3 Strukturelle Anforderungen durch G8 und G9	6
	1.4 Demografische Entwicklung und Schulentwicklung	6
	1.5 Personeller Engpass	6
	1.6 Umfangreiche und komplizierte rechtliche Rahmenbedingungen	6
2	Ziele und Rahmenbedingungen	7
3	Beispiele für Schulbaugesellschaften in anderen Kommunen in NRW	9
4	Prüfauftrag	10
5	Rechtsslage	11
	5.1 Vorzugswürdige Rechtsform	14
	5.1.1 Wahl der Organisationsform	15
	5.1.2 Umsetzung der Gründung	31
	5.2 Vergaberecht	48
	5.2.1 Inhouse-Fähigkeit der Schulbaugesellschaft	49
	5.2.2 Kein Vergaberecht für Schulbaugesellschaft im Unterswellenbereich	51
	5.3 Beihilferecht	53
	5.3.1 Schulbaugesellschaft kein begünstigtes Unternehmen	54
	5.3.2 Fehlende Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handelns/keine Wettbewerbsverfälschung	55
	5.4 Arbeitsrecht	57
	5.5 Haushaltsrecht/Zahlungsverkehr	59

5.5.1	Haushaltsrecht	59
5.5.2	Zahlungsverkehr.....	61
5.6	Steuerrecht.....	63
5.6.1	Ertragsteuern.....	63
5.6.2	Umsatzsteuer	66
5.6.3	Grunderwerbsteuer.....	69
6	Ergebnis.....	69

Diese Rechtliche Stellungnahme ist durch das Urheberrecht geschützt. Eine Weitergabe – auch nur auszugsweise – ist ohne Zustimmung der Autoren unzulässig.

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.

Der Rat der Stadt hat mit Beschluss vom 27.06.2024 die Verwaltung beauftragt, die Gründung der Schulbaugesellschaft vorzubereiten. Hierzu soll sie insbesondere ein Gutachten erstellen lassen, in dem die rechtlichen Rahmenbedingungen sowie die mögliche Organisationsstruktur dargestellt werden.

Anlass der Überlegungen zur Gründung einer eigenen Schulbaugesellschaft sind diverse Herausforderungen, mit denen die Stadt aktuell konfrontiert ist. Diese machen insbesondere eine Beschleunigung der Bauvorhaben sowie eine effizientere Mittelverwendung erforderlich:

1.1 Haushaltslage und Investitionsstau

Die Stadt steht, wie andere Kommunen in Nordrhein-Westfalen, vor finanziellen Herausforderungen. Hinzu kommt der massive Investitionsstau bei öffentlichen Schulen. Die angespannte Haushaltslage auf der einen und der Investitionsstau auf der anderen Seite erfordern innovative und effiziente Lösungen, um die Investitionsbedarfe, insbesondere im Bereich der Bildungsinfrastruktur, bewältigen zu können.

1.2 Rechtsanspruch auf Ganztagsbetreuung für Grundschulkinder ab 2026

Daneben muss die Stadt den Rechtsanspruch auf Ganztagsbetreuung für Grundschulkinder rechtzeitig umsetzen und die dafür erforderlichen Kapazitäten schaffen. Der Rechtsanspruch folgt aus dem Achten Sozialgesetzbuch (SGB VIII) in Verbindung mit dem Ganztagsförderungsgesetz (GaFöG). Ein Ausführungsgesetz für Nordrhein-Westfalen ist noch nicht vorhanden.

Ab dem Schuljahr 2026/2027 haben Grundschulkinder der ersten Klassenstufe einen Anspruch auf Ganztagsbetreuung. Der Anspruch wird in den Folgejahren um je eine Klassenstufe erweitert. Damit hat ab dem Schuljahr 2029/2030 jedes

Grundschulkind der Klassenstufen eins bis vier einen Anspruch auf ganztägige Betreuung. Hiermit gehen diverse erhöhte bauliche Voraussetzungen an die Schulbauten einher, um den gestiegenen Ansprüchen gerecht werden zu können.

1.3 Strukturelle Anforderungen durch G8 und G9

Die Landesregierung in Nordrhein-Westfalen hat die Rückkehr von G8 zu G9 beschlossen. Zum Schuljahr 2019/2020 sind alle Gymnasien zu G9 zurückgekehrt, die sich nicht aktiv für eine Beibehaltung von G8 ausgesprochen haben. Der erste neue G9-Jahrgang wird seine Schullaufbahn mit dem Abitur 2027 abschließen. Folge ist, dass die betroffenen Gymnasien einen zusätzlichen Jahrgang beschulen müssen und entsprechend mehr Schulraum benötigen.

1.4 Demografische Entwicklung und Schulentwicklung

Nach den demografischen Prognosen ist ein Anstieg der Schülerzahlen in den kommenden Jahren zu erwarten. Hintergrund ist eine wachsende Bevölkerung sowie die Zunahme von Schülerinnen und Schülern, die durch Migration und Zuzug nach Remscheid kommen.

1.5 Personeller Engpass

Bei der Stadt besteht – wie generell innerhalb der öffentlichen Verwaltung – ein personeller Engpass. Vakante Stellen können nicht wieder bzw. nicht neu besetzt werden. Wesentliche Ursache ist der allgemeine Fachkräftemangel, insbesondere bedingt durch den demografischen Wandel und den stetigen Aufgabenzuwachs bei den Kommunen. Die Stadt steht bei der Suche nach qualifizierten Beschäftigten in Konkurrenz mit der Privatwirtschaft auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt. Die Privatwirtschaft kann dabei häufig mit attraktiveren Gehältern überzeugen. Die Stadt ist hingegen an die Gehaltsstrukturen des öffentlichen Dienstes gebunden.

1.6 Umfangreiche und komplizierte rechtliche Rahmenbedingungen

Eine weitere Herausforderung stellen die umfangreichen rechtlichen Rahmenbedingungen, die bei der Beschaffung zu beachten sind, dar. Insbesondere das für

Gebietskörperschaften anwendbare Vergaberecht ist sehr komplex. Verschiedene Gesetzestexte regeln die öffentliche Beschaffung. Hinzu kommt, dass die Regelungen stetig erweitert werden. Auch die stetige Aktualisierung und Konkretisierung der Anforderungen durch die vergaberechtliche Rechtsprechung ist von der Vergabestelle mit einzubeziehen.

2 Ziele und Rahmenbedingungen

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

- **Schnellere Umsetzung der Bauvorhaben**

Die Schulbaugesellschaft soll die Bauvorhaben der Stadt im Schulbereich beschleunigen.

Voraussetzung hierfür ist, dass die Schulbaugesellschaft inhouse-fähig ist. Nur so darf die Stadt die Schulbaugesellschaft mit den Aufgaben der Daseinsvorsorge beauftragen, ohne diese Aufträge zuvor ausschreiben zu müssen.

Daneben soll die Gesellschaft insbesondere kleinere Planungs- und/oder Bauaufträge schnell und unkompliziert vergeben können. Die haushaltsrechtlichen Bestimmungen sehen insoweit für Eigengesellschaften erleichterte Vergabebedingungen unterhalb der europäischen Schwellenwerte vor.

- **Effizienterer Mitteleinsatz**

Die neue Gesellschaft soll als zentrale Einrichtung die erforderlichen Bauprojekte koordinieren und gewährleisten, dass die finanziellen Ressourcen der Stadt zielgerichtet für die Bildungsinfrastruktur verwendet werden.

Die ggf. entstehenden finanziellen Mehrkosten sollen über die zeitlichen und vergaberechtlichen Vorteile der neuen Gesellschaft kompensiert werden.

- **Steigerung der Attraktivität als Auftraggeber durch schlankere Entscheidungsprozesse**

Öffentliche Auftraggeber konkurrieren derzeit um gute Auftragnehmer, insbesondere um Planer und Bauunternehmer. Diese wiederum schätzen eine partnerschaftliche Zusammenarbeit mit kurzfristigen Entscheidungen. Gute Planer und Bauunternehmer bevorzugen in der Regel die Projekte, in denen keine langwierigen Abstimmungsprozesse und Unterschriftenläufe auf Auftraggeberseite zu erwarten sind. Kurzfristige Entscheidungen sparen Zeit und bedeuten auch für Auftragnehmer Planungs- und Kostensicherheit.

- **Höhere Flexibilität durch privatwirtschaftliche Personal-, Führungs- und Ablauforganisation**

Eine Schulbaugesellschaft in privater Rechtsform agiert außerhalb der behördlichen Strukturen und kann so – wie ein Privater – Maßnahmen ergreifen. Sie kann projektbezogene Zuständigkeiten festlegen und ist nicht an die Matrixorganisation der öffentlichen Hand mit zuständigen Abstimmungs- und Zeichnungsläufen gebunden.

- **Verbesserte Kommunikation**

Die Schulbaugesellschaft soll die Kommunikation in den Schulgemeinden übernehmen. Ziel ist es, den Informationsfluss, vor allem in Richtung der Eltern und Schülerinnen und Schüler, zu verbessern.

- **Attraktivität als Arbeitgeber**

Mit im Vergleich zum öffentlichen Dienst flexibleren Gehaltsstrukturen soll die Schulbaugesellschaft für Arbeitnehmer attraktiv sein.

Folgende Rahmenbedingungen sind bei der Gründung der Schulbaugesellschaft zu beachten:

- Die finanzielle Strukturierung der Schulbaugesellschaft muss transparent und nachhaltig sein. Investitionen sind genau zu planen. Daneben ist die Finanzierung durch kommunale und ggf. externe Mittel sicherzustellen.

Hierbei sind auch erforderliche Overheadkosten wie Kosten für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer zu berücksichtigen.

- Die Gründung und der spätere Betrieb müssen insbesondere vergabe- und beihilferechtlich rechtssicher sein. Daneben sind steuerliche Belastungen zu minimieren und finanzielle Vorteile optimal zu nutzen. Zudem bedarf es einer Gehaltsstruktur, die es ermöglicht, qualifiziertes Personal zu gewinnen.

3 Beispiele für Schulbaugesellschaften in anderen Kommunen in NRW

Auch andere Kommunen in Nordrhein-Westfalen lassen Aufgaben der Daseinsvorsorge – insbesondere den Schulbau – erfolgreich und jeweils ohne Vergabeverfahren durch kommunale Inhouse-Gesellschaften erbringen.

Dazu zählt zum Beispiel die Landeshauptstadt Düsseldorf, die die IPM Immobilien Projekt Management Düsseldorf GmbH (IPM) unter anderem damit beauftragt hat, Schulen im Stadtgebiet von Düsseldorf zu sanieren, zu erweitern und zum Teil neu zu errichten. Die IPM ist eine 100-prozentige Tochter der Landeshauptstadt Düsseldorf. Sie wurde 2009 gegründet. In ihrer jetzigen Form besteht sie seit der Umwandlung im Jahr 2015. Gesellschaftsorgane sind die Geschäftsführung (zwei technische Geschäftsführer und ein kaufmännischer Geschäftsführer), die Gesellschafterversammlung sowie der Aufsichtsrat (sieben Mitglieder). Die IPM erhält die Aufträge von der Landeshauptstadt Düsseldorf als Inhouse-Geschäft ausschreibungsfrei. Die IPM agiert dabei als Totalübernehmerin der Landeshauptstadt und leitet die übertragenen Bauprojekte als Bauherrin. Die IPM handelt dabei wie ein privater Dritter, der auf fremden Grund baut.

Daneben sind als weitere Beispiele die SD Schulbaugesellschaft Duisburg mbH, die Schulbau GmbH Bergisch Gladbach sowie die Kölner Schulbaugesellschaft mbH zu nennen. Deren Ausgestaltung und Einsatzfelder sind vergleichbar zu denen der IPM:

Die Stadt Duisburg gründete die SD Schulbaugesellschaft Duisburg mbH im Jahr 2021 allein zum Zweck des Schulbaus. Diese übernimmt nach dem Düsseldorfer Vorbild im Auftrag der Stadt Duisburg – als alleiniger Anteilseigner – alle Verwaltungsarbeiten zur Realisierung von Neu- und Umbauprojekten von Duisburger

Schulen. Die Gesellschaftsorgane bestehen aus der Geschäftsführung – zwei technische Geschäftsführer und ein kaufmännischer Geschäftsführer –, der Gesellschafterversammlung und dem Aufsichtsrat mit acht Mitgliedern.

Die Schulbau GmbH Bergisch Gladbach, gegründet 2022, ist ein Tochterunternehmen der Stadt Bergisch Gladbach. Insbesondere errichtet, erweitert und saniert sie städtische Schulgebäude im Auftrag der Stadt Bergisch Gladbach. Organe der Gesellschaft sind die Geschäftsführung, bestehend aus einem Geschäftsführer, die Gesellschafterversammlung und der Aufsichtsrat mit 21 Mitgliedern.

Die 2023 gegründete Kölner Schulbaugesellschaft mbH ist eine alleinige Tochtergesellschaft der Stadt Köln. Ihr Gesellschaftszweck ist die Planung, Sanierung und Errichtung von Schulen, Nebengebäuden, erforderlichen Interimbauten, Sporthallen, Sportplätzen und Freiflächen. Sie wird allein im Auftrag der Stadt Köln tätig. Organe sind die Geschäftsführung, bestehend aus einem hauptamtlichen und einem nebenamtlichen Geschäftsführer, sowie die Gesellschafterversammlung. Ein Aufsichtsrat ist hingegen nicht vorhanden.

4 Prüfauftrag

In Umsetzung des Ratsbeschlusses hat die Stadt HEUKING damit beauftragt, die rechtlichen Rahmenbedingungen sowie die mögliche Organisationsstruktur einer „schlanken“ Projektgesellschaft mit der alleinigen Aufgabe der Umsetzung von Schulneubauten (Entwicklungsstufe bzw. Umsetzungsmodell 1) zu prüfen. Hierbei sind – neben der generellen vergabe-, beihilfe-, arbeits-, haushalts- und steuerrechtlichen Zulässigkeit – insbesondere folgende Aspekte und Fragestellungen zu berücksichtigen:

- 4.1 Welche Rechtsform ist für die zu gründende Schulbaugesellschaft, insbesondere unter Berücksichtigung der verfolgten Ziele und der rechtlichen sowie finanziellen Rahmenbedingungen, vorzugswürdig? Welche Schnittstellen ergeben sich zur Kernverwaltung und wie werden diese ausgestaltet?
- 4.2 Welche vergaberechtlichen Besonderheiten (z.B. Inhouse-Fähigkeit) und Auswirkungen auf den Umsetzungsprozess von Schulbaumaßnahmen bestehen für den Fall, dass eine privatrechtliche Schulbaugesellschaft gegründet wird?

- 4.3 Ist die Beauftragung und finanzielle Ausstattung der Schulbaugesellschaft durch die Stadt beihilferechtlich zulässig?
- 4.4 Wie kann der Engpassfaktor Personal behoben werden?
- 4.5 Welche finanziellen Auswirkungen hat die Gründung einer Schulbaugesellschaft auf den städtischen Haushalt? Wie gestaltet sich das künftige Auftraggeber-/Auftragnehmeverhältnis zwischen Stadtverwaltung und der Schulbaugesellschaft (z.B. die Zahlungsabwicklungen)?
- 4.6 Welche steuerrechtlichen Auswirkungen haben die Gesellschaftsgründung sowie der Betrieb der Gesellschaft?

5 Rechtslage

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

Zu den einzelnen Rechtsgebieten- und Fragestellungen:

Vorzugswürdige und zulässige **Organisationsform** für die Schulbaugesellschaft der Stadt ist – unter Berücksichtigung der verfolgten Ziele und vor allem der kommunalrechtlichen Rahmenbedingungen – die privatrechtliche Gesellschaft mit beschränkter Haftung (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 Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen (GO NRW). Hiermit kann die gemeindliche Aufgabenerfüllung im Bereich Schulbau nachhaltig verbessert werden. Die privatrechtliche Organisationsform bietet gegenüber den öffentlichrechtlichen 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 Aktiengesellschaft (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 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (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 des Unternehmens erfüllt wird. Aufgrund der rechtlichen Selbstständigkeit der GmbH muss die Stadt über die Gesellschaftsorgane, insbesondere die Gesellschafterversammlung, hinreichend Einfluss auf die Gesellschaft nehmen können. Hierfür kann zusätzlich ein (fakultativer) Aufsichtsrat eingerichtet werden.

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 insbesondere 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 ist eine Erfassung der Schulbaugesellschaft bei dem zuständigen Finanzamt sowie der zuständigen Gewerbeaufsicht innerhalb eines Monats nach Aufnahme der operativen Tätigkeiten erforderlich (§ 138 Abs. 1 Satz 1, Abs. 1b, Abs. 4 AO).

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 (5.1).

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 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (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 (5.2).

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 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (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 (5.3).

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 (5.4).

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 des Haushaltsgrundsätzegesetzes (HGrG) beachtet werden.

Die Stadt hat die Schulbaugesellschaft im Rahmen des Auftraggeber-/Auftragnehmeverhältnisses zu vergüten. Zweckmäßig ist es grundsätzlich, 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 auch denkbar, die Managementkosten, unter Berücksichtigung der steuerrechtlichen Auswirkungen, durch einen Zuschuss zur Verlustabdeckung (Betriebskostenzuschuss) zu ersetzen (5.5).

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 (5.6).

Im Einzelnen:

5.1 **Vorzugswürdige Rechtsform**

Vorzugswürdige und zulässige Organisationsform für die Schulbaugesellschaft der Stadt ist – unter Berücksichtigung der verfolgten Ziele und vor allem der kommunalrechtlichen Rahmenbedingungen – die 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 GO NRW. Hiermit kann

die gemeindliche Aufgabenerfüllung im Bereich Schulbau nachhaltig verbessert werden. Die privatrechtliche Organisationsform bietet gegenüber den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen diverse Vorteile. Sie ermöglicht vor allem eine zügigere und flexiblere Aufgabenerfüllung 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 erfüllen (5.1.1).

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.

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 insbesondere 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.

Das Auftragsverhältnis zwischen der Stadt als Auftraggeberin und der Schulbaugesellschaft als Auftragnehmerin ist in einem Rahmenvertrag auszugestalten (5.1.2).

5.1.1 Wahl der Organisationsform

Die Stadt hat bei der Wahl der Organisationsform die kommunalrechtlichen Rahmenbedingungen zu beachten. Zwar kennt die GO NRW keinen ausdrücklichen Vorrang öffentlich-rechtlicher Organisationsformen. Allerdings bedarf es zumindest eines wichtigen Interesses der Gemeinde, um eine Einrichtung in der Rechtsform des Privatrechts gründen zu dürfen (5.1.1.1).

Daneben sind die verschiedenen Steuerungs- und der Kontrollvorgaben des § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 bis 6 GO NRW miteinzubeziehen (5.1.1.2).

Nach einer umfassenden Abwägung der Vor- und Nachteile der möglichen privat- und öffentlich-rechtlichen Organisationsformen ist vorzugswürdige und zulässige Organisationsform für die Schulbaugesellschaft der Stadt die privatrechtliche GmbH (5.1.1.3).

5.1.1.1 Wichtiges Interesse/Abwägung erforderlich

Die Stadt muss bei der Wahl der Organisationsform für die Schulbaugesellschaft die kommunalrechtlichen Rahmenbedingungen beachten.

Möchte eine Gemeinde die Wahrnehmung kommunaler Aufgaben, wie hier den Schulbau, in Form einer verselbstständigten Einheit wahrnehmen, so stehen ihr hierfür öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Organisationsformen zu Verfügung. Im Rahmen ihrer Organisationshoheit kann sie die Auswahl grundsätzlich nach ihrem Ermessen treffen. Insbesondere enthält die GO NRW für die Erfüllung kommunaler Aufgaben keinen ausdrücklichen Vorrang öffentlich-rechtlicher Organisationsformen vor privatrechtlichen Organisationsformen.

- Bender, in: Kleebaum/Palmen, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, Kommentar für die kommunale Praxis, 4. Auflage 2023, S. 1519, 1523.

Jedoch bedarf die Entscheidung für die nichtwirtschaftliche Betätigung gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GO NRW in privater Rechtsform zumindest einer besonderen Begründung. Hiernach darf die Gemeinde Einrichtungen im Sinne des § 107 Abs. 2 GO NRW in einer Rechtsform des privaten Rechts nur dann gründen, wenn ein wichtiges Interesse der Gemeinde an der Gründung vorliegt.

Ein wichtiges Interesse ist zu bejahen, wenn mit der Gesellschaftsgründung die gemeindliche Aufgabenerfüllung nachhaltig erleichtert oder verbessert wird.

- OVG NRW, Urteil vom 15.12.1994 – 9 A 2251/93; OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.10.1999 – 2 U 7/99.

Hierbei können beispielsweise wirtschaftliche Gesichtspunkte, eine größere Autonomie und Flexibilität bei der Aufgabenerfüllung sowie eine Abkopplung vom öffentlichen Dienst eine Rolle spielen.

- OVG NRW, Urteil vom 15.12.1994 – 9 A 2251/93.

Letztlich handelt es sich bei dem Ausdruck des wichtigen Interesses um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Der Gemeinde kommt insoweit eine (kommunalpolitische) Einschätzungsprärogative zu.

- OVG NRW, Urteil vom 15.12.1994 – 9 A 2251/93.

Im Rahmen der Ermessensentscheidung hat die Gemeinde sämtliche Vor- und Nachteile abzuwägen. Dabei sind alle öffentlich-rechtlichen Organisationsformen mit einzubeziehen.

- Bender, in: Kleebaum/Palmen, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, Kommentar für die kommunale Praxis, 4. Auflage 2023, S. 1525.

5.1.1.2 Vorgaben für Gründung einer privaten Rechtsform

Bei der Abwägung sind insbesondere die Vorgaben des § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 bis 7 GO NRW für die Gründung einer Einrichtung in privater Rechtsform zu berücksichtigen. Diese enthalten, für den Fall einer privaten Einrichtung, verschiedene Steuerungs- und Kontrollvorgaben. Dem Rat wird so ermöglicht, auf die privatrechtlich organisierte Einheit einwirken zu können.

Die Stadt ist nach Maßgabe der § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 – 5 GO NRW vor unübersehbaren finanziellen Risiken zu schützen. Hierbei handelt es sich um Schutznormen vor zu hohen, nicht zu vertretenden Haushaltsrisiken.

Gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO NRW muss die Gemeinde eine Rechtsform wählen, welche die Haftung der Gemeinde auf einen bestimmten Betrag begrenzt. Zudem muss die Einzahlungsverpflichtung der Gemeinde in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit

stehen, § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 GO NRW. Ferner darf sich die Gemeinde gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 GO NRW nicht zur Übernahme von Verlusten in unbestimmter oder unangemessener Höhe verpflichten.

Von vornherein unzulässig ist vor diesem Hintergrund die Gründung einer Offenen Handelsgesellschaft (OHG) oder einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (GbR). Denn bei diesen Beteiligungsformen fehlt es an einer originären Haftungsbegrenzung. Auch die Kommanditgesellschaft (KG) eignet sich grundsätzlich nicht als Rechtsform.

§ 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 GO NRW erfordert, dass der Gemeinde ein angemessener Einfluss durch Gesellschaftsvertrag oder Satzung eingeräumt wird. Hierzu gehören z.B. Entsendungsrechte für Mitglieder in den Aufsichtsrat oder in die Gesellschafterversammlung. Die Angemessenheit richtet sich dabei insbesondere am Umfang der gemeindlichen Beteiligung.

- Bender, in: Kleerbaum/Palmen, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, Kommentar für die kommunale Praxis, 4. Auflage 2023, S. 1528 f.

Nach § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 GO NRW muss das Unternehmen oder die Einrichtung durch Gesellschaftsvertrag, Satzung oder sonstiges Organisationsstatut auf den öffentlichen Zweck ausgerichtet werden.

5.1.1.3 Abwägung im Einzelnen

Nach umfassender Abwägung der Vor- und Nachteile aller möglichen Organisationsformen unter Beachtung der Vorgaben des § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 bis 7 GO NRW ist vorzugswürdige und zulässige Organisationsform für die Schulbaugesellschaft der Stadt 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 GO NRW. Hiermit kann die gemeindliche Aufgabenerfüllung im Bereich Schulbau nachhaltig verbessert werden.

Die privatrechtliche Organisationsform bietet gegenüber den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen wie dem Zweckverband, dem Eigenbetrieb, der eigenbetriebsähnlichen Einrichtung und dem Kommunalunternehmen diverse Vorteile. Die privatrechtliche Rechtsform ermöglicht vor allem eine zügigere und flexiblere Aufgabenerfüllung. Insbesondere sind die privatrechtlichen Organisationsformen aufgrund der kommunalen Vergabegrundsätze für Nordrhein-Westfalen zumindest im Unterschwellenbereich nicht an das Vergaberecht gebunden. Daneben sind diese in der Lage, leichter qualifiziertes Fachpersonal zu gewinnen. Denn die privaten Rechtsformen sind vom öffentlichen Dienst abgekoppelt. So sind diese insbesondere in der Lage, höhere Gehälter zu zahlen und auf dem Arbeitsmarkt konkurrenzfähig zu sein. Daneben bieten die privatrechtlichen Rechtsformen vor allem den Vorteil eines hohen Maßes an unternehmerischer Autonomie. Entscheidungen müssen bis zur Umsetzung im Tagesgeschäft – im Unterschied vor allem zum Eigenbetrieb bzw. zur eigenbetriebsähnlichen Einrichtung – nicht mehrere Instanzen durchlaufen. Dies ist insbesondere bei Bauprojekten, bei denen schnelle Entscheidungen maßgeblich für einen reibungslosen Ablauf sind, entscheidend.

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).

Im Einzelnen:

5.1.1.3.1 Zweckverband

Der Zweckverband scheidet als Rechtsform für die Schulbaugesellschaft aus. Denn die Stadt kann über die Verbandsversammlung nur begrenzt Einfluss üben. Daneben stehen die unter Umständen langwierigen Abstimmungsprozesse einer schnellen Aufgabenerledigung entgegen.

Der Zweckverband ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die der gemeinsamen Wahrnehmung bestimmter kommunaler Aufgaben dient. Der Zweckverband bildet dabei die kommunaltypische Organisationsform für die interkommunale Zusammenarbeit, z.B. im Bereich Abfallwirtschaft oder Verkehr.

- Cronauge, Kommunale Unternehmen, 6. Auflage 2015, S. 174.

Organe des Zweckverbandes sind die Verbandsversammlung und der Verbandsvorsteher, § 14 des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit (GkG NRW). Um den Zweckverband zu bilden, vereinbaren die Beteiligten eine Verbandssatzung, die die Rechtsverhältnisse regelt.

Für einen Zweckverband spricht zwar, dass dieser im Verhältnis zu seinen Mitgliedern rechtlich verselbstständigt ist. Er ist per Gesetz einem Gemeindeverband gleichgestellt (§ 5 Abs. 2 Halbsatz 1 GkG NRW). Er kann seine Angelegenheiten im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung wahrnehmen (§ 5 Abs. 1 GkG NRW). Ihm kommt, je nach Ausgestaltung der Verbandssatzung, eine hohe Autonomie zu. Insbesondere kann die Satzung den Verbandsvorsteher mit einer ausreichenden Flexibilität für das operative Tagesgeschäft ausstatten.

Die Kontrollmöglichkeiten der beteiligten Kommunen sind jedoch eingeschränkt. Diese können lediglich über die Verbandsversammlung einwirken.

Die Verbandsversammlung setzt sich aus den Vertretern der Verbandsmitglieder zusammen, § 15 Abs. 1 Satz 1 GkG NRW. Diese hat vor allem für ihre Beschlüsse eine Vielzahl von Formalitäten und Vorgaben zu beachten, die die Abstimmungsprozesse erschweren und deren Arbeitsfähigkeit einschränken. Für die Einladung und Durchführung von Zweckverbandssitzungen gelten die Vorschriften für die Gemeinderatssitzungen – fristgemäße Einladung, rechtzeitige Bekanntmachung, Herstellung der Öffentlichkeit – entsprechend (§§ 47, 48 GO NRW).

- Biesok, in: Biesok, Sparkassenrecht, 1. Auflage 2021, B, Rn. 112; Plückhahn, Praxis der Kommunalverwaltung Nordrhein-Westfalen, Band 5, Stand August 2024, Dritter Teil, § 15, Ziffer 14.2.

In Sachen Beschlussfähigkeit tritt zu der Mindestbedingung des § 49 Abs. 1 Satz 1 GO NRW eine weitere Bedingung hinzu: Beschlussfähig ist die Verbandsversammlung gemäß § 15 Abs. 5 Satz 3 GkG NRW nur dann, wenn die anwesenden vertretungsberechtigten Personen von Gemeinden und Gemeindeverbänden wenigstens die Hälfte der Stimmenzahl erreichen. Diese Bedingung kann weder durch eine Vorschrift in der Verbandsatzung noch durch die sinngemäße Anwendung des § 49 Abs. 2 GO NRW – Beschlussfähigkeit ohne Rücksicht auf die Zahl der anwesenden Mitglieder – ausgehebelt werden.

- Plückhahn, Praxis der Kommunalverwaltung Nordrhein-Westfalen, Band 5, Stand August 2024, Dritter Teil, § 15, Ziffer 14.4.

Soweit die Verbandssatzung über Abstimmungsverfahren keine Regelungen enthält, finden auch hier die Vorschriften der Gemeindeordnung sinngemäß Anwendung (§ 8 Abs. 1 GkG NRW). Demnach hätten einzelne Vertreter der Mitglieder in der Verbandsversammlung etwa das Recht eine geheime oder namentliche Abstimmung zu beantragen (§ 50 Abs. 1 GO NRW). Dies könnte Abstimmungsprozesse verzögern.

- Plückhahn, Praxis der Kommunalverwaltung Nordrhein-Westfalen, Band 5, Stand August 2024, Dritter Teil, § 15 Ziffer 14.5.1.

Die Verbandsmitglieder können den Vertretern in der Verbandsversammlung zwar Weisungen erteilen (§ 113 Abs. 1 Satz 2 GO NRW, § 15 Abs. 1 Satz 3 GkG NRW). Eine Missachtung der Weisungen führt jedoch nicht zu einer Ungültigkeit der Stimmabgabe im Außenverhältnis. Zudem sind dem Weisungsrecht durch das Gebot, das Wohl des Zweckverbandes zu beachten, Grenzen gesetzt.

- Plückhahn, Praxis der Kommunalverwaltung Nordrhein-Westfalen, Band 5, Stand August 2024, Dritter Teil, § 15, Ziffer 3; Gern/Brüning, Deutsches Kommunalrecht, 4. Auflage 2019, Rn. 1550.

Daneben haftet der Zweckverband im Außenverhältnis unbeschränkt gegenüber seinen Gläubigern. Eine Haftungsbeschränkung auf das Verbandsvermögen ist unzulässig. Im Innenverhältnis haften die Verbandsmitglieder über Umlagen unbeschränkt für den Zweckverband.

- Gern/Brüning, in: Gern/Brüning, Deutsches Kommunalrecht, 4. Auflage 2019, 20. Kapitel, Rn. 1555.

Nachteilig sind zudem die öffentlich-rechtlichen Bindungen, denen der Zweckverband unterliegt.

Der Zweckverband muss seine Beschaffungen an den Vorschriften des Vergaberechts ausrichten. Denn er ist entweder gemäß § 99 Nr. 2 GWB oder gemäß § 99 Nr. 3 i.V.m. Nr. 1 GWB öffentlicher Auftraggeber. Dies gilt unabhängig vom Auftragswert.

Die nach den Vergabegrundsätzen für Gemeinden nach § 26 der Kommunalhaushaltsverordnung Nordrhein-Westfalen vom 28.08.2018 (Kommunale Vergabegrundsätze) bestehende Privilegierung für den Unterschwellenbereich greift vorliegend nicht durch, da diese nur für Zweckverbände, „deren Hauptzweck der Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens“, gilt (Ziffer 1.2 lit. d)). Die Schulbaueinheit soll allein im Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge tätig werden. Der Zweckverband ist jedoch zumindest grundsätzlich inhouse-fähig.

Daneben passt das Wesen des Zweckverbandes nicht zum auf das Gebiet der Stadt Remscheid bezogene Vorhaben des Schulbaus. Denn der Zweckverband ist darauf gerichtet, über Gemeinde- und Landesgrenzen hinweg innerhalb der „kommunalen Familie“ gemeinsam hoheitliche Aufgaben wahrzunehmen und insbesondere Synergieeffekte zu nutzen.

5.1.1.3.2 Eigenbetrieb und eigenbetriebsähnliche Einrichtung

Der Eigenbetrieb bzw. die eigenbetriebsähnliche Einrichtung kann die mit einer Schulbaugesellschaft verfolgten Ziele der Stadt nicht erfüllen. Insbesondere bietet die Organisationsform aufgrund der engen Verzahnung mit der Kommune keine ausreichende unternehmerische Flexibilität.

Der Eigenbetrieb bzw. die eigenbetriebsähnliche Einrichtung ist ein Unternehmen einer kommunalen Gebietskörperschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit, der außerhalb des Haushaltsplans der Gemeinde nach kaufmännischen Grundsätzen als Sondervermögen verwaltet wird.

- Schneider, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Auflage 2021, Abschnitt D, Rn. 26.

Die Grundlagen des Eigenbetriebsrechts regeln die GO NRW – § 114 GO NRW – sowie die Eigenbetriebsverordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (EigVO NRW).

Zwar ermöglicht der Eigenbetrieb bzw. die eigenbetriebsähnliche Einrichtung – in gewissem Maße – eine an wirtschaftlichen Gesichtspunkten orientierte Unternehmensführung auf Grundlage kaufmännischer Verhaltensregeln.

- Vgl. Schneider, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Auflage 2021, Abschnitt D, Rn. 42 f.

Zudem kann die Stadt durch den Rat und den Betriebsausschuss den Betrieb bzw. die Einrichtung ausreichend kontrollieren und damit sicherstellen, dass der öffentliche Zweck in Gestalt des Schulbaus erfüllt wird. Denn die Organstruktur des Eigenbetriebs spiegelt die der Kommune. Neben der Verwaltungsspitze, im Eigenbetrieb die Betriebsleitung (§ 2 EigVO NRW), existiert ein beschließendes Gremium in Gestalt des Betriebsausschusses (§ 5 EigVO NRW). Betriebsleitung und Betriebsausschuss sind Organe der Gemeinde, denen ein eigener Aufgaben- und Befugnisbereich sowie die gesetzliche Vertretungsmacht für den Eigenbetrieb eingeräumt ist (vgl. § 2 Abs. 1 EigVO NRW).

- Schneider, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Auflage 2021, Abschnitt D, Rn. 61.

Daneben ist der Eigenbetrieb/die eigenbetriebsähnliche Einrichtung in-house-fähig. Denn dieser/diese ist rechtlich gesehen Teil der Kommune. Die Stadt kann den Betrieb/die Einrichtung so direkt mit Planung und Bau der Schulbauprojekte beauftragen.

Vergaberechtlich besteht der weitere Vorteil, dass der Eigenbetrieb nur oberhalb der Schwellenwerte ausschreibungspflichtig ist (vgl. Ziffer 1.2 der Kommunalen Vergabegrundsätze).

Im Unterschied zu privatrechtlichen Organisationsformen ist ein Eigenbetrieb bzw. eine eigenbetriebsähnliche Einrichtung jedoch nicht so flexibel. Dies gilt sowohl in wirtschaftlicher als auch in unternehmerischer Hinsicht. Entscheidungen müssen, bis zur Umsetzung im Tagesgeschäft, ggf. mehrere Instanzen durchlaufen. Dies ist insbesondere bei Bauprojekten, bei denen schnelle Entscheidungen entscheidend für einen reibungslosen Ablauf sind, nachteilig.

Daneben ist die Organisationsform haushaltsrechtlich strengeren Regeln unterworfen. Ferner besteht eine nachrangige, aber unbeschränkte Haftung (vgl. § 10 Abs. 6 EigVO NRW). Auch fehlt es dem Eigenbetrieb bzw. der eigenbetriebsähnlichen Einrichtung an einer eigenen Rechtspersönlichkeit (vgl. § 114 Abs. 1 GO NRW). Dies ist mit dem Ziel einer Schulbaugesellschaft, die im Auftrag der Stadt als eine Art Totalunternehmer Schulimmobilien plant, errichtet und ggf. betreibt, nicht zu vereinbaren. Denn hierfür bedarf es einer rechtsfähigen Gesellschaft, die in ihrem Namen Rechtsgeschäfte abschließen kann.

Zudem können die Beschäftigten des Eigenbetriebs bzw. der eigenbetriebsähnlichen Einrichtung ausschließlich auf Grundlage des Beamten- oder Tarifrechts tätig werden. Denn die Kommune ist die Arbeitgeberin der Beschäftigten des Eigenbetriebs/der eigenbetriebsähnlichen Einrichtung.

5.1.1.3.3 Anstalt des öffentlichen Rechts (§ 114a GO NRW)

Auch die Anstalt des öffentlichen Rechts (AöR) scheidet als Rechtsform für die Schulbaugesellschaft aus. Da sie unterhalb der EU-Schwellenwerte ausschreibungspflichtig ist, kann sie nicht so schnell und flexibel agieren. Daneben haftet die Kommune für die Verbindlichkeiten der AöR zwar nachrangig, aber dafür unbeschränkt.

Die AöR im Sinne des § 114a GO NRW ist ein rechtlich selbstständiges Kommunalunternehmen. Sie entsteht durch Neugründung oder Umwandlung bestehender Regie- und Eigenbetriebe (§ 114a Abs. 1 Satz 1 GO NRW). Anstaltsorgane sind der Vorstand, der die AöR in eigener Verantwortung leitet, sowie der Verwaltungsrat (§ 114a Abs. 6 - 8 GO NRW). Die Anstalt wird sowohl mit eigenem Stammkapital als auch mit eigenen Personal- und Sachmitteln ausgestattet.

Vorteilhaft an der Rechtsform der AöR ist insbesondere, dass der Stadt als Anstaltsträgerin ein hohes Maß an Kontrolle über diese zukommt. Denn die Anstalt fungiert letztlich als eine Art verselbstständigter „Erfüllungsgehilfe“ der Stadt. Im Rahmen der Satzung kann sich die Stadt weitergehende Kontroll- und Entscheidungsbefugnisse einräumen lassen, als es bei der GmbH oder GmbH & Co. KG möglich ist.

- Vgl. Schraml, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Auflage 2021, Abschnitt D, Rn. 124, 220 ff.

Weitere Kontrolle kann die Stadt durch die Überwachung des Vorstands durch den Verwaltungsrat ausüben. Dessen Vorsitz hat der Bürgermeister inne (§ 114a Abs. 7, Abs. 8 GO NRW).

Daneben bietet die AöR – im Unterschied zum Eigenbetrieb/zu der eigenbetriebsähnlichen Einrichtung – ein hohes Maß an unternehmerischer Flexibilität. Vor allem ist die AöR nicht nur organisatorisch, sondern auch rechtlich verselbstständigt. Bereits aus dieser Entkoppelung von der allgemeinen Verwaltung folgt ein Gewinn an Handlungsspielraum.

Unternehmerisch kann die AöR sich weiter entfalten, wenn die Stadt den Vorstand als Geschäftsführung der AöR mit weiteren Kompetenzen ausstattet.

- Vgl. Schraml, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Auflage 2021, Abschnitt D, Rn. 221.

Auch gehen mit der Errichtung der AöR grundsätzlich keine Gründungskosten einher. Insbesondere bedarf es keiner (kostenpflichtigen) notariellen Beurkundung der Satzung. Vielmehr erfolgt die Gründung durch die Bekanntmachung der Unternehmenssatzung.

- Vgl. Schraml, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Auflage 2021, Abschnitt D, Rn. 158.

Zudem ist die AöR in der Regel inhouse-fähig, wenn sie insbesondere – wie hier vorgesehen – ausschließlich für die Kommune tätig wird.

Gegen die AöR spricht jedoch der Umstand, dass die Kommune für die Verbindlichkeiten der AöR unbeschränkt haftet, soweit nicht Befriedigung aus dessen Vermögen zu erlangen ist (Gewährträgerschaft, § 114a Abs. 5 GO NRW). Spiegelbildlich hierzu besteht die Anstaltslast. Die Kommune ist im Innenverhältnis dazu verpflichtet, die Existenz der Anstalt zu sichern. Sie muss – insbesondere mit einer angemessenen Ausstattung mit Stammkapital – gewährleisten, dass die AöR ihre Aufgaben nachhaltig erfüllen kann (§ 9 der Verordnung über kommunale Unternehmen und Einrichtung als Anstalt des öffentlichen Rechts vom 24.10.2001 (Kommunalunternehmensverordnung)).

- Vgl. Schraml, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Auflage 2021, Abschnitt D, Rn. 129; Kaster, in: Dietlein/Heusch, BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, 28. Edition, Stand: 01.06.2024, § 114a GO NRW, Rn. 22 f.

Daneben ist sie zumindest für den Fall, dass die Auftragsvergabe – wie hier – der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben dient, im Unterschwellenbereich an das Vergaberecht gebunden (§ 8 der Kommunalunternehmensverordnung i.V.m. Ziffer 1.2 Satz 2 der Kommunalen Vergabegrundsätze).

5.1.1.3.4 GmbH und GmbH & Co. KG

Vorzugswürdige Organisationsform für die Schulbaugesellschaft ist die GmbH.

Die GmbH und die Mischform der GmbH & Co. KG sind selbstständige juristische Personen des privaten Rechts.

Wesentlicher Vorteil der GmbH und der GmbH & Co. KG ist, dass die Haftung beschränkt ist.

Bei der GmbH haften Gesellschafter für Verbindlichkeiten nur mit dem Gesellschaftsvermögen (§ 13 Abs. 2 GmbHG). Das Stammkapital muss gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG zur Sicherung der Gläubiger mindestens € 25.000,00 betragen.

Eine Haftungsbegrenzung besteht letztlich auch bei der GmbH & Co. KG. Zwar ist diese – anders als die GmbH – keine Kapital-, sondern eine Personengesellschaft, bei der Gesellschafter grundsätzlich mit ihrem gesamten Vermögen für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften. Allerdings wird dieses Prinzip bei der GmbH & Co. KG aufgebrochen. Die Besonderheit gegenüber einer „normalen“ KG besteht darin, dass gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft keine natürliche Person haftet. Die Kommanditisten haften lediglich mit ihrer vertraglich vereinbarten Einlage (§§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 des Handelsgesetzbuches (HGB)). Ein Gesellschafter – der Komplementär – haftet zwar unbeschränkt (§ 126 HGB). Da dieser jedoch eine GmbH ist, ist die Haftung faktisch beschränkt auf das Stammkapital (§ 13 Abs. 2 GmbHG).

Daneben gibt das Gesellschaftsrecht der Stadt, insbesondere im Unterschied zum Aktienrecht, als alleinige Anteilseignerin enorme Einflussmöglichkeiten auf die Gesellschaft. Insbesondere kann bei einer GmbH die Gesellschafterversammlung der Geschäftsführung Weisungen betreffend die Leitung des Unternehmens erteilen (§ 37 Abs. 1 GmbHG). Die Gesellschafter können darüber hinaus die innere Struktur weitestgehend frei regeln. Im Unterschied zur AG sieht das GmbHG bzw. das HGB auch keinen obligatorischen Aufsichtsrat vor. Gleichzeitig ermöglicht insbesondere das GmbH-Recht aber auch, der Gesellschaft die erforderlichen Entscheidungs- und Handlungskompetenzen einzuräumen, damit diese unternehmerisch autonom agieren kann. So lassen sich politische Kontrolle und Steuerung einerseits und unternehmerischer Handlungsspielraum andererseits in Einklang bringen.

Zudem ermöglichen die privatrechtlichen Rechtsformen die Loslösung von Bindungen des öffentlichen Rechts, z.B. des Organisationsrechts, des Personal- und des Haushaltsrechts. Daneben ist sowohl die GmbH als auch die GmbH & Co. KG als privatrechtliche organisierte Gesellschaften unterhalb der EU-Schwellenwerte nicht ausschreibungspflichtig (Ziffer 1.2 Satz 1 lit b) bzw. lit. c) der Vergabegrundsätze). Daneben sind sie in der Regel auch inhouse-fähig, soweit insbesondere keine privaten Dritten an ihnen beteiligt sind.

Auch ist die Eigengesellschaft und nicht die Kommune Arbeitgeberin der Beschäftigten. Die Arbeitnehmer schließen mit der Gesellschaft zivilrechtliche Arbeitsverträge, außerhalb des engen Korsetts des öffentlichen Dienstrechts. So ist die Gesellschaft in der Lage, höhere Gehälter zu zahlen und auf dem Arbeitsmarkt konkurrenzfähig zu sein.

Im direkten Vergleich von GmbH & Co. KG und GmbH ist die GmbH für das konkrete Ziel, eine schlanke Schulbaugesellschaft zu gründen, vorteilhafter.

Zwar fällt bei einer GmbH & Co. KG für den Fall, dass die Kommune Grundstücke einbringt, keine Grunderwerbsteuer an. Allerdings wird sich dieser steuerrechtliche Vorteil bei der gegenwärtigen Planung nicht auswirken. Denn Grundstücke sollen bei der Stadt selbst verbleiben.

Daneben ergeben sich in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht Unterschiede. Die GmbH ist die „einfachere“ der beiden Rechtsform. Insbesondere weist sie einen geringeren und weniger zeitintensiven Gründungsaufwand auf. Die GmbH entsteht im Wesentlichen durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrages und die Eintragung ins Handelsregister. Bei der GmbH & Co. KG müssen hingegen zwei Gesellschaften gegründet und verwaltet werden. Daneben besteht das Erfordernis einer doppelten Buchführung für die GmbH (§ 238 Abs. 1 HGB i.V.m. § 1 Abs. 1 HGB und § 13 Abs. 3 GmbHG) und die KG (§ 238 Abs. 1 HGB).

5.1.1.3.5 Aktiengesellschaft

Die AG scheidet aufgrund ihres Steuerungs- und Kontrolldefizits als Rechtsform für die Schulbaugesellschaft aus. Denn die Stadt muss aufgrund der kommunalrechtlichen Rahmenbedingungen aktiv Einfluss nehmen können.

Bei der AG erwerben die Gesellschafter bzw. die Aktionäre ihre Rechte durch die Übernahme von Anteilen des in Aktien zerlegten Grundkapitals. Organe sind der Vorstand, der Aufsichtsrat und die Geschäftsführung.

Die AG bietet zwar auch im kommunalen Kontext diverse Vorteile.

Für Verbindlichkeiten der Aktiengesellschaften haftet nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AktG nur das Gesellschaftervermögen. Insoweit wird der Vorgabe des § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO NRW Rechnung getragen.

Daneben ist die AG in unternehmerischer Hinsicht sehr selbstständig und kann flexibel agieren. Denn der Vorstand führt gemäß § 76 Abs. 1 AktG die Geschäfte der Gesellschaft in eigener Verantwortlichkeit und unabhängig von etwaigen Weisungen der Aktionäre.

- Vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 17.08.2011 – 13 U 100/10; Fleischer, in: Henssler, beckonline.GROSSKOMMENTAR, Stand: 01.02.2024, § 76 AktG, Rn. 66.

Auch die Kontrollmöglichkeiten der Aktionäre sind sehr beschränkt. Insbesondere ist – im Unterschied zur GmbH – die Stellung des Vorstands durch zwingende gesetzliche Vorschriften und damit die weitgehende unternehmerische Freiheit besonders abgesichert.

- Vgl. Weber, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Auflage 2021, Abschnitt D, Rn. 536 f.

Die Rechte der Aktionäre sind vielmehr nach § 119 AktG v.a. auf das Recht zur Satzungsgebung, der Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat und das Recht zur Bestimmung über die Verwendung des Bilanzgewinnes limitiert.

Wegen der fehlenden Kontrolle ist die AG in der Regel kein öffentlicher Auftraggeber. Sie kann somit, unabhängig von den Schwellenwerten, am Markt vergaberechtsfrei beauftragen.

Die fehlende Kontrollmöglichkeit der AG hat jedoch auch eine Kehrseite. Die Stadt kann weder beeinflussen, wie die AG am Markt agiert, noch könnte sie die AG – mangels Inhouse-Verhältnisses – mit Planungs- und Bauleistungen beauftragen. Dies steht konträr zu dem Ziel, die Schulbaugesellschaft wie einen Totalunternehmer zu beauftragen, um den Schulausbau schnell(er) voranzutreiben. Daneben unterliegt die Gründung einer AG auch kommunalrechtlichen Beschränkungen. Sie ist nur zulässig, wenn der öffentliche Zweck nicht ebenso gut in einer anderen Rechtsform erfüllt wird oder erfüllt werden kann (§ 108 Abs. 3 GO NRW).

Im direkten Vergleich zur GmbH ist die Organisation der AG zudem schwerfälliger. Denn bei der AG ist – neben dem Vorstand und der Hauptversammlung – ein obligatorischer Aufsichtsrat vorgesehen, der die Geschäftsführung überwacht (§ 111 Abs. 1 AktG). Der Aufsichtsrat muss gemäß § 95 AktG aus mindestens drei Mitgliedern bestehen.

Daneben weist die AG einen höheren Gründungsaufwand auf. Mit € 50.000,00 beträgt das erforderliche Grundkapital doppelt so viel wie bei der GmbH. Zudem erfordert die Gründung einer AG – im Unterschied zur GmbH – gemäß § 32 AktG die Erstellung eines Gründungsberichtes, der nach § 37 Abs. 4 Nr. 4 AktG bei der Anmeldung in das Handelsregister vorzulegen ist. Dies ist bei der GmbH nicht erforderlich (vgl. § 8 GmbHG).

5.1.1.3.6 Genossenschaft

Die Rechtsform einer Genossenschaft eignet sich aufgrund ihres verbindlichen Gesellschaftszwecks und der Mitgliederstruktur nicht für eine städtische Schulbaugesellschaft.

Die Genossenschaft ist eine Gesellschaft von nicht geschlossener Mitgliederzahl, die die Förderung des Erwerbs, der Wirtschaft ihrer Mitglieder oder deren soziale und kulturelle Belange durch den gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb bezweckt (§ 1 Abs. 1 GenG). Sie stellt – wie GmbH und

AG – eine Körperschaftlich verfasste Personenvereinigung in Form eines rechtsfähigen wirtschaftlichen Sondervereins dar.

- Beuthien, in: Beuthien, Genossenschaftsgesetz, 16. Auflage 2018, § 1 GenG, Rn. 2.

Das Wesen der Genossenschaft zeichnet sich damit durch eine „nicht geschlossene“ Zahl von Mitgliedern und die ausdrückliche Festlegung eines bestimmten Gesellschaftszwecks aus.

- Beuthien, in: Beuthien, Genossenschaftsgesetz, 16. Auflage 2018, § 1 GenG, Rn. 6 ff.

Beide Merkmale sind mit dem Ziel der Schulbaugesellschaft nicht zu vereinbaren.

Der vorgegebene Gesellschaftszweck schließt die Genossenschaft bereits als Rechtsform für die Schulbaugesellschaft aus. Denn mit der Schulbaugesellschaft soll kein Förderzweck i.S.d. § 1 GenG erfüllt werden. Insbesondere ist die Schulbaugesellschaft nicht auf die wirtschaftliche Förderung oder die Förderung der gewerblichen, freiberuflichen oder sonstigen Erwerbstätigkeit der Stadt ausgerichtet. Vielmehr soll im öffentlichen Interesse der Schulbau vorangetrieben werden.

Daneben ist die der Genossenschaft immanenten Mitgliederstruktur für die Schulbaugesellschaft ungeeignet. Gemäß § 4 GenG muss die Anzahl der Mitglieder der Genossenschaft mindestens drei betragen. Für die Gründung einer kommunalen Schulbaugesellschaft ist jedoch entscheidend, dass auf die Gesellschaft hinreichend eingewirkt werden kann, um die Erfüllung ihrer Aufgaben im Rahmen der kommunalen Daseinsvorsorge zu gewährleisten.

5.1.2 Umsetzung der Gründung

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 ge-

sellschaftsrechtlich normierten Mindestinhalt hinaus hat die Stadt z.B. sicherzustellen, dass sie über die Gesellschaftsorgane, insbesondere die Gesellschafterversammlung, hinreichend Einfluss auf die Gesellschaft nehmen kann (5.1.2.1).

Daneben sind für die Gründung weitere kommunal- und gesellschaftsrechtliche Schritte zu beachten (5.1.2.2).

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 (5.1.2.3).

5.1.2.1 Ausgestaltung der Satzung

Die Stadt hat zur Gründung der Schulbaugesellschaft eine Satzung zu erstellen.

Grundsätzlich gilt zwar nach § 45 Abs. 1 GmbHG für die innere Organisation der GmbH Gestaltungsfreiheit. Kraft ihrer Satzungsautonomie können die Gesellschafter ihre inneren Angelegenheiten im Grundsatz frei regeln. Diese Freiheit wird jedoch teilweise durch die kommunalrechtlichen Vorgaben zur Errichtung einer privaten Einrichtung durch die Gemeinde beschränkt. Bei der Ausgestaltung der Gesellschaftssatzung sind – wie bereits bei der Auswahl der Organisationsform (siehe bereits 5.1.1.2) – vor allem die Vorgaben des § 108 GO NRW zu beachten.

Die Stadt hat im Rahmen der Satzung gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 GO NRW den öffentlichen Zweck in Gestalt des Schulbaus abzusichern (5.1.2.1.1).

Daneben muss die Satzung Vorgaben enthalten, um die Stadt nach Maßgabe der § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 – 5 GO NRW vor unübersehbaren finanziellen Risiken zu schützen (5.1.2.1.2).

Bei der Ausgestaltung der Gesellschaftsorgane ist ein ausreichender Einfluss der Stadt nach Maßgabe des § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 GO NRW,

§ 108 Abs. 4 GO NRW sowie § 113 GO NRW auf die Gesellschaft sicherzustellen (5.1.2.1.3).

5.1.2.1.1 Unternehmensgegenstand und öffentlicher Zweck

Die Schulbaugesellschaft muss durch die Satzung auf den öffentlichen Zweck – hier Beschleunigung des Schulbaus – ausgerichtet sein, § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 GO NRW.

Hintergrund ist, dass die Gesellschaften in privatrechtlicher Organisationsform als eigenständige juristische Personen grundsätzlich ihren gesellschaftsrechtlichen Interessen verpflichtet sind. Diese müssen nicht fortwährend mit dem Interesse der Kommune übereinstimmen. So ist im Rahmen der Satzung sicherzustellen, dass die Organe bei unternehmerischen Entscheidungen den öffentlichen Zweck berücksichtigen.

- Vgl. Bender, in: Kleebaum/Palmen, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, Kommentar für die kommunale Praxis, 4. Auflage 2023, S. 1519, 1529.

Mit dem Begriff des „öffentlichen Zwecks“ nimmt § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 GO NRW auf § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO NRW Bezug, der für eine wirtschaftliche Betätigung verlangt, dass ein öffentlicher Zweck diese Betätigung erfordert.

- Vgl. Held u. a., Praxis der Kommunalverwaltung NRW, Stand 09/2013, § 108 GO NRW, Ziff. 4.5.

Öffentlicher Zweck im Sinne von § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO NRW ist jeder im Aufgabenbereich der Gemeinde liegende Gemeinwohlbelang. Ausgeschlossen sind reine Gewinnerwirtschaftungen.

- Vgl. OVG Münster, Beschluss vom 01.04.2008 – 15 B 122/08.

Der Aufgabenbereich der Schulbaugesellschaft erfüllt die Anforderungen an einen öffentlichen Zweck im Sinne von § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 i. V. m. § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GO NRW. Die Gesellschaft soll den Bau von für einen ordnungsgemäßen Unterricht erforderlichen Schulanlagen

vorantreiben und so den Bedarf der Gemeinde und besonders ihrer Einwohner an Schulraum sichern. Dabei ist die Gesellschaft insbesondere nicht auf Gewinn ausgerichtet.

Wichtig ist, sowohl den Zweck als auch den Unternehmensgegenstand der Gesellschaft präzise zu formulieren. Denn diese bilden die Grundlage dafür, was die Gesellschaft in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht darf und ob ihr Handeln kommunalrechtlich zulässig ist.

Der Zweck definiert das gemeinsame Ziel, das die Gesellschafter verfolgen. Der Unternehmensgegenstand beschreibt hingegen die Tätigkeit der Gesellschaft. Er ist vor allem im Außenverhältnis von Bedeutung. Häufig decken sich der Zweck der Gesellschaft und der Unternehmensgegenstand.

- Jaeger, in: Ziemons/Jaeger/Pöschke, BeckOK GmbHG, 61. Edition, Stand: 01.08.2024, § 1 GmbHG, Rn. 2.

5.1.2.1.2 Finanzielle Ausstattung

Die Stadt ist im Rahmen der Satzung nach Maßgabe der § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 bis 5 GO NRW vor unübersehbaren finanziellen Risiken zu schützen (vgl. bereits 5.1.1.2).

Gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO NRW muss die Gemeinde eine Rechtsform wählen, welche die Haftung der Gemeinde auf einen bestimmten Betrag begrenzt. Zudem muss die Einzahlungsverpflichtung der Gemeinde in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit stehen, § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 GO NRW. Ferner darf sich die Gemeinde gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 GO NRW nicht zur Übernahme von Verlusten in unbestimmter oder unangemessener Höhe verpflichten.

Die Anforderung des § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GO NRW ist bereits durch Gesetz erfüllt. Denn gemäß § 13 Abs. 2 GmbHG ist die Haftung der GmbH auf die Einlage begrenzt.

Um den Anforderungen der § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 und Nr. 5 GO NRW nachzukommen, ist in der Satzung von einer Nachschusspflicht der Stadt i.S.d. § 26 GmbHG abzusehen.

- Frankenberger RNotZ 2018, 649; Kaster, in: Dietlein/Heusch, BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, 28. Edition, Stand: 01.06.2024, § 108 GO NRW, Rn. 11.

Bei Aufnahme der Geschäftstätigkeit ist das gesetzliche vorgeschriebene Mindeststammkapital (EUR 25.000) ausreichend. Eine spätere Erhöhung des Stammkapitals durch Kapitalerhöhungen, etwa zur Erhöhung des Eigenkapitals für Finanzierungsverträge, richtet sich nach den gesetzlichen Vorschriften (vgl. § 55 GmbHG).

Die Stadt sollte die Gesellschaft bei Aufnahme der Geschäftstätigkeit finanziell so ausstatten, dass sie ihre laufenden Kosten, insbesondere Personalkosten und sonstige Fixkosten, eigenständig bewältigen kann. Diese Kosten sollte die Stadt anhand des für die Gesellschaft aufzustellenden Wirtschaftsplans plausibilisieren, um eine Unterdeckung der Gesellschaft auszuschließen. Die Projektfinanzierung kann durch die vertraglichen Vereinbarungen zwischen der Stadt und der Gesellschaft erfolgen. Dabei erscheint eine Vollkostenerstattung zuzüglicher einer Management-Fee zweckmäßig.

5.1.2.1.3 Gesellschaftsorgane

Bei der Ausgestaltung der Gesellschaftsorgane sind insbesondere § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 GO NRW, § 108 Abs. 4 GemO NRW sowie § 113 GO NRW zu beachten. Diese erfordern, dass der Gemeinde ein angemessener Einfluss durch die Satzung eingeräumt wird.

Die GmbH hat grundsätzlich nur zwei Organe, die Gesellschafterversammlung (5.1.2.1.3.1) und die Geschäftsführung (5.1.2.1.3.2). Zusätzlich kann ein Aufsichtsrat eingerichtet werden (5.1.2.1.3.3).

5.1.2.1.3.1 Gesellschafterversammlung

Bei der GmbH wird das Kriterium des „angemessenen Einflusses“ der Stadt bereits durch die Höhe der Kapitalanlage – hier 100 % – und ihre damit verbundene alleinige Gesellschafterstellung erfüllt.

Die Gesellschafter sind in ihrer Gesamtheit als Gesellschafterversammlung das oberste Organ der GmbH mit einer umfassenden Zuständigkeit. Die Gesellschaftsversammlung ist sowohl das Willensbildungs- als auch das Kontrollorgan der GmbH (§§ 45 ff. GmbHG).

- Vgl. Weber, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Auflage 2021, Abschnitt D, Rn. 465; Schmidt/Nachtwey, in: Prinz/Winkeljohann, Beck'sches Handbuch der GmbH, 6. Auflage 2021, § 4, Rn. 1.

Grundsätzlich kommt dem Bürgermeister die Vertretungsbefugnis der Gemeinde zu, § 63 Abs. 1 GO NRW. Für den Bereich der Vertretung der Gemeinde in juristischen Personen gilt jedoch gemäß § 63 Abs. 2 GO NRW die vorrangige Spezialregelung des § 113 GO NRW.

§ 113 Abs. 2 Satz 1 GO NRW überträgt die Zuständigkeit für die Wahrnehmung von Mitgliedschaftsrechten der Gemeinde vom Bürgermeister auf den Rat.

- Bender, in: Klerbaum/Palmen, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, Kommentar für die kommunale Praxis, 4. Auflage 2023, § 113 GO NRW, S. 1580.

In dieser Konsequenz vertritt ein vom Rat bestellter Vertreter der Stadt diese in der Gesellschafterversammlung. Der Rat kann nach eigenem Ermessen entscheiden, wen er als Vertreter in die Organe des Unternehmens entsendet. Er kann – sofern keine Spezialregelungen entgegenstehen – Ratsmitglieder, den Bürgermeister oder andere Bedienstete der Gemeinde sowie sonstige Dritte als Vertreter bestellen.

- Bender, in: Kleebaum/Palmen, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, Kommentar für die kommunale Praxis, 4. Auflage 2023, § 113 GO NRW, S. 1581.

Sind mehr als ein Vertreter der Gemeinde zu bestellen, muss der Bürgermeister oder der von ihm vorgeschlagene Bedienstete dazu zählen, § 113 Abs. 2 Satz 2 GO NRW.

Der Vertreter ist hinsichtlich Begründung, inhaltlicher Reichweite und Beendigung seiner Stellung vollständig vom Rat abhängig.

- Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 21.05.2002 – 15 B 238/02 m.w.N.

Die Vertreter werden nach § 50 Abs. 4 GO NRW im Wege der Verhältniswahl bestellt. Erforderlich ist, dass sie über die zur Beurteilung und Überwachung der Geschäfte, die die Einrichtung betreibt, die erforderliche betriebswirtschaftliche Erfahrung und Sachkunde verfügen (§ 113 Abs. 6 Satz 1 GO NRW).

Der Vertreter der Gemeinde ist verpflichtet, die gemeindlichen Interessen zu verfolgen. Er ist an die Beschlüsse des Rates und seiner Ausschüsse gebunden (§ 113 Abs. 1 Satz 1 und 2 GO NRW). Das einem Ratsmitglied verbürgte freie Mandat des § 42 GO NRW gilt für den gemeindlichen Vertreter insoweit nicht.

- Kaster, in: Dietlein/Heusch, Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, 28. Edition, Stand: 01.06.2024, § 113 GO NRW; Rn. 11.

Die Vertreter haben den Rat, um die Anbindung der Einrichtung an die Gemeinde zu gewährleisten, über alle Angelegenheiten von besonderer Bedeutung frühzeitig zu unterrichten, § 113 Abs. 5 GO NRW.

Für die Frage, welche Angelegenheiten hierunter fallen, kann der Kanon exklusiver Entscheidungskompetenzen des Rates in § 41 Abs. 1 Satz 2 GO NRW herangezogen werden. Denn dies ist allein aus Sichtweise der Gemeinde, nicht aus Sicht der juristischen Person, an der die Gemeinde beteiligt ist, zu bestimmen. Zeitlich hat die Unterrichtung so zu erfolgen,

dass eine Willensbildung und Einflussnahme des Rates noch möglich sind.

- Kaster, in: Dietlein/Heusch, Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, 28. Edition, Stand: 01.06.2024, § 113 GO NRW, Rn. 25 f.

Auf Beschluss des Rates haben die bestellten Vertreter ihr Amt jederzeit niederzulegen, § 113 Abs. 1 Satz 3 GO NRW. Ein Abberufungsbeschluss ist insbesondere dann gerechtfertigt, wenn der Vertreter inhaltlich von den Ratsbeschlüssen abweicht und damit die gemeindlichen Interessen verletzt.

- Kaster, in: Dietlein/Heusch, Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, 28. Edition, Stand: 01.06.2024, § 113 GO NRW, Rn. 13; siehe auch VG Düsseldorf, Urteil vom 22.08.2008 – 1 K 4682/07.

Die Gesellschafterversammlung ist nach § 46 Nr. 6 GmbHG insbesondere dafür zuständig, die Geschäftsführer zu überwachen.

Die Stadt kann als alleinige Gesellschafterin über die Gesellschafterversammlung nach §§ 37 Abs. 1, 38 Abs. 1, 45 Abs. 1 GmbHG Weisungsrechte gegenüber der Geschäftsführung durchsetzen. Zwar besteht diese übergeordnete Geschäftsführungskompetenz der Gesellschafterversammlung, ohne dass es dazu einer Regelung in der Satzung bedürfte.

- Altmeyen, in: Altmeyen, GmbHG, 11. Auflage 2023, § 45 GmbHG, Rn. 2, 15.

Dennoch ist es zweckmäßig, diese Weisungsrechte im Rahmen der Satzung weiter zu präzisieren. Die Weisungen unterliegen dabei keinen Grenzen. Insoweit kommt der Geschäftsführung kein gesetzlich geschützter Kernbereich von Geschäftsführungskompetenzen zu, den die Gesellschafterversammlung nicht an sich ziehen könnte.

- Altmeyen, in: Altmeyen, GmbHG, 11. Auflage 2023, § 45 GmbHG, Rn. 16.

Gemäß § 108 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 GO NRW muss im Rahmen der Satzung sichergestellt werden, dass die Gesellschafterversammlung auch beschließt, über

- den Abschluss und die Änderung von Unternehmensverträgen im Sinne der §§ 291 und 292 Abs. 1 AktG,
- den Erwerb und die Veräußerung von Unternehmen und Beteiligungen,
- den Wirtschaftsplan, die Feststellung des Jahresabschlusses und die Verwendung des Ergebnisses sowie
- die Bestellung und die Abberufung der Geschäftsführer, soweit dies nicht der Gemeinde vorbehalten ist.

Generell bietet es sich an, Geschäfte enumerativ in der Satzung aufzuführen, die der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedürfen.

5.1.2.1.3.2 Geschäftsführung

Die Geschäftsführung ist das im Außenverhältnis agierende Leitungs- und Vertretungsorgan der GmbH.

- Altmeppen, in: Altmeppen, GmbHG, 11. Auflage 2023, § 45 GmbHG, Rn. 14.

Sie unterliegt – wie festgestellt – bereits per Gesetz den Weisungen der Stadt als Alleingeschafterin. Die Weisungsrechte sind im Rahmen der Satzung zu präzisieren (siehe bereits 5.1.2.1.3.1).

Sinnvoll ist es, über die gesetzlichen Vorgaben der §§ 51a, 42a GmbHG hinausgehende Informationspflichten der Geschäftsführung gegenüber den Gesellschaftern aufzunehmen. Zum Beispiel kann der Geschäftsführung auferlegt werden, in regelmäßigen Abständen über die Lage der Gesellschaft zu informieren.

- Frankenberger, RNotZ 2018, 649, 654.

5.1.2.1.3.3 Aufsichtsrat

Die Stadt muss für die GmbH keinen Aufsichtsrat vorsehen. Die Einrichtung ist – bis auf wenige gesetzliche Ausnahmefälle bei der GmbH – fakultativ.

- Spindler, in: Münchener Kommentar GmbHG, 4. Auflage 2023, § 52 GmbHG, Rn. 9 ff.

Vorliegend bedarf es keinen Aufsichtsrat, um einen angemessenen Einfluss der Stadt auf die Schulbaugesellschaft sichern zu können. Denn die Kontrolle der Stadt wird bereits durch die Höhe der Kapitalanlage – hier 100 % – und ihre damit verbundene alleinige Gesellschafterstellung gewährleistet.

5.1.2.1.4 Sonstiges

Die Stadt ist gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 GO NRW überdies verpflichtet, sicherzustellen, dass der Jahresabschluss und der Lagebericht, soweit nicht weitergehende oder andere gesetzliche Vorschriften, der Gesellschaftsvertrag oder die Satzung gelten, in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Dritten Buches des Handelsgesetzbuches für Kapitalgesellschaften aufgestellt und geprüft werden.

Daneben muss die Stadt infolge ihrer Mehrheitsbeteiligung im Rahmen der Satzung gewährleisten, dass die Pflichten des § 108 Abs. 2 GO NRW erfüllt werden.

Sie hat gemäß § 108 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GO NRW in – sinngemäßer Anwendung der für die Eigenbetriebe geltenden Vorschriften – darauf hinzuwirken, dass

- für jedes Wirtschaftsjahr aufgestellt wird (lit. a)),
- die Wirtschaftsführung eine fünfjährige Finanzplanung zu Grunde gelegt und der Gemeinde zur Kenntnis gebracht wird (lit. b)),
- die Feststellung des Jahresabschlusses, die Verwendung des Ergebnisses sowie das Ergebnis der Prüfung des Jahresabschlusses unbeschadet der bestehenden gesetzlichen Offenlegungspflichten

öffentlich bekannt gemacht werden und der Jahresabschluss zur Einsichtnahme verfügbar gehalten werden (lit. c)).

Daneben muss die Stadt gewährleisten, dass – sofern ein Lagebericht zu erstellen ist – in diesem oder im Zusammenhang damit zur Einhaltung der öffentlichen Zwecksetzung und Zweckerreichung Stellung genommen wird (§ 108 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GO NRW). Die Vorgaben des Nr. 1 lit. c) sind dabei zu beachten (Nr. 1 lit c) Halbsatz 2).

Ferner ist die Stadt verpflichtet, satzungsmäßig vorzugeben, dass in dem Bericht über die Prüfung des Jahresabschlusses und des Lageberichts darauf einzugehen ist, ob das von der Gemeinde zur Verfügung gestellte Eigenkapital angemessen verzinst wird (§ 108 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GO NRW).

5.1.2.2 Erforderliche gesellschaftsrechtliche Schritte unter Beachtung der kommunalen Vorgaben

Daneben sind für die Gründung die folgenden kommunal- und gesellschaftsrechtliche Schritte zu beachten:

- **Entscheidung des Rates über die Gründung der Gesellschaft**

Der Rat hat über die Gründung der Schulbaugesellschaft zu entscheiden. Dies folgt aus § 41 Abs. 1 Satz 2 lit. m) GO NRW. Denn hiernach steht die erstmalige Beteiligung der Gemeinde an einer Gesellschaft oder anderen Vereinigung in privater Rechtsform unter dem Ratsvorbehalt. Dies gilt auch für den Fall, dass – wie vorliegend – die Einrichtung keinen wirtschaftlichen Zwecken dienen soll. Denn auch für diese Fälle stellt § 108 GO NRW besondere Voraussetzungen auf.

- **Anzeige der Gesellschaftsgründung bei der Bezirksregierung**

Unmittelbar nach dem Ratsbeschluss hat die Stadt gemäß § 115 Abs. 1 lit. a) GO NRW die Entscheidung über die Gründung der Aufsichtsbehörde – Bezirksregierung Düsseldorf – unverzüglich anzuzeigen.

Unverzüglich bedeutet ohne schuldhaftes Zögern (vgl. § 121 BGB). Zugleich muss die Anzeige jedoch spätestens sechs Wochen vor Beginn des Vollzuges erfolgen. Die Aufsichtsbehörde soll die Möglichkeit haben, die geplante Maßnahme zu prüfen, bevor sich die Gemeinde rechtlich bindet. Gemäß § 115 Abs. 1 Satz 3 GO NRW kann die Aufsichtsbehörde im Einzelfall die Frist verkürzen oder darauf verzichten. In jedem Fall bietet es sich an, sich mit der Aufsichtsbehörde frühzeitig abzustimmen, damit der interne Zeitplan eingehalten werden kann.

Aus der Anzeige muss ersichtlich sein, ob die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Insbesondere ist darzulegen, welches wichtige Interesse im Sinne des § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GO NRW die Gesellschaftsgründung in privater Rechtsform rechtfertigt.

- **Gründung der Vor-GmbH**

Nach Ablauf der Anzeigefrist ist die sog. Vor-GmbH zu gründen (vgl. § 11 GmbHG). Dies erfolgt durch die notarielle Beurkundung der Satzung. Die Vorgesellschaft ist ein Rechtsträger eigener Art, der mit der durch Eintragung im Handelsregister entstehenden GmbH identisch ist.

Die Vor-GmbH sollte noch keine Geschäftstätigkeit aufnehmen. Denn bis zur Eintragung der GmbH haften die handelnden Personen nach § 11 Abs. 2 GmbHG persönlich und solidarisch.

Mit Gründung der Vor-GmbH hat auch die Bestellung der Geschäftsführung – als körperschaftlicher Akt – zu erfolgen (§ 6 GmbHG). Diese haben bei der Anmeldung mitzuwirken (§§ 8, 78 GmbHG).

- **Entwurf und Abschluss Geschäftsführeranstellungsvertrag**

Die Bestellung der Geschäftsführung im Rahmen der Satzung ist von dem ihr zugrundeliegenden Anstellungsverhältnis zu unterscheiden. Ein entsprechender Geschäftsführeranstellungsvertrag ist zu entwerfen und mit den ausgewählten Geschäftsführern abzuschließen.

Hinweis:

Voraussichtlich bedarf es eines Übergangs-Geschäftsführers.

- **Entscheidung über D&O-Versicherung und ggf. Abschluss**

Vor Abschluss des Geschäftsführeranstellungsvertrages ist zu entscheiden, ob eine sog. D&O-Versicherung (englisch: Directors and Officers liability insurance) geschlossen werden soll.

In der Regel wird die Versicherung zwischen der Gesellschaft als Versicherungsnehmerin und dem Versicherungsunternehmen zugunsten des Geschäftsführers als versicherte Person abgeschlossen. Hierbei handelt es sich um eine Versicherung für fremde Rechnung i.S.v. § 43 Abs. 1, §§ 100 ff. VVG. Diese dient vor allem dem Zweck, die Haftung des Geschäftsführers für die in Ausübung seiner Geschäftsführungstätigkeit fahrlässig verursachten Schäden abzudecken.

- Terlau, in: Römmermann, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 5. Auflage 2023, § 10 Haftung, Rn. 285 ff.

- **Eröffnung Bankkonto und Einzahlung des Stammkapitals**

Unmittelbar nach Bestellung des Geschäftsführers ist ein Bankkonto zu eröffnen und das Stammkapital einzuzahlen.

Da die Banken das sog. Know-Your-Customer-Verfahren (KYC) zur Verhinderung von Geldwäsche durchführen müssen, kann die

Eröffnung des Bankkontos einige Zeit – in der Regel mehrere Wochen – in Anspruch nehmen.

Bei der Anmeldung zum Handelsregister muss die Geldeinlage eines jeden Gesellschafters nach § 7 Abs. 2 GmbHG zu mindestens einem Viertel eingezahlt worden sein. Insgesamt muss mindestens die Hälfte des Mindeststammkapitals nach § 5 Abs. 1 GmbHG – also € 12.500,00 – geleistet worden sein. Die Pflicht zur Leistung der Stammeinlagen kann weder erlassen noch gestundet werden (§ 19 GmbHG).

- **Anmeldung und Eintragung ins Handelsregister, anschließend: Aufnahme der Geschäftstätigkeit**

Nach Einzahlung des Stammkapitals hat die Anmeldung und Eintragung der GmbH ins Handelsregister zu erfolgen.

Der Antrag auf Eintragung ist von sämtlichen Geschäftsführern der Vor-GmbH beim zuständigen Registergericht (Amtsgericht) zu stellen (vgl. § 7 Abs. 1 GmbHG). Dem Antrag sind die in § 8 GmbHG aufgeführten Unterlagen und Nachweise beizufügen.

Die GmbH entsteht mit der Eintragung in das Handelsregister (§ 11 Abs. 1 GmbHG). Erst dann haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur das Gesellschaftsvermögen.

- **Gewerbeanmeldung/Finanzamt**

In steuerrechtlicher und gewerbeaufsichtsrechtlicher Hinsicht ist eine Erfassung der Schulbaugesellschaft bei dem zuständigen Finanzamt sowie der zuständigen Gewerbeaufsicht innerhalb eines Monats nach Aufnahme der operativen Tätigkeiten erforderlich (§ 138 Abs. 1 Satz 1, Abs. 1b, Abs. 4 AO).

Vorratsgesellschaft:

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

Bei Vorratsgesellschaften handelt es sich um Gesellschaften, die allein für den Fall gegründet und vorrätig gehalten werden, dass rasch und ohne den mit dem Gründungsverfahren einhergehenden Verzögerungen und Haftungsgefahren im Stadium der Vor-GmbH ein körperschaftlicher Unternehmensträger gebraucht wird. Im Bedarfsfall werden die Geschäftsanteile auf einen Dritten übertragen, der die Gesellschaft erstmals mit einem aktiven Unternehmen ausstattet, einen eigenen Geschäftsführer bestellt und die Satzung entsprechend anpasst.

- Heckschen, in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 3. Auflage 2022, § 4, Rn. 814.

Anbieter von Vorratsgesellschaften ist z.B. der Deutsche Notarverein.

Entscheidet sich die Stadt für den Erwerb einer Vorratsgesellschaft, sind insbesondere folgende Schritte erforderlich:

- Reservierung der Vorrats-GmbH
- Kaufpreiszahlung
- Notarielle Beurkundung
- Erhalt sämtlicher Geschäftsunterlagen
- Übernahme des Stammkapitals
- Eintragung in das Handelsregister (Geschäftsführerwechsel, Satzungsänderung)

5.1.2.3 Schnittstellen zur Kernverwaltung/Rahmenvertrag

Das Auftragsverhältnis zwischen Stadt – Auftraggeberin – und der Schulbaugesellschaft – Auftragnehmerin – ist durch einen Rahmenvertrag auszugestalten.

Der Vertrag regelt die Rahmenbedingungen der Zusammenarbeit zwischen der Stadt und der Schulbaugesellschaft im Hinblick auf den verfolgten Zweck, den Schulbau in der Stadt Remscheid voranzutreiben.

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 Formalia bzw. die Abläufe einer Beauftragung sind darzulegen (z.B. Verwendung von Formblättern, zusätzliche SAP-Bestellung etc.). Sofern der Auftrag keine abweichenden Bestimmungen trifft, gelten die (allgemeinen) Bedingungen des Rahmenvertrages.

Als Rahmenbedingungen sind insbesondere folgende Punkte zu regeln:

- **Leistungsstufen/Aufgabenverteilung der Parteien**

Die Stadt und die Schulbaugesellschaft haben unterschiedliche Aufgaben wahrzunehmen, die zum Erreichen der gemeinsamen Zielsetzung in einem iterativen Prozess verbunden sind. Hierbei ist insbesondere auch die Gremienbeteiligung der Stadt zu berücksichtigen. Zweckmäßig ist es, die konkrete Aufgabenverteilung je Leistungsstufe der HOAI festzulegen.

- **Pflichten des Auftraggebers**

Die Stadt ist zur Mitwirkung zu verpflichten, soweit es für die ordnungsgemäße Erfüllung des verfolgten Zwecks erforderlich ist. Zum Beispiel hat die Stadt der Schulbaugesellschaft unaufgefordert die notwendigen Unterlagen und Auskünfte zur Verfügung zu stellen. Daneben ist vertraglich festzulegen, dass die Stadt der Schulbaugesellschaft bei Bedarf die notwendigen Vollmachten für eine rechtsgeschäftliche Vertretung erteilt.

- **Pflichten des Auftragnehmers**

Generell ist festzuhalten, dass die Schulbaugesellschaft gegenüber der Stadt zur kooperativen Zusammenarbeit verpflichtet ist

und ihr Tätigwerden auf die Interessen der Stadt auszurichten hat. Zudem hat die Schulbaugesellschaft beispielsweise ausreichend Zeit für die Prüfung und Freigabe durch die Stadt einzuplanen.

- **Umsetzung vertraglicher Vereinbarungen**

Um eine reibungslose Umsetzung der Baumaßnahmen zu gewährleisten, ist die Schulbaugesellschaft insbesondere dazu zu verpflichten, einen Rahmenterminplan zu erarbeiten, fortzuschreiben und die Stadt insoweit fortwährend informiert zu halten. Zugleich ist der Stadt das Recht einzuräumen, Anmerkungen zum Zeitplan zu tätigen, welche die Schulbaugesellschaft zu berücksichtigen hat.

Daneben ist es z.B. sinnvoll, ein Beteiligungsrecht der Stadt bei rechtsgeschäftlichen Abnahmen der Schulbaugesellschaft gegenüber Nachunternehmern aufzunehmen.

Auch sind vertraglich Vorkehrungen zu treffen, um die Liquidität der Schulbaugesellschaft zu gewährleisten (siehe hierzu 5.5.2).

- **Übertragung**

Eine Übertragung der Schulimmobilien bedarf es grundsätzlich bei Bauten auf fremden Grundstücken – wie hier vorgesehen – nicht. Denn zivilrechtlich wird die Stadt als Eigentümerin der Grundstücke auch Eigentümerin der Gebäude. Zumindest ist jedoch die Übernahme der Gebäude in die städtische Wartung und Prüfung zu regeln.

- **Vergütung**

Auch die Vergütung der Schulbaugesellschaft ist vertraglich festzuhalten. Die Stadt kann die Schulbaugesellschaft – als eine Möglichkeit – hinsichtlich der Management- und Projektkosten im „cost and fee-Verfahren“ zu vergüten (siehe ausführlich hierzu 5.5.2).

Alternativ ist es grundsätzlich auch denkbar, die Managementkosten durch einen Zuschuss zur Verlustabdeckung (Betriebskostenzuschuss) zu ersetzen.

- **Haftung**

Vertraglich zu klären ist zudem, inwiefern die Schulbaugesellschaft für Schäden oder vergebliche Aufwendungen haftet. In der Regel ist eine Haftungsbeschränkung vorzusehen.

- **Urheber- und Nutzungsrecht**

Wichtig ist auch, dass sich die Stadt das Nutzungsrecht an den Planungen, Unterlagen sowie sonstigen von der Schulbaugesellschaft erbrachten Leistungen für das Bauvorhaben einräumen lässt. Durch die Übertragung der Nutzungsrechte bleibt das Urheberpersönlichkeitsrecht der Schulbaugesellschaft oder des von ihr beauftragten Dritten unangetastet.

- **Laufzeit/Kündigung**

Der Rahmenvertrag ist grundsätzlich auf unbestimmte Zeit zu schließen. Sinnvoll ist es, der Stadt vertraglich ein ordentliches Kündigungsrecht einzuräumen. Um auch den (wirtschaftlichen) Interessen der Schulbaugesellschaft zu entsprechen, ist dieses insoweit einzuschränken, als es frühestens, z.B. fünf Jahre, nach Inkrafttreten des Rahmenvertrages ausgeübt werden kann.

Um den Rahmenvertrag und die Maßnahmen erfolgreich auf Auftraggeberseite umsetzen zu können, sind bei der Kernverwaltung ausreichend personelle Kapazitäten vorzuhalten.

5.2 Vergaberecht

Die Gründung bzw. der spätere Betrieb der Schulbaugesellschaft als Inhouse-Gesellschaft der Stadt ist vergaberechtlich zulässig.

Die Stadt wird die Schulbaugesellschaft mit der Planung und dem Bau neuer Schulimmobilien beauftragen dürfen, 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 (5.2.1).

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 (5.2.2).

5.2.1 Inhouse-Fähigkeit der Schulbaugesellschaft

Die Stadt darf an die Schulbaugesellschaft Aufträge erteilen, ohne sie vorher europaweit auszuschreiben. Denn Inhouse-Geschäfte im Sinne des § 108 Abs. 1 GWB sind vom Vergaberecht ausgenommen.

Zwischen der Stadt und der Schulbaugesellschaft besteht ein vergabefreies Inhouse-Verhältnis im Sinne des § 108 Abs. 1 GWB.

§ 108 Abs. 1 GWB lautet wörtlich:

- „(1) *Dieser Teil ist nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, die von einem öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 99 Nummer 1 bis 3 an eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts vergeben werden, wenn*
1. *der öffentliche Auftraggeber über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt,*
 2. *mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, betraut wurde, und*
 3. *an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind*

und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.“

Gemäß § 108 Abs. 2 Satz 1 GWB wird die Kontrolle im Sinne von § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB vermutet, wenn der öffentliche Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausübt.

Die Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 GWB liegen vor.

Die Stadt übt Kontrolle über die Schulbaugesellschaft wie über eine eigene Dienststelle aus (5.2.1.1). Mehr als 80 % der Tätigkeiten der Schulbaugesellschaft dienen der Erfüllung von Aufgaben, mit denen sie von der Stadt beauftragt wird (5.2.1.2). Zudem besteht keine direkte private Kapitalbeteiligung an der Schulbaugesellschaft (5.2.1.3).

5.2.1.1 Kontrollkriterium

Die Stadt übt über die Schulbaugesellschaft eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle aus.

Bei der Rechtsform einer GmbH ist die Kontrollmöglichkeit bereits dadurch zu bejahen, dass die Gesellschafter gegenüber dem Geschäftsführern gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG ein Weisungsrecht haben.

- Vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 14.12.2010 – 1 Verg 5/10; Gurlit, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Auflage 2022, Band 1, § 108 GWB, Rn. 13; Stephan/Tieves, in: Münchener Kommentar GmbHG, 4. Auflage 2023, § 37, Rn. 123 ff.

Die Geschäftsführung der Schulbaugesellschaft ist von Gesetzes wegen bereits an die Weisungen der Stadt gebunden. Die Leitungsvollmacht ist damit begrenzt. Als Gesellschafterin übt die Stadt insbesondere über die Gesellschafterversammlung als zentrales Organ einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der Schulbaugesellschaft aus. Bei wichtigen Entscheidungen, bspw. der Satzungsänderung gemäß § 53 Abs. 1 GmbHG, bedarf es der Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Daneben wird die Satzung

die Zustimmungsvorbehalte sowie das Weisungsrecht der Stadt weiter konkretisieren und ausgestalten.

5.2.1.2 Wesentlichkeitskriterium

Das Wesentlichkeitskriterium nach § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB ist erfüllt. Die Schulbaugesellschaft wird zu mehr als 80 % für die Stadt tätig.

§ 108 Abs. 7 GWB gibt die Parameter für die Berechnung der Schwelle vor. § 108 Abs. 7 GWB lautet wörtlich:

„Zur Bestimmung des prozentualen Anteils nach Absatz 1 Nummer 2, Absatz 4 Nummer 2 und Absatz 6 Nummer 3 wird der durchschnittliche Gesamtumsatz der letzten drei Jahre vor Vergabe des öffentlichen Auftrags oder ein anderer geeignete tätigkeitsgestützter Wert herangezogen. Ein geeigneter tätigkeitsgestützter Wert sind zum Beispiel die Kosten, die der juristischen Person in dieser Zeit in Bezug auf Liefer-, Bau- und Dienstleistungen entstanden sind. Liegen für die letzten drei Jahre keine Angaben über den Umsatz oder einen geeigneten alternativen tätigkeitsgestützten Wert wie zum Beispiel Kosten vor oder sind die nicht aussagekräftig, genügt es, wenn der tätigkeitsgestützte Wert insbesondere durch Prognosen über die Geschäftsentwicklung glaubhaft gemacht wird.“

Nach diesen Maßstäben ist das Wesentlichkeitskriterium erfüllt. Denn geplant ist, dass die Schulbaugesellschaft allein für die Stadt Leistungen erbringt.

5.2.1.3 Beteiligungskriterium

Das Beteiligungskriterium ist erfüllt. Eine direkte private Kapitalbeteiligung im Sinne des § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB besteht an der Schulbaugesellschaft nicht. Alleiniger Anteilseigner ist die Stadt.

5.2.2 Kein Vergaberecht für Schulbaugesellschaft im Unterschwellenbereich

Die Schulbaugesellschaft ist als 100%-ige Tochter der Stadt Remscheid eine kommunale Eigengesellschaft mit Sitz in NRW. Als solche ist sie nicht verpflichtet, das nationale Vergaberecht bei der Vergabe von Aufträgen, die den Schwellenwert für EU-weite Ausschreibungen nicht berühren, anzuwenden.

Die Schulbaugesellschaft ist eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB. Denn sie ist eine staatlich beherrschte juristische Person des Privatrechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen.

Als öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB ist sie an das Oberschwellenvergaberecht gebunden, wenn die Schwellenwerte zur EU-weiten Ausschreibung erreicht sind (vgl. § 106 GWB).

Unterhalb der Schwellenwerte ist die Schulbaugesellschaft nicht als öffentliche Auftraggeberin, die das Unterschwellenvergaberecht anwenden muss, zu klassifizieren.

Nach § 26 Kommunalhaushaltsverordnung Nordrhein-Westfalen, Ziffer 1.2 des Runderlasses des Ministeriums für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung – 304-48.07.01/01-169/18 vom 28.08.2018 werden die Vergabegrundsätze für Gemeinden auf kommunal beherrschte Unternehmen des privaten Rechts nicht angewandt.

Ziffer 1.2 des Runderlasses des Ministeriums für Heimat, Kommunales, Bau und Gleichstellung –304-48.07.01/01-169/18 vom 28.08.2018 lautet:

„Keine Anwendung finden diese Vergabegrundsätze auf:

- a) *Eigenbetriebe,*
- b) *kommunal beherrschte Unternehmen,*
- c) *Einrichtungen in einer Rechtsform des privaten Rechts und*
- d) *Zweckverbände, deren Hauptzweck der Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens ist.*

(...)“

(Unterstreichungen hinzugefügt, Auslassung markiert)

Damit ist die Schulbaugesellschaft vom Geltungsbereich des Vergaberechts unterhalb der Schwellenwerte ausgenommen. Das heißt, die Schulbaugesellschaft darf Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte vergeben, ohne ein Vergabeverfahren durchführen zu müssen. Bei Bauaufträgen beträgt dieser Schwellenwert € 5.538.000,00.

5.3 Beihilferecht

Die Beauftragung sowie finanzielle Ausstattung der Schulbaugesellschaft durch die Stadt ist beihilferechtlich zulässig.

Nach dem EuGH enthält Art. 107 Abs. 1 AEUV insgesamt vier Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen, um von einer unzulässigen Beihilfe auszugehen:

1. Eine staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel,
2. Geeignetheit dieser Maßnahme, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen,
3. ein begünstigtes Unternehmen erhält durch die Maßnahme einen Vorteil,
4. die Maßnahme muss den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen.

- Vgl. EuGH, Urteil vom 08.05.2013 – C-197/11, C-203/11.

Weder die Aufträge noch die finanzielle Ausstattung erfüllen diese Voraussetzungen einer Beihilfe.

Die Schulbaugesellschaft ist mangels Unternehmenseigenschaft im beihilferechtlichen Sinn bereits kein tauglicher Beihilfeadressant. Denn sie geht keiner wirtschaftlichen Tätigkeit nach. Vielmehr nimmt sie allein hoheitliche Aufgaben wahr, die sonst der Stadt obliegen würden (5.3.1).

Daneben sind die Aufträge oder die Mittel nicht 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 (5.3.2).

5.3.1 Schulbaugesellschaft kein begünstigtes Unternehmen

Die Schulbaugesellschaft ist kein begünstigtes Unternehmen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV. Denn sie ist nicht wirtschaftlich tätig.

Art. 107 Abs. 1 AEUV verlangt, dass Beihilfen bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigen. Das Tatbestandsmerkmal wird häufig als Selektivität bezeichnet. Nur wenn eine Förderung einem bestimmten Unternehmen zugutekommt und dieses besser stellt als andere, handelt es sich um eine Beihilfe.

Ein Unternehmen im Sinne von Art. 107 AEUV ist jede Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt.

- Vgl. EuGH, Urteil vom 25.10.2001 – C-475/99; Urteil vom 23.03.2006 – C-237/04; Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01) vom 19.07.2016, Rn. 10.

Die Rechtsform des Unternehmens ist ebenso unbeachtlich wie die Art der Finanzierung. Ob das Unternehmen seine Geschäftstätigkeit auf eine Gewinnerzielung ausrichtet, ist ebenfalls nicht ausschlaggebend.

- Vgl. EuGH, Urteil vom 12.09.2000 – C-180/98; Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01) vom 19.07.2016, Rn. 9.

Allein maßgeblich ist die Art der Tätigkeit. Nur Einheiten, die wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben, sind Unternehmen im Sinne der Beihilfenvorschriften. Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist jede Tätigkeit, die darin besteht, auf einem bestimmten Markt Waren und/oder Dienstleistungen anzubieten.

- Vgl. Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse („DAWI-Mitteilung“) (2012/C 8/02) vom 11.01.2012, Rn. 11.

Nichtwirtschaftliche Tätigkeiten sind dagegen solche, die zu den grundlegenden hoheitlichen Aufgaben des Staates gehören.

- Vgl. EuGH, Urteil vom 19.01.1994 – C-364/92; Urteil vom 18.03.1997 – C-343/59.

Ebenfalls nichtwirtschaftlich sind rein soziale Tätigkeiten. Insbesondere sind Dienstleistungen im Zusammenhang mit nationalen Bildungssystemen nach Auffassung der EU-Kommission und des Gerichtshofes keine wirtschaftlichen Tätigkeiten. Denn die Bereitstellung von Schulen ist eine öffentliche Aufgabe und der Schulbesuch eine Pflicht, die ordnungsrechtlich durchgesetzt wird. Die Tätigkeiten sind als Teil des allgemeinen Bildungsauftrags zu den staatlichen Kernaufgaben zu zählen.

- Vgl. Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse („DAWI-Mitteilung“) (2012/C 8/02) vom 11.01.2012, Rn. 26; EuGH, Urteil vom 27.09.1998 – C 263/86; Arhold, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 510.

Nach diesen Maßstäben ist die Schulbaugesellschaft mangels wirtschaftlicher Tätigkeit kein Unternehmen im Sinne des Beihilferechts. Denn sie nimmt ausschließlich Aufgaben im sozialen Bereich wahr, die sonst der Stadt Remscheid obliegen würden. Sie wird im Bereich der Daseinsvorsorge tätig und trägt mit der Planung und dem Bau von Schulen maßgeblich dazu bei, dass die Stadt ihren sozialen, kulturellen und bildungspolitischen Auftrag gegenüber den Einwohnern der Stadt erfüllen kann.

5.3.2 Fehlende Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handelns/keine Wettbewerbsverfälschung

Daneben sind weder die Aufträge noch die finanziellen Mittel der Stadt geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen oder den Wettbewerb zu verfälschen. Denn die Schulbaugesellschaft erbringt allein lokale Tätigkeiten. Zudem steht sie selbst nicht im Wettbewerb mit anderen Unternehmen, da sie im hoheitlichen Bereich der Daseinsvorsorge tätig ist.

Die EU-Kommission geht nicht davon aus, dass die Beihilfe tatsächlich Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben muss. Es genügt, dass die Beihilfe Auswirkungen auf den Handel haben könnte. Eine Beihilfe hat nur keine Auswirkungen auf den Handel, wenn sie rein lokale Auswirkungen hat. Dies ist eine Einzelfallentscheidung.

„[...] Hierbei muss nicht festgestellt werden, dass die Beihilfe tatsächlich Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedsstaaten hat, sondern lediglich, ob sie Auswirkungen auf diesen Handel haben könnte.“

(Auslassung markiert)

- Vgl. Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Absatz 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01) vom 19.07.2016, S. 42, 43.

Grundsätzlich kann auch eine Beihilfe, die einem Unternehmen gewährt wird, das ausschließlich örtliche und regionale Dienste und keine Dienste außerhalb seines Heimatsstaats erbringt, geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, wenn diese Dienste von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten erbracht werden könnten und diese Möglichkeit nicht rein hypothetischer Natur ist.

- Vgl. Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Absatz 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01) vom 19.07.2016, S. 42, Rn. 192.

Die Kommission hat jedoch bereits mehrfach festgestellt, dass unter spezifischen Umständen eine Maßnahme, die rein lokale Auswirkungen hat, sich nicht auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten auswirkt. Dies betraf insbesondere Fälle, in denen die Beihilfeempfänger Waren oder Dienstleistungen nur in einem geographisch begrenzten Gebiet in einem Mitgliedstaat anboten und es unwahrscheinlich war, dass sie Kunden aus anderen Mitgliedstaaten gewinnen würden. Ferner war hier davon auszugehen, dass die Maßnahme nicht mehr als marginale Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen oder die Niederlassung von Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten haben wird.

- Vgl. Entscheidung der Kommission vom 16.06.2001 – N 258/00 (Freizeitbad Dorsten); Entscheidung vom 06.02.2004 – C 10/03 (Yachthäfen ohne Erwerbscharakter); Entscheidung vom 21.08.2015 – SA.37963 (Beihilfe für Glenmore Lodge).

Nach diesen Maßstäben liegt keine Handelsbeeinträchtigung vor. Die Gründung sowie die Tätigkeiten der Schulbaugesellschaften haben nur rein lokale Auswirkungen. Die Schulbaugesellschaft erbringt allein Leistungen im Stadtgebiet Remscheid. Alleinige Auftraggeberin ist die Stadt.

Weder die Aufträge noch die finanziellen Mittel drohen den Wettbewerb zu verfälschen. Denn die Schulbaugesellschaft profitiert hiervon nicht zulasten eines anderen Wettbewerbers.

Eine Zuwendung ist nur dann wettbewerbsverfälschend, wenn sie die Stellung des Begünstigten oder eines dritten Unternehmens auf dem sachlich, zeitlich und räumlich relevanten Markt zulasten ihrer potentiellen Konkurrenten verbessert.

- Vgl. Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 107 AEUV, Rn. 35.

Die Schulbaugesellschaft selbst steht nicht im Wettbewerb mit anderen Unternehmen. Denn sie wird im hoheitlichen Bereich der Daseinsvorsorge tätig und erbringt gemeindliche Aufgaben für die Stadt Remscheid.

Auch kann die Schulbaugesellschaft die mit ihrer Tätigkeit einhergehenden Mittel nicht zum Nachteil eines Wettbewerbers nutzen. Denn an der Schulbaugesellschaft sind keine Privaten beteiligt. Etwaige Gewinne fließen entweder in den Schulausbau oder zurück zur Stadt als öffentliche Anteilseignerin der Schulbaugesellschaft.

5.4 Arbeitsrecht

Die Schulbaugesellschaft wird als direkte Tochtergesellschaft der Gemeinde ungeachtet des fortbestehenden herrschenden Einflusses der Stadt Remscheid als alleinige Gesellschafterin ohne entsprechende gesellschaftsrechtliche Vorgaben nicht verpflichtet sein, sich den Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes (TVöD)

zu unterwerfen. Die aufgrund der Mitgliedschaft im kommunalen Arbeitgeberverband bestehende Bindung der Stadt Remscheid als öffentliche Arbeitgeberin an die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes erfasst nicht automatisch auch die Schulbaugesellschaft. Diese kann vielmehr über ihre Tarifbindung vom Grundsatz her eigenständig entscheiden.

Eine normative Tarifbindung an den TVöD könnte seitens der Schulbaugesellschaft durch den Beitritt in den kommunalen Arbeitgeberverband herbeigeführt werden. Dies ist aber nicht verpflichtend.

- Der TVöD gilt für Beschäftigte des Bundes oder eines Arbeitgebers, der Mitglied eines der in der Vereinigung kommunaler Arbeitgeberverbände (VKA) zusammengeschlossenen kommunalen Arbeitgeberverbandes ist. Sind Beschäftigte in diesem Fall selbst tarifgebunden, das heißt Mitglied einer am Abschluss des TVöD beteiligten Gewerkschaft (ver.di, GdP, IG BAU, GEW, dbb tarifunion), so sind die tariflichen Rechte grds. unabdingbar (§ 4 TVG).
- Betrieblich fallen unter den TVöD alle Behörden, Dienststellen, Einrichtungen und Betriebe des Bundes, nicht aber die bundesunmittelbaren Anstalten, Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts. Auf kommunaler Ebene sind die Behörden, Dienststellen, Einrichtungen und Betriebe der dem VKA angehörenden Mitglieder ihres jeweiligen Bundeslandes (KAV) erfasst, unabhängig davon, ob sie in öffentlich-rechtlicher Rechtsform (ö.-r. Körperschaften, Anstalten, Stiftungen oder selbstständige kommunale Betriebe) oder in privatrechtlicher Organisationsform wie GmbH oder Aktiengesellschaften organisiert sind.

Zu berücksichtigen ist allenfalls, dass die Gewerkschaft ver.di sich entschließen könnte, auf eine Bindung Schulbaugesellschaft an die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes hinzuwirken und dies ggf. sogar durch Arbeitskampfmaßnahmen (bspw. Streiks) zu erreichen. Dem könnte mutmaßlich vorgebeugt bzw. gegen gewirkt werden, wenn man nicht den Eindruck entstehen lässt, die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten der Schulbaugesellschaft gegenüber den Tarifen des öffentlichen Dienstes (gezielt) zu verschlechtern.

5.5 Haushaltsrecht/Zahlungsverkehr

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 (5.5.1).

Die Stadt hat die Schulbaugesellschaft im Rahmen des Auftraggeber-/Auftragnehmeverhältnisses zu vergüten. Zweckmäßig ist es grundsätzlich, 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 (5.5.2).

5.5.1 Haushaltsrecht

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.

§ 112 Abs. 1 GO NRW lautet wörtlich:

„Gehören einer Gemeinde unmittelbar oder mittelbar Anteile an einem Unternehmen oder einer Einrichtung in einer Rechtsform des privaten Rechts in dem in § 53 des Haushaltsgrundsätzegesetzes bezeichneten Umfang, so soll sie

- 1. die Rechte nach § 53 Abs. 1 des Haushaltsgrundsätzegesetzes ausüben,*
- 2. darauf hinwirken, dass ihr die in § 54 des Haushaltsgrundsätzegesetzes vorgesehenen Befugnisse eingeräumt werden.“*

Gemäß § 112 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW i.V.m. § 53 Abs. 1 Nr. 1 HGrG muss die Stadt als alleinige Anteilseignerin der Schulbaugesellschaft insbesondere sicherstellen, dass eine Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung durch den

Abschlussprüfer erfolgt. Der reguläre Prüfauftrag nach §§ 316 f. HGB ist entsprechend zu erweitern.

Der Abschlussprüfer muss nach den allgemeinen Vorgaben des HGB die Ordnungsgemäßheit der Geschäftsführung nicht prüfen. Vielmehr hat er grundsätzlich nur über solche Gesetzesverstöße oder Unregelmäßigkeiten zu berichten, die ihm bei der Abschlussprüfung aufgefallen sind (§ 321 Abs. 1 Satz 3 HGB). Bei einem erweiterten Prüfauftrag nach § 53 Abs. 1 HGrG hat der Abschlussprüfer hingegen zu prüfen, ob ungewöhnliche oder risikoreiche Geschäfte getätigt wurden. Ferner unterfällt der Prüfung die Frage, ob Gesetze, Satzung, Geschäftsordnung sowie Beschlüsse der Gesellschafterversammlung und des Aufsichtsrats eingehalten wurden. Der Entscheidungsprozess ist dabei nicht in seinen Einzelheiten zu prüfen.

- Vgl. Weber, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Auflage 2021, Abschnitt D, Rn. 517.

Daneben hat die Stadt gemäß § 112 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW i.V.m. § 53 Abs. 1 Nr. 2 HGrG zu verlangen, dass die Abschlussprüfer in ihrem Bericht auch

- die Entwicklung der Vermögens- und Ertragslage sowie die Liquidität und Rentabilität der Gesellschaft (lit. a)),
- verlustbringende Geschäfte und Ursachen der Verluste, wenn diese Geschäfte und die Ursachen für die Vermögens- und Ertragslage von Bedeutung waren (lit. b)) und
- die Ursachen eines in der Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesenen Jahresfehlbetrages (lit. c))

darstellen.

Die Schulbaugesellschaft ist gemäß § 112 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW i.V.m. § 53 Abs. 1 Nr. 3 HGrG verpflichtet, der Stadt den Prüfungsbericht der Abschlussprüfer unverzüglich nach Eingang zu übersenden.

Gemäß § 112 Abs. 1 Nr. 1 GO NRW i.V.m. § 54 HGrG muss die Stadt darauf hinwirken, dass der Rechnungsprüfungsbehörde im Rahmen der Satzung das

Recht eingeräumt wird, sich zur Prüfung der Tätigkeit der öffentlichen Hand unmittelbar bei der Schulbaugesellschaft zu unterrichten und zu diesem Zweck den Betrieb, die Bücher und die Schriften einzusehen (sog. Betätigungsprüfung).

Das Recht ist sehr weitreichend. Der Rechnungshof und nicht das Unternehmen selbst bestimmt, welche Unterlagen zur Klärung offener Fragen erforderlich sind.

- von Lewinski/Burdat, Haushaltsgrundsätzegesetz, 2013, § 54 HGrG, Rn. 7.

§ 54 Abs. 1 HGrG beschränkt das Recht auf die „Klärung von Fragen, die bei der Prüfung nach § 44 auftreten“. Aus § 44 HGrG folgt, dass der Prüfungsgegenstand allein die Betätigung der jeweiligen Gebietskörperschaft, nicht jedoch das Unternehmen selbst ist.

- von Lewinski/Burdat, Haushaltsgrundsätzegesetz, 1. Auflage 2013, § 54 HGrG, Rn. 8.

Die Prüfung umfasst vor diesem Hintergrund insbesondere die Frage, ob die für die Beteiligung an privatrechtlich organisierten Unternehmen von der Verwaltung zu beachtenden Vorschriften eingehalten wurden. Im Fokus steht dabei, ob die Satzung ausreichende Kontrollrechte der Kommune vorsieht.

- Vgl. Weber, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Auflage 2021, Abschnitt D, Rn. 507.

5.5.2 Zahlungsverkehr

Die Stadt hat die Schulbaugesellschaft im Rahmen des Auftraggeber-/Auftragnehmeverhältnisses zu vergüten.

Zweckmäßig ist es grundsätzlich, 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. Dabei sollte generell zwischen Management- und Projektkosten differenziert werden. Zu den Managementkosten gehören z.B. Kosten für die Geschäftsführung, Personalkosten, IT-Kosten, Raum- und Betriebskosten, Prüfungskosten Jahresabschluss, Buchhaltungskosten etc. Projektkosten umfassen hingegen die Kosten der jeweiligen Einzelprojekte.

Auf die prognostizierten Managementkosten sollte die Stadt an die Schulbaugesellschaft einen zu verhandelnden monatlichen Abschlag leisten. Stadt und Schulbaugesellschaft haben sich rechtzeitig zu verständigen, wenn Mehrkosten oder zusätzliche Kosten aufgetreten oder zu erwarten sind. Um insbesondere eine Überzahlung der Stadt auszuschließen, ist vorzusehen, dass die Schulbaugesellschaft zum Ende eines jeden Kalenderjahres eine prüffähige Schlussabrechnung der Managementkosten des jeweiligen Jahres gegenüber der Stadt aufstellt. Etwaige sich daraus ergebende Nachforderungen oder Erstattungen von Überzahlungen sind an die jeweilige Partei zu zahlen bzw. auszukehren.

Die Zahlweise für die Projektkosten ist sinnvollerweise an den im Rahmen der Beauftragung von Nachunternehmern zu erstellenden Zahlungsplänen zu orientieren. Maßgabe ist dabei, die Liquidität der Schulbaugesellschaft durch eine zeitlich vorgelagerte Zahlung der Stadt an die Gesellschaft sicherzustellen. Die Schulbaugesellschaft ist zu verpflichten, unterjährig Nachweise über die an Nachunternehmer geleisteten Zahlungen bzw. Projektkosten zu erbringen. Die tatsächlichen Projektkosten einer jeden Maßnahme stehen erst mit Projektabschluss fest. Eine ggf. bestehende Überzahlung hat die Schulbaugesellschaft gegenüber der Stadt auszukehren.

Darüber hinaus ist der Schulbaugesellschaft vertraglich ein Zuschlag („fee“) in Höhe von 3 % bis 5 % der jeweiligen Nettoabrechnungssumme zuzubilligen.

Letztlich werden bei diesem Vergütungs-Modell Managementkosten, Projektkosten und der erhobene Zuschlag („fee“) zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer von der Schulbaugesellschaft gegenüber der Stadt abgerechnet.

Alternativ ist es grundsätzlich auch denkbar, die Managementkosten, unter Berücksichtigung der steuerrechtlichen Auswirkungen, durch einen Zuschuss zur Verlustabdeckung (Betriebskostenzuschuss) zu ersetzen.

5.6 Steuerrecht

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 inofolgedessen vermeiden.

5.6.1 Ertragsteuern

Eine etwaige Übertragung von Wirtschaftsgütern der Stadt auf die Schulbaugesellschaft dürfte aus dem nicht steuerbaren hoheitlichen Bereich erfolgen und dementsprechend keine Ertragbesteuerung zulasten der Stadt auslösen. Entsprechendes gilt für etwaige Bareinlagen, die ertragsteuerlich die Anschaffungskosten der Stadt für die Anteile an der Schulbaugesellschaft erhöhen.

Als GmbH unterliegen die Einkünfte der Schulbaugesellschaft kraft ihrer Rechtsform der Körperschaftsteuer und dem Solidaritätszuschlag in Höhe von derzeit insgesamt 15,825% (§§ 8 Abs. 2 KStG, 2 Nr. 3 SolZG 1995) sowie der Gewerbesteuer in Höhe von derzeit 17,15%¹ (§ 2 Abs. 2 Satz 1 GewStG). Diese Fiktion gilt unabhängig von einer Gewinnerzielungsabsicht der Schulbaugesellschaft. Des Weiteren ist insoweit unbeachtlich, dass die Schulbaugesellschaft Aufgaben wahrnehmen wird, welche auf Ebene der Stadt unseres Erachtens in den Bereich der hoheitlichen Tätigkeit fallen

- Vgl. R 4.5 Abs. 2 KStR, wonach (neben dem Schulbetrieb) auch der Betrieb von Schülerheimen öffentlicher Schulen als Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe anzusehen ist, wenn diese erforderlich sind, um den Unterrichts- oder Erziehungszweck zu erreichen

¹ Hinweis: Die Höhe der Gewerbesteuer ergibt sich durch Multiplikation der Gewerbesteuermesszahl mit dem individuellen Gewerbesteuerhebesatz. Der aktuelle Gewerbesteuerhebesatz der Stadt Remscheid beträgt 490%.

und für die Stadt dementsprechend keinen ertragsteuerpflichtigen Betrieb gewerblicher Art (BgA) begründen sollten

- Vgl. Westermann in: Hidién/Jürgens, Die Besteuerung der öffentlichen Hand, 2. Auflage 2023, § 12, Rn. 51.

Erfolgt die Abrechnung der Leistungen der Schulbaugesellschaft nach dem unter 5.5.2 dargelegten „cost-plus-fee-Prinzip“, sollte die Schulbaugesellschaft ein positives steuerliches Ergebnis erzielen, da ihr sämtliche Aufwendungen zuzüglich einer angemessenen Gewinnmarge von der Stadt ausgeglichen werden. Im Vergleich zu einer Fortführung der Tätigkeiten durch die Stadt ergibt sich somit aus isoliert ertragsteuerrechtlicher Betrachtung eine Schlechterstellung gegenüber der heutigen Konstellation.

Aufgrund der perspektivisch zu erwartenden profitablen Tätigkeit der Schulbaugesellschaft sollten sich insoweit keine nachteiligen steuerlichen Folgen aufgrund verdeckter Gewinnausschüttungen an die Stadt ergeben.

Etwas anderes könnte gelten, wenn die Finanzverwaltung den Gewinnaufschlag als unter Fremdvergleichsaspekten zu gering ansieht. In diesem Fall ergäbe sich in Höhe der verhinderten Vermögensmehrung (d.h. des unter Fremdvergleichsaspekten entgangenen Gewinns) eine verdeckte Gewinnausschüttung der Schulbaugesellschaft an die Stadt. Infolgedessen könnte die Schulbaugesellschaft für einen unterlassenen Kapitalertragsteuereinbehalt in Höhe von 26,375 % (inkl. Solidaritätszuschlag) auf die verdeckte Gewinnausschüttung in Anspruch genommen werden. Auf Ebene der Stadt würde die verdeckte Gewinnausschüttung in Höhe des der Schulbaugesellschaft entgangenen (zusätzlichen) Gewinns als Kapitaleinkünfte besteuert (§ 8 Abs. 1 KStG i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG). Sofern die Stadt eine gültige Nichtveranlassungsbescheinigung des zuständigen Finanzamts vorlegt, kann der Steuersatz auf 15,825 % (inkl. Solidaritätszuschlag) reduziert werden (§ 44a Abs. 8 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 EStG). Ob ein Gewinnaufschlag angemessen ist, muss grundsätzlich anhand eines konkreten Fremdvergleichs ermittelt werden. Die vorgeschlagene Spanne in Höhe von 3 % bis 5 % der jeweiligen Nettoabrechnungssumme erscheint aus unserer Sicht allerdings nicht per se als unangemessen. Sollte die Schulbaugesellschaft allerdings größere unternehmerische Risiken tragen, wäre gegebenenfalls ein höherer Gewinnaufschlag angemessen.

Des Weiteren könnte sich eine verdeckte Gewinnausschüttung ergeben, wenn die Schulbaugesellschaft wider Erwarten dauerhaft Verluste aus ihrer Tätigkeit erzielen würde. Grundsätzlich ist der Betrieb einer dauerdefizitären Tätigkeit durch eine Kapitalgesellschaft geeignet, eine verdeckte Gewinnausschüttung auszulösen, da ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter die dauerhafte Verlusterzielung zugunsten einer Person, die nicht Gesellschafter ist, unter sonst gleichen Umständen nicht hinnehmen würde. Für dauerdefizitäre Kapitalgesellschaften, bei denen die Mehrheit der Stimmrechte unmittelbar oder mittelbar auf juristische Personen des öffentlichen Rechts entfällt und nachweislich ausschließlich diese Gesellschafter die Verluste aus Dauerverlustgeschäften tragen, kommt jedoch eine gesetzliche Ausnahme von der regelhaften Vermutung einer verdeckten Gewinnausschüttung durch Dauerverlustgeschäfte in Betracht (§ 8 Abs. 7 Satz 1 Nr. 2 KStG).² Dauerverlustgeschäfte in diesem Sinn umfassen u.a. eine wirtschaftliche Betätigung, die aus bildungspolitischen Gründen ohne kostendeckendes Entgelt unterhalten wird oder Ausfluss einer Tätigkeit ist, die bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu einem Hoheitsbetrieb gehört (§ 8 Abs. 7 Satz 2 KStG).

Die Projektbetreuung der Schulbauten sollte ein solch begünstigtes Dauerverlustgeschäft darstellen, da der Schulbetrieb eine aus bildungspolitischen Gründen begünstigte Tätigkeit darstellt

- Vgl. BMF-Schreiben vom 12.11.2009 - IV C 7-S 2706/08/10004, BeckVerw 231275, Tz. 45.

und die Betreuung der Errichtung von Schulbauten unseres Erachtens als notwendige Vorstufe des Schulbetriebs eingeordnet werden kann.

Würde die Finanzverwaltung eine etwaige dauerdefizitäre Tätigkeit der Schulbaugesellschaft entgegen der vorstehenden Einordnung als verdeckte Gewinnausschüttung einordnen, wären die Dauerverluste außerbilanziell dem steuerlichen Ergebnis wieder hinzuzurechnen, wodurch sich im ungünstigsten Fall eine Ertragbesteuerung der Schulbaugesellschaft ergeben könnte. Zudem würden

² **Hinweis:** Auf weitere steuerliche Implikationen sog. Dauerverlustgeschäfte i.S.d. § 8 Abs. 7 KStG gehen wir aus Gründen der Übersichtlichkeit in dieser Stellungnahme nicht ein.

sich die vorstehend skizzierten Besteuerungsfolgen für die Schulbaugesellschaft und die Stadt realisieren.

5.6.2 Umsatzsteuer

Die Tätigkeiten der Schulbaugesellschaft dürften von der Finanzverwaltung als umsatzsteuerbare und umsatzsteuerpflichtige Leistungen eingeordnet werden. Infolgedessen sollte sich mangels einer Vorsteuerabzugsberechtigung der Stadt für bezogene Leistungen der Schulbaugesellschaft eine wirtschaftliche Belastung in Höhe der seitens der Schulbaugesellschaft zu berechnenden und an das zuständige Finanzamt (in Abhängigkeit von der Höhe eines etwaigen eigenen Vorsteuerabzugs) gegebenenfalls abzuführenden Umsatzsteuer.

Eine umsatzsteuerrechtliche Leistung besteht in einer Lieferung oder sonstigen Leistung, die ein Unternehmer im Inland gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens ausführt. In Bezug auf die Schulbaugesellschaft ist insoweit entscheidend, ob sie für ihre Tätigkeiten ein Entgelt bezieht, da sie in einem solchen Fall aufgrund ihrer Tätigkeiten auch als Unternehmer im umsatzsteuerrechtlichen Sinn qualifizieren sollte. Entgelt in diesem Sinn ist alles, was den Wert der Gegenleistung bildet, die der leistende Unternehmer vom Leistungsempfänger oder von einem anderen als dem Leistungsempfänger (Entgelt von dritter Seite) für die Leistung erhält oder erhalten soll, einschließlich der unmittelbar mit dem Preis dieser Umsätze zusammenhängenden Subventionen, jedoch abzüglich der für diese Leistung gesetzlich geschuldeten Umsatzsteuer (§ 10 Abs. 1 Satz 2 UStG).

Als Entgelt sind auch finanzielle Beiträge einer juristischen Person des öffentlichen Rechts anzusehen sein, wenn eine hinreichend kausale Verknüpfung zwischen der Geldleistung und den Tätigkeiten der privatrechtlichen (Tochter)Gesellschaft besteht

- Vgl. Abschn. 10.2 Abs. 2 Sätze 1-4 UStAE.

Kein umsatzsteuerrechtliches Entgelt stellen hingegen Gesellschafterbeiträge und sogenannte echte Zuschüsse dar.

Ein nicht umsatzsteuerbarer Gesellschafterbeitrag liegt in der Regel vor, wenn eine Gesellschaft Geldmittel nur erhält, damit sie in die Lage versetzt wird, sich in Erfüllung ihres Gesellschaftszwecks zu betätigen. Das ist z.B. der Fall, wenn

ein Gesellschafter aus Gründen, die im Gesellschaftsverhältnis begründet sind, die Verluste seiner Gesellschaft übernimmt, um ihr die weitere Tätigkeit zu ermöglichen

- Vgl. BFH, Urteil vom 20.04.1988 – X R 3/82, BStBl. II 1988, S. 792; BFH, Urteil vom 11.04.2002 – V R 65/00, BStBl. II 2002, S. 782; Abschn. 1.6 Abs. 1 Sätze 3-4 UStAE.

Vergleichbares gilt für die Einordnung von Zuschüssen. Diese stellen dann kein Entgelt für eine umsatzsteuerbare Leistung des Zahlungsempfängers dar, wenn die Zahlungen nicht auf Grund eines Leistungsaustauschverhältnisses erbracht werden. Das ist der Fall, wenn die Zahlungen nicht an bestimmte Umsätze anknüpfen, sondern unabhängig von einer bestimmten Leistung gewährt werden, z.B. um den leistenden Unternehmer (Zahlungsempfänger) ganz allgemein in die Lage zu versetzen, überhaupt tätig zu werden oder seine nach dem Gesellschaftszweck obliegenden Aufgaben erfüllen zu können oder weil er einen Anspruch auf die Zahlung hat bzw. in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung bzw. im überwiegenden öffentlich-rechtlichen Interesse an ihn gezahlt wird

- Vgl. BFH, Urteil vom 28.07.1994 – V R 19/92, BStBl. II 1995, S. 86, BFH, Urteil vom 13.11.1997 – V R 11/97, BStBl. II 1998, S. 169; BFH, Urteil vom 13.11.1997 – V R 11/97, a.a.O., BFH, Urteil vom 18.11.2021 – V R 17/20, BStBl. II 2024, S. 49; BFH, Urteil vom 17.04.2024 – XI R 13/21, BFH/NV 2024, S. 1293; Abschn. 10.2 Abs. 7 Sätze 1-4 UStAE.

Ausgehend von diesen Grundsätzen dürfte die Finanzverwaltung den nach dem „cost-plus-fee-Prinzip“ von der Stadt zuzüglich einer angemessenen Gewinnmarge zu leistenden Aufwendungsersatz als Entgelt für umsatzsteuerbare und umsatzsteuerpflichtige Projektplanungs- und -betreuungsleistungen der Schulbaugesellschaft einordnen und damit der Umsatzbesteuerung mit dem Regelsteuersatz (derzeit 19%) unterwerfen.

Zwischen der Stadt und der Schulbaugesellschaft sollte ungeachtet einer etwaig temporär bestehenden personellen Übereinstimmung in den Leitungsfunktionen der Stadt (Referatsleitung o.ä.) und der Schulbaugesellschaft (Geschäftsführung) keine umsatzsteuerliche Organschaft begründet werden. Eine umsatzsteuerliche Organschaft liegt vor, wenn eine juristische Person nach dem Gesamtbild der

tatsächlichen Verhältnisse finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in ein umsatzsteuerliches Unternehmen eingegliedert ist (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG). Auch eine Person des öffentlichen Rechts kann Organträger sein, wenn und soweit sie unternehmerisch tätig ist

- Vgl. BFH-Urteil vom 02.12.2015 – V R 67/14, BStBl. II 2017, S. 560; Abschn. 2.8 Abs. 2 Satz 1 UStAE.

Vorliegend kommt unseres Erachtens keine relevante unternehmerische Betätigung der Stadt in Betracht, die sie nach den Maßstäben des § 2b UStG bzw. des § 2 Abs. 3 UStG a.F. als umsatzsteuerlicher Unternehmer qualifiziert.

Selbst wenn eine solche unternehmerische Betätigung vorläge, sollte jedenfalls das für eine umsatzsteuerliche Organschaft erforderliche Kriterium der wirtschaftlichen Eingliederung nicht erfüllt sein. Wirtschaftliche Eingliederung bedeutet, dass die Organgesellschaft nach dem Willen des jeweiligen Unternehmers im Rahmen des Gesamtunternehmens, und zwar in engem wirtschaftlichen Zusammenhang mit diesem, wirtschaftlich tätig ist

- Vgl. BFH-Urteil vom 22.06.1967 – V R 89/66, BStBl. III, S. 715; Abschn. 2.8 Abs. 6 Satz 1 UStAE.

Eine wirtschaftliche Eingliederung in den Unternehmensbereich einer juristischen Person des öffentlichen ist gegeben, wenn die Organgesellschaft Betrieben gewerblicher Art oder land- und forstwirtschaftlichen Betrieben der juristischen Person des öffentlichen Rechts wirtschaftlich untergeordnet ist. Tätigkeiten, die der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben dienen, können hingegen grundsätzlich keine wirtschaftliche Eingliederung in den Unternehmensbereich der juristischen Person des öffentlichen Rechts begründen

- Vgl. Abschn. 2.11 Abs. 20 Satz 6 und Satz 8 UStAE.

In der prüfungsgegenständlichen Konstellation dürfte sich eine wirtschaftliche Eingliederung der Schulbaugesellschaft in ein umsatzsteuerliches Unternehmen der Stadt dementsprechend dadurch begründen lassen, dass auch die Stadt die konzeptionsgemäß von der Schulbaugesellschaft wahrzunehmenden Projektbetreuungs- und Planungstätigkeit entgeltlich gegenüber Dritten erbringt und

dadurch eine unternehmerische Tätigkeit begründet, die eine hinreichende wirtschaftliche Verknüpfung mit den Tätigkeiten der Schulbaugesellschaft ermöglicht. Dies erscheint aus unserer Sicht angesichts der mit der Errichtung der Schulbaugesellschaft verfolgten Ziele nicht zielführend.

Nimmt die Stadt keine derartige unternehmerische Tätigkeit auf, sollte jedenfalls mangels einer wirtschaftlichen Eingliederung des Unternehmens der Schulbaugesellschaft in ein Unternehmen der Stadt keine umsatzsteuerliche Organschaft begründet werden.

5.6.3 Grunderwerbsteuer

Die Schulbaugesellschaft soll keine städtischen Grundstücke erwerben, sondern lediglich die Schulbauprojekte betreuen. Mangels eines Rechtsträgerwechsels kommt die Entstehung von Grunderwerbsteuer demgemäß allenfalls aufgrund einer Verschaffung der Verwertungsbefugnis an Grundstücken der Stadt in Betracht (§ 1 Abs. 2 GrEStG). Zur Vermeidung einer Grunderwerbsteuer ist daher darauf zu achten, dass es der Schulbaugesellschaft nicht ermöglicht wird, sich den Wert eines Grundstücks der Stadt für eigene Rechnung nutzbar zu machen

- Vgl. Meßbacher-Hönsch in Viskorf, GrEStG, 21. Aufl. 2024, § 1, Rn. 561 m.w.N.

6 Ergebnis

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

Zu den einzelnen Rechtsgebieten- und Fragestellungen:

Vorzugswürdige und zulässige **Organisationsform** für die Schulbaugesellschaft der Stadt 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 des Unternehmens 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 insbesondere 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 ist eine Erfassung der Schulbaugesellschaft bei dem zuständigen Finanzamt sowie der zuständigen Gewerbeaufsicht innerhalb eines Monats nach Aufnahme der operativen Tätigkeiten erforderlich (§ 138 Abs. 1 Satz 1, Abs. 1b, Abs. 4 AO).

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 in eigenem Namen und auf eigene Rechnung tätig.

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.

Die Stadt hat die Schulbaugesellschaft im Rahmen des Auftraggeber-/Auftragnehmeverhältnisses zu vergüten. Zweckmäßig ist es grundsätzlich, 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 auch denkbar, die Managementkosten, unter Berücksichtigung der steuerrechtlichen Auswirkungen, durch einen Zuschuss zur Verlustabdeckung (Betriebskostenzuschuss) zu ersetzen.

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

Düsseldorf, den 02.12.2024



Dr. Laurence Westen
Rechtsanwalt



Mike Steffen
Rechtsanwalt



Sarah Rose
Rechtsanwältin



Christoph Hexel
Rechtsanwalt



Laura-Felicia Bokranz
Rechtsanwältin



Fabian Gaffron
Rechtsanwalt



Simon Pommer
Rechtsanwalt