

Rechtliche
Stellungnahme



02.12.2024

ZUR PERSPEKTIVISCHEN ÜBERTRAGUNG WEITERER AUFGABEN AN DIE NEUE SCHULBAUGESELLSCHAFT

ENTWICKLUNGSSTUFE 2

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.....	5
	1.2 Personeller Engpass	5
	1.3 Umfangreiche und komplizierte rechtliche Rahmenbedingungen ..	6
2	Ziele und Rahmenbedingungen	6
3	Beispiel für Inhouse-Gesellschaften in anderen Kommunen in NRW	8
4	Prüfauftrag.....	9
5	Rechtslage	9
	5.1 Zulässige Aufgabenübertragung	12
	5.1.1 Kommunalrechtliche Zulässigkeit.....	12
	5.1.1.1 Nichtwirtschaftliche Betätigung	13
	5.1.1.2 Wirtschaftliche Betätigung	16
	5.1.2 Vergaberechtliche Zulässigkeit.....	17
	5.1.2.1 Inhouse-Fähigkeit der Schulbaugesellschaft.....	18
	5.1.2.2 Kein Vergaberecht für Schulbaugesellschaft im Unterswellenbereich	19
	5.1.3 Beihilferechtliche Zulässigkeit.....	21
	5.1.3.1 Schulbaugesellschaft kein begünstigtes Unternehmen	22
	5.1.3.2 Fehlende Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handelns/keine Wettbewerbsverfälschung	23

5.2	Gesellschafts- und kommunalrechtliche Umsetzung	26
5.2.1	Satzungsänderung.....	26
5.2.2	Ratsentscheidung, Anzeige der Satzungsänderung bei der Bezirksregierung.....	27
5.3	Arbeitsrecht.....	29
5.3.1	„Überführung“ von Mitarbeitern der Gemeinde in die Schulbaugesellschaft	30
5.3.1.1	Individualvertragliche Vereinbarungen.....	30
5.3.1.2	Betriebsübergang nach § 613a BGB	31
5.3.1.2.1	Voraussetzungen.....	31
5.3.1.2.2	Kollektivrechtliche Folgen	32
5.3.1.3	Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 Satz 1 TVöD.....	34
5.3.2	Beteiligung des Personalrats bei Übertragung von Arbeiten im Sinne des § 72 Abs. 4 Satz 1 Nr.22 LPersVG NRW (Privatisierung)	35
5.3.2.1	Zeitpunkt der Unterrichtung des Personalrats	37
5.3.2.2	Einschränkung des Mitbestimmungsrechts nach § 66 Abs. 7 S.3, 68 LPersVG.....	38
5.3.3	Anwendbarkeit des Personalvertretungsrechts in der Schulbaugesellschaft	39
5.4	Steuerrecht	41
6	Ergebnis.....	42

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 bleibt bzw. wird vielmehr die Stadt.

Anlass der Überlegungen zur Gründung einer eigenen Schulbaugesellschaft sind diverse Herausforderungen – z.B. Investitionsstau im Bildungsbereich oder der Rechtsanspruch auf Ganztagsbetreuung für Grundschulkinder – mit denen die Stadt aktuell konfrontiert ist. Diese machen insbesondere eine Beschleunigung der Bauvorhaben sowie eine effizientere Mittelverwendung im Schulbau erforderlich.

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 darzustellen sind. Gegenstand der Prüfung soll auch eine mögliche Integration weiterer Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge – wie z.B. den Bau von Verwaltungsgebäuden (z.B. Kindertageseinrichtungen) – im Rahmen eines modernen Gebäudemanagements sein (sog. Entwicklungsstufe 2). Denn viele der aktuellen Herausforderungen betreffen nicht nur singulär den Schulbau, sondern generell kommunale Bauprojekte:

1.1 Haushaltslage

Die Stadt steht, wie andere Kommunen in Nordrhein-Westfalen, vor finanziellen Herausforderungen. Die angespannte Haushaltslage erfordert innovative und effiziente Lösungen, um die Investitionsbedarfe im Bereich der Daseinsvorsorge bewältigen zu können.

1.2 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, insbeson-

dere 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 Bereichs gebunden.

1.3 Umfangreiche und komplizierte rechtliche Rahmenbedingungen

Eine weitere Herausforderung stellen die umfangreichen rechtlichen Rahmenbedingungen, die bei der Beschaffung zu beachten sind, dar. Insbesondere das Vergaberecht ist sehr komplex. Verschiedene Gesetzestexte regeln die öffentliche Beschaffung. Hinzu kommt, dass die Regelungen stetig erweitert werden. Auch die Aktualisierung der vergaberechtlichen Rechtsprechung ist von der Vergabestelle miteinzubeziehen.

2 Ziele und Rahmenbedingungen

Die Stadt verfolgt mit der Gründung einer eigenen Projektgesellschaft, die neben dem Schulbau ggf. weitere Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge wahrnimmt, folgende Ziele:

- **Schnellere Umsetzung der Bauvorhaben**

Die neue Projektgesellschaft soll die Bauvorhaben der Stadt im Schulbereich und ggf. weiteren Bereichen beschleunigen. Voraussetzung hierfür ist, dass diese in-house-fähig ist. Nur so darf die Stadt die Einheit 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 Eigenesellschaften erleichterte Vergabebedingungen unterhalb der europäischen Schwellenwerte vor.

- **Effizienterer Mitteleinsatz**

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

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

- **Steigerung der Attraktivität als Auftraggeber in einem Nachfrage-
markt 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 Projektgesellschaft 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 Projektgesellschaft soll die Kommunikation und Öffentlichkeitsarbeit übernehmen. Ziel ist es, die Bürgerinnen und Bürger besser über Bauprojekte der Stadt zu informieren.

Perspektivisch erwägt die Stadt, den Aufgabenbereich der Gesellschaft nach Maßgabe folgender Rahmenbedingungen zu erweitern:

- Die Vorteile einer (privaten) Schulbaugesellschaft sollen bestehen bleiben. Insbesondere soll die Gesellschaft inhouse-fähig bleiben.
- Die Aufgabenerweiterung muss vergabe-, beihilfe- und kommunalrechtlich rechtssicher und gestaltbar sein. Daneben sind steuerliche Belastungen zu minimieren und finanzielle Vorteile optimal zu nutzen.
- Städtisches Personal soll aus dem Bereich des Gebäudemanagements ggf. in die neue Gesellschaft überführt werden.

3 Beispiel für Inhouse-Gesellschaften in anderen Kommunen in NRW

Auch andere Kommunen in Nordrhein-Westfalen lassen nicht nur den Schulbau, sondern allgemein Aufgaben der Daseinsvorsorge erfolgreich und jeweils ohne Vergabeverfahren durch kommunale Inhouse-Gesellschaften erbringen.

Als Beispiel im Baubereich lässt sich die GVE Grundstücksverwaltung Stadt Essen GmbH (GVE GmbH) nennen. Die GVE GmbH ist eine Tochtergesellschaft der Stadt Essen. 10,10 % der Anteile hält die Stadt Essen, 89,90 % die Immobilien Management Essen GmbH, eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der Stadt. Der Geschäftsgegenstand der GVE GmbH ist neben der Bewirtschaftung, dem Betrieb und der Verwaltung städtischer Sonderimmobilien der Neu- und Umbau von Gebäuden. Das Unternehmen hat für die Stadt Essen neben Schulen z.B. das Stadion Essen, die Philharmonie Essen oder das Museum Folkwang errichtet. Darüber hinaus errichtet die GVE GmbH für die Stadt Essen Asylbewerberunterkünfte. Die GVE GmbH erhält die Aufträge von der Stadt Essen als Inhouse-Geschäft ausschreibungsfrei. Die GVE GmbH darf darüber hinaus Aufträge an andere städtische Tochtergesellschaften im Wege eines Inhouse-Geschäftes vergeben, ohne das Vergaberecht beachten zu müssen.

4 Prüfauftrag

In Umsetzung des Ratsbeschlusses hat die Stadt HEUKING beauftragt, zu prüfen, welche rechtlichen Rahmenbedingungen für die Integration weiterer Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge – wie z.B. der Bau von Verwaltungsgebäuden (u.a. Kindertageseinrichtungen) – in die neue Gesellschaft im Rahmen eines modernen Gebäudemanagements bestehen (Entwicklungsstufe 2). Hierbei sind folgende Aspekte und Fragestellungen zu berücksichtigen:

- 4.1 Darf die Stadt unter Berücksichtigung des Kommunal-, Beihilfe- und Vergaberechts weitere Aufgaben auf die Schulbaugesellschaft übertragen?
- 4.2 Welche gesellschafts- und kommunalrechtlichen Schritte sind bei der Integration weiterer Aufgaben in die Schulbaugesellschaft zu berücksichtigen?
- 4.3 Was ist bei einer Überführung von städtischem Personal aus dem Bereich des Gebäudemanagements hin zur neu gegründeten Gesellschaft in arbeitsrechtlicher Hinsicht zu beachten?
- 4.4 Welche steuerrechtlichen Besonderheiten ergeben sich im Unterschied zu einer Gesellschaft, die allein im Bereich des Schulbaus tätig wird?

5 Rechtslage

Die Stadt darf weitere Aufgaben auf die Schulbaugesellschaft übertragen.

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

Die Integration weiterer Aufgaben ist auch **vergaberechtlich** zulässig. Die Stadt darf die Schulbaugesellschaft – neben der Planung und dem Bau neuer Schulimmobilien – mit weiteren Aufgaben, wie dem Bau, der Sanierung und der Instandhaltung von weiteren Verwaltungsgebäuden (z.B. Kindertageseinrichtungen), beauftragen, ohne zuvor ein Vergabeverfahren durchführen zu müssen. Dies gilt unabhängig vom Erreichen der jeweiligen Schwellenwerte und des betroffenen Aufgabenbereichs. Denn die Schulbaugesellschaft ist gemäß § 108 Abs. 1 GWB inhouse-fähig. Die Schulbaugesellschaft ist – wenn sie selbst Aufträge vergibt – unterhalb der Schwellenwerte nicht an das Vergaberecht gebunden. Oberhalb der Schwellenwerte (derzeit € 221.000,00 für Lieferungen und Dienstleistungen und € 5.538.000,00 für Bauleistungen) muss sie das Vergaberecht hingegen beachten.

Die Integration weiterer Aufgaben in die Schulbaugesellschaft ist **beihilferechtlich** zulässig. Um eine wirtschaftliche Tätigkeit sowie eine Wettbewerbsverfälschung im Sinne des Beihilferechts und damit eine Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV auszuschließen, sollte sich die Aufgabenerweiterung auf den Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge beschränken (5.1).

Die Aufgabenerweiterung ist im Einklang mit den Vorgaben des Gesellschaftsrechts und den kommunalrechtlichen Besonderheiten umzusetzen. Sofern der in der Satzung festgelegte Unternehmensgegenstand keine über die Errichtung, Sanierung und Erweiterung von Schulen hinausgehenden Betätigungen der Gesellschaft erlaubt, bedarf es gesellschaftsrechtlich einer Satzungsänderung. Aktuell ermöglicht der Satzungsentwurf jedoch auch die Durchführung sonstiger Hochbaumaßnahmen durch die Schulbaugesellschaft. Hat die Aufgabenerweiterung eine *wesentliche* Änderung des Gesellschaftszwecks zur Folge, ist die entsprechende Entscheidung der Stadt gemäß § 115 Abs. 1 Satz 1 lit. a) GO NRW der Bezirksregierung anzuzeigen. Beschränkt sich die Aufgabenerweiterung auf den Bereich der Kommunalen Daseinsvorsorge, ist mit guten Argumenten eine wesentliche Änderung des Gesellschaftszwecks zu verneinen. Denn insoweit besteht ein Bezug der bisherigen Aufgaben in Sachen Schulbau zu den neuen Aufgaben (5.2).

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

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

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

Nach dem Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils (in der Terminologie des Personalvertretungsgesetzes: „Dienststellen“) auf einen privaten Rechtsträger – gleich auf welchem rechtlichen Wege – findet das Personalvertretungsrecht keine Anwendung mehr. Es gilt stattdessen das Betriebsverfassungsgesetz (5.3).

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

In **umsatzsteuerrechtlicher** Hinsicht sowie grunderwerbsteuerrechtlicher Hinsicht gelten die Ausführungen zur Gründung der Schulbaugesellschaft ebenfalls entsprechend (5.4).

Im Einzelnen:

5.1 Zulässige Aufgabenübertragung

Die Stadt darf unter Berücksichtigung des Kommunal-, Beihilfe- und Vergaberechts weitere Aufgaben auf die Schulbaugesellschaft übertragen.

Beschränken sich die Aufgaben, wie derzeit beabsichtigt, auf den Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge, sind aus kommunalrechtlicher Sicht grundsätzlich keine weiteren Voraussetzungen zu beachten. Denn sog. nichtwirtschaftliche Tätigkeiten sind gemäß Art. 107 Abs. 2 GO NRW kommunalrechtlich privilegiert. Etwas anderes gilt nur für den Fall, dass die Schulbaugesellschaft auch wirtschaftliche Tätigkeiten erbringen soll. Dann wären die Marktzutrittschürden des § 107 Abs. 1 GO NRW sowie die weiteren für die wirtschaftliche Betätigung geltenden Beschränkungen der §§ 107 ff. GO NRW einzuhalten (5.1.1).

Die Integration weiterer Aufgaben in die Schulbaugesellschaft als Inhouse-Gesellschaft der Stadt ist vergaberechtlich zulässig. Die Stadt darf die Schulbaugesellschaft – neben der Planung und dem Bau neuer Schulimmobilien – mit weiteren Aufgaben, etwa dem Bau, der Sanierung und der Instandhaltung von weiteren Verwaltungsgebäuden (z.B. Kindertageseinrichtungen), beauftragen, ohne zuvor ein Vergabeverfahren durchführen zu müssen. Dies gilt unabhängig vom Erreichen der jeweiligen Schwellenwerte oder dem betroffenen Aufgabenbereich. Denn die Schulbaugesellschaft ist gemäß § 108 Abs. 1 GWB inhouse-fähig. Die Schulbaugesellschaft ist – wenn sie selbst Aufträge vergibt – unterhalb der Schwellenwerte nicht an das Vergaberecht gebunden. Oberhalb der Schwellenwerte muss sie das Vergaberecht hingegen beachten (5.1.2).

Die zusätzliche Integration weiterer Aufgaben in die Schulbaugesellschaft ist beihilferechtlich zulässig. Um eine wirtschaftliche Tätigkeit und eine Wettbewerbsverfälschung im Sinne des Beihilferechts und damit das Vorliegen einer Beihilfe auszuschließen, sollte sich die Aufgabenerweiterung auf den Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge beschränken (5.1.3).

5.1.1 Kommunalrechtliche Zulässigkeit

Die Stadt darf der Schulbaugesellschaft aus kommunalrechtlicher Sicht grundsätzlich weitere Aufgaben zuweisen.

Beschränken sich die Aufgaben, wie derzeit beabsichtigt, auf den Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge, sind keine weiteren Voraussetzungen zu beachten. Denn sog. nichtwirtschaftliche Tätigkeiten sind gemäß Art. 107 Abs. 2 GO NRW kommunalrechtlich privilegiert (5.1.1.1).

Etwas anderes gilt nur für den Fall, dass die Schulbaugesellschaft auch wirtschaftliche Tätigkeiten erbringen soll. Dann wären die Marktzutrittschürden des § 107 Abs. 1 GO NRW sowie die weiteren für die wirtschaftliche Betätigung geltenden Beschränkungen der §§ 107 ff. GO NRW einzuhalten (5.1.1.2).

5.1.1.1 Nichtwirtschaftliche Betätigung

Sofern die weiteren Aufgaben der Schulbaugesellschaft die kommunale Daseinsvorsorge betreffen, liegen nichtwirtschaftliche Betätigungen im Sinne des § 107 Abs. 2 GO NRW vor.

§ 107 Abs. 2 GO NRW lautet:

„Als wirtschaftliche Betätigung im Sinne dieses Abschnitts gilt nicht der Betrieb von

1. *Einrichtungen, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist,*
2. *öffentlichen Einrichtungen, die für die soziale und kulturelle Betreuung der Einwohner erforderlich sind, insbesondere Einrichtungen auf den Gebieten*
 - *Erziehung, Bildung oder Kultur (Schulen, Volkshochschulen, Tageseinrichtungen für Kinder und sonstige Einrichtungen der Jugendhilfe, Bibliotheken, Museen, Ausstellungen, Opern, Theater, Kinos, Bühnen, Orchester, Stadthallen, Begegnungsstätten),*
 - *Sport oder Erholung (Sportanlagen, zoologische und botanische Gärten, Wald-, Park- und Gartenanlagen, Herbergen, Erholungsheime, Bäder, Einrichtungen zur Veranstaltung von Volksfesten),*
 - *Gesundheits- oder Sozialwesen (Krankenhäuser, Bestattungseinrichtungen, Sanatorien, Kurparks, Senioren- und Behindertenheime, Frauenhäuser, soziale und medizinische Beratungsstellen),*

3. *Einrichtungen, die der Straßenreinigung, der Wirtschaftsförderung, der Fremdenverkehrsförderung oder der Wohnraumversorgung dienen,*
4. *Einrichtungen des Umweltschutzes, insbesondere der Abfallentsorgung oder Abwasserbeseitigung sowie des Messe- und Ausstellungswesens,*
5. *Einrichtungen, die ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs von Gemeinden und Gemeindeverbänden dienen.“*

§ 107 Abs. 2 enthält einen Katalog bestimmter Einrichtungen der Daseinsvorsorge, die kraft Gesetzes nicht als wirtschaftliche Betätigung angesehen werden. Der Negativkatalog enthält damit eine gesetzliche Fiktion nichtwirtschaftlicher Betätigungen.

Verfolgt die Gemeinde mit ihrer Einrichtung die dort genannten Zwecke, ist die Betätigung nicht (mehr) an den Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 107 Abs. 1 GO NRW zu messen. Folge ist eine Freistellung von den Voraussetzungen des Abs. 1 sowie den weiteren für die wirtschaftliche Betätigung geltenden Beschränkungen der §§ 107 ff. GO NRW.

- Vgl. OVG Münster, Beschluss vom 12.10.2004 – 15 B 1889/04; Flühöh, in: Kleerbaum/Palmen, GO NRW, Kommentar für die kommunale Praxis, 4. Auflage 2023, § 107 GO NRW, S. 1490; Hellermann, in: Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 10. Auflage 2024, § 2 Kommunalrecht, Rn. 312.

Im Rahmen der in § 107 Abs. 2 GO NRW genannten Tätigkeiten haben private Wettbewerber mögliche Vorteile des Hoheitsträgers wie z.B. die (mittelbare) Förderung durch Steuern und sonstige Abgaben hinzunehmen.

- OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.10.1999 – 2 U 7/99; vgl. auch BGH, Urteil vom 26.09.2002 – I ZR 293/99.

Unerheblich ist, ob die Einrichtung einen wirtschaftlichen Charakter im Sinne des § 107 Abs. 1 Satz 3 GO NRW besitzt. Entscheidend ist allein, ob die fragliche Tätigkeit im § 107 Abs. 2 Satz 1 GO NRW aufgeführt ist. Entsprechend kann auch eine Einrichtung, die als rechtlich selbstständige

Gesellschaft des Handelsrechts – wie als GmbH – organisiert ist, ein nicht wirtschaftliches Unternehmen sein.

- Rehn/Cronouge/Lennep/Knirsch, Gemeindeordnung NRW, Stand: Mai 2021, § 107 GO NRW, Rn. 98.

Nach diesen Maßstäben darf die Stadt die Schulbaugesellschaft mit weiteren Aufgaben im Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge beauftragen. Denn insoweit bleibt die Schulbaugesellschaft eine privilegierte nichtwirtschaftliche Einrichtung im Sinne des § 107 Abs. 2 GO NRW.

Zwar stellt § 107 Abs. 2 GO NRW auf den Betrieb von Einrichtungen mit den dort aufgeführten Zwecken an. Die Schulbaugesellschaft betreibt nicht etwa eine Kindertagesstätte, sondern führt vielmehr die Planung und den Bau als Totalunternehmerin der Stadt durch. Nach Sinn und Zweck kann es jedoch allein darauf ankommen, ob die Einrichtung, den jeweiligen Zwecken – wie z.B. Erziehung – zu dienen bestimmt ist. Die Schulbaugesellschaft trägt mit der Planung und dem Bau – oder auch der Sanierung und Instandhaltung – der Einrichtungen Bereich der Daseinsvorsorge maßgeblich dazu bei, dass die Stadt z.B. ihren sozialen, kulturellen und bildungspolitischen Auftrag gegenüber den Einwohnern der Stadt erfüllen kann. Ihre Arbeit ist Voraussetzung dafür, dass der Betrieb aufgenommen werden kann. Hierfür spricht, dass die nichtwirtschaftliche Betätigung der „Wohnraumversorgung“ im Sinne des § 107 Abs. 2 Nr. 3 GO NRW (auch) *umfassend* betrachtet wird. Hierunter fallen alle Einrichtungen, die der Wohnraumversorgung dienen, wie vor allem der soziale Wohnungsbau.

- Rehn/Cronouge/Lennep/Knirsch, Gemeindeordnung NRW, Stand: Mai 2021, § 107 GO NRW, Rn. 98.

Beispielsweise darf die Stadt die Schulbaugesellschaft mit dem Bau, der Sanierung oder der Instandhaltung von Gebäuden beauftragen, die für die soziale und kulturelle Betreuung der Einwohner erforderlich sind. Hierzu gehören insbesondere Einrichtungen auf den Gebieten der Erziehung und Bildung wie Volkshochschulen, Tageseinrichtungen für Kinder oder Museen. Auch im Gesundheits- oder Sozialwesen ist eine Betäti-

gung der Schulbaugesellschaft zulässig. Hierunter fallen z.B. Krankenhäuser oder Senioren- und Behindertenheime (§ 107 Abs. 2 Nr. 2 GO NRW).

5.1.1.2 Wirtschaftliche Betätigung

Bewegt sich die Aufgabenübertragung hingegen außerhalb der nichtwirtschaftlichen Tätigkeit, sind die Voraussetzungen einer wirtschaftlichen Betätigung gemäß § 107 ff. GO NRW zu beachten.

§ 107 Abs. 1 Satz 3 GO NRW definiert die wirtschaftliche Betätigung wie folgt:

„Als wirtschaftliche Betätigung ist der Betrieb von Unternehmen zu verstehen, die als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern oder Dienstleistungen am Markt tätig werden, sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnte.“

Damit eine Gemeinde bzw. dessen Tochtergesellschaft wirtschaftlich tätig werden darf, muss vor allem die in § 107 Abs. 1 Nr. 1 - 3 GO NRW normierte Schrankentrias erfüllt sein.

§ 107 Abs. 1 S. 1 GO NRW lautet:

„(1) Die Gemeinde darf sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben wirtschaftlich betätigen, wenn

- 1. ein öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert,*
- 2. die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht und*
- 3. bei einem Tätigwerden außerhalb der Wasserversorgung, des öffentlichen Verkehrs sowie des Betriebes von Telekommunikationsleitungsnetzen einschließlich der Telekommunikationsdienstleistungen der öffentliche Zweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann.“*

Der Betrieb einer wirtschaftlichen Tätigkeit ist insoweit von Gesetzes wegen an strengeren Voraussetzungen geknüpft.

- Gaß, in: Burgi/Habersack, Öffentliches Recht des Unternehmens, 1. Auflage 2023, § 21, Rn. 28.

Die Voraussetzungen des öffentlichen Zwecks, der Verhältnismäßigkeit zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und die Subsidiaritätsklausel aus § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO NRW, dass der öffentliche Zweck durch andere (Privat-)Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann, müssen dauerhaft – und nicht nur bei der Aufnahme der wirtschaftlichen Betätigung – vorliegen.

- Vgl. Hellermann, in: Dietlein/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 10. Auflage 2024, § 2 Kommunalrecht, Rn. 314.

Neben diesen Voraussetzungen bedarf es zusätzlich einer Marktanalyse über die Chancen und Risiken des beabsichtigten wirtschaftlichen Engagements und über die Auswirkungen auf das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft, vgl. § 107 Abs. 5 Satz 1 GO NRW. Der Rat ist auf der Grundlage der Marktanalyse zu unterrichten. Zusätzlich ist gemäß § 107 Abs. 5 Satz 2 GO NRW den örtlichen Selbstverwaltungsorganisationen von Handwerk, Industrie und Handel und den für die Beschäftigten der jeweiligen Branchen handelnden Gewerkschaften die Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Marktanalysen zu geben.

5.1.2 Vergaberechtliche Zulässigkeit

Die Integration weiterer Aufgaben in die Schulbaugesellschaft als Inhouse-Gesellschaft der Stadt ist vergaberechtlich zulässig.

Die Stadt darf die Schulbaugesellschaft – neben der Planung und dem Bau neuer Schulimmobilien – mit weiteren Aufgaben, etwa dem Bau, der Sanierung und der Instandhaltung von weiteren Verwaltungsgebäuden (z.B. Kindertageseinrichtungen), beauftragen, ohne zuvor ein Vergabeverfahren durchführen zu müssen. Dies gilt unabhängig vom Erreichen der jeweiligen Schwellenwerte und des betroffenen Aufgabenbereichs. Denn die Schulbaugesellschaft ist gemäß § 108 Abs. 1 GWB inhouse-fähig (5.1.2.1).

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 (5.1.2.2).

5.1.2.1 Inhouse-Fähigkeit der Schulbaugesellschaft

Die Stadt darf an die Schulbaugesellschaft auch über den Schulbau hinausgehende 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 In-house-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 auch im Fall einer Aufgabenerweiterung vor.

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.

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

Zudem besteht keine direkte private Kapitalbeteiligung an der Schulbaugesellschaft. Alleiniger Anteilseigner ist die Stadt.

5.1.2.2 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. § 108 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.*

(...)“

(Unterstreichung hinzugefügt, Auslassungen markiert)

Damit ist die Schulbaugesellschaft vom Geltungsbereich des Vergaberechts unterhalb der Schwellenwerte ausgenommen. Das heißt, die Schulbaugesellschaft darf Aufträge, auch über die Planung und den Bau von Schulimmobilien hinaus, unterhalb der EU-Schwellenwerte vergeben, ohne ein Vergabeverfahren durchführen zu müssen. Bei Bauaufträgen beträgt dieser Schwellenwert € 5.538.000,00.

5.1.3 Beihilferechtliche Zulässigkeit

Die zusätzliche Integration weiterer Aufgaben in die Schulbaugesellschaft ist beihilferechtlich zulässig. Um eine wirtschaftliche Tätigkeit und eine Wettbewerbsverfälschung im Sinne des Beihilferechts auszuschließen, sollte sich die Aufgabenerweiterung auf den Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge beschränken.

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.

Die weitere – über die Planung und Errichtung von Schulimmobilien hinausgehende – Aufgabenübertragung erfüllen die Voraussetzungen einer Beihilfe nicht, sofern diese sich auf den Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge beschränkt.

In diesem Fall ist die Schulbaugesellschaft 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 (5.1.3.1).

Daneben ist auch bei einer Aufgabenerweiterung nicht von einer Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten auszugehen. Die Gesellschaft bleibt 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 (5.1.3.2).

5.1.3.1 Schulbaugesellschaft kein begünstigtes Unternehmen

Die Schulbaugesellschaft ist kein begünstigtes Unternehmen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV, sofern sie auch im Rahmen einer Erweiterung allein Aufgaben im Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge erbringt.

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 Beihilfevorschriften. 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 Beihilfavorschriften 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.

Die Ausübung hoheitlicher Befugnisse ist eine Tätigkeit nichtwirtschaftlicher Art, auf die die Beihilfavorschriften keine Anwendung finden. Dies bestätigt der EuGH in der Flughafen Leipzig-Entscheidung. Danach können Kosten, die in den Bereich der öffentlichen Aufgaben fallen,

„nicht als staatliche Beihilfe eingestuft werden (...).“

- Vgl. EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-288/11.

Die Schulbaugesellschaft wird nach diesen Maßstäben keine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, soweit sich die Integration weiterer Aufgaben auf den Bereich der Daseinsvorsorge begrenzt. Denn so nimmt sie allein Aufgaben wahr, die sonst der Stadt Remscheid obliegen würden. Sie trägt mit der Planung, dem Bau, der Sanierung und der Instandhaltung von Einrichtungen im Sinne des § 107 Abs. 2 GO NRW dazu bei, dass die Stadt vor allem ihren sozialen und kulturellen Auftrag gegenüber den Einwohnern der Stadt erfüllen kann.

5.1.3.2 Fehlende Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handelns/keine Wettbewerbsverfälschung

Daneben sind weder die neuen Aufträge noch die (zusätzlichen) finanziellen Mittel der Stadt geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten

zu beeinträchtigen oder den Wettbewerb zu verfälschen. Denn die Schulbaugesellschaft erbringt auch im Fall einer Aufgabenerweiterung allein lokale Tätigkeiten. Zudem steht sie selbst nicht im Wettbewerb mit anderen Unternehmen, sofern sich ihre Tätigkeiten auf den Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge beschränkt.

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.“

- 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 anbieten 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 auch im Fall einer Aufgabenerweiterung keine Handelsbeeinträchtigung vor. Die Tätigkeiten der Schulbaugesellschaft haben nur rein lokale Auswirkungen. Die Schulbaugesellschaft erbringt allein Leistungen im Stadtgebiet Remscheid. Alleinige Auftraggeberin ist die Stadt.

Auch eine Wettbewerbsverfälschung ist zu verneinen, sofern sich die neuen Aufgaben allen im Bereich der Daseinsvorsorge bewegen.

Weder die (neuen) Aufträge noch die (zusätzlichen) finanziellen Mittel drohen den Wettbewerb zu verfälschen. Denn die Schulbaugesellschaft profitiert hiervon nicht zulasten eines 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, sofern sie allein im hoheitlichen Bereich der Daseinsvorsorge tätig wird und lediglich gemeindliche Aufgaben für die Stadt Remscheid erbringt.

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 dienen entweder der Erbringung der übertragenen Aufgaben oder fließen zurück zur Stadt als öffentliche Anteilseignerin der Schulbaugesellschaft.

5.2 Gesellschafts- und kommunalrechtliche Umsetzung

Die Aufgabenerweiterung ist im Einklang mit den Vorgaben des Gesellschaftsrechts und den kommunalrechtlichen Besonderheiten umzusetzen.

Gesellschaftsrechtlich bedarf es lediglich dann einer Satzungsänderung, wenn die Aufgaben über den im Gesellschaftsvertrag bestimmten Unternehmensgegenstand hinausgehen. Der aktuell im Satzungsentwurf definierte Unternehmensgegenstand ist hinreichend weit gefasst (5.2.1).

Impliziert die Aufgabenerweiterung eine wesentliche Änderung des Gesellschaftszwecks---, ist die entsprechende Entscheidung der Stadt gemäß § 115 Abs. 1 Satz 1 lit. a) GO NRW der Bezirksregierung anzuzeigen. Beschränkt sich die Aufgabenerweiterung auf den Bereich der Kommunalen Daseinsvorsorge, liegt mit guten Argumenten keine wesentliche Änderung des Gesellschaftszweck vor. Denn insoweit besteht ein Bezug der bisherigen Aufgaben in Sachen Schulbau zu den neuen Aufgaben (5.2.2).

5.2.1 Satzungsänderung

Sofern die Satzung dahingehend formuliert ist, dass der Unternehmensgegenstand keine über die Errichtung, Sanierung und Erweiterung von Schulen hinausgehenden Betätigungen der Gesellschaft erlaubt, bedarf es im Fall einer Aufgabenerweiterung einer Satzungsänderung. Aktuell ermöglicht der Satzungsentwurf jedoch auch die Durchführung sonstiger Hochbaumaßnahmen durch die Schulbaugesellschaft. Zudem bleibt der Stadt eine darüberhinausgehende Beauftragung zur Durchführung anderweitiger Bauvorhaben vorbehalten.

Bei wesentlichen Änderungen des Gesellschaftsvertrages über den Mindestinhalt ist die Satzung nach Maßgabe des § 53 GmbHG zu ändern.

- Wicke, in: ders., Kommentar zum GmbHG, 5. Auflage 2024, § 53, Rn. 2; Gummert, in: Henssler/Strohn, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 6. Auflage 2024, § 53 GmbHG, Rn. 4.

Hierzu gehört unter anderem eine Erweiterung der Tätigkeit auf in der Satzung nicht, auch nicht inzident angelegte Tätigkeitsbereiche.

- Harbarth, in: Münchener Kommentar GmbHG, 4. Auflage 2022, § 53, Rn. 187; Altmeppen, in: Altmeppen, GmbHG, 11. Auflage 2023, § 53, Rn. 16.

Eine Satzungsänderung ist nach § 53 Abs. 1 GmbHG mit einem Gesellschafterbeschluss zu fassen.

5.2.2 Ratsentscheidung, Anzeige der Satzungsänderung bei der Bezirksregierung

Impliziert die Aufgabenerweiterung eine wesentliche Änderung des Gesellschaftszweck, ist die entsprechende Entscheidung der Stadt gemäß § 115 Abs. 1 Satz 1 lit. a) GO NRW der Bezirksregierung anzuzeigen.

Gemäß § 115 Abs. 1 Satz 1 lit. a) GO NRW muss die Kommune die Entscheidung über eine *wesentliche* Änderung des Gesellschaftszwecks oder sonstiger wesentlicher Änderungen des Gesellschaftsvertrages unverzüglich anzuzeigen.

Das ist beispielsweise der Fall, wenn ein künftiger Gegenstand der Betätigung der Gesellschaft keinerlei Bezug zu der bisher ausgeübten Gesellschaftstätigkeit aufweist.

- Kaster, in: BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, 29. Edition, Stand 01.10.2024, § 115 GO NRW, Rn. 4.

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.

Beschränkt sich die Aufgabenerweiterung auf den Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge, liegt mit guten Argumenten keine wesentliche Änderung des Gesellschaftszweck vor. Denn insoweit besteht ein Bezug der bisherigen Aufgaben in Sachen Schulbau zu den neuen Aufgaben.

5.3 Arbeitsrecht

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

Eine „Überführung“ von Mitarbeitern der Gemeinde in die Schulbaugesellschaft ist grundsätzlich im Rahmen individualvertraglicher Vereinbarungen möglich. Durch die Überführung könnte es zu einem Betriebs(teil)übergang nach § 613a BGB kommen. Widerspricht ein Arbeitnehmer dem Betriebsübergang oder stimmt er einem beabsichtigten individualvertraglichen Wechsel nicht zu, so besteht für die Stadt Remscheid alternativ die Möglichkeit der sog. Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 Satz 1 TVöD (5.3.1).

Das LPersVG NRW sieht ein Beteiligungsrecht des Personalrats bei Privatisierung in Form eines Mitbestimmungsrechts vor, vgl. § 72 Abs. 4 Satz 1 Nr. 22 LPersVG NRW („LPersVG“). Sofern Mitarbeiter der Gemeinde fortan ihre Tätigkeit nicht mehr für die Gemeinde, sondern für und bei der Schulbaugesellschaft erbringen sollen, ist davon auszugehen, dass es sich hierbei um eine Privatisierung handelt. Das Mitbestimmungsrecht wird durch § 66 Abs. 7 Satz 3, 68 LPersVG dahingehend eingeschränkt, dass das Letztentscheidungsrecht nicht bei der Einigungsstelle liegt. Die Einigungsstelle kann ausschließlich eine Empfehlung aussprechen. Über die Privatisierung entscheidet final weiterhin die Dienststellenleitung, vgl. § 68 LPersVG (5.3.2).

Nach dem Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils (in der Terminologie des Personalvertretungsgesetzes: „Dienststellen“) auf einen privaten Rechtsträger – gleich auf welchem rechtlichen Wege – findet das Personalvertretungsrecht keine Anwendung mehr. Es gilt stattdessen das Betriebsverfassungsgesetz (5.3.3).

Im Einzelnen:

5.3.1 „Überführung“ von Mitarbeitern der Gemeinde in die Schulbaugesellschaft

Eine „Überführung“ von Mitarbeitern der Gemeinde in die Schulbaugesellschaft ist grundsätzlich im Rahmen individualvertraglicher Vereinbarungen möglich (5.3.1.1).

Durch die Überführung könnte es zu einem Betriebs(teil)übergang nach § 613a BGB kommen (5.3.1.2).

Widerspricht ein Arbeitnehmer dem Betriebsübergang oder stimmt er einem beabsichtigten individualvertraglichen Wechsel nicht zu, so besteht für die Stadt Remscheid alternativ die Möglichkeit der sog. Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 S. 1 TVöD (5.3.1.3).

5.3.1.1 Individualvertragliche Vereinbarungen

Grundsätzlich besteht die Möglichkeit, einzelne Mitarbeiter durch individualvertragliche, einvernehmliche Vereinbarungen – mit/oder ohne Anrechnung der bisherigen Betriebszugehörigkeitsdauer – unter Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Gemeinde in ein Arbeitsverhältnis mit der Schulbaugesellschaft zu übernehmen. In dem Fall würde – sofern sich die Schulbaugesellschaft nicht dazu entschließt, die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes durch Beitritt in den kommunalen Arbeitgeberverband normativ anwendbar zu machen – keine weitere normative Bindung an die Tarifverträge des TVöD bestehen. Die Parteien könnten die für die übergeleiteten Mitarbeiter zukünftig bei der Schulbaugesellschaft maßgeblichen Arbeitsvertragsbedingungen individualvertraglich festlegen. Solange dies nicht im Rahmen eines Betriebsteilübergangs konzertiert erfolgt, wären die Arbeitsbedingungen in der Schulbaugesellschaft – unter Beachtung allgemeiner arbeitsrechtlicher Grundsätze (z.B. Gleichbehandlungsgrundsatz, Diskriminierungsverbote) frei verhandelbar.

5.3.1.2 Betriebsübergang nach § 613a BGB

5.3.1.2.1 Voraussetzungen

Durch die Überführung des städtischen Personals aus dem Bereich des Gebäudemanagements zur neu gegründeten Schulbaugesellschaft könnte es zu einem Betriebs(teil)übergang nach § 613a BGB kommen. Dies gilt unabhängig davon, ob die „Überführung“ des Personals durch eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung zwischen der Gemeinde und der Schulbaugesellschaft oder aufgrund einer Umwandlung im Sinne des Umwandlungsgesetzes erfolgt. Erfüllt die Privatisierung im Wege der Ausgliederung (§ 35a Abs. 2 iVm § 125 Abs. 1 UmwG) bzw. der Einzelrechtsnachfolge die Voraussetzungen des § 613a Abs. 1 BGB, gehen die bestehenden Arbeitsverhältnisse vom Grundsatz her zu unveränderten Bedingungen auf den privaten Rechtsträger über.

Ein Betriebsübergang liegt vor, wenn eine wirtschaftliche (Teil-)Einheit, das heißt eine organisierte (Teil-)Gesamtheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit, von einem Rechtssubjekt auf ein anderes übergeht und ihre Fortführung durch den neuen Inhaber bezweckt wird.

Voraussetzung für einen Betriebsübergang wäre daher, dass die Überlassung der Mitarbeiter aus dem Bereich des Gebäudemanagements eine organisierte Teilgesamtheit zur Ausübung des Gebäudemanagements im Bereich des Schulbaus darstellt. Die Tätigkeit des Gebäudemanagements im Bereich des Schulbaus müsste sodann durch die Mitarbeiter und deren Know-How – als wohl wesentliches Asset – fortan bei der Schulbaugesellschaft erfolgen. Ob die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs hier jeweils erfüllt würden, wäre von Fall zu Fall konkret zu prüfen.

Kommt es zu einem Betriebs(teil)übergang, tritt die Schulbaugesellschaft als neuer Betriebsinhaber kraft Gesetzes automatisch in die Rechte und Pflichten aus dem (jeweiligen) Arbeitsverhältnis als Arbeitgeber ein. Sie übernimmt im Verhältnis zu den übergehenden Arbeitnehmern alle offenen Verbindlichkeiten, auch soweit sie aus der Zeit vor dem Übergang resultieren. Die Stadt Remscheid würde neben dem der

Schulbaugesellschaft als neuer Arbeitgeberin als Gesamtschuldnerin für alle Ansprüche, soweit diese vor dem Betriebsübergang entstanden sind und vor Ablauf von einem Jahr nach diesem Zeitpunkt fällig werden, mit haften.

Alle betroffenen Arbeitnehmer sind in Textform darüber zu informieren, wann der Übergang stattfindet bzw. stattgefunden hat, was der Grund für den Übergang ist, welche rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen sich für die Arbeitnehmer ergeben und welche Maßnahmen die Arbeitnehmer zu erwarten haben, § 613a Abs. 5 BGB. Nach Zugang dieser Unterrichtung haben die Arbeitnehmer einen Monat Zeit, dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses zu widersprechen, § 613a Abs. 6 BGB. Für einen solchen Widerspruch können zahlreiche Gründe sprechen, so verliert der Beschäftigte bspw. seinen Status als Beschäftigter im öffentlichen Dienst, der für viele Beschäftigte jedoch als lukrativ empfunden wird.

In diesem Fall bleibt das Arbeitsverhältnis bei dem Veräußerer bestehen, der es dann ggf. seinerseits (betriebsbedingt) kündigen kann. Das Kündigungsverbot „wegen Betriebsübergangs“ greift nicht, wenn ein Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widerspricht.

5.3.1.2.2 Kollektivrechtliche Folgen

Die aufgrund Mitgliedschaft im kommunalen Arbeitgeberverband bestehende Tarifbindung der Stadt Remscheid als öffentlicher Arbeitgeber an die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes bestünde bei einem Übergang auf einen privaten Erwerber regelmäßig nicht fort, wenn dieser nicht im kommunalen Arbeitgeberverband organisiert ist. In diesem Fall richtet sich die Anwendung der bisherigen Flächentarifverträge des öffentlichen Dienstes nach § 613a Abs. 2–4 BGB.

Soweit eine kollektivrechtliche Weitergeltung von Tarifverträgen mangels Tarifgebundenheit des Betriebserwerbers – hier der Schulbaugesellschaft - und der übernommenen Arbeitnehmer nach §§ 3, 5 TVG bzw. entsprechender Vereinbarung nicht in Betracht kommt, werden die Normen des Tarifvertrages nach § 613a Abs. 1 Satz 2 in das Individualarbeitsverhältnis transformiert.

An der zukünftigen Weiterentwicklung der Rechte und Pflichten aus dem bisherigen Tarifvertrag nimmt der übernommene Arbeitnehmer nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB zugrunde liegenden Prinzip der statischen Verweisung nicht teil.

- Vgl. BAG 26.8.2009, NZA 2010, 173; 29.1.2008, NZA 2008, 541 (545); 13.11.1985, NZA 1986, 422 (423); 1.4.1987, NZA 1987, 593 (596); 21.2.2001, NZA 2001, 1318 (1319); KR/Pfeiffer Rn. 163 a; ErfK/Preis Rn. 113.

Dem Arbeitnehmer werden lediglich die im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden tariflichen Rechte erhalten, in dem sie auf der arbeitsvertraglichen Ebene fortgelten.

- BAG 16.5.2012, BB 2012, 2892; BeckOK ArbR/Gussen, 73. Ed. 1.9.2024, BGB § 613a Rn. 237, beck-online.

Wird jedoch in den Arbeitsverträgen des öffentlichen Dienstes auf die dort geltenden Tarifverträge verwiesen, ergibt sich deren Anwendbarkeit beim neuen Arbeitgeber aus dem Inhalt der Bezugnahmeklausel. Enthalten die Arbeitsverträge der übergehenden Mitarbeiter zudem eine sog. dynamische Verweisung auf die öffentlichen Tarifverträge in ihrer jeweils gültigen Fassung, gilt der Verweis nach § 613a I 1 BGB auch für den Erwerber, selbst wenn er nicht Mitglied im kommunalen Arbeitgeberverband ist oder werden kann. Sofern die dynamische Fortgeltung des öffentlichen Tarifwerks beseitigt werden soll, muss der neue Betriebsinhaber dies einvernehmlich mit dem Arbeitnehmer durch Änderungsvertrag vereinbaren oder eine – sozial gerechtfertigte (§ 2 KSchG) – Änderungskündigung aussprechen,

- vgl. Schaub ArbR-HdB, § 116. Gesamtrechtsnachfolge, Umwandlung und Privatisierung Rn. 51, beck-online,

wobei in diesem Fall die Sperrfrist (1 Jahr) des § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB zu beachten wäre.

Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn es sich bei der Bezugnahmeklausel um eine sog. Gleichstellungsabrede handelt; diese erfasst die erst nach der Privatisierung abgeschlossenen Tarifregelungen nicht, da die in der Verweisungsklausel enthaltene Dynamik mit dem Übergang auf den nicht tarifgebundenen Erwerber endet.

- Vgl. Schaub ArbR-HdB, § 116. Gesamtrechtsnachfolge, Umwandlung und Privatisierung Rn. 51, beck-online.

Die konkrete Reichweite und Bedeutung der Bezugnahmeklauseln wäre im Einzelfall zu prüfen und zu bewerten.

Ob die Arbeitsverträge (dynamische) Verweisungsklauseln enthalten, können wir mangels Vorliegens der entsprechenden Arbeitsverträge aktuell nicht beurteilen.

Besondere Beachtung wäre dem Umstand zu widmen, dass die Mitarbeiter der Stadt Remscheid aktuell aufgrund der kommunalen Tarifbindung auch von der Zusatzversorgung der Rheinischen Zusatzversorgungskasse (RZVK) profitieren. Vor einer Verlagerung von Aufgaben, insbesondere im Rahmen eines Betriebsteilübergangs, von der Stadt Remscheid auf die neue Schulbaugesellschaft, wäre somit eine sorgfältige Prüfung und Abstimmung der Folgen eines solchen Schrittes mit der RZVK angezeigt. Insbesondere drohen hier unter Umständen Ausgleichzahlungen an die RZVK. Diese könnten ggf. vermieden oder reduziert werden, wenn auch die Schulbaugesellschaft sich entschließt, eine Mitgliedschaft in der RZVK zu erreichen, was unter bestimmten Umständen, ggf. auch gegen Stellung einer Sicherheit, möglich ist. All dies wäre näher zu betrachten und im Hinblick auf die konkret zur Übertragung anstehenden Personenkreise zu bewerten.

5.3.1.3 Personalgestaltung nach § 4 Abs. 3 Satz 1 TVöD

Widerspricht ein Arbeitnehmer dem Betriebsübergang oder stimmt er einem beabsichtigten individualvertraglichen Wechsel nicht zu, so besteht für die Stadt Remscheid alternativ die Möglichkeit der sog. Personalgestaltung nach § 4 Abs. 3 Satz 1 TVöD.

Danach kann der öffentliche Arbeitgeber von Beschäftigten verlangen, dass sie ihre Arbeitsleistung auf Dauer in der privatrechtlichen Einrichtung erbringen.

- Vgl. BeckOK TVöD/Stier, 69. Ed. 1.12.2021, TVöD-AT § 4 Rn. 40, beck-online.

Arbeitgeber bleibt in diesem Fall jedoch die Gemeinde. Durch § 4 Abs. 3 S. 1 TVöD wird das Direktionsrecht des Arbeitgebers gem. § 106 GewO bei der Umorganisation öffentlicher Betriebe und Dienststellen erweitert. Eine Zustimmung des Beschäftigten zur Personalgestaltung ist – anders als bei der Abordnung nach § 4 Abs. 1 Satz 1 TVöD oder der Zuweisung nach § 4 Abs. 2 S. 1 TVöD – nicht erforderlich.

Gemäß § 4 Abs. 3 S.1 TVöD ist auf Verlangen des Arbeitgebers bei weiter bestehendem Arbeitsverhältnis die arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung bei dem Dritten zu erbringen – hier der Schulbaugesellschaft – sofern Aufgaben der Beschäftigten zu einem Dritten verlagert werden. Im Gegensatz zu den weiteren Möglichkeiten der Versetzung, Abordnung und Zuweisung ermöglicht § 4 Abs. 3 TVöD dem Arbeitgeber, Arbeitnehmer anzuweisen, dauerhaft seine Arbeitsleistung bei einem Dritten zu erbringen.

Nach der Protokollerklärung zu Abs. 3 ist Personalgestaltung – unter Fortsetzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses – die auf Dauer angelegte Beschäftigung bei einem Dritten. Die Modalitäten der Personalgestaltung werden zwischen dem Arbeitgeber und dem Dritten vertraglich vereinbart.

- Vgl. BeckOK TVöD/Stier, 69. Ed. 1.12.2021, TVöD-AT § 4 Rn. 38, beck-online.

5.3.2 Beteiligung des Personalrats bei Übertragung von Arbeiten im Sinne des § 72 Abs. 4 Satz 1 Nr.22 LPersVG NRW (Privatisierung)

Das LPersVG NRW sieht ein Beteiligungsrecht des Personalrats bei Privatisierung in Form eines Mitbestimmungsrechts vor, vgl. § 72 Abs. 4 Satz 1 Nr. 22 LPersVG NRW („LPersVG“). Sofern Mitarbeiter der Gemeinde fortan ihre Tätigkeit nicht mehr für die Gemeinde, sondern für und bei der Schulbaugesellschaft

erbringen sollen, ist davon auszugehen, dass es sich hierbei um eine Privatisierung im o.g. Sinne handelt.

- Eine **Übertragung von Arbeiten** liegt vor, wenn diejenigen Arbeiten, die bisher von den Beschäftigten der Dienststelle erledigt wurden, nunmehr von Mitarbeitern eines Privatunternehmens durchgeführt werden.
- „**Arbeiten der Dienststelle**“ sind alle Tätigkeiten, die dem normalen Aufgabengebiet der Beschäftigten der Dienststelle zuzuordnen sind. Inwieweit es sich dabei um Hauptaufgaben der Dienststelle oder zur Erfüllung der Hauptaufgaben zusätzlich anfallende Aufgaben der Dienststelle oder aber Dauer- oder Gelegenheitsarbeiten handelt, ist unerheblich.
 - Vgl. OVG Münster 8.3.1989 – CL 37/87, PersV 1992, 172 = PersR 1989, 277 = ZBR 1990, 157; Laber/Pagenkopf/Mues, 1. Aufl. 2017, LPVG § 72 Rn. 1027, beck-online.
- Unerheblich ist auch, ob die Dienststelle neben dem privaten Rechtsträger nach der Übertragung von Arbeiten derartige Arbeiten teilweise auch selbst weiterhin ausführt. Für die Mitbestimmung kommt es nicht darauf an, ob Arbeiten der Dienststelle vollständig oder nur teilweise privatisiert werden, da die vollständige Übertragung der Aufgaben nicht das Tatbestandsmerkmal definiert.
 - Vgl. Laber/Pagenkopf/Mues, 1. Aufl. 2017, LPVG § 72 Rn. 1029, beck-online; OVG Münster 16.12.1993 – CL 107/90, PersV 1996 = ZTR 1994, 261.
- Eine **Übertragung** ist dann gegeben, wenn ein konkreter Übertragungsakt erfolgt. Dies ist der Fall, wenn die Übertragung von Arbeiten auf Dauer an Privatpersonen oder wirtschaftliche Unternehmen zur Folge hat, dass es sich bei den Arbeiten fortan – im Sinne eines natürlichen Sprachgebrauchs – nicht mehr um Arbeiten „der Dienststelle“ handelt.
 - Vgl. Laber/Pagenkopf/Mues, 1. Aufl. 2017, LPVG § 72 Rn. 1019, beck-online.

- Die zwischen Dienststelle und Privatunternehmen getroffene Vereinbarung ist allerdings ein außerhalb des internen Bereichs von Regierung und Verwaltung stattfindender Vorgang. Mitbestimmungspflichtig kann in solchen Fällen nur die dem vorausgehende interne Entscheidung der Dienststelle sein, die fraglichen Arbeiten künftig von einem Privatunternehmen durchführen zu lassen. Diese Entscheidung berührt die spezifischen Interessen der der Dienststelle angehörenden Beschäftigten. Denn der mit der Privatisierung verbundene Wegfall von Arbeiten, die in der Dienststelle selbst erledigt werden, ist geeignet, die Beschäftigten nachteilig berührende personelle Maßnahmen wie Kündigungen, Änderungskündigungen, Versetzungen oder Umsetzungen nach sich zu ziehen.
 - BVerwG 15.10.2003 – 6 P 8/03, PersV 2004, 42 = PersR 2004, 33 = Buchholz 251.7 § 72 NWPersVG Nr. 32 = ZfPR 2004, 35.
- Auch eine Aufgabenprivatisierung, welche dazu führt, dass eine öffentliche Aufgabe unter Aufrechterhaltung einer öffentlichen Kontrolle aus der direkten öffentlichen Verantwortung und Entscheidung entlassen und zur Leistungserbringung an private Rechtsträger übertragen wird (z.B. Sportanlagen, Krankenhäuser, Kindergärten in privater Hand) unterliegt den Mitbestimmungstatbestand.
 - OVG Münster 18.3.1991 – CL 75/88, PersR 1991, 348 = NWVBI. 1992, 22 = ZBR 1992, 187.

5.3.2.1 Zeitpunkt der Unterrichtung des Personalrats

Das Mitbestimmungsrecht des Personalrats aus § 72 Abs. 4 S. 1 Nr. 22 LPersVG bei einer Übertragung von Arbeiten der Dienststelle wird nicht erst durch den beabsichtigten Abschluss eines bestimmten Übertragungsvertrages mit einem bestimmten Unternehmen oder einer bestimmten Privatperson ausgelöst.

- Der Mitbestimmungstatbestand greift vielmehr schon dann, wenn dem Grunde nach die Entscheidung ansteht, eine bestimmte Art von Arbeiten, wie etwa Reinigungsarbeiten, zu privatisieren und

wenn damit der Umfang der Maßnahme und ihre Bedeutung für die Beschäftigten ersichtlich ist.

- Vgl. OVG Münster 25.3.1999 – 1 A 4469/98.PVL, PersV 1999, 561 = PersR 2000, 81 = NWVBI. 1999, 469.
- Das ist auch dann der Fall, wenn der genaue Zeitpunkt der Privatisierung noch nicht bekannt ist. Anknüpfungspunkt für das Mitbestimmungsrecht des Personalrats ist allein die beabsichtigte Privatisierung von bislang von Beschäftigten der Dienststelle vorgenommenen Arbeiten. Dementsprechend zielt die in § 72 Abs. 4 S. 1 Nr. 22 getroffene Regelung darauf ab, die Personalvertretung vor allem dann mitbestimmen zu lassen, wenn es um die grundsätzliche Frage der Erhaltung von Arbeitsplätzen der Dienststelle geht. Dafür ist es jedoch unerheblich, zu welchem Zeitpunkt genau die beabsichtigte Privatisierung durchgeführt wird.
 - Vgl. OVG Münster 25.3.1999 – 1 A 4469/98.PVL, PersV 1999, 561 = PersR 2000, 81 = NWVBI. 1999, 469.

5.3.2.2 Einschränkung des Mitbestimmungsrechts nach § 66 Abs. 7 S.3, 68 LPersVG

Das Mitbestimmungsrecht wird durch § 66 Abs. 7 Satz 3, 68 LPersVG dahingehend eingeschränkt, dass das Letztentscheidungsrecht nicht bei der Einigungsstelle liegt. Die Einigungsstelle kann ausschließlich eine Empfehlung aussprechen. Über die Privatisierung entscheidet final weiterhin die Dienststellenleitung, vgl. § 68 LPersVG.

- In NRW ist die Beteiligung des Personalrats vor und während der Privatisierung als Mitbestimmungsrecht ausgestaltet. Bei einem echten Mitbestimmungsrecht ist der Dienststellenleiter grundsätzlich an die Zustimmung des Personalrats gebunden. Einigen sich Dienststelle und Personalrat nicht, besteht die

Möglichkeit, die Einigungsstelle anzurufen, die dann in der Sache verbindlich entscheidet.

- Sofern Entscheidungen, die wegen ihrer Auswirkungen auf das Gemeinwesen wesentlicher Bestandteil der Regierungsgewalt sind, dürfen diese nach Auffassung des BVerfG nicht den Stellen entzogen werden, die für die Volksvertretung verantwortlich sind. Ein davon abweichendes Letztentscheidungsrecht der Einigungsstelle ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung mit dem Demokratieprinzip aus Art. 28 GG nicht vereinbar. Zu Entscheidungen, die wegen ihrer Auswirkung wesentlicher Bestandteil der Regierungsgewalt sind, zählen insbesondere organisatorische Entscheidungen. Da die Privatisierung öffentlicher Einrichtungen regelmäßig eine organisatorische Angelegenheit darstellt, wurde das Mitbestimmungsrecht auf auch auf der Landesebene in NRW durch den Gesetzgeber eingeschränkt. Die Einigungsstelle kann gem. § 66 Abs. 7 die gem. § 68 LPersVG lediglich eine Empfehlung an die endgültig entscheidende Stelle (vgl. § 68 LPersVG) aussprechen. Der Personalrat kann die Privatisierung mithin nicht verhindern. Er kann sie allenfalls verzögern.

5.3.3 Anwendbarkeit des Personalvertretungsrechts in der Schulbaugesellschaft

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

- Vgl. Blanke/Fedder/Baden Teil 5 Rn. 217; Richardi/Annuß BetrVG § 130 Rn. 3; vgl. auch BAG 9. 2. 1982 – 1 ABR 36/80, DB 1982, 1414.

Zuständiges Personalvertretungsorgan innerhalb der privatwirtschaftlich ausgestalteten Schulbaugesellschaft ist der Betriebsrat, den die Belegschaft der Schulbaugesellschaft wählen könnte. Der Personalrat ist für die Schulbauge-

sellschaft nicht zuständig. Es besteht daher die Möglichkeit, dass sich bei Vorliegen der Voraussetzungen ein Betriebsrat in der Schulbaugesellschaft konstituiert.

Weder im Personalvertretungsgesetz noch im Betriebsverfassungsgesetz ist normiert, wie sich ein Systemwechsels – das heißt, der Wechsel von einer öffentlich-rechtlichen zu einer privatrechtlichen Gesellschaft mit unterschiedlichen Zuständigkeiten – auf das Mandat bereits gewählter Personalräte sowie auf geltende Dienstvereinbarungen auswirkt. Auch höchstrichterlich ist diese Frage bislang nicht geklärt.

- Die „gewerkschaftsnahen Stimmen“ in der juristischen Literatur plädieren für ein Übergangsmandat des Personalrats bei Privatisierung bis zur Wahl eines Betriebsrats

- Vgl. etwa Blanke/Fedder/*Baden* Teil 5 Rn. 229.

Auch Dienstvereinbarungen sollen kollektivrechtlich fortgelten.

- Angesichts der grundlegenden Systemunterschiede zwischen Personalvertretung einerseits und Betriebsverfassung andererseits überzeugt diese Auffassung nicht. Nach (wohl) herrschender Meinung besteht im Falle einer Privatisierung kein gesetzliches Übergangsmandat des früheren Personalrats zur Wahrnehmung betriebsverfassungsrechtlicher Rechte

- Vgl. LAG Köln, Beschluss vom 10. 3. 2000 - 13 TaBV 9/00; LAG Düsseldorf, Beschluss vom 16.01.2012 - 14 TaBV 83/11; WHSS Umstrukturierung, B. Gestaltungsformen der Unternehmensumstrukturierung/-übertragung und ihre arbeitsrechtliche Relevanz Rn. 87c, beck-online.

Systematisch betrachtet handelt es sich wegen § 130 BetrVG und der Maßgeblichkeit der „Zielrechtsform“ des neuen Rechtsträgers um eine betriebsverfassungsrechtliche, nicht um eine personalvertretungsrechtliche Materie. Entsprechend findet auch § 44 Abs. 6 LPVG NRW, wo ein Übergangsmandat des Personalrats für Veränderungen

innerhalb des öffentlichen Dienstes vorgesehen ist, auf die Privatisierung keine Anwendung.

- Vgl. Richardi BetrVG/Annuß, 17. Aufl. 2022, BetrVG § 130 Rn. 13, beck-online.
- Aus diesem Grund ist auch eine kollektivrechtliche Fortgeltung von Dienstvereinbarungen als Betriebsvereinbarungen zu verneinen.
 - Vgl. WHSS Umstrukturierung, B. Gestaltungsformen der Unternehmensumstrukturierung/-übertragung und ihre arbeitsrechtliche Relevanz Rn. 87c, beck-online; Groeger/Steffek, Arbeitsrecht im Öffentlichen Dienst, § 29 Rn. 178.
- Zulässig ist es jedoch, vor der Privatisierung geltende Dienstvereinbarungen sogleich nach der Neukonstituierung eines Betriebsrates inhaltsgleich als Betriebsvereinbarungen neu abzuschließen.

5.4 Steuerrecht

In ertragsteuerrechtlicher Hinsicht ergeben sich grundsätzlich keine wesentlichen Unterschiede zur Entwicklungsstufe 1, sodass auf die diesbezüglichen Ausführungen in unserer rechtlichen Stellungnahme RSt01 zur Gründung der Schulbaugesellschaft verwiesen wird. In Abhängigkeit von dem Umfang und der Art der weiteren zu betreuenden Bauprojekte kann allerdings eine Anpassung der Gewinnmarge erforderlich werden, sodass diese in Abstimmung mit einem steuerrechtlichen Berater überwacht und erforderlichenfalls angepasst werden sollte, um die Rechtsfolgen einer verdeckten Gewinnausschüttung zu vermeiden (zu deren Rechtsfolgen siehe unsere rechtliche Stellungnahme RSt01 zur Gründung der Schulbaugesellschaft).

In umsatzsteuerrechtlicher Hinsicht sowie grunderwerbsteuerrechtlicher Hinsicht gelten die Ausführungen in unserer rechtlichen Stellungnahme RSt01 zur Gründung der Schulbaugesellschaft ebenfalls entsprechend.

6 Ergebnis

Die Stadt darf weitere Aufgaben auf die Schulbaugesellschaft übertragen.

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

Die Integration weiterer Aufgaben ist auch **vergaberechtlich** zulässig. Die Stadt darf die Schulbaugesellschaft – neben der Planung und dem Bau neuer Schulimmobilien – mit weiteren Aufgaben, etwa dem Bau, der Sanierung und der Instandhaltung von weiteren Verwaltungsgebäuden (z.B. Kindertageseinrichtungen), beauftragen, ohne zuvor ein Vergabeverfahren durchführen zu müssen. Dies gilt unabhängig vom Erreichen der jeweiligen Schwellenwerte und des betroffenen Aufgabenbereichs. Denn die Schulbaugesellschaft ist gemäß § 108 Abs. 1 GWB inhouse-fähig. Die Schulbaugesellschaft ist – wenn sie selbst Aufträge vergibt – unterhalb der Schwellenwerte nicht an das Vergaberecht gebunden. Oberhalb der Schwellenwerte (derzeit € 221.000,00 für Lieferungen und Dienstleistungen und € 5.538.000,00 für Bauleistungen) muss sie das Vergaberecht hingegen beachten.

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

Die Aufgabenerweiterung ist im Einklang mit den Vorgaben des Gesellschaftsrechts und den kommunalrechtlichen Besonderheiten umzusetzen. Sofern der in der Satzung festgelegte Unternehmensgegenstand keine über die Errichtung, Sanierung und Erweiterung von Schulen hinausgehenden Betätigungen der Gesellschaft erlaubt, bedarf es gesellschaftsrechtlich einer Satzungsänderung. Aktuell ermöglicht der Satzungsentwurf jedoch auch die Durchführung sonstiger

Hochbaumaßnahmen durch die Schulbaugesellschaft. Hat die Aufgabenerweiterung eine *wesentliche* Änderung des Gesellschaftszwecks zur Folge, ist die entsprechende Entscheidung der Stadt gemäß § 115 Abs. 1 Satz 1 lit. a) GO NRW der Bezirksregierung anzuzeigen. Beschränkt sich die Aufgabenerweiterung auf den Bereich der Kommunalen Daseinsvorsorge, ist mit guten Argumenten eine wesentliche Änderung des Gesellschaftszwecks zu verneinen. Denn insoweit besteht ein Bezug der bisherigen Aufgaben in Sachen Schulbau zu den neuen Aufgaben.

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

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

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

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

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

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

Düsseldorf, den 02.12.2024



Dr. Laurence Westen
Rechtsanwalt



Mike Steffen
Rechtsanwalt



Sarah Rose
Rechtsanwältin



Christoph Hexel
Rechtsanwalt



Laura-Felicia Bokranz
Rechtsanwältin



Fabian Gaffron
Rechtsanwalt



Simon Pommer
Rechtsanwalt