

Prüfauftrag des Rates der Stadt Leverkusen vom 01.07.2024 Maßnahmen zur Beschleunigung von Schulbauprojekten

Übernahme der Neubauten und großen Sanierungen von
Schulen durch die städtische
Stadtentwicklungsgesellschaft



- **Markus Esch**

Wirtschaftsprüfer Steuerberater Rechtsanwalt
Geschäftsführer

- Dr. Heilmaier & Kollegen Rechtsanwaltskanzlei mbH

Campus Fichtenhain 57 a
47807 Krefeld

Telefon: (0 21 51) 65 80 8-0

Telefax: (0 21 51) 65 80 8-18

E-Mail: hc@heilmaier-collegen.de

Internet: www.heilmaier-collegen.de

Ausgangslage

▪ Sitzung des Rates der Stadt Leverkusen am 01. Juli 2024

1. Die Notwendigkeit zur Beschleunigung von Schulbauprojekten wird zur Kenntnis genommen.
2. a) Die Verwaltung prüft, ob eine rechtssichere Vergabe in einem Totalunternehmer*inmodell möglich ist, um folgende Schulbaumaßnahmen beschleunigt über dieses Modell planen und errichten zu lassen:
 - a. Erweiterung der FöS Hugo-Kükelhaus-Schule,
 - b. Neubau mit Erweiterung der FöS Schule An der Wupper,
 - c. Erweiterung der GGS Im Kirchfeld.b) Die Verwaltung wird beauftragt, mit der WGL Kontakt aufzunehmen, um zu klären, inwieweit die WGL die Ausschreibung gegenüber den Totalunternehmern und damit das Verfahren übernehmen kann
3. **Die Verwaltung prüft des Weiteren die Vergabe und Durchführung von Schulbauten durch die städtischen Töchter WGL und/oder SWM (bei stadtweiter Zuständigkeit). Hierbei werden insbesondere Geschwindigkeit, rechtliche Würdigung der Vergabe und Durchführung sowie die finanziellen Auswirkungen geprüft.**

Ausgangslage

- **01.07.2024 Sitzung des Rates der Stadt Leverkusen**

- Kennzahlen zu den Schulen

Gebäude	Buchwert Gebäude 31.12.2024	Fläche BGF in m²	Betriebs- kosten 2023	laufende Instand- haltung 2023	Abschrei- bungen 2023	Miet- zahlungen 2023 einschl. NK	SoPo Land /Bund 2023	Gesamt- aufwand 2023	monatl. Gesamt- aufwand je m² BGF
Grundschulen									
Im Kirchfeld 15	3.090.038,88	5.086	186.411,03	45.350,43	157.544,90		42.427	346.879,56	5,68
Förderschulen									
Hugo-Kükelhaus-Schule (Eisabeth-v.-Thadden-Str. 16)	2.675.640,59	3.509	115.474,19	25.940,18	104.588,07	3.796,10	53.991,70	195.806,84	4,65
Schule An der Wupper (Haus-Vorster-Straße 42-48)	221.473,66	6.416	255.959,94	109.342,53	162.124,87		29.544,60	497.882,74	6,47

Ausgangslage

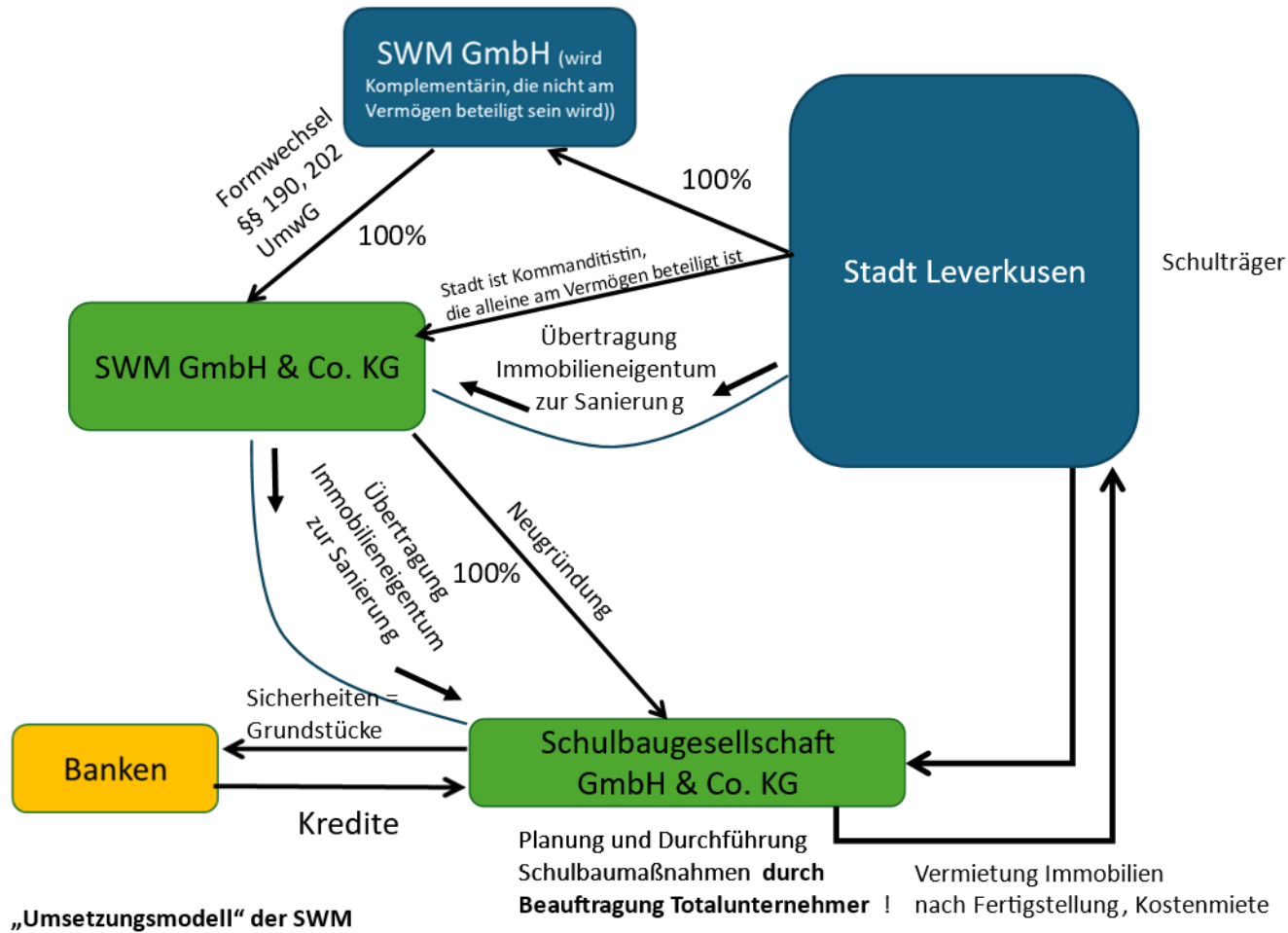
- **Auskunft der Abteilung Hochbau zum Beschlusspunkt 2 a) („Totalunternehmer“)**
 - Jede der drei Schulbaumaßnahmen wird oberhalb des EU-Schwellenwertes liegen
 - Eine Umsetzung durch einen Totalunternehmer erscheint möglich
 - voraussichtlicher Kostenrahmen für alle 3 Maßnahmen: rund 150 Mio. € (Brutto)
- **15.11.2024** Stellungnahme der **Stadtteilentwicklungsgesellschaft Wiesdorf/Manfort mbH (SWM)** zu den Prüfaufträgen des Rates der Stadt Leverkusen betreffend die Übernahme der Schulbauprojekte
 - bereit zur Übernahme der Verantwortung
 - besitzt Erfahrung mit Sonderbauten, auch im Schulbereich (siehe das Projekt Berufsschulen Campus Bismarckstraße)
 - kann Finanzierung der Schulbauprojekte übernehmen

▪ „Umsetzungsmodell“ der Stadtteilentwicklungsgesellschaft

Wiesdorf/Manfort mbH

- Umfirmierung der SWM GmbH in eine GmbH & Co. KG (im Folgenden **SWM**)
- Gründung einer Schulbaugesellschaft als Tochtergesellschaft der SWM in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG (im Folgenden **Schulbaugesellschaft**)
- Übertragung des Immobilieneigentums von der Stadt Leverkusen über die SWM auf die Schulbaugesellschaft durch Einlagen ins Eigenkapital, Kapital I oder Kapital II (Einbringungen)
- Planung und Durchführung der Schulbaumaßnahmen durch die Schulbaugesellschaft
 - Vergabe der Planung und Ausführung an einen Totalunternehmer
- Anschließende Vermietung der Schulgebäude an die Stadt Leverkusen

Skizze zum Umsetzungsmodell



Weitere zu berücksichtigende Umstände/Annahmen

- Nach den uns gemachten Angaben arbeitet die Stadt Leverkusen aktuell an der Aufstellung eines Haushalts sicherungskonzeptes; die Voraussetzungen nach § 76 Abs. 1 GO NRW liegen vor
- Die Kredite von Tochtergesellschaften sind in der Vergangenheit auf den Kreditrahmen der Stadt Leverkusen angerechnet worden
- Bezüglich der hier geplanten Investitionen soll für Zwecke der Stellungnahme davon ausgegangen werden, dass diese **vollständig fremdfinanziert** werden
- Es wird des Weiteren davon ausgegangen, dass die **Sanierung** der drei Schulen nachweisbar **erforderlich und dringlich** ist
- Die Nutzung der hier zu betrachtenden Schulen erfolgt fast ausschließlich (> 90%) für schulische Zwecke

Weitere zu berücksichtigende Umstände/Annahmen

- Die Satzung der SWM wurde im Hinblick auf die Kompetenzen der Geschäftsführung und des Aufsichtsrates entsprechend der Vorlage Nr. 2024/2835 geändert. Es wird unterstellt, dass **gleiche Regelungen zur Zuständigkeit und zur Zusammensetzung der Gremien auch für die Schulbaugesellschaft** gelten sollen
- Nach den uns gemachten Angaben wird die Vergabeermächtigung nach Nr. 8 der Vergaberichtlinie der Stadt Leverkusen vom 15.02.2020 für die Vergabe von Lieferungen und Leistungen einschließlich der Bauleistungen bei der Stadt Leverkusen praktisch angewandt
- Es wird davon ausgegangen, dass aufgrund der Nutzungsbindung der Grundstücke und Gebäude **keine stillen Reserven** vorliegen; des Weiteren wird davon ausgegangen, dass trotz der Sanierungsabsichten die Werthaltigkeit der bisherigen Buchwerte für Grundstücke und Gebäude gegeben ist (kein gesonderter Abschreibungsbedarf)
- Die Schulgebäude werden aktuell **über 50 Jahre** im städtischen Jahresabschluss abgeschrieben
- Es wird davon ausgegangen, dass auch im Umsetzungsmodell **bis zum Baubeginn die Bewirtschaftung bei der Stadt** bleibt

Unser Auftragsgegenstand

- Unterstützung der Stadt Leverkusen bei der Erfüllung des Prüfauftrages (**Beschluss Nr. 3** des Rates der Stadt Leverkusen vom 01.07.2024) hinsichtlich der Maßnahmen zur Beschleunigung von Schulbauprojekten
- Darstellung, welche Vor-/oder Nachteile der Schulbausanierung durch die Schulbaugesellschaft im Vergleich zur Sanierung durch die Stadt Leverkusen selbst gegeben sind
- Hierbei liegt vor dem Hintergrund des erst grob skizzierten Umsetzungsmodells im ersten Schritt der Schwerpunkt auf der Darstellung **grundsätzlicher Unterschiede bei den Vergleichsmodellen und deren Auswirkungen**. Eine Einzelanalyse konkreter einzelner Baumaßnahmen oder eine Organisationsuntersuchung ist ausdrücklich nicht Gegenstand unseres Auftrages.
- Beauftragung am 18.12.2024; Auftragsdurchführung im wesentlichen im Januar 2025

Auftragsumsetzung

- **Umsetzungsfähigkeit im Rahmen der Haushaltssicherung**

- **Geschwindigkeit**

- Vergaberechtliche Aspekte bei Einbindung der Schulbaugesellschaft und bei der Durchführung der Sanierungen mit Totalunternehmern
- Entscheidungswege Schulbaugesellschaft / Stadtverwaltung

- **Finanzwirtschaftliche Auswirkungen**

- Beihilferechtliche Rahmenbedingungen und Auswirkungen
- Besteuerung
 - Grunderwerbsteuer
 - Umsatzsteuer – insb. Vorsteuerabzug bei den Baumaßnahmen
 - Ertragsteuerliche Aspekte
- Unterschiede in der Finanzierung der Baumaßnahmen
- Auswirkungen auf die Bilanz und die Ergebnisrechnung der Stadt bei Durchführung der Maßnahmen in Eigenregie oder durch die Schulbaugesellschaft
- Drittförderung

Umsetzungsfähigkeit im Rahmen der Haushaltssicherung

Haushaltssicherung

- Die Voraussetzungen nach § 76 Abs. 1 GO NRW liegen aktuell für die Stadt Leverkusen vor.
- Die Stadt Leverkusen erarbeitet aktuell ein Haushaltssicherungskonzept (§ 76 GO NRW); das Haushaltsicherungskonzept dient dem Ziel, im Rahmen einer geordneten Haushaltswirtschaft die künftige, dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinde zu erreichen. Es bedarf der **Genehmigung der Aufsichtsbehörde**
- Die Haushaltssicherung steht der Wahrnehmung und Finanzierung von Aufgaben, **zu denen die Gemeinde rechtlich verpflichtet ist**, dem Grunde nach nicht entgegen. Dies **gilt auch für die Aufnahme von Krediten** nach § 86 und das Tätigen zwingend erforderlicher Investitionen zur Wahrnehmung von Aufgaben, zu denen die Gemeinde rechtlich verpflichtet ist.

Vorläufige Haushaltsführung

- Ist die Haushaltssatzung zu Beginn des Haushaltsjahres noch nicht bekannt gemacht, gilt für den Zeitraum bis zu ihrer Bekanntmachung die vorläufige Haushaltsführung gemäß § 82 GO
- Die Gemeinde darf in der vorläufigen Haushaltsführung ausschließlich Aufwendungen entstehen lassen und Auszahlungen leisten, zu denen sie rechtlich verpflichtet ist oder die für die Weiterführung notwendiger Aufgaben unaufschiebbar sind
- **Durch das 3. NKFVG ist § 82 GO dahingehend geändert worden, dass Ausnahmen vom grundsätzlich vorgesehenen Kreditdeckel mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde überschritten werden können**

Bedeutung für die Schulbausanierung

- Nach § 78 SchulG NRW ist die Stadt Leverkusen Trägerin der öffentlichen Schulen sowie der Berufskollege
- Nach § 79 SchulG NRW obliegt ihr damit die Pflicht, die für einen ordnungsgemäßen Unterricht erforderlichen Schulanlagen, Gebäude, Einrichtungen und Lehrmittel bereitzustellen und zu unterhalten sowie das für die Schulverwaltung notwendige Personal und eine am allgemeinen Stand der Technik und Informationstechnologie orientierte Sachausstattung zur Verfügung zu stellen
- Die geplanten Schulbausanierungen dienen also einer **gesetzlichen Pflicht der Stadt Leverkusen**

Bedeutung für die Schulbausanierung in Eigenregie

- Es kommt aber auf die Relevanz und Dringlichkeit der Maßnahmen an
- Soweit die hier zu betrachtenden Maßnahmen zur Erfüllung der obigen Pflicht zwingend **erforderlich und unaufschiebbar** sind, **steht u.E. weder § 76 GO NRW noch § 82 GO NRW der geplanten Schulbausanierung entgegen**
- Es bedarf aber der Genehmigung der Aufsichtsbehörde

Bedeutung für die Schulbausanierung über die Schulbaugesellschaft

- Auch hier kommt es im Ergebnis auf die Relevanz und Dringlichkeit der Maßnahmen an
- Soweit die hier zu betrachtenden Maßnahmen zur Erfüllung der obigen Pflicht zwingend erforderlich und unaufschiebbar sind, steht die Haushaltssicherung und vorläufige Haushaltsführung der Umsetzung des Umsetzungsmodells dem Grunde nach nicht entgegen
- Auch hier bedarf es im Ergebnis der Einbeziehung und schlussendlich der Zustimmung der Aufsichtsbehörde wegen
 - **§ 115 GO NRW** Anzeige der Errichtung einer mittelbaren neuen Gesellschaft
 - **§ 90 Abs. 3 GO NRW**
 - Veräußerung umfasst auch die unentgeltliche Übertragung; Wechsel des wirtschaftlichen Eigentums
 - Die Veräußerung von Vermögensgegenständen grundsätzlich nur zulässig, wenn diese zur Erfüllung der gemeindlichen Aufgaben in absehbarer Zeit nicht gebraucht werden
 - Schulen werden vorliegend aber gebraucht, deswegen Abschluss langfristiger Mietverträge zur Nutzungssicherung und Finanzierungssicherung der Schulbaugesellschaft
 - Schlussendlich führen diese Aspekte vor dem Hintergrund der Haushaltssicherung vorliegend auch zur Abstimmung des Umsetzungsmodells mit der Aufsichtsbehörde

Vergaberechtliche Aspekte

Vergaberechtliche Aspekte

Ebene der Stadt Leverkusen

- **Planung und Durchführung der Schulbauprojekte durch einen dritten Baudienstleister (Totalunternehmer); Projektführung durch die Stadt**

Grundsatz: Die Stadt Leverkusen hat als öffentlicher Auftraggeber bei der Beschaffung von Liefer-, Dienst- und Bauleistungen sowie bei der Erteilung von Konzessionen grundsätzlich die einschlägigen Vorschriften des Haushalts- und Vergabewesens zu beachten.

- Schulbauprojekte = Bauleistungen
- für Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte der Europäischen Union gilt das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)
 - EU-Schwellenwert für Bauaufträge (bis 2026): 5.538.000 Euro (netto)
 - voraussichtlicher Kostenrahmen für alle 3 Schulbauprojekte: rund 150 Mio. € (brutto)
 - **jedes der drei Schulbauprojekte wird oberhalb des EU-Schwellenwertes liegen**

⇒ Stadt Leverkusen unterfällt gem. § 99 Nr. 1 GWB als öffentlicher Auftraggeber dem Vergaberecht

⇒ es besteht eine **EU-weite Ausschreibungspflicht**

Vergaberechtliche Aspekte

Ebene der Stadt Leverkusen

▪ Umsetzung durch einen Totalunternehmer („Vergabe im Paket“)?

Totalunternehmermodell: Stadt als Bauherr gibt die gesamte Planung und Ausführung „in eine Hand“ (ggf. unter Einbeziehung von früheren Planungsergebnissen Dritter)

▪ Grundsatz: Aufteilung und Vergabe nach Losen (§ 97 Abs. 4 GWB, § 5 VOB/A, § 22 Abs. 1 UVgO)

○ **Baumaßnahmen hier aufteilbar?**

- Schulbau umfasst mehrere Disziplinen, von den Erdarbeiten vor Baubeginn bis zu den Außenanlagen nach Fertigstellung

⇒ Erteilung des Zuschlags an einen Totalunternehmer rechtfertigungs- und dokumentationsbedürftig

○ **Liegen wirtschaftliche oder technische Rechtfertigungsgründe vor?**

- Erforderlich sind leistungsimmanente wirtschaftliche oder technische Vorteile
- Würde die losweise Vergabe unverhältnismäßige Kostennachteile mit sich bringen?
- Gelingt der Nachweis, dass der Schulbau sonst eine zeitlich sehr aufwändige sowie termin- und kostenriskante Vergabe nach Einzelgewerken erfordern müsste?

⇒ **Vergabe an Totalunternehmer bei Schulbauprojekten u.E. vertretbar** (siehe z.B. Schulbaumodell Köln)

Vergaberechtliche Aspekte

Umsetzungsmodell - Ebene der Stadt Leverkusen auf Stufe I

- Stufe I
- Einbringung der Schulgebäude und Grundstücke verbunden mit der Verpflichtung der neuen Schulbaugesellschaft, diese zu sanieren
 - Die Einbringung von Grundstücken und Gebäuden stellt grundsätzlich keinen vergaberechtlichen Auftrag dar.
 - Durch die Verbindung mit der Aufgabe, die Schulen zu sanieren, wird hieraus aus unserer Sicht aber ein öffentlicher Auftrag, auf den die vergaberechtlichen Vorschriften anzuwenden sind
 - Grundsatz: Durchführung eines transparenten Vergabeverfahrens

Ausnahme: direkte Beauftragung aufgrund des sog. „Inhouse-Privilegs“ (§ 108 GWB)

Vergaberechtliche Aspekte

Umsetzungsmodell - Ebene der Stadt Leverkusen auf Stufe I

- **Voraussetzungen der Inhouse-Vergabe nach § 108 Abs. 1 Nr. 1-3 GWB**
 - **§ 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB**: Übt die Stadt über die Gesellschaft eine **ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen** aus?
 - wird vermutet, wenn der öffentliche Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausübt (§ 108 Abs. 2 GWB)
 - GmbH & Co KG = Personengesellschaft, keine juristische Person
 - Aber: der nationale Begriff „juristische Person“ ist richtlinienkonform auszulegen
 - GmbH & Co KG kann als Personengesellschaft selbständig Rechte und Pflichten begründen
 - ⇒ gilt als juristische Person im Sinne des GWB
 - Stadt ist an der GmbH & Co. KG allein als Komplementär in Form der SWM Verwaltungs-GmbH als auch als Kommanditist beteiligt
- ⇒ **Stadt kontrolliert und beherrscht die Gesellschaft wie ihre eigene Dienststelle**

Vergaberechtliche Aspekte

Umsetzungsmodell - Ebene der Stadt Leverkusen auf Stufe I

- **Voraussetzungen der Inhouse-Vergabe nach § 108 Abs. 1 Nr. 1-3 GWB**
 - **§ 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB**: Dienen mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der Gesellschaft der Ausführung von Aufgaben, mit denen sie von der Stadt betraut wurde?
 - Zweck der Schulbaugesellschaft: Durchführung der Schulbauprojekte der Stadt
 - Schulbaugesellschaft wird ausschließlich für die Stadt tätig sein

⇒ § 108 Abs. 4 Nr. 2 GWB erfüllt
 - **§ 108 Abs. 4 Nr. 3 GWB**: Eine Kapitalbeteiligung Dritter an der neuen Schulbaugesellschaft soll nicht erfolgen

⇒ § 108 Abs. 4 Nr. 3 GWB erfüllt
- **Ergebnis**: Schulbaugesellschaft ist inhousefähig

Vergaberechtliche Aspekte

Umsetzungsmodell - Ebene der Schulbaugesellschaft Stufe II

- Stufe II
- Planung und Durchführung der Schulbauprojekte durch einen dritten Baudienstleister (Totalunternehmer) im Auftrag der Schulbaugesellschaft
 - für Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte der Europäischen Union gilt das GWB nur für **öffentliche Auftraggeber**
 - **Schulbaugesellschaft öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB?**
 - „andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts [...]“
 - GmbH & Co KG = Personengesellschaft, keine juristische Person
 - Aber: der nationale Begriff „juristische Person“ ist richtlinienkonform auszulegen
 - GmbH & Co KG kann als Personengesellschaft selbständig Rechte und Pflichten begründen
 - ⇒ GmbH & Co KG gilt als juristische Person im Sinne des GWB

Vergaberechtliche Aspekte

Umsetzungsmodell - Ebene der Schulbaugesellschaft Stufe II

- Schulbaugesellschaft öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB?
 - [...] die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen
 - „**im Allgemeininteresse liegende Aufgabe**“
 - Zweck der Schulbaugesellschaft: Durchführung der Schulbauprojekte der Stadt
 - Schulen dienen der Allgemeinbildung, liegen somit im Allgemeininteresse
 - Schulbau als Annexaufgabe des Schulwesens?
 - Gemeinden sind Träger der Schulen (vgl. § 78 Abs. 1 Satz 1 SchulG NRW)
 - als Schulträger sind sie für den Schulbau verantwortlich

Vergaberechtliche Aspekte

Umsetzungsmodell - Ebene der Schulbaugesellschaft Stufe II

- Schulbaugesellschaft öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB?
 - nichtgewerblicher Art
 - maßgeblich Gesamtbetrachtung
 - Gründungshistorie, -motive
 - das Fehlen von Wettbewerb
 - das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht (*hier wahrscheinlich nicht – Beihilferecht*)
 - das Fehlen der Übernahme des wirtschaftlichen Risikos (Insolvenzrisiko)
 - eine Finanzierung der Tätigkeit aus öffentlichen Mitteln
 - Die Voraussetzung **kann fehlen**, wenn es sich um eine Tätigkeit unter Marktbedingungen mit Gewinnerzielungsabsicht in einem entwickelten Markt handelt (siehe Wohnungsbaugesellschaft Hamburg; OLG Hamburg 11.02.2019, 1 Verg 3/15, Rn. 158 ff; anders VK Sachsen (11.06.2021, 1/SVK/006-21, Rn. 75 ff.) sowie das OLG Rostock (02.10.2019, 17 Verg 3/19, Rn. 67 ff.)
 - Vorliegend spricht die Gesamtabwägung wegen der **marktbezogenen Sonderstellung** (*trotz eines etwaigen Gewinnaufschlags*) und der Umstand, dass die Gesellschaft im Endeffekt nicht das wirtschaftliche Risiko allein trägt („Einspringen des Trägers“) für eine Aufgabe nichtgewerblicher Art

⇒ Schulbau ist u.E. eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nichtgewerblicher Art

Vergaberechtliche Aspekte

Umsetzungsmodell - Ebene der Schulbaugesellschaft Stufe II

- Schulbaugesellschaft öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB?
 - Besondere Staatsverbundenheit
 - § 99 Nr. 2 GWB:
 - **überwiegende Finanzierung** durch Gebietskörperschaften oder
 - **Leitung unterliegt der Aufsicht** von Gebietskörperschaften oder
 - **mehr als die Hälfte der Mitglieder der Geschäftsführung oder des Aufsichtsrates** werden von Gebietskörperschaften bestimmt
 - **Besondere Staatsverbundenheit ist zu bejahen**
- ⇒ Schulbaugesellschaft ist eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB

Vergaberechtliche Aspekte

Umsetzungsmodell - Ebene der Schulbaugesellschaft Stufe II

- **Planung und Durchführung der Schulbauprojekte durch einen dritten Baudienstleister, z.B. durch einen Totalunternehmer (Auftrag); Schulbaugesellschaft als reine Projektführungsgesellschaft**
 - Schulbaugesellschaft ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB
 - ⇒ für Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte der Europäischen Union besteht eine **EU-weite Ausschreibungspflicht**
 - für Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte ist die Schulbaugesellschaft haushaltsrechtlich **nicht** an das Vergaberecht gebunden (vgl. § 26 Abs. 2 KomHVO iVm Runderlass)
 - **Unterhalb der EU-Schwellenwerte** gibt es einen systematischen vergaberechtlichen Vorteil der Schulbaugesellschaft
 - **Ausnahme:** Bei geförderten Maßnahmen ordnen die Nebenbestimmungen zur Förderung häufig die Anwendung des Vergaberechtes an
 - **Überprüfung im Einzelfall nötig**

Vergaberechtliche Aspekte

Ebene der Schulbaugesellschaft

- **Vergaberechtliche Vorteile der Schulbaugesellschaft im Bezug auf die hier zu betrachtenden Schulbausanierungen?**
 - Schulbauprojekte der Stadt Leverkusen = Bauleistungen
 - EU-Schwellenwert für Bauaufträge (bis 2026): 5.538.000 Euro (netto)
 - voraussichtlicher Kostenrahmen für alle 3 Schulbauprojekte: rund 150 Mio. € (brutto)
 - jedes der drei Schulbauprojekte wird oberhalb des EU-Schwellenwertes liegen
 - Vergabe an einen Totalunternehmer geplant
- ⇒ für Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte der Europäischen Union ist die Schulbaugesellschaft als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 2 GWB **genauso an das Vergaberecht gebunden wie die Stadt Leverkusen**

Vergaberechtliche Aspekte

Ergebnis

Vergaberechtlich kann sich für die Schulbaugesellschaft **unterhalb der EU-Schwellenwerte** ein systematischer Vorteil ergeben

Ausnahmen können sich bei geförderten Projekten aufgrund der Bestimmungen zur Förderung ergeben

Im Hinblick auf die Planung und Durchführung **der hier zu betrachtenden Schulbauprojekte greift der systematische Vorteil** der Schulbaugesellschaft **nicht**, da es sich um Vergaben oberhalb der EU-Schwellen handelt. Insoweit besteht hier für die Schulbaugesellschaft kein Vorteil im Vergleich zur Stadt.

Insoweit zeigt sich hier auch **kein Geschwindigkeitsvorsprung**

Vergabeermächtigungen (Entscheidungszuständigkeiten)

Vergabeermächtigungen

Ebene der Schulbaugesellschaft

- Regelungen bei der SWM und der Schulbaugesellschaft sind gleich ausgestaltet (Annahme)
- **Vergabeermächtigung über Aufträge und Verträge**
 - bis zu einer Wertgrenze von EUR 150.000,00 netto: Entscheidung durch einen der Geschäftsführer ausreichend
 - ab EUR 150.000,00 netto bis EUR 300.000,00 netto:
 - **Grundsatz:** Zustimmung des Aufsichtsrates erforderlich
 - es sei denn, Entscheidung durch beide Geschäftsführer
 - ab EUR 300.000,00 netto bis EUR 500.000,00 netto:
 - **Grundsatz:** Zustimmung des Aufsichtsrates erforderlich
 - es sei denn, Entscheidung durch die Geschäftsführung, Aufsichtsratsvorsitzenden sowie einen seiner Stellvertreter
 - ab einer Wertgrenze von EUR 500.000,00 netto: Entscheidung durch den Aufsichtsrat
 - **Beachte: § 10 Abs. 5 der Satzung (§ 113 GO NRW): Informationspflicht der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber dem Rat; Weisungsrecht des Rates**

Vergabeermächtigungen

Laufende Entscheidungsfindung im Bauprozess Ebene der Stadt Leverkusen

- **Vergabeermächtigung über Aufträge und Verträge (auch Bauaufträge)**
 - bis zu einer Wertgrenze von **EUR 100.000,00 netto**:
 - Entscheidung durch die/den zuständige/n Beigeordnete/n
 - bis zu einer Wertgrenze von **EUR 1 Mio. netto**:
 - Entscheidung durch den Oberbürgermeister
 - ab einer Wertgrenze von **EUR 1 Mio. netto**:
 - Entscheidung durch den Rat der Stadt Leverkusen bzw. den zuständigen Ausschuss
 - Bei Kostensteigerungen eines vergebenen Bauauftrages **um mehr als 10%**
 - Wieder Entscheidung des Rates/Ausschusses erforderlich

Vergabeermächtigungen

Entscheidungszuständigkeiten im Vergleich

- **Stufe I: Grundsatzentscheidung für eine Schulbausanierung**
 - Hier sind keine Unterschiede zu erwarten: Die Entscheidung liegt im Ergebnis immer beim Rat der Stadt Leverkusen
- **Stufe II: Entscheidungen im laufenden Totalunternehmerauftrag (Nachträge, Änderungen)**
 - Differenzierte Ergebnisse

Wertgrenze	Stadt Leverkusen	Schulbaugesellschaft
bis TEUR 150		Vorteil
ab TEUR 150 bis TEU 300	Keine Unterschiede	
ab TEUR 300 bis TEUR 1.000	Vorteil	
ab TEUR 1.000		Vorteil*

- Keine aktive Nutzung des Informations-/ und Weisungsrechtes des Rates

Vergabeermächtigungen

Ergebnis

Bei der **Grundsatzentscheidung** über eine Schulsanierung sehen wir **keine wesentlichen Unterschiede**, da die Entscheidung im Ergebnis beim Rat der Stadt Leverkusen liegen wird.

Bei **Entscheidungen im laufenden Totalunternehmerauftrag** ergeben sich je nach des betroffenen Wertgrenzen **Unterschiede**.

Hier kann sich im Einzelfall ein Vorteil der Schulbaugesellschaft gegeben sein, wenn der Rat der Stadt Leverkusen nicht aktiv sein Informations-/ und Weisungsrecht ausübt. Eine Verlagerung der Entscheidungskompetenzen in die Gremien der Gesellschaft verringert dabei die politische Einflussnahme der städtischen Gremien.

In der **Gesamtschau** sehen wir aber **keinen so durchgreifenden Unterschied, als dass mit wesentlichen Beschleunigungseffekten durch die Einbindung der Schulbaugesellschaft zu rechnen ist**

Beihilferechtliche Aspekte

Beihilferechtliche Aspekte

Vorgaben des europäischen Beihilferechts

- **Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sind**

staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

- **Grundsatz:** Beihilfen staatlicher Stellen – hierzu zählen insbesondere Städte, Kommunen und Kreise – zugunsten von Unternehmen sind grundsätzlich untersagt (Art. 107 AEUV). Beihilfen dürfen nur dann gewährt werden, wenn sie der EU-Kommission angezeigt und von dieser genehmigt werden.

- **Folge beim Verstoß:**

- Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot. Die geschlossenen Verträge sind nichtig. Gewährte Vorteile sind grundsätzlich rückabzuwickeln.
- Probleme bei der Finanzierung der Baumaßnahmen (Beihilferecht als Risiko aus Sicht der Banken)

Beihilferechtliche Aspekte

Maßnahmen der Stadt Leverkusen zugunsten der Schulbaugesellschaft als staatliche Beihilfen nach Art. 107 AEUV?

- Potenziell beihilferechtlich relevante Maßnahmen der Stadt Leverkusen:
 - Einbringung der Grundstücke in die Schulbaugesellschaft als Kapitaleinlage
 - unentgeltliche Einbringung der Grundstücke in die Gesellschaft seitens der Stadt als Kapitaleinlage bietet der Gesellschaft den Vorteil, dass sie diese nicht zunächst selbst finanzieren muss
 - Siehe auch § 90 Abs. 3 Satz 4 GO NRW: *„Vor dem Unterwertverkauf eines Grundstücks an Unternehmen ist die Vereinbarkeit der Vergünstigung mit dem Binnenmarkt sicherzustellen.“*
 - ggf. Gewährung von Kommunalbürgschaften an die Schulbaugesellschaft
 - Bürgschaft seitens der Stadt (ggf. zu vergünstigten Konditionen) zugunsten der Gesellschaft ermöglicht der Gesellschaft eine Kreditaufnahme

Beihilferechtliche Aspekte

Maßnahmen der Stadt Leverkusen zugunsten der Schulbaugesellschaft als staatliche Beihilfen nach Art. 107 AEUV?

- Im Ergebnis kann der Beihilfetatbestand vorliegend – auch wenn wir Argumentationsansätze gegen einzelne Beihilfetatbestandsmerkmale sehen – nicht von Anfang an ausgeschlossen werden. **Es besteht ein rechtliches Risiko**
- Mögliche Reaktionen hierauf:
 - **Durchführung der (freiwilligen) Notifizierung** bzw. Klärung des Beihilfecharakters
 - Zeitaufwendig, da die Stadt Leverkusen nicht unmittelbar mit der EU-Kommission in Kontakt treten kann (in NRW ist das Wirtschaftsministerium einzuschalten)
 - Bis zum Ende des Verfahrens besteht ein **Durchführungsverbot**
 - **Betrauung der Gesellschaft mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)**
 - Mögliche rechtliche Problempunkte:
 - Liegt eine DAWI, insbesondere das notwendige Marktversagen vor?
 - Ausgleichsleistungen auf 15 Mio. Euro pro Jahr beschränkt (je DAWI); jedes Schulbauprojekte der Stadt jeweils eine DAWI?
 - 100%-ige Bürgschaften bei mehr als einer DAWI ggf. problematisch
 - **Marktkonforme** Ausgestaltung des Verhältnisses
 - Private Investor Test
 - Ausgestaltung wie PPP-/oder ÖPP-Modelle mit privaten Investoren

Beihilferechtliche Aspekte

Marktkonforme Ausgestaltung

- Agiert die Stadt Leverkusen nachweisbar wie ein **privater Wirtschaftsbeteiligter**
 - ⇒ dann würde ein beihilferechtlich relevanter Vorteil nicht vorliegen
 - ⇒ keine Begünstigung
- Prüfungsmaßstab: der **marktwirtschaftlich handelnde Wirtschaftsbeteiligte**
 - Ist nach der geplanten Einbringung der Grundstücke / Erteilung der Bürgschaft eine höhere Eigenkapitalrendite bei der Schulbaugesellschaft zu erwarten?
 - Maßgeblicher Zeitpunkt: der Zeitpunkt der Entscheidung über Einbringung der Grundstücke / Gewährung der Bürgschaft
 - Abgestellt werden kann auf einen Investor, der sich von längerfristigen Rentabilitätsaussichten leiten lässt
 - ⇒ es kommt auf die **Renditeerwartung** der von der Schulbaugesellschaft durchzuführende Schulbauprojekte an
 - ⇒ Das würde u.a. die Vereinbarung von **marktkonformen Gewinnaufschlägen** bei der Vermietung der sanierten Schulen verlangen und bei etwaigen Kommunalbürgschaften die Vereinbarung von **Avalprovisionen**

Beihilferechtliche Aspekte

Ergebnis

Beihilferechtlich ist die Planung und Durchführung der Schulbauprojekte durch die Schulbaugesellschaft im Vergleich zu der Stadt **nicht unproblematisch** und mit **rechtlichen Risiken** belastet. Im Zweifel ist hier am ehesten an **eine marktkonforme Ausgestaltung** des Verhältnisses zwischen der Gesellschaft und der Stadt zu denken (angelehnt an vergleichbare PPP-/ÖPP Modelle mit privaten Investoren).

Eine abschließende beihilferechtliche Beurteilung kann aber nur anhand der konkreten Verhältnisse des späteren Sachverhaltes getroffen werden.

Bei der Durchführung der Schulbauprojekte durch die Stadt selbst nach vergaberechtlicher Beauftragung eines Totalunternehmers stellen sich die beihilferechtlichen Fragen so nicht.

Gründerwerbsteuerrechtliche Aspekte

Grunderwerbsteuer

Übertragung des Immobilieneigentums von der Stadt Leverkusen über die SWM GmbH & Co. KG auf die Schulbaugesellschaft

▪ Steuerbarkeit

▪ grunderwerbsteuerlich relevante Grundstückstransaktionen:

1. Übertragung der Grundstücke von der Stadt Leverkusen auf die SWM GmbH & Co. KG
2. Übertragung der unveränderten Grundstücke von der SWM GmbH & Co. KG auf die Schulbaugesellschaft in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG

⇒ sind jeweils **grunderwerbsteuerbare** Vorgänge nach § 1 Absatz 1 Nummer 1 bzw. Nummer 2 GrEStG, da hier jeweils ein Rechtsträgerwechsel* stattfindet

*Die KG kann nach §§ 161 II, 105 II HGB Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen sowie Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben.

Grunderwerbsteuer

Übertragung des Immobilieneigentums von der Stadt Leverkusen über die SWM GmbH & Co. KG auf die Schulbaugesellschaft

- **Steuerbefreiungen nach §§ 5, 6 GrEStG**
 - Anwendungsbereich der Steuerbefreiungen:

Grundstücksübergänge, die zwischen

- den an einer Gesamthand Beteiligten (Gesamthändern) und der Gesamthand (Gesamthandsgemeinschaft)
- einer Gesamthand und den an ihr Beteiligten (Gesamthändern) oder
- einer Gesamthand und einer anderen Gesamthand stattfinden.

- Sinn und Zweck der Steuerbefreiungen:

Korrektur der Steuerbarkeit des formalen Rechtsträgerwechsels im Verhältnis Gesamthand/Gesamthänder durch Ausnahme solcher Vorgänge von der Besteuerung, in denen **wirtschaftlich** gerade kein Grundstücksumsatz gegeben ist, **weil der einbringende Gesamthänder am Wert des Grundstücks anteilmäßig über das Vermögen der Gesamthand beteiligt bleibt.**

Grunderwerbsteuer

Übertragung des Immobilieneigentums von der Stadt Leverkusen über die SWM GmbH & Co. KG auf die Schulbaugesellschaft

■ Übertragung der Grundstücke von der Stadt Leverkusen auf die SWM GmbH & Co. KG

*Geht ein Grundstück von einem Alleineigentümer auf eine Gesamthand über, so entfällt gemäß **§ 5 Abs. 2 Satz 1 GrEStG** die Steuer in Höhe des Anteils, zu dem der Einbringende am Vermögen der Gesamthand beteiligt ist.*

- Die auf die SWM GmbH & Co. KG (Gesamthand) zu übertragenden Grundstücke stehen im Alleineigentum der Stadt Leverkusen
- An dem Vermögen der SWM GmbH & Co. KG sowie an der Schulbaugesellschaft ist die Stadt als einzige Kommanditistin der KG ebenfalls zu 100 % beteiligt (die SWM *Verwaltungs-GmbH* soll am Vermögen nicht beteiligt werden)

⇒ Stadt Leverkusen bleibt zivilrechtlich kraft ihres alleinigen Mitgliedschaftsrechts weiterhin zu 100 % gesamthänderisch Berechtigte im Hinblick auf die Grundstücke

⇒ Übertragung der Grundstücke von der Stadt Leverkusen auf die SWM GmbH & Co. KG ist gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 GrEStG grunderwerbsteuerfrei

Grunderwerbsteuer

Übertragung des Immobilieneigentums von der Stadt Leverkusen über die SWM GmbH & Co. KG auf die Schulbaugesellschaft

- **Übertragung der Grundstücke von der SWM GmbH & Co. KG auf die Schulbaugesellschaft GmbH & Co. KG**

*Auf den Übergang eines Grundstücks von einer Gesamthand auf eine andere Gesamthand sind die Tatbestandsmerkmale der §§ 5 und 6 GrEStG gemäß **§ 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG** entsprechend anzuwenden*

⇒ Sind an beiden Gesamthandsgemeinschaften dieselben Personen mit gleichem Anteilsverhältnis beteiligt, so tritt völlige Steuerfreiheit ein

- Es besteht **gleiche Identität** der an den SWM GmbH & Co. KG und Schulbaugesellschaft GmbH & Co. KG Beteiligten und
- deren **Teilhabe am Wert der übergehenden Grundstücke** ist **deckungsgleich**

⇒ Übertragung der Grundstücke von der SWM GmbH & Co. KG auf die Schulbaugesellschaft GmbH & Co. KG ist gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG grunderwerbsteuerfrei

Grunderwerbsteuer

Anpassung des Grunderwerbsteuerrechts an das MoPeG, Übergangsregelung

- **Steuerbefreiungen nach §§ 5, 6 GrEStG zukunftssicher?**
 - Änderungen des Personengesellschaftsrechts infolge des Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG)
 - **Abschaffung des Konzeptes der Gesamthand** für Zwecke des Zivilrechts
 - ⇒ Gesellschaftsvermögen wird nunmehr der Personengesellschaft selbst und nicht mehr den einzelnen Gesellschaftern zur gesamten Hand zugerechnet
 - ⇒ gesetzliche Gleichstellung von Personengesellschaften (z.B. GmbH & Co. KG) mit Kapitalgesellschaften (z.B. GmbH)
 - MoPeG ist zum 1.1.2024 in Kraft getreten

- **Problem:**

Steuerbefreiungen nach §§ 5, 6 GrEStG knüpfen an das Konzept der Gesamthand an

Grunderwerbsteuer

Anpassung des Grunderwerbsteuerrechts an das MoPeG, Übergangsregelung

▪ Steuerbefreiungen nach §§ 5, 6 GrEStG zukunftssicher?

▪ Übergangsregelung gemäß § 24 GrEStG*:

Rechtsfähige Personengesellschaften (§ 14a Absatz 2 Nummer 2 der Abgabenordnung) gelten für Zwecke der Grunderwerbsteuer als Gesamthand und deren Vermögen als Gesamthandsvermögen.

- Fiktion für Zwecke der Grunderwerbsteuer
- Übergangsregelung ist zum 1.1.2024 in Kraft getreten
- zeitliche Befristung der Fiktion **bis zum 1.1.2027****

⇒ Geltung der Personengesellschaften als Gesamthand ist nach § 24 GrEStG **für drei Jahre befristet!**

⇒ Steuerbefreiungen nach §§ 5, 6 GrEStG gelten (zunächst) **bis zum 1.1.2027**

*Durch Art. 29 des Kreditwirtschaftsförderungsgesetzes vom 22.12.2023 eingefügt.

**Vgl. Artikel 30 i.V.m. Artikel 36 Abs. 5 Kreditwirtschaftsförderungsgesetz v. 22.12.2023.

Grunderwerbsteuer

Anpassung des Grunderwerbsteuerrechts an das MoPeG, Übergangsregelung

- Folge für Steuerbefreiungen nach § 5, 6 GrEStG für den vorliegenden Fall
 - SWM GmbH & Co. KG und Schulbaugesellschaft GmbH & Co. KG gemäß § 24 GrEStG nur fiktiv bis zum 1.1.2027 den Gesamthandsgemeinschaften gleichgestellt
 - Steuerbefreiungen nach § 5, 6 GrEStG greifen im Hinblick auf die hier maßgeblichen Grundstückstransaktionen daher nur bis zum Ablauf des 31.12.2026
 - unproblematisch, sofern Grundstückstransaktionen bis zum Ablauf des 31.12.2026 erfolgen
 - problematisch, sofern Grundstückstransaktionen nach 31.12.2026 geplant
 - insb. Übergang der Grundstücke von der Schulbaugesellschaft zurück auf die Stadt wäre ggf. betroffen

Grunderwerbsteuer

Anpassung des Grunderwerbsteuerrechts an das MoPeG, Übergangsregelung

- Das Bundesfinanzministerium (**BMF**) hat im **Juni 2023** einen Diskussionsentwurf zur **Novellierung des Grunderwerbsteuergesetzes** („Grunderwerbsteuer-Novellierungsgesetz „GrEStNG“) veröffentlicht
 - Überarbeitung auch der Steuerbefreiungen nach §§ 5, 6, 6a GrEStG
 - Hierbei soll grundsätzlich daran festgehalten werden, dass keine Besteuerung erfolgt, wenn und soweit sich die Beherrschungsverhältnisse an dem Grundstück nicht verändern
 - Umsetzung war eigentlich bis zum 1. Januar 2024 geplant
 - Konkrete Umsetzung steht noch aus
 - Insoweit besteht eine **Rechtsunsicherheit**

Grunderwerbsteuer

Ergebnis

Grunderwerbsteuerrechtlich sind im Hinblick auf die nach dem Umsetzungsmodell geplante Einbringung der Grundstücke und Gebäude für die drei Schulbauprojekte aktuell keine Nachteile im Vergleich zur Durchführung durch die Stadt ersichtlich, soweit die Übertragung der Grundstücke und Gebäude **bis zum Ablauf des 31.12.2026** erfolgen.

Nach dem 31.12.2026 ist die Steuerbefreiung von einer Novellierung des GrEStG abhängig. Es gibt Anzeichen, dass die Steuerbefreiungen in geänderter Form vom Grundsatz her erhalten bleiben sollen, dies ist aber noch offen. Insoweit **besteht eine Rechtsunsicherheit** für Grundstücksübertragungen nach dem 31.12.2026. Dies betrifft sowohl Übertragungen auf die Gesellschaften als auch auf die Stadt zurück.

Umsatzsteuerrechtliche Aspekte

Umsatzsteuerbarkeit

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG unterliegen der Umsatzsteuer die Lieferungen und sonstigen **Leistungen**, die ein **Unternehmer (§§ 2, 2b UStG)** im Inland **gegen Entgelt** im Rahmen seines Unternehmens ausführt.

- **Leistungsaustausch**

- erfordert eine **Leistung**serbringung zwischen zwei Personen **gegen Entgelt** (Gegenleistung)

- **Unternehmereigenschaft**

- erfordert eine Leistungserbringung durch einen **Unternehmer** (vgl. § 2 Abs. 1 UStG)

Umsatzsteuer

Planung und Durchführung der Schulbauprojekte durch die Stadt Leverkusen in Eigenregie, z.B. durch die eigene Abteilung „Gebäudewirtschaft“

- **Umsatzsteuerbarkeit**

- Die Stadt bezieht eine Leistung vom Totalunternehmer. Die Leistungen des Totalunternehmers sind steuerbar und steuerpflichtig

- **Vorsteuerabzug auf die Eingangsleistungen für den Schulbau?**

- *Es müssen Lieferungen oder sonstige Leistungen von einem anderen Unternehmer an das Unternehmen des Leistungsempfängers ausgeführt worden sein (§ 15 I S.1 Nr.1 UStG).*
 - Stadt Leverkusen im Hinblick auf den Schulbau kein Unternehmer
 - weder nach dem alten Unternehmerbegriff für jPdÖR (§ 2 Abs. 3 UStG a.F. i.V.m. § 4 KStG), noch nach dem neuen Unternehmerbegriff (§ 2 Abs. 1 i.V.m. § 2 b UStG)

⇒ kein Vorsteuerabzug auf Eingangsleistungen

- **Fazit:** Die Schulbausanierungen erfolgen auf Ebene der Stadt zu **Bruttobaukosten**

Umsatzsteuer

Planung und Durchführung der Schulbauprojekte durch die Schulbaugesellschaft nach Übertragung der Grundstücke auf die Gesellschaft mit anschließender Vermietung der Schulgebäude an die Stadt („Mietmodell“)

- Es liegen mehrere steuerbare Leistungsverhältnisse vor:
 1. Totalunternehmer an die Schulbaugesellschaft (Bauleistung) = Umsatzsteuerbar und –pflichtig
 2. Schulbaugesellschaft an Stadt (Vermietungsleistung) = Umsatzsteuerbar aber umsatzsteuerbefreit (§ 4 Nr. 12 UStG)
 - **Optionsmöglichkeit?**
 - Verzicht auf die Steuerbefreiung gemäß § 9 Abs. 1 und 2 UStG (Option zur Steuerpflicht)?
 - Die Stadt bezieht die Leistungen (Vermietung Schulgebäude) (fast) ausschließlich für den nichtunternehmerischen Bereich im engeren Sinne (hoheitlicher Bereich)
⇒ Verzicht auf die Steuerbefreiung gemäß § 9 UStG ist nicht möglich

Umsatzsteuer

Planung und Durchführung der Schulbauprojekte durch die Schulbaugesellschaft nach Übertragung der Grundstücke auf die Gesellschaft mit anschließender Vermietung der Schulgebäude an die Stadt („Mietmodell“)

▪ Folgen für den Vorsteuerabzug

⇒ Gesellschaft verwendet die für den Schulbau bezogenen Lieferungen und sonstigen Leistungen aus den Eingangsleistungen für steuerfreie Umsätze nach § 4 Nr. 12 UStG

⇒ Vorsteuerabzug ist ausgeschlossen (§ 15 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UStG)

- **Fazit:** Die Schulbausanierungen erfolgen auf der Ebene der Schulbaugesellschaft zu Bruttokosten, die Vermietung an die Stadt ist umsatzsteuerbefreit

Ergebnis

Umsatzsteuerrechtlich ergeben sich im Hinblick auf die Planung und Durchführung der Schulbauprojekte durch die Schulbaugesellschaft mit anschließender Vermietung der sanierten Schulgebäude **keine Vorteile** im Vergleich zur Eigensanierung durch die Stadt. Es besteht kein Vorsteuerabzug aus den Baukosten.

Ertragsteuerliche Aspekte

Ertragsteuer

Schulbetrieb durch die Stadt Leverkusen

- Unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig sind nach § 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG juristische Personen des öffentlichen Rechts (nur) mit ihren Betrieben gewerblicher Art (BgA) nach § 4 KStG
- Nicht zu BgA führen Tätigkeiten, die der jPdöR eigentümlich und vorbehalten sind.
 - Nach § 78 Schulgesetz NRW sind die Gemeinden grundsätzlich Träger der öffentlichen Schulen
 - Der Betrieb von Schulen, die der Erziehung und Bildung der Jugend dienen, ist Ausübung öffentlichen Gewalt und hoheitliche Tätigkeit
 - Insoweit ist die Aufgabe eigentümlich und vorbehalten
 - **Es liegt kein BgA und damit keine Ertragsteuerbarkeit vor**

Ertragsteuer

Beteiligung der Stadt Leverkusen an der SWM und mittelbar an der Schulbaugesellschaft

- Nach dem Umsetzungsmodell ist die Stadt Leverkusen alleinige Kommanditistin der SWM GmbH & Co. KG; die SWM GmbH & Co. KG ist alleinige Kommanditistin der Schulbau GmbH & Co. KG
- doppelstöckige Personengesellschaft
- GmbH & Co. KG erzielt gewerbliche Einkünfte nach § 15 EStG
 - Die Personengesellschaft = **Gewerbesteuersubjekt**
 - Subjekt der **Einkommensteuer** = der Gesellschafter (Zurechnung)
- Bei doppelstöckigen Personengesellschaften findet grundsätzlich eine **Zurechnung der Tätigkeit der Untergesellschaft zur Obergesellschaft** statt (vgl. OFD Karlsruhe, Verfügung v. 14.6.2018, S 270.6/242 - St 213, dort Ziffer 2.5)
- BFH, Urteil vom 25.3.2015, I R 52/13 (BStBl 2016 II S. 172): Die Beteiligung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts (jPöR) an einer Mitunternehmerschaft führt zu einem Betrieb gewerblicher Art (BgA).

Ertragsteuer

Beteiligung der Stadt Leverkusen an der SWM und mittelbar an der Schulbaugesellschaft

- **BMF, Schreiben v. 21.6.2017, IV C 2 - S 2706/14/10001, BStBl I 2017, 880:** Beteiligung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts an einer Personengesellschaft
 - Grundsatz: Hinsichtlich der Frage, ob ein BgA bei der beteiligten jPdöR vorliegt, wird die Personengesellschaft als „transparent“ angesehen; es kommt auf die Qualifikation der Tätigkeit der Personengesellschaft losgelöst von der Qualifikation der Einkünfte auf Ebene der Personengesellschaft an.
 - **Frage: Wie wäre die Tätigkeit zu beurteilen, wenn die beteiligte jPdöR die Tätigkeit der Personengesellschaft selbst ausüben würde?**
 - Besonderheit: **Auch hoheitliche Tätigkeiten führen dann zu einem BgA** (vgl. BMF, Schreiben v. 21.6.2017 und Vfg. OFD Karlsruhe v. 14.6.2018 zum BgA Hausmüllentsorgung bei Durchführung der Tätigkeit durch die Personengesellschaft)
 - Die SWM und die Schulbaugesellschaft üben überwiegend Tätigkeiten aus, die auf der Ebene der Stadt Leverkusen hoheitlich wären (städtebauliche Erschließung und Entwicklung; Sanierungsträger nach BauGB, Schulgebäudesanierung etc.)

Ertragsteuer

Beteiligung der Stadt Leverkusen an der SWM und mittelbar an der Schulbaugesellschaft

- Auch wenn die Rechtslage nicht ganz abschließend geklärt ist, ist u.E. davon auszugehen, dass **die Beteiligung der Stadt Leverkusen an der SWM und Schulbaugesellschaft zu einem oder mehreren BgA** auf Ebene der Stadt Leverkusen führt
- Abstimmung mit der Finanzverwaltung im Vorfeld wäre zu empfehlen
- **Folge der Begründung eines BgA**
 - **Gewinne der Schulbaugesellschaft** (siehe Ausführungen zum Beihilferecht) unterliegen dem Grunde nach der **Körperschaftsteuer** (auf Ebene des BgA) und der **Gewerbsteuer** (auf Ebene der Personengesellschaft)
 - Gewinne des BgA unterliegen unter den weiteren Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 Nr. 10 b) EStG der **Kapitalertragsteuer**
 - Steuerbelastung von rund 40,5% (ohne Solidaritätszuschlag) möglich, wobei die Gewerbesteuer im Wesentlichen bei der Stadt Leverkusen verbleiben dürfte

Ertragsteuer

Ergebnis

Unter ertragsteuerlichen Aspekten besteht bei Einbindung der Schulbaugesellschaft die grundsätzliche Gefahr von **ertragsteuerlichen Belastungen** im Gegensatz zur Schulbausanierung durch die Stadt in Eigenregie.

Genaue Aussagen zu den etwaigen ertragsteuerlichen Belastungen können nur anhand der konkreten Gewinnermittlungen der Personengesellschaften getroffen werden.

Aspekte der Finanzierung

Aspekte der Finanzierung

Planung und Durchführung der Schulbauprojekte durch die Stadt Leverkusen in Eigenregie, z.B. durch die eigene Abteilung „Gebäudewirtschaft“

- **Spezielle Kreditangebote an Kommunen (Förderbanken)**
 - **Kommunkreditkonditionen**
 - In der Regel **zinsgünstig**
 - **Müssen nicht mit Eigenkapital unterlegt werden**
 - Finanzierungsanteile bis 100% möglich
 - Langfristige Zinsvereinbarung möglich
 - § 489 BGB
 - Kündigungsmöglichkeit eines Darlehens mit gebundenem Sollzinssatz **in jedem Fall** nach Ablauf von zehn Jahren nach dem vollständigen Empfang unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten (§ 489 Abs. 1 Nr. 2 BGB)
 - Das Kündigungsrecht des Darlehensnehmers nach den Absätzen 1 und 2 [§ 489 BGB] kann nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder erschwert werden. **Dies gilt nicht bei Darlehen** an den Bund, ein Sondervermögen des Bundes, ein Land, **eine Gemeinde**, einen Gemeindeverband, die Europäischen Gemeinschaften oder ausländische Gebietskörperschaften
- Bislang **kein** flächendeckendes Erfordernis eines **externen Ratings** (solange davon ausgegangen werden kann, dass ein Ausgleich auch durch den kommunalen Finanzausgleich gewährleistet ist)

Aspekte der Finanzierung

Planung und Durchführung der Schulbauprojekte durch die Schulbaugesellschaft nach Übertragung der Grundstücke auf die Gesellschaft mit anschließender Vermietung der Schulgebäude an die Stadt („Mietmodell“)

- **Grundsatz: kein unmittelbarer Zugang zu Kommunalkrediten**
- **Erfordernis eines Ratings**
 - **In der Regel höherer Zinssatz**
 - Insolvenzfähigkeit der Gesellschaft im Gegensatz zur Stadt Leverkusen
 - Grundsätzlich keine 100% Finanzierung
 - Keine langfristigen Zinsvereinbarungen
 - § 489 Abs. 1 BGB kann nicht abbedungen werden
 - Gefahr der Kündigung wird durch die Bank eingepreist
 - Ggf. Verbesserung durch Kommunalbürgschaften
 - Genehmigung der Kommunalaufsicht?
 - Beihilferechtliche Aspekte sind dann zu beachten
 - Zahlung einer Avalprovision an die Stadt Leverkusen
 - 100% Verbürgung des Darlehens möglich?
 - **Vollständige Angleichung an die Kommunalkreditkonditionen eher unwahrscheinlich**

Aspekte der Finanzierung

Ergebnis

Im Hinblick auf die Finanzierung bestehen u.E. **Vorteile bei der Stadt Leverkusen**, da diese sich zu unmittelbar zu Kommunalkreditkonditionen refinanzieren kann. Dies steht der Gesellschaft grundsätzlich nicht offen. Insoweit ist davon auszugehen, dass die Finanzierungskosten der Schulbaugesellschaft höher sein werden die der Stadt Leverkusen. Ob dies vollständig durch Kommunalbürgschaften, die dann beihilferechtliche Aspekte fragen aufwerfen und der Genehmigung der Kommunalaufsicht bedürften, angeglichen werden könnte, ist offen, aber eher unwahrscheinlich.

Auswirkungen auf den Haushalt/Jahresabschluss der Stadt Leverkusen

Haushalt/Jahresabschluss

Planung und Durchführung der Schulbauprojekte durch die Stadt Leverkusen in Eigenregie, z.B. durch die eigene Abteilung „Gebäudewirtschaft“

- **Ausgangslage:**

- Im Hinblick auf die Schulbausanierungen ist davon auszugehen, dass diese zu wesentlichen Verbesserungen der Schulgebäude (bspw. wesentliche Verlängerung der Nutzungsdauer der jeweiligen Schulgebäude in Gänze) führen.
- Dann handelt es sich um Herstellungskosten und nicht um Erhaltungsaufwand

- **Bilanz**

- Die Schulgebäude und -grundstücke gehören zum Anlagevermögen
- Die Vermögensgegenstände sind mit den Herstellungskosten zu aktivieren. Der Umfang der Herstellungskosten ergibt sich aus § 34 Abs. 3 und 4 KomHVO NRW. Zinsen für Fremdkapital während des Zeitraums der Herstellung gehören dazu.
- Die Kredite für die Schulbausanierung sind auf der Passivseite als Kredite für Investitionen auszuweisen
- Schlussendlich ergibt sich eine **Bilanzverlängerung**
- Annahmegemäß wird von der Werthaltigkeit der bisherigen Buchwerte für die Grundstücke und Gebäude auch unter Berücksichtigung der Sanierungsabsicht ausgegangen (Wertveränderungen würden hier zu einer Erhöhung des nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrages führen; vgl. § 44 Abs. 3 KomHVO NRW)

Haushalt/Jahresabschluss

Planung und Durchführung der Schulbauprojekte durch die Stadt Leverkusen in Eigenregie, z.B. durch die eigene Abteilung „Gebäudewirtschaft“

- **Ergebnisrechnung**

- Die Ergebnisrechnung wird durch die Investitionen erst nach Abnahme der Baumaßnahme betroffen.
- Nach Fertigstellung werden die Herstellungskosten über die gewöhnliche Nutzungsdauer abgeschrieben (aktuell 50 Jahre)

Haushalt/Jahresabschluss

Planung und Durchführung der Schulbauprojekte durch die Schulbaugesellschaft nach Übertragung der Grundstücke auf die Gesellschaft mit anschließender Vermietung der Schulgebäude an die Stadt („Mietmodell“)

- **Errichtung der Schulbaugesellschaft und Vermögensübertragung über die SWM**
- Bilanz
 - Die SWM wird unter den Finanzanlagen ausgewiesen
 - Die Einlage der Grundstücke und Gebäude in die SWM erhöht den Beteiligungsbuchwert
 - Es findet ein Aktivtausch statt
 - Annahmegemäß wird von der Werthaltigkeit der bisherigen Buchwerte für die Grundstücke und Gebäude auch unter Berücksichtigung der Sanierungsabsicht ausgegangen (Wertveränderungen würden hier zu einer Erhöhung des nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrages führen; vgl. § 44 Abs. 3 KomHVO NRW)
- Ergebnisrechnung
 - Auswirkungen auf die Ergebnisrechnung ergeben sich grundsätzlich nicht

Haushalt/Jahresabschluss

Planung und Durchführung der Schulbauprojekte durch die Schulbaugesellschaft nach Übertragung der Grundstücke auf die Gesellschaft mit anschließender Vermietung der Schulgebäude an die Stadt („Mietmodell“)

- **Sanierung der Schulgebäude mit anschließender Vermietung**
- Bilanz
 - Durch die Sanierungstätigkeit auf Ebene der Schulbaugesellschaft wird die Bilanz der Stadt Leverkusen grundsätzlich nicht betroffen (es sei denn es ergeben sich Finanzierungszuschüsse während der Bauphase etc.)
 - Die Maßnahmen wirken sich nicht auf das Vermögen der Stadt Leverkusen aus
- Ergebnisrechnung
 - Die Mietzahlungen an die Schulbaugesellschaft stellen ergebniswirksame Aufwendungen dar
 - Aufgrund des Umstandes, dass die Schulbaugesellschaft Kostenmieten veranschlagt ist in diesem Modell mit einem im Vergleich zur Eigensanierung erhöhten Aufwand für die Stadt im konsumtiven Bereich zu rechnen, bedingt durch
 - Gewinnaufschläge und
 - höhere Finanzierungskosten der Schulbaugesellschaft
 - In Abhängigkeit der Abschreibungsdauern bzw. der Laufzeiten der Mietverträge kann es auch zu einer schnelleren Realisierung des Aufwands in der Ergebnisrechnung der Stadt kommen (Voll-Amortisation in weniger als 50 Jahren)

Haushalt/Jahresabschluss

Ergebnis

- **Eigenregie**

- Die Sanierung in Eigenregie infolge des Herstellungsprozesses führt zu einer Bilanzverlängerung (Zuwachs beim Anlagevermögen einerseits und Erhöhung der Kredite aus Investitionen).
- Ergebniswirksame Belastungen ergeben sich infolge der Abschreibungen erst nach Fertigstellung über die gewöhnlichen Nutzungszeit (aktuell 50 Jahre).

- **Sanierung über die Schulbaugesellschaft**

- Bei der Gründung und Vermögensübertragung auf die SWM ist von einem Aktivtausch auszugehen (Abgang Grundstücke und Gebäude, Zugang bei den Finanzanlagen). Eine ergebniswirksame Auswirkung ergibt sich dann nicht.
- Die Sanierung der Schulen berührt die Vermögenslage der Stadt nicht (es findet im Vermögen der Schulbaugesellschaft statt. Ergebniswirksam werden aber die Mieten).
- Infolge des Umstandes, dass bei der Gesellschaft **von höheren Aufwendungen** (Gewinnaufschlag und hohe Finanzierungskosten) auszugehen ist, ist hier mit einem höheren Gesamtaufwand für die Stadt Leverkusen zu rechnen. Ggf. muss auch damit gerechnet werden, dass der gesamte Aufwand in einem kürzeren Zeitraum als 50 Jahre realisiert wird.

Die Sanierung durch die Schulbaugesellschaft wird den Haushalt der Stadt damit voraussichtlich mehr belasten

Drittförderung

- Das Umsetzungsmodell sieht den Eigentumsübergang an den zu sanierenden Grundstücken/Gebäuden vor
- Schulsanierungen werden aktuell und voraussichtlich auch zukünftig auf verschiedene Weise gefördert
- Unterschiede zwischen der Eigensanierung durch die Stadt und die Sanierung durch die Schulbaugesellschaft können sich ergeben, soweit Fördermaßnahmen in der Zukunft an das Eigentum an den Schulen anknüpfen

Zusammenfassung

- Die **Haushaltsicherung** im Sinne von § 76 GO NRW steht aus unserer Sicht, soweit die Sanierungsmaßnahmen nachweisbar erforderlich sind, um dem Auftrag der Stadt als Schulträger nachzukommen, weder im Fall der Eigensanierung noch der Verlagerung der Sanierung auf die Schulbaugesellschaft entgegen
- Beschleunigungseffekte
 - Beschleunigungseffekte aus der Übertragung der Schulbausanierung auf die Schulbaugesellschaft sehen wir in der Gesamtschau nicht
 - Maßgeblich dafür ist, dass sich vergaberechtliche Vorteile der Gesellschaft in den hier zu betrachtenden Projekten nicht zeigen

Zusammenfassung

- Finanzwirtschaftliche Aspekte
 - Die **Eigensanierung** führt bilanziell zu einer Bilanzverlängerung. Die wesentliche **Aufwandswirksamkeit** im Vergleich zum Status Quo stellt sich nach Abschluss der Sanierung **über die Abschreibungen** ein. Diese Aufwendungen sind als investive Aufwendungen zu qualifizieren. **Die Aufwendungen** können aufgrund der langen möglichen Nutzungsdauern auch **über längere Zeiträume verteilt werden (50 Jahre und mehr)**
 - Bei der Schulbausanierung durch die Schulbaugesellschaft wird die Bilanz der Stadt Leverkusen durch die notwendige Finanzierung grundsätzlich nicht angesprochen. **Aufwandswirksam** werden **die Kostenmieten**. Diese erhöhen die **konsumtiven Aufwendungen** in der städtischen Ergebnisrechnung
 - In der Gesamtschau ist davon auszugehen, dass die **Aufwendungen** aus der Schulbausanierung, bei einer solchen durch die **Schulbaugesellschaft**, den **die Stadt stärker belasten werden**. Dies liegt an zu erwartenden höheren Kosten der Schulbaugesellschaft (**Gewinnaufschlag, Ertragsteuerbelastung** der Gewinne und voraussichtlich **höhere Finanzierungskosten**). Dem stehen **keine umsatzsteuerrechtlichen Vorteile der Gesellschaft** gegenüber. Schließlich ist auch mit einer schnelleren Realisierung des Aufwands bei der Stadt zu rechnen, da die Mietverträge kürzere Laufzeiten haben werden, als die ansonsten bei der Stadt angesetzten Nutzungsdauern

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Markus Esch

Rechtsanwalt
Wirtschaftsprüfer
Steuerberater

Geschäftsführer



Dr. Heilmaier & Kollegen
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Campus Fichtenhain 57 a
D-47807 Krefeld

Telefon: +49 (0) 2151 65 80 8-0
Telefax: +49 (0) 2151 65 80 8-18

E-Mail: markus.esch@heilmaier-collegen.de