



Rechtsformenwahl und rechtliche Herausforderungen bei einer interkommunalen Zusammenarbeit

Fachtagung zur interkommunalen Zusammenarbeit im Bereich des Bauhofs am 11.09.2013 in
Neu-Isenburg

Referent: RA Martin Adams, Mag. rer. publ.



_Rechtsformen der IKZ

**_Methodik und Kriterien einer
Rechtsformwahl**

_IKZ und Vergaberecht

_IKZ und Beihilferecht

_Weitere Einzelfragen der IKZ

Öffentlich-rechtlich

- Zweckverband
- Öffentlich-rechtliche Vereinbarung (ÖRV)
- Kommunalunternehmen als Anstalt öffentlichen Rechts (Mehrträger-AöR)

Privat-rechtlich

- Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), Aktiengesellschaft (AG)
- Verein, Stiftung
- Genossenschaft

PPP-Modelle

- GmbH mit privater Beteiligung
- AöR mit (stiller) privater Beteiligung

Turnhallenurteil !

Öffentlich-rechtliche Rechtsform

- Steuerliche Privilegierung – insbes. keine Umsatzsteuerpflicht
- Hoheitliches Handeln möglich (Aufgabenübertragung, Satzungserlass, Gebührenerlass, Vollstreckung)
- Dienstherrenfähigkeit = Beschäftigung von Beamten möglich

Privat-rechtliche Rechtsform

- Keine steuerliche Privilegierung – dafür Vorsteuerabzug
- Hoheitliches Handeln nicht möglich (Keine Gebühren und keine Vollstreckung)
- Entgelte müssen im Zweifelsfall bei Zivilgerichten eingeklagt werden

Rechtsformenwahl und rechtliche Herausforderungen bei einer IKZ

teamiur



_Methodik und Kriterien einer Rechtsformwahl

_teamwerk^{AG}

Ausgangslage und Zielkonflikt bei der Rechtsformwahl

teamiur

Ausgangslage

- Suche nach Rechtsform für IKZ oder Unzufriedenheit mit status quo
- Mögliche Gründe:
 - Überkommene Strukturen
 - Veränderte Anforderungen
 - Neue Aufgaben
- Multikausalität des Entscheidungsprozesses
- Dadurch bedingte Komplexität
- Notwendige Einbindung politischer Gremien

Zielkonflikt

- Ziele des Unternehmens:
Veselbständigung und unternehmerische Freiheit



- Ziel der Politik:
Einflussnahme/Kontrolle durch die öffentliche Hand auf das Unternehmen



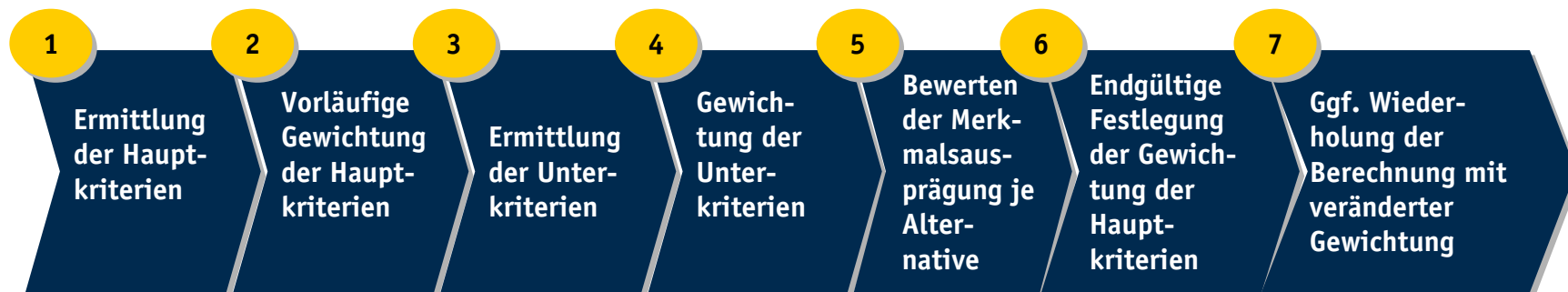
Balance zwischen diesen Zielen durch Flexibilisierung der Rechtsform

teamwerk^{AG}

Methodik eines Rechtsformvergleichs – Das Scoringmodell -1-

teamiur

- Scoringmodell = Nutzwertanalyse zur Alternativenbewertung und Bewertung von nicht in Geldeinheiten messbaren Kriterien
- Seit den 1970-er Jahren in Wissenschaft und Praxis bewährte Methode zur systematischen Entscheidungsvorbereitung
- Einsatz u. a. im Rahmen etablierter Ratingverfahren und in der Landesplanung und Raumforschung
- Erwähnung in VV zu § 7 BHO als Methode der Wirtschaftlichkeitsanalyse
- Berücksichtigung von multidimensionalen Zielsystemen und spezifischen Zielpräferenzen



_teamwerk^{AG}

Methodik eines Rechtsformvergleichs – Das Scoringmodell -2-

teamiur

Vorauswahl

- GmbH & Co. KG zu kompliziert
- Personengesellschaften kommen im Übrigen nicht in Frage
- AG in aller Regel zu wenig beeinflussbar
- Stiftungen etc. subsidiär
- Verbleiben:
 - Eigenbetrieb
 - GmbH
 - AöR

Bildung von Untersuchungskriterien

- 1 Unternehmensorganisatorische Aspekte
- 2 Errichtung und Kosten der Rechtsform
- 3 Steuerungsmöglichkeit d. öff. Hand
- 4 Unternehmensfinanzierung
- 5 Geltung Vergaberecht
- 6 Steuerliche Aspekt
- 7 Kooperationsmöglichkeiten
- 8 Rechnungs- und Prüfungswesen
- 9 Aufsicht

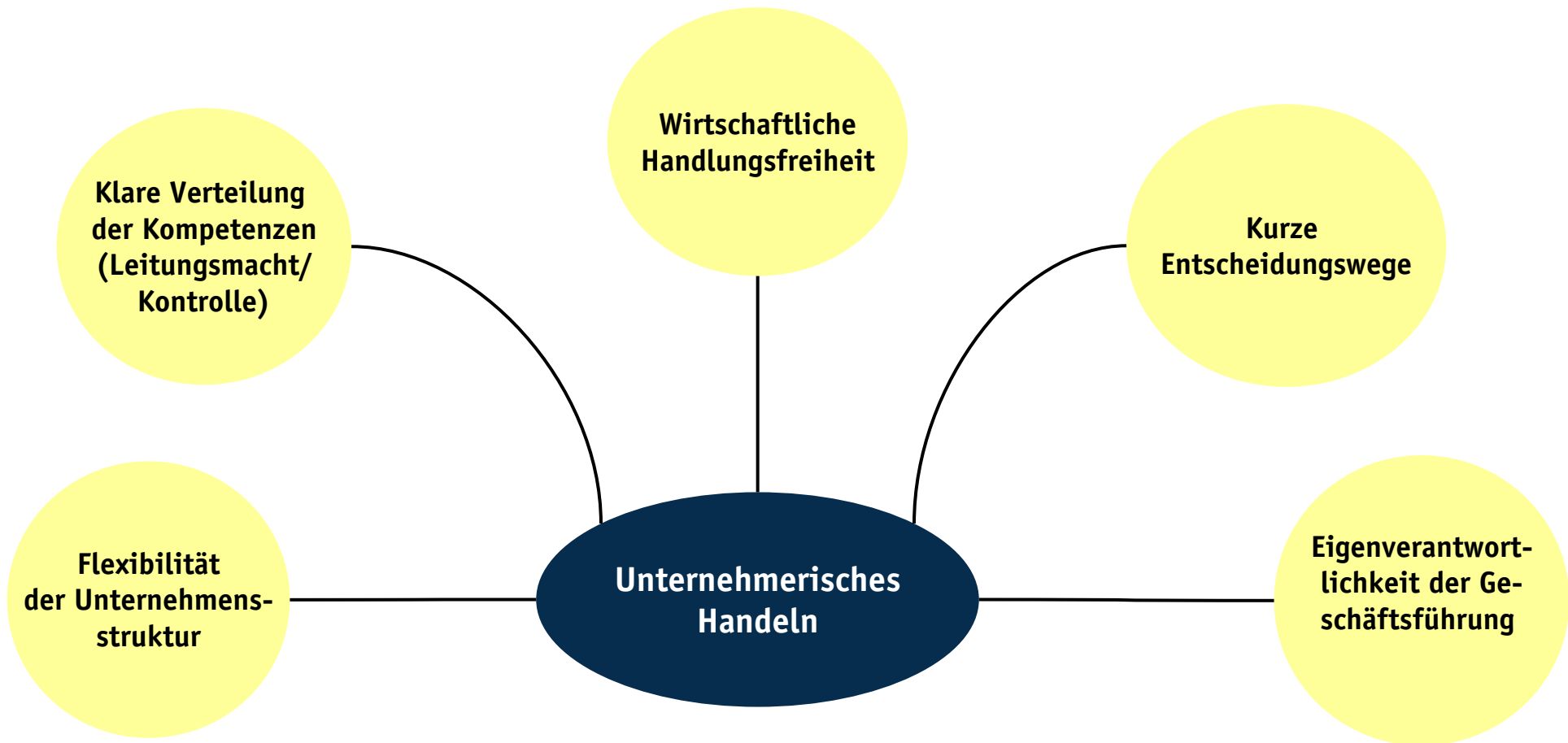
_teamwerk^{AG}

Beispiel einer Nutzwertanalyse

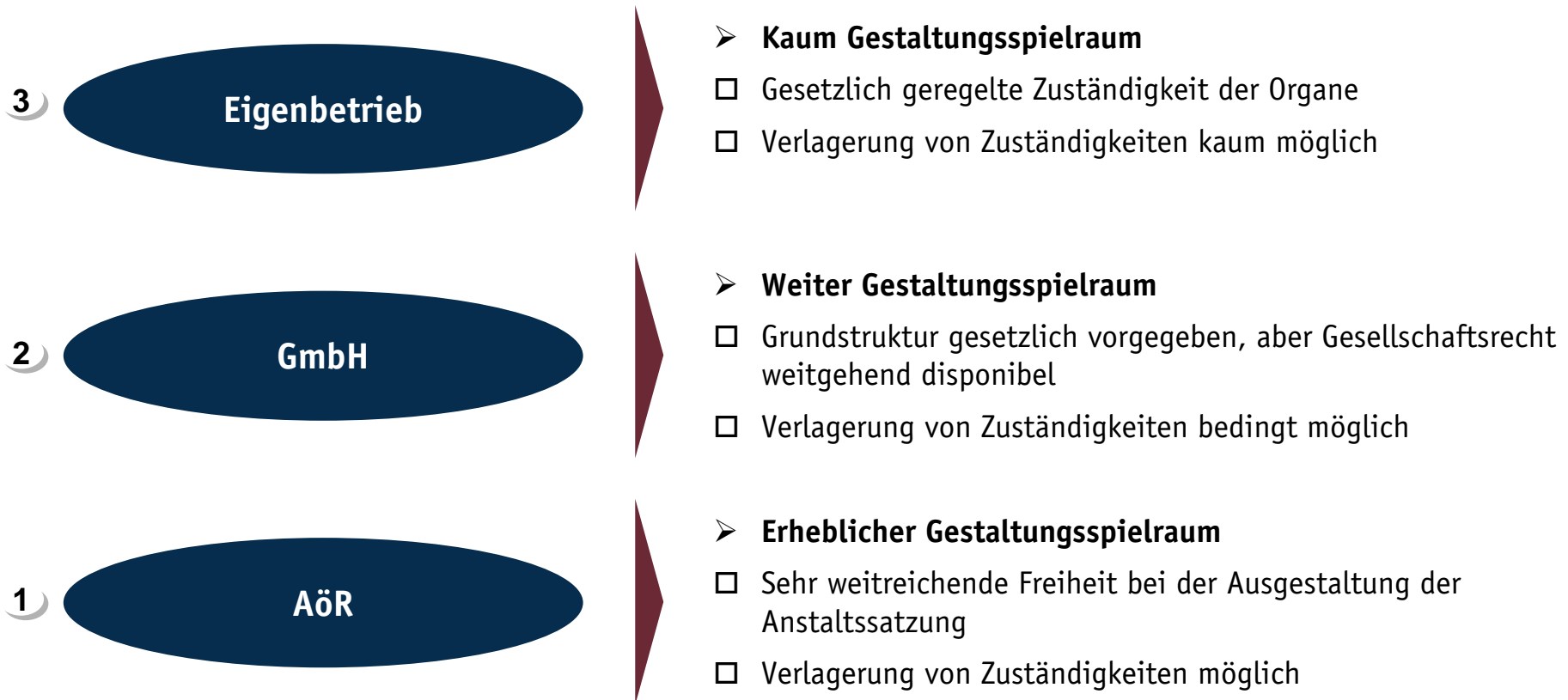
Kriterium	Gew. in %	Merkmalsausprägungen		Nutzenwerte	
		GmbH	AöR	GmbH	AöR
1. Grad der operativen Eigenverantwortung der Prozessverantwortlichen	10				
• Flexibilität der internen Unternehmensorganisation	0	6	6		
Gewichtung 0, da nicht entscheidungsrelevant					
• Flexibilität des Unternehmenshandelns	10	6	8	60	80
• Steuerungs- und Kontrollmöglichkeit durch die Träger	0	6	6		
Gewichtung 0, da nicht entscheidungsrelevant					
2. Offenheit für neue Gesellschafter	5				
• Beteiligung Privater	5	6	0	30	0
• Beteiligung von Kommunen	0	6	6		
Gewichtung 0, da nicht entscheidungsrelevant					
3. Haftungsbegrenzung	10	2	0	20	0
4. Kosten des neuen Rechsträgers	5				
• Gründungsaufwand	1	2	6	2	6
• Rechnungswesen/Prüfungswesen/Aufsicht	0	6	6		
Gewichtung 0, da nicht entscheidungsrelevant					
• Publizitätsaufwand	3	2	6	6	18
• Sonstige Kosten	1	2	6	2	6
5. Kostengünstiger Zugang zu kommunalen Versicherungsgesellschaften	0	6	6		
Gewichtung 0, da nicht entscheidungsrelevant					
6. Verwaltungstechnisch einfache Realisierung der Personalgestellung	0	2	2		
Gewichtung 0, da nicht entscheidungsrelevant					
7. Steuern	40				
• Körperschaftsteuer	0	2	2		
Gewichtung 0, da nicht entscheidungsrelevant					
• Umsatzsteuer	30	6	2	180	60
• Weitere Steuerarten	10	2	6	20	60
8. Kooperationsfähigkeit mit anderen Rechtssubjekten	5				
• Vergaberecht	5	2	6	10	30
• Schnittstellenbildung	0	2	2		
Gewichtung 0, da nicht entscheidungsrelevant					
9. Einschränkungen hinsichtlich der Förderwürdigkeit	0	6	6		
Gewichtung 0, da nicht entscheidungsrelevant					
10. Zugang zu kostengünstigen Kommunalkrediten	25	2	8	50	200
Summe der Gewichtungsfaktoren	100			380	460
		Skalierung:		Entscheidungsregel:	
		sehr gut = 8		Rechtsform mit maximalem Nutzenwert ist zu bevorzugen.	
		gut = 6			
		ausreichend = 2			
		mangelhaft = 0			

Unternehmensorganisatorische Aspekte

teamiur

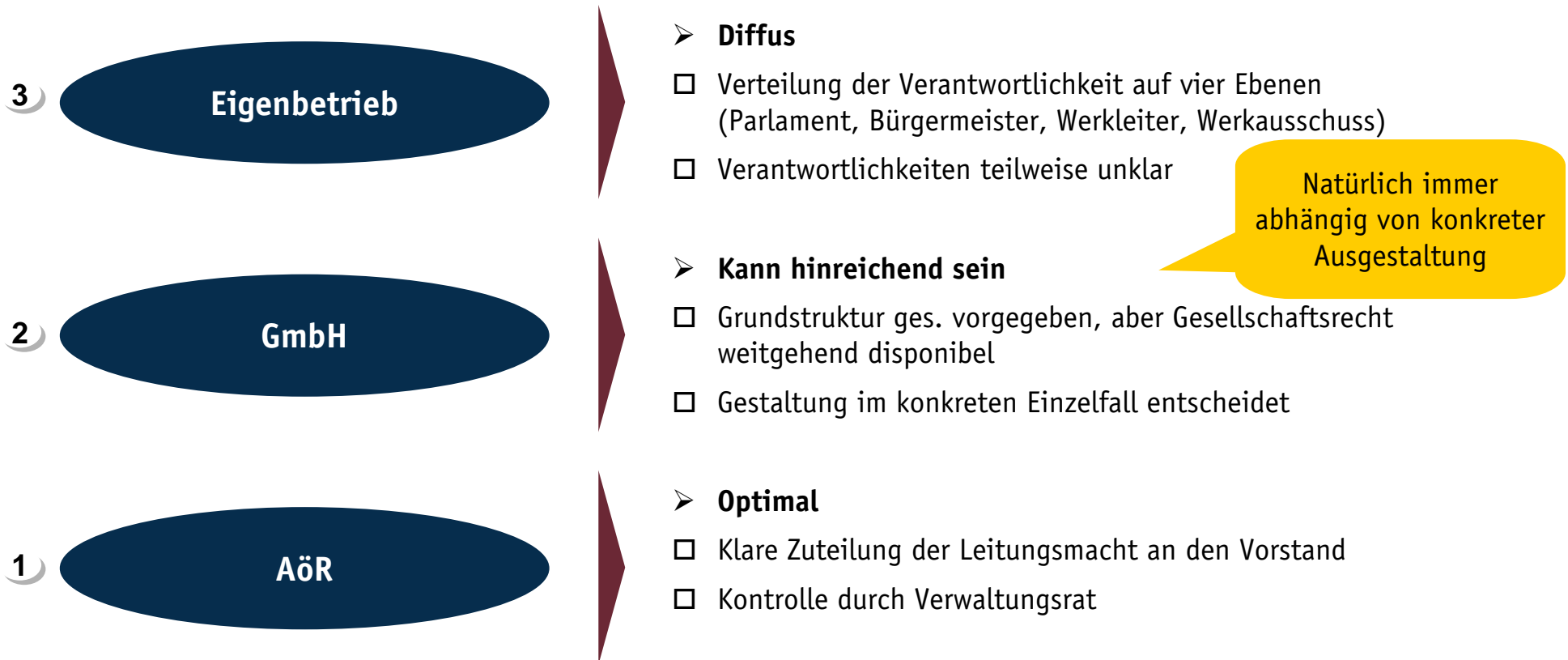


teamwerk^{AG}



➔ **Flexibilität der Rechtsform AöR ermöglicht die optimale Ausrichtung auf deren Aufgaben**

Klare Kompetenzverteilung



➔ Die eindeutigen Kompetenzzuweisungen bei der AöR sind Garant für wirtschaftliches Handeln

Steuerungsmöglichkeiten der öffentlichen Hand

teamiur

1

Eigenbetrieb

➤ **Maximal**

- Parlament und Werkausschuss treffen wesentliche Entscheidungen
- Werkleitung führt nur die laufenden Geschäfte

2

GmbH

➤ **Minimal**

- Rechtl. eigentlich gut, da Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung
- Faktisch eher gering, da Vertreter sich vom Parlament abkoppeln

1

AöR

➤ **Ausgewogen**

- Steuerung durch Satzungsgestaltung graduierbar
- Staatsaufsicht bleibt erhalten



Die AöR stellt eine ideale Mischform aus GmbH und Eigenbetrieb und AG-Verfassung dar

teamwerk^{AG}

Rechtsformenwahl und rechtliche Herausforderungen bei einer IKZ

teamiur



_IKZ und Vergaberecht

_teamwerk^{AG}

Die Rechtsquellen - Das Kaskadenprinzip



Die zentralen Vorschriften des Vergaberechts

§ 97 Abs. 1 GWB

„Öffentliche Auftraggeber beschaffen Waren, Bau- und Dienstleistungen nach Maßgabe der folgenden Vorschriften im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren.“

**Wettbewerbs-
grundsatz**

**Gleichbehand-
lungsgrund-
satz**

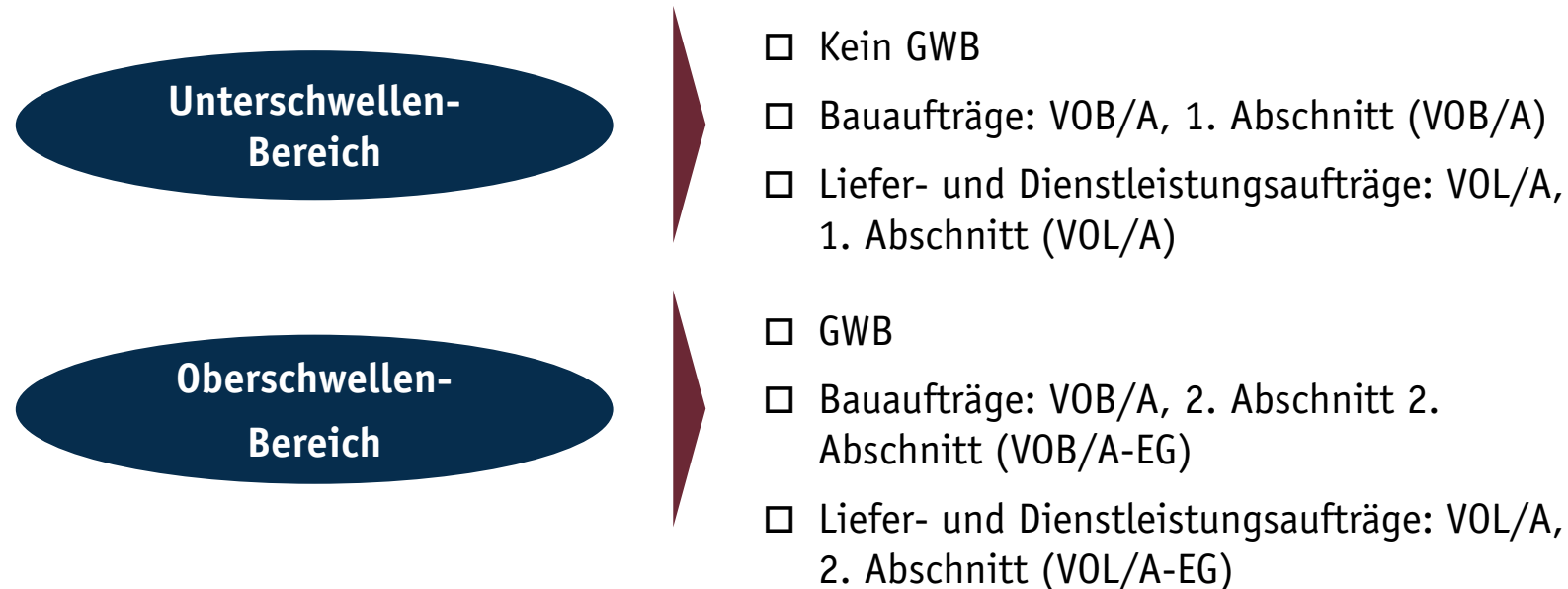
§ 99 Abs. 1 GWB

„Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, ...“

- ❓ Wer ist öffentlicher Auftraggeber
- ❓ Was sind entgeltliche Verträge

Die Zweiteilung des Vergaberechts

teamiur



- Damit gilt etwa im Unterschwellenbereich keine Vorabinformationspflicht (§ 101a GWB) der unterlegenen Bieter vor Zuschlagserteilung, sofern nicht landesgesetzlich oder per Verwaltungsvorschrift vorgesehen!

_teamwerk^{AG}

Der Begriff „öffentlicher Auftraggeber“

teamiur

Definition in § 98 Nr. 1 bis 6 GWB

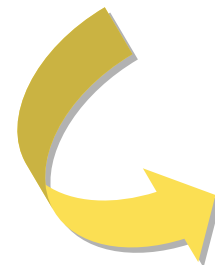
- Nr. 1: Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen (Bund, Land, Kreise, Städte)
- Nr. 2: Andere juristische Personen des öffentl. oder privaten Rechts, wenn Gründung zu besonderem Zweck der Erfüllung von Aufgaben im Allgemeininteresse (Eigenbetriebe, Städtische Kliniken, ...)
- Nr. 3: Verbände, deren Mitglieder unter Nr. 1 oder 2 fallen (Zweckverbände)
- Nr. 4: Sektorenauftraggeber (Trinkwasser, Energieversorgung, Verkehr)
- Nr. 5: Fördermittelempfänger , wenn zu mind. 50 % öffentlich gefördert für Tiefbaumaßnahmen, Errichtung von Krankenhäuser, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, usw.
- Nr. 6: Juristische Personen, die mit Stellen nach Nr. 1 bis 3 eine Baukonzession abgeschlossen haben

teamwerk^{AG}

Der Begriff „öffentliche Aufträge“



§ 99 Abs. 1 GWB: „...sind entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen...“.



Entgeltlichkeit

- Ausreichend ist ein irgendwie gearteter geldwerter Vorteil
- Auch eine „Kostenerstattung“ ist ein Entgelt

Beschaffungscharakter

- Es muss eine Leistung bezogen werden
- Grds. sind daher Veräußerungsverträge, Vermietungs- und Verpachtverträge vergaberechtsfrei möglich

Die vergaberechtsfreien Inhouse-Vergaben in der Rechtsprechung des EuGH

teamiur

- „Teckal“-Entscheidung v. 01.11.1999:

- Vergaberechtsfreies Inhouse-Geschäft nur, wenn:
 - die beauftragende Gebietskörperschaft über die fragliche Rechtsperson eine Kontrolle ausübt wie über eine eigene Dienststelle („**Kontrollkriterium**“) und

 - die andere Person im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft tätig wird, die sie kontrolliert („**Wesentlichkeitskriterium**“).

teamwerk^{AG}

Das Kontrollkriterium in der Entwicklung

teamiur

- „Stadt Halle“-Entscheidung: v. 11.01.2005:
Kontrollkriterium (-), wenn private Beteiligung (1 %) am Auftragnehmer besteht.
- „Mödling“-Entscheidung v. 10.11.2005:
Spätere Beteiligung privaten Kapitals muss u. U. im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe gesehen werden. Dann schädlich, wenn enger zeitlicher Zusammenhang gegeben ist.
- „Coditel Brabant“-Entscheidung v. 13.11.2008 :
Gemeinsame Kontrolle mehrerer öffentlicher Auftraggeber reicht, ohne dass es auf die Anteilsverhältnisse ankommt. Es müssen aber besondere Stimmrechte oder Kontrollbefugnisse bestehen (zweifelhaft bei Holding-Konstruktionen).

teamwerk^{AG}

Das Wesentlichkeitskriterium in der Entwicklung

teamiur

- „Carbotermo“-Entscheidung v. 11.05.2006 :
Nur ganz nebensächliche Tätigkeiten für Dritte sind unerheblich.
Dabei ist der Umsatz für alle Tätigkeiten des Auftragnehmers zu berücksichtigen.
- „Asemfo“-Entscheidung v. 19.04.2007 :
Ein Anteil von 90 % stellt eine wesentliche Tätigkeit für den öffentlichen Auftraggeber dar.
- „Coditel Brabant“-Entscheidung v. 13.11.2008 :
Bei gemeinsamer Kontrolle genügt wesentliche Tätigkeit gegenüber allen öffentlichen Auftraggebern. Die konkreten Anteilsverhältnisse spielen dabei keine Rolle.

teamwerk^{AG}

Mandatierung und Delegation als vergaberechtsfreie kommunale Kooperationsformen?

teamiur

➤ **Mandatierende Vereinbarungen:**

Aufgabenerfüllung wird übertragen; die Aufgabenerfüllungspflicht hingegen nicht. (Bsp.: Nachbarkommune wird mit Abfallentsorgung beauftragt, ÖRE-Eigenschaft verbleibt aber.)

➤ **Delegierende Vereinbarungen:**

Aufgabenerfüllungspflicht selbst wird übertragen; nicht nur die Erfüllung der Aufgabe (Bsp.: Nachbarkommune überträgt ÖRE-Eigenschaft im Wege der Pflichtendelegation.)

teamwerk^{AG}

➤ **Einheitliche Rechtsprechung zur bloßen Mandatierung:**

OLG Düsseldorf v. 05.04.2004 u. OLG Frankfurt v. 07.09.2004:

Reine Aufgabenübertragung (Mandatierende Zweckvereinbarung) ist ausschreibungspflichtig.

➤ **Uneinheitliche Rechtsprechung zur Delegation:**

➤ OLG Naumburg v. 03.11.2005:

Auch Fälle der Delegation sind ausschreibungspflichtig.

➤ OLG Düsseldorf v. 21.06.2006:

Keine Ausschreibungspflicht bei vollständiger Zuständigkeitsübertragung (Zweckverband). Dies sei ein reiner Akt der Verwaltungsorganisation (Aufgabenverlagerung innerhalb der öffentlichen Hand). Auch bei Delegation möglich.

„Stadtreinigung Hamburg“-Entscheidung des EuGH v. 09.06.2009 -1-

teamiur

- **Sachverhalt:** Abschluss eines Entsorgungsvertrages (Mandatierende Vereinbarung) zwischen der Stadtreinigung Hamburg und vier umliegenden Landkreisen:
 - Stadtreinigung Hamburg stellt den Landkreisen Verbrennungskapazitäten zu gleichen Konditionen zur Verfügung.
 - Die Landkreise lagern Verbrennungsreste aus dem Betrieb der MVA auf ihren Deponien ab.
 - Vertrag beinhaltet wechselseitige Kooperations- und Beistandspflichten der Beteiligten.

- **Auffassung der EU-Kommission und des Generalanwalts:**

Entsorgungsvertrag hätte entweder

- ausgeschrieben werden müssen, oder
- Kooperation hätte über einen gemeinsamen Rechtsträger institutionalisiert werden müssen.

_teamwerk^{AG}

➤ Die Kehrtwende des EuGH:

- Aufgabe des Kontrollkriteriums
- EU-Recht beinhaltet keinen Typenzwang für Kooperationsformen
- Notwendig ist aber eine gemeinsame Aufgabenerfüllung als Ausdruck der Kooperation (hier: Abfallentsorgung als öffentliche Aufgabe)
- Wertende Einzelfallbetrachtung, ob zulässige „echte“ Kooperation oder Umgehung des Vergaberechts

„Stadt Düren“-Entscheidung des EuGH v. 13.06.2013 (C 386/11)

teamiur

- **Eine delegierende Aufgabenübertragung unterfällt dem Vergaberecht, wenn**
 - es bei der Zusammenarbeit nicht um die Wahrnehmung einer gemeinsamen Gemeinwohlaufgabe geht,
 - eine finanzielle Entschädigung in Form einer Kostenerstattung gezahlt wird,
 - die übertragende Einrichtung sich die Befugnis vorbehält, die ordnungsgemäße Erfüllung der übertragenen Aufgabe zu kontrollieren und
 - die Einrichtung, der die Aufgabe übertragen wird, sich zur Erfüllung der ihr übertragenen Aufgabe Dritter bedienen darf, die unter Umständen in der Lage sind, zur Durchführung dieser Aufgabe auf dem Markt tätig zu werden.

teamwerk^{AG}

- **Private Beteiligungen nach wie vor schädlich**
- **Einseitige Dienstleistungserbringung gegen Entgelt wohl nach wie vor ausschreibungspflichtig, da keine „echte“ Kooperation**
- **Gemeinsame Wahrnehmung einer allen Beteiligten obliegenden öffentlichen Aufgabe notwendig**
- **Intensität und Dauer der Kooperation ähnlich wie bei einem gemeinsamem Rechtsträger**
- **Rechtsform der Kooperation dabei nicht mehr maßgeblich**

Rechtsformenwahl und rechtliche Herausforderungen bei einer IKZ

teamiur



_IKZ und Beihilferecht

_teamwerk^{AG}

- AöR ist hinsichtlich Finanzierung überlegen!

Art. 107 Abs. 1 AEUV

- Beihilfe immer dann, wenn einem bestimmen Unternehmen oder Produktionszweig durch den Staat oder aus staatlichen Mitteln ein Vorteil gewährt wird und dadurch der Wettbewerb verfälscht und der Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigt wird.

Bürgschafts-Mitteilung

- EU-Kommission (2008/C 155/02):
„Als Beihilfe in Form einer Garantie wertet die Kommission auch die günstigeren Finanzierungsbedingungen für Unternehmen, deren Rechtsform einen Konkurs oder andere Insolvenzverfahren ausschließt oder dem Unternehmen eine ausdrückliche staatliche Garantie oder Verlustübernahme durch den Staat verschafft.“

➔ Lösung ggf. über Betrauungskonstrukt („DAWI“)

Rechtsformenwahl und rechtliche Herausforderungen bei einer IKZ

teamiur

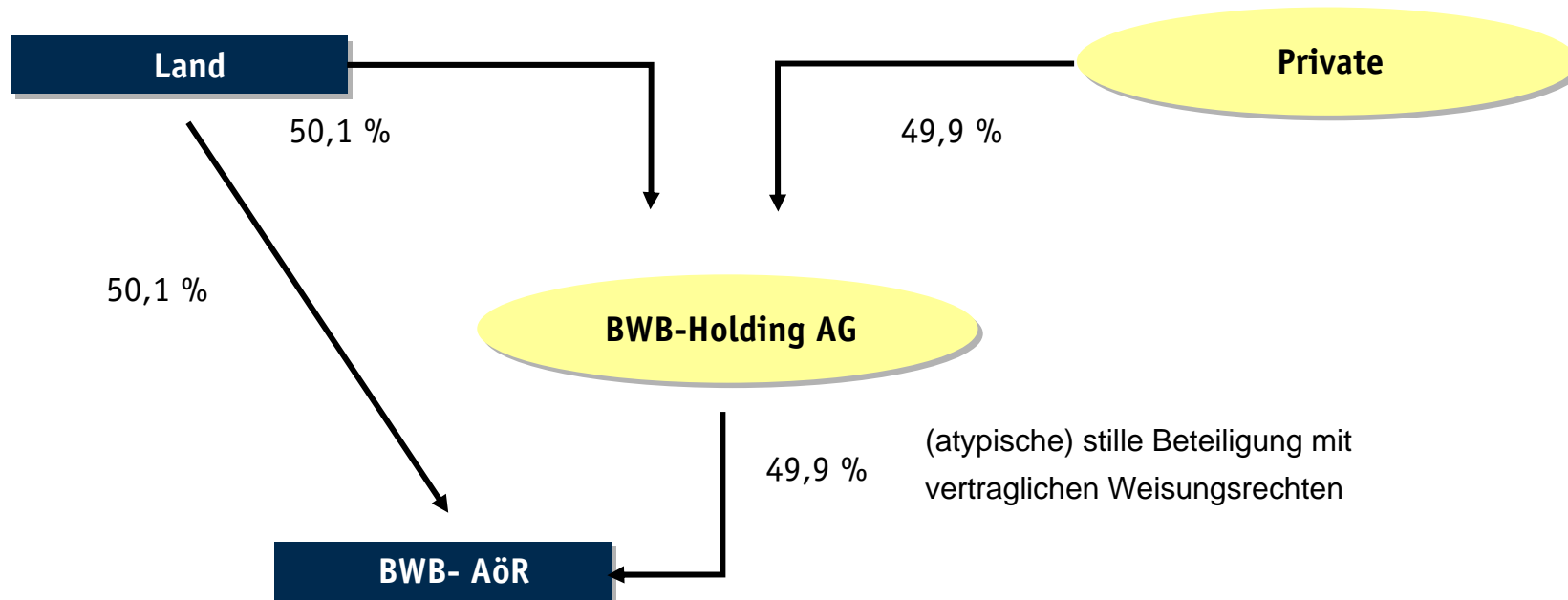


_Weitere Einzelfragen der IKZ

_teamwerk^{AG}

Beteiligung Privater an der AöR

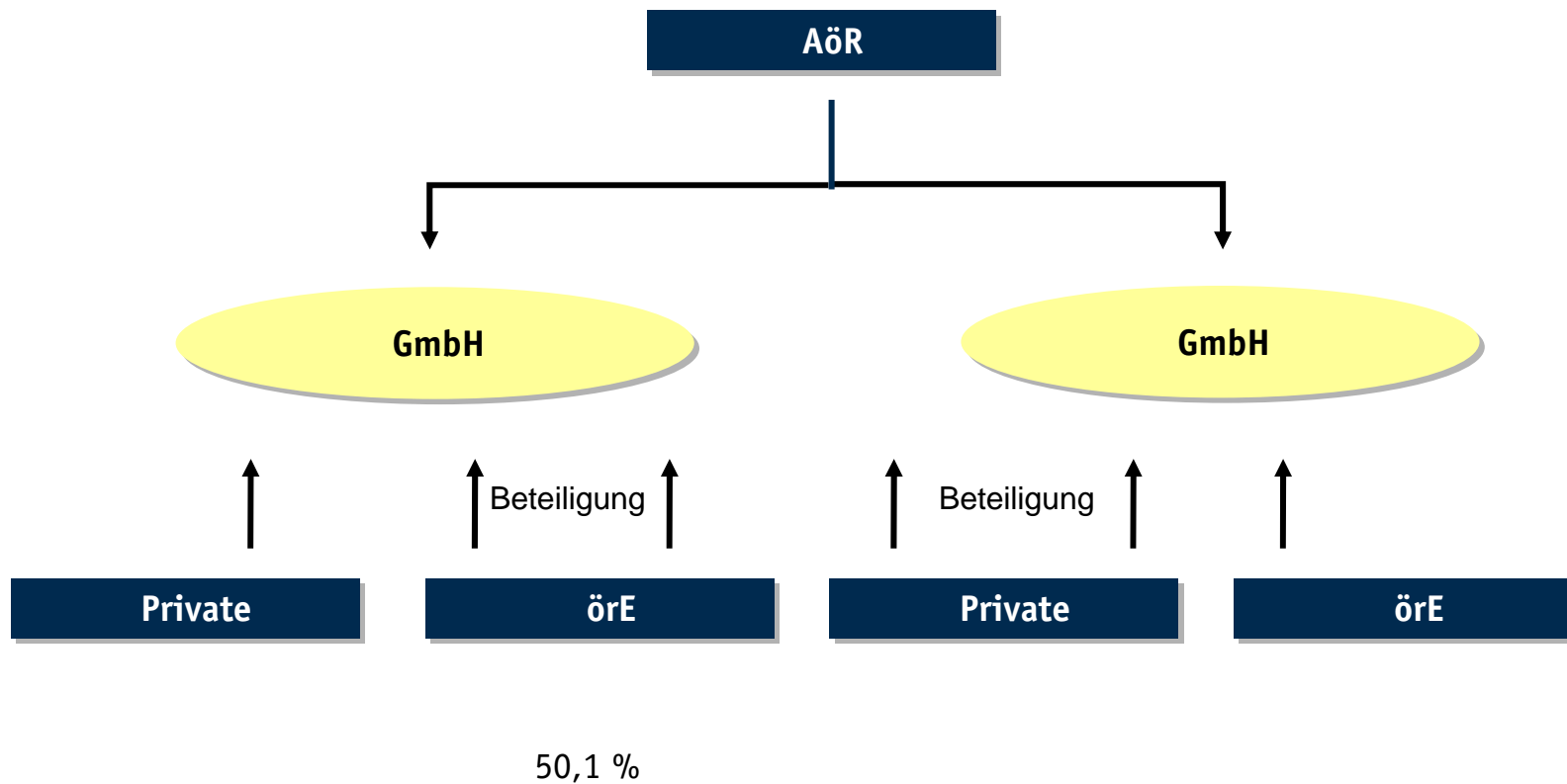
- Gesellschaftsrechtliche Beteiligung nicht möglich, aber typische stille Beteiligung



- Konstrukt entspricht den Berliner Wasserbetrieben – inzwischen nicht mehr praktiziert

Beteiligung Privater an der AöR

➤ Holding-Modell



Vorteile der AöR als Form der IKZ

teamiur

- ➔ **Die AöR ist eine ideale Mischform aus GmbH und Eigenbetrieb und „schlank“ organisiert**

- ➔ **Flexible Organisationsstruktur, dadurch:**
 - Optimale Ausrichtung auf die zu erfüllende Aufgabe
 - Klare Kompetenzverteilung innerhalb der Anstalt
 - Eindeutige Trennung Verantwortung – Kontrolle

- ➔ **Optimale (aufgabenorientierte) Balance zwischen erforderlicher unternehmerischer Freiheit und notwendiger Einflussnahme der öffentlichen Hand**

teamwerk^{AG}

Betriebsübergang, § 613a BGB?

teamiur

§ 613a BGB

- Definition: Ja, wenn ein Erwerber auf Basis einer Vereinbarung eine betriebsorganisatorische Einheit von einem Veräußerer übernimmt und diese in identitätswahrender Art und Weise fortführt
- Dies ist eine Frage des Einzelfalls

Personalüberleitungsvertrag

- Anwendung § 613a (analog)
- Besitzstandswahrung
- Kündigungsschutz
- Tariffragen
- Dienstanweisungen, Dienstvereinbarungen

teamwerk^{AG}

§ 613a sieht Widerspruchsmöglichkeit für Mitarbeiter innerhalb von 4 Wochen nach Information über Betriebsübergang vor!

Bei Einverständnis des AN

- Alter Arbeitsvertrag sollte ergänzt werden um Inhalt der Personalüberleitungsvereinbarung
- Ergänzung der Arbeitsverträge mit den Personalräten abstimmen
- Schriftformerfordernis (§ 623 BGB)

Bei Widerspruch des AN

- Betriebsbedingte Kündigung, da Aufgabe ja weggefallen?
- Pflicht zur Gestellung des betreffenden AN als milderer Mittel zur Kündigung
- Dann Gefahr der Zwei-Klassen-Gesellschaft

➔ Ziel muss es sein, die Belegschaft abzuholen, damit keine Widersprüche erfolgen!

Sonderproblem: Gebührenerhebung durch AöR in Hessen

teamiur

§ 10 Abs. 1 HessKAG

- ❑ „(1) Die Gemeinden und Landkreise können als Gegenleistung für die Inanspruchnahme ihrer öffentlichen Einrichtungen Benutzungsgebühren erheben. Die Gebührensätze sind in der Regel so zu bemessen, dass die Kosten der Einrichtung gedeckt werden. Das Gebührenaufkommen soll die Kosten der Einrichtung nicht übersteigen. § 121 Abs. 8 der hessischen Gemeindeordnung bleibt unberührt.“
- ❑ Keine Sonderregelung im KGG wie für Zweckverbände

Rechtsfolge

- ❑ AöR kann in Hessen keine Gebühren erheben!
- ❑ Lösung: Kostenerstattung an AöR und Gebührenerhebung durch Gewährträger
- ❑ Arg.: AöR ist (gemeinsame) Einrichtung des jeweiligen Gewährträgers
- ❑ Einrichtung = durch Widmung einem bestimmten Kreis der Öffentlichkeit zur Benutzung zur Verfügung gestellt

_Vielen Dank für die Aufmerksamkeit!

teamiur



RA Martin Adams, Mag. rer. publ.

teamwerk^{AG}

Willy-Brandt-Platz 6, 68161 Mannheim

Tel: 0621 / 59 59 59 - 00

Fax: 0621 / 59 59 59 - 99

www.teamwerk.ag

m.adams@teamwerk.ag

teamiur Rechtsanwälte

Willy-Brandt-Platz 6, 68161 Mannheim

Tel: 0621 / 178 223 -00

Fax: 0621 / 178 223 - 11

www.teamiur.de

adams@teamiur.de

teamwerk^{AG}