

Thomas Brüggemann

**Öffentlich-Private Partnerschaften (ÖPP)
im kommunalen Bereich**

Umfang und Einhaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen
am Beispiel der Stadt Paderborn

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Janbernd Oebbecke
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Bernd Holznagel, LL.M.
Dekan: Prof. Dr. Hans-Michael Wolfgang
Tag der mündlichen Prüfung: 27. April 2010

D 6

Berichte aus der Rechtswissenschaft

Thomas Brüggemann

**Öffentlich-Private Partnerschaften (ÖPP)
im kommunalen Bereich**

Umfang und Einhaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen
am Beispiel der Stadt Paderborn

D 6 (Diss. Universität Münster (Westfalen))

Shaker Verlag
Aachen 2010

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2010

Copyright Shaker Verlag 2010

Alle Rechte, auch das des auszugsweisen Nachdruckes, der auszugsweisen oder vollständigen Wiedergabe, der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen und der Übersetzung, vorbehalten.

Printed in Germany.

ISBN 978-3-8322-9007-8

ISSN 0945-098X

Shaker Verlag GmbH • Postfach 101818 • 52018 Aachen

Telefon: 02407 / 95 96 - 0 • Telefax: 02407 / 95 96 - 9

Internet: www.shaker.de • E-Mail: info@shaker.de

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Oktober 2009 als Inauguraldissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte bei der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster eingereicht.

Die Arbeit soll einen Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Bewertung Öffentlich-Privater Partnerschaften im kommunalen Bereich liefern, aber gleichzeitig auch den Praktikern in Kommunen und Verbänden als Orientierungshilfe dienen.

Besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Janbernd Oebbecke für die sehr effektive Betreuung der Arbeit und die zügige Erstellung des Erstgutachtens. Herrn Prof. Dr. Bernd Holznagel danke ich für die ebenfalls zügige Anfertigung des Zweitgutachtens.

Weiterer Dank gilt meinen seinerzeitigen Kolleginnen und Kollegen bei der Stadtverwaltung Paderborn, die durch die jederzeit bereitwillige Herausgabe der notwendigen Informationen die rechtliche Bewertung der behandelten Projekte erst in dieser Form möglich gemacht haben.

Thomas Brüggemann

Inhaltsübersicht

§ 1	Einleitung.....	1
A.	Zum Untersuchungsgegenstand im Allgemeinen	1
B.	Aufgabenstellung.....	2
C.	Gang der Untersuchung.....	2
D.	Die Stadt Paderborn - Oberzentrum in Ostwestfalen.....	3
§ 2	Begriffsbestimmungen	4
A.	Art und Herkunft der beteiligten Akteure.....	4
B.	Begriffsbestimmung und Gegenstandsbereiche der ÖPP.....	20
C.	Organisationsformen und Formalisierungsgrade von ÖPP	24
§ 3	Entwicklung von ÖPP in Nordrhein-Westfalen und im Bund und Maßnahmen zur Förderung derartiger Initiativen	30
§ 4	Bestehender rechtlicher Rahmen für die Realisierung von ÖPP	33
A.	Verfassungsrecht von Bund und Land.....	33
B.	Gemeindeordnung NW	38
C.	Abgaben- und Gebührenrecht	53
D.	Vergaberecht.....	54
E.	Steuerrecht.....	73
F.	Recht der öffentlichen Förderung unter besonderer Berücksichtigung des EG-Beihilferechts.....	82
G.	Regelungen in den Büchern des Sozialgesetzbuches	90
H.	Rechte der Beschäftigten und der Personalvertretung.....	93
§ 5	Vorzufindende Formen von ÖPP unter Beteiligung der Stadt Paderborn und ihre rechtliche Bewertung.....	99
A.	Beschreibung des methodischen Vorgehens	99
B.	Gesellschaftsrechtlich verankerte Partnerschaften.....	100
C.	Partnerschaften aufgrund einzelvertraglicher Vereinbarung	133
§ 6	Zusammenfassung der Ergebnisse	173
	Literaturverzeichnis	179

Inhaltsverzeichnis

§ 1	Einleitung	1
A.	Zum Untersuchungsgegenstand im Allgemeinen	1
B.	Aufgabenstellung	2
C.	Gang der Untersuchung	2
D.	Die Stadt Paderborn - Oberzentrum in Ostwestfalen	3
§ 2	Begriffsbestimmungen	4
A.	Art und Herkunft der beteiligten Akteure	4
I.	Mögliche Akteure auf Seiten der Kommune	5
1.	Kommunale Eigenbetriebe nach § 114 GO NW i.V.m. der EigVO NW	5
2.	Rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts nach § 114a GO NW	6
3.	Unternehmen und Einrichtungen des privaten Rechts mit kommunaler Beteiligung.....	7
a)	Gemischtwirtschaftliche Unternehmen	8
b)	Kommunale Eigengesellschaften	10
4.	Ergebnis	10
II.	Mögliche Akteure auf Seiten der Privaten	10
1.	Unternehmen und Einrichtungen des privaten Rechts mit kommunaler Beteiligung.....	11
a)	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH).....	12
aa)	Sperrminorität der öffentlichen Hand	13
bb)	Mehrheitsbeteiligung der öffentlichen Hand	13
cc)	Ergebnis	14
b)	Aktiengesellschaft (AG).....	14
2.	Organisationsformen ohne kommunale Beteiligung.....	16
a)	Kirchen und Wohlfahrtsverbände	16
aa)	Kirchen	17
bb)	Wohlfahrtsverbände	17
b)	Industrie- und Handelskammern und Handwerkskammern	18
c)	Rechtsfähige Stiftungen des privaten Rechts	18
d)	Private, die überwiegend öffentliche Mittel einsetzen	18
e)	Bürger-, Stadtteil-, Nachbarschafts- und andere gemischte Initiativen.....	19
3.	Ergebnis	20

B.	Begriffsbestimmung und Gegenstandsbereiche der ÖPP	20
I.	Versuch einer Definition des Begriffs ÖPP	20
II.	Mögliche Gegenstandsbereiche von ÖPP	23
C.	Organisationsformen und Formalisierungsgrade von ÖPP	24
I.	Gesellschaftsmodell	24
II.	Modelle auf einfachvertraglicher Basis	25
1.	Erwerbermodell.....	25
2.	Inhabermodell	25
3.	Leasing- bzw. Investorenmodell	26
4.	Mietmodell.....	27
5.	Contractingmodell	27
6.	nicht: Konzessionsmodell	27
§ 3	Entwicklung von ÖPP in Nordrhein-Westfalen und im Bund und Maßnahmen zur Förderung derartiger Initiativen	30
§ 4	Bestehender rechtlicher Rahmen für die Realisierung von ÖPP	33
A.	Verfassungsrecht von Bund und Land	33
I.	Auswirkungen des Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG)	33
II.	Kommunale Selbstverwaltungsgarantie sowie die Begriffe der „Daseinsvorsorge“ und des „staatlichen Kernbereichs“ als mögliche Grenzen einer Teilprivatisierung	34
1.	Beschränkung durch die Garantie kommunaler Selbstverwaltung?	34
2.	Beschränkung auf den Bereich der Daseinsvorsorge oder zumindest auf Zwecke des Gemeinwohls?	35
3.	Rolle des Begriffs des „staatlichen Kernbereichs“?	36
III.	Frage der Grundrechtsbindung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen vor dem Hintergrund von Art. 1 Abs. 3 GG	37
IV.	Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bei Förderung von Aktivitäten durch die öffentliche Hand	38
B.	Gemeindeordnung NW	38
I.	Haushaltswirtschaft	38
1.	Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit (§ 75 Abs. 1 GO NW)....	39
2.	Verpflichtungen zur Leistung von Ausgaben in künftigen Jahren.....	42
3.	Anzeigepflicht des § 86 Abs. 4 GO NW.....	43
4.	Nutzungs- und Überlassungsverbot des § 90 GO NW	44

5.	Bilanzierung von ÖPP-Projekten	44
II.	Gemeindefirtschaftsrecht	45
1.	Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung	46
2.	Unternehmungen und Einrichtungen des privaten Rechts	49
a)	Bindung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen an das Gemeindefirtschaftsrecht	49
b)	Regelungsgehalt des § 108 GO NW	51
3.	Organkompetenz im Innenverhältnis der Kommune	52
C.	Abgaben- und Gebührenrecht	53
D.	Vergaberecht	54
I.	Grundlagen	55
II.	Prüfungs- und Verfahrensablauf bei vergaberechtsrelevanten Vorgängen	56
1.	Öffentlicher Auftraggeber	57
2.	Öffentlicher Auftrag	58
3.	Schwellenwerte	61
4.	Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht	62
5.	Verfahren bei Erreichen der Schwellenwerte	62
a)	Liefer- und Dienstleistungsaufträge	63
b)	Bauleistungen	63
6.	Rechtsregime unterhalb der Schwellenwerte	64
III.	Weitere ausgewählte Diskussionsfelder	67
1.	Ausschreibungspflicht bei der Gründung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens	67
2.	Ungeschriebener Ausnahmestatbestand des „In-House-Geschäfts“	68
3.	Vertragsschlüsse des privaten Partners bzw. einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft mit Dritten	69
a)	Partner wurde im Rahmen eines Vergabewettbewerbs ermittelt	69
b)	Pflicht zur Weitergabe der Ausschreibungspflicht an den privaten Dritten (vergaberechtliche Delegationsverpflichtung)?	70
4.	Wagnisvorbehalt bei ÖPP	71
5.	Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren als geeignete Vergabeverfahren bei ÖPP-Projekten	71

E.	Steuerrecht.....	73
I.	Umsatzsteuer.....	74
II.	Grundsteuer.....	75
III.	Besteuerung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft und der Erträge der Kommune aus ihrer Beteiligung an einer solchen.....	76
1.	Besteuerung der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft.....	76
a)	Unternehmenssteuerreform 2008.....	76
b)	Querverrechnung von Verlusten (Steuerlicher Querverbund).....	77
2.	Besteuerung der zufließenden Erträge bei der Kommune.....	79
a)	Anteile werden im Vermögen der Kommune (sog. Kämmereivermögen) gehalten.....	79
b)	Anteile werden in einem Betrieb gewerblicher Art gehalten.....	80
aa)	Körperschaftsteuer.....	80
bb)	Gewerbsteuer.....	81
c)	Vergleich der Gestaltungsformen an einem Berechnungsbeispiel.....	82
F.	Recht der öffentlichen Förderung unter besonderer Berücksichtigung des EG-Beihilferechts.....	82
I.	Europarechtliche Aspekte.....	83
1.	Anwendbarkeit des Art. 87 Abs. 1 EG.....	83
2.	Einschränkende Rechtsprechung des EuGH.....	85
3.	Regelung des Art. 86 Abs. 2 EG und die sog. Monti-Entscheidung der EU-Kommission vom 28. November 2005.....	86
4.	Auswirkungen in der Förderpraxis.....	88
II.	Aspekte nationaler Förderrichtlinien des Landes NRW.....	89
G.	Regelungen in den Büchern des Sozialgesetzbuches.....	90
I.	Allgemeines.....	90
II.	Spezialgesetzliche Vorgaben für kreisangehörige Kommunen.....	91
H.	Rechte der Beschäftigten und der Personalvertretung.....	93
I.	Vorliegen eines Betriebsübergangs nach § 613a BGB.....	93
1.	Tatbestandliche Voraussetzungen der Norm.....	93
2.	Auswirkungen im Rahmen von ÖPP.....	94

II.	Rechtsstellung der Beamten	96
III.	Beteiligung des Personalrats nach dem LPVG NW	96
§ 5	Vorzufindende Formen von ÖPP unter Beteiligung der Stadt Paderborn	
	und ihre rechtliche Bewertung.....	99
A.	Beschreibung des methodischen Vorgehens	99
B.	Gesellschaftsrechtlich verankerte Partnerschaften.....	100
I.	E.ON Westfalen Weser AG („EWA“)	101
1.	Entstehungsprozess	101
a)	Historische Beschreibung.....	101
b)	Beteiligung der städtischen Gremien beim Gründungsprozess.....	102
2.	Aktuelle Struktur der Zusammenarbeit.....	102
a)	Unternehmensstruktur und Geschäftsbereiche.....	102
b)	Konzessionsverträge in Paderborn.....	106
3.	Beweggründe für die Schaffung der aktuellen Struktur.....	106
4.	Einordnung unter die gesetzlichen Rahmenbedingungen	107
a)	Gemeindeordnung NW	107
aa)	Notwendige Beteiligung des Rates nach § 41 GO NW.....	107
bb)	Nutzungs- und Überlassungsverbot des § 90 GO NW.....	108
cc)	Anforderungen des § 108 GO NW	110
(1)	Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 S. 1 GO NW	111
(2)	Sicherung eines angemessenen städtischen Einflusses (§ 108 Abs. 1 Nr. 6 GO NW).....	113
(3)	Zulässigkeit der Rechtsform der Aktiengesellschaft	114
(4)	Voraussetzungen für die Gründung anderer Gesellschaften (§ 108 Abs. 5 GO NW).....	115
dd)	Ergebnis.....	116
b)	Vergaberecht	116
aa)	Begründung der Beteiligung als vergabepflichtiger Vorgang	116
bb)	Anwendbarkeit des § 98 Nr. 4 GWB auf die Gesellschaft	117
c)	Steuerrecht.....	119
5.	Rechtliche Gesamtbewertung der Kooperation	119
II.	Wasserwerke Paderborn GmbH.....	120
1.	Entstehungsprozess und aktuelle Struktur der Zusammenarbeit	120
2.	Beweggründe für die Schaffung der aktuellen Struktur.....	122

3.	Einordnung unter die gesetzlichen Rahmenbedingungen	122
a)	Notwendige Beteiligung des Rates nach § 41 GO NW.....	123
b)	Anforderungen des § 108 GO NW.....	123
aa)	Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 S. 1 GO NW	123
bb)	Sicherung eines angemessenen städtischen Einflusses	124
cc)	Voraussetzungen des § 108 Abs. 4 GO NW	124
c)	Anforderungen des § 107 Abs. 3 GO NW	124
d)	Wasserrechtliche Regelungen	125
4.	Rechtliche Gesamtbewertung der Kooperation	125
III.	TechnologiePark Paderborn GmbH („TPG“)	126
1.	Entstehungsprozess	126
2.	Aktuelle Struktur der Zusammenarbeit.....	127
3.	Beweggründe für die Schaffung der aktuellen Struktur.....	128
4.	Einordnung unter die gesetzlichen Rahmenbedingungen	128
a)	Notwendige Beteiligung des Rates nach § 41 GO NW.....	128
b)	Anforderungen des § 108 GO NW.....	129
c)	Vergaberechtliche Bezüge.....	130
d)	Überleitung von Mitarbeitern der Stadt Paderborn zur TPG	130
5.	Rechtliche Gesamtbewertung der Kooperation	131
IV.	Westfälische Kammerspiele Paderborn GmbH	131
V.	Ausstellungsgesellschaft Paderborn GmbH	131
1.	Entstehungsprozess und Struktur der Zusammenarbeit	132
2.	Einordnung unter die gesetzlichen Rahmenbedingungen	132
C.	Partnerschaften aufgrund einzelvertraglicher Vereinbarung	133
I.	Neubau des Theatergebäudes für die Westfälischen Kammerspiele	133
1.	Entstehungsprozess	134
a)	Bisherige Unterbringung des Theaters	134
b)	Diskussionsprozess im Rat bis zum Abschluss eines Vorvertrags mit der Volksbank Paderborn-Höxter zur Neuerrichtung eines Theaters	134
c)	Vertragsverletzungsverfahren bei der EU-Kommission	136
2.	Endgültige vertragliche Struktur der Zusammenarbeit	137
3.	Subsumtion des Projekts unter die Definition von ÖPP	138
4.	Einordnung unter die gesetzlichen Rahmenbedingungen	139
a)	Voraussetzungen des 8 Abs. 1 GO NW	139

b)	Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit.....	139
c)	Anzeigepflicht des § 86 Abs. 4 GO NW.....	140
d)	Mögliche Ausschreibungspflichten bei dem Theaterbau	140
aa)	Grundsätzliches Bestehen einer Ausschreibungspflicht.....	141
(1)	Auftraggebereigenschaft der Stadt.....	141
(2)	Auftraggebereigenschaft der Volksbank.....	141
(3)	Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrages.....	142
bb)	Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht.....	144
cc)	Pflicht zur Weitergabe der Ausschreibungspflicht an die Volksbank?	145
dd)	Ergebnis.....	147
d)	Steuerrechtliche Fragen.....	147
5.	Rechtliche Gesamtbewertung der Kooperation	148
II.	Neubau eines Zentralstadions	149
1.	Entstehungsprozess und Struktur der Zusammenarbeit.....	149
2.	Subsumtion des Projekts unter die Definition von ÖPP.....	150
3.	Ergebnis	151
III.	Bisher nicht verwirklichtes Projekt einer „Multifunktionshalle“	151
1.	Diskussionsprozess zur Planung des Projekts	152
2.	Gründe für die bisher nicht erfolgte Umsetzung der Planungen.....	156
3.	Gesamtbewertung der geplanten Kooperation	157
IV.	Imagekampagne „Paderborn überzeugt.“	158
1.	Entstehungsprozess.....	158
2.	Aktuelle Struktur des Projekts	159
3.	Subsumtion des Projekts unter die Definition von ÖPP.....	160
a)	Längerfristige Zusammenarbeit	161
b)	Öffentlicher Zweck	161
c)	Vertragliche Grundlage	161
d)	Wechselseitige Risikoübernahme	161
e)	Ergebnis.....	162
4.	Rechtliche Gesamtbewertung der Kooperation	162
V.	Bürgerhäuser in Paderborn am Beispiel des Stadtteils Neuenbeken	162
1.	Entstehungsprozess.....	162
2.	Struktur der Zusammenarbeit	163

3.	Subsumtion des Projekts unter die Definition von ÖPP	164
4.	Rechtliche Gesamtbewertung der Kooperation	165
VI.	Projekte im sozialen Bereich.....	165
1.	Schulleitungscoaching durch SeniorExperten NRW	166
a)	Struktur des Projekts	166
b)	Subsumtion des Projekts unter die Definition von ÖPP	167
2.	Innovation in der kommunalen Integrationsarbeit („KOMM-IN“).....	167
a)	Struktur des Projekts	168
b)	Subsumtion des Projekts unter die Definition von ÖPP	170
3.	Bildungsbüro „Kind und Ko“	170
a)	Struktur des Projekts	170
b)	Subsumtion des Projekts unter die Definition von ÖPP	172
§ 6	Zusammenfassung der Ergebnisse	173
	Literaturverzeichnis	179