CBH
RECHTSANWÄLTE

CBH Rechtsanwälte | Habsburgerring 24 | 50674 Köln

Stadt Köln
Amt für Recht, Vergabe und Versicherungen
Willy-Brandt-Platz 3
50679 Köln

KÖLN
BERLIN
BRÜSSEL
HAMBURG
MÜNCHEN

Registernummer	Telefon	Telefax	E-Mail	Ansprechpartner
[redacted]				

Köln, den 25.04.2023

Beratung zum Umsetzungsmodell Kreuzfeld
Rechtliche Evaluierung der Vorzugsvariante

[redacted]

wir kommen zurück auf Ihr Schreiben vom 17.08.2022, Ihre E-Mail vom 30.09.2022 sowie unsere Besprechungen vom 28.10.2022, 29.11.2022 sowie vom 05.12.2022.

Wir dürfen Ihnen hiermit unsere Ausarbeitung zur rechtlichen Evaluierung der Vorzugsvariante des Umsetzungsmodells für Kreuzfeld übersenden.

Wir stellen unserer Ausarbeitung eine Gliederungsübersicht voran:

CBH
RECHTSANWÄLTE

A. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse 4
B. Sachverhalt 6
I. Aufgabenstellung 6
II. Die untersuchten Varianten 6
C. Rechtliche Ausführungen 9
I. Verwaltungsnähe und Governance der Gesellschaft 9
1. Rechtsformvergleich GmbH und AG 10
2. Ausgestaltung der GmbH als gemeinnützige GmbH? 11
3. Vorsorglich: Vorteile der Vorzugsvariante auch gegenüber Regie-/Eigenbetrieb 12
II. Finanzierung 13
1. Rechnungslegung 13
2. Assets / Liegenschaften 14
a) Ausgangslage 14
b) Denkbare Gestaltungen 15
c) Vereinbarkeit mit möglichen Umlegungsverfahren und bauabschnittsweiser Planung 16
3. Steuern 17
a) Ertragsteuern 17
b) Umsatzsteuer 17
c) Grunderwerbsteuer 18
4. Förderungsfähigkeit 19
III. Insolvenzfähigkeit / Insolvenzfestigkeit 19
1. Insolvenzfähigkeit ist abstrakt zu bejahen 19
2. Konkret aber kein erhöhtes Insolvenzrisiko 19
IV. Vergabe-, Beihilfen- und Förderrecht 20
1. Vergaberecht 20
2. Beihilfenrecht 21
a) Kernaussagen zum Beihilfenrecht 21
b) Erforderliche Absicherungsmaßnahmen 22
aa) Erläuterung zu 1. – Erfordernis einer Trennungsrechnung 23
bb) Erläuterung zu 2. – der Private Investor Test: 24
c) Handlungsempfehlung: Was muss bereits im Rahmen der Gründung der Gesellschaft EU-beihilfenrechtlich beachtet werden? 24
3. Förderrecht 25
V. Offenheit bzgl. möglicher Kooperationen mit Dritten / Forum Kreuzfeld 25
VI. Schnittstellen zur Verwaltung / Kompetenzverteilung 26
1. Vertretung der Stadt in der Gesellschafterversammlung 26
2. Ergänzend: Möglichkeit der Einrichtung eines Beirates 27
3. Einbindung des Lenkungskreises der Stadt 28

VII. Gründungsmodalitäten und (Mindest-) Personalausstattung 28
VIII. Aus Kommunal- und Haushaltsrecht folgende Rahmenbedingungen 29
D. Fazit 29

A. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

- Die zu untersuchende und zu evaluierende **Vorzugsvariante** wird hier als Mischlösung bestehend aus einer eigens für den Projektzweck gegründeten stadteigenen Gesellschaft, der „StadtBau Kreuzfeld GmbH" (Variante 1), aus einer kooperativen Entwicklung gemeinsam mit dem Konsortium Kreuzfeld (Variante 3) sowie aus dem Verkauf / der Erteilung von Erbbaurechten hinsichtlich der einzelnen Baufelder an Dritte mittels (Konzept-)vergaben und der Schaffung der nötigen Infrastruktur durch die Stadt Köln selbst (Variante 4) verstanden. Soweit vorstehend und im Weiteren von der Vorzugsvariante die Rede ist, ist mithin das so beschriebene Modell einer „Mischlösung" gemeint. Wir nehmen ergänzend Bezug auf das uns überlassene und nach Ihren Angaben politischen Raum bereits vorgestellten Konzeptpapier *„Das Umsetzungsmodell für Kreuzfeld"*, Stand 20.04.2023, in welchem die verschiedenen Varianten aufgezeigt werden.

- Die Vorzugsvariante bietet u.E. im Vergleich zu den weiteren untersuchten Varianten die besten Rahmenbedingungen, um die Projektziele rechtskonform und unter größtmöglicher Beachtung der städtischen Vorstellungen und Zielvorgaben zu erreichen. Die durch die Stadt Köln getroffenen Annahmen sind plausibel und nachvollziehbar. Rechtliche Bedenken bestehen nicht.

- Sofern aus rechtlicher Sicht bestimmte Gesichtspunkte zu beachten sind, gilt dies für alle in Betracht kommenden Umsetzungsmodelle gleichermaßen. Ebenfalls stellen sich etwaige Rechtsfragen in vergleichbarer Weise bei den untersuchten Varianten und bietet die Vorzugsvariante jeweils gute Möglichkeiten, damit umzugehen. Wir erläutern dies jeweils im Nachgang im Detail.

- Die ins Auge gefasste Rechtsform der GmbH bietet nach unserem Dafürhalten den besten Rahmen, um die rechtlichen Anforderungen mit den seitens der Stadt Köln verfolgten Zielen bestmöglich in Übereinstimmung zu bringen. Da die Gesellschaft selbst keine Grundstücke erwerben bzw. übertragen soll, stellt sich keine andernfalls zu untersuchende Grunderwerbsteuerthematik.

- Die Rechtsform der GmbH erweist sich in unseren Augen namentlich vorzugswürdig gegenüber alternativ denkbarer Gestaltungen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft

oder einer gemeinnützigen GmbH (gGmbH) als „Unterform" der GmbH. Wir erläutern auch dies nachstehend näher im Detail.

- Die gewünschte Beteiligung aller Interessensträger kann über die bei einer GmbH flexibel gestaltbare Gremienstruktur der Gesellschaft, die praktisch durch den / die Gesellschafter frei bestimmt werden kann, ohne weiteres sichergestellt werden.

- Sofern aus vergabe- und/oder beihilferechtlicher Sicht Besonderheiten zu beachten sind, gilt dies ebenfalls rechtsformunabhängig bzw. es kann mittels der Rechtsform einer GmbH noch am ehesten sachgerecht darauf reagiert werden. In der Gesamtschau sind bei der Vorzugsvariante im Vergleich zu anderen Gestaltungsvarianten vergaberechtlich Vorteile zu erkennen, zumal für die bereits vorhandenen städtischen bzw. stadtnahen Gesellschaften, die für das Projekt in Betracht kommen könnten (beispielsweise die moderne stadt GmbH oder die GAG Immobilien AG) ebenfalls mit einer Bindung an das europäische Vergaberecht zu rechnen ist. Anders als die Rechtsform AG (wie z.B. GAG Immobilien AG) ist die Rechtsform „GmbH" ideal für eine Inhouse-Vergabe von möglichen Planungsleistungen an die Projektgesellschaft.

- Das Beihilfenverbot wird im deutschen Recht über die Rückführungspflicht der Mittel streng sanktioniert und muss daher zur Vermeidung von Rechtsnachteilen in allen Gestaltungsvarianten **strikt beachtet** werden. Die erforderlichen beihilfenrechtlichen Absicherungsmaßnahmen können **in der Rechtsform GmbH jedoch besser umgesetzt** werden als bei einem Verbleib des Projekts in der Verwaltung, die für die wirtschaftlichen Betätigungen einen wirtschaftlich und organisatorisch abgrenzbaren Betrieb gewerblicher Art oder einen Regie- oder Eigenbetrieb einrichten müsste.

- Die Vorzugsvariante stellt schließlich einen flexiblen Rahmen bereit, um mit dritten Akteuren, etwa dem Konsortium Kreuzfeld, flexibel zusammenarbeiten zu können. Auch insoweit sprechen aus unserer Sicht keine Bedenken gegen den mittels der Vorzugsvariante vorgeschlagenen Weg.

B. Sachverhalt

I. Aufgabenstellung

Mit E-Mail vom 30.09.2022 haben Sie uns mit der Erbringung von Rechtsberatungsleistungen für die rechtliche Beratung und Unterstützung zum Umsetzungsmodell für Kreuzfeld beauftragt. Stufe 2 der Projektbeschreibung sieht dabei namentlich „die Ausarbeitung und Begründung der Vorzugsvariante" vor. Sie haben uns insoweit beauftragt, die Vorzugsvariante rechtlich zu überprüfen, insbesondere im Vergleich mit den weiteren geprüften öffentlichen und privatrechtlichen Organisationsformen unter Berücksichtigung der Ihrerseits bereits ausgearbeiteten Vor- und Nachteile.

Die hier vorliegende Ausarbeitung bildet insoweit Stufe 2 der beauftragten Rechtsberatungsleistungen ab und setzt auf dem uns überlassenen und nach Ihren Angaben im politischen Raum bereits vorgestellten Konzeptpapier *„Das Umsetzungsmodell für Kreuzfeld"*, Stand 20.04.2023, auf.

Die zu untersuchende und zu evaluierende „Vorzugsvariante" wird im vorgenannten Konzeptpapier als Mischlösung bestehend aus einer eigens für den Projektzweck gegründeten stadteigenen Gesellschaft, der „StadtBau Kreuzfeld GmbH" (Variante 1), aus einer kooperativen Entwicklung gemeinsam mit dem Konsortium Kreuzfeld (Variante 3) sowie aus dem Verkauf/der Erteilung von Erbbaurechten hinsichtlich der einzelnen Baufelder an Dritte mittels (Konzept-)vergaben und der Schaffung der nötigen Infrastruktur durch die Stadt Köln selbst (Variante 4) beschrieben.

II. Die untersuchten Varianten

Im Rahmen unserer Prüfung haben wir zunächst bezüglich der Variante 1 neben den bereits im Konzeptpapier genannten denkbaren Rechtsformen GmbH und GmbH & Co. KG auch die weitere mögliche Rechtsform einer Aktiengesellschaft (AG) und die Ausgestaltung der GmbH als einer gemeinnützigen GmbH (gGmbH) in unsere Beurteilung einbezogen.

Wir haben sodann dieser Variante die im Konzeptpapier als Variante 2 bezeichnete Struktur einer „Treuhandlösung" entweder in Zusammenarbeit mit der *moderne stadt Gesellschaft zur Förderung des Städtebaues und der Gemeindeentwicklung mit beschränkter*

Haftung (hiernach moderne stadt GmbH) oder einer anderen Gesellschaft gegenübergestellt.

Ferner haben wir die Vorzugsvariante mit der als Variante 3 bezeichneten ausschließlichen Entwicklung des Vorhabens Kreuzfeld durch eine Kooperation mit dem Forum Kreuzfeld verglichen sowie schließlich auch die Möglichkeit der Einzelvergabe durch Verkäufe/Erbbaurechte einzelner Baufelder an Dritte bei Schaffung der nötigen Infrastruktur durch die Stadt Köln selbst (Variante 4) in die Betrachtung einbezogen.

Die Vorzugsvariante erweist sich in unseren Augen gegenüber den weiteren in den Blick genommenen Möglichkeiten stets als vorteilhafter. Wir führen dies im Einzelnen nachstehend im Detail aus, möchten aber bereits an dieser Stelle jeweils die wesentlichen Kernargumente voranstellen:

Die „maßgeschneiderte" Gründung einer eigenen, auf den Projektzweck „zugeschnittenen" städtischen Projektgesellschaft „StadtBau Kreuzfeld GmbH" erweist sich in unseren Augen gegenüber einem „Treuhändermodell" im Sinne der Variante 2 als vorteilhaft, weil die angestrebte „Arbeitserleichterung" für die Stadtverwaltung nur mittels einer eigenen Projektgesellschaft, deren Gesellschaftszweck auf das Projekt zugeschnitten ist, erreichbar sein dürfte. Im Übrigen würden die finanziellen Konsequenzen im Falle einer Umsetzung durch ein Treuhandmodell jeweils unmittelbar im Haushalt eintreten. Wir haben Sie so verstanden, dass dies gerade (insbesondere wegen der Langfristigkeit des Projekts) nicht gewünscht ist. Mit Blick auf eine mögliche Zusammenarbeit im Rahmen dieser Variante mit der moderne stadt GmbH ist zudem darauf hinzuweisen, dass diese Gesellschaft ausweislich der von uns eingesehenen jüngsten elektronisch abrufbaren Gesellschafterliste nur zu 49 % im unmittelbaren Anteilsbesitz der Stadt Köln steht. 51 % der Gesellschaftsanteile werden durch die Stadtwerke Köln GmbH gehalten. Ein „unmittelbarer Durchgriff" der Stadt Köln ist daher regelmäßig nur „über den Umweg" des weiteren Gesellschafters Stadtwerke Köln GmbH möglich.

Die Vorzugsvariante im Sinne einer für den Projektzweck gegründeten städtischen Projektgesellschaft setzt sich unseres Erachtens auch gegenüber der Variante 3, einer kooperativen Entwicklung gemeinsam mit dem Konsortium, durch. Mitglied des Konsortiums ist neben zwei privaten Bau(träger)-gesellschaften u. a. auch die GAG Immobilien AG (hiernach GAG AG), sodass hier zwar zunächst zumindest ein „stadtnaher" Partner

beteiligt ist. Die GAG AG ist allerdings schon qua ihrer Rechtsform als Aktiengesellschaft nicht in gleicher Weise wie beispielsweise eine GmbH geeignet, städtische „Vorgaben" bzw. die städtischen Vorstellungen „1 zu 1" umzusetzen. Dies liegt daran, dass bei einer Aktiengesellschaft der Vorstand die Geschäfte der Gesellschaft in eigener Verantwortung führt, § 76 Abs. 1 AktG. Anders als bei einer GmbH besteht im Rahmen einer AG vorbehaltlich des Bestehens eines Beherrschungsvertrags im Sinne der §§ 291 AktG ff. keine Möglichkeit, den Vorstand zur Vornahme oder zum Unterlassen bestimmter Rechtsgeschäfte direkt anzuweisen. Diese Möglichkeit gibt es indes bei einer GmbH, bei der die Geschäftsführung jederzeit den rechtmäßigen Weisungen der Gesellschafterversammlung Folge leisten muss, § 37 GmbHG. Dies spricht im Übrigen auch dagegen, die Projektentwicklung insgesamt bei der GAG AG anzusiedeln (also quasi „anstelle" der Gründung einer Projektgesellschaft).

Die GAG AG ist zudem „nur" eines der am Konsortium beteiligten Unternehmen – die Interessen des Konsortiums müssen daher nicht mit den Interessen der GAG AG gleichlaufend sein und erst Recht nicht notwendigerweise mit den Interessen der Stadt Köln übereinstimmen.

Die GAG AG ist schließlich auch nicht inhouse-fähig, weil sie eine inhouse-schädliche Beteiligung privater Dritter aufweist. Dies schließt eine Inhouse-Vergabe nach § 108 GWB definitiv aus.

Im Übrigen müssten bei einer vollständig mittels einer Kooperation mit dem Konsortium durchgeführten Entwicklung jedenfalls die Maßnahmen zur Schaffung der notwendigen Infrastruktur (über die Erschließung hinaus sind dies insbesondere die Kindertagesstätten, Schulen, Bürgerzentren etc.) doch von der Stadt selbst durchgeführt werden. Wiederum kann mittels der Einschaltung der allein in der Vorzugsvariante vorgesehenen stadteigenen Projektgesellschaft hier die städtische Verwaltung entlastet werden.

Die Rechtsform einer „normalen" GmbH dürfte auch im Vergleich zur denkbaren Ausgestaltung als gemeinnützige GmbH vorzugswürdig sein, zumal die gesetzlichen Anforderungen an den steuerlichen Status der Gemeinnützigkeit, namentlich die Verfolgung eines nach der Abgabenordnung als gemeinnützig im steuerlichen Sinne anerkannten Zwecks (vgl. § 52 Abgabenordnung), von der Gesellschaft nicht erfüllt werden. Ganz un-

abhängig von ihrem steuerlichen Status wird die Gesellschaft schon aufgrund der gemeinderechtlichen Vorgaben für Kommunalunternehmen einen „öffentlichen Zweck" erfüllen müssen und damit letztlich im weiteren Sinne „gemeinnützig" tätig sein.

Gegen die Variante 4 spricht in unseren Augen ebenfalls, dass mittels einer „Einzelvergabe" der Baufelder, sei es durch einen Verkauf oder durch die Einräumung von Erbbaurechten, zwar einerseits ein hoher Nutzungsmix nach den Vorstellungen der Stadt erreicht werden könnte. Umgekehrt aber ist in dieser Variante die Inanspruchnahme von städtischen Ressourcen als am höchsten einzustufen. Die gesamte Entwicklung des Gebiets bis zur „Baureife" müsste durch die Stadt selbst erfolgen. Der gewünschte Entlastungseffekt träte also gerade nicht ein – der erwünschte hohe Nutzungsmix kann hingegen auch mittels der in der Vorzugsvariante vorgesehenen Projektgesellschaft erreicht werden.

Die Vorzugsvariante erweist sich mithin gegenüber den übrigen im Konzeptpapier bereits angesprochenen Varianten auch nach unserem Dafürhalten als vorzugswürdig.

C. Rechtliche Ausführungen

I. Verwaltungsnähe und Governance der Gesellschaft

An die unterschiedlichen denkbaren Rechts- und Betriebsformen knüpft das Gesetz unterschiedliche Rechtsfolgen:

Dies sind zum einen Zweckmäßigkeitskriterien wie etwa betriebswirtschaftliche, gesellschafts- und unternehmensrechtliche, personal- und steuerrechtliche Aspekte, Finanzierungsmöglichkeiten, Offenlegungsvorschriften oder Kooperationsmöglichkeiten mit Dritten. Zum anderen aber haben die Rechts- und Betriebsformen Konsequenzen für den kommunalpolitischen Einfluss auf das Unternehmen.

Im Kern besteht ein Zielkonflikt dergestalt, einerseits dem Unternehmen durch Verselbständigung die erforderliche Handlungsfreiheit zugestehen zu wollen, einhergehend mit der beabsichtigten Entlastung der Verwaltung, andererseits aber dem kommunalen Unternehmensträger die notwendigen Möglichkeiten der Einflussnahme zu sichern, um eine ordnungsgemäße Erfüllung der kommunalen Aufgabe gewährleisten zu können.

Im Rahmen der zu treffenden gesellschaftsvertraglichen Festlegungen ist es aber ohne weiteres möglich, eine dauerhafte städtische Kontrolle zu „verankern", etwa indem bereits in der Satzung der Gesellschaft festgehalten wird, dass die Stadt Köln immer mindestens die Mehrheit der Anteile halten oder - noch enger - immer Alleingesellschafterin der Gesellschaft sein muss. Im Gründungsbeschluss könnte dies zudem dergestalt abgesichert werden, dass eine wesentliche Änderung des Gesellschaftsvertrags bezüglich der Beteiligungsverhältnisse wiederum eines Ratsbeschlusses bedarf. Auf diese Art und Weise kann die gewünschte „Verselbständigung" erreicht und zugleich die dauerhafte städtische Kontrolle abgesichert werden.

1. Rechtsformvergleich GmbH und AG

So gewährleistet etwa die Rechtsform der Aktiengesellschaft (AG) ein hohes Maß an unternehmerischer Freiheit, ermöglicht aber gegenüber dem grundsätzlich weisungsfreien Vorstand nur **einen eingeschränkten kommunalen Einfluss**. Auch sind Anpassungen durch den Gesellschaftsvertrag nur sehr eingeschränkt möglich, die Kompetenzverteilung ist weitgehend durch das Aktiengesetz (AktG) vorgegeben und zwingendes Recht. Aus diesem Grund ordnet die Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen (GO) eine Subsidiarität der Rechtsform der Aktiengesellschaft an; die Gründung oder Beteiligung an einer Aktiengesellschaft ist nur dann zulässig, wenn der öffentliche Zweck **nicht ebenso gut in einer anderen Rechtsform** erfüllt werden kann, § 108 Abs. 4 GO.

Zwar gilt diese Nachrangigkeit nicht bei der Übertragung von Aufgaben an bereits bestehende kommunale Aktiengesellschaften und wäre damit eine Übertragung der Aufgaben auf die GAG AG nicht von vornherein ausgeschlossen, doch spricht die vergleichsweise geringe Einflussnahme-Möglichkeit auf die bestehenden Organe und Gremien dagegen, die GAG AG mit der gesamten Entwicklung von Kreuzfeld zu betrauen. Neben die Rechtsformbedenken tritt der Umstand, dass die Stadt nicht Alleingesellschafterin der GAG AG ist und auch dieser Umstand eine Kontrolle und insbesondere eine Verwaltungsnähe nur sehr bedingt zulässt; so erscheint insbesondere die Schaffung „maßgeschneiderter" Gremien in einer bestehenden Gesellschaft mit multiplen Aufgaben und weiteren Aktionären nur bedingt möglich. Vorzugswürdig ist demgegenüber die Kooperation einer neu gegründeten städtischen Gesellschaft mit dem Forum Kreuzfeld, dessen Mitglied die GAG AG ist.

Demgegenüber stellt das GmbHG einen **den kommunalen Einfluss sichernden** und zudem **sehr flexiblen Rahmen** für die Ausgestaltung einer Gesellschaft in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) zur Verfügung. Neben die bestehende **Weisungsabhängigkeit der Geschäftsführung** tritt die Möglichkeit neben Geschäftsführung und Gesellschafterversammlung **weitere Gesellschaftsorgane und -gremien** zu etablieren, sowohl in Anlehnung an die Vorschriften des Aktienrechts als auch durch Schaffung eigener Regelungen. So kann der Gesellschaftsvertrag etwa einen überwachenden oder einen beratenden Beirat vorsehen, und damit im Ergebnis **eine Gremienstruktur „maßschneidern".** Ein nur beratender Beirat kann auch außerhalb des Gesellschaftsvertrags auf nur schuldrechtlicher Grundlage geschaffen werden (siehe dazu auch noch unten aus kommunalrechtlicher Sicht). Auch kann außerhalb des Gesellschaftsvertrags, beispielsweise in einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführung, beispielsweise die Verpflichtung der Geschäftsführung verankert werden, regelmäßig dem städtischen Lenkungskreis zu berichten bzw. an den entsprechenden Sitzungen teilzunehmen.

Die vom Rat der Stadt Köln im *Public Corporate Governance Kodex der Stadt Köln* (PCGK) in der Fassung vom 20.09.2020 definierten Standards zur Steigerung der Effizienz, Transparenz und Kontrolle bei den Gesellschaften mit städtischer Beteiligung sind in einer Gesellschaft in Rechtsform der GmbH umzusetzen.

2. Ausgestaltung der GmbH als gemeinnützige GmbH?

Die Gesellschaft sollte als „normale" GmbH und nicht als gemeinnützige Gesellschaft (gGmbH) ausgestaltet werden.

Die Rechtsfigur der gemeinnützigen Körperschaft stellt einen **steuerrechtlichen Status** dar, der für bestimmte, dem Allgemeinwohl dienende Zwecke Steuervorteile gewährt. Die hier zu prüfende Stadtentwicklungsgesellschaft verfolgt schon keinen steuerlich als gemeinnützig oder mildtätig anerkannten Zweck im Sinne des abschließenden Katalogs der §§ 52 Abs. 2, 53 AO. Zudem ist ihre Tätigkeit auf die Erzielung von Einnahmen - nicht notwendig von Gewinnen(!) - gerichtet, da die Gesellschaft nicht unentgeltlich tätig wird, so dass ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb im Sinne von § 14 AO vorliegt, der selbst bei Vorliegen eines gemeinnützigen Unternehmenszwecks die mit der Gemeinnützigkeit

verbundenen Steuerbegünstigungen insoweit ausschließen würde. Aus diesen rechtlichen Gründen ist somit die Ausgestaltung der Gesellschaft als gemeinnützige GmbH im Sinne der Abgabenordnung und die Ausnutzung der damit verbundenen Steuervorteile ausgeschlossen.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die mit der steuerlichen Gemeinnützigkeit verbundenen Steuervorteile an die Einhaltung strenger Vorgaben geknüpft sind, unter anderem das Gebot der zeitnahen und zweckgebundenen Mittelverwendung, was insbesondere die Bildung von Rücklagen erschwert. Dem – hier wegen der Einnahmenerzielung schon nicht realisierbaren – steuerlichen Vorteilen der Gemeinnützigkeit stünden also auch Nachteile in Gestalt von Beschränkungen im wirtschaftlichen Handeln gegenüber.

Daraus folgt aber nicht, dass die Gesellschaft - gleich in welcher Rechtsform - nicht gemeinnützig im allgemeinen Sinne, also in einer dem Wohl der Allgemeinheit dienenden Weise, tätig werden kann. Die Ausrichtung am Gemeinwohl ergibt sich schon daraus, dass die Gesellschaft eine 100 % ige Tochtergesellschaft der Stadt Köln ist, die als Gebietskörperschaft des öffentlichen Rechts die Belange der Allgemeinheit im Stadtgebiet wahrnimmt und sich auch nur im Rahmen ihrer öffentlichen-rechtlichen Aufgaben in privatwirtschaftlicher Form betätigen darf. Als Alleingesellschafterin kann die Stadt Köln zu jeder Zeit die geschäftliche Tätigkeit der Gesellschaft steuern und insbesondere deren wirtschaftliche Ziele festlegen und dabei beispielsweise als betriebliches Ergebnis lediglich die Kostendeckung/"schwarze Null" anstreben statt eine Gewinnmaximierung zu verfolgen.

3. Vorsorglich: Vorteile der Vorzugsvariante auch gegenüber Regie-/Eigenbetrieb

Bei einer eigenständigen GmbH haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen, § 13 Abs. 2 GmbHG. Die Kehrseite dieser Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen sind die „Benachteiligung" einer eigenständigen Gesellschaft gegenüber Regie- oder Eigenbetrieben oder auch Anstalten des öffentlichen Rechts hinsichtlich ihrer Finanzierungsmöglichkeiten im Vergleich zur Kommune selbst und das (jedenfalls abstrakt) bestehende Insolvenzrisiko (dazu nachstehend noch ausführlicher). Die Vorzugsvariante begegnet diesem Nachteil allerdings bereits durch die Schaffung eines als Haftungsmasse zur Verfügung stehenden Gesellschaftsvermögens (etwa durch die Stellung von etwaig erforderlichen Sicherheiten zum

Zwecke der Finanzierung durch die Stadt, unter Beachtung der insoweit bestehenden beihilferechtlichen Rahmenbedingungen). Das Insolvenzrisiko ist in zudem durch die Alleingesellschafterin Stadt Köln beherrschbar. Schließlich dürfen wir auf unsere nachstehenden Ausführungen zum EU-Beihilfenrecht verweisen: eine eigenständige GmbH kann EU-beihilfenrechtlich besser als ein Eigenbetrieb **quasi als „Schutzschild"** der Implementierung beihilfenrechtlicher Absicherungsmaßnahmen dienen.

II. Finanzierung

1. Rechnungslegung

Die Rechnungslegung in Gesellschaften privater Rechtsform in öffentlicher Hand ist der Stadt Köln bzw. der Beteiligungsverwaltung bekannt. Wir beschränken uns daher hier auf die folgenden Hinweise:

Maßgeblich für das Rechnungswesen juristisch verselbständigter kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform sind in erster Linie die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches, wobei nach kommunalrechtlichen Vorgaben regelmäßig die Vorschriften für große Kapitalgesellschaften im Dritten Buch des HGB anzuwenden sind (in NRW siehe § 108 Abs. 1 Nr. 8 GO), so dass die für kleine und mittelgroße Kapitalgesellschaften (zum Begriff siehe § 267 HGB) und Personengesellschaften eingeräumten Bilanzierungs- und Bewertungserleichterungen nicht zum Tragen kommen (ausführlich dazu *Breitenbach*, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Aufl. 2021, E. Verantwortung und Kontrolle Rn. 9ff., zitiert nach beck-online).

Für die GmbH sind daher insbesondere die Pflichten zu nennen, in den ersten drei Monaten des Geschäftsjahrs für das vergangene Geschäftsjahr einen Jahresabschluss aufzustellen (§ 242 Abs. 1 HGB), der aus der Jahresbilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung besteht und zudem nach § 264 Abs. 1 HGB ihren Jahresabschluss um einen Anhang zu erweitern (§§ 284 f. HGB) und einen Lage- oder Geschäftsbericht aufzustellen (§ 289 HGB).

Jahresabschluss und Geschäftsbericht sind darüber hinaus von einem sachverständigen Prüfer (Abschlussprüfer) zu prüfen (§§ 316 ff. HGB). Die Prüfungspflicht folgt kommunalrechtlich auch aus § 112 GO in Verbindung mit § 53 Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG).

Aus diesem Grund ist der Prüfungsauftrag bei einer kommunalen Gesellschaft um die Prüfung nach § 53 HGrG zu erweitern. Während der Abschlussprüfer nach den allgemeinen handelsrechtlichen Bestimmungen die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung nicht aktiv überprüfen muss, sondern nur die Pflicht hat, gem. § 321 Abs. 1 Satz 3 HGB über solche Gesetzesverstöße oder Unregelmäßigkeiten zu berichten, die ihm bei der vorgeschriebenen Abschlussprüfung aufgefallen sind, muss er nach § 53 HGrG die Prüfung der „Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung" auch darauf erstrecken, ob ungewöhnliche oder risikoreiche Geschäfte getätigt wurden und ob Gesetze, Satzung, Geschäftsordnung sowie Beschlüsse der Gesellschafterversammlung und des Aufsichtsrats eingehalten wurden (siehe dazu ausführlich *Weber*, in Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Aufl. 2021, D. Rechts- und Betriebsformen Rn. 504 ff., beck-online).

Die allein in der Vorzugsvariante vorgesehene Gründung einer Projektgesellschaft ermöglicht es aufgrund der für die Gesellschaft selbst vorzunehmenden Rechnungslegung und Buchführung, die wirtschaftlichen Konsequenzen des Entwicklungsvorhabens Kreuzfeld (zunächst) außerhalb des städtischen Haushalts abzubilden. Bei den übrigen Varianten 2 - 4 wäre dies nicht der Fall. Wir weisen aber darauf hin, dass in der Planungsphase des Projektes Verluste anfallen dürften. Diese Verluste wird die Gesellschaft nicht vollständig allein tragen können, da jedenfalls zunächst keinerlei Einnahmen gegeben sein werden, so dass hier die Gesellschafterin Stadt Köln zur Vermeidung einer finanziellen Schieflage der Gesellschaft die entsprechenden Verluste wird ausgleichen müssen.

2. Assets / Liegenschaften

a) Ausgangslage

Im Konzeptpapier „*Das Umsetzungsmodell für Kreuzfeld*" vom 20.04.2023 ist ausgeführt, dass die städtischen Grundstücke im Plangebiet im Eigentum der Stadt verbleiben – allein die Stadt nimmt auch etwaige Erbbauzinsen ein. Weiter sind wir über den Grundsatzbeschluss der Stadt Köln informiert worden, wonach dem Grunde nach die Vergabe von Erbbaurechten einer Veräußerung städtischer Flächen vorgezogen werden soll. Ausnah-

men sind zwar möglich, aber entsprechend zu begründen. Hinsichtlich der benötigen Flächen für Erschließung, Freiräume und Schulen/Kitas ist davon auszugehen, dass diese ohnehin bei der Stadt verbleiben.

b) Denkbare Gestaltungen

Die Vorzugsvariante lässt auch mit Blick auf die Assets größtmögliche Flexibilität zu.

Die Gestaltung, bei der die städtischen Flächen **vollständig im Eigentum der Stadt** verbleiben, ist mittels der Vorzugsvariante ohne weiteres umzusetzen. Die im Rahmen der Vorzugsvariante gegründete Gesellschaft wird dann gewissermaßen „als Dienstleister" für die Entwicklung des Gebiets, die Schaffung des Baurechts etc. in Kooperation mit dem Konsortium Kreuzfeld für die Stadt Köln als Auftraggeberin tätig werden. Die Stadt Köln könnte dann ab „Baureife" und dem Grundsatzbeschluss folgend einzelne Baufelder qua Erbbaurecht an dritte Interessenten (Bauträger, Wohngruppen etc.) vergeben, begleitet und unterstützt durch die Gesellschaft. Im Rahmen einer solchen Gestaltung ist indes zu berücksichtigen, dass die Gesellschaft dann keine „externen" eigenen Einnahmen hat, aus denen sie ihre Aufwände finanzieren könnte. Die „klassische" Exitstrategie einer Projektgesellschaft (Verkauf des entwickelten Projekts nach Abschluss) steht der Gesellschaft nicht zur Verfügung. Die erbrachten Dienstleistungen müssen daher von der Stadt Köln durch Dienstleistungsentgelte vergütet werden bzw. die notwendigen Finanzmittel müssten seitens der Stadt Köln als Gesellschafterin zur Verfügung gestellt werden. Die Stadt Köln könnte zudem die stadteigenen Flächen als Sicherheiten zur Verfügung stellen, um damit etwaige von der Gesellschaft für die laufende Finanzierung aufgenommene Darlehen zu besichern. Auch die dann irgendwann notwendige Ablösung dieser Darlehen müsste der Gesellschaft dann freilich ermöglicht werden.

Die zunächst noch ins Auge gefasste Variante, dass die stadteigenen Flächen **noch vor Beginn der Planungen und der Schaffung von Baureife/Baurecht** der gegründeten Gesellschaft **zu Eigentum übertragen** werden, kommt ausweislich des Konzeptpapiers nicht zum Tragen. Nach unserem Verständnis wäre damit der Grundsatzbeschluss der Stadt Köln zwar noch nicht berührt, denn die Flächen stünden nach wie vor zu 100 % unter städtischer Kontrolle. Im Rahmen der Übertragung der Flächen auf die Gesellschaft würde indes - sofern die Rechtsform einer GmbH gewählt wird - Grunderwerbssteuer anfallen, so dass die konkrete Ausgestaltung jeweils auch eng steuerlich begleitet werden

sollte. Nicht zwingend notwendige Flächenübertragungen sollten nach Möglichkeit vermieden werden. Der Verzicht auf die Übertragung von Grundflächen auf die Gesellschaft ist unseres Erachtens daher nachvollziehbar.

Ebenfalls möglich wäre noch, dass die Gesellschaft zunächst das Erbbaurecht an den entsprechenden Flächen erhält und dieses nach Abschluss der Planungen wieder an die Stadt zurücküberträgt. Auch hier gilt aber unser Hinweis, dass nicht zwingend erforderliche Übertragungsvorgänge zu vermeiden sind, damit nicht „ohne Not" ein Grunderwerbsteuertatbestand erfüllt wird. Zu beachten ist schließlich noch, dass die Erteilung von Unter- oder Teilerbbaurechten sehr kritisch zu bewerten ist, denn die vertragliche Verzahnung der in diesen Konstellationen gegebene verschiedenen Vertragsbeziehungen ist außerordentlich komplex und höchst streitanfällig. Zudem würde dies unserer Einschätzung nach einem sehr hohen Verwaltungsaufwand bei der Stadt bzw. der Gesellschaft führen.

c) Vereinbarkeit mit möglichen Umlegungsverfahren und bauabschnittsweiser Planung

Nach Ihrer Mitteilung werden im Rahmen der weiteren Planungen Umlegungsverfahren erforderlich bzw. „Mittel der Wahl" sein, um hinsichtlich der notwendigen Infrastruktur- und Erschließungsflächen die Flächen, die seitens der Stadt und der privaten Eigentümer dafür zur Verfügung gestellt werden müssen, entsprechend „zuzuschneiden". Die Umlegung dient zudem nicht nur zur Bereitstellung von Erschließungsflächen, sondern in erster Linie zur Bereitstellung baureifer Grundstücke, die nach Lage und Zuschnitt zu den Festsetzungen des Bebauungsplans passen. Sämtliche in diesem Zusammenhang notwendigen Flächentausche können über das Umlegungsverfahren erfolgen, ohne eine Grundsteuerpflicht auszulösen. Die Vorzugsvariante lässt sich mit diesen Umlegungsverfahren und auch mit der ins Auge gefassten bauabschnittsweisen Planung gut vereinbaren. Insbesondere sind Kooperationen mit Dritten schon in der Planungsphase ohne weiteres möglich.

Mittels der Vorzugsvariante hält sich die Stadt Köln insoweit alle Möglichkeiten offen. Auch das spricht für diese Variante.

3. Steuern

a) Ertragsteuern

Eine GmbH unterliegt mit ihren Gewinnen der Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer. Insoweit werden ihre Erträge **in gleicher Weise besteuert** wie die Betriebe gewerblicher Art der Stadt. Gewinne und Verluste entstehen dabei im Rahmen der Vorzugsvariante **zunächst nur auf Ebene der Projektgesellschaft** und wirken sich steuerlich erst im Falle von Gewinnausschüttungen oder bei der Liquidation der Gesellschaft als Aufgabegewinn oder -verlust auf die Stadt als Alleingesellschafterin aus.

Bezüglich der primär anzustrebenden Verwertung der Grundstücke durch Einräumung von Erbbaurechten wären ggfs. entstehende Gewinne, die die Projektgesellschaft aus den Erbbauzinsen erzielt, nach Ausgleich der in der Entwicklungsphase zu erwartenden Verluste körperschaftsteuerpflichtig. Eine Gewährung der Erbbaurechte unmittelbar durch die Stadt Köln könnte demgegenüber als reine Vermögensverwaltung im hoheitlichen, nicht der Ertragsbesteuerung unterworfenen Bereich geführt werden. Das spricht dafür, Erbbaurechte direkt durch die Stadt zu vergeben – ohne „Umweg" über die Gesellschaft.

Im Falle von Grundstücksveräußerungen unterläge bei der Projektgesellschaft ein Gewinn aus dem Wertzuwachs, den die Grundstücke mit Erlangung der Baureife erfahren, der Körperschaftsteuer. Grundstücksverkäufe durch die Stadt Köln stellen dagegen keinen – steuerpflichtigen – gewerblichen Grundstückshandel dar, da Verkäufe im Rahmen der kommunalen Boden- und Siedlungspolitik dem hoheitlichen Bereich zugeordnet werden (vgl. OFD NRW, Verfügung vom 27.11.1980, S 2705 – 45 – St 13 – 33).

b) Umsatzsteuer

Die Umsatzsteuerpflicht knüpft an die Ausführung von Lieferungen und Leistungen gegen Entgelt an und ist somit grundsätzlich rechtsformneutral. Alle entgeltlichen Leistungen der Projektgesellschaft unterliegen, sofern keine Steuerbefreiung greift, damit der Umsatzsteuer. Im Gegenzug kann die Vorsteuer für Eingangsumsätze, die zur Erbringung umsatzsteuerpflichtiger Leistungen bezogen werden, in Abzug gebracht werden.

Im Falle einer unmittelbaren Umsetzung des Projekts Kreuzfeld durch die Stadt Köln selbst könnte gegenüber der Umsetzung durch eine Gesellschaft Umsatzsteuer gespart werden, indem die Leistungen, die die Projektgesellschaft gegen Entgelt – und damit umsatzsteuerpflichtig – an die Stadt erbringt, als nicht steuerbare Innenumsätze innerhalb der Stadtverwaltung erbracht würden. Diesem Vorteil stünde aber der Verlust der Vorsteuerabzugsberechtigung für die Eingangsumsätze, also die Kosten für Leistungen, die von Dritten erbracht werden, als Nachteil gegenüber.

Allerdings ist auch die Projektgesellschaft nicht automatisch in vollem Umfang vorsteuerabzugsberechtigt, denn ein Recht zum Vorsteuerabzug besteht nur insoweit, als die bezogenen Leistungen wiederum zur Ausführung umsatzsteuerpflichtiger Umsätze verwendet werden. So sind Geschäfte, die der Grunderwerbsteuer unterliegen, also insbesondere die Übertragung von Grundstücken und die Einräumung oder Veräußerung von Erbbaurechten, gem. § 4 Nr. 9a) UStG von der Umsatzsteuer befreit. Auf diese Steuerbefreiung kann zur Erhaltung des Vorsteuerabzugs verzichtet werden, wenn der Umsatz an einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen ausgeführt wird (§ 9 Abs. 1 UStG) – bei einem Grundstücksgeschäft mit einem Nicht-Unternehmer, namentlich privaten Verbrauchern oder der öffentlichen Hand, ist diese Gestaltung dagegen nicht möglich, ebenso bei Geschäften mit Unternehmern, die umsatzsteuerfreie Leistungen ausführen. Dies stellt aber **keinen rechtsformspezifischen Nachteil** der Projektgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH dar.

Eine umsatzsteuerliche Organschaft zwischen der Stadt Köln und der Projektgesellschaft kommt hier schon mangels der dazu (unter anderem) erforderlichen personellen Verflechtung nicht in Betracht, denn die Geschäftsführung der Projektgesellschaft soll ein von außen kommender Dritter übernehmen. Auf eine nähere Darstellung dieser Rechtsfigur wird daher an dieser Stelle verzichtet.

c) Grunderwerbsteuer

Eine ausführliche Darlegung der Rechtslage zur Grunderwerbsteuer ist an dieser Stelle ebenfalls nicht erforderlich, da die Gesellschaft selbst weder von der Stadt Grundstücke noch Erbbaurechte erhalten und an Dritte weder Grundstücke veräußern oder Erbbaurechte einräumen soll.

Für Grundstücksgeschäfte mit Dritten, namentlich den Investoren, entsteht freilich in jedem Fall eine Grunderwerbsteuerpflicht, und zwar sowohl bei Übertragung der Grundstücke als auch bei Bestellung von Erbbaurechten, auch wenn dies durch die Stadt Köln selbst erfolgt. Diese Steuer wird aber üblicherweise vom Erwerber/Investor getragen und kann daher bei den weiteren Überlegungen außer Acht gelassen werden.

4. Förderungsfähigkeit

Hinsichtlich der Förderungsfähigkeit stellen sich bezüglich der Vorzugsvariante keine spezifischen Fragen. Es müssen freilich passende Förderprogramme identifiziert werden. Wir dürfen an dieser Stelle aber auf unsere nachstehenden Ausführungen zum Förderrecht verweisen, welches im Rahmen einer jedweden Förderung zu beachten sein wird.

III. Insolvenzfähigkeit / Insolvenzfestigkeit

Auch unter dem Blickwinkel des Insolvenzrechts spricht u. E. nichts gegen die Vorzugsvariante.

1. Insolvenzfähigkeit ist abstrakt zu bejahen

Zwar ist zunächst festzustellen, dass eine zu 100 % im Anteilsbesitz der Stadt Köln stehende Gesellschaft privater Rechtsform **dem Grunde nach insolvenzfähig** ist.

Im Vergleich zu Eigen- oder Regiebetrieben besitzt etwa eine GmbH eigenes Vermögen als Voraussetzung für eine Beschränkung der Haftung auf das Unternehmensvermögen und eine Insolvenzfähigkeit.

Eine GmbH wie auch eine GmbH & Co. KG kann insolvent werden, wenn die entsprechenden Voraussetzungen der Insolvenzordnung vorliegen - vgl. §§ 11ff. InsO, insbesondere §§ 15 und 15a InsO. Auch ist festzustellen, dass etwaiges Eigentum der jeweiligen Gesellschaft dann in die Insolvenzmasse fiele und vom Insolvenzverwalter zugunsten der Gläubigergesamtheit verwertet werden müsste.

2. Konkret aber kein erhöhtes Insolvenzrisiko

Wir meinen aber, dass dies vorliegend doch rein abstrakte Risiken sein sollten.

Die Stadt Köln als 100%-Gesellschafterin „ihrer Gesellschaft" hat es jederzeit in der Hand, den Eintritt einer Insolvenz zu verhindern.

Im Übrigen sind auch die weiteren untersuchten Varianten insolvenzrechtlich nicht „risikolos". Beispielsweise könnte etwa hinsichtlich der denkbaren Variante 3 (kooperative Entwicklung mit dem Konsortium) ein Mitglied des Konsortiums seinerseits insolvent werden. Im Eigentum dieses Konsortiumsmitglieds stehende Flächen im Entwicklungsgebiet wären dann ebenfalls dem Zugriff eines Insolvenzverwalters ausgesetzt und die weitere reibungslose Umsetzung des Projekts wäre jedenfalls in Frage gestellt.

Rein isoliert mit Blick auf die Stadt Köln betrachtet könnte ein theoretisches Insolvenzrisiko nur dann ausgeschlossen werden, wenn die Stadt Köln das Entwicklungsvorhaben komplett selbst „stemmen" würde. Als Kommune kann die Stadt Köln von Rechts wegen nicht insolvent werden, siehe § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO in Verbindung mit § 128 GO.

IV. Vergabe-, Beihilfen- und Förderrecht

1. Vergaberecht

Bei der Vorzugsvariante sind im Vergleich zu anderen Gestaltungsvarianten vergaberechtlich Vorteile zu erkennen, zumal für die bereits vorhandenen Gesellschaften ebenfalls mit einer Bindung an das europäische Vergaberecht zu rechnen ist..

Der Gesellschaftsvertrag der „StadtBau Kreuzfeld GmbH" kann in einer Weise gestaltet werden, bei der die Inhouse-Fähigkeit der Projektgesellschaft sichergestellt ist. Da die Stadt Köln 100 % der Gesellschaftsanteile in der Rechtsform GmbH halten soll, ist die Erfüllung des Kontrollkriteriums sichergestellt. Ebenso gibt es keine Beteiligung Privater. Offen ist insoweit nur noch eine wesentliche Betätigung (mehr als 80 %) der Gesellschaft im Zusammenhang mit Aufgaben, mit denen die Gesellschaft von der Stadt Köln „betraut" wird (vgl. § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB).

Nach h. M. genügt als „Betrauungsakt" i. S. d. § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB der Gesellschaftsvertrag. Hierin wäre das Betätigungsfeld der GmbH entsprechend zu definieren. Wenn die GmbH insoweit zu mehr als 80 % mit Aufgaben für die Stadt Köln befasst ist, sind die Voraussetzungen für Inhouse-Vergaben erfüllt. Anders als die Rechtsform AG (wie z.B.

GAG AG) ist die Rechtsform „GmbH" mithin ideal für eine Inhouse-Vergabe von möglichen Planungsleistungen an die Projektgesellschaft.

Demgegenüber ist davon auszugehen, dass eine Inhouse-Fähigkeit bei der GAG AG nicht gegeben ist. Zunächst handelt es sich um eine Aktengesellschaft; sofern kein Beherrschungsvertrag oder eine vergleichbare Regelung existiert, dürfte keine Kontrolle der Stadt Köln wie über eine eigene Dienststelle bestehen. Ausweislich des von uns eingesehen Handelsregisters ist kein Beherrschungsvertrag gegeben. Zudem sind neben der Stadt Köln verschiedene private Aktionäre an der Gesellschaft beteiligt, deren Beteiligung nicht gesetzlich vorgeschrieben sein dürfte (vgl. § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB). Spätestens daran scheitert die Inhouse-Fähigkeit der GAG AG.

Die StadtBau Kreuzfeld GmbH wird voraussichtlich die Voraussetzungen für eine Einstufung als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 2 GWB erfüllen. Mit der Entwicklung eines neuen Stadtteils erfüllt sie eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe. Von einer echten Gewinnerzielungsabsicht ist im Zusammenhang mit der Stadtteilentwicklung unserer Einschätzung nach nicht auszugehen. Vielmehr dürfte die Stadt Köln eine Zahlungsunfähigkeit der GmbH voraussichtlich nicht in Kauf nehmen, sondern würde, soweit erforderlich, eine Rekapitalisierung der Gesellschaft durchführen.

Die StadtBau Kreuzfeld GmbH wäre mithin **an das europäische Vergaberecht**, als juristische Person des Privatrechts allerdings nicht an das nationale Vergaberecht gebunden; auch darin **besteht ein Vorteil gegenüber dem Verbleib des Projekts in der Verwaltung**.

2. Beihilfenrecht

a) Kernaussagen zum Beihilfenrecht

Unabhängig von der Rechts- und Organisationsform werden bei der Gründung und während des „Lebenszyklus" der Projektgesellschaft **EU-beihilfenrechtliche Absicherungsmaßnahmen** erforderlich sein.

Ohne vorherige, ausdrückliche Genehmigung aus Brüssel oder eine andere EU-rechtlich anerkannte Freistellung sind staatliche Beihilfen an Unternehmen grundsätzlich **verboten** (es gilt das Beihilfenverbot).

Das Beihilfenverbot wird im deutschen Recht über die Rückführungspflicht der Mittel streng sanktioniert und muss daher zur Vermeidung von Rechtsnachteilen in allen Gestaltungsvarianten **strikt beachtet** werden.

Als öffentliches Unternehmen kann die Projektgesellschaft unabhängig von ihrer Rechtsform **gleichzeitig Empfänger als auch Geber verbotener Beihilfen** sein, wenn keine Absicherungsmaßnahmen ergriffen werden.

Das gilt somit für alle Varianten und selbst dann, wenn das Projekt in der Verwaltung selbst verbliebe, weil es für das Beihilfenrecht nur darauf ankommt, ob ein Betätigung in einem wettbewerblichen Markt stattfindet; letzteres trifft auf das Projekt teilweise zu.

Das Beihilfenrecht muss im Übrigen **auf allen Marktebenen** und während des gesamten Lebenszyklus der Gesellschaft beachtet werden, also bei Gründung, während des Tätigkeitszeitraums und auch gegenüber den potentiellen Vertragspartnern der Gesellschaft bis hin zur Abwicklung der Gesellschaft.

Die erforderlichen beihilfenrechtlichen Absicherungsmaßnahmen können **in der Rechtsform GmbH jedoch besser umgesetzt** werden als, bei einem Verbleib des Projekts in der Verwaltung, die für die wirtschaftlichen Betätigungen einen wirtschaftlich und organisatorisch abgrenzbaren Betrieb gewerblicher Art oder einen Regie- oder kommunalen Eigenbetrieb einrichten müsste; **die GmbH ist insofern nicht nur ein zivilrechtliches Haftungsschild für die Stadt Köln, sondern auch ein EU-beihilfenrechtliches.**

b) Erforderliche Absicherungsmaßnahmen

Die Projektgesellschaft wird unabhängig der Rechtsform zwei wesentliche EU-beihilfenrechtliche **Absicherungsmaßnahmen** umsetzen müssen, nämlich

1. eine Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Betätigungen der Gesellschaft **über eine strikte Trennungsrechnung**, weil bestimmte (nichtwirtschaftliche) Tätigkeiten der Gesellschaft nicht dem EU-Beihilfenverbot unterliegen und insoweit keine Grenzen für ihre Finanzierbarkeit erfahren;

2. eine Bewertung sämtlicher verbleibender *wirtschaftlicher* Betätigungen der Gesellschaft **anhand des sog. „Private Investor Tests"**, um stets nachweisen zu können, dass mit der Finanzierung oder Besicherung jener Betätigungen durch den Gesellschafter Stadt Köln keine EU-rechtlich verbotenen Vorteile verbunden sind.

aa) Erläuterung zu 1. – Erfordernis einer Trennungsrechnung

Selbst in einer privatisierten Einheit gelten nicht alle Betätigungen der öffentlichen Hand als Unternehmen im Sinne des EU-Beihilfenrechts; die Finanzierung jener Tätigkeiten ist damit per se keine verbotene Beihilfe an ein Unternehmen. Nicht als Unternehmen gelten z.B. das bloße **Halten von Kapital und Vermögen (bspw. Grundstücke)** ohne Marktbezug (Urteil des Gerichtshofs vom 10.01.2006, Cassa di Risparmio di Firenze SpA u. a., C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8, Rn. 107 bis 118 und 125), die **Erschließung und Revitalisierung von Grundstücken** (vgl. Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinn des Artikels107 AEUV, 2016/C 262/01, Ziffer 2.2. dort Rn. 17), die bloße **Mittelweiterleitung** ohne Marge und Gewinn sowie **untrennbar mit der Ausübung hoheitlicher Aufgaben (z.B. Stadt- und Regionalentwicklung) verbunden Organisationstätigkeiten** (Urteil des Gerichtshofs vom 12.07.2012, Compass-Datenbank, Rs. C 138/11, EU: C: 2012: 44). Solche nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten können auch in der Rechtsform einer GmbH im beliebigen Umfang finanziert werden, ohne in den Anwendungsbereich des EU-Beihilfenverbots zu geraten.

Wichtig ist jedoch, dass die vorgenannten **„nichtwirtschaftlichen" Tätigkeiten** strikt von den eindeutig unternehmerischen Betätigungen, wie z.B. **Vermarktung, Verpachtungen, Vermietung, etc.**, **buchhalterisch abgrenzt** werden; das muss über eine **Trennungsrechnung** geschehen; über diese kann sichergestellt werden, dass die Finanzierung der nichtwirtschaftlichen Bereiche nicht die „kommerziellen", marktfähigen Tätigkeiten subventioniert.

bb) Erläuterung zu 2. – der Private Investor Test:

Für alle verbleibenden, „echten" wirtschaftlichen Tätigkeiten der Gesellschaft muss über einen sog. **„Private-Investor-Test" (PIT)** nachgewiesen werden, dass es sich bei der jeweiligen Transaktion lediglich um **marktübliche Investitionen** oder eine **marktübliche Zurverfügungstellung von Liquidität** (über Einlagen oder verbürgte Darlehen), Sachmittel oder sonstige **marktübliche Transaktionen** handelt, die ein privater Dritter in gleichem Umfang getätigt hätte (Urteil des Gerichtshofs vom 11.07.1996, SFEI u. a., C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, Rn. 60 und 61).

Der **PIT** kann zudem nicht allgemein, **sondern er muss immer „transaktionsscharf" durchgeführt** werden, also für jede konkrete Betätigung als „Investor", „Verkäufer", „Verpächter", „Vermieter", etc., muss der einzelne „Business Case" daraufhin untersucht werden, ob er **marktüblich ist, also ob ein privater, langfristig denkender Investor die Entscheidung ebenfalls getroffen hätte** (Urteil des Gerichtshofs vom 05.06.2012, Kommission/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, Rn. 82 bis 85. Siehe auch Urteil des Gerichtshofs vom 24.10.2013, Land Burgenland/Kommission, verbundene Rechtssachen C-214/12 P, C-215/12 P und C-223/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, Rn. 61).

In gleicher Weise muss auch bei allen **Transaktionen gegenüber Dritten** verfahren werden: Waren und Dienstleistungen dürfen **nur zu marktüblichen Preisen eingekauft oder angeboten werden**. Idealerweise werden die Preise über wettbewerbliche Verfahren ermittelt, zumal die Gesellschaft als öffentliche Auftraggeberin gemäß § 99 GWB gelten dürfte (siehe dazu unsere vorstehenden Ausführungen).

c) **Handlungsempfehlung: Was muss bereits im Rahmen der Gründung der Gesellschaft EU-beihilfenrechtlich beachtet werden?**

Es sollte bereits im Gesellschaftsvertrag deutlich gemacht werden, dass von der Gesellschaft auch Aufgaben übernommen werden, die EU-wettbewerbsrechtlich der „hoheitlichen Sphäre" zuzurechnen sind. Hierbei müssen ggf. steuerrechtliche Implikationen berücksichtigt werden, vgl. § 2b UStG.

Um Kosten und Erlöse den „wirtschaftlichen" und „nichtwirtschaftlichen" Betätigungen der GmbH zuordnen zu können, sollte eine Verpflichtung zur entsprechenden Abgrenzung

dieser Bereiche über eine Trennungsrechnung gemäß den Grundsätzen des **Transparenzrichtlinie-Gesetz – TranspRLG** im Gesellschaftsvertrag verankert werden.

3. Förderrecht

Ein spezifisches Förderprogramm, dessen Voraussetzungen im aktuellen Projektstatus beachtet werden muss, ist aktuell noch nicht erkennbar; insofern kann eine konkrete Bewertung der Förderfähigkeit vorerst noch nicht erfolgen. Soweit ein Förderprogramm sich nicht ohnehin ausschließlich an Kommunen richtet, ist es jedoch in der Regel von Vorteil, wenn es sich bei dem Antragsteller um eine 100 %ige Eigengesellschaft einer Kommune handelt, die Inhouse-fähig ist; solche Eigengesellschaften sind oft förderrechtlich privilegiert.

Vorteil einer 100%igen Eigengesellschaft in der Rechtsform einer GmbH ist es zudem, dass der Gesellschaftsvertrag durch den Alleingesellschafter **jederzeit an besondere Förderbedingungen angepasst** werden kann, um die Antragsvoraussetzungen des Programms erfüllen zu können; schließlich wird in jedem Fall eine Förderung nur dann zulässig sein, wenn der Antragsteller einerseits EU-beihilfenrechtliche Restriktionen erfüllen kann und anderseits Vergaberecht beachtet; auch deswegen sind die vorbeschriebenen Restriktionen und Kautelen des EU-Vergabe- und Beihilfenrechts im Rahmen des Gesellschaftsvertrags zu beachten.

V. Offenheit bzgl. möglicher Kooperationen mit Dritten / Forum Kreuzfeld

Als Körperschaft des privaten Rechts kann ein Unternehmen in der Rechtsform der GmbH - anders als ein Eigenbetrieb oder Regiebetrieb (hier müsste jeweils die Stadt selbst Kooperationspartner werden, unter Beachtung der insoweit bestehenden rechtlichen Vorgaben) - eine Kooperation mit Dritten eingehen (vgl. *Gaß/Wurzel*, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Aufl. 2021, K. Entscheidungskriterien für die Wahl der Rechtsform, Rn. 28, zitiert nach beck-online: *„Grundsätzlich uneingeschränkte Kooperationsmöglichkeiten bestehen bei Privatrechtsformen wie der GmbH […].“*)

Die in der Vorzugsvariante vorgesehene enge Zusammenarbeit und Abstimmung mit dem Konsortium Kreuzfeld (diese ist mit Blick auf die Tatsache, dass ca. 20 % der im Plangebiet liegenden Flächen im Eigentum des Konsortiums stehen, bereits aus tatsächlichen Gründen zwingend) kann daher mittels der geplanten Projektgesellschaft verwirklicht werden.

VI. Schnittstellen zur Verwaltung / Kompetenzverteilung

Die im Rahmen der Vorzugsvariante zu gründende GmbH wäre eine der Stadt gegenüber eigenständige juristische Person des Privatrechts, die nicht unmittelbar in die Stadtverwaltung eingegliedert ist.

Die Steuerung und Kontrolle dieser Gesellschaft würde so erfolgen wie auch die Steuerung und Kontrolle der anderen Gesellschaften privaten Rechts, deren Gesellschafterin die Stadt ist. Maßgeblich sind insofern die §§ 107 ff. GO), der Public Corporate Governance Kodex (PCGK) der Stadt Köln (Fassung Ratsbeschluss 10. September 2020 mit Stand: Juni 2020) sowie die Geschäftsordnung des Rates und der Bezirksvertretung der Stadt Köln (insbesondere § 41 - Unterrichtung des Rates gem. § 113 Abs. 5 GO).

Hierzu im Einzelnen:

1. Vertretung der Stadt in der Gesellschafterversammlung

Die Stadt würde in den Gremien der GmbH (Gesellschafterversammlung, ggf. Aufsichtsrat und weitere Gesellschaftsgremien) durch eine vom Rat bestellte Vertreterin oder einen vom Rat bestellten Vertreter (§ 113 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 GO) vertreten. Die Vertreterinnen und Vertreter i. S. d. § 113 Abs. 2 Satz 1 GO sind gem. § 113 Abs. 1 Satz 2 GO an die Beschlüsse des Rates und seiner Ausschüsse gebunden.

Welche Person der Rat zur Vertreterin oder zum Vertreter bestellt, steht ihm frei. Dies könnte beispielsweise die Oberbürgermeisterin, die Stadtkämmerin, der Planungs- und Baudezernent oder ein anderes Mitglied des Verwaltungsvorstandes sein.

Sollte gesellschaftsrechtlich (in der Satzung der GmbH) vorgesehen sein, dass die Gremien der GmbH sich aus mehreren Personen zusammensetzen, muss die Oberbürger-

meisterin oder eine Bedienstete, ein Bediensteter der Stadt, die oder der von der Oberbürgermeisterin vorgeschlagen ist, zu den Gremienmitgliedern zählen (§ 113 Abs. 2 Satz 1 GO).

Der Rat hat am 07.06.2018 einen Grundsatzbeschluss hinsichtlich der Vertretung der Stadt in den Haupt- und Gesellschafterversammlungen sämtlicher Gesellschaften, an denen die Stadt unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, gefasst. Dieser Grundsatzbeschluss gilt (als eine Art Vorratsbeschluss) auch für neu hinzukommende Eigengesellschaften und Beteiligungsunternehmen (Vorlage 1753/2018). Der Beschluss bestimmt, dass Vertreterinnen die Oberbürgermeisterin und die Stadtkämmerin sind und dass, soweit sich die Oberbürgermeisterin die Vertretung nicht im konkreten Einzelfall selbst vorbehält, die Vertretung von der Stadtkämmerin wahrgenommen wird. Zudem trifft der Beschluss eine Regelung zur Stellvertretung.

Die Vertretung übt ihre Funktion auf der Grundlage der Beschlüsse des Rates und seiner Ausschüsse aus (Nr. 1.1.1 PCGK).

2. Ergänzend: Möglichkeit der Einrichtung eines Beirates

In Ergänzung zu den Kompetenzen des Rates und der Vertretung gem. § 113 GO in den Gremien der GmbH kann die Stadt einen Beirat in Bezug auf die GmbH einrichten. Die Stadt ist hinsichtlich der Bestimmung der Mitglieder des Beirats frei – sofern der Beirat allerdings als satzungsmäßiges Gremium der Gesellschaft eingerichtet wird, sind, insoweit einschränkend, die Regelungen des § 113 GO zu beachten.

Dem Beirat könnten etwa Mitglieder des Verwaltungsvorstandes, leitende Bedienstete der Stadt oder auch externe Fachleute o. ä. angehören. Dem Beirat könnte etwa die Beratung der Geschäftsführung in gestalterischen Fragen oder im Zusammenhang mit späteren Grundstücksvergaben übertragen werden oder auch Aufgaben der „Qualitätssicherung" bzgl. der Erfüllung des Gesellschaftszwecks bzw. hinsichtlich der Vorgaben des geplanten Vergabe- und Nutzungskonzepts. Rechtlich wäre ein solcher Beirat entweder in der Satzung der GmbH zu verankern oder er könnte auf rein schulrechtlicher Ebene etabliert werden. Dort oder auch in einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführung

könnte beispielsweise auch eine Informationspflicht der GmbH-Geschäftsführung gegenüber dem Beirat und/oder die Verpflichtung der Mitglieder der Geschäftsführung, an Sitzungen des Beirats teilzunehmen, verankert werden.

3. Einbindung des Lenkungskreises der Stadt

Wie bereits oben unter I. 2. Ausgeführt, kann außerhalb des Gesellschaftsvertrags auch, beispielsweise in einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführung, die Verpflichtung der Geschäftsführung verankert werden, regelmäßig dem städtischen Lenkungskreis als verwaltungsinternem Gremium zu berichten bzw. an den entsprechenden Sitzungen teilzunehmen.

VII. Gründungsmodalitäten und (Mindest-) Personalausstattung

Zur Vorbereitung der Gründung der Gesellschaft durch notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrags der GmbH sind die notwendigen „Grundlagendokumente" zu erstellen.

Der eigentliche Gesellschaftsvertrag respektive die Satzung der Gesellschaft wird unter Berücksichtigung der 100 %-Beteiligung der Stadt Köln im Grundsatz „schlank" gehalten werden können. Jedoch bedarf die Ausarbeitung der Regelungen zur Governance und zum Zusammenspiel mit dem denkbaren Beirat (das ist noch final zu bestimmen, es besteht hier letztlich „freie Hand") und dem Lenkungskreis der Stadt großer Sorgfalt und Aufmerksamkeit, damit die Gesellschaft „gut" agieren kann und die Gremien reibungslos ihrer jeweiligen Aufgabe nachkommen können.

Für die Gremien (Geschäftsführung, Beirat) sind namentlich Geschäftsordnungen für deren interne Struktur zu erarbeiten, die die gewünschten Kompetenzen der jeweiligen Gremien abbilden und die Gremien „arbeitsfähig" machen.

Als Mindestpersonalausstattung bedarf die gegründete GmbH **zunächst „nur" mindestens eines Geschäftsführers / einer Geschäftsführerin,** der/die im Zeitpunkt der Gründung zu bestellen ist. Weitere Mitarbeitende können dann mit zunehmendem Tätigkeitsumfang „anwachsen. Eine GmbH ist insoweit flexibel in der Personalwirtschaft; sie unterliegt nicht dem öffentlichen Dienstrecht, namentlich nicht der öffentlichen Tarifbindung

und kann damit dem Fachkräftemangel besser begegnen als ein öffentlich-rechtliches Unternehmen, weil auch eine außertarifliche Vergütungsstruktur möglich ist.

VIII. Aus Kommunal- und Haushaltsrecht folgende Rahmenbedingungen

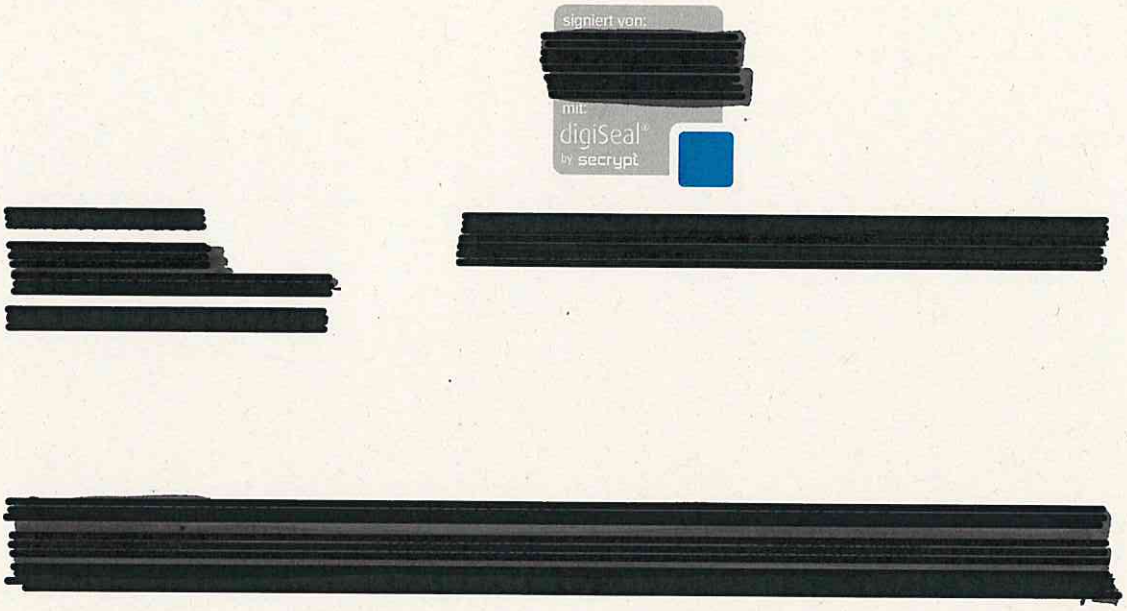
Hinsichtlich der Gründung der GmbH sowie der Ausgestaltung der Satzung der GmbH sind die Vorgaben der §§ 107 ff. GO zu beachten. Dies gilt insbesondere für die Vorgaben, die in § 108 GO zur Gestaltung des Gesellschaftsvertrages (hier: der GmbH-Satzung) einer städtischen Gesellschaft getroffen werden (Festlegung des öffentlichen Zwecks als Unternehmensgegenstand, Verankerung von Steuerungs- und Kontrollrechten der Stadt etc.). Wir würden hier anraten, den Gesellschaftsvertrag nach dem Vorbild der Gesellschaftsverträge der anderen städtischen Gesellschaften aufzusetzen, die sich in der Praxis der Beteiligungsverwaltung bereits bewährt haben.

Hinsichtlich der Befriedigung des Finanzbedarfs der GmbH durch die Stadt würden die allgemeinen Vorgaben der Gemeindeordnung zur Planung und Ausführung des städtischen Haushalts (§ 55 ff. GO) gelten.

D. Fazit

Aus den vorstehend dargestellten Gründen ist die erarbeitete Vorzugsvariante als Mischlösung, wie oben näher beschrieben, die u. E. am besten geeignete Struktur für die Realisierung des neuen Stadtteils Kreuzfeld.

CBH
RECHTSANWÄLTE

Sollten Sie zu einzelnen der angesprochenen Gesichtspunkte noch weitere bzw. vertiefende Ausführungen wünschen, sprechen Sie uns bitte gern jederzeit an. Auch stehen wir für Rückfragen natürlich gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen