

PPP

im öffentlichen Hochbau

Band II: Rechtliche Rahmenbedingungen

Teilband 1:
Zusammenfassung, Vertragsrechtliche Grundlagen,
Bundes- und Landeshaushaltsrecht, Kommunalrecht

August 2003

Inhaltsübersicht

| | |
|---|------------|
| Inhaltsverzeichnis | III |
| Abkürzungsverzeichnis | XX |
| Band II: Rechtliche Rahmenbedingungen | 1 |
| 1. Zielsetzung und Vorgehensweise | 1 |
| 2. Vorbemerkung: Public Private Partnerships im öffentlichen Hochbau | 1 |
| 3. Zusammenfassung | 3 |
| 4. Vertragsrechtliche Grundlagen | 76 |
| 5. Bundes- und Landeshaushaltsrecht..... | 146 |
| 6. Kommunalrecht | 200 |
| 7. Vergaberecht..... | 281 |
| 8. Steuerrecht..... | 389 |
| 9. Recht der öffentlichen Förderung..... | 489 |
| Rechtsprechungs- und Literaturverzeichnis..... | 522 |
| 1. Rechtsprechung | 522 |
| 2. Verwaltungsvorschriften und sonstige Stellungnahmen der öffentlichen Hand | 536 |
| 3. Literatur (Buchbeiträge, Aufsätze, Monographien) | 539 |

Inhaltsverzeichnis

Teilband 1:

| | |
|--------------------------|-----|
| Inhaltsverzeichnis | III |
|--------------------------|-----|

| | |
|-----------------------------|----|
| Abkürzungsverzeichnis | XX |
|-----------------------------|----|

| | |
|--|----------|
| Band II: Rechtliche Rahmenbedingungen | 1 |
|--|----------|

| | |
|--|----------|
| 1. Zielsetzung und Vorgehensweise | 1 |
|--|----------|

| | |
|---|----------|
| 2. Vorbemerkung: Public Private Partnerships im öffentlichen Hochbau | 1 |
|---|----------|

| | |
|---------------------------------|----------|
| 3. Zusammenfassung | 3 |
|---------------------------------|----------|

| | |
|---|---|
| 3.1 Vertragsmodelle bzw. Kooperationsformen (kurz vorgestellt)..... | 3 |
|---|---|

| | |
|--|---|
| 3.1.1 Die Vertragsmodelle im Überblick | 3 |
|--|---|

| | |
|---|---|
| 3.1.2 Vertragsmodelle I bis VII: Allgemeine Gemeinsamkeiten und Unterschiede..... | 4 |
|---|---|

| | |
|---|---|
| 3.1.3 PPP-Erwerbermodell (Vertragsmodell I) | 6 |
|---|---|

| | |
|---------------------------------------|---|
| 3.1.3.1 Aufgabenbereiche des AN | 6 |
|---------------------------------------|---|

| | |
|---------------------------------------|---|
| 3.1.3.2 Aufgabenbereiche des AG | 7 |
|---------------------------------------|---|

| | |
|---|---|
| 3.1.4 PPP-FMLeasingmodell (Vertragsmodell II) | 7 |
|---|---|

| | |
|---------------------------------------|---|
| 3.1.4.1 Aufgabenbereiche des AN | 7 |
|---------------------------------------|---|

| | |
|---------------------------------------|---|
| 3.1.4.2 Aufgabenbereiche des AG | 7 |
|---------------------------------------|---|

| | |
|--|---|
| 3.1.5 PPP-Vermietungsmodell (Vertragsmodell III) | 8 |
|--|---|

| | |
|---------------------------------------|---|
| 3.1.5.1 Aufgabenbereiche des AN | 8 |
|---------------------------------------|---|

| | |
|---------------------------------------|---|
| 3.1.5.2 Aufgabenbereiche des AG | 8 |
|---------------------------------------|---|

| | |
|---|---|
| 3.1.6 PPP-Inhabermodell (Vertragsmodell IV) | 9 |
|---|---|

| | |
|---------------------------------------|---|
| 3.1.6.1 Aufgabenbereiche des AN | 9 |
|---------------------------------------|---|

| | |
|---------------------------------------|----|
| 3.1.6.2 Aufgabenbereiche des AG | 10 |
|---------------------------------------|----|

| | |
|--|----|
| 3.1.7 PPP-Contractingmodell (Vertragsmodell V) | 10 |
|--|----|

| | |
|---------------------------------------|----|
| 3.1.7.1 Aufgabenbereiche des AN | 10 |
|---------------------------------------|----|

| | |
|---------------------------------------|----|
| 3.1.7.2 Aufgabenbereiche des AG | 11 |
|---------------------------------------|----|

| | |
|---|----|
| 3.1.8 PPP-Konzessionsmodell (Vertragsmodell VI) | 11 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| 3.1.9 PPP-Gesellschaftsmodell (Vertragsmodell VII)..... | 11 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| 3.2 Vertragsrechtliche Grundlagen | 12 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| 3.2.1 PPP-Erwerbermodell (Vertragsmodell I) | 12 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| 3.2.2 PPP-FMLeasingmodell (Vertragsmodell II) | 13 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| 3.2.3 PPP-Vermietungsmodell (Vertragsmodell III) | 14 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| 3.2.4 PPP-Inhabermodell (Vertragsmodell IV) | 15 |
|---|----|

| | | |
|-----------|--|----|
| 3.2.5 | PPP-Contractingmodell (Vertragsmodell V)..... | 16 |
| 3.2.6 | PPP-Konzessionsmodell (Vertragsmodell VI)..... | 17 |
| 3.2.7 | PPP-Gesellschaftsmodell (Vertragsmodell VII)..... | 18 |
| 3.3 | Bundes- und Landeshaushaltsrecht..... | 23 |
| 3.3.1 | Aufstellung des Haushaltsplans..... | 23 |
| 3.3.1.1 | Finanzplanung..... | 23 |
| 3.3.1.2 | Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen..... | 25 |
| 3.3.1.3 | Vorgaben für Verfügungen über staatliche Vermögensgegenstände und für Unternehmensbeteiligungen des Staates..... | 26 |
| 3.3.1.4 | Darstellung von Mitteln im Haushaltsplan..... | 27 |
| 3.3.2 | Haushaltsvollzug..... | 28 |
| 3.3.2.1 | Wirtschaftlichkeitsuntersuchung vor der Vergabe..... | 28 |
| 3.3.2.2 | Wirtschaftlichkeitsuntersuchung nach der Vergabe..... | 29 |
| 3.3.3 | Haushaltskontrolle durch die Rechnungshöfe..... | 29 |
| 3.4 | Kommunalrecht..... | 32 |
| 3.4.1 | Kommunale Aufgaben können in PPP-Strukturen wahrgenommen werden..... | 32 |
| 3.4.2 | Das Kommunale Haushaltswirtschaftsrecht stellt besondere Anforderungen an PPP-Modelle..... | 32 |
| 3.4.2.1 | Anforderungen an den Wirtschaftlichkeitsvergleich..... | 32 |
| 3.4.2.2 | Anforderungen an kreditähnliche Rechtsgeschäfte..... | 33 |
| 3.4.2.3 | Bürgschaften, Gewährverträge und dem wirtschaftlich gleichkommende Verträge..... | 34 |
| 3.4.2.4 | Vermögensveräußerungen und Nutzungsüberlassungen..... | 34 |
| 3.4.2.5 | Darstellung der PPP-Modelle in Gemeindehaushaltsplan und Anlagen..... | 34 |
| 3.4.2.5.1 | Verpflichtungsermächtigungen als Instrument für PPP-Verträge..... | 35 |
| 3.4.2.5.2 | Weitere Instrumente der haushaltsrechtlichen Darstellung von PPP-Verträgen..... | 36 |
| 3.4.3 | Das Vertragsmodell VII unterliegt einschränkenden Voraussetzungen..... | 36 |
| 3.4.4 | Gebühren und Entgelte – Anforderungen an das Vertragsmodell VI..... | 37 |
| 3.4.4.1 | Bei Trägerschaft der Einrichtung durch die Gemeinde..... | 37 |
| 3.4.4.2 | Bei Trägerschaft der Einrichtung durch den privaten Partner..... | 38 |
| 3.4.5 | Zuständigkeiten und Formalia - Maßgaben für den Entscheidungsablauf..... | 38 |
| 3.4.6 | Reformvorschläge..... | 38 |
| 3.4.6.1 | Reformvorschläge zum kommunalen Haushaltsrecht..... | 38 |
| 3.4.6.2 | Reformvorschläge zum Gebührenrecht..... | 40 |
| 3.5 | Vergaberecht..... | 42 |
| 3.5.1 | Anwendbarkeit des Vergaberechts..... | 42 |
| 3.5.2 | Abgrenzung von Bauleistung und Dienstleistung..... | 42 |
| 3.5.3 | Ausschreibungspflichten für die einzelnen PPP-Modelle..... | 42 |
| 3.5.4 | Vorbereitung von PPP-Vergaben..... | 45 |

| | | |
|----------|--|----|
| 3.5.5 | Parallelausschreibungen | 45 |
| 3.5.6 | Leistungsbeschreibung | 45 |
| 3.5.7 | Wahl der Verfahrensart | 46 |
| 3.5.8 | Mittelstandsaspekte..... | 46 |
| 3.5.9 | Durchführung des (Verhandlungs-)Verfahrens | 48 |
| 3.5.10 | Beteiligung voreingenommener Personen | 48 |
| 3.5.11 | Verhandlungsmöglichkeiten und ihre Grenzen | 48 |
| 3.5.12 | Änderungen während der Vertragslaufzeit..... | 49 |
| 3.5.13 | Risiken einer fehlerhaften Vergabe | 49 |
| 3.5.14 | Reformvorschläge | 50 |
| 3.5.14.1 | Generalübernehmervergabe | 50 |
| 3.5.14.2 | Abgrenzung der Anwendungsbereiche von VOB/A und VOL/A | 50 |
| 3.5.14.3 | Zulässigkeit flexibler Verhandlungsverfahren | 51 |
| 3.5.14.4 | Zulässigkeit nachträglicher Änderungen der Zusammensetzung eines Bieterkonsortiums..... | 52 |
| 3.5.14.5 | Projektantenproblematik und § 16 VgV | 52 |
| 3.5.15 | EU-Legislativpaket | 52 |
| 3.6 | Steuerrecht | 54 |
| 3.6.1 | Grundsätzliches..... | 54 |
| 3.6.2 | Steuerrechtliche Fragen im Prozessablauf | 54 |
| 3.6.3 | Gewinnrealisierung zum Anfang versus pro rata temporis | 55 |
| 3.6.4 | Umsatzsteuerliche Mehrmütterorganschaft | 55 |
| 3.6.5 | Vertragsmodell I | 56 |
| 3.6.6 | Umsatzsteuerliche Behandlung von Vertragsmodell II und III | 57 |
| 3.6.7 | Vertragsmodelle I, II, IV und VI: Abgrenzung Umsatzsteuer - Grunderwerbsteuer | 58 |
| 3.6.8 | Vertragsmodell IV..... | 59 |
| 3.6.9 | Vertragsmodell VI..... | 60 |
| 3.6.10 | Steuerlich bedingte Wettbewerbsverzerrungen und Lösungsansätze..... | 62 |
| 3.6.11 | Steuerliche Vergleichsrechnungen..... | 64 |
| 3.7 | Recht der öffentlichen Förderung | 66 |
| 3.7.1 | PPP-Modelle sind förderfähig..... | 66 |
| 3.7.2 | Kriterium: Eigentumsübergang..... | 66 |
| 3.7.3 | Gebot der Wirtschaftlichkeit | 67 |
| 3.7.4 | Empfänger und Weiterleitung von Zuwendungen | 67 |
| 3.7.5 | Vergabepflicht nach Förderungsbewilligung | 68 |
| 3.7.6 | Beihilfetatbestand der öffentlichen Förderung | 68 |
| 3.7.7 | Empfehlungen | 69 |
| 3.8 | Synopse: Geltende Rechtslage und Reformvorschläge..... | 70 |

| | | |
|-----------|---|-----------|
| 4. | Vertragsrechtliche Grundlagen | 76 |
| 4.1 | Vorbemerkung | 76 |
| 4.2 | Vertragsmodell I..... | 76 |
| 4.2.1 | Vertragliche Strukturelemente..... | 76 |
| 4.2.1.1 | Leistungsumfang..... | 76 |
| 4.2.1.2 | PPP-typische Risikoverteilung | 79 |
| 4.2.1.3 | Laufzeit..... | 81 |
| 4.2.1.4 | Verwertung des Gebäudes am Ende der Vertragslaufzeit durch „Transfer“ auf den AG | 82 |
| 4.2.1.5 | Entgelt / Finanzierung | 82 |
| 4.2.2 | Variations- und Ausgestaltungsmöglichkeiten | 83 |
| 4.2.2.1 | Gebäudeeigentum beim AN / Transfer auf AG | 83 |
| 4.2.2.2 | Ausgestaltung des Betriebs- und Nutzungsverhältnisses..... | 85 |
| 4.2.2.3 | Besonderheiten beim sog. Vereinbarungsdarlehen..... | 87 |
| 4.2.2.4 | Vereinbarung einer einheitlichen Gesamtleistung | 87 |
| 4.2.3 | Zivilrechtliche Qualifikation..... | 88 |
| 4.2.3.1 | Zuordnung zu gesetzlichen Vertragstypen / Typenkombinationsvertrag..... | 88 |
| 4.2.3.2 | Anwendbares Recht..... | 90 |
| 4.2.3.3 | Abgrenzung zu anderen Vertragstypen | 94 |
| 4.2.4 | Anwendungsfelder für Vertragsmodell I | 94 |
| 4.3 | Vertragsmodell II..... | 94 |
| 4.3.1 | Vertragliche Strukturelemente..... | 94 |
| 4.3.1.1 | Leistungsumfang..... | 94 |
| 4.3.1.2 | PPP-typische Risikoverteilung | 96 |
| 4.3.1.3 | Laufzeit..... | 99 |
| 4.3.1.4 | Verwertung durch den Leasinggeber (AN) | 100 |
| 4.3.1.5 | Entgelt / Finanzierung | 100 |
| 4.3.2 | Variations- und Ausgestaltungsmöglichkeiten | 101 |
| 4.3.2.1 | Gebäudeeigentum beim AN / Transfer auf AG | 101 |
| 4.3.2.2 | Ausgestaltung des Betriebs- und Nutzungsverhältnisses..... | 102 |
| 4.3.2.3 | Besonderheiten bei „Sale-and-lease-back“-Verträgen..... | 103 |
| 4.3.3 | Zivilrechtliche Qualifikation..... | 104 |
| 4.3.3.1 | Zuordnung zu gesetzlichen Vertragstypen / Typenkombinationsvertrag... | 104 |
| 4.3.3.2 | Anwendbares Recht..... | 104 |
| 4.3.3.3 | Abgrenzung zu anderen Vertragstypen | 106 |
| 4.3.4 | Verwendungsmöglichkeiten von Vertragsmodell II | 106 |
| 4.4 | Vertragsmodell III..... | 107 |
| 4.4.1 | Vertragliche Strukturelemente..... | 107 |
| 4.4.1.1 | Leistungsumfang..... | 107 |
| 4.4.1.2 | PPP-typische Risikoverteilung | 108 |

| | | |
|---------|---|-----|
| 4.4.1.3 | Laufzeit..... | 109 |
| 4.4.1.4 | Verwertung durch den Vermieter (AN)..... | 110 |
| 4.4.1.5 | Entgelt / Finanzierung | 110 |
| 4.4.2 | Gestaltungsmöglichkeiten | 111 |
| 4.4.2.1 | Gebäudeeigentum beim AN / Transfer auf AG | 111 |
| 4.4.2.2 | Ausgestaltung des Betriebs- und Nutzungsverhältnisse | 112 |
| 4.4.3 | Zivilrechtliche Qualifikation..... | 112 |
| 4.4.3.1 | Typenkombinationsvertrag..... | 112 |
| 4.4.3.2 | Anwendbares Recht..... | 112 |
| 4.4.3.3 | Abgrenzung zu anderen Vertragstypen | 113 |
| 4.4.4 | Verwendungsmöglichkeiten von Vertragsmodell III | 113 |
| 4.5 | Vertragsmodell IV | 114 |
| 4.5.1 | Vertragliche Strukturelemente..... | 114 |
| 4.5.1.1 | Leistungsumfang..... | 114 |
| 4.5.1.2 | PPP-typische Risikoverteilung | 115 |
| 4.5.1.3 | Laufzeit..... | 116 |
| 4.5.1.4 | Verwertung durch den AG..... | 117 |
| 4.5.1.5 | Entgelt / Finanzierung | 117 |
| 4.5.1.6 | Gebäudeeigentum beim AG oder AN/ggf. Transfer des Eigentums auf AG | 117 |
| 4.5.1.7 | Ausgestaltung des Betriebs- und Nutzungsverhältnisses..... | 119 |
| 4.5.1.8 | Besonderheit: Mogendorfer Modell..... | 119 |
| 4.5.1.9 | Vereinbarung einer einheitlichen Gesamtleistung | 120 |
| 4.5.2 | Zivilrechtliche Qualifikation..... | 121 |
| 4.5.2.1 | Typenkombinationsvertrag..... | 121 |
| 4.5.2.2 | Anwendbares Recht..... | 121 |
| 4.5.2.3 | Abgrenzung zu anderen Vertragstypen | 124 |
| 4.5.3 | Verwendungsmöglichkeiten von Vertragsmodell IV | 124 |
| 4.6 | Vertragsmodell V | 124 |
| 4.6.1 | Vertragliche Strukturelemente..... | 124 |
| 4.6.1.1 | Leistungsumfang..... | 124 |
| 4.6.1.2 | PPP-typische Risikoverteilung | 127 |
| 4.6.1.3 | Laufzeit..... | 128 |
| 4.6.1.4 | Verwertung durch den AG..... | 128 |
| 4.6.1.5 | Entgelt / Finanzierung | 128 |
| 4.6.2 | Variations- und Ausgestaltungsmöglichkeiten | 130 |
| 4.6.2.1 | „Anlageneigentum“ beim AN / „Transfer“ auf AG..... | 130 |
| 4.6.2.2 | Ausgestaltung des Betriebs- und Nutzungsverhältnisses..... | 131 |
| 4.6.3 | Zivilrechtliche Qualifikation..... | 131 |
| 4.6.3.1 | Typenkombinationsvertrag..... | 131 |

| | | |
|-----------|--|------------|
| 4.6.3.2 | Anwendbares Recht..... | 131 |
| 4.6.3.3 | Abgrenzung zu anderen Vertragstypen | 133 |
| 4.6.4 | Verwendungsmöglichkeiten von Vertragsmodell V..... | 133 |
| 4.7 | Vertragsmodell VI | 133 |
| 4.7.1 | Grundstruktur..... | 133 |
| 4.7.2 | Entgelt bzw. Gebühr / Drittnutzerfinanzierung | 134 |
| 4.7.3 | Verwertung durch AN | 135 |
| 4.7.4 | Rechtliche Qualifikation..... | 136 |
| 4.7.5 | Anwendungsbereiche für das Vertragsmodell VI..... | 137 |
| 4.8 | Vertragsmodell VII | 138 |
| 4.8.1 | Grundstruktur..... | 138 |
| 4.8.2 | Überblick über relevante Gesellschaftsformen | 138 |
| 4.8.3 | Kapitalgesellschaften | 139 |
| 4.8.3.1 | Aktiengesellschaft | 139 |
| 4.8.3.2 | Gesellschaft mit beschränkter Haftung | 139 |
| 4.8.4 | Personengesellschaften | 141 |
| 4.8.4.1 | Offene Handelsgesellschaft | 141 |
| 4.8.4.2 | Kommanditgesellschaft | 142 |
| 4.8.4.3 | Gesellschaft bürgerlichen Rechts | 143 |
| 4.8.5 | Anwendbarkeit auf PPP-Projekte | 143 |
| 5. | Bundes- und Landeshaushaltsrecht..... | 146 |
| 5.1 | Aufstellung des Haushaltsplans | 146 |
| 5.1.1 | Finanzplanung..... | 147 |
| 5.1.1.1 | Kredit | 148 |
| 5.1.1.2 | Investition | 153 |
| 5.1.1.3 | Der Kredit- und Investitionsbegriff in den VGR | 155 |
| 5.1.1.4 | Stellungnahme | 156 |
| 5.1.1.4.1 | PPP als Kredit und Investition nach deutscher Verwaltungspraxis | 157 |
| 5.1.1.4.2 | PPP als Kredit und Investition nach dem ESVG 1995..... | 158 |
| 5.1.1.4.3 | Vorschlag: Keine Anpassung der geltenden Begrifflichkeiten bei kameralistischer Haushaltsführung..... | 158 |
| 5.1.2 | Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen..... | 159 |
| 5.1.2.1 | Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen vor der Verabschiedung des Haushaltsplans..... | 162 |
| 5.1.2.2 | Form, Inhalt und Begründungstiefe der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung.. | 162 |
| 5.1.3 | Vorgaben für Verfügungen über staatliche Vermögensgegenstände und für Unternehmensbeteiligungen des Staates | 163 |
| 5.1.3.1 | Vorgaben für Verfügungen über Sachen | 163 |
| 5.1.3.1.1 | § 63 BHO/LHO | 164 |

| | | |
|-----------|---|-----|
| 5.1.3.1.2 | § 64 BHO/LHO | 165 |
| 5.1.3.2 | Vorgaben für Unternehmensbeteiligungen | 166 |
| 5.1.3.2.1 | Voraussetzungen einer Bundesbeteiligung | 166 |
| 5.1.3.2.2 | Einwilligungsvorbehalte des Finanzministeriums und des für das Bundesvermögen zuständigen Bundesministeriums | 167 |
| 5.1.3.3 | Bedeutung für die einzelnen PPP-Vertragsmodelle..... | 168 |
| 5.1.3.3.1 | Vertragsmodelle I und II..... | 168 |
| 5.1.3.3.2 | Vertragsmodell III..... | 169 |
| 5.1.3.3.3 | Vertragsmodelle IV und V | 170 |
| 5.1.3.3.4 | Vertragsmodell VI..... | 170 |
| 5.1.3.3.5 | Vertragsmodell VII..... | 170 |
| 5.1.4 | Darstellung der Mittel für PPP-Hochbauprojekte im Haushaltsplan..... | 171 |
| 5.1.4.1 | Allgemein..... | 171 |
| 5.1.4.2 | PPP-Erwerbermodell..... | 173 |
| 5.1.4.2.1 | Veranschlagung im Bund und in den Ländern..... | 173 |
| 5.1.4.2.2 | Buchung gemäß dem ESVG 1995..... | 175 |
| 5.1.4.3 | PPP-FMLeasingmodell | 176 |
| 5.1.4.3.1 | Veranschlagung im Bund und in den Ländern..... | 177 |
| 5.1.4.3.2 | Buchung gemäß dem ESVG 1995..... | 179 |
| 5.1.4.4 | PPP-Vermietungsmodell | 181 |
| 5.1.4.4.1 | Veranschlagung im Bund und in den Ländern..... | 181 |
| 5.1.4.4.2 | Buchung gemäß dem ESVG 1995..... | 181 |
| 5.1.4.5 | PPP-Inhabermodell | 181 |
| 5.1.4.5.1 | Veranschlagung im Bund und in den Ländern..... | 181 |
| 5.1.4.5.2 | Buchung gemäß dem ESVG 1995..... | 182 |
| 5.1.4.6 | PPP-Contractingmodell..... | 183 |
| 5.1.4.6.1 | Veranschlagung im Bund und in den Ländern..... | 183 |
| 5.1.4.6.2 | Buchung gemäß dem ESVG 1995..... | 183 |
| 5.1.4.7 | PPP-Konzessionsmodell..... | 183 |
| 5.1.4.7.1 | Veranschlagung im Bund und in den Ländern..... | 184 |
| 5.1.4.7.2 | Buchung gemäß dem ESVG 1995..... | 185 |
| 5.1.4.8 | PPP-Gesellschaftsmodell..... | 185 |
| 5.1.4.8.1 | Veranschlagung im Bund und in den Ländern..... | 185 |
| 5.1.4.8.2 | Buchung gemäß dem ESVG 1995..... | 186 |
| 5.1.4.9 | Stellungnahme | 186 |
| 5.2 | Haushaltsvollzug..... | 187 |
| 5.2.1 | Wirtschaftlichkeitsuntersuchung vor der Vergabe..... | 188 |
| 5.2.1.1 | Inhalt..... | 188 |
| 5.2.1.2 | Methoden | 189 |
| 5.2.2 | Wirtschaftlichkeitsuntersuchung nach der Vergabe | 190 |

| | | |
|-----------|--|------------|
| 5.3 | Haushaltskontrolle durch die Rechnungshöfe des Bundes und der Länder | 190 |
| 5.3.1 | Prüfungsrechte im Rahmen der Prüfung der Haushalts- und Wirtschaftsführung..... | 191 |
| 5.3.1.1 | PPP-Vertragsmodelle I bis VI als Verträge, die unmittelbar den Preisvorschriften für öffentliche Aufträge unterliegen | 191 |
| 5.3.1.1.1 | Verträge, deren Gegenstand die Erbringung von Leistungen gegen Entgelt ist | 191 |
| 5.3.1.1.2 | Prüfungsrecht der Rechnungshöfe | 191 |
| 5.3.1.2 | Beteiligung des Bundes an privatrechtlichen Unternehmen | 192 |
| 5.3.1.2.1 | Mehrheitsbeteiligung | 192 |
| 5.3.1.2.2 | Minderheitsbeteiligung | 193 |
| 5.3.1.2.3 | Besondere Vereinbarung | 194 |
| 5.3.1.3 | Zuwendungen entsprechend § 23 BHO..... | 195 |
| 5.3.1.4 | Andere Förderung als durch Zuwendung | 195 |
| 5.3.1.5 | Auswirkungen der Prüfungsrechte des BRH auf die Prüfung von PPP- Vertragsmodellen | 196 |
| 5.3.2 | Vorabprüfung von PPP-Projekten durch die Rechnungshöfe..... | 197 |
| 5.3.2.1 | Mitwirkung an der Aufstellung des Haushaltsplanes | 197 |
| 5.3.2.2 | Beratungstätigkeit außerhalb der regulären Prüfungstätigkeit..... | 197 |
| 5.3.2.2.1 | BHO | 197 |
| 5.3.2.2.2 | LHO..... | 198 |
| 5.3.2.2.3 | Vorabbegutachtung einzelner PPP-Projekte | 198 |
| 5.4 | Reformvorschläge für das Haushaltsrecht zur Förderung von PPP | 198 |
| 6. | Kommunalrecht | 200 |
| 6.1 | Kommunale Aufgabenwahrnehmung | 200 |
| 6.1.1 | Ausschließliche Aufgabenzuweisung an die Kommunen..... | 200 |
| 6.1.2 | Freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben | 203 |
| 6.1.3 | Kommunale Selbstverwaltungsgarantie..... | 204 |
| 6.1.4 | Pflicht zur Berücksichtigung von PPP bei der gemeindlichen Aufgabenwahrnehmung | 206 |
| 6.2 | Kommunales Haushaltswirtschaftsrecht..... | 207 |
| 6.2.1 | Allgemeine Grundsätze und Wirtschaftlichkeitsvergleich | 207 |
| 6.2.2 | Kommunalhaushaltsrechtliche Vorgaben an PPP-Projekte..... | 211 |
| 6.2.2.1 | Vorgaben an eine Kreditaufnahme | 211 |
| 6.2.2.2 | Kreditähnliche Geschäfte | 214 |
| 6.2.2.2.1 | Genehmigungsvorbehalt..... | 214 |
| 6.2.2.2.2 | Kreditähnlichkeit..... | 215 |
| 6.2.2.2.3 | Vertragsmodelle I, IV, V | 216 |
| 6.2.2.2.4 | Vertragsmodell II | 216 |

| | | |
|-----------|---|-----|
| 6.2.2.2.5 | Vertragsmodell III | 217 |
| 6.2.2.2.6 | Vertragsmodelle VI und VII | 218 |
| 6.2.2.2.7 | Genehmigungsvoraussetzungen bei kreditähnlichen Geschäften | 218 |
| 6.2.2.3 | Vorgaben an Bürgschaften, Gewährverträge und sonstige Sicherheiten.. | 222 |
| 6.2.2.3.1 | Einordnung..... | 222 |
| 6.2.2.3.2 | Voraussetzungen | 223 |
| 6.2.2.3.3 | Sonderfall: Fortfaitierung nach dem sog. Mogendorfer Modell..... | 225 |
| 6.2.2.4 | Vermögensveräußerungen, Nutzungsüberlassungen und Vermögenserwerb | 225 |
| 6.2.2.4.1 | Aufgabenbindung | 226 |
| 6.2.2.4.2 | Genehmigungsbedürftigkeit | 228 |
| 6.2.3 | Darstellung der PPP-Vertragsmodelle in Gemeindehaushaltsplan und Anlagen | 229 |
| 6.2.3.1 | Zuordnung zum Vermögens- oder Verwaltungshaushalt | 229 |
| 6.2.3.2 | Zeitpunkt der Veranschlagung | 233 |
| 6.2.3.3 | Anforderungen an Verpflichtungsermächtigungen..... | 235 |
| 6.2.3.4 | Einstellung in die Finanzplanung | 237 |
| 6.2.3.4.1 | Langfristige Verpflichtungen | 237 |
| 6.2.3.4.2 | Vorsorge für spätere Optionen..... | 238 |
| 6.2.4 | Weitere Anforderungen des kommunalen Haushaltsrechts..... | 238 |
| 6.2.4.1 | Vorbericht zum Haushaltsplan | 239 |
| 6.2.4.2 | Schuldenübersicht bzw. Vermögensrechnung..... | 239 |
| 6.2.5 | Ergebnis | 240 |
| 6.3 | Kommunale Unternehmen - Voraussetzungen für das Vertragsmodell VII | 240 |
| 6.3.1 | Wirtschaftliche Unternehmen | 241 |
| 6.3.2 | Öffentlicher Zweck..... | 244 |
| 6.3.3 | Leistungsfähigkeit..... | 245 |
| 6.3.4 | Subsidiarität..... | 245 |
| 6.3.5 | Wirtschaftliche Unternehmen in Privatrechtsform | 247 |
| 6.3.6 | Nichtwirtschaftliche Unternehmen in Privatrechtsform..... | 250 |
| 6.3.7 | Begrenzung wirtschaftlicher Betätigung auf das Gemeindegebiet | 252 |
| 6.3.8 | Weitere für PPP relevante Vorschriften | 254 |
| 6.3.9 | Durchsetzung der kommunalwirtschaftsrechtlichen Voraussetzungen..... | 255 |
| 6.3.9.1 | Rechtsschutz gegen kommunale Wettbewerbsteilnahme | 255 |
| 6.3.9.2 | Kommunalaufsicht..... | 256 |
| 6.4 | Gebühren und Entgelte - Besonderheiten beim PPP-Konzessionsmodell | 257 |
| 6.4.1 | Öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses..... | 257 |
| 6.4.1.1 | Öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis | 257 |
| 6.4.1.2 | Gebührenrechtliche Grundsätze | 259 |
| 6.4.1.3 | Entgelte für Fremdleistungen | 262 |

| | | |
|-----------|---|------------|
| 6.4.2 | Geltung gebührenrechtlicher Grundsätze bei privatrechtlicher Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses..... | 267 |
| 6.4.2.1 | Betrieb durch die Gemeinde | 267 |
| 6.4.2.2 | Betrieb durch ein von der Gemeinde beherrschtes gemischt-wirtschaftliches Unternehmen | 268 |
| 6.4.2.3 | Betrieb durch Privaten..... | 269 |
| 6.5 | Anschluss- und Benutzungszwang..... | 269 |
| 6.6 | Zuständigkeiten und Formalia | 270 |
| 6.6.1 | Außenvertretung..... | 271 |
| 6.6.2 | Interne Zuständigkeit..... | 271 |
| 6.6.3 | Beteiligungserfordernisse | 272 |
| 6.7 | Reformvorschläge..... | 273 |
| 6.7.1 | Reformvorschläge für das Recht kommunaler Unternehmen..... | 273 |
| 6.7.1.1 | Vorschriften für Kooperationen zwischen Staat und Privaten..... | 273 |
| 6.7.1.2 | Bundesrechtliche Regelung des Rechts der öffentlichen Unternehmen? . | 275 |
| 6.7.2 | Reformvorschläge für das kommunale Haushaltswirtschaftsrecht | 275 |
| 6.7.2.1 | Abbau von Genehmigungsvorbehalten..... | 275 |
| 6.7.2.2 | Vermögensveräußerungen | 276 |
| 6.7.2.3 | Veranschlagung im Haushaltsplan..... | 277 |
| 6.7.2.4 | Weiterentwicklung der Erlasse und Verwaltungsvorschriften | 278 |
| 6.7.3 | Entgeltregulierung | 279 |
| 7. | Vergaberecht..... | 281 |
| 7.1 | Grundlagen | 281 |
| 7.2 | Adressaten des Vergaberechts | 281 |
| 7.3 | Öffentlicher Auftrag..... | 283 |
| 7.3.1 | Auftragsarten im Sinne des Vergaberechts und ihre Abgrenzung..... | 283 |
| 7.3.1.1 | Bau / Dienstleistungsaufträge | 283 |
| 7.3.1.2 | Konzessionen..... | 287 |
| 7.3.1.3 | Schwellenwerte | 290 |
| 7.3.2 | Ausschreibungsfreie Immobiliengeschäfte im Sinne von § 100 Abs. 2 lit. h) GWB..... | 291 |
| 7.3.3 | Beschaffungscharakter / Veräußerungsgeschäfte | 293 |
| 7.3.4 | Gründung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen | 298 |
| 7.4 | Ausschreibungsregime für die untersuchten PPP-Modelle | 301 |
| 7.4.1 | Ausschreibungspflichten für den Auftraggeber | 301 |
| 7.4.2 | Ausschreibungspflichten für die Vergabe von Aufträgen auf der „2. Stufe“ | 305 |
| 7.5 | Auswahl des anwendbaren Vergabeverfahrens..... | 308 |
| 7.5.1 | Arten des Vergabeverfahrens | 308 |
| 7.5.2 | Verhandlungsverfahren | 309 |

| | | |
|-----------|--|------------|
| 7.5.2.1 | Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens | 309 |
| 7.5.2.2 | Ablauf eines Verhandlungsverfahrens | 313 |
| 7.5.3 | Neue Verfahrensarten nach dem Legislativpaket der EU | 319 |
| 7.6 | Mittelstandsaspekte des Vergaberechts..... | 326 |
| 7.7 | Durchführung des Vergabeverfahrens | 341 |
| 7.7.1 | Vorbereitung und Voraussetzungen..... | 341 |
| 7.7.2 | Fristen und Zeitplan..... | 343 |
| 7.7.3 | Ausgeschlossene Personen, Interessenkonflikte, Projektanten | 344 |
| 7.7.4 | Teilnahmewettbewerb | 351 |
| 7.7.5 | Vergabeunterlagen..... | 352 |
| 7.7.5.1 | Vergabebedingungen | 353 |
| 7.7.5.2 | Leistungsbeschreibung | 354 |
| 7.7.5.3 | Eignungskriterien..... | 356 |
| 7.7.5.4 | Zuschlagskriterien | 357 |
| 7.7.5.5 | Zulassung von Nebenangeboten | 360 |
| 7.7.5.6 | Angebotswertung | 361 |
| 7.7.5.7 | Zuschlag, Vertragsschluss und Informationspflicht nach § 13 VgV..... | 363 |
| 7.8 | Zulässigkeit von Parallelausschreibungen | 365 |
| 7.9 | Behandlung von Konsortien | 371 |
| 7.10 | Bieterkonferenzen..... | 374 |
| 7.11 | Änderung der Leistungsbeschreibung im Verhandlungsverfahren | 375 |
| 7.12 | Vergaberechtliche Einflüsse auf die Leistungsphase..... | 378 |
| 7.13 | Aufhebung des Vergabeverfahrens..... | 379 |
| 7.14 | Nachprüfungsverfahren/Bieterrechtsschutz | 383 |
| 7.15 | Vertragsnichtigkeit bei sog. de-facto-Vergaben | 386 |
| 8. | Steuerrecht..... | 389 |
| 8.1 | Ausgangssituation und methodisches Vorgehen | 389 |
| 8.1.1 | Funktionaler PPP-Ansatz als Ausgangspunkt..... | 389 |
| 8.1.2 | Entscheidungsorientierter Untersuchungsansatz..... | 390 |
| 8.1.3 | Steuerneutralität als Ziel beim Wirtschaftlichkeitsvergleich | 390 |
| 8.1.4 | Aufbau der Untersuchung und methodisches Vorgehen | 391 |
| 8.2 | Darstellung der grundsätzlichen steuerlichen Rahmenbedingungen und Probleme bei PPP-Maßnahmen im öffentlichen Hochbau | 392 |
| 8.2.1 | Grundsätzliche ertragsteuerliche Rahmenbedingungen eines PPP-Projektes | 392 |
| 8.2.1.1 | Vorbemerkungen..... | 392 |
| 8.2.1.2 | Zeitpunkt der Gewinnrealisierung und bilanzsteuerrechtliche Behandlung in Abhängigkeit der Vertragsausgestaltung | 393 |
| 8.2.1.3 | Ertragsteuerliche Auswirkungen der Finanzierung eines Vorhabens..... | 394 |

| | | |
|-----------|---|-----|
| 8.2.2 | Grundsätzliche umsatzsteuerliche Rahmenbedingungen eines PPP-Projektes..... | 396 |
| 8.2.2.1 | Grundsätzliche umsatzsteuerliche Behandlung eines PPP-Projektes..... | 396 |
| 8.2.2.2 | Bedeutung eines Personalübergangs von der öffentlichen Hand auf eine private Projektgesellschaft für die Umsatzsteuerbelastung | 398 |
| 8.2.2.3 | Umsatzsteuerliche Auswirkungen in Abhängigkeit von der gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung auf Seiten des privaten Leistungserstellers | 399 |
| 8.2.2.3.1 | Anwendung einer umsatzsteuerlichen Mehrmütter-Organschaft | 400 |
| 8.2.2.3.2 | Beiträge der Gesellschafter an die Projektgesellschaft | 403 |
| 8.2.2.4 | Zuwendungen an die Projektgesellschaft | 404 |
| 8.2.3 | Grundsätzliche Behandlung von Grundsteuer und Grunderwerbsteuer | 405 |
| 8.2.3.1 | Grundsätzliche Behandlung von Grundsteuer | 405 |
| 8.2.3.2 | Grundsätzliche Behandlung von Grunderwerbsteuer | 408 |
| 8.2.4 | Klärung steuerrechtlicher Fragen im Prozessablauf unter Beachtung des Vergaberechts und des steuerlichen Verfahrensrechts | 410 |
| 8.3 | Steuerrechtliche Untersuchung und Optimierung unter Berücksichtigung der zivilrechtlichen und betriebswirtschaftlichen Strukturierung der Leistungserbringung | 412 |
| 8.3.1 | Konventionelle Realisierung von Hochbauprojekten..... | 413 |
| 8.3.1.1 | Bilanzsteuerrechtliche Behandlung..... | 414 |
| 8.3.1.2 | Umsatzsteuerliche Behandlung | 415 |
| 8.3.1.2.1 | Errichtung und Finanzierung einer Immobilie im Rahmen des konventionellen Beschaffungsansatzes..... | 415 |
| 8.3.1.2.2 | Betreiberleistungen | 419 |
| 8.3.1.3 | Belastung durch Grundsteuer und Grunderwerbsteuer | 419 |
| 8.3.1.3.1 | Belastung durch Grundsteuer | 419 |
| 8.3.1.3.2 | Belastung durch Grunderwerbsteuer | 419 |
| 8.3.2 | Vertragsmodell I | 419 |
| 8.3.2.1 | Bilanzsteuerrechtliche Behandlung..... | 420 |
| 8.3.2.1.1 | Bilanzsteuerrechtliche Behandlung bei vorzeitiger Gewinnrealisierung | 420 |
| 8.3.2.1.2 | Bilanzsteuerrechtliche Behandlung bei Übertragung zum Verkehrswert..... | 420 |
| 8.3.2.1.3 | Bilanzsteuerrechtliche Behandlung bei Vereinbarung einer Gesamtleistung (Vertrag sui generis) | 421 |
| 8.3.2.2 | Umsatzsteuerliche Behandlung | 423 |
| 8.3.2.2.1 | Regelfall eines Vertragsmodells I | 423 |
| 8.3.2.2.2 | Vertragsmodell I bei "Mietverträgen mit Kaufoption" | 425 |
| 8.3.2.3 | Belastung durch Grundsteuer und Grunderwerbsteuer | 427 |
| 8.3.2.3.1 | Belastung durch Grundsteuer | 427 |
| 8.3.2.3.2 | Belastung durch Grunderwerbsteuer | 427 |

| | | |
|-----------|---|-----|
| 8.3.3 | Vertragsmodell II | 428 |
| 8.3.3.1 | Bilanzsteuerrechtliche Behandlung in Abhängigkeit von der zivilrechtlichen Ausgestaltung und der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums | 428 |
| 8.3.3.1.1 | Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums beim Leasing..... | 428 |
| 8.3.3.1.2 | Bilanzsteuerrechtliche Behandlung des Vertragsmodells II in Abhängigkeit von der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums | 432 |
| 8.3.3.2 | Umsatzsteuerliche Behandlung | 433 |
| 8.3.3.2.1 | Wirtschaftliches Eigentum des Grundstücks beim Leasing-Geber..... | 434 |
| 8.3.3.2.2 | Wirtschaftliches Eigentum beim Leasing-Nehmer | 438 |
| 8.3.3.3 | Belastung durch Grundsteuer und Grunderwerbsteuer | 441 |
| 8.3.3.3.1 | Belastung durch Grundsteuer | 441 |
| 8.3.3.3.2 | Belastung durch Grunderwerbsteuer | 441 |
| 8.3.4 | Vertragsmodell III (Variante mit vorzeitiger Kündigungsmöglichkeit)..... | 442 |
| 8.3.4.1 | Bilanzsteuerrechtliche Behandlung..... | 442 |
| 8.3.4.2 | Umsatzsteuerliche Behandlung | 442 |
| 8.3.4.3 | Belastung durch Grundsteuer und Grunderwerbsteuer | 443 |
| 8.3.4.3.1 | Belastung durch Grundsteuer | 443 |
| 8.3.4.3.2 | Belastung mit Grunderwerbsteuer | 443 |
| 8.3.5 | Vertragsmodell III (Variante mit vorzeitiger Kündigungsmöglichkeit durch Ausübung einer Kaufoption)..... | 443 |
| 8.3.5.1 | Bilanzrechtliche Behandlung in Abhängigkeit von der zivilrechtlichen Ausgestaltung und der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums | 443 |
| 8.3.5.2 | Umsatzsteuerliche Behandlung | 444 |
| 8.3.5.3 | Belastung durch Grundsteuer und Grunderwerbsteuer | 445 |
| 8.3.6 | Vertragsmodell IV (Grundfall)..... | 445 |
| 8.3.6.1 | Bilanzsteuerrechtliche Behandlung..... | 445 |
| 8.3.6.1.1 | Bau- und Sanierungsleistungen..... | 445 |
| 8.3.6.1.2 | Bau- und Sanierungsleistungen innerhalb eines Vertrages mit einheitlichem Vertragsgegenstand (Vertrag sui generis)..... | 446 |
| 8.3.6.2 | Umsatzsteuerliche Behandlung | 451 |
| 8.3.6.2.1 | Bau- und Sanierungsleistungen..... | 451 |
| 8.3.6.2.2 | Bau- und Sanierungsleistungen bei einem Vertrag mit einheitlichem Vertragsgegenstand (Vertrag sui generis) | 452 |
| 8.3.6.3 | Belastung durch Grundsteuer und Grunderwerbsteuer | 453 |
| 8.3.7 | Vertragsmodell IV - Lease/Lease back | 453 |
| 8.3.7.1 | Bilanzsteuerrechtliche Behandlung..... | 453 |
| 8.3.7.2 | Umsatzsteuerliche Behandlung | 456 |
| 8.3.7.3 | Belastung durch Grundsteuer und Grunderwerbsteuer | 458 |
| 8.3.7.3.1 | Belastung durch Grundsteuer | 458 |

| | | |
|-----------|---|-----|
| 8.3.7.3.2 | Belastung durch Grunderwerbsteuer | 458 |
| 8.3.8 | Vertragsmodell V | 459 |
| 8.3.9 | Vertragsmodell VI | 459 |
| 8.3.9.1 | Bilanzsteuerrechtliche Behandlung | 460 |
| 8.3.9.2 | Umsatzsteuerliche Behandlung | 463 |
| 8.3.9.3 | Belastung durch Grundsteuer und Grunderwerbsteuer | 465 |
| 8.3.10 | Vertragsmodell VII | 466 |
| 8.4 | Identifizierung möglicher steuerlicher Wettbewerbsverzerrungen innerhalb des bestehenden rechtlichen Rahmens und mögliche Lösungsansätze | 466 |
| 8.4.1 | Ertragsteuerliche Wettbewerbsverzerrungen und mögliche Lösungsansätze durch Gesetzesänderungen | 466 |
| 8.4.2 | Umsatzsteuerliche Wettbewerbsverzerrungen und mögliche Lösungsansätze durch Gesetzesänderungen | 467 |
| 8.4.2.1 | Identifizierung von Wettbewerbsverzerrungen | 467 |
| 8.4.2.2 | Vorschläge für Gesetzesänderungen zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen bei PPP-Projekten | 468 |
| 8.4.2.2.1 | Rückgriff auf Erfahrungen aus UK (de lege lata und de lege ferenda) . | 468 |
| 8.4.2.2.2 | Ableitung von Vorschlägen für Gesetzesänderungen | 471 |
| 8.4.3 | Wettbewerbsverzerrungen durch grund- und Grunderwerbsteuerliche Mehrbelastungen von PPP-Projekten und mögliche Lösungsansätze durch Gesetzesänderungen | 472 |
| 8.4.3.1 | Wettbewerbsverzerrungen durch grundsteuerliche Mehrbelastungen von PPP-Projekten und mögliche Lösungsansätze durch Gesetzesänderungen | 472 |
| 8.4.3.1.1 | Identifizierung von grundsteuerlichen Wettbewerbsverzerrungen | 472 |
| 8.4.3.1.2 | Vorschläge für Gesetzesänderungen | 472 |
| 8.4.3.2 | Identifizierung von Grunderwerbsteuerlichen Wettbewerbsverzerrungen und mögliche Lösungsansätze | 473 |
| 8.5 | Überschlägige steuerliche Belastungsvergleiche (Modellrechnungen) verschiedener Modellvarianten bzw. Vertragsmodelle anhand ausgewählter vereinfachter Grundvarianten | 473 |
| 8.5.1 | Ertragsteuerliche und umsatzsteuerliche Auswirkungen verschiedener Vertragsgestaltungen (Modellvarianten) bei Vertragsmodell IV | 474 |
| 8.5.1.1 | Modellannahmen | 475 |
| 8.5.1.2 | Ergebnisse | 479 |
| 8.5.2 | Umsatzsteuerliche Auswirkungen verschiedener Vertragsmodelle | 481 |
| 8.5.2.1 | Modellierte Vertragsmodelle | 481 |
| 8.5.2.1.1 | Konventionelle Beschaffung | 481 |
| 8.5.2.1.2 | Variante 1 - angelehnt an Typenkombinationsvertrag Vertragsmodell IV | 481 |

| | | |
|-----------|--|------------|
| 8.5.2.1.3 | Variante 2 - angelehnt an Typenkombinationsvertrag Vertragsmodell I | 481 |
| 8.5.2.1.4 | Variante 3 - angelehnt an Typenkombinationsvertrag Vertragsmodell II mit wirtschaftlichem Eigentum bei der öffentlichen Hand | 482 |
| 8.5.2.1.5 | Variante 4 - angelehnt an einheitlichen Vertrag (Vertrag sui generis) für Vertragsmodelle I & IV | 482 |
| 8.5.2.1.6 | Variante 5 - angelehnt an Vertragsmodell II und III mit Ausübung einer Kaufoption zum Ende der Vertragslaufzeit zum Verkehrswert oder Restwert | 482 |
| 8.5.2.2 | Allgemeine Modellannahmen | 483 |
| 8.5.2.3 | Ergebnisse | 485 |
| 9. | Recht der öffentlichen Förderung | 489 |
| 9.1 | Begriffsbestimmungen | 491 |
| 9.2 | Rechtsgrundlagen der öffentlichen Förderung | 492 |
| 9.2.1 | Allgemeine Regelung, §§ 23, 44 der Haushaltsordnungen | 492 |
| 9.2.2 | Hochschulbauförderung | 493 |
| 9.2.3 | Schulbauförderung | 495 |
| 9.3 | PPP und öffentliche Förderung | 495 |
| 9.3.1 | Hochschulbauförderung nach Art. 91a GG | 496 |
| 9.3.1.1 | Förderfähige Vorhaben | 497 |
| 9.3.1.2 | Förderfähige Maßnahmen..... | 497 |
| 9.3.1.3 | Hochschulbauförderungsgesetz..... | 499 |
| 9.3.2 | Schulbauförderung in Nordrhein-Westfalen | 501 |
| 9.3.3 | Einzelne förderrechtliche Anforderungen an PPP-Vorhaben..... | 504 |
| 9.3.3.1 | Bayerischer Erlass zum Leasing..... | 504 |
| 9.3.3.2 | Sächsischer Erlass zu kommunalen Investorenvorhaben | 505 |
| 9.3.3.3 | Förderprogramm KfW | 506 |
| 9.3.3.4 | Förderprogramm EIB | 507 |
| 9.4 | Gebot der Wirtschaftlichkeit..... | 507 |
| 9.5 | Anwendung auf die Vertragsmodelle..... | 509 |
| 9.5.1 | Vertragsmodell I | 510 |
| 9.5.1.1 | Hochschulbauförderung | 510 |
| 9.5.1.2 | Schulbauförderung | 510 |
| 9.5.1.3 | Schulbauförderung in Nordrhein-Westfalen..... | 510 |
| 9.5.2 | Vertragsmodell II | 510 |
| 9.5.2.1 | Hochschulbauförderung | 511 |
| 9.5.2.2 | Schulbauförderung | 513 |
| 9.5.2.3 | Schulbauförderung in Nordrhein-Westfalen..... | 514 |
| 9.5.3 | Vertragsmodell III | 514 |
| 9.5.3.1 | Hochschulbauförderung | 514 |

| | | |
|---------|--|-----|
| 9.5.3.2 | Schulbauförderung | 515 |
| 9.5.3.3 | Schulbauförderung in Nordrhein-Westfalen | 515 |
| 9.5.4 | Vertragsmodell IV | 515 |
| 9.5.4.1 | Hochschulbauförderung | 515 |
| 9.5.4.2 | Schulbauförderung | 516 |
| 9.5.4.3 | Schulbauförderung in Nordrhein-Westfalen | 516 |
| 9.5.5 | Vertragsmodell V | 516 |
| 9.5.5.1 | Hochschulbauförderung | 516 |
| 9.5.5.2 | Schulbauförderung | 516 |
| 9.5.5.3 | Schulbauförderung in Nordrhein-Westfalen | 517 |
| 9.5.6 | Sonderregelung im Bayerischen und dem Baden-Württembergischen Haushaltsgesetz | 517 |
| 9.6 | Förderung des privaten Auftragnehmers | 518 |
| 9.7 | Vergaberechtliche Anforderungen | 519 |
| 9.8 | Beihilferechtliche Anforderungen | 520 |

Rechtsprechungs- und Literaturverzeichnis..... 522

| | | |
|--------------------------------|--------------------------------|-----|
| 1. Rechtsprechung | 522 | |
| 1.1 | Europäischer Gerichtshof | 522 |
| 1.2 | Gerichte des Bundes | 523 |
| 1.2.1 | Bundesverfassungsgericht | 523 |
| 1.2.2 | Bundesgerichtshof | 523 |
| 1.2.3 | Bundesverwaltungsgericht | 525 |
| 1.2.4 | Bundesfinanzhof | 525 |
| 1.3 | Gerichte der Länder | 526 |
| 1.3.1 | Zivilgerichte | 526 |
| 1.3.1.1 | Baden-Württemberg | 526 |
| 1.3.1.2 | Bayern | 527 |
| 1.3.1.3 | Berlin | 527 |
| 1.3.1.4 | Brandenburg | 527 |
| 1.3.1.5 | Bremen | 528 |
| 1.3.1.6 | Hamburg | 528 |
| 1.3.1.7 | Hessen | 528 |
| 1.3.1.8 | Mecklenburg-Vorpommern | 528 |
| 1.3.1.9 | Niedersachsen | 528 |
| 1.3.1.10 | Nordrhein-Westfalen | 528 |
| 1.3.1.11 | Rheinland-Pfalz | 529 |
| 1.3.1.12 | Saarland | 530 |
| 1.3.1.13 | Sachsen | 530 |

| | | |
|-----------|--|------------|
| 1.3.1.14 | Sachsen-Anhalt | 530 |
| 1.3.1.15 | Schleswig-Holstein | 530 |
| 1.3.1.16 | Thüringen | 530 |
| 1.3.2 | Verfassungsgerichte | 531 |
| 1.3.3 | Verwaltungsgerichte | 531 |
| 1.3.4 | Finanzgerichte | 532 |
| 1.4 | Vergabekammern | 532 |
| 1.4.1 | Bund | 532 |
| 1.4.2 | Baden-Württemberg | 532 |
| 1.4.3 | Bayern | 533 |
| 1.4.4 | Berlin | 533 |
| 1.4.5 | Brandenburg | 533 |
| 1.4.6 | Bremen | 533 |
| 1.4.7 | Hessen | 533 |
| 1.4.8 | Mecklenburg-Vorpommern | 533 |
| 1.4.9 | Niedersachsen | 533 |
| 1.4.10 | Nordrhein-Westfalen | 534 |
| 1.4.11 | Rheinland-Pfalz | 534 |
| 1.4.12 | Sachsen | 534 |
| 1.4.13 | Sachsen-Anhalt | 535 |
| 1.4.14 | Thüringen | 535 |
| 1.4.15 | Vergabeüberwachungsausschüsse | 535 |
| 1.4.15.1 | Bund | 535 |
| 1.4.15.2 | Baden-Württemberg | 535 |
| 1.4.15.3 | Bayern | 535 |
| 1.4.15.4 | Hessen | 536 |
| 1.4.15.5 | Niedersachsen | 536 |
| 1.4.15.6 | Rheinland-Pfalz | 536 |
| 2. | Verwaltungsvorschriften und sonstige Stellungnahmen der öffentlichen Hand | 536 |
| 3. | Literatur (Buchbeiträge, Aufsätze, Monographien) | 539 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-------------|---|
| a.A. | anderer Ansicht |
| a.a.O. | am angegebenen Ort |
| Abfall Prax | Abfallrechtliche Praxis |
| ABI EG | Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften |
| Abs. | Absatz |
| a.F. | alte Fassung |
| AfA | Absetzungen für Abnutzung |
| AG | Aktiengesellschaft/(öffentlicher) Auftraggeber |
| AktG | Aktiengesetz |
| AllMBl | Allgemeines Ministerialblatt |
| AmtsBl. | Amtsblatt |
| AN | (privater) Auftragnehmer |
| ANBestP | Allgemeine Nebenbestimmungen zur Projektförderung |
| Anm. | Anmerkung |
| AO | Abgabenordnung |
| Art. | Artikel |
| Aufl. | Auflage |
| AV-LHO | Berliner Ausführungsvorschriften zur Landeshaushaltsordnung |
| Az. | Aktenzeichen |
| BÄ | Beratende Äußerung des Bundesrechnungshofs |
| BAG | Bundesarbeitsgericht |
| BAnz | Bundesanzeiger |
| BauR | Baurecht, Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht |
| BB | Betriebs-Berater (Zeitschrift) |
| Bd. | Band |
| BerlVerfGH | Berliner Verfassungsgerichtshof |
| BewG | Bewertungsgesetz |
| BezirksO | Bezirksordnung |
| BFH | Bundesfinanzhof |
| BFM | Bundesfinanzministerium |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |

| | |
|----------|---|
| BGBI. | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Zivilsachen |
| BHO | Bundeshaushaltsordnung |
| BMBF | Bundesministerium für Bildung und Forschung |
| BMF | Bundesministerium der Finanzen |
| BMU | Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit |
| BMVBW | Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen |
| BOOT | Build-Own-Operate-Transfer |
| BR-Dr. | Bundesrat-Drucksache |
| BRH | Bundesrechnungshof |
| BStBl. | Bundessteuerblatt |
| Buchst. | Buchstabe |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerfGE | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts |
| BVerwG | Bundesverwaltungsgericht |
| BVerwGE | Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts |
| CMLR | Common Market Law Review |
| DB | Der Betrieb (Zeitschrift) |
| DBFOOT | Design-Build-Finance-Own-Operate-Transfer |
| ders. | derselbe |
| dies. | dieselben, dieselbe |
| DJT | Deutscher Juristentag |
| DÖV | Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift) |
| DStR | Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift) |
| DVBl. | Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift) |
| EG | Europäische Gemeinschaft |
| EGV | Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft |
| Einf. | Einführung |
| EP | Europäisches Parlament |
| ErbbauVO | Erbbaurechtsverordnung |
| EStG | Einkommensteuergesetz |
| ESVG | Europäisches System Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen |

| | |
|-------------------|--|
| EU | Europäische Union |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| EUR | Euro |
| EuZW | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| EWG | Europäische Währungsgemeinschaft |
| EFG | Entscheidung der Finanzgerichte |
| FG | Finanzgericht |
| Fn. | Fußnote |
| GbR | Gesellschaft bürgerlichen Rechts |
| GemHVO Brdgbg | Verordnung über die Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans der Gemeinden (Gemeindehaushaltsverordnung) des Landes Brandenburg |
| GemHVO BW | Verordnung des Innenministeriums über die Haushaltswirtschaft der Gemeinden (Gemeindehaushaltsverordnung) des Landes Baden-Württemberg |
| GemHVO Hess | Verordnung über die Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplanes der Gemeinden (Gemeindehaushaltsverordnung) des Landes Hessen |
| GemHVO LSA | Verordnung über die Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplanes der Gemeinden (Gemeindehaushaltsverordnung) im Lande Sachsen-Anhalt |
| GemHVO MV | Landesverordnung über die Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplanes der Gemeinden (Gemeindehaushaltsverordnung) des Landes Mecklenburg-Vorpommern |
| GemHVO Nds | Verordnung über die Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans der Gemeinden (Gemeindehaushaltsverordnung) des Landes Niedersachsen |
| GemHVO NW | Verordnung über die Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans der Gemeinden (Gemeindehaushaltsverordnung) des Landes Nordrhein-Westfalens |
| GemHVO Saarl | Verordnung über die Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans der Gemeinden (Gemeindehaushaltsverordnung) des Landes Saarland |
| GemHVO SH | Verordnung über die Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans der Gemeinden (Gemeindehaushaltsverordnung) des Landes Schleswig-Holstein |
| GemHV RhPf | Verordnung über die Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans der Gemeinden (Gemeindehaushaltsverordnung) des Landes Rheinland-Pfalz |
| Gem. Min.Bl. Saar | Gemeinsames Ministerialblatt Saarland |
| GewStG | Gewerbsteuergesetz |

| | |
|-----------------|---|
| GFG | Gesetz zur Regelung der Zuweisungen des Landes Nordrhein-Westfalen an die Gemeinden und Gemeindeverbände im Haushaltsjahr 2003 und zur Regelung des interkommunalen Ausgleichs der finanziellen Beteiligung der Gemeinden am Solidarbeitrag zur deutschen Einheit im Haushaltsjahr 2003 - Gemeindefinanzierungsgesetz |
| GG | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland |
| ggü. | gegenüber |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| GmbHG | Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung |
| GmbH & Co KG | Kommanditgesellschaft, deren einziger Komplementär eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist |
| GMBI | Gemeinsames Ministerialblatt (Bund) |
| GO | Gemeindeordnung |
| GO Bay | Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern |
| GO Brdbg | Gemeindeordnung für das Land Brandenburg |
| GO BW | Gemeindeordnung für Baden-Württemberg |
| GO LSA | Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt |
| GO NW | Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen |
| GO RhPf | Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz |
| GO Saar | Gemeindeordnung für das Saarland |
| GO Sachs | Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen |
| GO SchlH | Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein |
| GrEStG | Grunderwerbsteuergesetz |
| GrStG | Grundsteuergesetz |
| GuV | Gewinn- und Verlustrechnung |
| GVBl. | Gesetz- und Verordnungsblatt |
| GVOBl. Schl.-H. | Gesetz- und Verordnungsblatt Schleswig-Holstein |
| GWB | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen |
| HBFG | Gesetz über die Gemeinschaftsaufgabe "Ausbau und Neubau von Hochschulen" - Hochschulbauförderungsgesetz |
| Hess StAnz. | Hessischer Staatsanzeiger |
| HG | Haushaltsgesetz |
| HGB | Handelsgesetzbuch |
| HGO | Hessische Gemeindeordnung |
| HGrG | Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und |

| | |
|---------------|--|
| | der Länder (Haushaltsgrundsätze-gesetz) |
| HKO | Hessische Landkreisordnung |
| HM | Her Majesty |
| HOAI | Honorarordnung für Architekten und Ingenieure |
| HRB | Haushaltstechnische Richtlinien des Bundes |
| HSchG | Hessisches Schulgesetz |
| IBR | Immobilien- und Baurecht (Zeitschrift) |
| IBV | Interessenbekundungsverfahren |
| i.d.R. | in der Regel |
| IGM | Infrastrukturelles Gebäudemanagement |
| i.S.d. | Im Sinne des |
| i.S.v. | im Sinne von |
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| JVA | Justizvollzugsanstalt |
| JZ | Juristenzeitung |
| KAG Bay | Kommunalabgabengesetz Bayern |
| KAG BW | Kommunalabgabengesetz Baden-Württemberg |
| KAG Hess | Gesetz über kommunale Abgaben des Landes Hessen |
| KAG MV | Kommunalabgabengesetz Mecklenburg-Vorpommern |
| KAG NW | Kommunalabgabengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen |
| KAG RP | Kommunalabgabengesetz Rheinland-Pfalz |
| KAG SA | Kommunalabgabengesetz Sachsen-Anhalt |
| KAG Sachs | Kommunalabgabengesetz Sachsen |
| KG | Kommanditgesellschaft / Kammergericht |
| KGaA | Kommanditgesellschaft auf Aktien |
| KGM | Kaufmännisches Gebäudemanagement |
| KommHV Bay | Verordnung über das Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen der Gemeinden, der Landkreise und der Bezirke (Kommunalhaushaltsverordnung) |
| KomHVO Sachs | Verordnung des sächsischen Staatsministeriums des Innern über die kommunale Haushaltswirtschaft (Kommunalhaushaltsverordnung) |
| KommInwestVwV | Gemeinsame Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums der Finanzen und des Sächsischen Staatsministeriums des Innern zur kommunal- und haushaltsrechtlichen Beurteilung von Investorenvorhaben im kommunalen Bereich |

| | |
|----------------|---|
| KStG | Körperschaftsteuergesetz |
| KSVG Saar | Kommunalselbstverwaltungsgesetz des Landes Saarland |
| KV MV | Kommunalverfassung für das Land Mecklenburg-Vorpommern |
| LG | Landgericht/Leasinggeber |
| LHO | Landeshaushaltsordnung |
| LKO | Landkreisordnung |
| LKV | Landes- und Kommunalverwaltung |
| LN | Leasingnehmer |
| LSP | Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten |
| MFG | Mittelstandsförderungsgesetz |
| m.w.N. | mit weiteren Nachweisen |
| MDR | Monatsschrift für Deutsches Recht |
| MinBl. RhPf | Ministerialblatt der Landesregierung von Rheinland-Pfalz |
| MWTV Nds. | Ministerium für Wirtschaft, Technologie und Verkehr Niedersachsen |
| MWVLW – Rh.Pf. | Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz |
| NdsStGH | Niedersächsischer Staatsgerichtshof |
| NdsVBl. | Niedersächsische Verwaltungsblätter |
| NGO | Niedersächsische Gemeindeordnung |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NJWE-MietR | Neue Juristische Wochenschrift - Entscheidungen Mietrecht |
| NJW-RR | Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechungsreport |
| NKAG | Niedersächsisches Kommunalabgabengesetz |
| NordÖR | Zeitschrift für öffentliches Recht in Deutschland |
| NRW | Nordrhein-Westfalen |
| NVwZ | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht |
| NVwZ-RR | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht - Rechtssprechungs-Report |
| NWVBl. | Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter (Zeitschrift) |
| NZA | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| NZBau | Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht |
| NZG | Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht |
| OFD | Oberfinanzdirektion |
| OHG | Offene Handelsgesellschaft |

| | |
|--------------|--|
| OLG | Oberlandesgericht |
| OVG | Oberverwaltungsgericht |
| PFI | Private Finance Initiative |
| PPP | Public Private Partnership |
| Rdschr. | Rundschreiben |
| RhPfVerfGH | Rheinland-Pfälzischer Verfassungsgerichtshof |
| Rn. | Randnummer |
| Rz. | Randziffer |
| S. | Satz/Seite |
| SachsAnhMBI. | Sachsen-Anhaltinisches Mitteilungsblatt |
| SächsVBl. | Sächsische Verwaltungsblätter |
| Sächs.ABl. | Sächsisches Amtsblatt |
| SächsHO | Sächsische Haushaltsordnung |
| SchVG | Schulverwaltungsgesetz |
| Slg. | Sammlung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes (auch EuGHE) |
| std. Rspr. | ständige Rechtsprechung |
| TGM | Technisches Gebäudemanagement |
| ThürGemHV | Thüringer Verordnung über das Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen der Gemeinden (Gemeindehaushaltsverordnung) |
| ThürKAG | Thüringer Kommunalabgabengesetz |
| ThürKO | Thüringer Gemeinde- und Landkreisordnung |
| ThürVBl. | Thüringer Verwaltungsblätter |
| UAbs. | Unter-Absatz |
| UK | United Kingdom |
| UR | Umsatzsteuer-Rundschau (Zeitschrift) |
| UstG | Umsatzsteuergesetz |
| UstR | Umsatzsteuer-Richtlinie |
| UVR | Umsatzsteuer- und Verkehrssteuerrecht (Zeitschrift) |
| VAT | Value Added Tax |
| VE | Verpflichtungsermächtigung |
| Verf | Verfassung |
| VerfBrhv | Verfassung für Bremerhaven |
| VergabeR | Vergaberecht (Zeitschrift) |

| | |
|--|---|
| VerwArch | Verwaltungsarchiv |
| VG | Verwaltungsgericht |
| VGH | Verwaltungsgerichtshof |
| VGR | Volkswirtschaftliche Gesamtrechnung |
| VgV | Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung) |
| VK | Vergabekammer (Bund bzw. Land) |
| VOB | Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen |
| VOB/A | VOB Teil A: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen |
| VOB/B | VOB Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen |
| VOF | Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen |
| VOL | Verdingungsordnung für Leistungen |
| VOL/A | VOL Teil A: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen |
| VOL/B | VOL Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen |
| VorlVV | Vorläufige Verwaltungsvorschriften |
| VÜA | Vergabeüberwachungsausschuss |
| VV | Verwaltungsvorschrift |
| VV-BHO | Vorläufige Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung |
| VVDStRL | Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler |
| VwGO | Verwaltungsgerichtsordnung |
| VwV Gliederung und Gruppierung | Verwaltungsvorschrift Gliederung und Gruppierung |
| VwVfG | Verwaltungsverfahrensgesetz |
| VwVfG Brdbg | Verwaltungsverfahrensgesetz für das Land Brandenburg |
| VwVfG NRW | Verwaltungsverfahrensgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen |
| VwV zur Durchführung der Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz | Verwaltungsvorschrift zur Durchführung der Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz |
| VwV zur GemHVO Brdbg | Verwaltungsvorschriften zur Gemeindehaushaltsverordnung des Landes Brandenburg |
| WHG | Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz) |

| | |
|---------|---|
| WACC | weighted average cost of capital |
| WissR | Wissenschaftsrecht (Zeitschrift) |
| WpHG | Wertpapierhandelsgesetz |
| WuW | Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift) |
| WuW / E | WuW Entscheidungssammlung zum Kartellrecht |
| ZfBR | Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht |
| ZHR | Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht |
| ZVgR | Zeitschrift für deutsches und internationales Vergaberecht |

Band II: Rechtliche Rahmenbedingungen

1. Zielsetzung und Vorgehensweise

Ziel dieses Teils des Projekts ist die Zusammenstellung der vertrags-, kommunal-, haushaltsvergabe-, zuwendungs- und steuerrechtlichen Rahmenbedingungen für PPP-Hochbauprojekte in der Bundesrepublik Deutschland, die Herausarbeitung von Problemen in den jeweiligen Rechtsbereichen sowie die Erarbeitung von Lösungsansätzen zu deren Überwindung. Da unter dem Oberbegriff Public Private Partnership (PPP) in der Praxis unterschiedlichste Sachverhalte und Erscheinungsformen subsumiert werden und ein abgeschlossener Kanon von vertraglichen bzw. organisatorischen Modellen nicht existiert, geht die Untersuchung von einem funktionalen Begriffsverständnis aus. PPP ist danach die langfristige, vertraglich geregelte Zusammenarbeit zwischen öffentlicher Hand und Privatwirtschaft, bei der die erforderlichen Ressourcen (z.B. Know-how, Betriebsmittel, Kapital, Personal, etc.) von den Partnern zum gegenseitigen Nutzen in einen gemeinsamen Organisationszusammenhang eingestellt und vorhandene Projektrisiken sachgerecht entsprechend der Risikomanagementkompetenz der Projektpartner optimal verteilt werden. Der Private übernimmt umfassende Verantwortlichkeiten im Rahmen der Planung, Erstellung und Finanzierung sowie dem Betrieb und gegebenenfalls der Verwertung von bislang staatlich erbrachten öffentlichen Leistungen (Lebenszyklusansatz).

Ausgangspunkt der Untersuchung ist die Systematisierung in der Praxis verwendeter Vertragsmodelle und Kooperationsformen. Dabei werden anstelle der konventionellen Realisierung von Hochbauprojekten der öffentlichen Hand auf der Grundlage ausgewählter PPP-Vertragsmodelle alternative Kooperationsformen zwischen der öffentlichen Hand und der Privatwirtschaft dargestellt. Diese Vertragsmodelle bilden die Grundlage für die Untersuchung der einzelnen Rechtsgebiete. Die Untersuchung geht zunächst auf die vertragsrechtlichen Grundlagen ein (Kap. 4). Sodann werden die bundes- und landeshaushaltsrechtlichen Implikationen für PPP-Modelle untersucht (Kap. 5). Es folgen Ausführungen zum Kommunalrecht einschließlich des kommunalen Haushaltsrechts (Kap. 6), des Vergaberechts (Kap. 7) und des Steuerrechts (Kap. 8) sowie des Rechts der öffentlichen Förderung (Kap. 9). Vorangestellt sind eine Vorbemerkung und eine Zusammenfassung (Kap. 2 und 3).

2. Vorbemerkung: Public Private Partnerships im öffentlichen Hochbau

Der weite, an funktionalen Kriterien orientierte Begriff des Public Private Partnerships bezeichnet keine rechtliche Kategorie, sondern stellt einen Oberbegriff für sehr unterschiedliche Sachverhalte und Erscheinungsformen dar. Erfasst werden mannigfaltige Formen des

partnerschaftlichen Zusammenwirkens von öffentlicher Hand (Auftraggeber (AG)) und Privatwirtschaft (Auftragnehmer (AN)) mit dem Ziel einer effizienteren Erfüllung öffentlicher Aufgaben.

Im Bereich des Hochbaus sollen danach Public Private Partnerships den gesamten Lebenszyklus einer Immobilie von der Planung über den Bau, das Betreiben und die Finanzierung bis zur Verwertung umfassen. Im Gegensatz zur traditionellen Beschaffungsvariante tritt der öffentliche Auftraggeber im Rahmen von PPP-Projekten als Abnehmer einer Gesamtheit von Leistungen auf. Die einzelnen Projektphasen werden regelmäßig nicht für einzelne Leistungspakete oder Einzelgewerke getrennt ausgeschrieben und an verschiedene Auftragnehmer vergeben, sondern *einem* privaten AN übertragen. Die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien werden regelmäßig in einem einheitlichen Vertragswerk geregelt.

PPP-Projekte bieten dabei auch die Möglichkeit, die Zusammenarbeit zwischen öffentlicher Hand und Privatunternehmer auf einzelne, frei kombinierbare Projektphasen zu beschränken. Der Umfang der jeweiligen Zusammenarbeit wird in der Praxis für gewöhnlich durch die Kombination der Anfangsbuchstaben der englischsprachigen Bezeichnung für die vom Vertrag erfassten Projektphasen beschrieben. Nach diesen Bezeichnungen

- **D**esign (Planung)
- **B**uild (Bau)
- **F**inance (Finanzierung)
- **O**wn (Eigentum an Gebäuden/Anlagen)
- **O**perate (Betrieb)
- **T**ransfer (Übertragung/Verwertung)

wird zum Beispiel ein auf Bau, Betrieb und Übertragung eines Gebäudes oder einer Anlage beschränkter Vertrag als BOT-Modell bezeichnet. Die jeweilige Eigentümerstellung des AN bezüglich des Projektgegenstandes wird regelmäßig durch einen weiteren Zusatz („**O**wn“) ausgedrückt.

Unabhängig vom Umfang der übertragenen Leistungspakete verfolgen PPP-Projekte im Hochbau das Ziel, durch die langfristige und damit für beide Vertragsparteien planbare Zusammenarbeit zu einer wirtschaftlich effektiveren Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu gelangen. Angestrebt wird eine Optimierung von Kosten und Erträgen, eine Verbesserung von Organisationsabläufen durch die Zusammenführung von Verantwortlichkeiten, prozessorientiertes Arbeiten und eine sachgerechte Verteilung von Risiken und Verantwortlichkeiten.

3. Zusammenfassung

3.1 Vertragsmodelle bzw. Kooperationsformen (kurz vorgestellt)

Als Grundlage für die Analyse der rechtlichen Rahmenbedingungen wurden verschiedene Vertragsmodelle gebildet, die in diesem Kapitel zusammenfassend dargestellt werden. Die Darstellung konzentriert sich auf wesentliche Strukturmerkmale und Leistungselemente. Sie dient der besseren Abgrenzbarkeit unterschiedlicher Vertragsstrukturen und erleichtert die exemplarische Würdigung rechtlicher Rahmenbedingungen. Zugleich soll die Darstellung zu einem einheitlichen Verständnis der grundlegenden Strukturen in den Leistungsbeziehungen beitragen.

Die Bildung der Vertragsmodelle lehnt sich an die in der Praxis typischen Formen der Kooperation zwischen öffentlichem Auftraggeber (AG) und privatem Auftragnehmer (AN) bei öffentlichen Hochbauprojekten an. Aus ihrem Modellcharakter folgt, dass die Vertragsmodelle weder erschöpfend dargestellt werden können noch die Zuordnung der Aufgabenbereiche als zwingende Vorgaben oder abschließende Empfehlungen für die Praxis zu verstehen sind. Vielmehr sind mannigfaltige Variationen denkbar, um den jeweiligen Besonderheiten eines konkreten Projekts gerecht zu werden.

In der Praxis werden zunächst die betriebswirtschaftlichen Zielsetzungen im Mittelpunkt stehen. Dabei bestimmt sich der vertragliche Gestaltungsspielraum u.a. nach den rechtlichen Rahmenbedingungen, die am Beispiel des jeweiligen Vertragsmodells in den nachfolgenden Kapiteln näher untersucht werden. Eine Auswahl möglicher Variationen wird im Zusammenhang mit den Ausarbeitungen zu den einzelnen Rechtsgebieten behandelt.

3.1.1 Die Vertragsmodelle im Überblick

Für Zwecke dieser Untersuchung werden unterschieden:

- PPP-Erwerbermodell als Vertragsmodell I
- PPP-FMLeasingmodell als Vertragsmodell II
- PPP-Vermietungsmodell als Vertragsmodell III
- PPP-Inhabermodell als Vertragsmodell IV
- PPP-Contractingmodell als Vertragsmodell V

- PPP-Konzessionsmodell als Vertragsmodell VI
- PPP-Gesellschaftsmodell als Vertragsmodell VII

Für alle Vertragsmodelle hat sich in der Praxis bislang keine einheitliche Begrifflichkeit herausgebildet, die zudem die wirtschaftlichen wie rechtlichen Charakteristika der verschiedenen Modelle treffend beschreibt. Für Zwecke dieser Untersuchung werden als Modellbezeichnungen für die sieben ausgewählten Vertragsmodelle die vorstehend aufgeführten Bezeichnungen verwendet.

3.1.2 Vertragsmodelle I bis VII: Allgemeine Gemeinsamkeiten und Unterschiede

Die Vertragsmodelle I bis V bilden die Grundmodelle für die vertraglichen Leistungsbeziehungen zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem privaten Auftragnehmer. Vertragsmodell VI beschreibt hingegen eine besondere Modellvariante in Gestalt der Drittutzerfinanzierung, die grundsätzlich mit jedem der Vertragsmodelle I bis IV kombiniert werden kann¹. Vertragsmodell VII kann hingegen grundsätzlich mit jedem der Vertragsmodelle I bis V kombiniert werden, wobei hier die Besonderheit darin besteht, dass der öffentliche Auftraggeber als Mitgesellschafter einer Projektgesellschaft zusammen mit dem Privaten auch auf der Auftragnehmerseite auftritt.

Den Vertragsmodellen I bis V ist gemeinsam, dass sie entsprechend dem hier für PPP-Projekte zugrundegelegten „Lebenszyklus-Ansatz“ sämtliche Phasen eines Hochbauprojekts (im Falle von Vertragsmodell V: sämtliche Phasen im Lebenszyklus der technischen Anlage) umfassen. Dementsprechend umfasst der jeweilige Vertragsgegenstand eine Gesamtheit von Leistungen, die über einen langen Zeitraum verteilt während unterschiedlicher Phasen des jeweiligen Projekts erbracht werden. Nach der zeitlichen Reihenfolge wie dem sachlichen Schwerpunkt der Aufgabenstellung lassen sich folgende, z.T. auch parallel verlaufende Projektphasen unterscheiden:

- Planungsphase
- Bauphase
- Betriebsphase

¹ Aufgrund der Beschränkung auf technische Anlagen wird Vertragsmodell V in der Praxis nur in besonderen Ausnahmefällen mit dem Vertragsmodell VI kombiniert werden können.

- Finanzierungsphase
- Verwertungsphase

Demgegenüber unterscheiden sich die Vertragsmodelle I bis V nicht nur aufgrund der verschiedenen, in der Praxis primär wahrgenommenen Leistungsbilder. Vielmehr waren für die Bildung der Vertragsmodelle auch folgende Gesichtspunkte maßgeblich:

- Fest vereinbarter Eigentumserwerb nach Abschluss der Betriebsphase

Für Vertragsmodell I ist charakteristisch, dass bereits bei Vertragsschluss der Erwerb des Eigentums an der Immobilie durch den öffentlichen AG nach Abschluss der Betriebsphase fest vereinbart wird. Bis dahin steht die Immobilie im Eigentum des privaten AN.

- Optional vereinbarter Eigentumserwerb nach Abschluss der Betriebsphase

Demgegenüber sehen die Vertragsmodelle II und III lediglich die Vereinbarung einer Option zu Gunsten des öffentlichen AG vor, nach Abschluss der Betriebsphase das Eigentum an der Immobilie zu erwerben. Dabei wird im Falle Vertragsmodell II die Vereinbarung einer solchen Kaufoption als Regel, im Falle von Vertragsmodell III als Ausnahme angenommen. Im Unterschied zu Vertragsmodell I steht damit bei den Vertragsmodellen II und III die Entscheidung, ob am Ende der Betriebsphase die im Eigentum des privaten AN stehende Immobilie geräumt und zurückgegeben oder erworben wird, im Belieben des öffentlichen AG.

- Eigentumserwerb vor Beginn der Betriebsphase

Für die Vertragsmodelle IV und V ist schließlich kennzeichnend, dass der öffentliche AG bereits vor Beginn der Betriebsphase das Eigentum am Gebäude (im Falle von Vertragsmodell V: an der technischen Anlage) erworben hat. Dabei kann es sich um Gebäude handeln, die bereits im Eigentum des AG stehen und im Rahmen des Hochbauprojekts nur saniert werden. Alternativ kann es sich um die Errichtung eines Neubaus auf dem Grundstück des AG handeln.

- Gegenständliche Beschränkung auf technische Anlagen

Für Vertragsmodell V ist schließlich charakteristisch, dass die Leistungen des Auftragnehmers hier gegenständlich auf eine technische Anlage beschränkt sind und – anders als die Vertragsmodelle I bis IV - nicht die gesamte Immobilie betreffen. Damit steht Vertragsmodell

V streng genommen außerhalb der Systematik für PPP im öffentlichen Hochbau². Weil ein praktischer Bedarf für derartige Vertragsgestaltungen im Bereich des öffentlichen Hochbaus jedenfalls dann besteht, wenn umfassende Vertragslösungen nicht realisierbar sind, auch hier der „Lebenszyklus-Ansatz“ dem Grunde nach umgesetzt wird und diese Gestaltungsmöglichkeit im Zusammenhang mit PPP-Hochbauprojekten im engeren Sinn (namentlich im Zusammenhang mit Vertragsmodell IV) zum Einsatz kommen kann, wird für Zwecke dieser Untersuchung das PPP-Contractingmodell gleichwohl als eigenständiges Vertragsmodell behandelt.

3.1.3 PPP-Erwerbermodell (Vertragsmodell I)

Das Vertragsmodell I beschreibt eine Vertragsstruktur mit einer Laufzeit von üblicherweise 20 bis 30 Jahren³, während der ein Gebäude auf dem Grundstück des privaten Auftragnehmers (AN)⁴ durch diesen errichtet und anschließend dem öffentlichen Auftraggeber (AG) zur Nutzung überlassen werden soll. Dem Modell liegt die folgende Aufteilung der wesentlichen Aufgabenbereiche zugrunde:

3.1.3.1 Aufgabenbereiche des AN

- Planung: Erstellung der Gebäudeplanung
- Bau: Schlüsselfertige Errichtung des Gebäudes
- Betrieb: Umfassendes Facility Management (einschließlich Instandhaltung/Instandsetzung sowie sonstige Dienstleistungen wie z.B. Sicherheitsdienste, Pförtner, Catering, Einrichtung/Inventar etc.)
- Finanzierung: Finanzierung von Planung und Bau des Gebäudes durch Eigen- bzw. Fremdkapital
- Verwertung: Verpflichtung zur Übertragung des „Gebäudeeigentums“ auf den AG am Ende der Vertragslaufzeit

² Vgl. oben Kap. 2.

³ Hinsichtlich der Laufzeit wird davon ausgegangen, dass der Vertrag nicht vorzeitig kündbar ist bzw. gegebenenfalls nur hinsichtlich einzelner Betriebspflichten teilkündbar ist.

⁴ Falls das Grundstück zuvor im Eigentum des AG steht, kann alternativ eine Erbbaurechtsgestaltung zweckmäßig sein, vgl. dazu näher unten zu den jeweiligen Vertragsmodellen I, II und III: „Variations- und Ausgestaltungsmöglichkeiten“.

3.1.3.2 Aufgabenbereiche des AG

- Entgelt: Regelmäßige Zahlung eines Entgelts („Kaufpreis-“) Raten) an den AN, das bei Vertragsschluss festgesetzt wird und aus folgenden Komponenten besteht:
 - (1) Entgelt für Planung, Bau und Finanzierung (Annuität)
 - (2) Entgelt für das Facility Management

3.1.4 PPP-FMLeasingmodell (Vertragsmodell II)

Das Vertragsmodell II beschreibt – wie das Vertragsmodell I – eine Vertragsstruktur mit einer Laufzeit von üblicherweise 20 bis 30 Jahren⁵, während der ein Gebäude auf dem Grundstück des privaten AN durch diesen errichtet und anschließend dem öffentlichen AG zur Nutzung überlassen werden soll. Hinsichtlich der Aufgabenbereiche des AN „Planung, Bau, Betrieb und Finanzierung“ entsprechen die Aufgabenfelder Vertragsmodell I. Es bestehen folgende Besonderheiten:

3.1.4.1 Aufgabenbereiche des AN

- Verwertung: Keine Verpflichtung zur Übertragung des „Gebäudeeigentums“ auf den AG am Ende der Vertragslaufzeit, sondern regelmäßig Räumung des Gebäudes durch den AG; aber: Kaufoption zugunsten des AG zum vorab kalkulierten Restwert, d.h. Verpflichtung zur Übertragung des „Gebäudeeigentums“, wenn der AG die Kaufoption tatsächlich ausübt; ggf. auch – alternativ – Verlängerungsoption zugunsten des AG und sonstige Verwertungsabreden

3.1.4.2 Aufgabenbereiche des AG

- Entgelt: Regelmäßige Zahlung eines Entgelts („Leasing“-) Raten) an den AN, das bei Vertragsschluss festgesetzt wird und aus folgenden Komponenten besteht:

⁵ Hinsichtlich der Laufzeit wird davon ausgegangen, dass – wie bei Vertragsmodell I - der Vertrag nicht vorzeitig kündbar ist bzw. gegebenenfalls nur hinsichtlich einzelner Betriebspflichten teilkündbar ist.

- (1) Entgelt zur (Teil-) Amortisation der Planungs-, Bau- und Finanzierungskosten (Annuität)
- (2) Entgelt für das Facility Management

3.1.5 PPP-Vermietungsmodell (Vertragsmodell III)

Das Vertragsmodell III beschreibt – wie Vertragsmodell I und II – eine Vertragsstruktur mit einer Laufzeit von üblicherweise 20 bis 30 Jahren⁶, während der ein Gebäude auf dem Grundstück des privaten AN durch diesen errichtet und anschließend dem öffentlichen AG zur Nutzung überlassen werden soll. Hinsichtlich der Aufgabenbereiche des AN „Planung, Bau, Betrieb und Finanzierung“ entsprechen die Aufgabenfelder Vertragsmodell I und II. Es bestehen folgende Besonderheiten:

3.1.5.1 Aufgabenbereiche des AN

- Verwertung: Keine Verpflichtung zur Übertragung des „Gebäudeeigentums“ auf den AG am Ende der Vertragslaufzeit (sondern regelmäßig Räumung des Gebäudes durch den AG); im Gegensatz zu Vertragsmodell I und II erwirbt der AG das Objekt grundsätzlich weder „automatisch“ noch durch Ausübung einer Kaufoption zu vorab festgelegtem Preis; ggf. auch – alternativ – Verlängerungsoption zugunsten des AG⁷

3.1.5.2 Aufgabenbereiche des AG

- Entgelt: Regelmäßige Zahlung eines Entgelts („Miet“-) Raten) an den AN, das bei Vertragsschluss festgesetzt wird und aus folgenden Komponenten besteht:

⁶ Hinsichtlich der Laufzeit wird davon ausgegangen, dass – wie in Vertragsmodell I und II – der Vertrag nicht vorzeitig kündbar ist bzw. gegebenenfalls nur hinsichtlich einzelner Betriebspflichten teilkündbar ist.

⁷ Sofern dem AG entgegen dem Regelfall doch eine Kaufoption im Mietvertrag eingeräumt wird, ist der AN regelmäßig verpflichtet, dem AG unter Anrechnung der bisher gezahlten Mieten das Eigentum an der Mietsache zu einem im Zeitpunkt der Optionsausübung anhand des Verkehrswerts zu ermittelnden Preises zu übertragen. Eine solche Vereinbarung wird gemeinhin als sog. „echter“ Mietkauf bezeichnet. Demgegenüber findet die Bezeichnung „unechter“ Mietkauf auf Vereinbarungen Anwendung, die neben der bloßen Nutzung schon von Beginn an auf den Erwerb des Eigentums gerichtet sind. Diese Unterscheidung ist vor allem für die Frage von Bedeutung, welcher Vertragspartei während der Nutzungsdauer das wirtschaftliche Eigentum zuzuordnen ist.

- (1) Entgelt für Gebrauchsüberlassung (entsprechend marktüblicher Miete)
- (2) Entgelt für das Facility Management

3.1.6 PPP-Inhabermodell (Vertragsmodell IV)

Das Vertragsmodell IV beschreibt eine Vertragsstruktur mit einer Laufzeit von üblicherweise 15 bis 20 Jahren⁸, während der ein Gebäude auf dem Grundstück des öffentlichen AG für den AG saniert bzw. neu errichtet und anschließend vom privaten AN betrieben werden soll. Im Unterschied zu Vertragsmodell I bis III ist eine gesonderte Regelung zur Überlassung des Gebäudes an den AG nicht erforderlich, weil dieser zu Beginn der Betriebsphase regelmäßig schon Eigentümer und Besitzer des Gebäudes ist. In Anbetracht dieses konzeptionellen Unterschieds zu Vertragsmodell I bis III wird die Aufteilung der wesentlichen Aufgabenbereiche nachfolgend dargestellt:

3.1.6.1 Aufgabenbereiche des AN

- Planung: Erstellung der Planungen für Sanierung und/oder (Ein-) Bau von Gebäuden bzw. Anlagen
- Bau/Durchführung: Durchführung der Sanierungsarbeiten bzw. des (Ein-) Baus der Gebäude bzw. Anlagen
- Betrieb: Umfassendes Facility Management (einschließlich Instandhaltung/Instandsetzung sowie sonstige Dienstleistungen, wie z.B. Sicherheitsdienste, Pförtner, Catering, Einrichtung/Inventar etc.)
- Finanzierung: Finanzierung von Planung und Durchführung der Sanierungsarbeiten bzw. des (Ein-) Baus der Gebäude bzw. Anlagen durch Eigen- bzw. Fremdkapital
- Verwertung: Keine Verpflichtung zur Übertragung des „Gebäude- bzw. Anlageneigentums“ auf den AG am Ende der Vertragslaufzeit, da Gebäude bzw. Anlagen bereits im Eigentum des AG ste-

⁸ Hinsichtlich der Laufzeit wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass der Vertrag nicht vorzeitig kündbar ist; außerdem als Variante denkbar: Betriebsüberlassung an AG und (Zurück-) Vermietung an AN (sog. „lease-in/lease-out“).

hen oder durch Einbau Bestandteil des „Gebäudeeigentums“ werden

3.1.6.2 Aufgabenbereiche des AG

- Entgelt: Regelmäßige Zahlung eines Entgelts an den AN, das bei Vertrags festgesetzt wird und aus folgenden Komponenten besteht:
 - (1) Entgelt für Planung, Durchführung und Finanzierung (Annuität)
 - (2) Entgelt für das Facility Management

3.1.7 PPP-Contractingmodell (Vertragsmodell V)

Das Vertragsmodell V betrifft (Ein-)Bauarbeiten bzw. betriebswirtschaftliche Optimierungsmaßnahmen von bestimmten technischen Anlagen sowie Anlagenteilen (z.B. Energie- und Wärmeversorgung, Beleuchtung, IT etc.). Die Laufzeit des Vertrages beträgt etwa 5 bis 15 Jahre⁹. Während dieses Zeitraums werden durch den privaten AN einzelne Anlagen (-teile) in einem Gebäude auf dem Grundstück des öffentlichen AG (ein-)gebaut oder optimiert und anschließend betrieben. Im Unterschied zu Vertragsmodellen I bis IV ist weder die Errichtung bzw. Sanierung noch ein umfassendes Management des gesamten Gebäudes beabsichtigt. Dem Modell liegt die folgende Aufteilung der wesentlichen Aufgabenbereiche zugrunde:

3.1.7.1 Aufgabenbereiche des AN

- Planung: Erstellung der Planungen für (Ein-)Bauarbeiten und Optimierungsmaßnahmen
- Einbau/Durchführung: Durchführung der (Ein-)Bauarbeiten und Optimierungsmaßnahmen
- Betrieb: Betrieb und Instandhaltung/Instandsetzung der Anlagen (-teile); u.U. auch Energielieferung

⁹ Hinsichtlich der Laufzeit wird davon ausgegangen, dass der Vertrag grundsätzlich nicht vorzeitig kündbar ist.

- Finanzierung: Finanzierung von Planung, Durchführung sowie Betrieb durch Eigen- bzw. Fremdkapital
- Verwertung: Verpflichtung zur Entfernung der Anlagen (-teile) am Ende der Vertragslaufzeit vom „Gebäudegrundstück“ des AG, da es sich insoweit regelmäßig um „Scheinbestandteile“ des Grundstücks oder Gebäudes des AG handelt; alternativ: nachträglich vereinbarte Übertragung des „Anlageneigentums“ auf den AG am Ende der Vertragslaufzeit

3.1.7.2 Aufgabenbereiche des AG

- Entgelt: Regelmäßige Zahlung eines Entgelts, das bei Vertragsabschluss festgesetzt wird und die Planungs-, Durchführungs-, Betriebs- und Finanzierungskosten des AN abdecken soll. Im Unterschied zu den Vertragsmodellen I bis IV besteht das Entgelt aus folgenden Komponenten:
 - (1) Eingesparte Energiekosten
 - (2) u.U. Entgelt für Energielieferung
 - (3) u.U. Zuzahlungen des AG

3.1.8 PPP-Konzessionsmodell (Vertragsmodell VI)

Im Rahmen eines Konzessionsvertrags verpflichtet sich der private AN regelmäßig gegenüber dem öffentlichen AG, eine bestimmte Leistung entweder in Form der Gebäudeerrichtung (Baukonzession) oder in Form einer Dienstleistung (Dienstleistungskonzession) an Stelle des AG gegenüber Dritten zu erbringen. Als Spezialfall der Vertragsmodelle I bis IV wird dem AN durch die Konzession regelmäßig das Recht eingeräumt, die Kosten des Projekts (Planung, Bau, Betrieb und Finanzierung) durch ein Entgelt, das von den Drittnutzern zu entrichten ist, zu refinanzieren.

3.1.9 PPP-Gesellschaftsmodell (Vertragsmodell VII)

Die Leistungspflichten des privaten AN in den Vertragsmodellen I bis VI können auch durch eine Projektgesellschaft übernommen werden, an der sowohl der AN als auch der öffentliche AG beteiligt sind. Als Gesellschaftsform kommen Personen- oder Kapitalgesellschaften in Betracht.

3.2 Vertragsrechtliche Grundlagen

3.2.1 PPP-Erwerbermodell (Vertragsmodell I)

Vertragsmodell I beschreibt eine Kombination von schlüsselfertiger Errichtung und Verkauf eines Gebäudes mit umfassendem Facility Management während der anschließenden Betriebsphase von üblicherweise 20 bis 30 Jahren. Dabei kann das Facility Management bei Bedarf weit über den in der Gebäudewirtschaft üblichen Leistungskatalog hinausgehen. Das Gebäude steht nach der Errichtung bis zum Ende der Betriebsphase im Eigentum des AN; entweder auf der Grundlage von Grundstückseigentum oder einem Erbbaurecht. Der bereits bei Vertragsschluss getroffenen Vereinbarung folgend erwirbt der AG erst am Ende der Betriebsphase das Eigentum an der Immobilie.

Der Leistungsumfang des AN umfasst die Planung, den Bau, die Finanzierung, den Betrieb und die anschließende Eigentumsübertragung. Er erhält dafür ein nach monatlichen oder jährlichen Raten gestaffeltes Entgelt, das sämtliche Investitionskosten, Betreiber- und sonstige Betriebskosten sowie etwaige Risikozuschläge und den Gewinn des AN abdeckt. Soweit das Entgelt den Erwerb des Gebäudegrundstücks betrifft, handelt es sich um einen Ratenkauf, wobei der Kaufpreis kraft Vereinbarung auch als Darlehen geschuldet werden kann.

Auf die Planungs- und Bauleistungen findet im Wesentlichen Werkvertragsrecht, auf die Veräußerung des Gebäudes einschließlich seiner Überlassung an den AG während der Betriebsphase im Wesentlichen Kaufvertragsrecht und auf die umfassenden Facility Management-Leistungen – je nach Ausgestaltung – im Wesentlichen Werkvertrags- bzw. Dienstvertragsrecht Anwendung. Der auf die Veräußerung des Gebäudes bezogene und in Raten zu zahlende Entgeltbestandteil ist dogmatisch als Kreditvertrag zu beurteilen und unterliegt im Falle der Vereinbarung als Darlehen dem Darlehensvertragsrecht.

Während der einzelnen Projektphasen liegen die Risiken überwiegend beim AN. Lediglich die Sach- und Preisgefahr bezüglich des Gebäudes geht regelmäßig bereits vor Beginn der Betriebsphase mit Abnahme des Gebäudes auf den AG über, wird jedoch im Rahmen des umfassenden Facility Management-Auftrags in weiten Teilen wieder auf den AN übertragen. Davon abweichend kann jedoch auch vereinbart werden, dass die Sach- und Preisgefahr erst am Ende der Betriebsphase auf den AG übergeht. Ferner liegt das Risiko einer wirtschaftlich sinnvollen Nutzung bzw. Verwertung des Gebäudes am Ende der Vertragslaufzeit (Verwertungsrisiko) beim AG.

3.2.2 PPP-FMLeasingmodell (Vertragsmodell II)

Vertragsmodell II beschreibt eine Kombination aus Bereitstellung eines schlüsselfertig errichteten Gebäudes im Wege des Immobilienleasings und umfassendem Facility Management während der anschließenden Betriebsphase von üblicherweise 20 bis 30 Jahren. Wie bei Vertragsmodell I kann auch hier das Facility Management bei Bedarf weit über den in der Gebäudewirtschaft üblichen Leistungskatalog hinausgehen. Wie bei Vertragsmodell I steht das Gebäude während der Betriebsphase im Eigentum des AN. Am Ende der Betriebsphase ist ein Eigentumserwerb durch den AG jedoch nicht fest vereinbart. Statt dessen wird dem AG eine Option zur Verlängerung des Vertrages oder zum Erwerb der Immobilie zu einem kalkulierten Restwert eingeräumt. Es kann auch vereinbart werden, dass der AG an Gewinnen aus einer anschließenden Verwertung des Gebäudes durch den AN beteiligt wird.

Der Leistungsumfang des AN umfasst auch hier die Planung, den Bau, die Finanzierung und den Betrieb. Im Unterschied zu Vertragsmodell I umfasst er grundsätzlich nicht die Eigentumsübertragung, es sei denn der AG übt am Ende der Vertragslaufzeit die ihm eingeräumte Kaufoption aus. Des Weiteren sind Planung und Bau nicht eigens Gegenstand der vertraglich vereinbarten Leistungspflichten des AN, sondern Bestandteil des tatsächlichen Leistungsumfanges. Für die Überlassung des Gebäudes zur Nutzung durch den AG und den sonstigen Betrieb der Immobilie erhält der AN ein regelmäßig nach monatlichen Raten gestaffeltes Entgelt, das auch die Betreiber- und sonstigen Betriebskosten sowie etwaige Risikozuschläge und den Gewinn des AN abdeckt. Ferner basiert die Entgeltkalkulation regelmäßig auf einer Teilamortisationsberechnung der Investitionskosten (einschließlich Finanzierungskosten).

Auf die Überlassung des Gebäudes an den AG während der Betriebsphase findet im Wesentlichen Mietvertragsrecht, auf die umfassenden Facility Management-Leistungen – je nach Ausgestaltung – im Wesentlichen Werkvertrags- bzw. Dienstvertragsrecht Anwendung. Im Falle der Ausübung der Kaufoption durch den AG findet auf die Veräußerung der Immobilie Kaufvertragsrecht Anwendung.

Während der einzelnen Projektphasen liegen die Risiken überwiegend beim AN. Aufgrund der Gestaltung als – erlasskonformes – Immobilienleasing verbleibt die Sach- und Preisgefahr bezüglich des Gebäudes beim AN. Das Risiko einer wirtschaftlich sinnvollen Nutzung bzw. Verwertung des Gebäudes am Ende der Vertragslaufzeit (Verwertungsrisiko) liegt beim AN, wenn und solange der AG die ihm eingeräumte Kaufoption nicht ausübt.

3.2.3 PPP-Vermietungsmodell (Vertragsmodell III)

Vertragsmodell III beschreibt wie Vertragsmodell II eine Kombination aus Bereitstellung eines schlüsselfertig errichteten Gebäudes mit umfassendem Facility Management während der anschließenden Betriebsphase von üblicherweise 20 bis 30 Jahren. Ebenso wie bei den Vertragsmodellen I bis II kann auch hier das Facility Management bei Bedarf weit über den in der Gebäudewirtschaft üblichen Leistungskatalog hinausgehen. Das Gebäude steht wie bei Vertragsmodell I und II während der Betriebsphase im Eigentum des AN. Wie bei Vertragsmodell II ist am Ende der Betriebsphase ein Eigentumserwerb durch den AG nicht fest vereinbart. Dem AG kann jedoch eine Option zur Vertragsverlängerung oder zum Erwerb der Immobilie (Kaufoption) eingeräumt werden. Im Unterschied zu Vertragsmodell II bemisst sich der Kaufpreis im Falle der Ausübung einer Kaufoption jedoch nicht an dem bereits bei Vertragsschluss kalkulierten Restwert, sondern an dem Verkehrswert der Immobilie im Zeitpunkt der Optionsausübung.

Der Leistungsumfang des AN umfasst auch hier die Planung, den Bau, die Finanzierung und den Betrieb. Wie in Vertragsmodell II umfasst er grundsätzlich nicht die Eigentumsübertragung, es sei denn, der AG übt während bzw. am Ende der Betriebsphase eine ihm eingeräumte Kaufoption aus. Wie in Vertragsmodell II sind Planung und Bau nicht eigens Gegenstand der vertraglich vereinbarten Leistungspflichten des AN, sondern Bestandteil des tatsächlichen Leistungsumfangs. Wie bei Vertragsmodell II erhält der AN von dem AG für die Überlassung des Gebäudes zur Nutzung und den sonstigen Betrieb der Immobilie ein regelmäßig nach monatlichen Raten gestaffeltes Entgelt. Im Unterschied zu Vertragsmodell II basiert die Entgeltkalkulation jedoch nicht auf einer Teilamortisationsberechnung der Investitionskosten des AN, sondern auf der Berechnung der marktüblichen Miete für eine vergleichbare Immobilie sowie den Betreiber- und sonstigen Betriebskosten des AN.

Auf die Überlassung des Gebäudes an den AG während der Betriebsphase findet ausschließlich Mietvertragsrecht, auf die umfassenden Facility Management-Leistungen – je nach Ausgestaltung – Werkvertrags- bzw. Dienstvertragsrecht Anwendung. Im Fall der Ausübung der Kaufoption durch den AG findet auf die Veräußerung der Immobilie Kaufvertragsrecht Anwendung.

Während der einzelnen Projektphasen liegen die Risiken überwiegend beim AN. Aufgrund des mietvertraglichen Rechtsverhältnisses verbleibt die Sach- und Preisgefahr bezüglich des Gebäudes beim AN als Vermieter. Das Verwertungsrisiko liegt ebenfalls beim AN, wenn und solange der AG eine ihm ggf. eingeräumte Kaufoption nicht ausübt.

3.2.4 PPP-Inhabermodell (Vertragsmodell IV)

Vertragsmodell IV beschreibt eine Kombination von schlüsselfertiger Errichtung oder Sanierung von Gebäuden oder Anlagen mit umfassendem Facility Management während der anschließenden Betriebsphase von üblicherweise 15 bis 20 Jahren. Ebenso wie in den Vertragsmodellen I bis III kann auch hier das Facility Management bei Bedarf weit über den in der Gebäudewirtschaft üblichen Leistungskatalog hinausgehen. Im Unterschied zu den Vertragsmodellen I bis III geht das Eigentum an den errichteten Gebäuden oder Anlagen grundsätzlich nicht erst am Ende der Vertragslaufzeit bzw. bei Ausübung einer Kaufoption, sondern bereits mit Errichtung bzw. Installation in das Eigentum des AG als Grundstückseigentümer über. Dabei kann dem AN von dem AG an der Immobilie während der Betriebsphase ein umfassendes Nutzungs- und Besitzrecht im Wege des Nießbrauchs eingeräumt werden. Etwas anderes gilt lediglich für den Fall, dass die Gebäude oder Anlagen während der Betriebsphase durch Bestellung eines Erbbaurechts oder als sog. Scheinbestandteile im Eigentum des AN verbleiben.

Der Leistungsumfang des AN umfasst die Planung, den Bau, die Finanzierung und den Betrieb. Der Eigentumsübergang ist regelmäßig nicht eigens Gegenstand der vertraglichen Leistungspflichten des AN, soweit die Bau- bzw. Sanierungsleistungen kraft Gesetzes wesentliche Bestandteile des im Eigentum des AG stehenden Gebäudes bzw. Grundstücks werden. Der AN erhält dafür ein nach monatlichen oder jährlichen Raten gestaffeltes Entgelt, das wie bei Vertragsmodell I sämtliche Investitionskosten, Betreiber- und sonstige Betriebskosten sowie etwaige Risikozuschläge und den Gewinn des AN abdeckt. Soweit das Entgelt den Erwerb der vom AN errichteten Gebäude oder Anlagen betrifft, handelt es sich um eine ratenweise gestaffelte Werklohnforderung, wobei der Werklohn kraft Vereinbarung auch als Darlehen geschuldet werden kann.

Auf die Planungs- und Bauleistungen findet wie bei Vertragsmodell I im Wesentlichen Werkvertragsrecht und auf die umfassenden Facility Management-Leistungen – je nach Ausgestaltung – im Wesentlichen Werkvertrags- bzw. Dienstvertragsrecht Anwendung. Im Unterschied zu Vertragsmodell I findet weder auf den Eigentumsübergang noch auf die Überlassung zur Nutzung Kaufvertragsrecht Anwendung. Der auf den Erwerb der Gebäude oder Anlagen bezogene und in Raten zu zahlende Entgeltteil ist dogmatisch als Kreditvertrag zu beurteilen und unterliegt im Falle der Vereinbarung als Darlehen dem Darlehensvertragsrecht.

Während der einzelnen Projektphasen liegen die Risiken überwiegend beim AN. Insbesondere trägt der AN neben dem Bau- auch das Sanierungsrisiko. Lediglich die Sach- und

Preisgefahr bezüglich der Gebäude oder Anlagen geht regelmäßig bereits vor Beginn der Betriebsphase mit Abnahme der Gebäude oder Anlagen auf den AG über, wird jedoch im Rahmen des umfassenden Facility Management-Auftrags in weiten Teilen wieder auf den AN übertragen. Davon abweichend kann jedoch auch vereinbart werden, dass die Sach- und Preisgefahr erst am Ende der Betriebsphase auf den AG übergeht. Ferner liegt das Verwertungsrisiko grundsätzlich beim AG.

3.2.5 PPP-Contractingmodell (Vertragsmodell V)

Vertragsmodell V beschreibt eine Kombination von (Ein-)Bau bzw. energiewirtschaftlicher Optimierung von Anlagen(-teilen) mit anschließendem Facility Management während der anschließenden Betriebsphase von üblicherweise 5 bis 15 Jahren. Im Unterschied zu den Vertragsmodellen I bis IV beschränken sich die Leistungen des AN gegenständlich auf technische Anlagen(-teile). Die Errichtung eines vollständigen Gebäudes oder dessen umfassendes Facility Management ist nicht Gegenstand des Vertragsmodells V. Das Facility Management beschränkt sich vielmehr im Wesentlichen auf den Betrieb und die Instandhaltung der zu errichtenden bzw. zu optimierenden Anlagen(-teile). Während der Betriebsphase ist der AG von der Nutzung der Anlagen(-teile) vertraglich ausgeschlossen. Die Anlagen(-teile) gehen hingegen wie bei Vertragsmodell IV bereits mit deren (Ein-) Bau in das Eigentum des AG als Grundstückseigentümer über. Etwas anderes gilt lediglich für den Fall, dass die Anlagen (-teile) während der Betriebsphase als sog. Scheinbestandteile im Eigentum des AN verbleiben oder ausnahmsweise ein Erbbaurecht bestellt wird.

Der Leistungsumfang des AN umfasst die Planung, den (Ein-)Bau bzw. die Optimierung, die Finanzierung und den Betrieb. Der Eigentumsübergang ist wie bei Vertragsmodell IV regelmäßig nicht eigens Gegenstand der vertraglichen Leistungspflichten des AN, soweit die Anlagen (-teile) wesentliche Bestandteile des im Eigentums des AG stehenden Gebäudes bzw. Grundstücks werden. Der AN erhält dafür ein nach monatlichen oder jährlichen Raten gestaffeltes Entgelt, das grundsätzlich sämtliche Investitionskosten, Betreiber- und sonstige Betriebskosten sowie den Gewinn des AN abdecken soll. Im Unterschied zu Vertragsmodell IV richtet sich das Entgelt jedoch nicht primär nach den vom AN tatsächlich zu tragenden Kosten, sondern nach der Höhe der von ihm eingesparten Energiekosten. Je nach Einzelfall kann es erforderlich werden, dass der AG zur Kostendeckung beim AN auch Zusatzzahlungen leistet. Umfassen die Leistungen des AN auch die Lieferung von Energie, deckt das Entgelt auch die Kosten für den Energieverbrauch ab. Soweit das Entgelt den Erwerb des Anlageneigentums betrifft, handelt es sich wie bei Vertragsmodell IV um eine ratenweise

gestaffelte Werklohnforderung, wobei der Werklohn kraft Vereinbarung auch als Darlehen geschuldet werden kann.

Auf die Planungs- und Bauleistungen findet wie bei Vertragsmodell I und IV im Wesentlichen Werkvertragsrecht und auf die Facility Management-Leistungen – je nach Ausgestaltung – im Wesentlichen Werkvertrags- bzw. Dienstvertragsrecht Anwendung. Wie bei Vertragsmodell IV findet grundsätzlich auf den Eigentumsübergang kein Kaufvertragsrecht Anwendung. Der auf den Erwerb der Anlagen (-teile) bezogene und in Raten zu zahlende Entgeltbestandteil ist wie bei Vertragsmodell IV dogmatisch als Kreditvertrag zu beurteilen und unterliegt im Falle der Vereinbarung als Darlehen dem Darlehensvertragsrecht.

Während der einzelnen Projektphasen liegen die Risiken überwiegend beim AN. Insbesondere trägt der AN neben dem Bau- auch das Optimierungsrisiko. Lediglich die Sach- und Preisgefahr bezüglich der Gebäude oder Anlagen geht regelmäßig bereits vor Beginn der Betriebsphase mit Abnahme der Anlagen (-teile) auf den AG über; wird jedoch im Rahmen des umfassenden Facility Management-Auftrags in weiten Teilen wieder auf den AN übertragen. Darüber hinaus liegt das Verwertungsrisiko grundsätzlich beim AG.

3.2.6 PPP-Konzessionsmodell (Vertragsmodell VI)

Vertragsmodell VI beschreibt eine besondere Modellvariante in Gestalt der Drittnutzerfinanzierung, die grundsätzlich mit jedem der Vertragsmodelle I bis IV kombiniert werden¹⁰ und somit eine Betriebsphase von 10 bis 30 Jahren aufweisen kann. Je nachdem, mit welchem der vorgenannten Modelle das Vertragsmodell VI kombiniert wird, erwirbt der AG das Eigentum an den Gebäuden bzw. Anlagen (-teilen) oder auch nicht.

Der Leistungsumfang des AN umfasst die Planung, den (Ein-) Bau bzw. die Sanierung oder Optimierung, die Finanzierung, den Betrieb und u.U. auch den Eigentumsübergang. Je nachdem, ob die Leistungspflichten des AN die Errichtung eines Bauwerks und/oder die Erbringung von Dienstleistungen betreffen, handelt es sich um eine Bau- bzw. Dienstleistungskonzession. Zwar erhält der AN hierfür auch ein Entgelt, das seine Investitionskosten, Betreiber- und sonstigen Betriebskosten sowie etwaige Risikozuschläge und den Gewinn des AN abdecken soll. Im Unterschied zu den Vertragsmodellen I bis IV wird dieses Entgelt jedoch regelmäßig nicht vom AG gezahlt. Stattdessen räumt der AG dem AN das Recht ein, seine Kosten durch Erhebung von Nutzungsentgelten (Entgelte oder Gebühren) zu decken, die Dritte für die Benutzung der Gebäude bzw. Anlagen zu entrichten haben (sog. Drittnut-

¹⁰ Aufgrund der Beschränkung auf technische Anlagen wird Vertragsmodell V in der Praxis nur in besonderen Ausnahmefällen mit dem Vertragsmodell VI kombiniert werden können.

zerfinanzierung). Zusätzlich kann sich der AG auch durch eine Anschubfinanzierung oder durch Abschlusszahlungen (Nutzungsausfallgarantie) an den durch die Entgelte der Drittnutzer nicht gedeckten Kosten des AN beteiligen.

Das auf die einzelnen Leistungselemente anwendbare Recht bemisst sich nach dem Vertragsmodell (I bis IV), mit dem das Vertragsmodell VI kombiniert werden soll. Im Übrigen stellt der Konzessionsvertrag regelmäßig keinen öffentlich-rechtlichen, sondern einen zivilrechtlichen Vertrag dar.

Während der einzelnen Projektphasen liegen die Risiken wie bei den Vertragsmodellen I bis V überwiegend beim AN. Im Einzelnen hängt die konkrete Risikoverteilung von dem jeweiligen Vertragsmodell ab, mit dem Vertragsmodell VI kombiniert werden soll. Charakteristisch für das Vertragsmodell VI ist jedoch, dass der AN während der Betriebsphase - jedenfalls überwiegend - das Finanzierungs- bzw. Nutzerrisiko tragen muss.

3.2.7 PPP-Gesellschaftsmodell (Vertragsmodell VII)

Vertragsmodell VII beschreibt ebenso wie Vertragsmodell VI kein eigenständiges Vertragsmodell. Vielmehr handelt es sich um eine Variante der Vertragsmodelle I bis V in Gestalt der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung des öffentlichen AG als Mitgeschafter an einer mit der Planung, dem Bau bzw. der Sanierung oder Optimierung, der Finanzierung, dem Betrieb und u.U. auch der Eigentumsübertragung beauftragten PPP-Projektgesellschaft (AN).

Als Gesellschaftsform einer PPP-Projektgesellschaft kommen grundsätzlich Kapitalgesellschaften (insbesondere AG und GmbH) sowie Personengesellschaften (insbesondere OHG, KG (einschließlich GmbH & Co KG) und GbR) in Betracht¹¹.

Die Gesellschaftsform der Kapitalgesellschaft bietet den Vorteil, dass die persönliche Haftung der einzelnen Geschafter grundsätzlich ausgeschlossen ist. Allerdings kann der AG in einer Kapitalgesellschaft Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft nur mittelbar über die Hauptversammlung bzw. die Geschafterversammlung nehmen. Lediglich der Geschafterversammlung in einer GmbH steht insoweit auch ein auf Einzelentscheidungen bezogenes Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsführung zu.

Im Unterschied zur Kapitalgesellschaft kann dem öffentlichen AG als Geschafter einer Personengesellschaft auch selbst die Geschäftsführung und die Vertretung der Gesellschaft

¹¹ Zu den haushalts- oder kommunalrechtlichen Beschränkungen bei der Auswahl der Gesellschaftsformen: siehe unten, Kap. 5. bzw. 6.

übertragen werden. Der AG kann dadurch unmittelbar Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft ausüben. Demgegenüber haftet der einzelne Gesellschafter einer Personengesellschaft jedoch regelmäßig persönlich, unmittelbar und unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Eine unbeschränkte Haftung kann der AG in einer Personengesellschaft z.B. dadurch ausschließen, dass er als Kommanditist einer KG auftritt. In diesem Fall wäre der AG jedoch von der Geschäftsführung und der Vertretung der KG weitgehend ausgeschlossen und könnte damit nur in geringem Umfang Einfluss auf die Entscheidungen der KG nehmen. Das Ziel einer Haftungsbegrenzung bei gleichzeitigem Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft könnte der AG hingegen dadurch erreichen, dass er sich über eine – in der Haftung beschränkte - GmbH an einer OHG oder GbR beteiligt. Zu demselben Ergebnis käme die Beteiligung an einer GmbH, die als Komplementärin die Geschäfte einer KG führt (GmbH & Co KG).

Überblick: Vertragsrechtliche Grundlagen*

| | | Vertragsmodell I | Vertragsmodell II | Vertragsmodell III | Vertragsmodell IV | Vertragsmodell V | Vertragsmodell VI |
|---|--|--|--|---|---|--|---|
| | | PPP-Erwerbermodell | PPP-FMLeasingmodell | PPP-Vermietungsmodell | PPP-Inhabermodell | PPP-Contractingmodell | PPP-Konzessionsmodell |
| Grundlagen | Vertragsobjekt | Neubau (ggf. Sanierungsobjekt) (Bauliche Anlagen) | Neubau (ggf. Sanierungsobjekt) (Bauliche Anlagen) | Neubau (ggf. Sanierungsobjekt) (Bauliche Anlagen) | Neubau/Sanierungsobjekt (Bauliche Anlagen) | Einbau/Optimierung (Technische Anlagen (-teile)) | Neubau/ (ggf.) Sanierungsobjekt (Bauliche Anlagen) |
| | Laufzeit (Jahre) | 20 – 30 | 20 – 30 | 20 – 30 | 15 – 20 (ggf. auch länger) | 5 – 15 | 15 – 30 |
| | Kündbarkeit (ordentlich) | Nein (evtl. Teilkündbarkeit einzelner Betreiberleistungen) | Nein (evtl. Teilkündbarkeit einzelner Betreiberleistungen) | Nein (evtl. Teilkündbarkeit einzelner Betreiberleistungen) | Nein (evtl. Teilkündbarkeit einzelner Betreiberleistungen) | Nein (evtl. Teilkündbarkeit einzelner Betreiberleistungen) | Nein |
| Aufgabenbereiche des AN | Planung (Design) | Ja | Ja | Ja | Ja | Ja | Ja |
| | (Ein-)Bau (Build) | Ja | Ja | Ja | Ja | Ja | Ja |
| | Finanzierung (Finance) | Ja | Ja | Ja | Ja | Ja | Ja |
| | Eigentum am Vertragsobjekt während Vertragslaufzeit (Own) | AN | AN | AN | AG | AG | AN/AG (vgl. Vertragsmodelle I - IV) |
| | Betrieb/Facility Management (Operate) | Ja | Ja | Ja | Ja | Ja | Ja |
| Verwertung des Vertragsobjektes, hier: Eigentumsübergang auf den AG nach Vertragslaufzeit (Transfer) | Ja | Nein (Ja bei Ausübung einer Kaufoption) | Nein (Ja bei Ausübung einer Kaufoption) | Ja (bereits durch Einbau bzw. Verbindung mit Grundstück des AG) | Ja (bereits durch Einbau bzw. Verbindung mit Grundstück des AG) | Ja/Nein (vgl. Vertragsmodelle I - IV) | |

Beratergruppe – „PPP im öffentlichen Hochbau“

| | | | | | | | |
|--------------------------------|---|---|---|---|--------------------------|---|--|
| Aufgabenbereiche des AG | Entgelt zur Deckung von: | | | | | | |
| | a) sämtlichen Investitionskosten | Ja (Abzahlung) | Nein (Teilamortisation) | Nein (Miete) | Ja (Vergütung) | Ja (allerdings durch eingesparte Energiekosten; evtl. zusätzliche Vergütung des AG) | Ja (allerdings durch Nutzerentgelte; evtl. Anschubfinanzierung/ Abschlusszahlung des AG) |
| | b) Betreiberkosten, sonstigen Betriebskosten, Risikozuschlag, Gewinnmarge | Ja | Ja | Ja | Ja | Ja (allerdings durch eingesparte Energiekosten) | Ja (allerdings durch Nutzerentgelte und -gebühren) |
| | Zusatzentgelt für Eigentumserwerb | Nein | Ja (bei Kaufoption: Kaufpreis bei Vertragsabschluss festgelegt („kalkulierter Restwert“)) | Ja (bei Kaufoption: Kaufpreis bei Optionsausübung ermittelt („Verkehrswert“)) | Nein (i.d.R.) | Nein (i.d.R.) | Ja/Nein (vgl. Vertragsmodelle I - IV) |
| Eigentum | Grundstück | AN (oder AG) | AN (oder AG) | AN (oder AG) | AG | AG | AN/AG (vgl. Vertragsmodelle I - IV) |
| | Bauliche/technische Anlagen (-teile) während der Vertragslaufzeit | AN (falls AG Grundstückseigentümer: AN als Erbbauberechtigter) | AN (falls AG Grundstückseigentümer: AN als Erbbauberechtigter o.ä.) | AN (falls AG Grundstückseigentümer: AN als Erbbauberechtigter o.ä.) | AG | AG | AN/AG (vgl. Vertragsmodelle I - IV) |
| | Bauliche/technische Anlagen (-teile) nach der Vertragslaufzeit | AG | AN (AG bei Ausübung der Kaufoption) | AN (AG bei Ausübung der Kaufoption) | AG | AG | AN/AG (vgl. Vertragsmodelle I - IV) |

Beratergruppe – „PPP im öffentlichen Hochbau“

| | | | | | | | | | |
|---------------------------------------|---------------------------------|---------------------|--|--|---|--|--|--|---|
| Zivilrechtliche Qualifizierung | Planung (Design) | | Werkvertragsrecht | _____ | _____ | Werkvertragsrecht | Werkvertragsrecht | Zivilrechtlicher Vertrag (im Übrigen vgl. Vertragsmodelle I - IV je nach vertraglicher Ausgestaltung) | |
| | (Ein-)Bau (Build) | | Werkvertragsrecht (u.U. ergänzt durch Auftragsrecht) | _____ | _____ | Werkvertragsrecht (u.U. ergänzt durch Auftragsrecht) | Werkvertragsrecht (u.U. ergänzt durch Auftragsrecht) | | |
| | Finanzierung (Finance) | | u.U. Darlehensvertragsrecht | _____ | _____ | u.U. Darlehensvertragsrecht | u.U. Darlehensvertragsrecht | | |
| | Betriebsphase | Nutzungsüberlassung | Kaufvertragsrecht | „in erster Linie“ Mietvertragsrecht (und werkvertragliches Gewährleistungsrecht) | Mietvertragsrecht | _____ | _____ | | |
| | | Betrieb | Dienst- oder Werkvertragsrecht (u.U. ergänzt durch Auftragsrecht) | Dienst- oder Werkvertragsrecht | Dienst- oder Werkvertragsrecht | Dienst- oder Werkvertragsrecht (u.U. ergänzt durch Auftragsrecht) | Dienst- oder Werkvertragsrecht (u.U. ergänzt durch Auftragsrecht) | | |
| | Verwertung (Transfer) | | Kaufvertragsrecht | Kaufvertragsrecht (ab Ausübung der Kauf-/Verkaufsoption) | Kaufvertragsrecht (ab Ausübung der Kauf-/Verkaufsoption) | _____ | _____ | | (ausnahmsweise: Kaufvertragsrecht, wenn Scheinbestandteil und anschließender Verkauf) |
| PPP-typische Risikoverteilung | Planungsrisiko (Design) | | AN | AN | AN | AN | AN | AN | |
| | Baurisiko (Build) | | AN | AN | AN | AN | AN | AN | |
| | Finanzierungsrisiko (Finance) | | AN | AN | AN | AN | AN | AN | |
| | Sach- und Preisgefahr (Operate) | | AG (i.d.R.) | AN (i.d.R.) | AN (i.d.R.) | AG (i.d.R.) | AG (i.d.R.) | AG (i.d.R.) | AN/AG (vgl. Vertragsmodelle I-IV; Nutzerrisiko überwiegend bei AN) |
| | Verwertungsrisiko (Transfer) | | AG | AN (AG bei Ausübung einer Kaufoption) | AN (AG bei Ausübung einer Kaufoption) | AG | AG | AG | AN/AG (vgl. Vertragsmodelle I - IV) |

* Der Überblick spiegelt nur die Grundstrukturen der Vertragsmodelle wider und ist daher weder abschließend noch umfassend. Die Vertragsparteien können eine alternative Gestaltung und Gewichtung der Vertragselemente vereinbaren.

3.3 Bundes- und Landeshaushaltsrecht

3.3.1 Aufstellung des Haushaltsplans

3.3.1.1 Finanzplanung

Im Rahmen der staatlichen Finanzplanung kommt den Fragen, ob mit PPP im öffentlichen Hochbau eine Kreditaufnahme im Sinne des Finanzverfassungsrechts verbunden ist und inwieweit Ausgaben des Staates im Rahmen von PPP-Projekten investive oder konsumtive Ausgaben darstellen, maßgebliche Bedeutung zu:

Erstens bildet die Höhe der Ausgaben für Investitionen nach dem Grundgesetz und nach den Landesverfassungen die Obergrenze für eine Nettoneuverschuldung des Staates. Eine Überschreitung dieser Obergrenze ist nur zulässig, soweit eine Neuverschuldung zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts dient. Wird bei PPP eine staatliche Kreditaufnahme bejaht oder Ausgaben der öffentlichen Hand den Investitionen zugeordnet, beeinflusst dies die Handlungsfreiheit des Staates in der Finanzplanung. Überdies bedarf die Kreditaufnahme einer Ermächtigung im Haushaltsgesetz oder in einem anderen Gesetz.

Zweitens stellt Art. 121 EGV in Verbindung mit dem Stabilitäts- und Wachstumspakt Referenzwerte für die Staatsverschuldung auf, deren Überschreitung zu gemeinschaftsrechtlichen Sanktionen führen kann. Die hierfür maßgeblichen statistischen Daten ermittelt Eurostat an Hand eines gemeinschaftsweit einheitlichen Systems von volkswirtschaftlichen Gesamtrechnungen (ESVG 1995). Die im ESVG 1995 verwendeten Kredit- und Investitionsbegriffe weichen erheblich von dem im deutschen Recht herrschenden Begriffsverständnis ab.

Die herrschende Meinung im deutschen Recht subsumiert unter den finanzverfassungsrechtlichen Kreditbegriff grundsätzlich nur die sog. Finanzschulden des Staates. Finanzschulden beruhen auf Vertrag und führen dem Staat als Kreditnehmer für eine bestimmte Zeit Geldmittel zur Finanzierung von Haushaltsausgaben zu oder ersparen ihm unmittelbar die Leistung von Haushaltsausgaben. Sog. Verwaltungsschulden aus der Geschäfts- und Verwaltungstätigkeit des Staates zählen hingegen nicht zu den Krediten. Eine Kreditaufnahme Dritter wird dem Staat grundsätzlich nicht zugerechnet.

Nach dieser Differenzierung sind die Verpflichtungen der öffentlichen Hand zur Leistung von Ausgaben im Rahmen von PPP in der Regel nicht als Kredite im haushaltsrechtlichen Sinne anzusehen. Nur in besonders gelagerten Fällen kann es zur Wahrung der Vollständigkeit des

Haushalts geboten sein, eine Kreditaufnahme Dritter dem Staat zuzurechnen. Dies etwa dann, wenn der Dritte auf Veranlassung des Staates einen Kredit aufnimmt, die Kreditmittel dem Staat zur Deckung von Haushaltsausgaben zu Gute kommen und der Staat die Tilgung übernimmt.

Im nationalen Recht werden unter Investitionen allgemein die öffentlichen Ausgaben für Maßnahmen verstanden, die bei makroökonomischer Betrachtung die Produktionsmittel der Volkswirtschaft erhalten, vermehren oder verbessern. Konkret definieren die Haushaltsordnungen des Bundes und der Länder investive Maßnahmen. Investive Maßnahmen sind insbesondere der Bau von nichtmilitärischen Anlagen, der Erwerb von bestimmten beweglichen und unbeweglichen Sachen, von Beteiligungen und sonstigem Kapitalvermögen, sowie die Vergabe von Darlehen.

Ausgaben im Rahmen der verschiedenen PPP-Vertragsmodelle sollten grundsätzlich nicht einheitlich als Investition oder Konsum angesehen werden, weil sie, in Abhängigkeit vom jeweiligen Vertragsmodell, teils zur Finanzierung investiver Maßnahmen und teils zur Finanzierung konsumtiver Maßnahmen dienen können. In bestimmten Fällen können Ausgaben einheitlich dem konsumtiven Bereich zugeordnet werden, wie etwa bei dem Vertragsmodell III ohne Ausübung einer eingeräumten Kaufoption. Abweichend vom deutschen Recht gelten gemäß dem ESVG 1995 auch Zahlungsverpflichtungen der öffentlichen Hand, die nicht aus Geldkrediten herrühren, in bestimmten Fällen als Kredit: Dies sind der Teilzahlungskauf und das Finanzierungsleasing, die im Rahmen des ESVG 1995 freilich anders definiert werden, als die in der deutschen Rechtspraxis gebräuchlichen Begriffe Ratenkauf und Finanzierungsleasing. Unterschiede zum deutschen Recht weist auch der Investitionsbegriff nach ESVG 1995 auf.

Gegenwärtig erscheint eine Anpassung des im deutschen Haushaltsrecht herrschenden Begriffsverständnisses an ein – auch nach dem ESVG 1995 maßgebliches – wirtschaftliches Begriffsverständnis nicht oder nur eng begrenzt möglich.

Würde man den Kreditbegriff nach deutschem Recht auf Geschäfte ausweiten, die bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise eine Finanzierungshilfe darstellen, würde dies der Akzeptanz von PPP im öffentlichen Hochbau zwar möglicherweise dienlich sein. Denn langfristige Zahlungsverbindlichkeiten im Rahmen von PPP würden dann im Zeitpunkt des Eingehens der Verbindlichkeit in voller Höhe bei der Berechnung der Kredithöhe einfließen und damit die Transparenz der Haushaltsführung erhöhen.

Andererseits wahrt das ESVG 1995 bei einem Teilzahlungskauf oder einem Finanzierungsleasing die Balance mit der Ausgabenseite, indem der Vertragsgegenstand mit Vertragsbeginn beim wirtschaftlichen Eigentümer als Investition gebucht wird. Auf nationaler Ebene kann ein bloßer Vermögenswert jedoch nicht als Investition im Haushalt abgebildet werden, weil die kameralistische Haushaltsführung lediglich Einnahmen und Ausgaben des Staates, nicht jedoch die jeweiligen Vermögenswerte darzustellen vermag.

3.3.1.2 Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen

Alle finanzwirksamen Maßnahmen sind gemäß den haushaltsrechtlichen Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit auf ihre Wirtschaftlichkeit zu untersuchen. Die Verwaltungen sind gemäß den Haushaltsordnungen des Bundes und der Länder zu angemessenen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen verpflichtet.

Beim Bund und in einigen Ländern (z.B. Berlin) schließt das Gebot zu Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen die Verpflichtung der Verwaltung mit ein, zu prüfen, ob die staatliche Aufgabe durch Private erfüllt werden kann. Diese Verpflichtung erstreckt sich dem weiten Wortlaut der Vorschrift nach auch auf die Prüfung, ob eine staatliche Aufgabe durch eine PPP erfüllt werden kann.

Die Wirtschaftlichkeit einer Maßnahme ist nach den gegenwärtig geltenden Verwaltungsvorschriften auf Bundes- und Landesebene nicht nur einmal, sondern mehrfach zu untersuchen. Sowohl in der Planungsphase, als auch während und nach der Durchführung einer Maßnahme sind Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen vorzunehmen. Die dabei anzuwendenden Verfahren sind unterschiedlich.

Vor der Einleitung eines – regelmäßig erforderlichen – Vergabeverfahrens liegen kaum belastbare monetäre Daten vor, anders hingegen nach Einholung der endgültigen Angebote. In der Frühphase eines PPP-Projekts können daher oftmals nur qualitative Angaben verschiedener Realisierungsmethoden miteinander verglichen werden, zumal sich in der Praxis Benchmarks für PPP noch nicht herausgebildet haben. Als eine Form der Markterkundung – vornehmlich zur Ermittlung der PPP-Fähigkeit eines anvisierten Projekts – kommt das im Bund und in einigen Ländern geregelte Interessenbekundungsverfahren in Betracht, in dessen Rahmen Private unverbindlich ihr Interesse an einem Hochbauprojekt bekunden können.

3.3.1.3 Vorgaben für Verfügungen über staatliche Vermögensgegenstände und für Unternehmensbeteiligungen des Staates

Die Haushaltsordnungen des Bundes und der Länder knüpfen in §§ 63 bis 65 an die Veräußerung und an den Erwerb von beweglichen und unbeweglichen Vermögensgegenständen sowie an die Beteiligung des Staates an einem Unternehmen in der Rechtsform des privaten Rechts besondere formelle und materielle Voraussetzungen.

Vermögensgegenstände dürfen grundsätzlich nur erworben werden, soweit sie zur Erfüllung der Aufgaben des Staates in absehbarer Zeit erforderlich sind. Spiegelbildlich setzt die Veräußerung von Vermögensgegenständen grundsätzlich voraus, dass sie zur Erfüllung der Aufgaben des Staates in absehbarer Zeit nicht benötigt werden. Staatliche Vermögensgegenstände dürfen grundsätzlich nur zum vollen Wert veräußert werden.

Für die Veräußerung von staatlichen Immobilien bedarf es einer besonderen Genehmigung seitens des jeweils zuständigen Finanzministers und unter Umständen – bei besonders wertvollen oder bedeutsamen Grundstücken – der Legislativorgane. In einigen Ländern steht auch der Erwerb von Grundstücken unter dem Einwilligungsvorbehalt des Finanzministers. Teilweise sieht Landeshaushaltsrecht vor, dass Einnahmen aus der Veräußerung von Grundstücken einem Sondervermögen (Grundstock) zuzuführen sind, das vom Finanzministerium verwaltet wird. Die Mittel dieses Grundstocks dürfen nur zum Erwerb von Grundstücken verwendet werden.

Die materiellen und formellen Voraussetzungen für die Veräußerung und für den Erwerb von Vermögensgegenständen durch den Staat können sich unter Umständen hinderlich auf PPP im öffentlichen Hochbau auswirken. Namentlich Vertragsmodell II könnten, wenn dieses als „Sale-and-lease-back“-Geschäft ausgestaltet ist, die Voraussetzungen für eine Veräußerung von staatlichen Grundstücken entgegen stehen. Denn der Umstand, dass der Staat die veräußerten Grundstücke sogleich least, spricht dafür, dass diese Grundstücke zur Erfüllung der staatlichen Aufgabe erforderlich sind und daher nicht veräußert werden dürfen.

Diese Bedenken könnten möglicherweise durch ein Verständnis dieser Regelung ausgeräumt werden, wonach eine Veräußerung dann nicht stattfindet, wenn das Grundstück weiterhin durch staatliche Stellen zur Erfüllung von öffentlichen Aufgaben verwendet wird. Ob ein solches Verständnis einer gerichtlichen Überprüfung standhielte, ist allerdings offen. Rechtssicherheit könnte für „Sale-and-lease-back“-Geschäfte nur durch eine ausdrückliche Regelung, ähnlich wie sie in § 63 Abs. 2 Satz 2 LHO Berlin besteht, erreicht werden, die eine Veräußerung unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erklärt. Die Voraussetzungen

für eine Beteiligung des Staates an einem Unternehmen in Privatrechtsform dürften im Falle von PPP regelmäßig vorliegen, so dass insoweit keine besonderen Hindernisse für PPP erkennbar sind.

3.3.1.4 Darstellung von Mitteln im Haushaltsplan

Die Darstellung von Einnahmen und Ausgaben im Haushaltsplan im Rahmen von PPP wird auf Bundes- und Landesebene nur in Teilbereichen in gleicher Weise gehandhabt. Auch werden Ausgaben im Rahmen von PPP-Verträgen über die gesamte Vertragslaufzeit nicht bundeseinheitlich in einer zusammenfassenden Übersicht als Anlage zum Gesamtplan im jährlichen Haushaltsplan oder im Finanzplan ausgewiesen. Eine einheitliche Darstellung von Zahlungsverpflichtungen im Zusammenhang mit PPP in einer Übersicht als Anlage zum Gesamtplan wäre im Hinblick auf den Grundsatz der Haushaltsklarheit jedoch erstrebenswert.

Die Veranschlagung von Ausgaben im Rahmen der verschiedenen Vertragsmodelle ist auf Bundes- und Landesebene nicht einheitlich. In gleicher Weise veranschlagt werden, soweit ersichtlich, zwar Ausgaben im Rahmen von Vertragsmodell II (Leasingrate konsumtiv, Kaufoption investiv), Vertragsmodell III (konsumtiv) und Vertragsmodell VII (konsumtiv). Bei Vertragsmodell I werden die laufenden Raten – entsprechend dem herkömmlichen Mietkauf – teilweise vollständig investiv und teilweise getrennt nach Tilgungsanteilen (investiv) und Finanzierungsanteilen (konsumtiv) veranschlagt. Ausgaben im Rahmen der Vertragsmodelle IV und V dürften – ohne dass dazu Angaben vorliegen – ebenfalls teils investiv und teils konsumtiv veranschlagt werden.

Grundsätzlich empfiehlt sich nach dem Grundsatz der Haushaltswahrheit eine differenzierende Veranschlagung von Ausgaben je nachdem, ob damit eine investive Maßnahme oder eine konsumtive Maßnahme finanziert werden soll. Als Investition wären im Rahmen von PPP die Ausgaben für die Projektphasen Planen und Bauen bzw. Erwerb (Verwertung) anzusehen, während Ausgaben für die Projektphasen Betrieb und Finanzierung konsumtiv zu veranschlagen wären. In diesen Fällen wären Ausgaben in mehreren Titeln zu veranschlagen. Fallen im Rahmen einer PPP nur Ausgaben für investive oder nur für konsumtive Zwecke an, ist für eine differenzierende Veranschlagung freilich kein Raum.

Voraussetzung für eine differenzierende Veranschlagung von Ausgaben ist darüber hinaus die Kenntnis der entsprechenden Entgeltzusammensetzung, d.h. der Staat muss wissen, inwieweit sich die von ihm zu erbringende Vergütung aus investiven bzw. konsumtiven Bestandteilen zusammensetzt. Eine solche Kenntnis wird vor dem Vertragsabschluss in der

Regel nicht vorhanden sein, ausreichend erscheint jedoch eine plausible Schätzung der Aufteilung der Entgeltbestandteile in investive und konsumtive Anteile. Zudem können die bei den verschiedenen Titeln anzubringenden Verpflichtungsermächtigungen für gegenseitig deckungsfähig erklärt werden, denn es genügt, dass die genaue Aufteilung beim Haushaltsvollzug berücksichtigt wird.

Eine differenzierende Veranschlagung ist schließlich dann nicht möglich, wenn eine einheitliche Vergütung für eine einheitliche Gesamtleistung vereinbart wird, deren Bestandteile einzelnen Leistungspaketen auch im Wege einer Schätzung nicht plausibel zugeordnet werden können. In diesem Fall sind die Ausgaben nach dem Schwerpunkt ihrer Zweckbestimmung einheitlich konsumtiv oder investiv zu veranschlagen. Dienen Ausgaben teilweise tatsächlich investiven Zwecken und werden sie mangels Aufteilbarkeit in einzelne Bestandteile einheitlich konsumtiv veranschlagt, kann hierdurch ein positiver Beitrag zur Verringerung der Staatsneuverschuldung geleistet werden, weil die investiven Ausgabenbestandteile bei der Berechnung der Kreditobergrenze nicht berücksichtigt werden. Eine derartige einheitliche Veranschlagung kommt namentlich bei den Vertragsmodellen I und IV in Betracht.

Auf einem gänzlich anderen Kontensystem beruht die Buchung von Einnahmen und Ausgaben im ESVG 1995, auf das hier nicht näher eingegangen werden soll.

3.3.2 Haushaltsvollzug

3.3.2.1 Wirtschaftlichkeitsuntersuchung vor der Vergabe

Nach Einholung von verbindlichen Angeboten in einem Vergabeverfahren besteht die Möglichkeit, vornehmlich quantitative Angaben miteinander zu vergleichen und nur ergänzend auf einen Vergleich von qualitativen Angaben zurückzugreifen. Für den Vergleich qualitativer Daten im Rahmen von langfristigen Projekten wie bei PPP ist die Anwendung der Kapitalwertmethode üblich und in den Arbeitsanleitungen für die Verwaltung auf Bundes- und Landesebene vorgesehen. Der bloße Umstand, dass für eine Eigenerledigung nicht hinreichend Mittel vorhanden sind, genügt nicht, um eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung zu unterlassen.

Unterschieden werden einzel- und gesamtwirtschaftlich orientierte Verfahren für eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, wobei stets die Methode anzuwenden ist, die nach den Erfordernissen des Einzelfalls die einfachste und wirtschaftlichste Methode ist. Dies schließt im Rahmen von PPP aus, dass zwischen den verschiedenen in Betracht kommenden PPP-Vertragsmodellen ebenfalls umfassende Wirtschaftlichkeitsvergleiche angestellt werden

müssten. Aufgrund der Komplexität von PPP erscheint ein Wirtschaftlichkeitsvergleich zwischen der Eigenerledigung und dem ausgewählten PPP-Vertragsmodell hinreichend, um dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit Genüge zu tun.

3.3.2.2 Wirtschaftlichkeitsuntersuchung nach der Vergabe

Nach der Vergabe sind als Mittel der begleitenden und der abschließenden Erfolgskontrolle während und nach der Durchführung des PPP-Projekts Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen. Ziel dieser Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen ist es festzustellen, ob die durchgeführte Maßnahme die Planungsziele erreicht hat, also effektiv war, und wie wirtschaftlich, d.h. effizient die Maßnahme war. Erfolgskontrollen sind auch bei PPP-Projekten über die gesamte Vertragslaufzeit periodisch durchzuführen.

3.3.3 Haushaltskontrolle durch die Rechnungshöfe

Das Bestehen eines - besonderen - Prüfungsrechts des Bundesrechnungshofes und der Landesrechnungshöfe bei der Durchführung von PPP-Projekten hängt von dem jeweiligen PPP-Vertragsmodell ab.

Bei den PPP-Vertragsmodellen, denen schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen der öffentlichen Hand und dem Privaten zugrunde liegen, prüft der Rechnungshof nur die Tätigkeit der staatlichen Stelle; ein Prüfungsrecht bei dem - privaten - Vertragspartner besteht nicht. Der Vertragspartner unterliegt ausschließlich der Preisprüfung bei öffentlichen Aufträgen nach den allgemeinen Vorschriften.

Bei dem PPP-Vertragsmodell, das auf einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung der öffentlichen Hand an einem privatrechtlichen Unternehmen beruht, bezieht sich das Prüfungsrecht des Rechnungshofes grundsätzlich auf die Tätigkeit der beteiligungsverwaltenden Stelle (Betätigungsprüfung). Unmittelbare Informations- und Einsichtsrechte der Rechnungshöfe bei den privatrechtlichen Unternehmen bestehen im Falle einer Mehrheitsbeteiligung der öffentlichen Hand an dem privatrechtlichen Unternehmen aber dann, wenn dies in der Satzung/dem Gesellschaftsvertrag des privatrechtlichen Unternehmens bestimmt ist. Bei einer Minderheitsbeteiligung können Informations- und Einsichtsrechte des Rechnungshofs in der Satzung/dem Gesellschaftsvertrag bestimmt sein, wenn es sich bei dem privatrechtlichen Unternehmen nicht um eine AG, KG a.A. oder Genossenschaft handelt.

Überdies ist eine Prüfung der Haushalts- und Wirtschaftsführung des privatrechtlichen Unternehmens, die über eine Betätigungsprüfung hinausgehen würde, jedenfalls im Falle einer Mehrheitsbeteiligung der öffentlichen Hand zulässig, wenn zwischen dem Unternehmen und

dem Rechnungshof eine Prüfung vereinbart ist. Bei der Prüfung des privatrechtlichen Unternehmens hätte sich der Rechnungshof an kaufmännischen Grundsätzen zu orientieren. Bei der Gewährung von Zuwendungen kann der Rechnungshof die Haushalts- und Wirtschaftsführung des Zuwendungsempfängers prüfen, soweit die bestimmungsgemäßen Verwaltung und Verwendung der Zuwendung betroffen ist. Für eine gesonderte Vorabprüfung bei PPP-Projekten durch die Rechnungshöfe besteht keine Rechtsgrundlage.

Beratergruppe – „PPP im öffentlichen Hochbau“

**PPP-Vertragsmodelle
Überblick: Bundes- und Landeshaushaltsrecht**

| | | Vertragsmodell I PPP-Erwerbermodell | Vertragsmodell II PPP-FMLeasingmodell | Vertragsmodell III PPP-Vermietungsmodell | Vertragsmodell IV PPP-Inhabermodell | Vertragsmodell V PPP-Contractingmodell | Vertragsmodell VI PPP-Konzessionsmodell | Vertragsmodell VII PPP-Gesellschaftsmodell |
|-------------------------------------|---|--|---|---|--|--|---|--|
| Haushaltsrechtliche Maßgaben | Investition nach Haushaltsrecht | Ja, in Bezug auf das Entgelt für den Erwerb | Nein, es sei denn das Entgelt für die Ausübung der Kaufoption | Nein, es sei denn, das Entgelt für die Ausübung einer besonders vereinbarten Kaufoption | Ja, in Bezug auf das Entgelt für Planung und Bau | Nein, es sei denn, das Entgelt für den Erwerb von Sachen | Unter Umständen, vgl. die Vertragsmodelle I bis V | Unter Umständen, vgl. die Vertragsmodelle I bis VI |
| | Kreditaufnahme nach Haushaltsrecht | Nein | Nein | Nein | Nein | Nein | Nein | Nein |
| | Wirtschaftlichkeitsuntersuchung erforderlich | Ja | Ja | Ja | Ja | Ja | Ja, es sei denn, es besteht eine ausschließliche Dritt- nutzerfinanzierung | Ja |
| | Erwerb von Vermögensgegenständen durch den Staat | Ja | Ja, falls Kaufoption ausgeübt wird | Nein, es sei denn, es wird eine Kaufoption vereinbart und ausgeübt | Ja | Ja | Siehe die Vertragsmodelle I bis V | Ja – Erwerb einer Beteiligung an Unternehmen in privater Rechtsform (§ 65 BHO/LHO) |
| | Veräußerung von Vermögensgegenständen durch den Staat | Nein | Ja, falls „Sale and lease back“ | Nein | Nein | Nein | Siehe die Vertragsmodelle I bis V | Ja, falls eine Beteiligung an Unternehmen in privater Rechtsform veräußert wird (§ 65 BHO/LHO) |
| | Verpflichtungsermächtigung erforderlich | Ja | Ja | Ja, es sei denn, die Miete fällt unter sog. laufende Geschäfte | Ja | Ja | Nein, es sei denn, es findet keine ausschließliche Nutzerfinanzierung statt | Ja, es sei denn, die Einlage wird vollständig im laufenden Haushaltsjahr erbracht |
| | Prüfungsrecht des Rechnungshofs beim Privaten | Ja, falls Privater eine Zuwendung oder eine andere Förderung erhält (§ 91 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 BHO /LHO) | Siehe Vertragsmodell I | Siehe Vertragsmodell I | Siehe Vertragsmodell I | Siehe Vertragsmodell I | Siehe Vertragsmodell I | Siehe Vertragsmodell I |

3.4 Kommunalrecht

3.4.1 Kommunale Aufgaben können in PPP-Strukturen wahrgenommen werden

Den gesetzlichen Aufgabenzuweisungen (**Pflichtaufgaben**) lässt sich kein Verbot von PPP-Strukturen für Hochbauprojekte entnehmen. Die Aufgabenzuweisungen bestimmen regelmäßig nicht, dass die Aufgabe in einem "öffentlich errichteten oder betriebenen Gebäude" wahrgenommen werden muss.

Lediglich bei einer Ausgestaltung der vertraglichen Pflichten, die den Betrieb des Hochbaus betreffen, ist im Einzelfall zu prüfen, inwieweit dieser dem Privaten zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung übertragen werden kann. Auch bei gemeindlichen Pflichtaufgaben kann die Gemeinde aber die eigenverantwortliche **Durchführung** der Aufgaben einem PPP-Modell übertragen (Verwaltungshilfe), solange die Aufgabenverantwortung selbst bei ihr verbleibt. Dies lässt sich durch eine entsprechende Vertragsgestaltung auch bei gemeindlichen Pflichtaufgaben, wie beispielsweise der Schulträgerschaft, erreichen.

Für die Überführung des Betriebs eines Hochbaus auf den Privaten im Rahmen eines PPP-Modells ist eine **gesetzliche Grundlage** regelmäßig **nicht erforderlich**. Mit dem Betrieb eines Hochbaus ist ein hoheitlicher Eingriff in Recht Dritter nämlich in der Regel nicht verbunden, so dass es einer Beleihung des Privaten mit dem Recht zur Ausübung von Hoheitsgewalt durch oder aufgrund eines Gesetzes nicht bedarf.

Die Überführung der Erfüllung **freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben** der Gemeinde (z.B. Sportanlagen, Bäder, Stadthallen, Theater und Museen) in ein PPP-Modell liegt im pflichtgemäßen Ermessen der Gemeinde. In dem PPP-Vertrag ist allerdings das Recht zur Nutzung der Einrichtung durch die Gemeindeeinwohner zu regeln.

Auch die **kommunale Selbstverwaltungsgarantie** enthält kein Verbot von PPP-Strukturen im öffentlichen Hochbau. Art. 28 Abs. 2 GG ist auch kein grundsätzlicher Vorrang der kommunalen Eigenwahrnehmung vor einer Partnerschaft mit einem Privaten zu entnehmen.

3.4.2 Das Kommunale Haushaltswirtschaftsrecht stellt besondere Anforderungen an PPP-Modelle

3.4.2.1 Anforderungen an den Wirtschaftlichkeitsvergleich

Das kommunale Haushaltswirtschaftsrecht enthält vergleichsweise vage Anforderungen an den Wirtschaftlichkeitsvergleich. Erforderlich ist die Ermittlung der für die Gemeinde wirt-

schaftlichsten Lösung durch Vergleich der Anschaffungs- oder Herstellungskosten und der Folgekosten unter mehreren in Betracht kommenden Möglichkeiten. Versteht man die Einbeziehung der **Folgekosten** umfassend, muss der Wirtschaftlichkeitsvergleich die Kosten der unterschiedlichen Realisierungsvarianten über den gesamten Lebenszyklus des Hochbaus umfassen (Planung, Errichtung, Finanzierung, Betrieb, Instandhaltung, Wartung, Risikokosten etc.). Dem wird die gegenwärtige Praxis häufig nicht gerecht.

Die **Verwaltungsvorschriften der Länder** enthalten nur vereinzelt Konkretisierungen der allgemeinen Vorgaben. Sehr differenzierte Anforderungen an den Wirtschaftlichkeitsvergleich formuliert hingegen die KommInvestVwV des Freistaates Sachsen, die in der Praxis aber zum Teil als zu detailliert angesehen wird und sich in einzelnen Punkten auch als PPP-hinderlich erwiesen hat (z.B. Beauftragung eines Wirtschaftsprüfers auf Kosten der Gemeinde).

3.4.2.2 Anforderungen an kreditähnliche Rechtsgeschäfte

Die Vertragsmodelle I, II, IV und V stellen kreditähnliche Geschäfte dar, die in allen Bundesländern mit Ausnahme von Nordrhein-Westfalen regelmäßig der **Genehmigung** der Kommunalaufsichtsbehörde bedürfen. Nordrhein-Westfalen ist grundsätzlich zu einer Anzeigepflicht übergegangen. Bei Mietverträgen (Vertragsmodell III), bei denen die unkündbare Laufzeit nahezu die gesamte übliche Nutzungszeit umfasst, wird aufgrund der allein maßgeblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise zunehmend ebenfalls von der Kreditähnlichkeit und damit Genehmigungsbedürftigkeit ausgegangen.

Voraussetzung der Genehmigung ist die Einhaltung einer **geordneten Haushaltswirtschaft** und die **Sicherstellung der dauernden Leistungsfähigkeit und der Aufgabenerfüllung** der Gemeinde. Eine Vereinbarkeit mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde erfordert, dass die Gemeinde voraussichtlich zur Zahlung der laufenden Entgelte in der Lage ist und der Vertrag keine unangemessenen finanziellen Risiken enthält. Die Sicherstellung der kommunalen Aufgabenerfüllung setzt hinreichende Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeiten auf den Privaten voraus. Genehmigungsvoraussetzung ist zudem eine sparsame und wirtschaftliche Haushaltsführung und damit, dass ein Wirtschaftlichkeitsvergleich zwischen der Eigenerledigung und der Verwirklichung in einem PPP-Modell zugunsten des letzteren ausgefallen ist. Die Kommunalaufsicht unterzieht die Feststellungen der Gemeinde in der Regel einer **Schlüssigkeitsprüfung** und nimmt die Prüfung auch zum Anlass, die Einhaltung des Vergaberechts zu überprüfen.

3.4.2.3 Bürgschaften, Gewährverträge und dem wirtschaftlich gleichkommende Verträge

Bürgschaften, Gewährverträge und dem wirtschaftlich gleichkommende Verträge, die häufig auch im Rahmen von PPP-Modellen vereinbart werden, bedürfen in allen Ländern grundsätzlich der **Genehmigung** der Kommunalaufsichtsbehörde; in Nordrhein-Westfalen besteht dagegen regelmäßig nur eine Anzeigepflicht. Derartige Sicherheiten dürfen nur zur Erfüllung von Gemeindeaufgaben abgegeben werden. Die Genehmigungsfähigkeit hängt darüber hinaus davon ab, ob das mit dem Rechtsgeschäft verbundene Risiko mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde in Einklang steht. Sonstige Sicherheiten sind grundsätzlich unzulässig; Ausnahmegenehmigungen durch die Kommunalaufsicht sind einem bei öffentlichem Interesse an dem konkreten Geschäft möglich.

3.4.2.4 Vermögensveräußerungen und Nutzungsüberlassungen

Bei den Vertragsmodellen I, II und III bieten sich häufig Gestaltungen an, bei der die Gemeinde dem Privaten das Grundstück, auf dem der Hochbau errichtet werden soll, zunächst überträgt und es gegebenenfalls später zurückerwirbt. Problematisch sind derartige Gestaltungen, da die Gemeindeordnungen Vermögensveräußerungen und Nutzungsüberlassungen untersagen, sofern die Gemeinde die Vermögensgegenstände in absehbarer Zeit zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt (**Aufgabenbindung**).

Es spricht einiges dafür, dass diese Veräußerungsverbote nach dem Sinn und Zweck der Regelungen nicht greifen sollen, wenn die Veräußerung der günstigen Finanzierung einer Investitionsmaßnahme an der betreffenden Immobilie selbst dienen soll, um diese zu sanieren, zu modernisieren oder auszubauen, damit sie auch künftig der kommunalen Aufgabenerfüllung zur Verfügung steht. Teilweise legen die einschlägigen Verwaltungsvorschriften das aufgabengebundene Veräußerungsverbot bereits entsprechend aus, wegen der verbleibenden Rechtsunsicherheit wäre eine Klarstellung durch die Landesgesetzgeber dennoch zweckmäßig.

3.4.2.5 Darstellung der PPP-Modelle in Gemeindehaushaltsplan und Anlagen

Bei der Darstellung von PPP-Modellen im Haushaltsplan ist zu differenzieren. Bei den **Vertragsmodellen I, IV und V** sind die Entgelte zu trennen und soweit sie den Herstellungsaufwand abgelden dem Vermögenshaushalt, im Übrigen, soweit sie den Erhaltungsaufwand und die Betriebs- und Finanzierungskosten betreffen, dem Verwaltungshaushalt als sächlicher Verwaltungs- und Betriebsaufwand zuzuordnen. Eine getrennte Veranschlagung von

Ausgaben im Vermögens- und Verwaltungshaushalt kommt allerdings nur dann in Betracht, wenn das Entgelt bereits im Vertrag aufgeteilt wurde oder eine plausible Schätzung der Herstellungskosten einerseits und der Erhaltungs-, Betriebs- und Finanzierungskosten andererseits möglich ist. Ist dies nicht möglich, werden die Ausgaben regelmäßig entsprechend dem Schwerpunkt einheitlich im Verwaltungshaushalt zu veranschlagen sein. Eine einheitliche Veranschlagung aller Ausgaben im Verwaltungshaushalt kann faktisch einen positiven Beitrag zur Reduzierung der Neuverschuldung der Gemeinden leisten. Denn anders als bei einer konventionellen Beschaffungsvariante könnten die tatsächlich vorliegenden Investitionsanteile dann nicht durch Kredite finanziert werden.

Beim **Vertragsmodell II** bietet sich entsprechend der Regelungen in Sachsen und Brandenburg eine Differenzierung nach der ertragsteuerrechtlichen Zuordnung an. Ist das wirtschaftliche Eigentum danach dem privaten Partner zuzuordnen, sind die Entgelte im Verwaltungshaushalt zu veranschlagen; ist es der Gemeinde zuzuordnen, sind die Entgelte entsprechend der hier vorgenommenen Differenzierung in einen Tilgungsanteil (Veranschlagung im Vermögenshaushalt) sowie in einen Zins- und Kostenanteil (Veranschlagung im Verwaltungshaushalt) aufzuteilen.

Nutzungsentgelte nach dem **Vertragsmodell III** werden im Verwaltungshaushalt veranschlagt.

3.4.2.5.1 Verpflichtungsermächtigungen als Instrument für PPP-Verträge

Gemeinden dürfen Verpflichtungen, Ausgaben in künftigen Jahren für Investitionen zu leisten, nur eingehen, wenn der Haushaltsplan hierzu ermächtigt (Verpflichtungsermächtigung). Mit Ausnahme von Nordrhein-Westfalen bedarf der Gesamtbetrag der Verpflichtungsermächtigung der **Genehmigung** der Aufsichtsbehörde, wenn in den betreffenden Jahren Kreditaufnahmen vorgesehen sind. Anders als im Bundes-/Landeshaushaltrecht sind Verpflichtungsermächtigungen im kommunalen Haushaltsrecht auf Investitionsausgaben begrenzt. Nur soweit die an den Privaten im Rahmen der PPP-Vertragsmodelle entrichteten Entgelte nach der dargestellten Differenzierung im Vermögenshaushalt zu veranschlagen sind, sind sie daher überhaupt dem Instrument der Verpflichtungsermächtigung zugänglich und entsprechend zu veranschlagen. Verpflichtungsermächtigungen nach dem Gemeindehaushaltsrecht sind damit nur begrenzt geeignet, Belastungen aus PPP-Projekten für Haushalte künftiger Jahre darzustellen.

3.4.2.5.2 Weitere Instrumente der haushaltsrechtlichen Darstellung von PPP-Verträgen

Die im Rahmen der Vertragsmodelle zu entrichtenden Entgelte und damit auch die Entgelte im Rahmen von Vertragsmodell III, die ohne Verpflichtungsermächtigung zulässig sind, müssen bei einer langfristigen Bindung als kreditähnliche Geschäfte entsprechend auch in die regelmäßig fünfjährige **Finanzplanung** eingestellt werden.

Darüber hinaus sind zukünftig zu zahlende Entgelte aus PPP-Verträgen in der Regel im **Vorbericht** zum Haushaltsplan und der **Schuldenübersicht bzw. Vermögensrechnung** darzustellen. Einige Gemeindehaushaltsverordnungen verpflichten die Gemeinden zur Anlage detaillierter **Übersichten über Forderungen** aus kreditähnlichen Geschäften gegen Haushalte künftiger Jahre. Diese Transparenz vermag die haushaltsrechtliche Kritik an PPP-Modellen zu entkräften.

Keine derartigen haushaltsrechtlichen Bindungen bestehen beim vollständig nutzerfinanzierten Vertragsmodell VI.

3.4.3 Das Vertragsmodell VII unterliegt einschränkenden Voraussetzungen

Public Private Partnerships in gesellschaftsrechtlicher Gestaltung unter Beteiligung von Gemeinden sind nur zulässig, wenn sie die gemeindefinanzrechtlichen Voraussetzungen einhalten. Ist eine wirtschaftliche Betätigung im Rahmen des Vertragsmodells VII geplant, muss

- ein öffentlicher Zweck die wirtschaftliche Betätigung rechtfertigen bzw. erfordern,
- die wirtschaftliche Betätigung muss nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen und
- der öffentliche Zweck darf nicht ebenso gut und wirtschaftlich - beziehungsweise in anderen Gemeindeordnungen besser oder wirtschaftlicher - von Dritten erfüllt werden können (Schrankentrias).

Bei der vertraglichen Gestaltung des Vertragsmodell VII ist – neben im Einzelnen nach dem Landesrecht differierenden unterschiedlichen weiteren Voraussetzungen – zu berücksichtigen, dass

- im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung sichergestellt ist, dass das Unternehmen den öffentlichen Zweck erfüllt,

- die Gemeinde angemessenen Einfluss im Aufsichtsrat oder in einem entsprechendem Gremium erhält,
- die Haftung der Gemeinde auf einen bestimmten, ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt wird.

Die Gründung von Unternehmen in Privatrechtsform muss den Kommunalaufsichtsbehörden in den meisten Ländern angezeigt werden, in einigen Ländern ist ein Genehmigungsvorbehalt vorgesehen. Die Wirtschaftstätigkeit der Gemeinden ist mit Ausnahme von Bayern, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt und Thüringen auf das Gemeindegebiet beschränkt.

3.4.4 Gebühren und Entgelte – Anforderungen an das Vertragsmodell VI

3.4.4.1 Bei Trägerschaft der Einrichtung durch die Gemeinde

Für das Vertragsmodell VI gilt das Gebührenrecht, sofern das Benutzungsverhältnis der öffentlichen Einrichtung **öffentlich-rechtlich ausgestaltet** ist. Dies setzt im Regelfall eine Trägerschaft der Einrichtung durch die Gemeinde voraus.

Nach dem geltenden Gebührenrecht können die für Fremdleistungen eines privaten Dritten im Rahmen eines PPP-Modells aufgewandten Entgelte als Kosten in die Gebührenkalkulation eingestellt und somit durch die Benutzungsgebühr refinanziert werden. Eine Begrenzung der in der Gebührenkalkulation ansatzfähigen Entgelte des Privaten ergibt sich aus dem **Grundsatz der Erforderlichkeit** der Kosten.

Die an den Privaten gezahlten Entgelte sind einschließlich des **Gewinns des Privaten** (Kapitalverzinsung und Wagnisaufschlag) als Kosten grundsätzlich in voller Höhe ansatzfähig, wenn ein Wirtschaftlichkeitsvergleich zwischen der Erfüllung der Aufgabe durch den Privaten und der Erfüllung durch die Gemeinde in eigener Regie ergeben hat, dass die Durchführung durch den Privaten kostengünstiger ist, und wenn ein Ausschreibungs- und Vergabeverfahren korrekt durchgeführt wurde. Wurde kein Vergabeverfahren durchgeführt, dürfte unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Münster als Kosten in der Gebührenberechnung eine Eigenkapitalverzinsung des Privaten in Höhe von 8% zuzüglich eines vom Risiko des Geschäfts abhängigen Wagnisaufschlags ansatzfähig sein.

Bei **privatrechtlicher Ausgestaltung** des Benutzungsverhältnisses und Trägerschaft der Einrichtung durch die Gemeinde oder ein von der Gemeinde beherrschtes Unternehmen unterliegt die Höhe des Entgelts einer **Billigkeitskontrolle** nach § 315 Abs. 3 BGB, wenn die Gemeinde Leistungen der Daseinsvorsorge anbietet, auf deren Inanspruchnahme der an-

dere Vertragsteil im Bedarfsfall angewiesen ist. Die Gemeinde hat die **gebührenrechtlichen Grundsätze**, namentlich das den Gleichbehandlungsgrundsatz, das Äquivalenzprinzip und das Kostendeckungsprinzip, zu beachten, so dass hinsichtlich der Ansatzfähigkeit von im Rahmen eines PPP-Modells an einen Privaten gezahlte Entgelte im Wesentlichen das Gleiche gilt wie bei einer öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses.

3.4.4.2 Bei Trägerschaft der Einrichtung durch den privaten Partner

Betreibt ein privates, nicht von der Gemeinde beherrschtes Unternehmen, im Rahmen eines PPP-Modells eine Einrichtung, die Leistungen der Daseinsvorsorge anbietet, auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil im Bedarfsfall angewiesen ist, unterliegt die Höhe des Entgelts ebenfalls der **Billigkeitskontrolle** nach § 315 Abs. 3 BGB. Dies erfordert eine Gleichbehandlung der Benutzer und eine Angemessenheit der Gegenleistung. Ob gebührenrechtliche Grundsätze auch darüber hinaus gelten, ist höchststrichterlich - soweit ersichtlich – noch nicht abschließend geklärt.

3.4.5 Zuständigkeiten und Formalia - Maßgaben für den Entscheidungsablauf

Die **interne Entscheidung** über die Einführung eines PPP-Modells obliegt regelmäßig der Gemeindevertretung (Gemeinderat, Rat), die durch aussagefähige Beschlussvorlagen in die Lage versetzt werden muss, über die Einführung eines PPP-Modells sachgerecht entscheiden zu können.

Die **rechtsgeschäftlichen Erklärungen** der Gemeinden werden durch den Bürgermeister bzw. Oberbürgermeister abgegeben. Sie bedürfen der Schriftform und sind vom Bürgermeister handschriftlich zu unterzeichnen. Einige Gemeindeordnungen sehen darüber hinaus weitere Formerfordernisse oder Mitwirkungspflichten vor.

Die Vertragsmodelle bedürfen regelmäßig der **Genehmigung durch die Kommunalaufsichtsbehörde**. Daher und wegen der beratenden Funktion der Kommunalaufsicht ist auf ihre frühzeitige Beteiligung in den grundlegenden gestalterischen Fragen zu achten.

3.4.6 Reformvorschläge

3.4.6.1 Reformvorschläge zum kommunalen Haushaltsrecht

Genehmigungserfordernisse, die PPP-Modelle betreffen, sollten nach dem Vorbild Nordrhein-Westfalens in den Ländern weiter abgebaut werden, die flächendeckend über eine Kommunalverwaltung verfügen, die zur Handhabung komplexer Vorhaben in der Lage ist. So

könnten insbesondere die Genehmigungsvorbehalte für **kreditähnliche Geschäfte** durch Anzeigepflichten ersetzt werden. Dies würde die Durchsetzung von PPP-Modellen beschleunigen und erleichtern, die gemeindliche Selbstverwaltung stärken und die Aufsichtsbehörden entlasten. In den Ländern, in denen ein Abbau der Genehmigungsvorbehalte insbesondere wegen fehlender Ausstattung und Erfahrung der Gemeindebehörden nicht in Betracht kommt, müssen die Kommunalaufsichtsbehörden durch eine Verbesserung ihrer sachlichen und personellen Ausstattung in die Lage versetzt werden, ihre Beratungsfunktion und Prüfungspflicht zeitnah und in hinreichender Intensität wahrnehmen zu können.

PPP-hinderlich können die engen Voraussetzungen für **Vermögensveräußerungen** in den Gemeindeordnungen sein. Vermögensveräußerungen an den privaten Partner im Rahmen von PPP-Modellen sollten - entsprechend der Auslegung durch Verwaltungsvorschriften in einigen Bundesländern - gesetzlich ausdrücklich zugelassen werden, wenn die Veräußerung der Sanierung, Modernisierung oder dem Ausbau und damit der Sicherung der künftigen Aufgabenerfüllung dient.

PPP-Projekte erfordern eine größere Flexibilität bei der Veranschlagung im Haushalt. Daher sollten PPP-Projekte ausdrücklich aus dem Geltungsbereich der hohen Anforderungen an die Veranschlagung von Baumaßnahmen nach den Gemeindehaushaltsverordnungen (etwa § 10 Abs. 3 GemHVO BW) genommen werden. Gesetzesänderungen könnten sich hier an der Regelung in § 24 Abs. 3 Satz 1 BHO orientieren, wonach Ausnahmen von den Anforderungen zulässig sind, wenn es im Einzelfall nicht möglich ist, die Unterlagen fertig zu stellen und aus einer späteren Veranschlagung ein Nachteil entstehen würde.

Da bei PPP-Projekten zum Zeitpunkt der Veranschlagung im Haushaltsplan noch keine Gewissheit über die konkreten zukünftigen Entgeltverpflichtungen und deren Zuordnung zum Verwaltungs- oder Vermögenshaushalt besteht, sollte im kommunalen Bereich die gegenseitige Deckungsfähigkeit von Ausgaben des Verwaltungs- und des Vermögenshaushalts zugelassen werden, wenn ein verwaltungsmäßiger oder sachlicher Zusammenhang besteht oder eine wirtschaftliche und sparsame Verwendung gefördert wird (vgl. § 20 Abs. 2 BHO). Zumindest ist entsprechend der Mehrzahl der Bundesländer die einseitige Deckungsfähigkeit der Ausgaben des Verwaltungshaushalts zugunsten von Ausgaben des Vermögenshaushalts in allen Bundesländern zuzulassen.

Zur Implementierung von PPP-Vertragsmodellen vor Ort könnten bestehende **Verwaltungsvorschriften zu kommunal- und haushaltsrechtlichen Beurteilungen** der Modelle im kommunalen Bereich zusammengeführt, in ihrer Terminologie an die hier diskutierten Ver-

tragsmodelle angepasst und in eine - insbesondere für PPP-Verträge - handlungsorientierte Form gebracht werden.

Die für die Darstellung im Haushaltsplan relevanten **Verwaltungsvorschriften Gliederung und Gruppierung** sollten in allen Bundesländern vorsehen, dass die Veranschlagung von Ratenzahlungen aus den hier untersuchten PPP-Vertragsmodellen nach der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums entsprechend dem Ertragsteuerrecht erfolgt. Die noch nicht in allen Bundesländern bestehenden umfassenden Anforderungen an eine haushaltswahre und haushaltssklare Darstellung zukünftiger Belastungen aus PPP-Modellen im Haushaltsplan nebst Anlagen sind auf ein einheitlich hohes Niveau zu bringen.

3.4.6.2 Reformvorschläge zum Gebührenrecht

Aufgrund der teilweise widersprüchlichen Rechtsprechung zur Einbeziehung von Gewinnen eines Privaten in die Gebührenkalkulation sind gesetzgeberische Klarstellungen hierzu in allen Ländern wünschenswert, die eine **Berücksichtigung des Gewinns des Privaten** ausdrücklich zulassen. Denn eine rechtssichere Kalkulation des Privaten und der Gemeinde sind wesentliche Voraussetzung der Implementierung von PPP-Strukturen. Als einschränkende Voraussetzungen für die Berücksichtigung könnte die Durchführung eines Wirtschaftlichkeitsvergleichs und/oder die Beachtung der Vorschriften des Vergaberechts vorgesehen werden. Grundlage aller vorgeschlagenen Änderungen des Landesrechts könnten - zur Wahrung bzw. Wiedererlangung der Einheitlichkeit des kommunalen Wirtschaftsrechts - **Musterentwürfe** der Ständigen Konferenz der Innenminister der Länder sein.

PPP-Vertragsmodelle - Überblick: Kommunalhaushaltsrecht

| | Vertragsmodell I PPP-Erwerbermodell | Vertragsmodell II PPP-FMLeasingmodell | Vertragsmodell III PPP-Vermietungsmodell | Vertragsmodell IV PPP-Inhabermodell | Vertragsmodell V PPP-Contractingmodell | Vertragsmodell VI PPP-Konzessionsmodell | Vertragsmodell VII PPP-Gesellschaftsmodell |
|---|---|--|--|---|--|--|---|
| Investition nach Gemeindehaushaltsrecht | Ja in Bezug auf das Entgelt für den Erwerb | Nein es sei denn das Entgelt für die Ausübung der Kaufoption | Nein mit Ausnahme des Entgelts für die Ausübung einer besonders vereinbarten Kaufoption | Ja in Bezug auf das Entgelt für Planung und Bau | Nein ausnahmsweise das Entgelt für die Herstellung neuen Anlagevermögens | Unter Umständen bei Zuschüssen durch die Gemeinde | Ja hinsichtlich der Ausgaben für die Beteiligung |
| Kreditaufnahme nach Gemeindehaushaltsrecht | Nein | Nein | Nein | Nein | Nein | Nein | Nein |
| Wirtschaftlichkeitsuntersuchung erforderlich | Ja | Ja | Ja | Ja | Ja (wenn von erheblicher finanzieller Bedeutung) | Ja (es sei denn, es besteht eine ausschließliche Drittnutzerfinanzierung) | Ja |
| Genehmigungsbedürftigkeit | Ja (als kreditähnliches Geschäft*) | Ja (als kreditähnliches Geschäft*) | Nein (Ausn.: als kreditähnliches Geschäft* wenn Laufzeit die nahezu gesamte übliche Nutzungszeit umfasst) | Ja (als kreditähnliches Geschäft*) | Ja (als kreditähnliches Geschäft*; bei kurzen Laufzeiten aber ggf. genehmigungsfreie laufende Verwaltung) | Nein (Ausn. u.U. bei Zuschüssen durch Gemeinde) | Nein (aber Anzeigepflicht, Genehmigungspflicht nur vereinzelt**) |
| Zulässigkeitsvoraussetzungen | <ul style="list-style-type: none"> Wahrung geordneter Haushaltswirtschaft Sicherstellung dauernder Leistungsfähigkeit und Aufgabenerfüllung Restriktionen für ggf. vorzunehmende Grundstücksveräußerung im Vorfeld (wg. Vorbehalts kommunaler Aufgabenbindung). Zusätzlich vereinbarte Bürgschaften, Gewähr- und ähnliche Verträge idR gesondert genehmigungspflichtig. | | | | | Entgeltgestaltung rechtlich gebunden: <ul style="list-style-type: none"> gebührenrechtl. Grds. Grds. der Erforderlichkeit der Kosten Billigkeitskontrolle bei privatrechtl. Entgelten | unter anderem: <ul style="list-style-type: none"> Erfüllung öff. Zweck vertraglich gesichert Angemessener Einfluss in Kontrollorgan Haftungsbegrenzung |
| Veranschlagung im Haushaltsplan | Trennung der Entgelte <ul style="list-style-type: none"> Herstellungsaufwand: Vermögenshaushalt Erhaltungs- und Betriebs- und Finanzierungskosten: Verwaltungshaushalt | Differenzierung nach ertragsteuerlicher Zuordnung***: <ul style="list-style-type: none"> <i>wirtsch. Eigt. Privater:</i> Verwaltungshaushalt <i>wirtsch. Eigt. Kommune:</i> Tilgungsteil im Vermögenshaushalt; Zins- und Kostenanteil, Erhaltung und Betrieb im Verwaltungshaushalt | Grds. Verwaltungshaushalt*** | Trennung der Entgelte: <ul style="list-style-type: none"> Soweit sie Herstellungsaufwand abgelten: Vermögenshaushalt Soweit sie Erhaltungs- und Betriebskosten abgelten: Verwaltungshaushalt | <ul style="list-style-type: none"> Entgelte und Gebühren im Verwaltungshaushalt | <ul style="list-style-type: none"> Ausgaben für die Beteiligung im Vermögenshaushalt Gewinne aus der Gesellschaft als Einnahmen im Verwaltungshaushalt. | |
| | Darlegung aktueller Belastungen <ul style="list-style-type: none"> im Vorbericht zum Haushaltsplan ggf. in der Schuldenübersicht und Vermögensrechnung zum Haushaltsplan Darlegung der Belastungen für Haushalte künftiger Jahre <ul style="list-style-type: none"> in der fünfjährigen Finanzplanung ggf. in der Forderungsübersicht im Wege der Verpflichtungsermächtigung (nur bezogen auf Investitionen, siehe oben) | | - | - | | | |

* In Nordrhein-Westfalen nur Anzeigepflicht.

** Sachsen, Thüringen und - bis Ende 2003 - Brandenburg sehen eine Genehmigungspflicht vor.

*** In Bezug auf das Entgelt für die Ausübung einer ggf. bestehende der Kaufoption am Ende der Vertragslaufzeit: Vermögenshaushalt.

3.5 Vergaberecht

3.5.1 Anwendbarkeit des Vergaberechts

Vergaberecht ist grundsätzlich dann anwendbar, wenn sich ein öffentlicher Auftraggeber (§ 98 GBW) wirtschaftlich betrachtet von einem Dritten Leistungen beschafft und der Auftrag die gemäß § 97 Abs. 6 GWB in Verbindung mit § 100 Abs. 1 GWB in § 2 VgV festgelegten Schwellenwerte erreicht. Davon ist für die im folgenden betrachteten Vertragsmodelle für PPP im Hochbau regelmäßig auszugehen. Sie enthalten (bis auf reine Optimierungskonstellationen bei Vertragsmodell V) typischerweise die Beschaffung einer Bauleistung i.S. des § 99 GWB (Errichtung oder Sanierung von Gebäuden). Auch Baukonzessionen, die eine Vergütung nicht in Geld, sondern durch Übertragung eines Nutzungsrechts beinhalten, fallen unter den Begriff des öffentlichen Bauauftrags nach § 99 GWB. Unter den Begriff des Dienstleistungsauftrags fallen im Bereich von PPP insbesondere Verträge, deren Schwerpunkt auf Betreiber-, Facility-Management- und Finanzierungsleistungen liegt.

3.5.2 Abgrenzung von Bauleistung und Dienstleistung

Die hier betrachteten Lebenszyklus-PPP-Projekte enthalten typischerweise Elemente verschiedenartiger Leistungen (Planung, Bau, Finanzierung, Betrieb). Nach Auffassung des EuGH, der EU-Kommission und der wohl überwiegenden Meinung in Deutschland ist bei typengemischten Verträgen für die Bestimmung der anwendbaren Verdingungsordnung (VOL/A oder VOB/A) der Schwerpunkt des Vertrages maßgeblich. Dieser sollte nach dem Wert der Bau- bzw. Dienstleistung ermittelt werden. Darüber hinaus geht die wohl herrschende Rechtsprechung in Deutschland davon aus, dass eine Pflicht zur Ausschreibung schon dann besteht, wenn ausschreibungspflichtige Bauleistungen nicht ganz untergeordneter Bedeutung im Zusammenhang mit ansonsten ausschreibungsfreien Leistungen vergeben werden („Kontaminierungstheorie“).

3.5.3 Ausschreibungspflichten für die einzelnen PPP-Modelle

Ob ein öffentlicher Auftrag i.S. des § 99 GWB vorliegt, d.h. eine Beschaffung des öffentlichen Auftraggebers, die dem Vergaberecht auch nicht gemäß § 100 Abs. 2 lit. h GWB entzogen ist, muss in jedem Einzelfall für die konkret gewählte Ausgestaltungsform anhand der vorgeschlagenen Kriterien ermittelt werden. Grundsätzlich ist jedoch für alle Vertragsmodelle von einer vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht auszugehen.

- PPP-Erwerbermodell (Vertragsmodell I): Dieses Modell beinhaltet zwar u.U. vergaberechtsfreie Grundstücksgeschäfte (§ 100 Abs. 2 lit. h GWB). Aber diese stehen in aller Regel in Zusammenhang mit Beschaffungsgeschäften des Auftraggebers und sind damit nach der gebotenen wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung dem Vergaberecht unterworfen. Angesichts der Vorgaben durch den Auftraggeber und der beabsichtigten langfristigen Nutzung (20-30 Jahre) des zu errichtenden Gebäudes durch diesen ist bei dem PPP-Erwerbermodell von der Beschaffung (zumindest auch) einer Bauleistung durch den Auftraggeber auszugehen. Darüber hinaus beschafft sich der Auftraggeber im Rahmen des Lebenszyklus-Modells auch Finanzierungs- und Betreiberleistungen. Überwiegen die Dienstleistungselemente des Gesamtvertrages ist er nach VOL/A, ansonsten nach VOB/A auszuschreiben.
- PPP-FMLeasingmodell (Vertragsmodell II): Die von Vertragsmodell I abweichende Endschaffungsregelung (optionale Eigentumsübertragung zum kalkulierten Restwert) ändert die vergaberechtliche Beurteilung letztlich nicht. Auch wenn der Auftraggeber das Gebäude nicht (notwendig) zu Eigentum erhält, beschafft er sich durch die Möglichkeit der langfristigen Nutzung eines nach seinen Vorgaben errichteten Gebäudes eine Bauleistung. Im Übrigen gilt das zu Vertragsmodell I Gesagte.
- PPP-Vermietungsmodell (Vertragsmodell III): Obwohl dieses Modell mit der grundsätzlichen Rückgabe des Gebäudes am Ende der Vertragslaufzeit (nur Kaufoption zum Verkehrswert) und dem Hauptvertragszweck der Gebrauchsüberlassung der nach § 100 Abs. 2 lit. h GWB vergaberechtsfreien Miete nahe kommt, dürfte letztlich angesichts der Einflussmöglichkeiten des Auftraggebers auf die Bauplanung, der langen Vertragslaufzeit und der Tatsache, dass kein „bestehendes Gebäude“ vermietet wird (vgl. § 100 Abs. 2 lit. h GWB) auch hier die Beschaffung einer Bauleistung (und zusätzlich von Dienstleistungen, die über das von einem Vermieter üblicherweise zu Leistende weit hinausgehen) zu bejahen sein.
- PPP-Inhabermodell (Vertragsmodell IV): Bei Errichtung oder Sanierung eines Gebäudes auf einem Grundstück des Auftraggebers geht der neu errichtete Gebäudeteil automatisch in das Eigentum des Auftraggebers über. Er beschafft sich (neben Betreiberleistungen und Finanzierung) eine Bauleistung, die nach seinen Vorgaben ausgeführt wird und von ihm genutzt wird.
- PPP-Contractingmodell (Vertragsmodell V): Da der Auftragnehmer bei der Durchführung der (Ein-)Bauarbeiten bestimmter Anlagen in ein Gebäude des Auftraggebers nicht den Vorgaben des Auftraggebers unterliegt, nur er selbst zur Nutzung der Anlage berechtigt

ist und er die Anlage bei Vertragsende regelmäßig wieder ausbaut, erscheint die Beschaffung einer Bauleistung hier fraglich. Der Auftraggeber beschafft sich vorrangig bzw. ausschließlich Dienstleistungen (Optimierung des Anlagenbetriebs etc.). Ein solches Vorhaben ist daher i.d.R. nach VOL/A auszuschreiben.

- PPP-Konzessionsmodell (Vertragsmodell VI) unterfällt nur teilweise dem Vergaberecht. Soll das Projekt im Wege einer Baukonzession realisiert werden, d.h. soll der Dritte Bauleistungen erbringen und dafür vom Auftraggeber anstelle eines Entgelts ein Nutzungsrecht am Bauwerk erhalten, ist die Vergabe der Konzession gem. § 6 VgV, §§ 32, 32a VOB/A ausschreibungspflichtig. Demgegenüber wäre eine Gestaltung, die (wegen deutlichen Schwerpunkts auf den Dienstleistungselementen und lediglich völlig untergeordneter Bedeutung der Bauleistungen) die Vergabe einer Dienstleistungskonzession beinhaltet, nicht ausschreibungspflichtig, da Dienstleistungskonzessionen bewusst nicht von der europäischen Dienstleistungsrichtlinie und dem deutschen Vergaberecht erfasst werden.
- Im PPP-Gesellschaftsmodell (Vertragsmodell VII) ist die Bildung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens als Zusammenschluss von öffentlichen Auftraggebern und privaten Unternehmen zur Durchführung des PPP-Projekts für sich betrachtet zwar als „Veräußerungs“- und nicht Beschaffungsvorgang ausschreibungsfrei; wenn die Gründung oder der Anteilsverkauf jedoch im Zusammenhang mit der Vergabe eines öffentlichen Auftrags i.S.d. § 99 GWB erfolgt, ist der Gesamtvorgang ausschreibungspflichtig. Wird ein neues Joint Venture für ein bestimmtes PPP-Projekt gegründet, ist davon auszugehen, dass Ziel letztlich die Beauftragung von Bau- und Dienstleistungen ist. Diese unterfallen in aller Regel dem Vergaberecht. Denn nach der gegenwärtigen Rechtsprechung in Deutschland kann nicht davon ausgegangen werden, dass Aufträge der öffentlichen Hand an gemischtwirtschaftliche Unternehmen, an denen ein Privater zu mehr als 10% (bzw. gar, wie üblich, zu 49%) beteiligt ist, als vergabefreies „In-House-Geschäft“ angesehen würden. Das OLG Naumburg hat mit Beschluss vom 8. Januar 2003 nunmehr dem EuGH die Frage zur Klärung vorgelegt, ob eine sog. Beteiligungsgesellschaft der öffentlichen Hand mit einer privaten gesellschaftsrechtlichen Mitbeteiligung überhaupt und falls ja, unter welchen Voraussetzungen, dem internen Geschäftsbetrieb des öffentlichen Auftraggebers („In-House“) zugerechnet werden kann. Es spricht einiges dafür, dass angesichts des Ausnahmecharakters des vergabefreien Eigengeschäftes auch der EuGH eher für eine enge Auslegung plädieren wird. Auch der Verkauf von Anteilen an einer In-House beauftragten 100%-igen Eigengesellschaft durch den öffentlichen Auftraggeber an ein Privatunternehmen unterfällt bei wirtschaftlicher Gesamtbeurteilung dem Vergaberecht. Eine Ausschreibungspflicht für das gemischtwirtschaftliche

Unternehmen selbst bei späterer (Weiter-)Vergabe von Aufträgen besteht nur dann, wenn das JV als öffentlicher Auftraggeber gem. § 98 Nr. 2, 5 oder 6 GWB anzusehen ist.

3.5.4 Vorbereitung von PPP-Vergaben

Vor Einleitung eines Vergabeverfahrens muss der Auftraggeber bereits einen Bedarf identifiziert, Lösungsmöglichkeiten erforscht und die Eckpunkte der von ihm gewünschten Projektdurchführung festgelegt haben. Eine mögliche, aber nicht ohne weiteres ausreichende Planungshilfe dafür kann das Interessenbekundungsverfahren sein, das im Bund und einigen Ländern gesetzlich geregelt ist. U.U. ebenfalls denkbar ist eine informelle Markterkundung vor Einleitung des Vergabeverfahrens. Ein Vergabeverfahren zum Zwecke der Markterforschung ist unzulässig (§ 16 VOB/A, VOL/A). Wirtschaftlichkeitsberechnungen müssen grundsätzlich vor Beginn des Vergabeverfahrens erfolgen.

3.5.5 Parallelausschreibungen

Eine unzureichende Ermittlung im Vorfeld kann nach der neueren Rechtsprechung wohl auch nicht durch eine Parallelausschreibung von konventioneller Vergabe und PPP-Modell ersetzt werden. Parallelausschreibungen sind danach nur dann zulässig, wenn die berechtigten Interessen der Bieter im Hinblick auf einen zumutbaren Arbeitsaufwand gewahrt werden¹², das Verfahren für die Beteiligten hinreichend transparent ist¹³ und sichergestellt ist, dass die wirtschaftlichste Verfahrensweise zum Zug kommt. Parallelausschreibungen dürfen nicht dazu dienen, eine unzureichende Verfahrensvorbereitung durch den Auftraggeber zu kompensieren. Hinsichtlich der Abgrenzung ordnungsgemäß vorbereiteter Parallelausschreibungen und solcher, die einer unzulässigen Markterforschung im Vergabeverfahren dienen, wäre eine Klarstellung wünschenswert.

3.5.6 Leistungsbeschreibung

Nach § 9 VOB/A, § 8 VOL/A ist die Leistung so eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, dass sie von allen Bietern in der gleichen Weise verstanden wird und die Angebote vergleichbar bleiben. Um dennoch den nötigen Spielraum für innovative Gestaltungen der Bieter zuzulassen und deren Sachverstand und Kreativität zu nutzen, kann die Vergabestelle bei den hier betrachteten PPP-Projekten im Rahmen einer funktionalen Leistungsbeschreibung durch die Umschreibung der Funktion, des Zweckes und weiterer Rahmenanforderungen

¹² Möglicherweise durch eine Klarstellung in den Verdingungsunterlagen, dass Bietern für Lose, auf die kein Zuschlag erteilt wird, die Angebotserstellungskosten erstattet werden.

¹³ Z.B. durch Offenlegung der Wertung der einzelnen Alternativen und deren Verknüpfung.

(„output specifications“) lediglich Eckpunkte des Projektes vorgeben und die konkrete Ausgestaltung des ausgeschriebenen Gesamtpakets in weiten Teilen den Bietern überlassen. Die Kriterien, anhand derer die eingehenden Angebote gewertet werden sollen, sowie ggf. deren Gewichtung müssen bereits in den Verdingungsunterlagen genannt werden.

3.5.7 Wahl der Verfahrensart

Ein Verhandlungsverfahren als besonders flexibles Verfahren ist ausnahmsweise zulässig bei konzeptionell oder finanzierungstechnisch offenen oder besonders komplexen Vorhaben, bei denen die endgültige Gestaltung der Leistung erst im Zusammenwirken mit dem Vertragspartner festgelegt werden kann. Bei den vorliegend betrachteten komplexen Lebenszyklus-PPP-Projekten lässt sich eine ausnahmsweise Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens häufig begründen. Wegen ihres Umfangs, der Kombination und Integration verschiedener Leistungsphasen und der Lebenszyklus-Betrachtung bedürfen solche Projekte hinsichtlich der konkreten inhaltlichen und wirtschaftlichen Ausgestaltung des zu errichtenden Hochbaus bzw. der Finanzierung und des Betriebs bis zur Abschlussreife in der Regel eingehender Verhandlungen zwischen Auftraggeber und Bietern. Hierfür bietet sich ein Verhandlungsverfahren mit konzept- und technikoffener funktionaler Leistungsbeschreibung an. Ein Offenes oder Nichtoffenes Verfahren mit einer konventionellen Leistungsbeschreibung kann dieses Ziel selbst in Verbindung mit der Berücksichtigung von Nebenangeboten und Alternativvorschlägen nicht in gleicher Weise erreichen. Eine andere Einschätzung kann dann geboten sein, wenn das konkrete Projekt lediglich einen geringeren Umfang hat und (wie z.B. in Vertragsmodell V möglich) lediglich einzelne Teile (dort dann nur Betrieb und Instandhaltung der Anlage) des Lebenszyklusses umfasst.

Noch in der Diskussion befindet sich der Entwurf einer Europäischen Richtlinie, die als eine flexiblere Form des Vergabeverfahrens den sogenannten „wettbewerblichen Dialog“ einführen will. Damit würden freiere und flexiblere Verhandlungen mit den Bietern zur Feststellung und Definition der Mittel, die am besten geeignet sind, die Bedürfnisse des Auftragsgebers zu erfüllen, für einen größeren Anwendungsbereich von Fällen ermöglicht. Allerdings ist mit einer Umsetzung in nationales Recht erst in einigen Jahren (nicht vor 2005) zu rechnen.

3.5.8 Mittelstandsaspekte

Bei der für PPP-Projekte typischen Gesamtvergabe wird z.T. ein Konflikt mit dem deutschen Vergaberecht gesehen. Allerdings stellen u.E. weder der Vorrang der losweisen Vergabe noch der Grundsatz der Eigendurchführung unüberwindbare Hindernisse für die Durchführung von PPP-Projekten dar.

- Der Vorrang der Fach- und Teillosvergabe bedeutet keine absolute Verpflichtung zur Losvergabe. Denkbar und sinnvoll könnte bei PPP die Aufteilung des Gesamtvorhabens in mittelstandsgerechte „vertikale“ Teillose sein, d.h. z.B. die Aufteilung der Sanierung und des Betriebs der Schulen eines Kreises in mehr oder weniger große Mengenlose zu Sanierung und Betrieb jeweils nur einiger Schulen. Eine Aufteilung der zu vergebenden Gesamtleistung in Fachlose nach den einzelnen Lebenszyklusphasen (Planung, Bau, Betrieb, Finanzierung) auf der ersten Ebene widerspricht hingegen dem gesamtheitlichen Lebenszyklus-Ansatz von PPP-Vorhaben. Ein Abweichen vom Vorrang der Losvergabe ist zulässig, wenn so insbesondere die Reibungslosigkeit, Effizienz und Wirtschaftlichkeit der Ausführung der Leistungen gewährleistet werden kann. Sofern die wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit einer PPP-Vergabe im Vorfeld untersucht und festgestellt worden ist, ist ein Absehen von der Zerlegung eines Vorhabens in Fachlose bei PPP-Vergaben i.d.R. verdingungsrechtlich unbedenklich. Die verlangte Förderung des Mittelstandes kann auch durch andere Maßnahmen als die Aufteilung in Lose auf der ersten Ebene realisiert werden, indem dem privaten Partner vertraglich bestimmte Auflagen gemacht werden: z.B. Verpflichtung des PPP-Vertragspartners für den Fall der Weitervergabe von Leistungen auf der zweiten Ebene, kleinere und mittlere Betriebe zu berücksichtigen und bei deren Auswahl wettbewerblich vorzugehen; Verlangen einer Erklärung über den beabsichtigten Nachunternehmereinsatz; Förderung der Beteiligung mittelständischer Bietergemeinschaften und die dargestellte Aufteilung des Gesamtvorhabens in „vertikale“ Teillose.
- Die vergaberechtliche Zulässigkeit von Vergaben an General- oder Totalübernehmer ist wegen des von der deutschen herrschenden Meinung streng ausgelegten Erfordernisses, dass die Leistungen „im wesentlichen“ vom Auftragnehmer selbst ausgeführt werden müssen, äußerst umstritten. Auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene bestehen keine Bedenken gegen den Einsatz von General- bzw. Totalübernehmern. In einigen Bundesländern sind Vergaben an General- oder Totalübernehmer durch Verwaltungsvorschriften untersagt (i.d.R. Eigenanteil von 30-50% gefordert). Die zwingende Forderung der Erbringung der Leistung im eigenen Betrieb steht aber in einem Widerspruch zu § 99 Abs. 3 GWB und der europäischen Baurichtlinie. Im Übrigen kann es insbesondere bei komplexen PPP-Modellen durchaus mit den Zielen des Mittelstandsschutzes vereinbar sein, den Eigenleistungsanteil geringer anzusetzen oder gar nicht zu fordern. Denn ein Eigenleistungserfordernis in dem bisher geforderten Sinne stellt ein Hemmnis für PPP dar (Verengung des Bieterkreises). Im Übrigen können mittelständische Interessen auch durch eine Bindung des Hauptauftragnehmers an vergaberechtliche Grundsätze für Nachunternehmervergaben gewahrt bleiben.

3.5.9 Durchführung des (Verhandlungs-)Verfahrens

In der Praxis haben sich „gestufte Verhandlungsverfahren“ bewährt, in denen nach einem Teilnahmewettbewerb anhand der vorgelegten Eignungsnachweise die Bieter ausgewählt werden, mit denen weiterverhandelt werden soll. Nach der ersten Angebotsrunde kann entweder nur noch mit dem besten Bieter (preferred bidder) oder mit einem kleineren Kreis der besseren Bieter in einer oder mehreren weiteren Runden (lineare / parallele Strategie) verhandelt werden. Durch weitgehend formalisierte Vorrunden sollte der Wettbewerb so lange wie möglich in einem transparenten, diskriminierungsfreien Verfahren aktiv erhalten werden. Dadurch verbessert sich die Verhandlungsposition des Auftraggebers und die Bieter haben zugleich die Möglichkeit ihre Angebote und damit ihre Wettbewerbsstellung zu verbessern. Wegen des Gebots der Gleichbehandlung und Transparenz ist darauf zu achten, das gesamte Verfahren sorgfältig zu dokumentieren und allen Bietern die gleichen Informationen zu gleichen Bedingungen zur Verfügung zu stellen.

3.5.10 Beteiligung voreingenommener Personen

Voreingenommene Personen nach § 16 VgV dürfen nicht an der konkreten Erstellung der Leistungsbeschreibung und Durchführung des Verfahrens beteiligt sein, um Interessenkonflikte und Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Dem Auftraggeber ist zu raten, einen im (vermuteten) Interessenkonflikt stehenden Beteiligten jedenfalls von der Mitwirkung an den Maßnahmen auszuschließen, die gestalterischen Einfluss auf das weitere Vergabeverfahren haben können. Um Wettbewerbsverzerrungen durch Beteiligung von „Projektanten“ (externe Berater des Auftraggebers bei der Vorbereitung des Vergabeverfahrens) auf Seiten eines späteren Bieters zu vermeiden, sollte der Weitergabe eventueller Informationsvorsprünge durch organisatorische Maßnahmen („Chinese Walls“) vorgebeugt werden und von den für den Auftraggeber tätigen Personen Erklärungen über ihre Unvoreingenommenheit verlangt und in den Vergabeakten niedergelegt werden.

3.5.11 Verhandlungsmöglichkeiten und ihre Grenzen

Im Verhandlungsverfahren gibt es kein grundsätzliches Nachverhandlungsverbot, wie es § 24 VOB/A für die förmlicheren Verfahrensarten des Offenen und Nichtoffenen Verfahrens aufstellt. Grenzen zulässiger Verhandlungen sind aber das Gebot der Gleichbehandlung und der Wettbewerbsgrundsatz. Die Verhandlungen dürfen nur auf der Grundlage der ursprünglichen Leistungsbeschreibung geführt werden; grundsätzliche Änderungen sind nicht zulässig, da ansonsten möglicherweise eine nicht ausgeschriebene Leistung vergeben würde. Wann solche Änderungen vorliegen, hängt insbesondere vom Konkretisierungsgrad der Leistungs-

beschreibung und den Umständen des Einzelfalls ab. Die Möglichkeit des preferred bidder, in den Verhandlungen Änderungen des PPP-Modells anbieten zu können, stellt nicht schon aus sich heraus eine Diskriminierung der übrigen Bieter dar, sondern liegt in der Natur des Verhandlungsverfahrens.

3.5.12 Änderungen während der Vertragslaufzeit

Während der Laufzeit der PPP-Modelle (zwischen 10 und 30 Jahren) kann Änderungsbedarf bezüglich der vertraglichen Festsetzungen entstehen. Ob eine gewünschte Änderung ohne erneute Ausschreibung vorgenommen werden kann, hängt vom Einzelfall und dem Grad der Veränderung ab. Ein bloßer Austausch des Auftragnehmers ohne weitere Änderungen des Vertragsinhalts wird i.d.R. als zulässig angesehen. Wesentliche Änderungen des Leistungsumfangs oder der Leistungsdauer, die einem Neuabschluss gleichkämen, hingegen bedürfen einer erneuten Ausschreibung. Das OLG Rostock hat mit Beschluss vom 5. Februar 2003 dem EuGH (allerdings im Hinblick auf einen Lieferauftrag) die Frage vorgelegt, wann eine Änderung der nach dem Vertrag zu liefernden Waren eine Neuausschreibungspflicht begründet. Es bleibt abzuwarten, ob aus der Entscheidung des EuGH in dieser Sache möglicherweise grundsätzliche Kriterien zur Abgrenzung von unbeachtlichen geringfügigen Vertragsänderungen während der Leistungsphase und „wesentlichen“ Änderungen, die erneut ausgeschrieben werden müssen, hergeleitet werden können. Insbesondere auch in Anbetracht der gegenwärtigen Unsicherheiten sollte – soweit zulässig – an die Regelung von jeweiligen Optionen (Vertragsverlängerung, Preisänderungen etc.) im Ursprungsvertrag gedacht werden.

3.5.13 Risiken einer fehlerhaften Vergabe

Die Nichtbeachtung der vergaberechtlichen Vorgaben (hinsichtlich Ausschreibungspflicht, zulässigem Verfahren, Wertung der Angebote etc.) kann von benachteiligten Bietern im Wege eines Nachprüfungsverfahrens geltend gemacht werden. Bei Nichtausschreibung eines ausschreibungspflichtigen Projektes droht sogar die Nichtigkeit der geschlossenen Verträge entsprechend § 13 VgV. Nicht berücksichtigte Bieter mit realen Chancen auf den Zuschlag können nach Beendigung des Vergabeverfahrens durch Zuschlag oder rechtswidrige Aufhebung Schadensersatz auf das negative Interesse, in besonderen Fällen auch auf das positive Interesse geltend machen.

3.5.14 Reformvorschläge

Bereits unter den gegenwärtigen vergaberechtlichen Rahmenbedingungen ist die Durchführung von PPP-Projekten grundsätzlich in sinnvoller und effizienter Weise möglich. An einigen Stellen besteht allerdings noch Potential für die Erleichterung der Realisierung von PPP-Projekten. An den im Folgenden genannten Punkten sollten daher aus unserer Sicht Änderungen der geltenden Rechtslage bzw. Klarstellungen erfolgen:

3.5.14.1 Generalübernehmervergabe

Sowohl vor dem Hintergrund der gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen als auch angesichts der fachbereichsübergreifenden Natur von PPP-Lebenszyklusprojekten spricht vieles dafür, für komplexe, aus Bau- und Dienstleistungen zusammengesetzte (PPP-)Vorhaben das strenge Eigenleistungserfordernis der deutschen Verdingungsordnungen aufzugeben¹⁴. Denn für solche (Gesamt-)Projekte bietet das fachspezifische Eigenleistungserfordernis nicht nur keinen tauglichen Maßstab für die Eignung von Bietern, sondern führt zudem zu Hemmnissen für die Durchführung von PPP-Vorhaben und ist im Hinblick auf die Zielsetzung der Mittelstandsförderung bei derartigen Projekten kontraproduktiv. Der Gesetzgeber und der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) sind zudem aufgerufen, das Problem des Spannungsverhältnisses zwischen § 99 Abs. 3 letzte Alternative GWB und § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A einer Lösung zuzuführen. Zumindest jedoch sollte eine Klarstellung erfolgen, dass sich bei PPP-Projekten das Erfordernis der im eigenen Betrieb zu erbringenden wesentlichen Teile der „Leistung“ nicht nur auf die Bauleistung, sondern auf die Gesamtleistung bezieht.

3.5.14.2 Abgrenzung der Anwendungsbereiche von VOB/A und VOL/A

Die Abgrenzung zwischen Vergaben nach der VOB/A und nach der VOL/A bei gemischten Verträgen ist im deutschen Recht nicht eindeutig. Teilweise wird - aus der europäischen Rechtsprechung hergeleitet - auf den Schwerpunkt des Vorhabens abgestellt, teilweise aber auch bei Vorliegen einer Bauleistung von nicht ganz untergeordneter Bedeutung – insbesondere bei der Abgrenzung von Bau- und Dienstleistungskonzessionen - generell von der Anwendbarkeit der VOB/A ausgegangen. Inwieweit letztere Auffassung mit der Rechtspre-

¹⁴ In der Rechtsprechung wurden jedoch bisher lediglich in einem *obiter dictum* der Vergabekammer des Bundes vom 1.3.2002, VK 1-3/02 überhaupt Erwägungen in diese Richtung angestellt: Ob tatsächlich auch „Unternehmen als geeignet anzusehen sind, die keinen Leistungsbestandteil selbst erbringen, sondern deren gewerbsmäßige Eigenleistung darin besteht, die Tätigkeit von Subunternehmern zu organisieren und zu korrdinieren“, ließ die VK allerdings offen.

chung des EuGH zur Schwerpunkttheorie vereinbar ist, ist bis heute nicht geklärt. Der EuGH beschränkt die Schwerpunkttheorie nicht ausdrücklich auf die Abgrenzung Bau-/Dienstleistungsauftrag, bezieht die Abgrenzung von Bau- und Dienstleistungskonzession aber auch nicht ausdrücklich mit ein. Die Europäische Kommission spricht sich in ihrer Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht ausdrücklich für eine Anknüpfung an den Hauptgegenstand des Vertrags sowohl für die Abgrenzung von Bau- und Dienstleistungsaufträgen als auch für die Abgrenzung von Bau- und Dienstleistungskonzession aus.

Für den Auftraggeber entstehen durch die uneinheitliche Handhabung in Deutschland und die teilweise widersprüchlichen Beurteilungen auf nationaler und europäischer Ebene Unsicherheiten für die zutreffende Gestaltung des Vergabeverfahrens. Eine Klarstellung der Kriterien zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche von VOB/A und VOL/A wäre daher wünschenswert. Angesichts der klaren Aussage der Kommission zugunsten einer einheitlichen Anwendung der Schwerpunkttheorie zur Abgrenzung von Bau- und Dienstleistungsaufträgen sowie von Bau- und Dienstleistungskonzessionen, spricht einiges dafür, die Abgrenzung auch in Deutschland einheitlich nach dieser Theorie vorzunehmen. Zur Ermittlung des Schwerpunktes erscheint eine Orientierung an dem jeweiligen Wert der Bau- bzw. Dienstleistung am praktikabelsten.

3.5.14.3 Zulässigkeit flexibler Verhandlungsverfahren

Die Voraussetzungen der Ausnahmenvorschriften zur Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens (§§ 3a Nr. 4 lit. c VOB/A, 3a Nr. 1 Abs. 4 lit. c VOL/A) werden teilweise – insbes. auf europäischer Ebene bzgl. der entsprechenden Richtlinienvorschriften - zu eng verstanden. Es sollte klargestellt werden, dass für komplexe PPP-Projekte regelmäßig Verhandlungsverfahren zulässig sind. Die Gesamtleistung kann in solchen Vorhaben häufig nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden. Aufgrund ihrer Komplexität können bei vielen PPP Vorhaben nur durch offene Leistungsbeschreibungen und anschließende Verhandlungen die Innovationskräfte des Wettbewerbs genutzt werden, um die erwarteten Effizienzvorteile zu ermöglichen. Das im EU-Legislativpaket vorgesehene neue Verfahren des „wettbewerblichen Dialogs“ (s. auch 3.5.15), das für besonders komplexe Aufträge den Auftraggebern die Möglichkeit eröffnen soll, die Auftragsbedingungen im freien Dialog mit den Bewerbern festzulegen (Art. 29 Abs. 3 BLD-RL), erscheint insofern als begrüßenswerte Ausdehnung der Flexibilität in Verfahren zur Vergabe komplexer Vorhaben wie PPP-Vorhaben.

3.5.14.4 Zulässigkeit nachträglicher Änderungen der Zusammensetzung eines Bieterkonsortiums

Bei Vergabeverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb vertritt die deutsche Rechtsprechung die Auffassung, dass die Bildung von Bietergemeinschaften nach dem Teilnahmewettbewerb unzulässig ist, sofern Unternehmen beteiligt sind, die nicht am Teilnahmewettbewerb teilgenommen haben und nicht von der Vergabestelle zur Abgabe eines Angebots aufgefordert worden sind. Der EuGH hat kürzlich entschieden, dass mangels entsprechender Regelung auf europäischer Ebene das Gemeinschaftsrecht einem nationalen Verbot der nachträglichen Bildung von Bietergemeinschaften jedenfalls nicht entgegensteht. Daraus kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass eine Bietergemeinschaft im Einklang mit dem Vergaberecht generell nur bis zur Abgabe des Angebots gegründet werden kann. Zumindest in Fällen einer nachträglichen Änderung der Zusammensetzung der Bietergemeinschaft, in denen die Bietergemeinschaft auch in ihrer neuen Form die Eignungskriterien erfüllt, eine Überprüfung anhand der Eignungsnachweise auch nach Durchführung des Teilnahmewettbewerbs noch erfolgen kann und ein Ausschluss der Bietergemeinschaft ohne Berücksichtigung ihrer Eignung nach Änderung ihrer Zusammensetzung formalistisch erschiene, sollte die Zulässigkeit bejaht werden. Eine diesbezügliche Klarstellung käme der Praxis entgegen und wäre u.E. wünschenswert.

3.5.14.5 Projektantenproblematik und § 16 VgV

Unter der geltenden Rechtslage ist für die (potentiellen) Beteiligten eines Vergabeverfahrens nicht klar ersichtlich, welche Folgen die Mitwirkung eines Unternehmens bei der Vorbereitung einer Vergabe für seine Beteiligungsmöglichkeiten in dem späteren Vergabeverfahren hat. Eine Klarstellung des § 16 VgV im Hinblick auf seine zeitliche Anwendbarkeit auf die Vorbereitungsphase eines Vergabeverfahrens sowie eine klarstellende gesetzliche Regelung der Projektantenproblematik wäre wünschenswert. Darin sollte klargestellt werden, dass eine Beteiligung an der Vorbereitung grundsätzlich eine Beteiligung am nachfolgenden Vergabeverfahren ausschließt, es sei denn der bei der Vorbereitung gewonnene Informationsvorsprung kann durch umfassende Information aller Bieter ausgeglichen werden. Bei einer direkten Mitwirkung an der Erstellung der Vergabeunterlagen (§ 10 VOB/A, §§ 8, 9 VOL/A) ist ein solcher vollständiger Ausgleich allerdings grundsätzlich nicht mehr denkbar.

3.5.15 EU-Legislativpaket

Der Ausgang der gegenwärtigen Diskussion um die Änderung der EU-Vergaberichtlinien im Rahmen des noch im europäischen Gesetzgebungsverfahren befindlichen EU-Legislativpa-

kets kann unter verschiedenen Aspekten Bedeutung für zukünftige PPP-Projekte erlangen. Das neue Verfahren des „wettbewerblichen Dialogs“ könnte eine Erleichterung der Durchführung von PPP-Projekten bedeuten. Der europäische und nationale Gesetzgeber sollte jedoch bei der Ausgestaltung dieses Verfahrens besonderen Wert darauf legen, dass das Verfahren insbesondere auch die für die Verhandlung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für PPP-Projekte notwendige Flexibilität der Auftraggeber ermöglicht. Von den Bietern darf nicht zu frühzeitig die Abgabe eines verbindlichen und abschließenden Angebots verlangt werden. Auswirkungen auf die Durchführung von PPP-Projekten kann zudem auch die zu erwartende Klärung der Frage haben, ob in Zukunft in weiterem Maße auch Kriterien wie Umweltschutz, Soziale Aspekte (traditionelle vergabefremde Kriterien) zulässige Wertungskriterien darstellen können. Gleiches gilt für die vorgesehene und – nach der hier vertretenen Auffassung - wünschenswerte Klarstellung der Verpflichtung der Auftraggeber zur Offenlegung der Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien.

3.6 Steuerrecht

3.6.1 Grundsätzliches

Im Rahmen dieser Untersuchung analysierten wir ausgehend von einem funktionalen PPP-Ansatz zunächst die steuerlichen Rahmenbedingungen und wesentliche Probleme bei PPP-Maßnahmen im öffentlichen Hochbau. Anschließend untersuchten wir für definierte PPP-Vertragstypen als mögliche zivilrechtliche Ausgestaltungsformen des funktionalen PPP-Ansatzes die mit ihnen jeweils verbundenen wesentlichen PPP-spezifischen ertrag-, umsatz-, grunderwerb- und grundsteuerlichen Implikationen. Diese wurden denjenigen der konventionellen Beschaffungsmethode gegenübergestellt. In diesem Zusammenhang machten wir einerseits auf aus unserer Sicht derzeit bestehenden Klärungsbedarf hinsichtlich einzelner Aspekte im Steuerrecht aufmerksam, die sich ggf. als Hindernis bei der Umsetzung einer PPP erweisen können. Andererseits identifizierten wir potenzielle Wettbewerbsverzerrungen, die bestimmte Ausgestaltungsformen von PPPs verteuern und somit gegenüber konventionellen Beschaffungsansätzen benachteiligen oder umgekehrt. Zum Abschluss führten wir schließlich überschlägige steuerliche Belastungsvergleiche (Modellrechnungen) verschiedener Vertragsmodelle bzw. Modellvarianten anhand ausgewählter vereinfachter Grundvarianten durch. Im Folgenden sind wichtige Ergebnisse unserer Stellungnahme und allgemeine Handlungsempfehlungen an die öffentliche Hand zusammengefasst.

3.6.2 Steuerrechtliche Fragen im Prozessablauf

Für Bieter eines PPP-Auftrages ist es wichtig, auf verlässliche steuerliche Entscheidungsgrundlagen zurückgreifen zu können. Bestehende Unsicherheiten erhöhen die Risikokosten des Privaten und wirken sich entsprechend auf den angebotenen Preis aus. Um dies zu vermeiden, wäre es sinnvoll, wenn die Bieter vor Einreichung eines Angebotes den Anspruch hätten, eine verbindliche Auskunft des Finanzamtes zu einem zugrundeliegenden steuerlichen Sachverhalt kurzfristig einzuholen. Wegen des damit verbundenen hohen Verwaltungsaufwands sollte auch geprüft werden, ob in solchen Fällen von der Verwaltung eine Gebühr erhoben werden sollte. Es wäre darüber hinaus aus unserer Sicht sinnvoll - zumindest für eine gewisse Übergangszeit - eine "Prüfkommission für PPP-Hochbaumaßnahmen" einzurichten (z.B. im Rahmen eines Kompetenzzentrums und mit entsprechenden Befugnissen ausgestattet, auch im Verhältnis zu den Finanzämtern der verschiedenen Bieter). An diese könnten sich die Bieter auf freiwilliger Basis wenden, um mögliche, typischerweise im Vorfeld eines Vergabeverfahrens bei einzelnen Bietern auftretende Anfragen, kurzfristig

beantwortet zu bekommen. Hierdurch ließen sich Synergieeffekte und eine einheitliche steuerliche Behandlung aller Bieter gewährleisten. Schließlich sollten das steuerliche Verfahrensrecht und das Vergaberecht entsprechend aufeinander abgestimmt werden.

3.6.3 Gewinnrealisierung zum Anfang versus pro rata temporis

Ein grundsätzliches bilanzsteuerrechtliches Problem bei PPP-Projekten ist, ob die Erträge beim Auftragnehmer - wie die Liquiditätsflüsse - pro rata temporis anfallen, oder ob bzw. inwieweit es bereits mit der Erstellung einer bestimmten Hochbaumaßnahme zur Ertragsrealisierung kommt. Soweit eine Ertragsrealisierung zum Anfang der Vertragslaufzeit anzunehmen ist, der Liquiditätszufluss jedoch erst später erfolgt, kann sich für den Auftragnehmer die Notwendigkeit ergeben, eine etwaige Ertragsteuerbelastung vorzufinanzieren. Aus unserer Sicht hängt die ertragsteuerliche Behandlung eines PPP-Modells insbesondere zum einen vom jeweiligen Vertragsmodell und zum anderen auch von der vertraglichen Ausgestaltung eines PPP-Vertragswerks ab. Je nachdem, ob einzelne Verträge und Leistungsbeziehungen nebeneinander bestehen oder ob der Vertragsgegenstand in der Bereitstellung eines integrierten und einheitlichen Leistungspakets durch den Privaten für die öffentliche Hand im Rahmen eines Vertrages sui generis besteht, dürften damit unterschiedliche Folgen verbunden sein. Insbesondere geht es um die Frage, wem wann das wirtschaftliche Eigentum an einem Gebäude bzw. am Grund und Boden zuzuordnen ist. Bei Bauten und Maßnahmen auf fremden Grund und Boden ist zu prüfen, ob dem Auftragnehmer ein materielles oder immaterielles Wirtschaftsgut bzw. ein aktiver Rechnungsabgrenzungsposten zuzurechnen ist.

3.6.4 Umsatzsteuerliche Mehrmütterorganschaft

Private Leistungserbringer mit unterschiedlichen Kernkompetenzen, die gegenüber der öffentlichen Hand ein integriertes Leistungsbündel zu erbringen haben, schließen sich zweckmäßigerweise häufig zu einer Projektgesellschaft (Special Purpose Company) zusammen. Dabei kommt es in der Regel auch zu umsatzsteuerpflichtigen Leistungsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern und der Projektgesellschaft. Ließe sich die BFH-Rechtsprechung zur gewerbesteuerlichen Mehrmütter-Organschaft auf die Umsatzsteuer übertragen, würden die Innenumsätze zwischen den einzelnen Gesellschaftern und der Organgesellschaft steuerfrei bleiben. Die Organisationsform einer Projektgesellschaft wäre insofern gegenüber einem Einheitsunternehmen bzw. einem organschaftlich organisierten Konzern steuerlich nicht benachteiligt. Dies wäre im Hinblick auf eine effiziente Strukturierung eines PPP-Vorhabens begrüßenswert und mittelstandsfreundlich.

3.6.5 Vertragsmodell I

Beim Vertragsmodell I wird ein Gebäude auf dem Grundstück des privaten Auftragnehmers durch selbigen geplant und errichtet sowie finanziert und anschließend der öffentlichen Hand zur Nutzung überlassen. Während einer festgelegten Vertragslaufzeit überlässt der private Partner der öffentlichen Hand die Immobilie und erbringt mit deren Betrieb verbundene Leistungen und erhält dafür ein nach monatlichen oder jährlichen Raten gestaffeltes regelmäßiges Entgelt. Nach Ablauf der Vertragslaufzeit ist der Auftragnehmer zur Übertragung des Grundstückseigentums an den Auftraggeber verpflichtet. Gehen beim Vertragsmodell I Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten nach Übergabe eines Gebäudes an die öffentliche Hand über, wird diese bereits zu diesem Zeitpunkt wirtschaftlicher Eigentümer - auch wenn das zivilrechtliche Eigentum erst am Ende der Laufzeit des PPP-Vertrages übertragen wird. Es kommt dabei nach Abnahme des Bauwerks zu einer sofortigen Gewinnrealisierung beim Privaten. Es empfiehlt sich in diesen Fällen, die jährlichen Zahlungen ("Annuitäten") der öffentlichen Hand im Rahmen des PPP-Vertrages und ggf. eine vor Übergang des zivilrechtlichen Eigentums noch zusätzlich zu entrichtende (Rest-) Kaufpreiszahlung der öffentlichen Hand als Auftraggeber aufzuteilen auf eine ab Abnahme des Grundstücks sofort zu aktivierende und ggf. abzuzinsende Kaufpreisforderung (eine Abzinsung ist nicht vorzunehmen, soweit eine angemessene Verzinsung des Kaufpreises vereinbart wird) und auf ein für die Dienstleistungen pro rata temporis als Ertrag zu vereinnahmendes Dauerschuldentgelt.

Bei dem dieser Untersuchung zugrundeliegenden integrierten funktionalen PPP-Ansatz bietet es sich jedoch an, die Verträge so auszugestalten, dass der Private der öffentlichen Hand im Rahmen eines übergreifenden Vertrages sui generis gegen ein periodisches Entgelt die Bereitstellung einer bestimmten Funktionalität schuldet (Output-Spezifikation), die über die gesamte Vertragsdauer kontinuierlich zu erbringen ist (Lebenszyklus-Ansatz, damit zeitraumbezogene Leistungserbringung). Damit würde in diesen Fällen ein einheitlicher Vertragsgegenstand vereinbart werden. Es wäre in diesem Zusammenhang auch möglich, dass der nach allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen vorgesehene Gefahr- und Lastenübergang von den Partnern vertraglich abbedungen und erst mit der Übertragung des zivilrechtlichen Eigentums nach Beendigung der Vertragslaufzeit vorgesehen wird. Erfüllt der Private bis zu diesem Zeitpunkt die vereinbarten Vertragsbedingungen nicht oder nur unvollständig, hat er bei entsprechender Vertragsgestaltung mit Pönalen und weiteren Konsequenzen zu rechnen, die unter Umständen auch zu einer deutlichen Verminderung des Gesamtentgeltes führen können. Nach BFH-Rechtsprechung ist ein "einheitlicher gegenseitiger Vertrag" vom Grundstücksveräußerer bilanzmäßig so lange als schwebender Vertrag zu behandeln, bis er die ihm nach dem Vertrag obliegenden Verpflichtungen erfüllt hat. Bei

Vereinbarung einer einheitlichen und integrierten Leistung bedeutet dies unseres Erachtens, dass aus einem PPP-Vertrag ein Dauerschuldverhältnis resultiert und eine Gewinnrealisierung im Hinblick auf das erstellte Gebäude erst mit Ablauf der Vertragslaufzeit mit Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums stattfindet.

Geht die wirtschaftliche Substanz beim Vertragsmodell I bereits mit der Errichtung des Gebäudes auf die öffentliche Hand über, führt der private Auftragnehmer im Zeitpunkt der Übergabe des fertiggestellten Gebäudes eine Lieferung des bebauten Grundstücks aus. Da bei Vorliegen eines schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäftes ein grunderwerbsteuerbarer Vorgang vorliegt, ist die Lieferung hingegen nach § 4 Nr. 9 a UStG von der Umsatzsteuer befreit. Während der Vertragslaufzeit erbringt der private Auftragnehmer weitere steuerbare Dienstleistungen. Ggf. kann die Zusicherung eines jederzeit instandgehaltenen Gebäudes zum Teil als eine Garantieleistung im Sinne von § 4 Nr. 8 g UStG (steuerbefreiter Umsatz) betrachtet werden, wenn hierfür ein gesondertes Entgelt vereinbart worden ist.

Verbleibt das wirtschaftliche Eigentum an einer Immobilie bis zur Übertragung des zivilrechtlichen Eigentums nach Beendigung der Laufzeit eines PPP-Vertrages beim Privaten, ist umsatzsteuerlich zu prüfen, ob es sich um eine reine Vermietung und Verpachtung eines Grundstücks, die nach § 4 Nr. 12 a UStG von der Umsatzsteuer befreit wäre, um einen gemischten Vertrag oder um einen Vertrag besonderer Art handelt (Behandlung wie bei Vertragsmodell II - PPP-FMLeasingmodell, wenn das wirtschaftliche Eigentum beim Leasinggeber liegt, oder wie bei einem PPP-Vermietungsmodell). Mit Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an die öffentliche Hand bei Ablauf des Vertrages liegt anschließend nach § 3 Abs. 1 UStG eine Grundstückslieferung vor. Da es sich hierbei um einen grunderwerbsteuerlichen Vorgang handelt, ist auch diese Lieferung von der Umsatzsteuer befreit.

3.6.6 Umsatzsteuerliche Behandlung von Vertragsmodell II und III

Werden im Zusammenhang mit einer Vermietung von Grundstücken nur Nebenleistungen erbracht, spricht man von reinen Grundstücksmietverträgen. Ein gemischter Vertrag liegt vor, wenn er sowohl die Merkmale einer Vermietung als auch Merkmale anderer Leistungen aufweist, ohne dass ein so starkes Zurücktreten der einen oder anderen Gruppe gegeben ist, dass sie umsatzsteuerlich nicht mehr zu beachten wären. Tritt die Gebrauchsüberlassung des Grundstücks jedoch gegenüber anderen wesentlichen Leistungen so weit zurück, dass eine Aufteilung nicht mehr möglich ist, handelt es sich um einen Vertrag besonderer Art. Im Hinblick auf die Unterscheidung zwischen reinen Grundstücksmietverträgen, gemischten Verträgen und Verträgen besonderer Art wäre ein entsprechendes Verwaltungsschreiben hilfreich mit Kriterien bezüglich der umsatzsteuerrechtlichen Abgrenzung zwischen unselb-

ständigen Nebenleistungen und selbständigen Leistungen im Rahmen des Facility Managements. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob ein PPP-Vertrag mit einheitlichem Vertragsgegenstand (Vertrag sui generis) umsatzsteuerlich ein Vertrag besonderer Art darstellen könnte.

Ist bei einem Leasingvertrag das wirtschaftliche Eigentum am Leasing-Gegenstand dem Leasing-Nehmer zuzuordnen, handelt es sich nach derzeitiger Verwaltungsauffassung umsatzsteuerlich um eine Lieferung im Sinne des § 3 Abs. 1 UStG. Eine solche Beurteilung kann nach unserer Auffassung im konkreten Einzelfall zu erheblichen Problemen führen (z.B. wenn der Leasingnehmer seine Kaufoption nicht wahrnimmt oder ggf. wegen einer Doppelbelastung von Umsatzsteuer und Grunderwerbsteuer). Da insbesondere bei einer Leasingbeziehung mit der öffentlichen Hand (Stichwort Spezial-Leasing) das wirtschaftliche Eigentum in einer Vielzahl von Fällen beim Leasing-Nehmer liegen wird, ist dies gerade vor diesem Hintergrund äußerst relevant. Wir halten es daher für stringenter, wenn Leasing von der Finanzverwaltung - unabhängig von der ertragsteuerlichen Behandlung - umsatzsteuerlich stets als eine Vermietung und Verpachtung (d.h. als sonstige Leistung) angesehen würde.

3.6.7 Vertragsmodelle I, II, IV und VI: Abgrenzung Umsatzsteuer - Grunderwerbsteuer

Im Hinblick auf die mögliche Bedeutung der Grunderwerbsteuer für die Realisierung von PPP-Vorhaben sind rechtlich gesicherte Verhältnisse anzustreben. In der Praxis besteht nach Auswertung der Rechtsprechung und Verwaltungsäußerungen Unsicherheit, welche Lebenssachverhalte unter § 1 Abs. 2 GrEStG zu subsumieren sind. Nach § 1 Abs. 2 GrEStG unterliegen der Grunderwerbsteuer auch Rechtsvorgänge, die es ohne Begründung eines Anspruchs auf Übereignung einem anderen rechtlich oder wirtschaftlich ermöglichen, ein inländisches Grundstück auf eigene Rechnung zu verwerten. Insoweit wären klärende Äußerungen der Verwaltung für die Praxis hilfreich, wie bestimmte Leistungsbeziehungen grunderwerbsteuerlich zu beurteilen sind.

Darüber hinaus ist es zumindest nicht ausgeschlossen, dass eine Koppelung der Umsatzsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 9 a UStG an das Vorliegen eines grunderwerbsteuerbaren Vorgangs nicht im Einklang mit der Sechsten EG-Richtlinie steht. Insofern wären für diesen Themenkomplex noch weiterführende Untersuchungen anzustellen. Im Hinblick auf die Durchführung der PPP-Vertragsmodelle ist unbedingt anzustreben, dass es zu keiner Doppelbelastung durch Grunderwerbsteuer und Umsatzsteuer kommt. Dies kann nach

jetziger Rechtslage nicht sichergestellt werden (insbesondere bei Vertragsmodell II, wenn der Leasing-Nehmer wirtschaftlicher Eigentümer ist).

3.6.8 Vertragsmodell IV

Beim Vertragsmodell IV geht es um die Errichtung oder Sanierung eines oder mehrerer neuer oder bestehender Gebäude auf dem Grund und Boden der öffentlichen Hand sowie um die Erbringung weiterer Leistungen durch den Privaten während einer bestimmten Vertragslaufzeit (Instandsetzung und Instandhaltung, weiteres Facility Management sowie sonstige Dienstleistungen). Maßgeblich im Hinblick auf die Behandlung der Sanierungs- bzw. Bauleistungen ist insbesondere, ob Werkleistungen vorliegen (einzelne, vertraglich abgegrenzte Bau- und Sanierungsmaßnahmen, sofortige Gewinnrealisierung) oder ob (jedenfalls teilweise) von Dauerschuldverhältnissen (Bereitstellung einer bestimmten Funktionalität mit einer Gewinnrealisierung pro rata temporis, siehe oben) auszugehen ist.

Unter der Annahme eines Dauerschuldverhältnisses bei einem Vertrag mit einheitlichem Vertragsgegenstand (Bereitstellung von Infrastruktur) hat der Private unseres Erachtens für den in bestimmten Perioden im Verhältnis zur Gesamtvertragsdauer erbrachten überproportionalen Bau- und Sanierungsaufwand zunächst einen aktiven Rechnungsabgrenzungsposten zu bilanzieren, der dann in Perioden mit unterproportionalem Sanierungsaufwand wieder aufgelöst wird. Im Hinblick auf die in der Regel zum Ende der Vertragslaufzeit zu erbringenden Sanierungsleistungen gerät der Private ab einem gewissen Zeitpunkt in einen Erfüllungsrückstand, wenn in den von der öffentlichen Hand erhaltenen periodischen Entgelten bereits berücksichtigt ist, dass diese Leistungen noch zu erbringen sind. Für Einnahmen vor dem Abschlussstichtag, ist dann - soweit sie Ertrag für eine bestimmte Zeit nach diesem Tag darstellen - nach § 250 Abs. 2 HGB ein passiver Rechnungsabgrenzungsposten zu bilden. Das Entgelt, das der private Partner innerhalb eines Vertrages mit einheitlichem Vertragsgegenstand (Vertrag sui generis) periodisch erhält, hat er ansonsten aber ertragswirksam zu verbuchen, da er hierfür der öffentlichen Hand die zugesagte Leistung erbracht hat. Im Zuge der Vertragsdauer kommt es im Hinblick auf das erstellte Bauwerk bzw. die getätigten Sanierungsleistungen pro rata temporis zu entsprechenden Teilgewinnrealisierungen.

Aus unserer Sicht wäre es zur Erhöhung der Rechtsicherheit zu begrüßen, wenn die Finanzverwaltung bei Vertragsmodell IV (Grundfall und "Lease/Lease-back") dazu Stellung nimmt, wie die im Rahmen der Untersuchung dargestellten vertraglichen Ausgestaltungsmöglichkeiten bilanzsteuerrechtlich abzubilden sind.

Bei Bau- und Sanierungsleistungen innerhalb eines Vertrages mit einheitlichem Vertragsgegenstand (Vertrag sui generis) auf Basis eines Dauerschuldverhältnisses ist auch umsatzsteuerlich die Frage zu beantworten, wie diese zu behandeln sind. Die Bau- und Sanierungsleistungen stellen unseres Erachtens in diesem Fall eine einheitliche Leistung im Sinne des Umsatzsteuerrechts dar, die insgesamt steuerpflichtig ist. Die Steuer würde über die Vertragslaufzeit mit Erbringung der Leistung bzw. Zahlung der Entgelte entstehen. Wir empfehlen jedoch - um Unsicherheiten zu verringern - dass sich die Finanzverwaltung zu der von uns vorgeschlagenen Behandlung äußert.

Es besteht aus unserer Sicht derzeit keine abschließende Rechtsicherheit im Hinblick auf die umsatzsteuerliche Behandlung in den Fällen, in denen die öffentliche Hand einem privaten Partner im Rahmen eines Sanierungsmodells einen Nießbrauch einräumt und das Grundstück anschließend an die öffentliche Hand zurück vermietet wird. Aus unserer Sicht tritt die Vermietung und Verpachtung eines Grundstücks bei der vorliegenden Vertragskonstruktion in den Hintergrund. Die vertraglich geschuldeten Leistungen sind dann umsatzsteuerlich wie beim Grundfall des Vertragsmodells IV zu behandeln. Es wäre hilfreich, wenn die Finanzverwaltung sich äußert, ob bei dem dargestellten Modellansatz die Vermietung auch ihrer Ansicht nach umsatzsteuerlich in den Hintergrund tritt.

3.6.9 Vertragsmodell VI

Das Vertragsmodell VI betrifft Gestaltungen, in denen die öffentliche Hand eine Hochbaumaßnahme durch einen Privaten im Rahmen einer Baukonzession bzw. einer Dienstleistungskonzession durchführen lässt. Bei Baukonzessionen handelt es sich um Verträge über die Erbringung von Bauleistungen, bei denen die Gegenleistung nicht nur in einer Vergütung in Geld (Anschubfinanzierung), sondern vornehmlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks (Refinanzierung durch Erhebung von Nutzungsentgelten von Dritten) besteht. Wird ein PPP-Modell mit einem Konzessionsvertrag auf Basis eines einheitlichen gegenseitigen Vertrages mit einer alle Projektphasen umfassenden Leistungserstellung umgesetzt, ist aus unserer Sicht nach der Fertigstellung des Bauwerks ein Gewinn beim Privaten noch nicht realisiert (Dauerschuldverhältnis und ggf. "Lieferung" Gebäude bei Vertragsbeendigung). Des weiteren lässt sich unter dieser Voraussetzung auch die Aktivierung eines "immateriellen Betreiberrechtes" in Höhe der Herstellungskosten des Bauwerkes, wie von der Guchtachtergruppe zum A-Modell vorgeschlagen, nicht verwirklichen. Die Aktivierung eines Betreiberrechtes setzt den entgeltlichen Erwerb des Rechtes voraus. Als Entgelt für den Erwerb des Rechts käme die Sanierung bzw. Errichtung der Gebäude in Betracht. Dies

wiederum erfordert die Trennung von Leistungsteilen. Eine solche Betrachtung scheidet jedoch bei Annahme einer einheitlichen Leistung des Auftragnehmers aus.

Soweit die Voraussetzungen (wirtschaftliches Eigentum) dafür vorliegen, sind vom Privaten Gebäude auf fremden Grund und Boden zu bilanzieren. Besteht kein wirtschaftliches Eigentum des Auftragnehmers an den Bauten, so gilt Folgendes: Im Hinblick auf die Behandlung eines die ganze Konzessionslaufzeit und damit die einzelnen Projektphasen als integriertes Leistungspaket umfassenden PPP-Vertrages sind die Aufwendungen mittels eines aktiven Rechnungsabgrenzungspostens periodengerecht abzugrenzen. Im Gegensatz zum Vertragsmodell IV erhält der Private gewöhnlich erst nach Realisierung des Bauwerkes Einnahmen, wenn eine Vermarktung des Bauwerkes möglich ist. Bei einem solchen typischen Verlauf hat der Private zunächst einen aktiven Rechnungsabgrenzungsposten in Höhe seiner Anschaffungs- und Herstellungskosten zu bilden und über die gesamte Laufzeit des Konzessionsvertrages abzuschreiben. Zahlungen, die der Auftragnehmer als Anschubfinanzierung erhält, sind entweder vom aktiven Rechnungsabgrenzungsposten abzusetzen oder passiv als Sonderposten abzugrenzen und pro rata temporis erfolgswirksam aufzulösen. Die Aufwendungen während der Betriebsphase sind in der Regel als laufende Aufwendungen zu behandeln. Für seine Verpflichtung, das Bauwerk nach Beendigung des Konzessionsvertrages der öffentlichen Hand in einem erneuerten Zustand zu übergeben, hat der Private eine Rückstellung für ungewisse Verbindlichkeiten nach § 249 Abs. 1 HGB zu bilden, deren Höhe von der Abschreibung auf das Gebäude und von den Wiederbeschaffungskosten abhängt.

Im Vertragsmodell VI sind grundsätzlich zwei Leistungsbeziehungen auf ihre umsatzsteuerliche Behandlung hin zu überprüfen - zum einen die Vertragsbeziehung zwischen der öffentlichen Hand (Konzessionsgeber) und dem Privaten (Konzessionsnehmer) innerhalb des abzuschließenden Konzessionsvertrages und zum anderen die Vertragsbeziehung zwischen dem privaten Partner und den Drittnutzern, die eine Infrastruktur, ggf. einschließlich dazugehöriger Dienstleistungen, in Anspruch nehmen. Was den Leistungsaustausch zwischen dem Privaten und der öffentlichen Hand betrifft, tätigt der Konzessionsnehmer mit dem Betrieb der Einrichtung gemäß den vertraglich näher festgelegten Konditionen sowie der Übergabe des Bauwerks nach Ablauf des Vertrages steuerbare Umsätze (Lieferungen und Leistungen an den Konzessionsgeber). Der Konzessionsgeber seinerseits stellt dem Konzessionsnehmer als Gegenleistung in der Regel eine Anschubfinanzierung zur Verfügung und überlässt ihm das Grundstück während der Laufzeit des Konzessionsvertrages.

Neben der Leistungsbeziehung mit dem Konzessionsgeber erbringt der Konzessionsnehmer Leistungen gegenüber den Nutzern. Diese Umsätze unterliegen ebenfalls mit 16% (§ 12 Abs. 1 UStG) oder mit dem ermäßigten Satz von 7% (§ 12 Abs. 2 UStG) der Umsatzsteuer.

3.6.10 Steuerlich bedingte Wettbewerbsverzerrungen und Lösungsansätze

Wird eine bestimmte Leistung von einem Privaten statt von der öffentlichen Hand bereit gestellt, entsteht zusätzliche Einkommen- oder Körperschaftsteuer sowie Gewerbebeertragsteuer auf das zu versteuernde Einkommen bzw. den Gewerbeertrag. Eine ertragsteuerliche Mehrbelastung des Privaten wirkt sich zwar auch auf den Preis der angebotenen Leistung aus, doch lässt sich dies in der Regel nicht beseitigen, da sie ein wesentliches Element unseres Wirtschaftssystems darstellt. Allerdings halten wir es für bedeutsam, dass der Zeitpunkt einer steuerlich wirksamen Gewinnrealisierung für der Erstellung eines Gebäudes bzw. für getätigte Sanierungsmaßnahmen, wie insbesondere anhand der Vertragsmodelle I, IV und VI dargestellt, von der Finanzverwaltung in Abhängigkeit der jeweiligen vertraglichen Ausgestaltung beurteilt wird.

PPP-Vertragsmodelle können theoretisch steuerlich über entsprechende Vergünstigungen (z.B. Sonderabschreibungen) erheblich gefördert werden, wobei in diesem Fall jedoch eine konventionelle Beschaffung benachteiligt wäre. PPP-Gestaltungen für Hochbaumaßnahmen sollten sich jedoch nicht wegen den mit ihnen verbundenen steuerlichen Vorteilen durchsetzen, sondern wegen ihrer höheren betriebswirtschaftlichen Effizienz. Aus dieser Sicht kann eine Einführung von ertragsteuerlichen Vergünstigungen nicht empfohlen werden.

Eine umsatzsteuerliche Wettbewerbsverzerrung von PPP-Projekten ergibt sich insbesondere für den Teil der Wertschöpfungskette, der beim konventionellen Beschaffungsansatz von der öffentlichen Hand intern produziert wird. Werden diese Leistungen beim zugrundeliegenden funktionalen PPP-Ansatz demgegenüber von einem privaten Unternehmer erstellt, fällt hierauf entweder Umsatzsteuer an oder die Leistungen sind gemäß § 4 UStG steuerbefreit.

Handelt es sich um steuerpflichtige Leistungen, stellt die in Rechnung gestellte Umsatzsteuer in der Regel eine zusätzliche Definitivbelastung in Höhe von 16% dar, die die öffentliche Hand nicht zu tragen hätte, wenn sie die Leistung intern produziert. Dadurch verteuert sich ein PPP-Modell entsprechend.

Erbringt ein privater Partner hingegen steuerbefreite Leistungen, findet zwar keine Umsatzsteuerbelastung gegenüber der öffentlichen Hand statt, doch kann der Private für von ihm bei Dritten bezogene Leistungen keinen Vorsteuerabzug geltend machen (§ 15 Abs. 2

UStG). Dies verteuert wiederum die Leistungserstellung des Privaten für Leistungsbestandteile, die beim konventionellen Beschaffungsansatz intern produziert werden, was sich somit indirekt auch auf die Höhe des gegenüber der öffentlichen Hand in Rechnung gestellten Preises auswirkt. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Errichtung eines Bauwerks auch beim konventionellen Beschaffungsansatz zumeist durch Private erfolgt und der öffentlichen Hand hierfür Umsatzsteuer in Rechnung gestellt wird.

Bei einem PPP-Vermietungsmodell ist die Nutzungsüberlassung eines Gebäudes umsatzsteuerbefreit. Die Lieferung eines Gebäudes beim konventionellen Beschaffungsansatz ist dagegen umsatzsteuerpflichtig. Für einen Belastungsvergleich zwischen dem PPP-Vermietungsmodell und dem konventionellen Beschaffungsansatz hinsichtlich der Errichtung des Gebäudes ist die Vorsteuer, für die ein privater Leistungserbringer bei einem PPP-Projekt gegenüber dem Finanzamt nicht abzugsberechtigt ist, der Umsatzsteuer gegenüberzustellen, die beim konventionellen Beschaffungsansatz in Rechnung gestellt wird. Unter Umständen ist dann ein PPP-Projekt bezüglich der Errichtung des Gebäudes sogar steuerbegünstigt, wobei die Höhe der Begünstigung davon abhängt, ob der Private seine Vorleistungen extern (wobei er dann entsprechend Umsatzsteuer zu zahlen hätte) oder intern (z.B. Personalkosten) bezieht.

Da das System des "Refund" in Großbritannien seit 1994 Anwendung findet und von der EU-Kommission zumindest geduldet wird und darüber hinaus auch in den Niederlanden seit Beginn dieses Jahres ähnliche Regelungen bestehen, liegt es nahe, eine Übertragbarkeit auf die Bundesrepublik Deutschland zu überprüfen. Mit Hilfe des "Refund" für steuerpflichtige Leistungen kann eine Benachteiligung von PPP-Projekten beseitigt werden. Um jedoch auch konventionelle Beschaffungsvarianten nicht zu benachteiligen, müsste gleichzeitig gewährleistet werden, dass unter den Katalog der Leistungen, für die ein "Refund" beantragt werden kann, auch outgesourcte Dienstleistungen gestellt werden. Für Bauleistungen sollte ein "Refund" ebenfalls für alle Beschaffungsvarianten beantragt werden können (entsprechend den Regelungen für "local authorities" in Großbritannien).

Eine Umsatzsteuerbefreiung von Leistungen an die öffentliche Hand unter Wahrung des Vorsteuerabzugs steht aus unserer Sicht in Widerspruch zu Art. 17 Abs. 2 und Art. 17 Abs. 3 der Sechsten EG-Richtlinie (siehe Abschnitt XI). Damit blieben auch nach Einführung eines "Refund-Systems" PPP-Modelle, bei denen es zu steuerbefreiten Leistungen gegenüber der öffentlichen Hand kommt, gegenüber der konventionellen Beschaffungsvariante (und dann auch gegenüber PPP-Modellen, bei denen der "Refund" Anwendung finden kann) steuerlich benachteiligt. Wäre der Private hingegen zumindest bei der Vermietung und Verpachtung

von Grundstücken gegenüber der öffentlichen Hand berechtigt, zur Umsatzsteuer zu optieren, wäre die Diskriminierung beseitigt, da dann das "Refund-System" angewendet werden könnte. Nach Art. 13, Teil C der 6. EG-Richtlinie sind die Mitgliedstaaten berechtigt, die Modalitäten einer solchen Option selbst festzulegen, so dass einem Wahlrecht in diesem Fall keine europarechtlichen Bedenken gegenüber stehen würden.

Eine grundsteuerliche Wettbewerbsverzerrung tritt bei denjenigen PPP-Vertragstypen auf, bei denen das wirtschaftliche Eigentum beim privaten Vertragspartner liegt (z.B. PPP-FMLeasingmodell mit wirtschaftlichem Eigentum beim Leasing-Geber, PPP-Vermietungsmodell). In diesem Fall unterliegt der Grundbesitz bei einer Hochbaumaßnahme der Grundsteuer nach § 2 GrStG. Demgegenüber sind Projekte mit einem konventionellen Beschaffungsansatz, bei dem die öffentliche Hand sowohl das zivilrechtliche als auch das wirtschaftliche Eigentum am Grundvermögen behält (§ 3 Abs. 1 Satz 2 GrStG), von der Grundsteuer befreit. PPP-Vertragsmodelle, bei denen die öffentliche Hand wirtschaftlicher Eigentümer bleibt (auch, wenn ggf. das zivilrechtliche Eigentum beim Privaten liegt), sind jedoch nicht benachteiligt, da auch diese Projekte von der Grundsteuerbefreiung profitieren.

Das Problem einer grundsteuerlichen Wettbewerbsverzerrung könnte gelöst werden, wenn § 3 Abs. 1 Satz 2 GrStG zumindest auf § 3 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 GrStG keine Anwendung mehr findet. Somit wäre für eine Grundsteuerbefreiung nur maßgeblich, dass der Grundbesitz für eine Hochbaumaßnahme von einer inländischen juristischen Person des öffentlichen Rechts für den öffentlichen Dienst oder Gebrauch benutzt wird. Dies wäre bei allen von uns im Rahmen dieser Abhandlung behandelten PPP-Vertragstypen der Fall. Alternativ dazu wäre auch denkbar, die öffentliche Hand per se als grundsteuerpflichtig zu behandeln.

3.6.11 Steuerliche Vergleichsrechnungen

Zum Abschluss unserer steuerrechtlichen Untersuchung führten wir überschlägige Vergleichsrechnungen durch, um die betriebswirtschaftlichen Folgen einzelner behandelter Problembereiche anhand von vereinfachten Grundvarianten aufzuzeigen. In diesem Zusammenhang erfolgte zunächst eine Betrachtung der wesentlichen steuerlichen Auswirkungen verschiedener Gewinnrealisierungszeitpunkte bei einem privaten Vertragspartner am Beispiel des Vertragsmodells IV. Bei einem Vergleich der ertragsteuerlichen Belastung ließ sich beim Typenkombinationsvertrag auf Basis der gewählten Annahmen gegenüber einem Vertrag mit einheitlichem Vertragsgegenstand (Vertrag sui generis) eine deutlich höhere Belastung des Privaten feststellen).

Anschließend gingen wir darauf ein, inwieweit umsatzsteuerliche Wettbewerbsverzerrungen den Angebotspreis eines privaten Bieters gegenüber der öffentlichen Hand beeinflussen können. Alle PPP-Realisierungsvarianten verursachten unter den von uns gesetzten Annahmen bei der öffentlichen Hand höhere Beschaffungskosten. Dies erklärt sich insbesondere vor dem Hintergrund der umsatzsteuerbefreiten Beschaffung interner Leistungen bei der öffentlich Hand, stellt aber in dieser Form eine ernsthafte Wettbewerbsverzerrung alternativer Beschaffungsvarianten dar.

3.7 Recht der öffentlichen Förderung

3.7.1 PPP-Modelle sind förderfähig

PPP-Modelle zur Verwirklichung von Vorhaben im öffentlichen Hochbau **können** grundsätzlich **öffentlich gefördert werden**. Es gibt vielfältige Möglichkeiten der öffentlichen Förderung, die überwiegend durch Zuschüsse und geförderte Darlehen vor allem für den **Bau** und den **Ausbau von Hochbauvorhaben** erfolgt. Demgegenüber ist bisher nur in **wenigen Fällen eine Förderung auch der bloßen Nutzung** von öffentlichen Hochbauten möglich. Darüber hinaus ist eine Förderung auch durch die Übernahme von Sicherheiten durch den Fördergeber denkbar. Vorwiegend erfolgt die Förderung auf der Grundlage von Förderprogrammen und -richtlinien, die in Verwaltungsvorschriften festgehalten sind. In einzelnen Fällen werden Fördervoraussetzungen und -ziele unmittelbar durch Gesetz geregelt.

3.7.2 Kriterium: Eigentumsübergang

PPP-Modelle stellen typischerweise darauf ab, dass der Auftragnehmer vollständig oder teilweise die Planung, den Bau, den Betrieb, die Finanzierung und auch die Verwertung von öffentlichen Bauvorhaben übernimmt. Im Gegenzug ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, dem Auftragnehmer ein laufendes Entgelt zu zahlen. Dieses Entgelt ist die Gegenleistung für sämtliche Leistungen des privaten Partners. Bei einigen Vertragstypen ist der private Partner verpflichtet, das **Eigentum an dem Bauwerk** später an den Auftraggeber zu übertragen, bei einigen Vertragskonstellationen ist eine **Option des Eigentumsübergangs** vorgesehen, die entweder der Auftraggeber oder der Auftragnehmer ausüben kann, und in einigen Modellen ist eine Eigentumsübertragung nicht vorgesehen. **Zuwendungsempfänger** - jedenfalls Erstempfänger einer Zuwendung - bei der Förderung von öffentlichen Hochbaumaßnahmen **ist typischerweise der Auftraggeber von PPP-Vorhaben**. Die öffentliche Förderung stellt dabei überwiegend darauf ab, ihm den Bau oder Ausbau, in manchen Fällen auch die Sanierung zu finanzieren. Bisher gibt es nur sehr wenige öffentliche Förderprogramme, die sich speziell auf PPP-Vorhaben beziehen. Deswegen sollte bei der Strukturierung von PPP-Vorhaben den Fördervoraussetzungen ausreichende Achtung geschenkt werden.

Im Bereich der **Hochschulen** und **Hochschulkliniken** wird der **Ausbau** und **Neubau** von Hochschulen und Hochschulkliniken gefördert. Der Bundesgesetzgeber hat mit der Änderung des Hochschulbauförderungsgesetzes im Jahre 1996 deutlich gemacht, dass auch **Leasing-Modelle im Hochschulbau grundsätzlich förderfähig** sind. Zu den nach dem

Hochschulbauförderungsgesetz förderfähigen Kosten gehören gemäß § 3 Abs. 2 HBFG auch die Finanzierungskosten. Ob der Zuwendungsempfänger die Fördermittel behalten darf, hängt jedoch davon ab, dass der Hochschulträger am Ende der Vertragslaufzeit das Eigentum an dem geförderten Bauvorhaben erwirbt. Deswegen sind nicht alle Vertragsmodelle förderfähig.

Im übrigen variieren die Anforderungen der öffentlichen Förderung im Hinblick auf PPP-Vorhaben im öffentlichen Hochbau stark. In Nordrhein-Westfalen können beispielsweise Gemeinden die ihnen für Schulgebäude zur Verfügung stehenden Mittel auch für das Leasing oder die Miete von Schulgebäuden sowie deren Einrichtung und Ausstattung einsetzen. In Sachsen sind Leasing-Vorhaben nach dem Erlass zu Investorenvorhaben im kommunalen Bereich grundsätzlich förderfähig. Eine Förderung kann insbesondere dadurch erfolgen, dass die Gemeinde als Zuwendungserstempfänger die erhaltenen Mittel **als Zuwendungen an den Leasingnehmer weiterreicht**. Bayern hat seit 1999 im Haushalt pro Jahr 5 Mio. EUR veranschlagt, die für Contracting-Modelle im Zusammenhang mit Energieeinsparmaßnahmen eingesetzt werden können, wenn die Einsparung innerhalb von 7 Jahren zu einer Amortisation führt, die vergleichbare Frist in Baden-Württemberg beträgt 10 Jahre. Diese wenigen Beispiele zeigen, wie breit gefächert die förderrechtlichen Anforderungen an PPP-Vorhaben sind.

3.7.3 Gebot der Wirtschaftlichkeit

Ausgaben des öffentlichen Haushaltes müssen dem **Gebot der Wirtschaftlichkeit** entsprechen. Förderbestimmungen setzen häufig voraus, dass die PPP-Variante günstiger als ein konventionell finanziertes Vorhaben ist. Die zur Ermittlung dieser Anforderung vorzunehmende **Wirtschaftlichkeitsuntersuchung** kann in einigen Fällen neben den Kosten für die Errichtung auch die **Kosten des späteren Betriebs** einbeziehen (sog. "Lebenszyklus-Betrachtung"). Die Vorgaben an die Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen in anderen Bereichen, insbesondere die HBFG-Förderung, schließen eine solche Betrachtung hingegen ausdrücklich aus. Es ist empfehlenswert, dass in den Förderbestimmungen einheitlich die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung auf eine Lebenszyklus-Betrachtung umgestellt wird. Erst durch eine solche Wirtschaftlichkeitsuntersuchung wird gewährleistet, dass die Vorteile einer Zusammenarbeit im Rahmen von PPP-Modellen zur Geltung kommen.

3.7.4 Empfänger und Weiterleitung von Zuwendungen

Die Bewilligung einer Förderung kann vorsehen, dass eine Gebietskörperschaft als Zuwendungsempfänger berechtigt ist, die erhaltenen Mittel als **Zuwendung** an den **privaten**

Auftragnehmer weiterzuleiten. Mit der Weiterleitung erfüllt der Erstempfänger den Zuwendungszweck. Dabei ist sicherzustellen, dass der Letztempfänger die Zuwendungen zweckentsprechend verwendet. Die Weiterleitung als Zuwendung setzt voraus, dass der Bewilligungsbescheid oder –vertrag dies ausdrücklich vorsieht.

3.7.5 Vergabepflicht nach Förderungsbewilligung

Die öffentliche Förderung erfolgt häufig mit der Nebenbestimmung, dass der Zuwendungnehmer unabhängig vom Überschreiten der jeweiligen Schwellenwerte Leistungen auf der Grundlage der Vertrags- und Vergabeordnungen (VOB, VOL) zu vergeben habe. Hierdurch entstehen in der Praxis bisweilen Hindernisse, da der private Auftragnehmer und Zuwendungsempfänger seinerseits mit ihm bekannten und bewährten Partnern zusammenarbeiten möchte. Soweit der Auftragnehmer bei PPP-Vorhaben im transparenten Wettbewerb ermittelt worden ist, **empfiehlt** es sich deswegen, ihn auf der Sekundärebene (Auftragnehmer - Nachunternehmer) **nicht den Bindungen an die Vergabe- und Vertragsordnungen (VOB, VOL) zu unterwerfen**. Denn in dem Wettbewerb auf der Primärebene soll der private Partner gerade von den Möglichkeiten Gebrauch machen, die ihm für eine kostengünstige Gestaltung seines Angebots zur Verfügung stehen. In der Praxis dürften sich solche Vorteile für den privaten Partner gerade dadurch ergeben, dass er auf gefestigte Erfahrungen oder neu auszubauende Verbindungen mit den lokalen oder regionalen Anbietern zurückgreifen kann. Dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit kann in diesem Fall durch absolute Begrenzungen des Zuwendungsbetrags Rechnung getragen werden.

3.7.6 Beihilfetatbestand der öffentlichen Förderung

Öffentliche Zuwendungen können grundsätzlich **Beihilfen** im Sinne des europäischen Beihilferechts darstellen. Beihilfen sind insbesondere solche staatlichen Mittel, die einen Wettbewerber gegenüber dem anderen begünstigen. Soweit die Zusammenarbeit der öffentlichen Hand mit dem privaten Partner auf der Grundlage eines **transparenten Wettbewerbs** unter Einbeziehung auch der öffentlichen Förderung zustande gekommen ist, ist davon auszugehen, dass die Gegenleistung einschließlich der öffentlichen Förderung marktüblich ist. In diesem Falle liegt keine Bevorzugung des Zuwendungsempfängers vor und ist die öffentliche Förderung nicht geeignet, den Wettbewerb zu verfälschen. Beihilfe-rechtliche Bedenken bestehen in diesem Fall nicht.

3.7.7 Empfehlungen

- Das Recht der öffentlichen Förderung ist sehr verstreut und zudem uneinheitlich geregelt. Wir empfehlen deswegen, die Voraussetzungen der öffentlichen Förderung von Hochbaumaßnahmen zu vereinheitlichen und leichter zugänglich zu machen.
- Förderrichtlinien stellen zum Teil auf den Erwerb des geförderten Projekts durch den öffentlichen Auftraggeber ab. Diese Voraussetzung steht einigen PPP-Modellen entgegen. Wir empfehlen, Förderrichtlinien künftig jedenfalls so zu fassen, dass auch eine hinreichend lange Nutzung, die einem "zeitlich beschränkten Eigentum" gleichkommt, Gegenstand der öffentlichen Förderung sein kann. Noch sinnvoller ist eine Förderung entsprechend der Schulpauschale in Nordrhein-Westfalen, bei der nicht auf die rechtliche Gestalt eines Vorhabens, sondern allein auf die Funktion eines Vorhabens im Rahmen öffentlicher Aufgabenerfüllung abgestellt wird.
- Die bei vielen Förderrichtlinien erforderliche Wirtschaftlichkeitsuntersuchung sollte - um dem ganzheitlichen Ansatz ("Lebenszyklus-Betrachtung") von PPP-Vorhaben zu entsprechen - sowohl die Kosten für die Errichtung als auch die des späteren Betriebs eines Vorhabens einbeziehen. Eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung auf der Grundlage der bloßen Errichtungskosten wird dem Lebenszyklus-Ansatz von PPP-Modellen nicht gerecht.
- Bei der Projektförderung fordert der Fördermittelgeber häufig, dass - unabhängig von den Vorgaben des Vergaberechts - Aufträge auf der Sekundärebene auszuschreiben sind. Wir empfehlen, diese Anforderung jedenfalls in den Fällen nicht zu stellen, in denen bereits der Vertrag auf der Primärebene zwischen öffentlichem Auftraggeber und privatem Auftragnehmer in einem transparenten Wettbewerb zustande gekommen ist.

3.8 Synopse: Geltende Rechtslage und Reformvorschläge

Die im Band II entwickelten Reformvorschläge an den Gesetzgeber lassen sich in einer synoptischen Gegenüberstellung zur geltenden Rechtslage wie folgt zusammenfassen:

| | Geltende Rechtslage | Folge für PPP-Projekte | Reformvorschlag |
|---------------------|--|---|--|
| Vergaberecht | Nach der h.M. im deutschen Vergaberecht hat der Auftragnehmer die an ihn vergebenen Leistungen zu wesentlichen Teilen im eigenen Betrieb zu erbringen (Eigenleistungserfordernis/Verbot der Generalübernehmervergabe, § 8 Nr. 2 Abs. 1, Nr. 3 VOB/A, § 7 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A, § 4 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B). | Hierdurch wird der Bieterkreis stark eingeschränkt. Die Beteiligung von institutionellen Kapitalgebern (Projektfinanzierung) wird erschwert. Bei Vergaben nach der VOB/A sind Unternehmen, die einen wesentlichen Anteil der Dienstleistungen erbringen, an der selbständigen Teilnahme gehindert. Im übrigen ist die Vereinbarkeit des Eigenleistungserfordernisses mit europäischem Recht im Einzelfall nicht zweifelsfrei. | Der Gesetzgeber sollte klarstellen, dass das Vergaberecht – zumindest für PPP-Projekte - keine wesentliche Eigenleistung des Auftragnehmers fordert sowie den Widerspruch zwischen § 99 Abs. 3 GWB und § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A auflösen. Zumindest sollte klargestellt werden, dass die im eigenen Betrieb zu erbringende „Leistung“ sich bei PPP-Projekten auf die <u>Gesamtleistung</u> (aus Bau-, Liefer- und Dienstleistungen) bezieht. |
| | Die Abgrenzung zwischen Vergaben nach der VOB/A und nach der VOL/A bei gemischten Verträgen ist im deutschen Recht nicht eindeutig. Teilw. wird - aus der europäischen Rechtsprechung hergeleitet - auf den Schwerpunkt des Vorhabens abgestellt, teilweise aber auch bei Vorliegen einer Bauleistung von nicht ganz untergeordneter Bedeutung generell von der Anwendbarkeit der VOB/A ausgegangen. | Für den Auftraggeber entstehen Unsicherheiten für die zutreffende Gestaltung des Vergabeverfahrens. | Eine Klarstellung nach welchen Kriterien die Anwendungsbereiche der VOB/A und der VOL/A voneinander abzugrenzen sind, wäre wünschenswert. Sinnvoll erschiene eine einheitliche Abgrenzung nach dem Schwerpunkt des Projektes, der anhand des Wertes der Bau- bzw. Dienstleistungen ermittelt werden sollte. |

| | Geltende Rechtslage | Folge für PPP-Projekte | Reformvorschlag |
|---------------------|---|---|---|
| Vergaberecht | Die deutsche vergaberechtliche Rechtsprechung geht teilw. von der Unzulässigkeit der Bildung von Bietergemeinschaften oder der Änderung ihrer Zusammensetzung nach dem Teilnahmewettbewerb bzw. der Angebotsabgabe aus. | Bei PPP-Projekten besteht im Einzelfall das Bedürfnis nach einer nachträglichen Änderung der Zusammensetzung. | Es sollte klargestellt werden, dass Änderungen auch nach dem Teilnahmewettbewerb dann zulässig sind, wenn die Bietergemeinschaft in ihrer neuen Zusammensetzung ebenfalls die erforderliche Eignung aufweist und Wettbewerbs- und Nichtdiskriminierungsgrundsatz nicht verletzt sind. |
| | Ein Verhandlungsverfahren ist nur unter den relativ engen Voraussetzungen der §§ 3a Nr. 4 c VOB/A, 3a Nr. 1 Abs. 4 c VOL/A im Einzelfall zulässig. | Bei komplexen PPP-Projekten sind häufig flexible Verhandlungsmöglichkeiten erforderlich, um die wirtschaftlichste Ausgestaltung der ausgeschriebenen Leistung konkret zu ermitteln. | Es sollte klargestellt werden, dass bei komplexen PPP-Projekten Verhandlungsverfahren zulässig sind. Der im Legislativpaket der Europäischen Kommission vorgesehene wettbewerbliche Dialog erscheint für PPP besonders geeignet, sollte aber vom Gesetzgeber mit ausreichender Flexibilität für die Verhandlung auch wirtschaftlicher Rahmenbedingungen ausgestaltet werden. |

| | Geltende Rechtslage | Folge für PPP-Projekte | Reformvorschlag |
|-----------------------|---|--|---|
| Haushaltsrecht | <p>§ 16 VgV regelt die Folgen der Mitwirkung voreingenommener Personen „in einem Vergabeverfahren“. Die sog. „Projektantenproblematik“ ist im Vergaberecht nicht ausdrücklich und eindeutig geregelt.</p> | <p>Für den Auftraggeber der bei PPP-Projekten oft bereits frühzeitig externen Sachverständigen hinzuziehen muss, ist unklar, ab welchem Zeitpunkt und in welchem Umfang die Regelung des § 16 VgV gelten soll. Ferner besteht für die Bieter in PPP-Vergabeverfahren Unsicherheit dahingehend, ob und unter welchen Voraussetzungen Berater und Unternehmen, die an der Vorbereitung des Verfahrens auf Auftraggeberseite beteiligt waren, in die Angebotsbearbeitung eingeschaltet werden können.</p> | <p>Eine Klarstellung des § 16 VgV im Hinblick auf die Vorbereitung eines Vergabeverfahrens sowie eine Regelung der Projektantenproblematik wäre wünschenswert.</p> |
| | <p>Vermögensgegenstände, die der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben braucht, darf er grundsätzlich nicht veräußern.</p> | <p>Bei enger Auslegung dieser Regelung schließt dies wirtschaftlich ggf. sinnvolle „Sale-and-lease-back“-Konstruktionen aus.</p> | <p>Die Veräußerung von Vermögensgegenständen, die der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben braucht, sollte zulässig sein, wenn die Möglichkeit einer langfristigen Eigennutzung und des Rückerwerbs durch den Staat oder eine dauerhafte Aufgabenerfüllung anderweit gewährleistet ist.</p> |
| | <p>Die Veranschlagung von Ausgaben im Zusammenhang mit PPP bei konsumtiven bzw. investiven Haushaltstiteln wird in Bund und Ländern unterschiedlich gehandhabt.</p> | <p>Die unterschiedliche Veranschlagung erscheint beliebig und könnte zu dem Vorwurf führen, PPP-Modelle dienen der Verschleierung der tatsächlichen Ausgabenart und ggf. einer unberechtigten Erhöhung der finanzverfassungsrechtlichen Kreditobergrenze.</p> | <p>Zur Erhöhung der Akzeptanz von PPP sollte das Prinzip der Haushaltswahrheit strikt beachtet und vorliegende investive bzw. konsumtive Ausgaben getrennt voneinander veranschlagt werden, soweit möglich und nötig. Von Bund und Ländern akzeptierte gemeinsame Regelungen wären einer gleichartigen Veranschlagung dienlich.</p> |

| | Geltende Rechtslage | Folge für PPP-Projekte | Reformvorschlag |
|----------------------|---|---|--|
| Kommunalrecht | PPP-Modelle bedürfen regelmäßig der Genehmigung durch die Kommunalaufsichtsbehörde. | Dies verursacht häufig Verzögerungen und Erschwernisse bei PPP-Projekten und hat eine zusätzliche Belastung und ein Haftungsrisiko der Kommunalaufsichtsbehörden zur Folge. | Die Genehmigungsvorbehalte sollten in Ländern mit entsprechend leistungsfähiger Kommunalverwaltung zugunsten einer Anzeigepflicht abgebaut werden. |
| | Vermögensgegenstände, die der Gemeinde zur Erfüllung ihrer Aufgaben dienen, unterliegen einem Veräußerungsverbot. | Bei enger Auslegung schließt das Veräußerungsverbot wirtschaftlich ggf. sinnvolle Sale-and-lease-back-Konstruktionen aus. | Veräußerungen sollten gesetzlich ausdrücklich zugelassen werden, wenn die dauerhafte Aufgabenerfüllung hierdurch nicht gefährdet wird. |
| | Ausgaben für Baumaßnahmen dürfen im Haushaltsplan erst veranschlagt werden, wenn unter anderem Pläne vorliegen, aus denen insbes. die Art der Ausführung und die Kosten der Maßnahme im Einzelnen ersichtlich sind. | Es ist unklar, ob dies auch für PPP-Projekte gilt, bei denen zum Zeitpunkt der Veranschlagung noch kein hinreichender Planungsstand vorliegt, da die Planung Bestandteil der Ausschreibung ist. | Die Gemeindehaushaltsverordnungen sollten in Anlehnung an § 24 Abs. 3 BHO geändert werden, wonach Ausnahmen von den Anforderungen zulässig sind, wenn es im Einzelfall nicht möglich ist, die Unterlagen fertig zu stellen und der Kommune aus der späteren Veranschlagung ein Nachteil entstehen würde. |
| | Das Gemeindehaushaltsrecht lässt keine gegenseitige Deckungsfähigkeit der Ausgaben des Verwaltungs- und Vermögenshaushalts zu. | Zum Zeitpunkt der Veranschlagung steht bei PPP-Modellen noch nicht fest, ob und welche Anteile des Entgelts in den Vermögenshaushalt einzustellen sind. | Auch auf kommunaler Ebene sollte die nötige Flexibilität bei der Veranschlagung durch die Zulässigkeit der gegenseitigen Deckungsfähigkeit erhöht werden. |

| | Geltende Rechtslage | Folge für PPP-Projekte | Reformvorschlag |
|------------------------|--|---|---|
| Kommunalrecht | Die Rechtssprechung zur Einbeziehung der Gewinne Privater (Eigenkapitalverzinsung mit Wagnisaufschlag als Kostenansatz) in die Gebührenkalkulation ist uneinheitlich. Gesetzliche Klarstellungen fehlen. | Beim PPP-Konzessionsmodell besteht Unsicherheit über die Voraussetzungen und die Höhe der auf die Drittnutzer umlegbaren Kosten. | Die Berücksichtigungsfähigkeit der Gewinne des Privaten in der Gebührenkalkulation und deren Voraussetzungen sollten in allen Kommunalabgabengesetzen ausdrücklich vorgesehen werden. |
| Steuerrecht | Das geltende Umsatzsteuerrecht führt zu einer umsatzsteuerlichen Ungleichbehandlung der von der öffentlichen Hand intern erstellten und der von ihr bezogenen Leistungen. | Diese umsatzsteuerliche Ungleichbehandlung führt zu Wettbewerbsverzerrungen. Bei der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung sind bestimmte (umsatzsteuerbelastete) PPP-Modelle gegenüber der konventionellen Realisierung benachteiligt. | Es sollte ein Refundsystems nach dem Beispiel Großbritanniens eingeführt werden. Darüber hinaus sollte die Möglichkeit geschaffen werden, bei einer Vermietung bzw. Verpachtung an die öffentliche Hand zur Umsatzsteuer zu optieren. |
| | Die Grundsteuerbelastung hängt davon ab, wem das wirtschaftliche Eigentum am Grundstück zuzurechnen ist. Steuerpflichtig ist nur der Grundbesitz eines Privaten. | Folge ist die grundsteuerrechtliche Benachteiligung von PPP-Modellen mit privatem Grundbesitz. | Empfohlen wird die Befreiung von der Steuerpflicht bei Gebäuden, die von der öffentlichen Hand genutzt werden oder die Behandlung der öffentlichen Hand per se als grundsteuerpflichtig. |
| Zuwendungsrecht | Das Zuwendungsrecht ist in einer Vielzahl von teilweise schwer zugänglichen Richtlinien geregelt. | Häufig bestehen keine oder nur vage Kenntnisse über die Möglichkeiten und Voraussetzungen öffentlicher Förderung. | Die Voraussetzungen der öffentlichen Förderung von Hochbaumaßnahmen sollten vereinheitlicht und leichter zugänglich gemacht werden. |
| | Förderrichtlinien stellen z.T. auf den Eigentumserwerb am geförderten Objekt ab. | Benachteiligung von ggf. günstigeren Modellen, die keinen Eigentumserwerb vorsehen. | Die Förderung sollte auf die Funktion eines Vorhabens im Rahmen öffentlicher Aufgabenwahrnehmung abstellen. |
| | Viele Förderrichtlinien fordern einen Wirtschaftlichkeitsvergleich, bei dem die Betriebskosten keine Berücksichtigung finden. | Die maßgeblichen Effizienzgewinne während der Betriebsphase (Lebenszyklusansatz) bleiben außer Betracht. | Die geforderten Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen sollten die Einbeziehung der Betriebskosten vorsehen. |

| | Geltende Rechtslage | Folge für PPP-Projekte | Reformvorschlag |
|--------------------|---|--|---|
| ZuwendungsR | Fördermittelgeber fordern häufig, Aufträge unabhängig von vergaberechtlichen Vorgaben auf der Sekundärebene (Vergabe an Nachunternehmer) aususchreiben. | Dies schränkt den Auftragnehmer in seiner Dispositionsfreiheit ein und verhindert, dass er langjährige Kooperationsbeziehungen zu anderen Unternehmen nutzen kann. | Die öffentliche Förderung sollte nicht voraussetzen, dass Aufträge auf der Sekundärebene ausgeschrieben werden. |

4. Vertragsrechtliche Grundlagen

4.1 Vorbemerkung

In diesem Unterkapitel werden die vertragsrechtlichen Grundlagen für das jeweilige Vertragsmodell zusammenfassend dargestellt. Die folgende Darstellung konzentriert sich auf wesentliche Strukturmerkmale und Leistungselemente und enthält aufgrund der vielfältigen Variationsmöglichkeiten der Vertragsmodelle weder zwingende Vorgaben noch abschließende Empfehlungen für die Praxis. Sie ist zugleich Grundlage für die weiterführende Untersuchung rechtlicher Rahmenbedingungen in den nachfolgenden Unterkapiteln, die unter Berücksichtigung des jeweiligen Rechtsbereichs auch weitere Variations- und Ausgestaltungsmöglichkeiten behandeln.

Für die Vertragsmodelle I bis V werden zunächst Eckpunkte von Vertragsinhalt und –struktur (Vertragliche Strukturelemente) zusammengefasst und praktisch relevante Variations- und Ausgestaltungsmöglichkeiten erörtert. Anschließend werden die rechtlichen Regelungssysteme für einzelne Leistungspakete bzw. Projektphasen herausgearbeitet (Zivilrechtliche Qualifikation) und mögliche Anwendungsfelder für das jeweilige Vertragsmodell beschrieben.

Die Bearbeitung der Vertragsmodelle VI und VII, die grundsätzlich mit den Vertragsmodellen I bis V kombiniert werden können, konzentriert sich auf die Darstellung wesentlicher Strukturelemente, an denen die Ausführungen in den übrigen Unterkapiteln anknüpfen.

4.2 Vertragsmodell I

4.2.1 Vertragliche Strukturelemente

4.2.1.1 Leistungsumfang

Der Leistungsumfang des AN wird in einem einheitlichen Vertragswerk geregelt. Er umfasst sämtliche Leistungspakete (Planung, Bau, Betrieb, Verwertung, Finanzierung) im Rahmen eines PPP-Hochbauprojekts während eines Zeitraums von üblicherweise 20 bis 30 Jahren.

Während der Vertragslaufzeit obliegen dem AN im Einzelnen die Planung, der Bau, die Finanzierung und der Betrieb des Gebäudes. Dazu kann sich der AN der Unterstützung durch Nachunternehmer bedienen. Der AN tritt regelmäßig als Bauherr auf und ist bis zum

Ende der Betriebsphase Eigentümer des Gebäudes¹⁵. Das Gebäude wird dem AG während der Betriebsphase zur Nutzung überlassen, wobei die Verantwortung für den Betrieb des Gebäudes weiterhin beim AN liegt. Am Ende der Vertragslaufzeit obliegt dem AN die Übertragung des Eigentums auf den AG (Verwertung).

- Planungsphase

Der AN übernimmt die Gesamtplanung für das Bauvorhaben. Dem verkehrsüblichen Leistungsbild eines Generalplaners entsprechend umfasst auch das Leistungsbild des AN insbesondere auch die Entwurfs-, Genehmigungs- und Ausführungsplanung¹⁶.

Den Planungsarbeiten liegt in der Regel eine funktionale Baubeschreibung des AG zugrunde. Die einzelnen Planentwürfe stehen regelmäßig unter dem Zustimmungsvorbehalt des AG. Im Rahmen dieses Leistungsbildes übernimmt der AN als Generalplaner auch regelmäßig die Verantwortung für die Erteilung der Baugenehmigung.

- Bauphase

Des weiteren übernimmt der AN auf Grundlage der mit dem AG abgestimmten Planung die schlüsselfertige Errichtung des Gebäudes – entweder in der Funktion eines Generalunternehmers¹⁷ oder eines Generalübernehmers¹⁸. Das Leistungsbild für die Bauphase umfasst damit die fristgerechte und mangelfreie Errichtung des Gebäudes. Nach Fertigstellung wird das Gesamtbauwerk vom AG abgenommen¹⁹; Teilabnahmen sind möglich. Außer bei Teilabnahmen beginnen Gewährleistungsfristen einheitlich mit Abnahme des Gesamtbauwerks. zu laufen Für nicht auf höherer Gewalt oder behördlichen Verzögerungen beruhende Verspätungen bei der Fertigstellung des Gebäudes enthält das Vertragswerk regelmäßig eine Entschädigungsregelung.

¹⁵ Vgl. zur vergleichbaren Bauherrneigenschaft eines Bauträgers: BGHZ 96, 275 (280); BGH, NJW 1981, 757; OLG Hamm, NJW-RR 1992, 153.

¹⁶ Vgl. zu den einzelnen Planungsphasen insbesondere das Leistungsbild der Objektplanung für Gebäude nach § 15 HOAI, das Leistungsbild der Tragwerksplanung nach § 64 HOAI und das Leistungsbild für die Planung Technische Ausrüstung nach § 73 HOAI.

¹⁷ D.h.: Ausführung von Bauarbeiten im eigenen Betrieb und durch Nachunternehmer.

¹⁸ D.h.: Ausführung von Bauarbeiten ausschließlich durch Nachunternehmer. Zu den besonderen vergaberechtlichen Problemen einer Generalübernahme siehe unten, Kap. 7.6.

¹⁹ Zu Alternativgestaltungen siehe unten, Kap. 4.2.2.4 (Vereinbarung einer einheitlichen Gesamtleistung) und Kap. 4.2.2.3, 4.5.1.8 („Mogendorfer Modell“).

- Betriebsphase

Während der Betriebsphase überlässt der AN dem AG das Gebäude zur Nutzung, wobei der AN die Verantwortung für den Betrieb des Gebäudes übernimmt. Das Leistungsbild des AN für die Betriebsphase entspricht dem eines umfassenden Betreiber- bzw. Facility Management-Auftrages. Danach obliegen dem AN während der Betriebsphase das Facility Management, einschließlich Instandhaltung und Instandsetzung für „Dach und Fach“²⁰, Versicherung des Gebäudes sowie sonstige besondere Dienste und Leistungen, die sich aus der jeweiligen Nutzungsart des Gebäudes ergeben. Art und Umfang der Leistungspflichten des AN können daher je nach Nutzungsart des Gebäudes durch den AG sehr unterschiedlich sein²¹.

- Finanzierungsphase

Dem AN obliegt die Finanzierung von Planungs-, Bau- und Betriebsphase durch Eigen- und/oder Fremdkapital²². Fremdkapital wird auf eigene Rechnung und eigenes Risiko aufgenommen, entweder durch Kreditaufnahme oder Forderungsverkauf²³.

Während der Nutzung des Gebäudes (Betriebsphase) schuldet der AG dem AN ein (regelmäßig) gleichbleibendes pauschaliertes monatliches oder jährliches Entgelt. Das Entgelt deckt sämtliche Leistungspakete des Vertrages (Planung, Bau, Betrieb, Finanzierung und Verwertung) ab und schließt insbesondere die Planungs- und Baukosten, die Betriebskosten, die Finanzierungskosten, etwaige Tilgungsleistungen, Risikopauschalen und die Gewinnmarge des AN ein.

- Verwertungsphase

Am Ende der Vertragslaufzeit und nach Zahlung der letzten Entgeltrate durch den AG, obliegt es dem AN, das Eigentum am Gebäudegrundstück auf den AG zu übertragen.

²⁰ D.h.: Dach, sowie tragende Teile des Gebäudes (Außenmauern, tragende Wände, Fundament), vgl. nur Sternel, Mietrecht, S. 401 m.w.N.

²¹ Zu näheren Ausgestaltungsmöglichkeiten vgl. unten Kap. 4.2.2.2.

²² Im Unterschied zur traditionellen Finanzierung eines öffentlichen Bauvorhabens durch Aufnahme eines Kommunalkredits durch den öffentlichen AG wird im Rahmen des PPP-Modells die Finanzierung regelmäßig durch den AN übernommen.

²³ Bei einem Forderungsverkauf finanziert sich der AN durch den Verkauf (Forfaitierung) seiner künftigen Ansprüche gegen den AG auf Zahlung eines regelmäßigen Nutzungsentgelts an eine Bank oder einen sonstigen Dritten.

4.2.1.2 PPP-typische Risikoverteilung

Die PPP-typische Risikoverteilung basiert auf der Grundüberlegung, dass jede Vertragspartei die Risiken übernimmt, die sie aufgrund ihrer spezifischen operativen Erfahrung und der vereinbarten Aufgabenzuordnung am ehesten beeinflussen kann.

Im Kern bedeutet dies, dass der mit der Durchführung des PPP-Projekts während der gesamten Vertragslaufzeit beauftragte AN das Risiko für den Erfolg und die Qualität seiner Leistung übernimmt. Umgekehrt trägt der AG das Risiko, dass seine Beschreibung der Leistungsziele den von ihm angestrebten Erfolg zulässt und dieser auch seinen prognostizierten Bedürfnissen entspricht. Dabei beschränkt sich die Beschreibung des Leistungsziels regelmäßig auf die am Nutzungszweck orientierte Leistungsfähigkeit von Gebäude und Betrieb (funktionale Leistungsbeschreibung)²⁴ bei näher bestimmten Qualitätsstandards²⁵.

- Planungs- und Bauphasen

Ausgehend von einer funktionalen Leistungsbeschreibung und einer pauschalierten Festpreisvereinbarung für diese Leistungselemente²⁶ trägt grundsätzlich der AN während der Planungs- und Bauphasen das Planungsrisiko²⁷ und das Baurisiko²⁸. Aufgrund der funktionalen Leistungsbeschreibung des AG, die vom AN in eigener Verantwortung planerisch umzusetzen ist, schließt das Planungsrisiko regelmäßig auch das Baugenehmigungsrisiko ein²⁹. Demgegenüber umfasst das Baurisiko insbesondere die Folgekosten aus fehlerhaften oder ungeeigneten Planungsleistungen sowie sonst ungeplant höhere Baukosten, die nicht auf nach Vertragsschluss vom AG gestellten besonderen Anforderungen beruhen.

²⁴ Diese an funktionalen Kriterien orientierte Leistungsbestimmung wird in der angelsächsischen Vertragspraxis regelmäßig als „out-put specification“ bezeichnet. Dies verlangt eine Beschränkung der Leistungsbeschreibung des AG auf funktionale Leistungsmerkmale, ohne die Art der Umsetzung in allen Einzelheiten vorzuschreiben.

²⁵ In der angelsächsischen Vertragspraxis werden derartige Qualitätsfestlegungen regelmäßig als „service level agreements“ bezeichnet. Als Qualitätskriterien kommen z. B. Messgrößen und -verfahren, Umfangsbeschreibungen, Sauberkeit, Verfügbarkeit, etc. in Betracht.

²⁶ Vgl. insoweit oben, Kap. 2., und unten, Kap. 4.2.1.5.

²⁷ Damit ist hier gemeint: Der AN trägt das Risiko, dass seine Planung der Leistungsbeschreibung des AG entspricht sowie genehmigungsfähig und bautechnisch realisierbar ist.

²⁸ Damit ist hier gemeint: Der AN trägt das Risiko, dass das Bauvorhaben zum vereinbarten Preis fristgerecht errichtet wird und bei Annahme frei von Mängeln ist.

²⁹ Zwar weist § 4 Nr.1 Abs. 1 Satz 2 VOB/B grundsätzlich dem AG die Pflicht zur Beibringung öffentlich-rechtlicher Genehmigungen im Rahmen eines Bauvertrags zu. Dennoch ist eine Verlagerung des Genehmigungsrisikos auf den AN, z.B. den Generalübernehmer (vgl. Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, B § 4 Rn.18), nicht ausgeschlossen. Es setzt jedoch voraus, dass der AN zur Beantragung der Genehmigung befugt und entsprechend vom AG bevollmächtigt ist. Da im vorliegenden Fall der AN selbst Bauherr ist (s.o.), steht seine Befugnis bzw. Vollmacht insoweit außer Frage.

Vom Baurisiko ausgenommen ist hingegen regelmäßig das Risiko der Beschädigung bzw. Zerstörung bereits ausgeführter (Bau-)Leistungen oder Bauverzögerungen durch höhere Gewalt, Krieg, Aufruhr oder andere objektiv unabwendbare vom AN nicht zu vertretene Umstände³⁰. Soweit aus solchen Ereignissen resultierende Mehrkosten vom AN nicht versichert werden können oder, nach dem Willen der Vertragsparteien, sollen, sind spezielle Vertragsregelungen zur entsprechenden Anpassung des Entgelts erforderlich.

Dieser Risikoverteilung entspricht auch eine vertragliche Vereinbarung, wonach der AG Mehrkosten, die sich aus bei Vertragsabschluss nicht vorhersehbaren Änderungen rechtlicher Bestimmungen ergeben, zu tragen hat³¹.

- Betriebsphase

Während der Betriebsphase trägt der AN grundsätzlich das Risiko, dass das (fest) vereinbarte Entgelt ausreichend bemessen ist, um neben Fixkosten und Gewinnmarge auch die variablen Kosten des Betriebs sowie der Instandhaltung des Gebäudes und der Übernahme der Verkehrssicherungspflicht abzudecken.

Demgegenüber trägt der AG ab Abnahme des Bauwerks, die in der Praxis regelmäßig mit dem Nutzungsübergang zusammenfällt, die Gefahr der von keiner Vertragspartei zu vertretenen Zerstörung oder langfristig ausgeschlossenen Nutzungsmöglichkeit des Gebäudes (allgemeine Sach- und Preisgefahr³²) sowie das Risiko der nachträglichen Verschlechterung des Gebäudezustands³³. Dies gilt jedenfalls insoweit, als der AN die Zerstörung oder die ausgeschlossene Nutzungsmöglichkeit bzw. die Verschlechterung nicht (auch nicht z.B. aufgrund Nicht- oder Schlechterfüllung seiner Instandhaltungspflichten während der Betriebsphase) zu vertreten hat³⁴. Anders ist die Rechtslage dann, wenn die Vertragsparteien

³⁰ Vgl. insoweit auch für die konventionelle Vergabe eines Bauauftrages: § 7 VOB/B.

³¹ Vgl. insoweit für das Regelungskonzept der VOB/B auch: Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 2, Rn. 570 f.

³² Mit „Gefahr“ wird im Zivilrecht das Risiko der zufälligen Zerstörung oder dauerhaft ausgeschlossenen Nutzungsmöglichkeit einer Leistung im Rahmen eines Schuldverhältnisses umschrieben. In diesem Fall ist die Sachgefahr (auch Leistungsgefahr genannt) das Risiko des Schuldners, noch einmal auf eigene Kosten leisten zu müssen. Die Preisgefahr (auch Vergütungs- oder Gegenleistungsgefahr genannt) ist das Risiko des Schuldners, den Anspruch auf die Gegenleistung (Preis oder Vergütung) zu verlieren, wenn die eigene Leistung unmöglich wird (vgl. Schellhammer, Schuldrecht, S.63).

³³ Mit Übergang der Sach- und Preisgefahr auf den AG (Gefahrübergang), kann der AG gegenüber dem AN grundsätzlich auch keine Ansprüche hinsichtlich nachträglich am Gebäude entstandenen Mängeln mehr geltend machen.

³⁴ Vgl. zum gesetzlichen Leitbild des Gefahr- und Lastenübergangs: § 446 BGB.

einen Gefahrenübergang mit Abnahme des Bauwerks vertraglich ausgeschlossen und besondere Gefahrtragungsregeln vereinbart haben³⁵.

- **Finanzierungsphase**

Die Übernahme des Finanzierungsrisikos durch den AN umfasst alle weiteren variablen Kostenelemente der Entgeltkalkulation während der Planungs-, Bau- und Betriebsphase.

Ausgehend von der PPP-typischen Risikoverteilung kann ein Risikoausgleich z.B. in der Gestalt erreicht werden, dass der AN das Risiko sich ändernder Refinanzierungskonditionen am Kapitalmarkt trägt, während der AG das Risiko allgemeiner Preissteigerungen/Inflation oder Lohnsteigerungen (z.B. in Gestalt von Wertsicherungsklauseln und begrenzt auf die relative Höhe von Lohnsteigerungen aufgrund von Tarifabschlüssen der öffentlichen Hand) übernimmt. Ferner kann vereinbart werden, dass der AG das Risiko von Kostensteigerungen aufgrund von für den AN unvorhersehbaren Änderungen rechtlicher Rahmenbedingungen zu tragen hat oder diese von den Partnern nach einem bestimmten Verteilungsschlüssel zu tragen sind.

- **Verwertungsphase**

Anknüpfend an seine Instandhaltungspflichten während der Betriebsphase trägt der AN das Risiko, dass das Gebäude in dem bereits bei Vertragsschluss für das Ende der Vertragslaufzeit bestimmten Zustand auf den AG übertragen werden kann.

Aufgrund der bereits bei Vertragsschluss getroffenen Abrede, am Ende der Vertragslaufzeit das Eigentum am Gebäudegrundstück auf den AG zu übertragen, liegt das Risiko einer wirtschaftlich sinnvollen Nutzung bzw. Verwertung des Gebäudes am Ende der Vertragslaufzeit beim AG (Verwertungsrisiko).

4.2.1.3 Laufzeit

Die vereinbarte Laufzeit des Vertrages orientiert sich regelmäßig an dem Zeitbedarf für die Planungs- und Bauphase sowie an der üblichen Nutzungsdauer des Gebäudes von 20 bis 30 Jahren. Während dieser Laufzeit ist der Vertrag grundsätzlich nicht kündbar. Dies ergibt sich zum einen aus dem Vertragszweck, das Eigentum nach Ablauf der Vertragslaufzeit auf den AG zu übertragen. Zum anderen folgt dies aus der langfristig angelegten Mischkalkulation des AN, die der Vereinbarung über das kontinuierlich zu zahlende Entgelt zugrunde liegt und nach Planungssicherheit verlangt. Jedoch sollte die Möglichkeit zur Teilkündigung von

³⁵ Vgl. zur Variante der Vereinbarung einer einheitlichen Gesamtleistung, unten Kap. 4.2.2.4.

bestimmten Betriebspflichten (z.B. im Falle von Nicht- oder Schlechterfüllung bestimmter Betreiberpflichten) vorgesehen werden³⁶, sofern sich der Wille der Vertragsparteien nicht auf die Vereinbarung einer einheitlichen Gesamtleistung richtet und Teilkündigungen aus diesem Grunde konzeptionell ausgeschlossen werden sollen.

4.2.1.4 Verwertung des Gebäudes am Ende der Vertragslaufzeit durch „Transfer“ auf den AG

Beim Vertragsmodell I besteht die Verwertung des Gebäudes nach Ende der Vertragslaufzeit in der Übertragung des Eigentums auf den AG.

Dazu wird bereits bei Vertragsabschluss als Voraussetzung vereinbart, dass das für die Dauer der Betriebsphase vereinbarte Entgelt vollständig gezahlt worden ist³⁷. Ferner ist regelmäßig von Anfang an vereinbart, dass mit dem Ende der Vertragslaufzeit insbesondere die Betriebs- und Instandhaltungspflichten des AN enden. Dabei gewährleistet der AN, dass sich das Gebäude am Beendigungsstichtag in einem näher bestimmten Zustand befindet.

Regelmäßig wird auch die Übertragung des Eigentums am Grundstück bereits bei Vertragsabschluss vereinbart³⁸, wobei die Eigentumsumschreibung beim Grundbuchamt erst nach vollständiger Zahlung des Entgelts vom amtierenden Notar beantragt wird³⁹. Mit der Eintragung als Eigentümer im Grundbuch erwirbt der AG zugleich auch das Eigentum am Gebäude⁴⁰. Während der Vertragslaufzeit wird der Anspruch des AG auf bedingten künftigen Eigentumserwerb regelmäßig durch Auflassungsvormerkung gesichert.

4.2.1.5 Entgelt / Finanzierung

Das je nach Vereinbarung in monatlichen oder jährlichen Raten vom AG während der Betriebsphase zu zahlende Entgelt dient der (Re-)Finanzierung aller Aufwendungen des AN sowie etwaiger Risikoaufschläge und seines Gewinns im Hinblick auf sämtliche Projektphasen. Es handelt sich dabei regelmäßig um das Ergebnis einer Mischkalkulation, die sich exemplarisch in folgende typische Entgeltbestandteile aufschlüsseln lässt:

³⁶ In diesem Zusammenhang müssten Regelungen über den Einfluss einer Teilkündigung auf das vereinbarte Entgelt getroffen werden.

³⁷ D.h.: praktisch bedeutet dies die (regelmäßig ungekürzte) Zahlung der letzten Entgeltrate.

³⁸ Auflassung gemäß § 925 BGB.

³⁹ Sogenannte „Auflassungssperre“; alternativ können AG und AN aber auch vereinbaren, erst nach Zahlung der letzten Entgeltrate die Auflassung zu erklären.

⁴⁰ § 946 BGB.

- die Annuität für Gebäude und Grundstücke umfasst den vereinbarten Kaufpreis für Grundstück und Gebäude (Tilgung) sowie die Finanzierungskosten;
- das Betreiberentgelt umfasst neben dem vereinbarten Entgelt für das Facility Management und sonstige Dienstleistungen auch die Betriebskosten für das Gebäudegrundstück⁴¹.

4.2.2 Variations- und Ausgestaltungsmöglichkeiten

4.2.2.1 Gebäudeeigentum beim AN / Transfer auf AG⁴²

- AN als Grundstückseigentümer (§§ 94, 946 BGB)

Dem Vertragsmodell I liegt die Annahme zugrunde, dass der AN bei Vertragsabschluss Grundstückseigentümer ist oder es jedenfalls kurze Zeit danach wird. Das noch zu errichtende Gebäude ist in aller Regel wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (§ 94 BGB), so dass sich das Eigentum des AN am Grundstück auch auf das Gebäude erstreckt (§ 946 BGB). Am Ende der Vertragslaufzeit wird mit dem Eigentum am Grundstück zugleich das Eigentum am Gebäude vom AN auf den AG übertragen (§§ 873 ff., 925 BGB).

- AN als Erbbauberechtigter (§ 1 Abs. 1 ErbbauVO)

Ist der AG⁴³ Eigentümer des Grundstücks, kann der AN alternativ das „Gebäudeeigentum“ im Wege der Erbbaurechtsbestellung erwerben.

In dem PPP-Vertrag wird dann die Bestellung eines Erbbaurechts an dem Grundstück des AG zugunsten des AN (§ 1 Abs. 1 ErbbauVO) in Verbindung mit einer Verpflichtung des AN zur Errichtung und zum Betrieb des Gebäudes vereinbart. Das Erbbaurecht gewährt dem AN ein veräußerliches und vererbliches Recht, auf oder unter der Grundstücksoberfläche ein Bauwerk zu haben. Als rechtliche Folge der Erbbaurechtsbestellung erwirbt der AN (als Erbbauberechtigter) unabhängig vom Eigentum am Grundstück das Eigentum an dem zu errichtenden Gebäude (§ 12 ErbbauVO). Das Erbbaurecht kann wie ein Grundstück mit dinglichen Rechten (z.B. Grundschulden) belastet und infolgedessen als Sicherheit für die Finan-

⁴¹ Je nach Umfang der Betriebspflicht des AN könne die vom Betreiberentgelt abgedeckten Betriebskosten u.U. auch verbrauchsabhängige Betriebskosten einschließen.

⁴² Da dem AG regelmäßig am Ende der Vertragslaufzeit das Eigentum am Grundstück bzw. Gebäude frei von Rechten Dritter übertragen werden soll, ist jede zwischenzeitliche Belastung des Grundstücks, Erbbaurechts oder Scheinbestandteils durch den AN mit Rechten Dritter entweder auf die Dauer der Vertragslaufzeit zu begrenzen oder aber bedarf zu ihrer Wirksamkeit jeweils der vorherigen Zustimmung des AG.

⁴³ Möglich wäre z.B. auch, dass – rechtlich gesehen – ein Dritter Eigentümer des Grundstücks ist und anstelle des AG das Erbbaurecht bestellt.

zierung des Projekts verwendet werden. Der üblicherweise vom Erbbauberechtigten zu zahlende Erbbauzins wird bei der Kalkulation des Entgelts berücksichtigt.

Die Laufzeit des Erbbaurechts endet mit der Laufzeit des PPP-Vertrages im Übrigen. Mit Erlöschen des Erbbaurechts – entweder durch Zeitablauf oder Aufhebungsvereinbarung - erwirbt der AG als Grundstückseigentümer kraft Gesetzes das Eigentum am Gebäude (§§ 94, 946 BGB i.V.m. § 12 Abs. 3 ErbbauVO)⁴⁴.

- AN als Eigentümer des Gebäudes (§ 95 BGB)

Ist der AG Grundstückseigentümer, könnte der AN das „Gebäudeeigentum“ auch als sog. „Scheinbestandteil“ des Grundstücks gemäß § 95 BGB erwerben. Dies würde voraussetzen, dass das von dem AN errichtete Gebäude entweder nur vorübergehend mit dem Grundstück des AG verbunden werden soll (§ 95 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder in Ausübung eines Rechts an dem Grundstück des AG (z.B. Nießbrauch) von dem AN errichtet wird (§ 95 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Ob die Verbindung eines Gebäudes mit einem Grundstück gemäß § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB einem vorübergehenden oder dauerhaften Zweck dient, richtet sich nach dem inneren Willen des Einfügenden (hier: des AN), sofern dieser Wille mit dem äußeren Erscheinungsbild vereinbar ist⁴⁵. Danach ist das Gebäude nur dann Scheinbestandteil, wenn der AN im Zeitpunkt der Gebäudeerrichtung beabsichtigt, das Gebäude am Ende der Vertragslaufzeit wieder zu beseitigen⁴⁶. Beabsichtigt der AN hingegen, dem AG das Eigentum am Gebäude am Ende der Vertragslaufzeit zu verschaffen, ist das Gebäude kein Scheinbestandteil, sondern geht mit seiner Errichtung kraft Gesetzes als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks in das Eigentum des AG über (§§ 94, 946 BGB). Aus diesem Grunde wird diese

⁴⁴ Alternativ könnte eine längere Laufzeit des Erbbaurechts vereinbart und mit einer Verpflichtung des AN zur Rückübertragung des Erbbaurechts gemäß §§ 873 ff. BGB auf den AG am Ende der betriebsüblichen Nutzungsdauer von 20 bis 30 Jahren verknüpft werden. Das Eigentum am Grundstück und das Erbbaurecht würden nach dessen Rückübertragung auf den AG zwar rechtlich selbständig nebeneinander bestehen bleiben, allerdings beim AG in einer Hand liegen (Eigentümergebäude, § 889 BGB). Durch seine Stellung als Erbbauberechtigter würde der AG für die Restlaufzeit des Erbbaurechts das Gebäudeeigentum erwerben. Zugleich könnte der AG das Erbbaurecht (und damit das Gebäudeeigentum) für die Restlaufzeit des Erbbaurechts auf einen Dritten übertragen.

⁴⁵ Std. Rspr.; vgl. BGH, NJW 1996, 916 (916 f.); BGH, NJW 1984, 2878 (2879).

⁴⁶ Nach std. Rspr. ist es zwar für die Scheinbestandteilseigenschaft des Gebäudes gemäß § 95 Abs. 1 BGB grundsätzlich unbeachtlich, wie fest das Gebäude mit dem Grundstück verbunden ist (z.B. Leicht- oder Massivbauweise) oder wie lange die „vorübergehende“ Verbindung andauern soll (vgl. BGH, NJW 1959, 1487 (1488); BGH, NJW 1996, 916 zu einem im Jahre 1936 errichteten Gebäude; BGH, NJW 1984, 2878 (2879)). Jedoch soll es auf eine massive Bauweise dann ankommen, wenn sie den „sicheren Schluss“ zulässt, dass das Bauwerk später dem Grundstückseigentümer zufallen soll Heinrichs, in: Palandt, BGB-Kommentar, § 95 Rn. 3.

Gestaltungsvariante jedenfalls dann nicht zur Anwendung kommen, wenn die Übertragung des „Gebäudeeigentums“ von Anfang an vereinbart werden soll⁴⁷.

4.2.2.2 Ausgestaltung des Betriebs- und Nutzungsverhältnisses

- Ausgestaltung des Nutzungsrechts des AG

Während der Vertragslaufzeit ist der AG berechtigt, das Gebäude umfassend entsprechend seinen jeweiligen Bedürfnissen bzw. zur Erfüllung seiner jeweiligen öffentlichen Aufgaben und Funktionen zu nutzen und ohne Einschränkung Dritten zur Nutzung zu überlassen. Ob sich insoweit das Nutzungsrecht des AG auf das ganze Gebäude oder nur einen Teil desselben bezieht, ist je nach Einzelfall zu bestimmen. Im letzteren Fall könnte der AN die nicht von dem AG genutzten Räumlichkeiten grundsätzlich Dritten für die Dauer des PPP-Vertrages überlassen.

- Ausgestaltung der Betreiber-/Nutzungsüberlassungspflicht des AN

Das Leistungsbild des Facility Managements beschreibt grundsätzlich die ganzheitliche und umfassende Bewirtschaftung einer Immobilie während des gesamten Lebenszyklus der Immobilie⁴⁸. Im Rahmen eines PPP-Projekts wird dabei das Ziel verfolgt, durch einen privaten Facility Manager (hier: AN) die Wirtschaftlichkeit, Werterhaltung und Nutzung des Gebäudes unter Minimierung des hierzu notwendigen Ressourceneinsatzes langfristig zu optimieren und insoweit Effizienzgewinne zugunsten der öffentlichen Hand und des Privaten abzuschöpfen.

In Anlehnung an die DIN 32736 „Gebäudemanagement“⁴⁹ umfasst das Facility Management und damit die Betreiberpflicht des AN regelmäßig folgende Bereiche:

- technisches Gebäudemanagement
- infrastrukturelles Gebäudemanagement

⁴⁷ Den Vertragsparteien bleibt es zwar unbenommen, im Laufe oder am Ende der Vertragslaufzeit die Umwandlung der vorübergehenden in eine dauerhafte Zweckbestimmung entsprechend §§ 929 ff. BGB zu vereinbaren. Mit der Beendigung der Scheinbestandteileigenschaft würde das Gebäude kraft Gesetzes wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (vgl. BGH LM PreisstopVO Nr. 7; Holch, in: Münchener-Kommentar, BGB-Kommentar, § 95 Rn. 12) und damit gemäß §§ 94, 946 BGB Eigentum des AG. Allerdings würde die nicht von Anfang an vertraglich gesicherte Eigentumsübertragung mit dem für das Vertragsmodell I charakteristischen wirtschaftlichen Regelungskonzept nicht vereinbar sein, wonach durch die laufende Entgeltzahlung auch der anschließende Erwerb des Gebäudes „bezahlt“ wird.

⁴⁸ Falk, Fachlexikon Immobilienwirtschaft, S. 264 ff. („Facility Management“).

⁴⁹ Diese Leistungen entsprechen der DIN 32736 „Gebäudemanagement – Begriffe und Leistungen“ des Normenausschusses Heiz- und Raumlufttechnik (NHRS) im DIN Deutschen Institut für Normung e.V. vom August 2000.

- kaufmännisches Gebäudemanagement
- Flächenmanagement.

Regelmäßig werden die Vertragsparteien je nach Verwendungszweck des Gebäudes darüber hinausgehende Betreiberpflichten vereinbaren und z.B. auch die Verantwortung für die Höhe von Verbrauchskosten auf den AN übertragen.

Das technische Gebäudemanagement (TGM) umfasst alle Leistungen, die zum Betreiben und Bewirtschaften der baulichen und technischen Anlagen eines Gebäudes notwendig sind. Insbesondere bezieht es sich auf die Instandhaltung und Instandsetzung der Immobilie. Der Begriff „Instandhaltung“ umfasst gemäß DIN 31051⁵⁰ insoweit als Oberbegriff sowohl die Inspektion und Wartung als auch die Instandsetzung des Gebäudes. Im Unterschied zur Instandhaltung, die der Behebung oder Vermeidung der materiellen Abnutzung der Immobilie dient (z.B. Verschleiß durch Gebrauch oder klimatisch bedingte Abnutzung), soll die Instandsetzung die Nutzbarkeit der Immobilie dauerhaft sicherstellen und Ausfallkosten infolge von Gebäudemängeln vermeiden (z.B. durch Reparatur bzw. Wiederherstellung des „Soll-Zustands“ des Gebäudes). Durch die Vereinbarung kann die Instandhaltungspflicht des AN dabei auch auf „Dach und Fach“ erstreckt werden. In Anbetracht der langen Laufzeit des Vertrages würde dies faktisch einer Verlängerung von Gewährleistungsfristen bzw. einem Garantievertrag über Bestand und Zustand des Gebäudes gleichkommen. Ferner können dem AN Pflichten im Hinblick auf Dokumentation von Bestand und Betriebsführung, Informations- und Energiemanagement, Modernisierung, Sanierung und Umbau zugewiesen werden.

Das infrastrukturelle Gebäudemanagement (IGM) umfasst die geschäftsunterstützenden Dienstleistungen, die die Nutzung des Gebäudes verbessern. Je nach Nutzungsbedürfnis des AG gehören hierzu etwa Hausmeister-, Datenverarbeitungs-, IT-, Kopier-, Druckerei-, Restaurations-, Catering-, Gärtner-, Winter-, Sicherheits-, Parkraumbetreiber-, Reinigungs-, Pflege-, interne Post- und/oder Logistikdienste sowie die Abfallentsorgung und Energieversorgung. Zur Erbringung dieser Dienste kann der AN eigenes Dienstpersonal einstellen.

Das kaufmännische Gebäudemanagement (KGM) umfasst alle kaufmännischen Leistungen aus den beiden vorgenannten Bereichen unter Beachtung ökonomischer Grundsätze. Hierzu zählen insbesondere die Objektbuchhaltung, die Kostenplanung und -kontrolle sowie das Vertrags- und Beschaffungsmanagement.

⁵⁰ Der Begriff der Instandhaltung wird in DIN 31051 „Instandhaltung – Begriffe und Maßnahmen“ vom Januar 1985 exemplarisch umschrieben.

Das Flächenmanagement umfasst das Management der verfügbaren Gebäudeflächen im Hinblick auf ihre Nutzung und Verwertung. Hierzu zählen insbesondere die flächenökonomische Belegungs- und Nutzungsplanung (nutzer-orientiert), das Management von Gebäudeausrüstung und raumbezogenen Sollwerten wie z.B. Lufttemperatur und -feuchtigkeit (anlagen-orientiert), das Erfassen und Bewerten von Leerständen (immobilienwirtschaftlich-orientiert) sowie das zeitliche und logistische Management der übernommenen Dienstleistungen im Rahmen des IGM (service-orientiert).

4.2.2.3 Besonderheiten beim sog. Vereinbarungsdarlehen

Anstelle der ratenweisen Zahlung des Kaufpreises können die Parteien auch vereinbaren, dass der von dem AG an den AN für die Planung und Errichtung des Gebäudes sowie die spätere Eigentumsübertragung zu zahlende Teil des Entgelts als Darlehen geschuldet wird. Dies bedeutet, dass dieser Entgeltbestandteil durch Vereinbarung in Tilgung und Zinsen aufgeteilt wird und ratenweise (Annuität) an den AN (zurück-)gezahlt wird.

Rechtstechnisch handelt es sich bei einer solchen Vereinbarung um die „Umwandlung“ der Gegenleistungspflicht in Gestalt der Zahlung des Kaufpreises in eine Rückzahlungspflicht gemäß § 488 Abs. 1 BGB (sog. Vereinbarungsdarlehen⁵¹). Die sich aus dem Kaufvertrag etwa ergebenden Einwendungen und Sicherungsrechte bleiben bestehen⁵².

4.2.2.4 Vereinbarung einer einheitlichen Gesamtleistung

Die Vereinbarung einer Mehrzahl von Projektphasen („Planung“, „Bau“, „Betrieb“, „Finanzierung“, „Verwertung“) in einem einheitlichen Vertragswerk eröffnet die Möglichkeit, dass Verhältnis der Leistungsphasen zueinander und zum Entgelt (Gegenleistung) flexibel zu gestalten. Auf diese Weise kann für das konkrete Projekt eine – z.B. nach operativen, haushälterischen und steuerlichen Gesichtspunkten - optimierte Vertragsgestaltung erreicht werden.

⁵¹ Vgl. zum sog. Vereinbarungsdarlehen u.a. Kort, WM 1989, 1833 (1833 f.); das Vereinbarungsdarlehen war vor der Schuldrechtsreform zum 1. Januar 2002 in § 607 Abs. 2 BGB ausdrücklich geregelt. Obwohl dieser Absatz in der Neufassung des § 488 BGB zum (Geld-) Darlehensvertrag weggefallen ist, bleibt eine derartige Vereinbarung aufgrund des vertragsrechtlichen Grundsatzes der Privatautonomie gemäß § 311 Abs. 1 BGB auch weiterhin möglich (vgl. u.a. Palandt (-Putzo), BGB-Kommentar, § 488 BGB, Rn. 27).

⁵² Dies wäre nur dann anders, wenn die Parteien ausdrücklich zum Beispiel vereinbarten, dass das alte (kaufrechtliche) Schuldverhältnis - samt etwaigen Einwendungen und Sicherungsrechten - erlöschen und durch eine Darlehensvereinbarung ersetzt würde (sog. kausale Schuldumschaffung (Novation)).

Dabei kann sich das Vertragswerk z.B. darauf beschränken, die nach den traditionellen Leistungsbildern im Bau- und Immobilienmanagement gebildeten Projektphasen lediglich in einem einheitlichen Vertragswerk zu integrieren und einem einheitlichen Abrechnungsmechanismus zu unterstellen. Dieser Ansatz würde es erlauben, bestimmte Projektphasen bestimmten Entgeltbestandteilen zuzuordnen oder auch unterschiedliche Projektphasen einem differenzierten Beendigungsregime (z.B. Teilkündigung von bestimmten Einzelleistungen aus dem Facility Management-Paket) zu unterwerfen.

Alternativ kann jedoch auch ausdrücklich vereinbart werden, dass der Inhalt sämtlicher Leistungspakete Bestandteil einer einheitlichen Gesamtleistung sein soll, die einem einheitlichen Vergütungs- und Beendigungsregime unterstellt wird. Charakteristisches Merkmal für ein solches Leistungsbild wäre, dass sich die Beschreibung des Leistungsziels losgelöst von einzelnen Projektphasen und ihren jeweiligen Leistungsinhalten auf den finalen Erfolg „Bereitstellung einer betriebenen Immobilie für eine bestimmte Dauer und anschließende Eigentumsübertragung“ beschränkt. Korrespondierend würde die Vergütungsregelung ausschließlich periodisch, d.h. pro rata temporis, ausgestaltet⁵³. Diese Vertragsgestaltung hätte z.B. zur Folge, dass entgegen den vorstehend skizzierten Strukturelementen von Vertragsmodell I vereinbart würde, dass Bauleistungen weder vor Beginn der Betriebsphase noch zu einem späteren Zeitpunkt rechtsgeschäftlich abgenommen werden und die Sach- und Preisgefahr (d.h. das Risiko, das Gebäude bei unverschuldeter Zerstörung oder Beschädigung auf eigene Kosten wieder herrichten zu müssen) während der Betriebsphase nicht auf den öffentlichen Auftraggeber übergeht. Der Übergang der Sach- und Preisgefahr würde vielmehr aufgrund besonderer Vereinbarung zum Ablauf der Vertragslaufzeit, spätestens jedoch mit Eigentumsübergang eintreten. Ferner würde der integrierende Vergütungsmechanismus unmittelbar keine Zuordnung von Entgeltbestandteilen zu einzelnen Leistungspaketen erlauben.

4.2.3 Zivilrechtliche Qualifikation

4.2.3.1 Zuordnung zu gesetzlichen Vertragstypen / Typenkombinationsvertrag

In der Vertragspraxis wird die Zuordnung einzelner Leistungselemente zu bestimmten gesetzlichen Vertragstypen dann relevant, wenn der Vertrag Regelungslücken enthält oder die rechtliche Bedeutung einer Vereinbarung durch Auslegung ermittelt werden muss. Für PPP-Verträge, die ihrer Natur nach verschiedene gesetzliche Vertragstypen in komplexer Weise miteinander kombinieren, wird es sich regelmäßig empfehlen, die wechselseitigen

⁵³ Zu den steuerlichen Auswirkungen vgl. unten, Kap. 8.2.3.

Leistungspflichten und ihr Verhältnis zueinander sowie das auf das konkrete Projekt zugeschnittene Regelungsregime für Leistungsstörungen (einschließlich der Rechtsfolgen) ausdrücklich im Vertrag zu vereinbaren. Infolge dessen bietet die nachfolgende zivilrechtliche Qualifikation in erster Linie Anhaltspunkte für eine mögliche Zuordnung von Leistungspaketen im Rahmen einer PPP zu gesetzlichen Vertragstypen und damit eine Grundlage für die Abgrenzung von PPP-Verträgen zu anderen Vertragstypen⁵⁴ und zur Weiterentwicklung geeigneter PPP-Vertragsmodelle.

Beim Vertragsmodell I handelt es sich um einen sogenannten „Typenkombinationsvertrag“. Der Typenkombinationsvertrag zeichnet sich dadurch aus, dass er als Vertragsgegenstand eine Vielzahl verschiedener, voneinander abgrenzbarer Leistungselemente umfasst, die zwar für sich jeweils unterschiedlichen gesetzlichen Vertragsregimen⁵⁵ zugeordnet werden können, allerdings von den Vertragsparteien nur in ihrer Gesamtheit vereinbart werden. Dabei ist auf jedes Leistungselement regelmäßig das Recht des ihm jeweils nach dem Willen der Vertragsparteien zugeordneten gesetzlichen Vertragsregimes anzuwenden⁵⁶. Ist eine eindeutige Zuordnung nicht möglich, sind die gesetzlichen Vorschriften des Vertragsregimes anzuwenden, dessen typische Merkmale den rechtlichen und wirtschaftlichen Schwerpunkt der Vertragsvereinbarung bilden⁵⁷.

Für das Vertragsmodell I ist charakteristisch, dass es eine Vielzahl von Projektphasen mit jeweils unterschiedlichen und voneinander trennbaren Leistungselementen umfasst⁵⁸. Aus kalkulatorischen und technisch-operativen Erwägungen, die auf eine möglichst effiziente Projektrealisierung zielen, wollen die Vertragsparteien den Vertrag nur in seiner Gesamtheit, d.h. mit allen Leistungspaketen (Planung, Bau, Betrieb, Finanzierung, Verwertung), abschließen⁵⁹. Daraus folgt, dass die jeweiligen vertraglich vereinbarten Leistungspakete grundsätzlich nach dem Recht des jeweils anwendbaren gesetzlichen Vertragsregimes zu beurteilen sind.

⁵⁴ Vgl. unten, Kap. 4.2.3.3.

⁵⁵ Z.B. Kaufvertragsrecht, Werkvertragsrecht, Darlehensvertragsrecht, Mietvertragsrecht, Geschäftsbesorgungsvertragsrecht, etc.

⁵⁶ BGHZ 74, 204 (207).

⁵⁷ Vgl. BGHZ 72, 229 (232); Heinrichs, in: Palandt, BGB-Kommentar, v. § 311 Rn. 25 f.

⁵⁸ Das gilt auch für die Vertragsmodelle II bis V.

⁵⁹ Ebenso bereits ausführlich zum Baurägervertrag: BGHZ 96, 275 (277 ff.).

Demgegenüber dürfte es sich bei der Ausgestaltungsvariante, wonach sämtliche Leistungsphasen als einheitliche Gesamtleistung vereinbart werden⁶⁰, um einen sog. Typenverschmelzungsvertrag⁶¹ handeln. Darunter wird ein gemischter Vertrag verstanden, bei dem ein- und dieselbe charakteristische Leistung gleichzeitig die Merkmale verschiedener gesetzlicher Vertragstypen erfüllt. Rechtsfolge derartiger „verschmolzener“ Leistungselemente ist, dass grundsätzlich der ganze Vertrag dem Recht jenes Vertragstyps unterstellt werden soll, der alle Leistungselemente erfasst (sog. Absorptionsprinzip). Allerdings wird dieses Prinzip insoweit relativiert, als ergänzend zum Absorptionsprinzip abhängig vom im Vertrag verankerten Parteiwillen durchaus auch einzelne Regelungen eines anderen Vertragstyps Anwendung finden können (sog. Kombinationsprinzip)⁶². Dies dürfte bei der hier behandelten Ausgestaltungsvariante regelmäßig der Fall sein, weil es sich bei der Vereinbarung einer einheitlichen Gesamtleistung, die Leistungselemente unterschiedlicher Vertragstypen aufnimmt, um einen „Vertrag sui generis“ handelt. Für ihn ist charakteristisch, dass Leistungspflichten und Rechtsfolgen detailliert und abweichend von den gesetzlichen Leitbildern ausdrücklich geregelt werden.

4.2.3.2 Anwendbares Recht

- Planungsphase: Architekten-, Ingenieur-, Generalplanerleistungen

Auf die Planungsleistungen des AN⁶³ findet regelmäßig **Werkvertragsrecht** gemäß §§ 631 ff. BGB Anwendung⁶⁴, denn der planende AN schuldet nicht nur die Planungsleistung selbst, sondern insbesondere den Erfolg des aufgrund seiner Planungsleistungen hergestellten mangelfreien Gebäudes. Dies umfasst auch etwaige Bauüberwachungspflichten des AN⁶⁵, die ebenfalls die plangerechte und mangelfreie Errichtung des Gebäudes und damit einen Erfolg im Sinne der §§ 631 ff. BGB gewährleisten sollen⁶⁶.

⁶⁰ Vgl. oben, Kap. 4.2.2.4.

⁶¹ Vgl. hierzu ausführlich Löwisch, in: Staudinger, BGB-Kommentar, § 305 Rn. 41 ff.

⁶² Vgl. hierzu ausführlich u.a. Löwisch, in: Staudinger, BGB-Kommentar, § 305 Rn. 41 ff.

⁶³ Vgl. oben, Kap. 4.2.1.1.

⁶⁴ Vgl. BGHZ 82, 100, (105 ff.) (Architektenvertrag); OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 454 (Ingenieurvertrag): Nach der Rechtsprechung des BGH handelt es sich insoweit regelmäßig um einen Werkvertrag ohne Geschäftsbesorgungscharakter gemäß § 675 BGB (BGHZ 45, 223 (228 ff.)).

⁶⁵ Z.B. im Sinne von Bauführungs- bzw. Projektsteuerungspflichten des Architekten (vgl. zum Leistungsbild auch § 31 Abs. 1 HOAI).

⁶⁶ BGH, NJW 1999, 3118; BGH, NJW 1994, 2825; BGHZ 82, 100 (105 ff.).

- Bauphase: Generalunternehmer- oder Generalübernehmerleistungen

Auf die Bauleistungen des AN findet regelmäßig **Werkvertragsrecht** (§§ 631 ff. BGB) Anwendung. Im Einzelfall kann das Werkvertragsrecht durch die Vorschriften des Auftragsrechts (§ 675 BGB) ergänzt werden⁶⁷.

Für die vertragsrechtliche Zuordnung der Bauleistungen ist es zunächst unbeachtlich, ob der AN einen wesentlichen Teil der Bauleistungen im eigenen Geschäftsbetrieb erbringt (Generalunternehmer) oder aber die Bauleistungen zumindest weit überwiegend von Nachunternehmern erbringen lässt und damit eine reine Bündelungs- und Steuerfunktion übernimmt (Generalübernehmer). In jedem Fall schuldet der AN als Erfolg die Errichtung eines mangelfreien Bauwerks.

Die werkvertraglichen Leistungen des AN können im Einzelfall auch Geschäftsbesorgungscharakter gemäß § 675 BGB aufweisen. In diesem Fall finden ergänzend zum Werkvertragsrecht auch bestimmte Vorschriften des Auftragsrechts Anwendung⁶⁸. Eine Geschäftsbesorgung des AN läge etwa dann vor, wenn er eine entgeltliche selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art im überwiegenden Interesse des AG und mit Bezug auf das Vermögen des AG vornimmt⁶⁹. Ob die Bauleistungen des AN als Generalunternehmer bzw. Generalübernehmer einen derartigen Geschäftsbesorgungscharakter aufweisen, ist anhand der jeweiligen Umstände des Einzelfalls zu beurteilen⁷⁰.

- Betriebsphase: Nutzungsüberlassungs- und Betreiberleistungen

Auf die Pflicht des AN, dem AG schon während der Betriebsphase Gebäude zur Nutzung zu überlassen, findet **Kaufvertragsrecht** gemäß §§ 433 ff. BGB Anwendung. Denn der wesent-

⁶⁷ BGH, NJW 1986, 925 f.; BGHZ 92, 123 (126).

⁶⁸ § 675 BGB verweist insoweit insbesondere auf Auskunfts-, Rechenschafts- und Herausgabepflichten des AN (§§ 666 f. BGB) sowie Vorschuss- und Aufwendungsersatzpflichten des AG (§§ 669 f. BGB). In der Praxis werden diese Vorschriften jedoch regelmäßig durch spezielle Vertragsabreden der Parteien modifiziert.

⁶⁹ Vgl. u.a. BGH, NJW-RR 1992, 560; BGHZ 45, 223 (229); Sprau, in: Palandt, BGB-Kommentar, § 675 Rn. 2 ff.; Martinek, in: Staudinger, BGB-Kommentar, § 675 Rn. A 31 ff.

⁷⁰ Eine Geschäftsbesorgung wird etwa bei sog. Bauträgerverträgen, aufgrund derer sich der Auftragnehmer (AN) als Bauträger gegenüber dem Auftraggeber (AG) zur schlüsselfertigen Errichtung und anschließenden Veräußerung eines im Namen des AN errichteten und zunächst im Eigentum des AN befindlichen Gebäudes verpflichtet; vgl. BGH, NJW 1986, 926 f.; BGHZ 92, 123 (126); Locher/Koebler, Baubetreuungs- und Bauträgerrecht, Rn. 27. Allerdings wurde in einer älteren Entscheidung des BGH der Geschäftsbesorgungscharakter eines Bauträgervertrags für den Fall ausgeschlossen, dass die Vertragsparteien einen Festpreis vereinbart haben (BGH, NJW 1970, 94 f.; kritisch: Locher/Koebler, Baubetreuungs- und Bauträgerrecht, Rn. 27). Dagegen verneint Locher/Koebler, Baubetreuungs- und Bauträgerrecht, Rn. 28 f. ausdrücklich für Leistungen des Generalunternehmers und Generalübernehmers deren Geschäftsbesorgungscharakter.

liche Vertragszweck, dem AG das Gebäude unter Eigentumsvorbehalt zu übergeben und am Ende der Vertragslaufzeit auch das Eigentum zu verschaffen, entspricht den typischen Pflichten des Verkäufers im Rahmen eines Ratenkaufs (§§ 433 ff. BGB). Die Besonderheit gegenüber einem normalen Kaufvertrag liegt darin, dass dem AG bereits vor vollständiger Zahlung des Kaufpreises ein Recht zur Nutzung des Kaufgegenstandes eingeräumt wird. Damit liegt während der Betriebsphase zwischen AG und AN nicht etwa ein Gebrauchsüberlassungsverhältnis (Miete oder Pacht), sondern ein ausschließlich kaufvertragliches Rechtsverhältnis vor.

Auf die Leistungen des AN im Rahmen seiner Betriebs- und Managementpflichten findet nach Art der jeweiligen Leistung entweder **Dienst- oder Werkvertragsrecht** (§§ 611 ff. bzw. 631 ff. BGB) Anwendung. Dies kann im Einzelfall durch Vorschriften des Auftragsrechts ergänzt werden (§ 675 BGB).

Erschöpft sich die jeweilige Betriebspflicht des AN in der Erbringung von Dienstleistungen, schuldet er mithin keinen konkreten Erfolg, so ist grundsätzlich Dienstvertragsrecht gemäß §§ 611 BGB anwendbar (z.B. reiner Betrieb, Wartung, Instandhaltung, Reinigung/Pflege, Gärtner-/Winterdienste etc.)⁷¹. Werkvertragsrecht gemäß §§ 631 ff. BGB ist hingegen anwendbar, wenn der AN über die Dienstleistung hinaus auch einen konkreten Erfolg schuldet (z.B. Instandsetzung, Sanierung, Erstellung periodisch wiederkehrender Abrechnungen etc.). Indem der AN in beiden Fällen den Betrieb selbständig überwiegend im Interesse des bereits anwartschaftsberechtigten AG durchführt, handelt es sich auch bei den Leistungen eines typischen Betreibervertrags regelmäßig um Leistungselemente mit Geschäftsbesorgungscharakter gemäß § 675 BGB⁷².

- Finanzierungsphase: Entgelt- und Finanzierungsleistungen

Auf die Verpflichtung des AG zur Zahlung des ratenweise gestaffelten Entgelts findet regelmäßig entweder **Kaufvertragsrecht** (§§ 433 ff. BGB) oder **Werkvertrags- bzw. Dienstvertragsrecht** (§§ 631 ff. bzw. 611 ff. BGB) Anwendung – je nachdem, ob sich der Entgeltbestandteil auf die Veräußerung des schlüsselfertig erstellten Gebäudes oder den umfassenden Facility Management-Auftrag bezieht.

⁷¹ So unterstellt der BGH etwa die Leistungen eines Hausmeisters im Rahmen seines Hausmeistervertrags in der Regel dem Dienstvertragsrecht (BGH, NJW 1998, 680).

⁷² Vgl. jeweils zum Verwaltervertrag: BGH NJW 1998, 680 (681); BGH WM 1965, 1181; OLG Hamm, NJW-RR 1993, 845 (846); OLG Köln, NJWE-MietR 1997, 63.

Im Hinblick auf die Verpflichtung des AG zur – ratenweisen – Zahlung des Kaufpreises ist jedoch folgende Besonderheit zu beachten:

Bei der Ratenzahlungsvereinbarung handelt es sich – rechtsdogmatisch – um einen **Kreditvertrag** in Gestalt eines Zahlungsaufschubs bzw. einer sonstigen Finanzierungshilfe. Allerdings enthält das BGB ein Vertragsregime nur für Kreditverträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (vgl. § 499 BGB). Beim öffentlichen AG - egal in welcher Rechtsform auftretend – handelt es sich jedoch nicht um einen Verbraucher, so dass die speziellen kreditvertraglichen Regelungen im BGB nicht zur Anwendung kommen. Statt dessen sind die wechselseitigen Rechte und Pflichten eigens im Vertrags zu verankern. Dies ändert jedoch nichts an der Einordnung dieses Teils der Entgeltregelung als Kreditvertrag.

Soweit die Parteien jedoch ausdrücklich vereinbaren, dass der vertraglichen Regelung über den die Veräußerung des Gebäudes betreffenden Entgeltbestandteil eine Darlehensvereinbarung zugrunde liegen soll (sog. Vereinbarungsdarlehen), findet **Darlehensvertragsrecht** gemäß §§ 488 ff. BGB Anwendung⁷³.

Nicht eigens im Vertrag geregelt ist die Verantwortung des AN für die (Vor-) Finanzierung seiner Leistungspflichten im Rahmen der Planungs-, Bau- und Betriebsphasen. Dazu wird er sich regelmäßig die erforderlichen Finanzmittel durch Abschluss eines Darlehensvertrages mit einem Dritten (z.B. Bank) oder durch Verkauf seiner künftigen Entgeltforderungen gegenüber dem AG an eine Bank (Forderungsverkauf) beschaffen⁷⁴.

- Verwertungsphase: Übertragung des Gebäudes

Auf die Pflicht des AN, dem AG am Ende der Vertragslaufzeit, d.h. praktisch mit Zahlung der letzten Entgeltrate, das Eigentum am Gebäude zu verschaffen, findet **Kaufvertragsrecht** gem. §§ 433 ff. BGB Anwendung⁷⁵.

⁷³ Vgl. hierzu Kap. 4.2.2.3. Dies hat zur Folge, dass für die Fälligkeit des Anspruchs die Vorschriften des Darlehens gelten, d.h. der Gläubiger muss – falls kein Fälligkeitstermin vereinbart wird – eine Kündigung aussprechen, um die Fälligkeit zu bewirken (§§ 488 Abs. 3, 490 BGB). Zudem ist die Forderung entsprechend zu verzinsen (§ 488 Abs. 1 Satz 2 BGB) – allerdings wird dies in der Praxis regelmäßig ohne Relevanz sein, weil die Vertragsvereinbarung über die Entgeltzahlung Detailregelungen zu Fälligkeit und Verzinsung beinhalten wird.

⁷⁴ Auf diese Finanzierungsverträge findet je nach Ausgestaltung Darlehens- oder Kaufvertragsrecht (§§ 488 ff. bzw. 433 ff. BGB) Anwendung. Falls keine anderweitige vertragliche Vereinbarung getroffen wird, kann der AN – jedenfalls bis zur endgültigen Eigentumsübertragung auf den AG – das Grundstück (oder Erbbaurecht) mit Grundpfandrechten zugunsten des finanzierenden Dritten belasten.

⁷⁵ Wegen der Vereinbarung der Ratenzahlung wird das Modell in der Praxis auch als „Ratenkauf“ bezeichnet; zu Einzelheiten: vgl. oben „Betriebsphase“.

4.2.3.3 Abgrenzung zu anderen Vertragstypen

- Mietvertrag

Der reine Mietvertrag ist ein entgeltlicher Gebrauchsüberlassungsvertrag (§ 535 BGB). Im Unterschied zum Ratenkauf zahlt der Mieter das Entgelt, um die Mietsache zu nutzen, nicht um diese zu erwerben. Damit führt der Mietvertrag im Hinblick auf das Mietobjekt lediglich zu einer schuldrechtlichen, auf die Mietlaufzeit begrenzten Nutzungsberechtigung des Mieters und nicht zu einem Anspruch auf Übertragung des Eigentums.

4.2.4 Anwendungsfelder für Vertragsmodell I

Vertragsmodell I eignet sich grundsätzlich für alle Neubauvorhaben, bei denen der öffentliche AG während der Betriebsphase nicht Eigentümer des Gebäudes ist oder werden will, das Eigentum jedoch am Ende der Betriebsphase erwerben möchte. Unter demselben Vorzeichen ist Vertragsmodell I grundsätzlich auch für die Sanierung von Bestandsgebäuden geeignet, die bis zum Ende der Betriebsphase im Eigentum des AN stehen.

4.3 Vertragsmodell II

4.3.1 Vertragliche Strukturelemente

4.3.1.1 Leistungsumfang

Wie bei Vertragsmodell I wird der Leistungsumfang des AN in einem einheitlichen Vertragswerk geregelt und umfasst alle Projektphasen während eines Zeitraums von üblicherweise 20 bis 30 Jahren. Allerdings unterscheidet sich die vertragliche Ausgestaltung des Leistungsumfanges bezüglich der nachfolgenden Projektphasen.

- Planungs- und Bauphase

Im Unterschied zu Vertragsmodell I sind Gesamtplanung und schlüsselfertige Errichtung des Gebäudes nicht eigens Gegenstand der vertraglich vereinbarten Leistungspflichten des AN. Dem Regelungsmodell eines Mietvertrages folgend beschreibt Vertragsmodell II lediglich die Überlassung eines – vom AN noch zu errichtenden – Gebäudes in einem bestimmten Zustand und zu einem bestimmten Zeitpunkt als Vertragspflicht des AN⁷⁶. Dabei wird die (künft-

⁷⁶ Zu Einzelheiten der zivilrechtlichen Qualifikation vgl. unten, Kap. 4.3.3. Dass die vertraglich vereinbarten Leistungspflichten des AN nicht eigens die Gesamtplanung und schlüsselfertige Errichtung des Gebäudes erfassen, ändert nichts an dem - tatsächlichen – Umstand, dass der AN zur Erfüllung seiner Verpflichtung, das Gebäude im vertraglich vereinbarten Zustand zu überlassen, die Planung und Errichtung des Gebäudes sicherstellen muss.

tige) Beschaffenheit des Gebäudes anhand von Plänen sowie von Bau- und Ausstattungsbeschreibungen vertraglich festgelegt. Diese Unterlagen werden regelmäßig über funktionale Beschreibungen hinaus Ausführungsdetails enthalten. Abweichungen bedürfen der Zustimmung des AG. Im Übrigen werden dem AG Informations- und Kontrollrechte eingeräumt, um die voraussichtliche Einhaltung des Zeitplans für die Gebäudeübergabe und die Beschaffensvorgaben überprüfen zu können.

- **Finanzierungsphase**

Wie bei Vertragsmodell I obliegt dem AN – tatsächlich – die Finanzierung von Planungs-, Bau- und Betriebsphase durch Eigen- oder Fremdkapital. Allerdings ist diese Finanzierungspflicht nicht eigens Gegenstand der vertraglich vereinbarten Leistungspflichten des AN, die sich vielmehr auf die Überlassung und den Betrieb des Gebäudes beschränken.

Während der Nutzung des Gebäudes (Betriebsphase) schuldet der AG dem AN ein (regelmäßig) gleichbleibendes monatliches oder jährliches Entgelt, das auch die Betreiber- und sonstigen Betriebskosten sowie etwaige Risikozuschläge und (zum Teil) den Gewinn des AN abdeckt. Im Unterschied zu Vertragsmodell I deckt das Entgelt jedoch regelmäßig nur einen Teil der Herstellungskosten (nebst Gewinnmarge) des AN ab. Dadurch wird bei Ende der Vertragslaufzeit regelmäßig noch keine Vollamortisation der Investitionen erreicht. Im Falle einer dem AG eingeräumten Kaufoption orientiert sich daher der bereits bei Vertragsschluss vereinbarte Kaufpreis regelmäßig am „kalkulierten Restwert“ der Investitionen.

- **Verwertungsphase**

Im Unterschied zu Vertragsmodell I ist der AN nicht verpflichtet, am Ende der Vertragslaufzeit das Eigentum am Gebäudegrundstück zu übertragen. Vielmehr ist der AG zur Räumung und Rückgabe des Gebäudes verpflichtet, sofern er nicht eine ihm zuvor eingeräumte Option zur Vertragsverlängerung oder zum Erwerb der Immobilie⁷⁷ ausgeübt hat. Stattdessen werden dem AG hinsichtlich des Gebäudes Rückgabe-, Nutzungsverlängerungs- oder Kaufoptionsrechte eingeräumt. Ein Anspruch des AG auf Übertragung des Eigentums am Gebäudegrundstück entsteht damit erst nach Ausübung der Kaufoption.

⁷⁷ Wie im Bereich des Immobilienleasings gelegentlich praktiziert, kann anstelle der Kaufoption zugunsten des AG auch eine Verkaufsoption zugunsten des AN als Leasinggeber (Andienungsrecht) eingeräumt werden.

4.3.1.2 PPP-typische Risikoverteilung

Im Vergleich zu Vertragsmodell I weist die PPP-typische Risikoverteilung bei Vertragsmodell II zum Teil wesentliche Unterschiede auf:

- Planungs- und Bauphase

Wie bei Vertragsmodell I obliegt dem AN auch bei Vertragsmodell II – tatsächlich – das Planungs- und Baurisiko. Allerdings folgt diese Risikoverteilung nicht der vertraglichen Vereinbarung von Planungs- und Baupflichten des AN oder der Verwendung einer funktionalen Leistungsbeschreibung. Sie resultiert lediglich aus der vertraglichen Leistungspflicht, dem AG das Gebäude in einem bestimmten Zustand und zu einem bestimmten Zeitpunkt zu überlassen.

Wie bei Vertragsmodell I trägt der AN auch bei Vertragsmodell II grundsätzlich immer das Risiko etwaiger Mehrkosten während der Planungs- und Bauphase. Soweit für den AN aufgrund von objektiv nicht abwendbaren Ereignissen Mehrkosten entstehen, die vom AN nicht versichert werden können oder, nach dem Willen der Vertragsparteien, sollen, sind spezielle Vertragsregelungen zur entsprechenden Anpassung des Nutzungsentgelts erforderlich. Soweit objektiv nicht abwendbare Umstände die Fertigstellung und damit die Übergabe des Gebäudes verhindern⁷⁸ oder verzögern, wird der Risikoausgleich regelmäßig in beidseitigen Rücktrittsrechten ohne wechselseitige Schadenersatzansprüche oder, bei Verzögerungen, dem Ausschluss von Schadenersatzansprüchen des AG bestehen.

- Betriebsphase

Im Unterschied zu Vertragsmodell I⁷⁹ trägt der AN bei Vertragsmodell II auch während der Betriebsphase die Gefahr der von keiner Vertragspartei zu vertretenden Zerstörung oder langfristig ausgeschlossenen Nutzungsmöglichkeit des Gebäudes (allgemeine Sach- und Preisgefahr) sowie das Risiko der nachträglichen Verschlechterung des Gebäudezustands⁸⁰. Dieser in der Praxis des Immobilien-Leasings allgemein vorherrschenden Risikoverteilung liegt der Immobilien-Leasing-Erlass des Bundesministers für Finanzen vom 23.12.1991

⁷⁸ Das Baugenehmigungsrisiko wird man wie bei Vertragsmodell I regelmäßig vom Kanon objektiv unabwendbarer Ereignisse ausnehmen.

⁷⁹ Dieser Unterschied besteht nicht, wenn und soweit in einem Vertrag nach Vertragsmodell I vereinbart ist, dass die Sach- und Preisgefahr erst am Ende der Betriebsphase auf den AG übergehen soll; vgl. Kap. 4.2.2.4.

⁸⁰ Vgl. hierzu: Kap. 4.2.1.2.

zugrunde⁸¹. Danach ist für die von den Parteien eines Immobilien-Leasingvertrages regelmäßig angestrebte steuerliche Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums beim AN (LG) erforderlich, dass die allgemeine Sach- und Preisgefahr auch bei diesem liegt⁸². Konkret bedeutet dies, dass dem AG (LN) bei Zerstörung, Beschädigung oder langfristig ausgeschlossener Nutzungsmöglichkeit des Gebäudes gegenüber dem AN (LG) Minderungsansprüche zustehen. Ferner ist der AG (LN) nur dann zum Wiederaufbau des Gebäudes auf eigene Kosten verpflichtet, wenn er die Zerstörung oder Beschädigung zu vertreten hat.

Als Besonderheit von Vertragsmodell II ist hervorzuheben, dass der AN nur subsidiär das Risiko der Insolvenz, Liquidation oder Unauffindbarkeit der Hersteller und Lieferanten trägt, die er während der Planungs- und Bauphase beauftragt hat. Dem liegt die für Leasinggeschäfte in der bisher üblichen Form charakteristische Abtretung sämtlicher Mängel-, Garantie- und Schadensersatzansprüche gegenüber den Herstellern und Lieferanten aus der Planungs- und Bauphase (z.B. Bauunternehmer, Architekten, Ingenieure, Lieferanten etc.) an den LN (hier: AG) zugrunde. Im Gegenzug werden sämtliche Mängelansprüche, die der AG (LN) während der Betriebsphase gegenüber dem AN (LG) sonst geltend machen könnte, ausgeschlossen. Die mit dem Gewährleistungsausschluss kombinierte Forderungsabtretung hat zur Folge, dass der AG als LN etwaige Mängel- oder Schadensersatzansprüche bezüglich des Gebäudes grundsätzlich nicht gegenüber dem AN als LG, sondern direkt gegenüber den Herstellern und Lieferanten des AN geltend machen muss. Nach der Rechtsprechung kann sich der AN dem Risiko der Insolvenz, Liquidation oder Unauffindbarkeit seiner Hersteller und Lieferanten nicht vollständig entziehen, so dass der AN jedenfalls subsidiär haftet⁸³.

⁸¹ Vgl. ausführlich hierzu den steuerrechtlichen Teil, Kap. 8.3.3.1.1.; da beim Immobilien-Leasing das „wirtschaftliche Eigentum“ an dem Leasinggut aus steuerrechtlichen Gründen dem LG (AN) zustehen soll, der Immobilien-Leasing-Erlass vom 21.3.1972 (sog. Vollamortisationserlass) hieran jedoch finanziell für den LN (AG) unattraktive Voraussetzungen knüpft, ist die Vollamortisation in der Praxis des Immobilien-Leasing heute nur noch von untergeordneter Bedeutung.

⁸² Demgegenüber liegt beim herkömmlichen Finanzierungsleasing die allgemeine Sach- und Preisgefahr beim Leasingnehmer (LN). Nach der Rechtsprechung des BGH ist nämlich für das Finanzierungsleasing typisch, dass die allgemeine Sach- und Preisgefahr während der Betriebsphase auf den LN abgewälzt wird und - kombiniert mit dem Ausschluss von Gewährleistungsansprüchen im Verhältnis LN gegenüber LG – der LG seine Gewährleistungsansprüche gegenüber den Herstellern und Lieferanten an den LN abtritt (std. Rspr.; u.a. BGH, NJW 1977, 1058; NJW 1978, 1432; NJW 1982, 105). Diese Kombination von Ausschluss und Abtretung von Gewährleistungsrechten kann nach std. Rspr. auch in AGB vereinbart werden (BGH, NJW 1988, 198 (199 f.); BGHZ 106, 304 (309 ff.)). Der BGH wies jedoch darauf hin, dass sich der LG als Eigentümer des Leasinggegenstandes nicht vollständig der Sachgefahr zu Lasten des LN entledigen und sich somit auf die alleinige Rolle als Finanzier zurückziehen dürfe (BGH, NJW 1986, 1744 (1745)).

⁸³ Wegen des dem Leasingmodell zugrundeliegenden sog. Äquivalenzprinzip zwischen Leistung und Gegenleistung trägt der AN in vollem Umfang das Risiko der Insolvenz des Herstellers

Durch die Verbindung des Leasinggeschäfts mit einem umfassenden Facility Management, wonach der AN auch für die umfassende Instandsetzung und Instandhaltung während der gesamten Betriebsphase Verantwortung trägt, wird die leasing-typische Abwälzung von Gewährleistungsrisiken auf den LN aufgefangen. Darin liegt die im Vergleich zum herkömmlichen Immobilien-Leasing wesentliche Besonderheit des PPP-FMLeasingmodells.

- Finanzierungsphase

Die Übernahme des Finanzierungsrisikos durch den AN (LG) umfasst alle weiteren variablen Kostenelemente der Entgeltkalkulation während der Planungs-, Bau- und Betriebsphase⁸⁴.

Denn Vertragsmodell II verfolgt das Ziel, eine von der öffentlichen Hand für notwendig gehaltene Investition durch den AN als Leasinggeber vollständig finanzieren zu lassen und das damit verbundene Risiko auf diesen zu verlagern (Finanzierungsfunktion des Immobilien-Leasing). Insoweit kann auf die Ausführungen zu Vertragsmodell I verwiesen werden.

- Verwertungsphase

Da im Immobilien-Leasing eine vollständige Amortisation des LG während der Vertragslaufzeit aufgrund des Immobilien-Leasing Erlasses von 1991 praktisch kaum noch vereinbart wird, trägt der AN (LG) am Ende der Vertragslaufzeit regelmäßig das Risiko, das Gebäude zu seinem kalkulierten Restwert an Dritte weiter zu veräußern (Restwertrisiko). Dieses Risiko steigt, je kürzer die Betriebsphase im Verhältnis zur betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer der Immobilie ist. Der AG (LN) kann insoweit frei entscheiden, ob er nach Ablauf der Vertragslaufzeit das Gebäude geräumt an den AN (LG) zurückgibt oder eine ihm zuvor eingeräumte Option zur Vertragsverlängerung oder zum Erwerb der Immobilie ausübt.

Das Risiko einer wirtschaftlich sinnvollen Nutzung bzw. Verwertung des Gebäudes nach Ende der Vertragslaufzeit liegt beim AN (LG). Denn bei Vertragsschluss besteht zwischen AN (LG) und AG (LN) noch keine verbindliche Abrede im Hinblick auf den Erwerb des Gebäudeeigentums durch den AG (LN) am Ende der Vertragslaufzeit. Vielmehr steht die Ausübung der jeweiligen Optionsrechte im Belieben des AG (LN)⁸⁵.

bzw. Lieferanten. Dieses Risiko kann er nicht vertraglich auf den AG abwälzen (BGH, ZIP 1990, 175 ff.; BGH, ZIP 1991, 519 (522)). Dies hat zur Folge, dass der AN dem AG im Falle der Insolvenz des Nachunternehmers subsidiär für die Erfüllung der abgetretenen Ansprüche haftet.

⁸⁴ OLG Hamm, DB 1981, 886, sieht es als Unternehmerrisiko des LG an, wie er sich den Leasinggegenstand verschafft bzw. herstellen lässt und die hierfür notwendigen Investitionskosten finanziert. Würde dieses Risiko auf den LN abgewälzt, liefe dies im Ergebnis darauf hinaus, den LN praktisch selbst in die Rolle des Finanziers (Käufers) zu verweisen.

⁸⁵ So ausdrücklich: OLG München/Augsburg, NJW 1981, 1104 ff.

Hat der AG (LG) eine Option zur Verlängerung des Vertrages oder zum Erwerb der Immobilie, trägt der AN (LG) zusätzlich zu dem Restwertrisiko auch das Risiko der Bonität des AG (LN) nach Ende der Vertragslaufzeit (Bonitätsrisiko)⁸⁶. Zwar erscheint dieses Risiko im Hinblick auf den öffentlichen AG (LN) praktisch vernachlässigenswert. Dennoch werden in der Praxis des Immobilien-Leasings häufig zusätzliche Zahlungen des LN an den LG in Form sog. Mietvorauszahlungen bzw. Mieterdarlehen vereinbart⁸⁷. Dadurch spart der LN während der Vertragslaufzeit einen Betrag an, der typischerweise zum Ende der Vertragslaufzeit dem Restbuchwert des Leasingobjekts entspricht. Übt der LN seine Kaufoption aus, wird dieser im Voraus gezahlte Betrag mit dem Kaufpreis verrechnet. Übt der LN statt der Kaufoption seine Vertragsverlängerungsoption aus, wird ihm dieser Betrag in vollem Umfang zurückgezahlt und werden dem Nutzungsverhältnis aktualisierte Konditionen auf Basis des Restbuchwertes zugrundegelegt. Übt der LN seine Kaufoption hingegen nicht aus, ist der LG regelmäßig verpflichtet, dem LN alle bis dahin erhaltenen Zusatzzahlungen zurückzuzahlen.

4.3.1.3 Laufzeit

Wie bei Vertragsmodell I orientiert sich die Laufzeit des Vertrages an dem Zeitbedarf für die Planungs- und Bauphase sowie an der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des Gebäudes von 20 bis 30 Jahren. Aufgrund der langfristig angelegten Mischkalkulation des AN ist auch hier der Vertrag grundsätzlich nicht kündbar, sondern allenfalls hinsichtlich einzelner Betriebspflichten teilkündbar⁸⁸. Im Zusammenhang mit Verlängerungsoptionen ist zu berücksichtigen, dass das für die Dauer der Betriebsphase vereinbarte Nutzungsverhältnis am Gebäude § 544 BGB unterliegt und daher gesetzlich zwingend nach Ablauf von 30 Jahren nach Überlassung des Gebäudes innerhalb der gesetzlichen Fristen gekündigt werden kann⁸⁹.

⁸⁶ Im allgemein seltenen Fall einer Verkaufsoption des AN (LG) würde der AG (LN) das Restwertrisiko tragen. In einem solchen Fall würde der AN (LG) nur noch das Risiko der Bonität des AG (LN) tragen.

⁸⁷ Vgl. Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, Rn. 1603; Gondert/Gach/Biagosch/Jacob, Immobilienleasing, in: Usinger, Immobilien – Recht und Steuern, S. 656 ff.; Kratzer/Kreuzmair, Leasing in Theorie und Praxis, S. 68 ff.

⁸⁸ Im Rahmen des PPP-Vertrags muss geregelt werden, welchen Einfluss eine derartige Teilkündigung auf das vereinbarte Entgelt hat.

⁸⁹ Bei einem Nutzungsverhältnis über mehr als 30 Jahre könnte durch die Einräumung eines dinglichen Dauernutzungsrechtes gemäß § 31 Abs. 2 WEG auch über diesen Zeitraum hinaus sichergestellt werden, dass das Nutzungsrecht nicht nach § 544 BGB gekündigt werden kann.

4.3.1.4 Verwertung durch den Leasinggeber (AN)

Im Unterschied zu Vertragsmodell I geht das Eigentum des AN an dem Gebäude nicht mit Zahlung der letzten Entgeltrate („automatisch“) auf den AG über. Vielmehr ist der AG grundsätzlich verpflichtet, dem AN das Gebäude nach Ablauf der Vertragslaufzeit zur eigenen Verwertung wieder zurückzugeben⁹⁰. Allerdings werden dem AG regelmäßig verschiedene Optionsrechte eingeräumt. Im Falle einer Kaufoption ist der AG berechtigt, diese mit Ablauf der Vertragslaufzeit zu einem bei Vertragsschluss bereits festgelegten Kaufpreis (kalkulierter Restwert⁹¹) auszuüben und damit das Eigentum an der Immobilie zu erwerben. Zu entsprechenden Konditionen kann auch eine Verkaufsoption zugunsten des AN (sog. Andienungsrecht) vereinbart werden, was insbesondere bei Spezialimmobilien oder aus anderen Gründen schlecht verwertbaren Objekten zweckmäßig sein kann. Ferner kann dem AG eine Option zur Vertragsverlängerung gewährt werden, bei deren Ausübung der AG weiterhin in Besitz des Gebäudes bleiben und dieses für seine öffentlichen Aufgaben nutzen kann⁹².

Schließlich ist auch eine Vereinbarung denkbar, nach der AG am Verwertungserlös des AN beteiligt wird. Inhalt einer solchen Verwertungsabrede kann sein, dass der AN die Veräußerung der Immobilie übernimmt. Unterschreitet der Verwertungserlös den bei Vertragsschluss vereinbarten Restwert, wäre die Differenz vom AG auszugleichen. Bei Überschreitungen wäre der Mehrerlös zwischen AG und AN nach einem festgelegten Verteilungsschlüssel (z.B. 75% zu 25%) aufzuteilen.

4.3.1.5 Entgelt / Finanzierung

Wie bei Vertragsmodell I dient die Entgeltrate der (Re-)Finanzierung aller Aufwendungen des AN (einschließlich der Betreiber- und sonstigen Betriebskosten) sowie etwaiger Risikoaufschläge und seines Gewinns im Hinblick auf sämtliche Projektphasen⁹³.

⁹⁰ Abhängig von der Kalkulationsstruktur des gesamten Projekts könnten AG und AN insoweit zusätzlich vereinbaren, den Erlös aus der Verwertung des Gebäudes durch den AN untereinander aufzuteilen.

⁹¹ Entsprechend dem Immobilien-Erlass vom 23.12.1991 muss der Restwert mindestens den Restbuchwert des Gebäudes unter Anwendung der linearen AfA (zzgl. des Werts von Grund und Boden) betragen.

⁹² Entsprechend dem Immobilien-Erlass vom 23.12.1991 beträgt die vereinbarte Anschlussmiete dann über 75% der marktüblichen Vergleichsmiete.

⁹³ Vgl. Kroll, Vertragsgestaltung im Leasing mit der öffentlichen Hand, in: Kroll, Leasing-Handbuch für die öffentliche Hand, S. 2 ff., 46 ff.

Bei dem Vertragsmodell II zugrunde gelegten Teilamortisationskonzept deckt der auf die Planungs- und Bauphase bezogene Entgeltbestandteil regelmäßig die Differenz zwischen den Gesamtinvestitionskosten und dem kalkuliertem Restwert der Immobilie bei Vertragsende⁹⁴.

4.3.2 Variations- und Ausgestaltungsmöglichkeiten

4.3.2.1 Gebäudeeigentum beim AN / Transfer auf AG

- AN als Grundstückseigentümer (§§ 94, 946 BGB)

Wie bei Vertragsmodell I liegt dem Vertragsmodell II die Annahme zugrunde, dass der AN grundsätzlich Eigentümer des Grundstücks ist, auf dem das Gebäude errichtet werden soll. Der AN erwirbt daher Eigentum an dem Gebäude kraft Gesetzes gemäß §§ 94, 946 BGB. Im Falle der Ausübung einer Kaufoption des AG (bzw. Verkaufsoption des AN) wird das Grundstückseigentum durch Auflassung und Eintragung im Grundbuch auf den AG übertragen (§§ 873 ff., 925 BGB).

- AN als Erbbauberechtigter (§ 1 Abs. 1 ErbbauVO)

Ist der AG Eigentümer des Grundstücks, kann der AN alternativ das „Gebäudeeigentum“ im Wege der Erbbaurechtsbestellung erwerben⁹⁵.

Im Unterschied zu Vertragsmodell I sollte die Dauer des Erbbaurechts jedoch nicht auf die Dauer der Betriebsphase begrenzt werden. Denn sollte der AG seine Kaufoption (bzw. der AN seine Verkaufsoption) oder seine Vertragsverlängerungsoption am Ende der Vertragslaufzeit nicht ausüben, muss der AN als Erbbauberechtigter bzw. LG in die Lage versetzt sein, durch anschließende „Vermietung“ an einen Dritten seine Finanzierungskosten insgesamt zu amortisieren⁹⁶. Zur Absicherung des AN (LG) wäre in diesem Fall ein Erbbaurecht mit einer Laufzeit von 50 bis 60 Jahren zu vereinbaren⁹⁷.

Mit Erlöschen des Erbbaurechts – sei es durch Zeitablauf oder durch Aufhebungsvertrag – erwirbt der AG als Grundstückseigentümer kraft Gesetzes das Eigentum am Gebäude (§§ 94, 946 BGB i.V.m. § 12 Abs. 3 ErbbauVO).

⁹⁴ Im Rahmen des Teilamortisationsmodells kann der AG (LN) darüber hinaus verpflichtet sein, an den AN (LG) zusätzlich zur Entgeltrate während der Vertragslaufzeit sog. Mietvorauszahlungen bzw. Mieterdarlehen zu zahlen (vgl. hierzu oben, Kap. 4.3.1.2).

⁹⁵ Vgl. oben, Kap. 4.2.2.1.

⁹⁶ Im Falle der Teilamortisation liegt eine vollständige Amortisation wegen des verbleibenden Restwerts der Immobilie zum Ende der Vertragslaufzeit regelmäßig nicht vor.

⁹⁷ Vgl. Seibel, NZM 1999, 197 (198).

- AN als Eigentümer des Gebäudes (§ 95 BGB)

Wie bei Vertragsmodell I könnte der AN (LG) das „Gebäudeeigentum“ auch als sog. „Scheinbestandteil“ des Grundstücks gemäß § 95 BGB erwerben⁹⁸. Soweit jedoch dem AG (LN) als Grundstückseigentümer das Wahlrecht – z.B. im Wege einer Kaufoption - eingeräumt wird, ob er das Gebäude am Ende der Vertragslaufzeit erwerben möchte oder nicht, geht die Rechtsprechung davon aus, dass der AN (LG) das Gebäude zu einem dauerhaften Zweck errichtet⁹⁹.

4.3.2.2 Ausgestaltung des Betriebs- und Nutzungsverhältnisses

- Ausgestaltung des Nutzungsrechts des AG

Im Unterschied zu Vertragsmodell I ist das Nutzungsrecht des AG grundsätzlich auf den vertragsgemäßen Gebrauch beschränkt. Dies bedeutet, dass die Vertragsparteien ihrem Nutzungsverhältnis einen möglichst umfassend definierten Nutzungszweck vertraglich zugrundelegen sollten. Im Übrigen ist eine Gebrauchsüberlassung an Dritte grundsätzlich nur mit Zustimmung des AN zulässig. Der AN kann diese Zustimmung dem AG bereits im Rahmen des PPP-Vertrags erteilen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass ein dem Dritten bei Gebrauch des Gebäudes zur Last fallendes Verschulden stets dem AG zugerechnet wird.

- Ausgestaltung der Betreiber-/Nutzungsüberlassungspflicht des AN

Die Betreiber- und Nutzungsüberlassungspflichten des AN im Rahmen des Facility Management (technisches, infrastrukturelles, kaufmännisches Gebäude- und Flächenmanagement) bzw. des Nutzungsverhältnisses zum AG entsprechen je nach Umfang der Betreiberleistungen und Nutzungszweck im Wesentlichen den Pflichten des AN nach Vertragsmodell I. Insbesondere übernimmt der AN auch hier während der Vertragslaufzeit regelmäßig die Instandhaltung und Instandsetzung (inkl. „Dach und Fach“) sowie die Versicherung des Gebäudes¹⁰⁰.

⁹⁸ Vgl. hierzu oben, Kap. 4.2.2.1.

⁹⁹ BGH, LM Nr. 5 und 15; sollte das Gebäude hingegen nach dem Willen des AN zum Zeitpunkt der Gebäudeerrichtung tatsächlich nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grundstück verbunden sein, bleibt es den Vertragsparteien unbenommen, während der Vertragslaufzeit die Umwandlung des vorübergehenden in einen dauerhaften Zweck entsprechend §§ 929 ff. BGB zu vereinbaren. In diesem Fall würde mit Einigung der Vertragsparteien das Eigentum am Gebäude kraft Gesetzes auf den AG übergehen (vgl. oben, Kap. 4.2.2.1).

¹⁰⁰ Vgl. Kap. 4.2.1.1; legt man Vertragsmodell II die für das herkömmliche Immobilien-Leasing typische Risikoverteilung zu Grunde, wäre die Pflicht zur Instandhaltung, Instandsetzung und Versicherung des Gebäudes jedoch nicht Teil der Nutzungsüberlassungspflichten, sondern Teil der Facility Management-Pflichten des AN. Denn im Rahmen des die Nutzungsüberlassung betreffenden Immobilien-Leasing werden diese Pflichten typischerweise nicht dem AN (LG), sondern dem AG (LN) zugewiesen (vgl. u.a. Seibel, NZM 1999, 197 (203);

4.3.2.3 Besonderheiten bei „Sale-and-lease-back“-Verträgen

Ein „Sale-and-lease-back“-Geschäft ist als Sonderform des Finanzierungsleasings dadurch gekennzeichnet, dass der LN zunächst Eigentümer des Leasinggegenstandes (Gebäude) wird bzw. ist und es an den LG verkauft und übereignet, um es sodann sofort von dem LG wieder in erlasskonformer Weise zurückzuleasen¹⁰¹. Im Zusammenhang mit PPP-Verträgen kann das Motiv des öffentlichen AG (LN) darin bestehen, das in einer Immobilie gebundene Kapital freizusetzen (Liquiditätsverbesserung). Dadurch sollen entweder der Haushalt entlastet oder neue Investitionen ermöglicht werden, ohne auf die Möglichkeit zur Nutzung der Immobilie verzichten zu müssen.

Das „Sale-and-lease-back“-Verfahren lässt sich sowohl auf vom AG neu errichtete Gebäude (sog. „First-hand-Leasing“) als auch auf Gebäude anwenden, die bereits seit längerer Zeit im Eigentum des AG stehen (sog. „Second-hand-Leasing“)¹⁰². Im Vergleich zu der für Vertragsmodell II charakteristischen Grundstruktur besteht bei der „Sale-and-lease-back“-Variante die Besonderheit, dass der AN (LG) das Gebäude nicht von einem Dritten, sondern vom AG (LN) selbst erwirbt. Daher fehlt es hier regelmäßig an dem für das Finanzierungsleasing typischen Dreieckverhältnis (LN-LG-Hersteller/Lieferant). Dies führt dazu, dass der AN (LG) seine (mietvertraglichen) Gewährleistungspflichten während der Überlassung des Gebäudes an den AG (LN) nicht durch gleichzeitige Abtretung eigener kauf- bzw. werkvertraglicher Gewährleistungsansprüche gegenüber Dritten ausschließen kann¹⁰³.

Kratzer/Kreuzmair, Leasing in Theorie und Praxis, S. 89; Gondert/Gach/Biagosch/ Jacob, Immobilienleasing, in: Unsinger, Immobilien – Recht und Steuern, S. 641 (670 f.). Diese Risikoverteilung zu Lasten des AN (LG) im Rahmen seiner Betreiberpflichten können die Vertragsparteien freilich praktisch dadurch abfedern, dass der AN (LG) diese Risiken versichern lässt und dem AG (LN) die Versicherungsprämien (z.B. anteilig) in Form von Nutzungsnebenkosten als Bestandteil des Entgelts in Rechnung stellt. – Abweichend von der herkömmlichen Form des Immobilien-Leasings könnte jedoch auch vereinbart werden, dass der AN als LG die Pflicht zur Instandhaltung, Instandsetzung und Versicherung des Gebäudes als typische Vermieterpflichten übernimmt. Insoweit müsste nur dem gesetzlichen Leitbild für den Mietvertrag gefolgt werden.

¹⁰¹ BGH, NJW 1990, 829 (831); Büschgen, Praxishandbuch Leasing, § 17 Rn.1.

¹⁰² Erwirbt der AN als LG das Gebäude hingegen zunächst von einem Dritten, bevor er es an den AG als LN weiterverleaset, so spricht man stattdessen von einem sog. „Buy-and-lease“-Verfahren.

¹⁰³ Vgl. Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, Rn. 1414 ff., der einen einseitigen Ausschluss der Gewährleistungsrechte des Leasinggebers (LG) aus dem Nutzungsverhältnis daher auch als AGB-widrig gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG a.F. ansieht; demgegenüber hält Büschgen, Praxishandbuch Leasing, § 17 Rn. 9, 16 ff., einen entsprechenden Gewährleistungsausschluss wegen der dem Leasingnehmer (LN) als Verkäufer des Leasinggegenstandes verbleibenden eigenen Sekundäransprüche gegenüber Herstellern/Lieferanten für nicht grundsätzlich AGB-widrig. Die Rechtsprechung hat sich zu dieser Frage bisher – soweit ersichtlich – nicht geäußert.

4.3.3 Zivilrechtliche Qualifikation

4.3.3.1 Zuordnung zu gesetzlichen Vertragstypen / Typenkombinationsvertrag

Wie bei Vertragsmodell I handelt es sich auch bei Vertragsmodell II grundsätzlich um einen sog. Typenkombinationsvertrag¹⁰⁴.

4.3.3.2 Anwendbares Recht

- Planungs- und Bauphase: Planungs- und Bauleistungen

Im Unterschied zu Vertragsmodell I sind Gesamtplanung und schlüsselfertige Errichtung des Gebäudes nicht eigens Gegenstand der zwischen AG (LN) und AN (LG) vereinbarten Leistungspflichten des AN (LG). Das Vertragsmodell II beschreibt vielmehr lediglich die Überlassung eines – vom AN (LG) erst noch herzustellen bzw. anzuschaffenden – Gebäudes zu einem bestimmten Zeitpunkt. Im Hinblick auf die vom AN – tatsächlich – zu erbringenden Bau- und Planungsleistungen besteht zwischen AN (LG) und AG (LN) im Unterschied zu Vertragsmodell I daher auch kein werkvertragliches Rechtsverhältnis. Der AG (LN) ist lediglich aufgrund besonderer vertraglicher Vereinbarung mit dem AN (LG), die im Rahmen des Anspruchs des AG (LN) auf Überlassung des Gebäudes während der Betriebsphase getroffen wird, schon während der Bauphase berechtigt, die Einhaltung der Beschaffenheitsvorgaben und des Zeitplans für die Gebäudeüberlassung zu kontrollieren¹⁰⁵.

- Betriebsphase: Nutzungsüberlassungs- und Betreiberpflichten

Auf die Pflicht des AN, dem AG während der Betriebsphase das Gebäude zur Nutzung zu überlassen, findet im Unterschied zum Vertragsmodell I **in erster Linie Mietrecht** gemäß §§ 535 ff. BGB und im Hinblick auf abgetretene Gewährleistungsansprüche gegenüber den Bauunternehmen **werkvertragliches Leistungsstörungenrecht** gemäß §§ 633 ff. BGB Anwendung¹⁰⁶.

Beim Vertragsmodell II ist wesentlicher Vertragszweck, dem AG (LN) gegen Zahlung eines Entgelts das Gebäude für die Dauer der Betriebsphase zur Nutzung zu überlassen¹⁰⁷. Damit entspricht das Vertragsverhältnis zwischen AN (LG) und AG (LN) dem des Mietvertrages

¹⁰⁴ Vgl. hierzu und zur praktischen Bedeutung der zivilrechtlichen Zuordnung oben, Kap. 4.2.3.1.

¹⁰⁵ Siehe oben, Kap. 4.3.1.1.

¹⁰⁶ Beim sog. Buy-and-lease-Verfahren, bei dem Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Verkäufer abgetreten werden, treten an die Stelle der werkvertraglichen Gewährleistungsvorschriften die kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften der §§ 434 ff. BGB.

¹⁰⁷ BGH, NJW 1978, 1383 (1384); NJW 1986, 1746 (1748).

gemäß § 535 BGB. Allerdings weicht das Immobilien-Leasing insofern vom gesetzlichen Leitbild des Mietvertrages ab¹⁰⁸, als der Finanzierungszweck, d.h. die Amortisation des Leasinggegenstandes¹⁰⁹, im Vordergrund steht.

Gleiches gilt für das „Sale-and-lease-back“-Geschäft¹¹⁰. Auf die vertraglichen Vereinbarungen, die die Gebrauchsüberlassung („Rückvermietung“) nach Verkauf (Übereignung) betreffen, findet ebenfalls **in erster Linie Mietrecht** gemäß §§ 535 ff. BGB Anwendung¹¹¹.

Auf die vom AN geschuldeten Betreiber- und Managementpflichten findet je nach Art der Leistung **Dienst- oder Werkvertragsrecht** (§§ 611 ff. bzw. 631 ff. BGB) Anwendung¹¹².

- Finanzierungsphase: Entgelt- und Finanzierungsleistungen

Auf die Verpflichtung des AG zur Zahlung des ratenweise gestaffelten Entgelts findet regelmäßig entweder **Mietvertragsrecht** (§§ 535 ff. BGB) oder **Werkvertrags- bzw. Dienstvertragsrecht** (§§ 631 ff. bzw. 611 ff. BGB) Anwendung – je nachdem, ob sich der Entgeltbestandteil auf die Überlassung des Gebäudes oder den umfassenden Facility Management-Auftrag bezieht.

Wie bei Vertragsmodell I ist die Verantwortung des AN für die (Vor-) Finanzierung seiner Leistungspflichten im Rahmen der Planungs-, Bau- und Betriebsphasen nicht eigens im Vertrag geregelt. Auf die abzuschließenden Finanzierungsverträge mit Dritten findet je nach Ausgestaltung entweder Darlehens- oder Kaufvertragsrecht Anwendung¹¹³.

¹⁰⁸ Aufgrund der auf Nebenleistungspflichten beschränkten Abweichungen vom gesetzlichen Leitbild des Mietvertrages wird der in der herkömmlichen Leasingpraxis verwendete Immobilien-Leasingvertrag von der Rechtsprechung auch als „atypischer Mietvertrag“ bezeichnet; vgl. BGH, NJW 1982, 105 (106); BGH, NJW 1986, 179; BGH, NJW 1989, 1279 (1280); eine ausführliche Auswertung der BGH-Rechtsprechung findet sich bei: Büschgen, Praxishandbuch Leasing, § 5 Rn. 6 ff.

¹⁰⁹ Im Vergleich zur Mietrate, die lediglich die Kosten der Nutzungsüberlassung abdecken soll, führt der Amortisationsgedanke beim Leasing regelmäßig zu entsprechend höher bemessenen Leasingraten.

¹¹⁰ Trotz seiner Besonderheiten gegenüber dem typischen Finanzierungsleasing wird es von der Rechtsprechung dem Finanzierungsleasing zugeordnet (BGH, NJW 1990, 829 (830 f.); Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, Rn. 1425; Büschgen, Praxishandbuch Leasing, § 17 Rn. 4).

¹¹¹ U.a. Kratzer/Kreuzmair, Leasing in Theorie und Praxis, S. 75 ff.; Putzo, in: Palandt, BGB-Kommentar, v. § 433 bezeichnet den „Sale-and-lease-back“-Vertrag daher auch als zusammengesetzten Vertrag.

¹¹² Soweit vereinbart wird, dass Instandsetzungs-, Instandhaltungs- und Versicherungspflichten als typische Vermieterpflichten beim AN als LG verbleiben, würden diese den mietvertraglichen Regeln unterliegen.

¹¹³ Vgl. oben, Kap. 4.2.3.2.

- Verwertungsphase: Übertragung des Gebäudes

Auf die Verpflichtung des AG (LN), am Ende der Vertragslaufzeit das Gebäude zu räumen und in vertragsgemäßem Zustand an den AN (LG) zurückzugeben, findet **Mietvertragsrecht** gemäß §§ 535 ff. BGB Anwendung.

Übt der AG (LN) am Ende der Vertragslaufzeit eine ihm ggf. eingeräumte Kaufoption aus, wird sowohl beim Immobilien-Leasing, der Grundform des Vertragsmodells II, als auch bei der „Sale-and-lease-back“-Variante das bis dahin zwischen AN (LG) und AG (LN) bestehende Mietverhältnis beendet und in ein **kaufvertragliches Rechtsverhältnis** gemäß §§ 433 ff. BGB umgewandelt¹¹⁴.

4.3.3.3 Abgrenzung zu anderen Vertragstypen

- Mietvertrag

Im Unterschied zum Mietvertrag findet auf die Überlassung des Gebäudes während der Betriebsphase neben Mietvertragsrecht regelmäßig auch werkvertragliches Leistungsstörungsrecht Anwendung. Denn an die Stelle mietrechtlicher Gewährleistungsansprüche treten, jedenfalls nach der bisher für das konventionelle Immobilien-Leasing maßgeblichen Vertragspraxis, die an den AG (LN) abgetretenen Gewährleistungsansprüche des AN (LG) gegenüber seinen Bauunternehmen. Darüber hinaus unterscheidet sich Vertragsmodell II vom Mietvertrag durch die Einräumung einer Kaufoption am Ende der Vertragslaufzeit.

- Kaufvertrag

Im Unterschied zum Kaufvertrag zielt Vertragsmodell II nicht auf die Verschaffung des Eigentums am Gebäude gegen Zahlung eines Kaufpreises (Austauschvertrag). Vielmehr handelt es sich beim Vertragsmodell II um ein Dauerschuldverhältnis in Gestalt der Gebrauchsüberlassung auf Zeit¹¹⁵.

4.3.4 Verwendungsmöglichkeiten von Vertragsmodell II

Vertragsmodell II lässt sich ebenso wie Vertragsmodell I für Planung, Bau, Betrieb und Finanzierung eines im Eigentum des AN befindlichen Gebäudes verwenden. Es eignet sich grundsätzlich sowohl für Neubauvorhaben, als auch für die Sanierung von Bestandsgebäu-

¹¹⁴ Allgemeine Meinung; vgl. u.a. Weidenkaff, in: Palandt, BGB-Kommentar, v. § 535 Rn. 30; Kummer, in: Soergel, BGB-Kommentar, v. § 535 Rn. 72, jeweils zur vergleichbaren Rechtslage beim sog. „echten“ Mietkauf.

¹¹⁵ Vgl. BGH, NJW 1986, 1746 (1748).

den, die bis zum Ende der Betriebsphase im Eigentum des AN stehen. In der „Sale-and-lease-back“-Variante kann Vertragsmodell II insbesondere auch für sanierungsbedürftige Gebäude im Bestand des AG¹¹⁶ verwendet werden, die zu Sanierungszwecken bis zum Ende der Betriebsphase auf den privaten AN übertragen und vom AG zurückgeleast werden.

4.4 Vertragsmodell III

4.4.1 Vertragliche Strukturelemente

4.4.1.1 Leistungsumfang

Der Leistungsumfang des AN entspricht ganz überwiegend dem Leistungsumfang gemäß Vertragsmodell II während eines Zeitraums von üblicherweise 20 bis 30 Jahren. Lediglich im Zusammenhang mit der Betriebs- und Finanzierungsphase sind folgende Besonderheiten hervorzuheben:

- Betriebsphase

Wie bei den Vertragsmodellen I und II überlässt der AN dem AG das Gebäude zur Nutzung und übernimmt die Verantwortung für den Betrieb des Gebäudes. Der Betriebsverantwortung liegt auch hier ein umfassender Betreiber- bzw. Facility Management-Auftrag zugrunde. Allerdings umfasst das Facility Management nicht auch die Instandhaltung und Instandsetzung des Gebäudes (einschließlich „Dach und Fach“), weil diese Leistungselemente bereits Bestandteil der Verpflichtung zur Nutzungsüberlassung sind. Insoweit ist der AN nämlich bereits als Vermieter des Gebäudes verpflichtet, dem AG das Gebäude in einem vertragsgemäßen Zustand zu überlassen und es während der Betriebsphase in diesem Zustand auf eigene Kosten zu erhalten.

- Finanzierungsphase

Im Unterschied zum Vertragsmodell II liegt der Kalkulation des Nutzungsentgelts nicht die (Teil-)Amortisation der Investitionen des AN zugrunde. Vielmehr bemisst sich das Entgelt nach der marktüblichen Miete sowie der Betreibervergütung.

Infolge dessen wird für den Fall einer Kaufoption der Kaufpreis nicht bereits bei Vertragsabschluss vereinbart. Stattdessen wird vereinbart, dass der Kaufpreis dem erst bei Optionsausübung zu ermittelnden Verkehrswert der Immobilie entspricht.

¹¹⁶ Für Spezialimmobilien eignet sich das PPP-Leasingsmodell aus steuerrechtlichen Gründen jedoch nur bedingt; zur steuerlichen Behandlung des sog. Spezialleasing siehe unten, Kap. 8.3.3.1.1.2.

4.4.1.2 PPP-typische Risikoverteilung

Im Vergleich zu Vertragsmodell II weist die PPP-typische Risikoverteilung bei Vertragsmodell III folgende Besonderheiten auf:

- Betriebsphase

Zwar trägt der AN als Vermieter beim Vertragsmodell III ebenso wie nach Vertragsmodell II auch während der Betriebsphase die Gefahr der von keiner Vertragspartei zu vertretenden Zerstörung oder langfristig ausgeschlossenen Nutzungsmöglichkeit des Gebäudes (allgemeine Sach- und Preisgefahr) sowie das Risiko der nachträglichen Verschlechterung des Gebäudezustands¹¹⁷. Dem AG als Mieter stehen insoweit dieselben Rechte wie nach Vertragsmodell II zu. Im Unterschied zu Vertragsmodell II liegt dieser Risikoverteilung nicht das Motiv zugrunde, aus steuerlichen Gründen das wirtschaftliche Eigentum dem AN als LG zuzuordnen, vielmehr folgt sie dem gesetzlichen Leitbild des Mietvertrages (§ 536 BGB).

Ebenso wie in Vertragsmodell II trägt der AN als Vermieter des Gebäudes auch das Bonitätsrisiko der von ihm zur Gebäudeerrichtung beauftragten Bauunternehmen. Im Unterschied zu Vertragsmodell II bedarf diese Risikozuweisung jedoch nicht des Rückgriffs auf das sog. Äquivalenzprinzip zwischen Leistung und Gegenleistung der Mietparteien¹¹⁸. Denn im Vertragsmodell III werden weder Mängelansprüche zwischen AG und AN ausgeschlossen, noch Mängel-, Garantie- und Schadensersatzansprüche des AN gegenüber den zur Errichtung des Gebäudes beauftragten Bauunternehmen an den AG abgetreten. Das Risiko der Bonität der jeweiligen Bauunternehmen verbleibt damit stets beim AN als Forderungsinhaber.

- Finanzierungsphase

Zwar umfasst beim Vertragsmodell III die Übernahme des Finanzierungsrisikos durch den AN ebenso wie bei Vertragsmodell II alle weiteren variablen Kostenelemente der Entgeltkalkulation während der Planungs-, Bau- und Betriebsphase. Im Unterschied zu Vertragsmodell II liegt der Übernahme des Finanzierungsrisikos jedoch nicht der für das Vertragsverhältnis zwischen einem Leasinggeber und einem Leasingnehmer charakteristische Finanzierungszweck zugrunde. Vielmehr nimmt der AN als Vermieter (und damit als zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer des Gebäudes) im Rahmen der Planungs-, Bau- und Betriebsphase ausschließlich eigene Vermögensinteressen wahr. Da die insoweit notwendigen Investitionen damit ausschließlich den Vermögensbereich des AN betreffen, entspricht es nicht

¹¹⁷ Vgl. hierzu Kap. 4.2.1.2.

¹¹⁸ Vgl. oben Kap. 4.3.1.2.

nur ökonomischen Effizienzgesichtspunkten sondern auch dem Grundgedanken der Risikozuordnung, den AN mit dem Finanzierungsrisiko zu belasten.

- Verwertungsphase

Da der AG gegenüber dem AN ebenso wie in Vertragsmodell II nicht verpflichtet ist, am Ende der Betriebsphase das Eigentum am Gebäude zu erwerben¹¹⁹, trägt in der Regel der AN als Vermieter das Risiko der anschließenden wirtschaftlichen Verwertung des Gebäudes (Verwertungsrisiko)¹²⁰. Insoweit obliegt es dem AN, einen neuen Nutzer für die Immobilie zu finden, um seine Gesamtinvestitionskosten langfristig decken zu können.

Das Verwertungsrisiko geht auf den AG lediglich im Falle der Ausübung einer ihm eingeräumten Kaufoption über. Dabei kann der AG am Ende der Vertragslaufzeit selbst entscheiden, ob der Zustand bzw. die weitere Nutzungsmöglichkeit der Immobilie den am Verkehrswert orientierten Kaufpreis rechtfertigt¹²¹.

4.4.1.3 Laufzeit

Die vereinbarte Laufzeit des Vertrages orientiert sich grundsätzlich ebenfalls an dem Zeitbedarf für die Bau- bzw. Planungsphase sowie an der üblichen Nutzungsdauer des Gebäudes von 20 bis 30 Jahren. Da jedoch im Rahmen des Vertragsmodells III die Gebrauchsüberlassung und nicht die Finanzierung des Gebäudes im Vordergrund steht, sind auch kürzere Laufzeiten denkbar. Da kürzere Laufzeiten jedoch oftmals weder dem Nutzungsinteresse des AG noch dem Finanzierungsinteresse des AN entsprechen, ist auch bei diesem Modell regelmäßig von einer Laufzeit von 20 bis 30 Jahren auszugehen.

Zwar ist der Vertrag während der Vertragslaufzeit grundsätzlich von beiden Seiten kündbar¹²². Vereinbaren die Vertragsparteien jedoch eine feste Vertragslaufzeit von z.B. 25 Jahren, kann der Vertrag währenddessen gemäß § 542 Abs. 2 BGB nur noch außerordentlich gekündigt werden. Vereinbaren die Vertragsparteien eine Laufzeit von mehr als 30 Jahren,

¹¹⁹ Der AG ist grundsätzlich lediglich verpflichtet, dem AN das Gebäude am Ende der Vertragslaufzeit zurückzugeben.

¹²⁰ Etwas anderes gilt nur dann, wenn dem AN vertraglich eine Verkaufsoption (Andienungsrecht), durch deren Ausübung der AG zum Erwerb des „Gebäudegrundstücks“ verpflichtet werden kann, eingeräumt wird.

¹²¹ Alternativ könnte dem AG durch den AN vertraglich auch eine Vertragsverlängerungsoption eingeräumt werden, durch deren Ausübung der AG sein Nutzungsrecht entsprechend verlängern kann.

¹²² Im Unterschied zu den Vertragsmodellen I und II erstreckt sich die grundsätzliche vorzeitige Kündbarkeit der Leistungen des AN insoweit nicht nur auf die Betriebspflichten, sondern zusätzlich auch auf alle weiteren Leistungspflichten des AN.

steht beiden Seiten nach Ablauf von 30 Jahren ab Gebrauchsüberlassung gemäß § 544 BGB zwingend ein ordentliches Kündigungsrecht zu¹²³.

4.4.1.4 Verwertung durch den Vermieter (AN)

Ebenso wie bei Vertragsmodell II geht das Eigentum des AN an dem Gebäude nicht mit Ablauf der Vertragslaufzeit bzw. mit Zahlung der letzten Entgeltrate („automatisch“) auf den AG über. Vielmehr ist der AG grundsätzlich zur Rückgabe des Gebäudes nach Ende der Vertragslaufzeit verpflichtet¹²⁴. In diesem Fall obliegt es dem AN, das Gebäude an einen neuen Nutzer zu vermieten bzw. es in sonstiger Weise zu verwerten. Sollte der AG jedoch eine ihm ggf. im PPP-Vertrag eingeräumte Kaufoption während der Vertragslaufzeit ausüben, hat der AG einen Anspruch auf Übereignung des Gebäudes¹²⁵. Im Unterschied zu Vertragsmodell II entspricht der Kaufpreis jedoch nicht dem bereits bei Vertragsschluss kalkulierten Restwert der Immobilie, sondern dem (z.B. durch Sachgutachten ermittelten) Verkehrswert zum Zeitpunkt der Optionsausübung.

4.4.1.5 Entgelt / Finanzierung

Im Unterschied zu Vertragsmodell I und II besteht der wesentliche Zweck von Vertragsmodell III nicht in der Finanzierung der dem AN im Rahmen von Planung, Bau und Betrieb des Gebäudes entstandenen Gesamtinvestitionskosten, sondern in der Gebrauchsüberlassung an den AG sowie in dem Betrieb des Gebäudes durch den AN während der Vertragslaufzeit. Mangels einer festen Verknüpfung mit den Investitionskosten können daher bei der Kalkulation des Nutzungsentgelts erhebliche Unterschiede bestehen. Insbesondere richtet sich die Kalkulation des auf die Gebrauchsüberlassung bezogenen Entgeltbestandteils nicht nach den Gesamtinvestitionskosten, sondern nach dem Marktpreis für eine nach Art, Qualität, Ausstattung, Größe und Lage vergleichbare Immobilie. Dabei werden insbesondere bei längeren Vertragslaufzeiten regelmäßig Wertsicherungsklauseln im Wege der Indexierung (z.B. Inflationsrate, Lebenshaltungskostenindex etc.) vereinbart. Die Prämien für im Rahmen der

¹²³ In diesen Fällen wird dem AG durch den AN regelmäßig ein Dauernutzungsrecht gemäß § 31 Abs. 2 WEG eingeräumt, auf welches § 544 BGB nicht anwendbar ist (vgl. Vertragsmodell II).

¹²⁴ Sollte dem AG im PPP-Vertrag eine Vertragsverlängerungsoption eingeräumt sein, kann der AG durch Ausübung dieser Option sein Nutzungsrecht am Gebäude entsprechend verlängern.

¹²⁵ Im Schrifttum wird eine derartige Kombination von Mietmodell und Kaufoption auch als sog. „echter“ Mietkauf bezeichnet. Im Gegensatz zum sog. „unechten“ Mietkauf zeichnet sich der „echte“ Mietkauf dadurch aus, dass die Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses den Erwerb des Gebäudeeigentums zugunsten des AG noch nicht fest vereinbart haben und es vielmehr in der freien Entscheidung des AG liegt, ob er die Kaufoption ausübt oder nicht.

Planungs-, Bau- und Betriebsphase abzuschließende Versicherungen sind regelmäßig nicht Gegenstand der Entgeltkalkulation des AN.

4.4.2 Gestaltungsmöglichkeiten

4.4.2.1 Gebäudeeigentum beim AN / Transfer auf AG

- AN als Grundstückseigentümer (§§ 94, 946 BGB)

Dem Vertragsmodell III liegt ebenso wie bei Vertragsmodell I und II die Annahme zugrunde, dass der AN grundsätzlich Eigentümer des Grundstücks ist, auf dem das Gebäude errichtet werden soll. Der AN erwirbt daher Eigentum an dem Gebäude kraft Gesetzes gemäß §§ 94, 946 BGB. Im Falle der Ausübung einer Kaufoption des AG (bzw. Verkaufsoption des AN) wird das Grundstückseigentum durch Auflassung und Eintragung im Grundbuch auf den AG übertragen (§§ 873 ff., 925 BGB).

- AN als Erbbauberechtigter (§ 1 Abs. 1 ErbbauVO)

Ist der AG Eigentümer des Grundstücks, kann dem AN das zivilrechtliche Eigentum am Gebäude durch Erbbaurechtsbestellung gemäß § 1 Abs. 1, 12 ErbbauVO zugewiesen werden.

Dabei sollte die Dauer des Erbbaurechts ebenso wie bei Vertragsmodell II nicht auf die Vertragslaufzeit begrenzt werden. Denn sollte der AG seine Kaufoption (bzw. der AN seine Verkaufsoption) oder seine Vertragsverlängerungsoption am Ende der Vertragslaufzeit nicht ausüben, muss der AN als Erbbauberechtigter in der Lage sein, sein wirtschaftliches Verwertungsinteresse im Wege des Abschlusses neuer entgeltlicher Nutzungsverhältnisse mit Dritten zu befriedigen. In der Praxis wird daher ähnlich zu Vertragsmodell II ein Erbbaurecht mit einer Laufzeit von 50-60 Jahren anzuraten sein¹²⁶.

Mit Erlöschen des Erbbaurechts – entweder durch Zeitablauf oder Aufhebungsvertrag – erwirbt der AG als Grundstückseigentümer kraft Gesetzes das Eigentum am Gebäude (§§ 94, 946 BGB i.V.m. § 12 Abs. 3 ErbbauVO).

¹²⁶ Vgl. Seibel, NZM 1999, 197 (198), allerdings hier zum Finanzierungsleasing.

- AN als Eigentümer des Gebäudes (§ 95 BGB)

Wie bei Vertragsmodell I und II könnte der AN das „Gebäudeeigentum“ auch als sog. Scheinbestandteil des Grundstücks gemäß § 95 BGB erwerben. Zu Einzelheiten wird auf die entsprechenden Ausführungen bei Vertragsmodell I und II verwiesen¹²⁷.

4.4.2.2 Ausgestaltung des Betriebs- und Nutzungsverhältnisse

Hinsichtlich der Ausgestaltung des Nutzungsrechts des AG sowie der Betreiber-/Nutzungsüberlassungspflichten des AN kann auf die entsprechenden Ausführungen zu Vertragsmodell II verwiesen werden.

4.4.3 Zivilrechtliche Qualifikation

4.4.3.1 Typenkombinationsvertrag

Wie beim Vertragsmodell I und II handelt es sich auch bei Vertragsmodell III grundsätzlich um einen sog. Typenkombinationsvertrag¹²⁸.

4.4.3.2 Anwendbares Recht

Im Vergleich zu Vertragsmodell II weist das auf die jeweiligen Leistungen des AN anzuwendende Recht bei Vertragsmodell III folgende Besonderheiten auf:

- Betriebsphase: Nutzungsüberlassungs- und Betreiberleistungen

Im Unterschied zu Vertragsmodell II findet bei Vertragsmodell III auf die Pflicht des AN, dem AG während der Betriebsphase den Besitz am Gebäude zur Nutzung zu überlassen, nicht nur „in erster Linie“, sondern **ausschließlich Mietvertragsrecht** gemäß §§ 535 ff. BGB Anwendung.

Denn anders als beim Vertragsmodell II werden bei Vertragsmodell III die mietvertraglichen Gewährleistungsrechte des AG gegenüber dem AN nicht ausgeschlossen¹²⁹. Da sich die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien damit auf das Mietvertragsrecht beschränken, wird das Nutzungsverhältnis auch als „reiner Mietvertrag“ bezeichnet.

¹²⁷ Vgl. oben, Kap. 4.2.2.1 und 4.3.2.1.

¹²⁸ Vgl. hierzu oben Kap. 4.2.3.1 und 4.3.3.1.

¹²⁹ Vgl. oben, Kap. 4.3.1.2 bzw. 4.4.1.2.

- Finanzierungsphase: Entgelt- und Finanzierungsleistungen

Auf die Verpflichtung des AG zur Zahlung des ratenweise gestaffelten Entgelts findet regelmäßig entweder Mitvertragsrecht (§§ 535 ff. BGB) oder Werkvertrags- bzw. Dienstvertragsrecht (§§ 631 ff. bzw. 611 ff. BGB) Anwendung – je nachdem, ob sich der Entgeltbestandteil auf die Überlassung des Gebäudes (einschließlich der Erfüllung typischer Vermieterpflichten) oder den darüber hinausgehenden umfassenden Facility Management-Auftrag bezieht.

Hinsichtlich der nicht eigens im Vertrag geregelten Verantwortung des AN für die (Vor-)Finanzierung seiner Leistungspflichten im Rahmen der Planungs-, Bau- und Betriebsphasen wird auf die entsprechenden Ausführungen zu Vertragsmodell II verwiesen¹³⁰.

4.4.3.3 Abgrenzung zu anderen Vertragstypen

- Pachtvertrag

Der Pachtvertrag gemäß § 581 BGB unterscheidet sich von der Miete dadurch, dass dem Pächter nicht nur der entgeltliche Gebrauch des verpachteten Gegenstandes (bzw. Rechts), sondern auch die bei ordnungsgemäßer Wirtschaft anfallenden Früchte während der Pachtzeit zu gewähren sind. Früchte eines Gebäudes können gemäß § 99 Abs. 1 BGB insbesondere solche Erträge sein, die durch die Vermietung des Gebäudes an Dritte erzielt werden. Im Übrigen kommt in weiten Teilen Mietrecht zur Anwendung.

4.4.4 Verwendungsmöglichkeiten von Vertragsmodell III

Vertragsmodell III eignet sich grundsätzlich für alle Neubauvorhaben, bei denen der AG während der Betriebsphase nicht Eigentümer des Gebäudes ist oder werden will. Grundsätzlich kann das PPP-Vermietungsmodell zudem mit einer Option zur Vertragsverlängerung oder zum Erwerb der Immobilie (Kaufoption) kombiniert werden. Darüber hinaus eignet sich Vertragsmodell III grundsätzlich auch für die Sanierung von Bestandsgebäuden, die der AG an den AN veräußert und bis zum Ende der Betriebsphase zurückmietet. Der Unterschied zu Vertragsmodell II besteht insoweit darin, dass der AN dem AG den Gebrauch der Immobilie nicht aufgrund eines Leasingvertrages, sondern aufgrund eines Mietvertrages überlässt. Schließlich eignet sich Vertragsmodell III besser als Vertragsmodell II auch für Spezial-Immobilien. Wegen des Risikos der Drittverwendbarkeit von Spezial-Immobilien, die speziell für die Bedürfnisse der öffentlichen Hand errichtet werden, wird der AN in der Regel eine möglichst langfristige Nutzung der Immobilie durch den öffentlichen AG anstreben.

¹³⁰ Vgl. oben, Kap. 4.2.3.2.

4.5 Vertragsmodell IV

4.5.1 Vertragliche Strukturelemente

4.5.1.1 Leistungsumfang

Der in einem einheitlichen Vertragswerk zu regelnde Leistungsumfang des AN umfasst sämtliche Projektphasen. Im Unterschied zu den Vertragsmodellen I bis III liegt die übliche Nutzungsdauer des Gebäudes in Vertragsmodell IV jedoch in der Regel bei nur 15 bis 20 Jahren. Im Unterschied zu den Vertragsmodellen II und III sind auch Gesamtplanung und Bau bzw. Sanierung der Gebäude bzw. Anlagen Gegenstand der vertraglich vereinbarten Leistungspflichten des AN. Aufgrund dieser strukturellen Gemeinsamkeit liegt Vertragsmodell I den folgenden Ausführungen als primärer Vergleichsmaßstab zugrunde.

Im Vergleich zu Vertragsmodell I weist das Vertragsmodell IV die folgenden Besonderheiten auf:

- Planungs- und Bau- (bzw. Durchführungs-)phase

Die Leistungen des AN in der Planungs- und Bauphase umfassen nicht unbedingt nur die vollständige Neuerrichtung und Überlassung eines Gebäudes an den AG. Die Planungs- und Bauleistungen des AN können auch die nur teilweise Neuerrichtung von Gebäuden bzw. Anlagen¹³¹ oder die Durchführung von Sanierungsarbeiten an den bereits auf dem Grundstück des AG befindlichen Gebäuden und Anlagen zum Gegenstand haben.

In jedem Fall liegt den Planungsarbeiten des AN ebenso wie in Vertragsmodell I eine funktionale Bau- bzw. Sanierungsbeschreibung des AG zugrunde. Die einzelnen Planentwürfe bedürfen dem Zustimmungsvorbehalt des AG. Der AG ist verpflichtet, die Gebäude bzw. Anlagen nach deren baulicher Fertigstellung bzw. Sanierung abzunehmen¹³².

- Betriebsphase

Im Unterschied zu Vertragsmodell I gehört es während der Betriebsphase nicht zu den vertraglichen Pflichten des AN, dem AG die Nutzung der (ein-)gebauten bzw. sanierten Ge-

¹³¹ Da im Vertragsmodell IV der AN bei der Neuerrichtung des Gebäudes weder Grundstücks- noch Gebäudeeigentümer ist, ist in diesem Fall die Bauherreneigenschaft des AN zumindest fraglich. Da der AN jedoch auch in diesem Fall die Finanzierung des Gebäudes übernimmt und im Rahmen der funktionalen Leistungsbeschreibung des AG die erforderlichen Planungs- und Bauleistungen nach Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten weitestgehend eigenverantwortlich, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung durchführt, wird man auch in Vertragsmodell IV grundsätzlich den AN als Bauherrn ansehen können.

¹³² Vgl hierzu oben Kap. 4.2.1.1.

bäude und Anlagen zu überlassen. Da der AG als Grundstücks- und Gebäudeeigentümer mit (Ein-)Bau der zusätzlichen Gebäude bzw. Anlagen kraft Gesetzes auch deren Eigentümer wird (§ 946 BGB), gründet sich sein Nutzungsrecht nicht auf einem schuldrechtlichen Anspruch gegenüber dem AN, sondern steht ihm kraft seiner Eigentümerstellung zu (§ 903 BGB).

Die Betreiberleistungen des AN während der Betriebsphase entsprechen hingegen denen eines umfassenden Betreiber- bzw. Facility Management-Auftrages¹³³. Hierzu gehört insbesondere die Verpflichtung zur umfassenden Instandhaltung und Instandsetzung der (ein-) gebauten oder sanierten Gebäude und Anlagen.

- Finanzierungsphase

Hinsichtlich des in der Finanzierungsphase zu regelnden Leistungsumfangs verhält sich Vertragsmodell IV wie Vertragsmodell I, auf das insoweit verwiesen wird.

- Verwertungsphase

Im Unterschied zu Vertragsmodell I geht das Eigentum an den vom AN errichteten bzw. eingebauten Gebäuden bzw. Anlagen regelmäßig nicht erst am Ende der Vertragslaufzeit sondern bereits im Zeitpunkt der Errichtung bzw. des Einbaus und kraft Gesetzes von dem AN auf den AG über (§ 946 BGB). Eine rechtsgeschäftliche Übertragung des „Gebäude- bzw. Anlageneigentums“ von dem AN auf den AG am Ende der Vertragslaufzeit ist daher grundsätzlich nicht erforderlich.

4.5.1.2 PPP-typische Risikoverteilung

Im Vergleich zu Vertragsmodell I weist die PPP-typische Risikoverteilung in Vertragsmodell IV die folgenden Besonderheiten auf:

- Planungs- und Bauphase

Im Unterschied zu Vertragsmodell I trägt der AN im Vertragsmodell IV nicht nur das Planungs- und Baurisiko¹³⁴, sondern – je nach Vertragsgegenstand - auch das Sanierungsrisiko¹³⁵.

¹³³ Vgl. hierzu oben Kap. 4.2.1.1.

¹³⁴ Vgl. zur Definition der Risiken: Kap. 4.2.1.2.

¹³⁵ Als Variante des Baurisikos ist hier damit gemeint: Der AN trägt das Risiko, dass die Sanierungsarbeiten zum vereinbarten Preis fristgerecht erbracht werden und bei Abnahme frei von Mängeln sind.

- Betriebsphase

Der AG trägt mit Abnahme der (ein-) gebauten oder sanierten Gebäude bzw. Anlagen die Gefahr der von keiner Vertragspartei zu vertretenden Zerstörung oder langfristig ausgeschlossenen Nutzungsmöglichkeit des (Ein-) Bau- oder Sanierungserfolgs (allgemeine Sach- und Preisgefahr) sowie das Risiko der nachträglichen Verschlechterung des Gebäude- bzw. Anlagenzustands¹³⁶. Dies gilt jedenfalls insoweit, als der AN die Zerstörung oder die ausgeschlossene Nutzungsmöglichkeit bzw. die Verschlechterung nicht zu vertreten hat. Der Umstand, dass der AG bereits mit (Ein-) Bau oder Sanierung der Gebäude bzw. Anlagen kraft Gesetzes Eigentümer des (Ein-) Bau- bzw. Sanierungserfolgs wird, ändert an dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs nichts.

- Finanzierungsphase

Die Risikoverteilung in der Finanzierungsphase entspricht bei Vertragsmodell IV der Risikoverteilung bei Vertragsmodell I, auf die insoweit verwiesen wird¹³⁷.

- Verwertungsphase

Im Unterschied zu Vertragsmodell I erwirbt der AG in der Regel bereits mit (Ein-)Bau oder Sanierung der Gebäude bzw. Anlagen kraft Gesetzes Eigentum an den jeweiligen Gebäuden bzw. Gebäudebestandteilen (§ 946 BGB). Der AG ist dem AN insoweit am Ende der Vertragslaufzeit nicht zur Rückgabe verpflichtet. Daher benötigt der AG – im Unterschied zu Vertragsmodellen II und III – auch keine Option zur Vertragsverlängerung oder zum Erwerb der Immobilie, um über die Vertragslaufzeit hinaus das Gebäude bzw. die Anlage nutzen zu können. Dies bedeutet, dass der AG als Eigentümer des Gebäudes bzw. der Anlage am Ende der Vertragslaufzeit in der Regel das wirtschaftliche Verwertungsrisiko trägt.

4.5.1.3 Laufzeit

Aufgrund des oftmals auf die teilweise Neuerrichtung oder die Sanierung bereits bestehender Gebäude bzw. Anlagen beschränkten Leistungsumfangs des AN kann sich die Laufzeit im Unterschied zu den Vertragsmodellen I bis III gegebenenfalls auf 15-20 Jahre verkürzen. Im Falle der vollständigen Neuerrichtung eines Gebäudes kann sich diese Laufzeit jedoch wegen der regelmäßig höheren Investitionskosten des AN auch auf eine den Vertragsmodellen I bis III vergleichbare Laufzeit verlängern. Wie bei Vertragsmodell I bis III ist auch nach

¹³⁶ Vgl. hierzu Kap. 4.2.1.2.

¹³⁷ Siehe oben, Kap. 4.2.1.2.

Vertragsmodell IV der Vertrag nicht vorzeitig kündbar, sondern allenfalls hinsichtlich einzelner Betriebspflichten teilkündbar¹³⁸.

4.5.1.4 Verwertung durch den AG

Wie bereits oben dargestellt, geht das Eigentum an den von dem AN errichteten oder sanierten Gebäuden bzw. Anlagen bereits mit deren Errichtung bzw. Einbau kraft Gesetzes auf den AG als Grundstückseigentümer über. Deshalb sind bei Vertragsmodell IV spezielle vertragliche Gestaltungen nicht erforderlich.

4.5.1.5 Entgelt / Finanzierung

Wie bei Vertragsmodell I dient die monatliche Entgeltrate des AG grundsätzlich der (Re-) Finanzierung aller Aufwendungen des AN während der Planungs-, Bau- bzw. Sanierungs- und Betriebsphase (Tilgung, Zinsen, Kapitalrendite, ggf. Betreiber- und sonstige Betriebskosten) sowie etwaiger Risikoaufschläge und seines Gewinns im Hinblick auf sämtliche Projektphasen. Variations- und Ausgestaltungsmöglichkeiten

4.5.1.6 Gebäudeeigentum beim AG oder AN/ggf. Transfer des Eigentums auf AG

- AG als Grundstückseigentümer (§§ 94, 946 BGB)

Weil die vom AN errichteten Gebäude, Gebäudeteile bzw. Anlagen wesentliche Bestandteile des Grundstücks oder des Gebäudes des AG sind, erstreckt sich dessen Grundstückseigentum auch auf die Gebäude, Gebäudeteile bzw. Anlagen (§§ 94, 946 BGB).

- AN als Erbbauberechtigter (§ 1 Abs. 1 ErbbauVO)

Im Unterschied zu den Vertragsmodellen I bis III kann dem AN regelmäßig nicht das zivilrechtliche Eigentum an den von ihm errichteten Gebäuden bzw. Anlagen durch Bestellung eines Erbbaurechts gemäß §§ 1 Abs. 1, 12 ErbbauVO zugewiesen werden. Denn insoweit kann sich ein Erbbaurecht nicht auf einen Gebäudeteil (z.B. ein Stockwerk) beschränken (§ 1 Abs. 3 ErbbauVO), was bei der Errichtung von Gebäudeteilen bzw. beim Einbau von Anlagen regelmäßig der Fall sein wird. Die Bestellung eines Erbbaurechts zugunsten des AN wäre lediglich für den Fall möglich, dass der AN ein Gebäude auf dem Grundstück des AG (bzw. bei einem Grundstück mit Gebäudebestand auf einer un bebauten Teilfläche des Grundstücks) vollständig neu errichtet.

¹³⁸ Im Rahmen des PPP-Vertrags muss geregelt werden, welchen Einfluss eine derartige Teilkündigung auf das von dem AG an den AN zu zahlende Entgelt hat.

- AN als Eigentümer des Gebäudes (§ 95 BGB)

Entsprechend den Ausführungen zu den Vertragsmodellen I bis III kann der AN die Errichtung eines Gebäudes bzw. einer Anlage auch nur zu einem vorübergehenden Zweck gemäß § 95 BGB beabsichtigt haben, um es am Ende der Vertragslaufzeit wieder zu beseitigen. In diesem Fall verbleiben die errichteten Gebäude bzw. Anlagen als Scheinbestandteile des zugrundeliegenden Grundstücks im Eigentum des AN. Nur wenn die Vertragsparteien während der Vertragslaufzeit entsprechend § 929 ff. BGB vereinbaren, die zunächst vorübergehende Zweckausrichtung der Gebäude bzw. Anlagen in eine dauerhafte Zweckausrichtung umzuwandeln, erwirbt der AG kraft Gesetzes das Eigentum¹³⁹.

- AN als Nießbrauchsberechtigter (§ 1030 Abs. 1 BGB)

Wenn das Gebäude bzw. die Anlage nicht im Eigentum des AN steht, kann dem AN alternativ ein umfassendes Nutzungsrecht im Wege des Nießbrauchs (§ 1030 BGB) eingeräumt werden¹⁴⁰. Dabei handelt es sich um ein dingliches Recht in Gestalt einer Dienstbarkeit, mit der das Grundstück belastet wird. Der Nießbrauch vermittelt dem AN das Recht, Nutzungen aus dem Grundstück zu ziehen¹⁴¹ sowie das Grundstück in Besitz zu nehmen und anderen (grundsätzlich auch dem Eigentümer¹⁴²) den Zugang zu verwehren¹⁴³. Er erstreckt sich auch auf die wesentlichen Bestandteile des Grundstücks, also auf mit Grund und Boden fest verbundene Gebäude und Anlagen.

Praktisch bedeutet dies, dass dem AN aufgrund einer Vereinbarung über die Einräumung des Nießbrauchs für Zwecke der Sanierung oder Errichtung von Gebäuden oder Anlagen ein umfassendes Nutzungsrecht vermittelt wird, dass die Berechtigung zur Errichtung von

¹³⁹ Vgl. oben, Kap. 4.2.2.1.

¹⁴⁰ Alternativ hierzu kann dem AN grundsätzlich auch im Wege einer schuldrechtlichen Vereinbarung ein ähnlich umfassendes Nutzungsrecht ohne dinglichen Rechtscharakter eingeräumt werden.

¹⁴¹ Gemäß § 100 BGB gehören zu den Nutzungen sämtliche Früchte (§ 99 BGB), d.h. im Hinblick auf Grundstücke und Gebäude insbesondere etwaige Pacht- und Mieteinnahmen sowie sonstige Gebrauchsvorteile.

¹⁴² Vgl. Münchener Kommentar (-Petzold), BGB-Kommentar, § 1036 BGB Rn. 2; insbesondere besteht ohne entsprechende besondere Vereinbarung mit dem Nießbraucher kein Anspruch des Eigentümers, dass belastete Grundstück jederzeit zu betreten (vgl. Soergel (-Stürner), BGB-Kommentar, § 1036 Rn. 2).

¹⁴³ Im Unterschied beispielsweise zum Erbbaurecht kann der Nießbrauch weder auf einen Dritten übertragen, vererbt, mit einem Nießbrauch belastet oder verpfändet werden (§§ 1059, 1059 a, 1061, 1069 Abs. 2, 1247 Abs. 2 BGB).

Gebäuden oder Anlagen einschließt¹⁴⁴. Weil der Nießbrauch dem AN ein umfassendes, der Stellung eines Eigentümers angenähertes Besitzrecht gewährt, bedarf die Überlassung des Gebäudes oder der Anlage an den AG während der Besitzphase einer besonderen Vereinbarung. Regelmäßig wird die Laufzeit des Nießbrauchs mit der Dauer der vereinbarten Betriebsphase übereinstimmen, an deren Ende der AN dann schon von Gesetzes wegen zur Rückgabe des Grundstücks (samt Gebäuden bzw. Anlagen) verpflichtet ist (§ 1055 Abs. 1 BGB).

4.5.1.7 Ausgestaltung des Betriebs- und Nutzungsverhältnisses

- Ausgestaltung der Betreiberpflicht des AN

Hinsichtlich der Ausgestaltung der Betreiberpflichten des AN kann auf die entsprechenden Ausführungen zu Vertragsmodell II und III verwiesen werden.

- Ausgestaltung des Nutzungsrechts des AG (oder bestimmter Dritter)

Da der AG als Eigentümer der Gebäude bzw. Anlagen bereits gemäß § 903 BGB kraft Gesetzes das Recht zu deren umfassender Nutzung besitzt, bedarf es im Unterschied zu Vertragsmodell I bis III hierzu regelmäßig keiner weiteren vertraglichen Regelung. Werden Gebäude bzw. Anlagen hingegen von dem AN nur zu einem vorübergehenden Zweck errichtet bzw. eingebaut (§ 95 BGB) oder ausnahmsweise in Ausübung eines Erbbaurechts errichtet, kann auf die entsprechenden Ausführungen zu den Vertragsmodellen I bis III verwiesen werden.

4.5.1.8 Besonderheit: Mogendorfer Modell

Das „Mogendorfer Modell“ geht auf ein Vertragskonzept zurück, das in Rheinland-Pfalz konzipiert und inzwischen in ganz Deutschland auf Landes- und Kommunalebene im Bereich des Tief- und Hochbaus angewendet wird. Im Unterschied zu den Vertragsmodellen I bis III zielt es nicht nur auf die Vorfinanzierung öffentlicher Bauvorhaben durch Private. Es ist

¹⁴⁴ Ungeachtet weitergehender vertraglicher Vereinbarungen ist der AN als Nießbrauchsberechtigter gemäß § 1041 BGB bereits nach dem Gesetz verpflichtet, das belastete Grundstück samt Gebäuden bzw. Anlagen in seinem wirtschaftlichen Bestand zu erhalten, sowie alle Ausbesserungen und Wiederherstellungen vorzunehmen, soweit diese zur gewöhnlichen Unterhaltung des Nießbrauchgegenstands erforderlich sind (z.B. gewöhnliche Instandhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten). Dies gilt nicht für außergewöhnliche Ausbesserungen oder Erneuerungen (z.B. Wiederaufbau eines zerstörten Gebäudes, Erneuerung der Dachdeckung etc.). Darüber hinaus ist der Nießbraucher verpflichtet, den Nießbrauchgegenstand zu versichern (§ 1045 BGB) und die auf ihm ruhenden öffentlichen Lasten (z.B. Grundsteuer) zu tragen (§ 1047 BGB). Dagegen hat der Nießbraucher keine Veränderungen oder Verschlechterungen des Nießbrauchgegenstands zu vertreten, die durch die ordnungsgemäße Ausübung des Nießbrauchs herbeigeführt werden (§ 1050 BGB).

vielmehr darauf gerichtet, dass dem Privaten von der finanzierenden Bank Kreditkonditionen gewährt werden können, die mit denen eines Kommunalkredits vergleichbar sind¹⁴⁵.

Im Rahmen des Mogendorfer Modells errichtet der AN ein Gebäude bzw. eine Anlage auf dem Grundstück des AG. Für die während der Planungs- und Bauphase erbrachten und vom AG abgenommenen Leistungen erhält der AN vom AG statt eines Entgelts für bestimmte Bauabschnitte lediglich sog. Bautestate¹⁴⁶. In diesen Bautestaten wird bestimmt, dass (1) der AG die im Rahmen eines bestimmten Bauabschnitts erbrachten Leistungen des AN als vertragsgemäß bestätigt, (2) der AG insoweit auf etwaige Einwendungen verzichtet und (3) dem AG die den Bautestaten entsprechenden Zahlungsverpflichtungen über einen bestimmten längeren Zeitraum (z.B. 20 Jahre) ab Abnahme der Gesamtleistung ratenweise gestundet werden.

Der AN verkauft seine Forderungen gegenüber dem AG nach Maßgabe der vorstehend ausgeführten Bestimmungen des Bautestats an eine Bank (Forfaitierung) und übergibt ihr die entsprechenden Bautestate. Der Kaufpreis entspricht regelmäßig dem abgezinsten Betrag der zwischen dem AG und AN für den jeweiligen Bauabschnitt vereinbarten Vergütung und wird sofort fällig. Nach Abnahme der Gesamtleistung des AN durch den AG ist die Bank berechtigt, die abgetretenen Forderungen gegenüber dem AG entsprechend der in den Bautestaten jeweils enthaltenen Stundungsabrede über einen bestimmten Zeitraum (z.B. 20 Jahre) frei von Einwendungen in monatlichen bzw. jährlichen Raten geltend zu machen. Die während des Stundungszeitraums zu entrichtenden Zinsen trägt der AG.

4.5.1.9 Vereinbarung einer einheitlichen Gesamtleistung

Wie Vertragsmodell I liegt auch Vertragsmodell IV die Vereinbarung einer Mehrzahl von Projektphasen in einem einheitlichen Vertragswerk zugrunde¹⁴⁷. Auch insoweit besteht die

¹⁴⁵ Zwar behandelt der RhPfVerfGH das „Mogendorfer Modell“ im Rahmen der sog. „Leasingfinanzierung“ (RhPfVerfGH, NJW-RR 1998, 145). Da dieses Modell jedoch mangels Mietelements und Eigentümerstellung des AN mit der klassischen Form des Leasing nichts mehr gemein hat, wird das Mogendorfer Modell nicht unter Vertragsmodell II sondern unter Vertragsmodell IV behandelt (ebenso: Jahndorf, NVwZ 2001, 620 (622 f., Fn. 23)).

¹⁴⁶ Jahndorf, NVwZ 2001, 620 (623), sieht in den Bautestaten abstrakte Schuldurkunden zur Abgeltung von Zahlungsansprüchen gegenüber dem AN. Danach sei die Übergabe dieser Bautestate an den AN eine Leistung des AG an Erfüllung statt, die gegenüber dem AN zur Erfüllung der Werklohnforderung führe (§ 364 Abs. 1 BGB). Der AN veräußere das Bautestat als Wertpapier an die finanzierende Bank. Der RhPfVerfGH ist hingegen der Auffassung, dass Bautestate jedenfalls keine abstrakten, vom Schuldgrund losgelösten Verbindlichkeiten verbiefen. Sie sollen lediglich den im Wege der Abtretung erworbenen Zahlungsanspruch der Bank gegenüber dem AG „sichern“ helfen (RhPfVerfGH, NVwZ 1998, 145 (147)).

¹⁴⁷ Vgl. oben, Kap. 4.2.2.4, wobei die Leistungsphase „Verwertung/Eigentumstransfer“ in der Regel keine eigenständige Bedeutung erlangt.

Möglichkeit, Projektphasen zwar einem einheitlichen Abrechnungsmechanismus zu unterstellen, sie jedoch zugleich bestimmten Entgeltbestandteilen zuzuordnen oder einem differenzierten Beendigungsregime zu unterwerfen.

Wie bei Vertragsmodell I kann jedoch auch hier ausdrücklich vereinbart werden, dass der Inhalt sämtlicher Projektphasen Bestandteil einer einheitlichen Gesamtleistung sein soll, die einem einheitlichen Vergütungs- und Beendigungsregime unterstellt wird¹⁴⁸. Im Unterschied zu Vertragsmodell I hätte dies bei Vertragsmodell IV z.B. zur Folge, dass die Bauleistungen zwar nicht vor Beginn der Betriebsphase, jedoch bei Ablauf der Vertragslaufzeit rechtsgeschäftlich abgenommen würden und die Sach- und Preisgefahr erst zu diesem Zeitpunkt auf den öffentlichen Auftraggeber überginge. Wie bei Vertragsmodell I würde auch hier der integrierende Vergütungsmechanismus unmittelbar keine Zuordnung von Entgeltbestandteilen zu einzelnen Leistungsphasen erlauben.

4.5.2 Zivilrechtliche Qualifikation

4.5.2.1 Typenkombinationsvertrag

Wie bei den Vertragsmodellen I bis III handelt es sich auch bei Vertragsmodell IV dem Grunde nach um einen sog. Typenkombinationsvertrag¹⁴⁹. Bei der Ausgestaltungsvariante, bei der der Inhalt sämtlicher Projektphasen, d.h. die einzelnen Leistungspakete, als einheitliche Gesamtleistung vereinbart werden, dürfte es sich wie bei Vertragsmodell I um einen sog. Typenverschmelzungsvertrag handeln¹⁵⁰.

4.5.2.2 Anwendbares Recht

- Planungsphase: Architekten, Ingenieur- und Generalplanerleistungen

Wie bei Vertragsmodell I findet auf die Planungsleistungen des AN entsprechend dem Leistungsbild eines Generalplaners **Werkvertragsrecht** gemäß §§ 631 ff. BGB Anwendung¹⁵¹.

- Bauphase: Generalunternehmer- und Generalübernehmerleistungen

Wie bei Vertragsmodell I findet auch auf die Bau- und Sanierungsleistungen des AN **Werkvertragsrecht** gemäß §§ 631 ff. BGB Anwendung. Im Einzelfall kann unter gewissen Vor-

¹⁴⁸ Zu den Einzelheiten siehe oben, Kap. 4.2.2.4.

¹⁴⁹ Vgl. hierzu Kap. 4.2.3.1, 4.3.3.1 und 4.4.3.1.

¹⁵⁰ Siehe oben, Kap. 4.2.2.4.

¹⁵¹ Vgl. hierzu Kap. 4.2.3.2.

aussetzungen das Werkvertragsrecht durch Vorschriften des Auftragsrechts (§ 675 BGB) ergänzt werden¹⁵².

Zweifel an der Anwendbarkeit des Werkvertragsrechts stellen sich lediglich in den Fällen, in denen die vom AN zu errichtenden Gebäude bzw. Anlagen Scheinbestandteile des Grundstücks oder Gebäudes des AG sind (§ 95 BGB). Diese Zweifel resultieren aus der Neufassung des § 651 BGB, der nach seinem Wortlaut alle auf Lieferung einer beweglichen Sache gerichteten Verträge als sog. *Werklieferungsverträge* dem Kaufvertragsrecht unterstellt. Weil der BGH Gebäude bzw. Anlagen, die als Scheinbestandteile errichtet werden, als „bewegliche Sachen im Rechtssinne“ beurteilt, könnten die vom AN errichteten Gebäude bzw. Anlagen als Scheinbestandteile dem Kaufvertragsrecht zuzuordnen sein¹⁵³. Ein solches Ergebnis wird vom Schrifttum als sachlich unpassend kritisiert¹⁵⁴. Bis zu einer höchstrichterlichen Entscheidung bzw. einer gesetzgeberischen Klarstellung sollte im Vertrag klargestellt werden, dass Werkvertragsrecht Anwendung finden soll¹⁵⁵.

- Betriebsphase: Nutzungsüberlassungs- und Betreiberleistungen

Im Unterschied zu den Vertragsmodellen I bis III basiert die Pflicht des AN, dem AG schon während der Betriebsphase Gebäude bzw. Anlagen zur Nutzung zu überlassen, nicht auf einer schuldrechtlichen Vertragsabrede zwischen AN und AG. Da nämlich das Eigentum an den Gebäuden bzw. Anlagen nicht erst am Ende der Vertragslaufzeit sondern bereits mit deren Einbau/Installation kraft Gesetzes in das Eigentum des AG als Eigentümer des

¹⁵² Vgl. hierzu oben, Kap. 4.2.3.2.

¹⁵³ Vgl. etwa BGH, NJW 1976, 1539 f., der den Bauvertrag zur Errichtung eines Scheinbestandteils auf einem fremden Grundstück gemäß § 651 BGB a.F. als Werklieferungsvertrag angesehen hat. Im Gegensatz zur Neuregelung des § 651 BGB verwies die damalige Vorschrift jedoch noch auf Werkvertrags- und nicht auf Kaufrecht.

¹⁵⁴ Vgl. Thode, NZBau 2002, 360 ff. (362); Sienz, BauR 2002, 181 (190 ff.); Preussner, BauR 2002, 231 (241); es wird insoweit u.a. vorgeschlagen, die zur Umsetzung der EG-Verbrauchsgüterrichtlinie vom 25.2.1999 geschaffene Neuregelung des § 651 BGB EG-richtlinienkonform auszulegen und lediglich *tatsächlich* bewegliche Sachen – nicht hingegen bewegliche Sachen im Rechtssinne – einzubeziehen

¹⁵⁵ Vgl. Thode, NZBau 2002, 360 (362); praktisch würde dies zu einer längeren Gewährleistungsfrist zugunsten des AG führen (3 statt 2 Jahre, soweit es sich nicht um ein Bauwerk handelt, da dann einheitlich 5 Jahre gelten (vgl. §§ 438, 634 a BGB)). Nach dem BGH soll es grundsätzlich zulässig sein, individualvertraglich einen bestimmten Vertragstyp den Regelungen eines anderen Vertragstyps zu unterstellen soweit hierdurch nicht zwingende Vorschriften des eigentlichen Vertragstyps umgangen werden (BGH, LM, § 611 BGB Nr.3). Für die Rechtssituation vor der Schuldrechtsreform hatte der BGH derartige Vereinbarungen in Form allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) u. a. deshalb als unzulässig abgelehnt, weil Kaufrecht und Werkvertragsrecht unterschiedliche Gewährleistungsregelungen enthielten (BGHZ 74, 258 (269)). Nachdem im Zuge der Schuldrechtsreform die Gewährleistungsregeln der verschiedenen Vertragstypen angepasst worden sind, ist fraglich, ob diese Rechtsprechung künftig noch von Bedeutung ist.

Grundstücks übergehen soll (§ 946 BGB), basiert das Nutzungsrecht des AG vielmehr auf dem dinglichen Recht des Eigentümers, sein Eigentum selbst umfassend nutzen zu dürfen (§ 903 BGB).

Dies ist nur im Falle der Bestellung eines Nießbrauchs anders zu beurteilen. Denn hier wird im Wege des Nießbrauchs dem AN regelmäßig ein umfassendes Nutzungs- und Besitzrecht eingeräumt. Deshalb ist eine gesonderte schuldrechtliche Vereinbarung über die Gebrauchsüberlassung an den AG erforderlich¹⁵⁶.

Auf die Leistungen des AN im Rahmen seiner Betriebs- und Managementpflichten findet ebenso wie in Vertragsmodell I nach Art der jeweiligen Leistung **Dienst- oder Werkvertragsrecht** (§§ 611 ff. oder 631 ff. BGB) Anwendung. Im Einzelfall kann dieses Recht durch Vorschriften des Auftragsrechts ergänzt werden (§ 675 BGB)¹⁵⁷.

- **Finanzierungsphase: Finanzierungsleistungen**

Auf die Verpflichtung des AG zur Zahlung des ratenweise gestaffelten Entgelts findet regelmäßig **Werkvertrags- bzw. Dienstvertragsrecht** (§§ 631 ff. bzw. 611 ff. BGB) Anwendung, wobei auf den Entgeltanteil, der sich auf die Werkleistungen des AN während der Planungs- und Bauphasen bezieht, ausschließlich Werkvertragsrecht anzuwenden ist. Hinsichtlich der rechtsdogmatischen Einordnung der Entgeltvereinbarung, die sich auf die Planungs- und Bauphasen bezieht, gelten die Ausführungen zu Vertragsmodell I mit der Maßgabe entsprechend, dass kein Kaufpreis, sondern Werklohn geschuldet ist¹⁵⁸.

Hinsichtlich der nicht eigens im Vertrag geregelten Verantwortung des AN für die (Vor-) Finanzierung seiner Leistungspflichten im Rahmen der Planungs-, Bau und Betriebsphasen wird auf die entsprechenden Ausführungen zu Vertragsmodell I verwiesen¹⁵⁹.

- **Verwertungsphase: Übertragung des Gebäudes**

Da bereits mit Errichtung/Einbau der Gebäude bzw. Anlagen durch den AN kraft Gesetzes das Eigentum hieran auf den AG übergeht, bedarf es im Unterschied zu Vertragsmodell I

¹⁵⁶ Vgl. oben, Kap. 4.5.2.1.

¹⁵⁷ Vgl. Kap. 4.2.3.2; § 675 BGB findet hingegen regelmäßig keine Anwendung, wenn die Gebäude bzw. Anlagen durch den AN lediglich zu einem vorübergehenden Zweck errichtet bzw. eingebaut wurden (§ 95 BGB).

¹⁵⁸ Vgl. oben, Kap. 4.2.3.2; im Vergleich zu Vertragsmodell I folgt dies aus dem Umstand, dass die Immobilie von Anfang an im Eigentum des AG steht und die Sanierungsleistungen bzw. der Neubau kraft Gesetzes dem AG als Eigentum zufallen. Im Übrigen entsprechen sich Vertragsmodell I und Vertragsmodell IV weitgehend.

¹⁵⁹ Vgl. oben, Kap. 4.2.3.2.

keiner über die werkvertragliche (Ein-)Bauverpflichtung hinausgehenden kaufvertragsrechtlichen Eigentumsverschaffungspflicht des AN.

4.5.2.3 Abgrenzung zu anderen Vertragstypen

- Kaufvertrag

Vertragsmodell IV enthält keine kaufvertraglichen Elemente, denn das Eigentum an den vom AN zu errichtenden/einzubauenden Gebäuden bzw. Anlagen geht bereits im Rahmen der Erfüllung der werkvertraglichen (Ein-) Bauleistungspflichten kraft Gesetzes auf den AG über. Im Unterschied zum Kaufvertrag (und z.B. Vertragsmodell I) bedarf es hierzu nicht erst der vollständigen Zahlung des Entgelts.

4.5.3 Verwendungsmöglichkeiten von Vertragsmodell IV

Vertragsmodell IV eignet sich vor allem für die Sanierung von Bestandsgebäuden, die bereits im Eigentum des öffentlichen AG stehen. Darüber hinaus kommt Vertragsmodell IV auch für alle Neubauvorhaben in Betracht, die auf einem Grundstück des öffentlichen AG errichtet werden sollen, z.B. weil der private AN während der Betriebsphase nicht Eigentümer der Immobilie werden will oder soll. Diese beiden Anwendungsvarianten können besonders bei komplexen Gebäudeportfolien, bestehend etwa aus Schulen oder Verwaltungsgebäuden, auch gleichzeitig relevant werden.

4.6 Vertragsmodell V

4.6.1 Vertragliche Strukturelemente

4.6.1.1 Leistungsumfang

Unter der Bezeichnung „Contracting“ wird in der Praxis der Gebäudebewirtschaftung allgemein die Auslagerung technischer Ver- und Entsorgungsleistungen sowie des Betriebs von sonstigen technischen Anlagen verstanden. Dabei handelt es sich in erster Linie um den Bereich der Energie- und Wärmeversorgung, der beispielhaft den nachfolgenden Ausführungen zugrundegelegt wird. Darüber hinaus gibt es bereits erste Erfahrungen u.a. in dem Bereich der Kommunikationstechnologie.

Im Kontext von PPP-Projekten beschreibt daher das Vertragsmodell V die Auslagerung der Energieversorgung (Wärme und Strom) für ein im Eigentum des öffentlichen AG stehendes Gebäude auf einen privaten AN (Contractor). Ziel der Auslagerung ist die Ausschöpfung et-

waiger Einsparungspotentiale¹⁶⁰. Dabei übernimmt der AN regelmäßig Planung, (Ein-) Bau¹⁶¹ (bzw. energiewirtschaftliche Optimierung), Betrieb¹⁶² und Finanzierung technischer Anlagen (-teile), wie z.B. Blockheizkraftwerke, Temperaturregelungssysteme, Beleuchtungsanlagen etc., zur energieeffizienteren Versorgung des AG¹⁶³. Je nachdem ob der PPP-Vertrag nur eine Einzelmaßnahme (z.B. Erneuerung einer Beleuchtungsanlage) oder aber ein umfangreiches Maßnahmenpaket im Sinne einer energiewirtschaftlichen Gesamtbewirtschaftung des Gebäudes umfasst, kann der Leistungsumfang erheblich variieren.

Der in einem einheitlichen Vertragswerk zu regelnde Leistungsumfang des AN umfasst auch in Vertragsmodell V sämtliche Projektphasen. Im Unterschied zu den Vertragsmodellen I bis IV ist die Laufzeit auf die übliche Nutzungsdauer der technischen Anlagen (-teile) von 5 bis 15 Jahren beschränkt.

Aufgrund der mit Vertragsmodell IV vergleichbaren Eigentumsverhältnisse hinsichtlich des Gebäudegrundstücks, liegt dieses Modell den folgenden Ausführungen als primärer Vergleichsmaßstab zugrunde. Danach weist das Vertragsmodell V die folgenden Besonderheiten auf:

- Planungs- und Bau- (bzw. Durchführungs-)phase

Im Unterschied zu Vertragsmodell IV konzentrieren sich die Planungs- und Bau- bzw. Optimierungsleistungen des AN nicht auf Gebäude (-teile), sondern spezielle technische Anlagen (-teile). Dabei sollen lediglich neue Anlagen (-teile) in das Gebäude des AG eingebaut bzw. bereits bestehende Anlagen (-teile) im Gebäude des AG energiewirtschaftlich optimiert werden.

Auch Vertragsmodell V liegt regelmäßig eine funktionale Leistungsbeschreibung zugrunde, deren Schwerpunkt weniger in der Beschreibung der Anlagentechnik als in der Festlegung bestimmter Qualitäts- und Verbrauchskriterien liegt. Auf dieser Grundlage garantiert der AN als vertraglich festgelegten Leistungserfolg die Senkung der laufenden Energiekosten bzw.

¹⁶⁰ Je nachdem ob sich die Leistungen des AN vornehmlich auf energieeffiziente Rationalisierungsmaßnahmen oder auf die Lieferung von Energie beziehen, spricht man insoweit auch von „Einspar-Contracting“ bzw. „Energiefieferungs-Contracting“ (vgl. Hessisches Ministerium für Umwelt, Energie, Jugend, Familie und Gesundheit, Contracting-Leitfaden für öffentliche Liegenschaften (Mai 1998), S. 6 ff.).

¹⁶¹ Als Grundstückseigentümer ist regelmäßig der AG selbst Bauherr der vom AN zu planenden und zu errichtenden Anlagen (vgl. Schreiber, NZM 2002, 320).

¹⁶² Im Rahmen des Betriebs der Anlage kann der AN auch die Lieferung der vom AG nachgefragten Menge an Energie übernehmen.

¹⁶³ Tiefenbacher, NZM 2000, 161 (164); Hessisches Ministerium für Umwelt, Energie, Jugend, Familie und Gesundheit, Contracting-Leitfaden für öffentliche Liegenschaften in Hessen, S. 5.

des Energieverbrauchs bezogen auf die Referenzenergiekosten bzw. den Referenzenergieverbrauch vor Durchführung der Energieeinsparmaßnahmen. Wie der AN diesen Einsparerfolg letztlich erwirtschaftet, ist ihm selbst überlassen.

- Betriebsphase

Im Unterschied zu den Vertragsmodellen I bis III gehört die Überlassung der (ein-) gebauten Anlagen (-teile) an den AG nicht zum vertraglich vereinbarten Leistungsumfang des AN. Denn der AN soll während der Betriebsphase die von ihm errichteten Anlagen (-teile) ausschließlich und selbständig nutzen können, um in eigener Regie Einsparpotentiale auszunutzen¹⁶⁴. Als Gebäudeeigentümer erwirbt der AG das „Anlageneigentum“ regelmäßig bereits im Zeitpunkt des Einbaus. Deshalb muss vereinbart werden, dass dem AN während der Betriebsphase das ausschließliche Nutzungsrecht an den Anlagen (-teilen) zusteht.

Die Betreiberleistungen des AN während der Betriebsphase entsprechen in der Regel denen eines Betreiber-Auftrages. Sie beschränken sich auf den Betrieb der technischen Anlagen (-teile) einschließlich deren Instandhaltung und Instandsetzung (z.B. Wartung, Reparatur, Störfallbeseitigung oder Austausch). Die Instandhaltung und Instandsetzung des Gebäudes sowie dessen allgemeiner Betrieb verbleibt im Zuständigkeitsbereich des AG.

- Finanzierungsphase

Auch beim Vertragsmodell V obliegt dem AN die Finanzierung von Planungs-, Bau- (bzw. Durchführungs-) und Betriebsphase durch Eigen- und/oder Fremdkapital. Durch das vereinbarte Entgelt sollen sämtliche Planungs- und Bau- (bzw. Durchführungs-)kosten, Betriebskosten, Finanzierungskosten, etwaige Tilgungsleistungen und Gewinnmargen des AN abgedeckt werden.

Im Unterschied zu den Vertragsmodellen I bis IV liegen der Entgeltkalkulation jedoch nicht in erster Linie die Investitionskosten des AN zugrunde. Berechnungsgrundlage sind vielmehr die bisherigen (jährlichen) Energiekosten bzw. der bisherige (jährliche) Energieverbrauch des AG.

- Verwertungsphase

Ähnlich wie nach Vertragsmodell IV geht bei Vertragsmodell V das Eigentum an den vom AN eingebauten technischen Anlagen regelmäßig nicht erst am Ende der Vertragslaufzeit sondern bereits im Zeitpunkt des Einbaus und kraft Gesetzes von dem AN auf den AG über.

¹⁶⁴ Vgl. Schreiber, NZM 2002, 320.

Eine rechtsgeschäftliche Übertragung der technischen Anlage auf den AG am Ende der Vertragslaufzeit ist daher grundsätzlich nicht erforderlich.

4.6.1.2 PPP-typische Risikoverteilung

Im Vergleich zu Vertragsmodell IV weist die PPP-typische Risikoverteilung in Vertragsmodell V die folgenden Besonderheiten mit der Maßgabe auf, dass es sich hier nicht um Gebäude bzw. Gebäudeteile, sondern technische Anlagen bzw. Anlagenteile handelt:

- Planungs- und Bauphase

Im Unterschied zu Vertragsmodell IV trägt der AN nach Vertragsmodell V nicht nur das Planungs- und (Ein-)Baurisiko, sondern – je nach Vertragsgegenstand – auch das Optimierungsrisiko¹⁶⁵. Durch die Vereinbarung bestimmter Qualitätsstandards (z.B. Einsatz qualitativ hochwertiger Anlagen(-teile)) soll im Interesse des AG sichergestellt werden, dass das vertraglich vereinbarte Einsparvolumen während der Betriebsphase erreicht wird.

- Finanzierungsphase

Wie bei Vertragsmodell IV trägt der AN in Vertragsmodell V das Finanzierungsrisiko, d.h. es liegt in seiner Verantwortung, dass die Summe der aufgrund seiner (Ein-) Bau- bzw. Optimierungsmaßnahmen ersparten Energiekosten zur Refinanzierung seiner Investitions- und Betriebskosten nebst seiner Gewinnmarge ausreichen. Die Übernahme des Finanzierungsrisikos durch den AN umfasst alle weiteren variablen Kostenelemente der Entgeltkalkulation während der Planungs-, Bau- und Betriebsphase. Entsprechend dem Grundgedanken der PPP-typischen Risikoverteilung können die Vertragsparteien im Zusammenhang mit der Entgeltkalkulation vereinbaren, dass vom AN nicht beeinflussbare oder beherrschbare Risiken, die sich für den AN unmittelbar nachteilig auswirken, nicht vom AN zu tragen sind. Danach würden z.B. wesentliche Änderungen der Gebäudenutzung nach Vertragschluss, die sich nachteilig auf das Energieeinsparpotential auswirken, nicht zu einer Reduzierung des vereinbarten Entgelts führen. Stattdessen könnte die angemessene Anpassung der vom AN vertraglich zugesagten Energieeinsparmenge oder – falls dies für den AN wirtschaftlich unzumutbar ist – ein außerordentliches Kündigungsrecht des AN vereinbart werden¹⁶⁶. Eine ähnliche Regelung könnte für den Fall getroffen werden, dass aufgrund unvorhersehbarer Energiepreissenkungen die Amortisation der Investitionen des AN zur Energieeinsparung

¹⁶⁵ Als weitere Variante des Baurisikos ist hier damit gemeint: Der AN trägt das Risiko, dass die energiewirtschaftlichen Optimierungsarbeiten fristgerecht erbracht werden und bei Abnahme frei von Mängeln sind.

¹⁶⁶ Vgl. Hessisches Ministerium für Umwelt, Energie, Jugend, Familie und Gesundheit, Contracting-Leitfaden für öffentliche Liegenschaften in Hessen, S. 19.

wesentlich verlängert oder sogar verhindert würden. In diesen Fällen trüge der AG das Preisrisiko¹⁶⁷.

4.6.1.3 Laufzeit

Im Unterschied zu den Vertragsmodellen I bis IV ist die Laufzeit auf die übliche Nutzungsdauer der technischen Anlagen (-teile) von 5 bis 15 Jahren beschränkt. Während der Vertragslaufzeit ist der PPP-Vertrag entsprechend den Vertragsmodellen I bis IV grundsätzlich nicht vorzeitig kündbar. Weil sich der Leistungsumfang während der Betriebsphase regelmäßig auf den Betrieb der (ein-) gebauten Anlagen(-teile) beschränkt, wird auch die Möglichkeit der Vereinbarung von Teilkündigungen hinsichtlich einzelner Betriebspflichten in aller Regel faktisch ausgeschlossen sein.

4.6.1.4 Verwertung durch den AG

Wie bereits oben dargestellt, geht das Eigentum an den von dem AN (ein-)gebauten Anlagen(-teilen) bereits mit deren Einbau kraft Gesetzes auf den AG als Grundstückseigentümer über. Deshalb sind – wie bei Vertragsmodell IV – auch bei Vertragsmodell V spezielle vertragliche Gestaltungen nicht erforderlich.

4.6.1.5 Entgelt / Finanzierung

Durch das vereinbarte Entgelt sollen sämtliche Planungs- und Bau- (bzw. Durchführungs-)kosten, Betriebskosten, Finanzierungskosten, etwaige Tilgungsleistungen und Gewinnmargen des AN abgedeckt werden. Je nachdem ob der AN während der Betriebsphase auch verpflichtet ist, dem AG Energie zu liefern und z.B. den Verbrauch zu steuern, kann das Entgelt zusätzlich auch die Kosten für den Energieverbrauch durch den AG umfassen.

Beim Vertragsmodell V liegt die Besonderheit der Entgeltkalkulation darin, dass dem AG im Idealfall durch den Einbau und den Betrieb neuer energiesparender Technologien im Vergleich zu seinen bisherigen Aufwendungen für die Energieversorgung keine Mehrkosten entstehen sollen. Vielmehr sollen durch die während der Betriebsphase erzielten Einsparungen die Investitionskosten, Finanzierungskosten, Betriebskosten und Gewinnmarge (re-) finanziert werden. Dem liegt als betriebswirtschaftliches Konzept zugrunde, dass der AN durch den Einsatz neuester Technologien erhebliche Effizienzgewinne (namentlich durch

¹⁶⁷ Die Parteien könnten insoweit ihrer Entgeltkalkulation den Energiepreis im Zeitpunkt des Vertragsschlusses fest zugrundelegen. In diesem Fall trägt der AG das Risiko künftiger Energiepreissenkungen, der AN das Risiko künftiger Energiepreiserhöhungen.

Reduzierung des Energieverbrauchs) erwirtschaften kann, die ohne Mehrkosten für den AG für eine effizientere und umweltfreundlichere Energieversorgung eingesetzt werden können. Für den AN besteht der wirtschaftliche Anreiz darin, durch optimale Ausschöpfung des Energieeinsparpotentials seine Gewinnmarge zu maximieren¹⁶⁸.

Dabei können die Vertragsparteien auch vereinbaren, dass der AG bereits während der Vertragslaufzeit an den eingesparten Energiekosten prozentual beteiligt wird (sog. Beteiligungsmodell). Die dadurch reduzierten Entgeltraten werden regelmäßig zu einer längeren Vertragslaufzeit führen¹⁶⁹. Sollte eine Beteiligung des AG an den eingesparten Energiekosten aus betriebswirtschaftlichen Gründen noch nicht während der Betriebsphase realisierbar sein, wird der AG erst zu einem späteren Zeitpunkt, z. B. am Ende der Vertragslaufzeit Kosteneinsparungen erzielen. Erst ab diesem Zeitpunkt kommt dem AG das durch den Einsatz neuer Technologien erreichte Einsparpotential unmittelbar zugute kommen (sog. Laufzeitmodell)¹⁷⁰.

Soweit die Summe der eingesparten Energiekosten absehbar nicht ausreicht, die Investitionskosten des AN während der betriebswirtschaftlichen Nutzungsdauer vollständig zu amortisieren, wird man eine Beteiligung des AN an den überschießenden Investitionskosten vereinbaren müssen¹⁷¹.

¹⁶⁸ Hierdurch soll dem AN gleichzeitig ein wirtschaftlicher Anreiz gesetzt werden, das Energieeinsparpotential einer Anlage optimal auszuschöpfen; vgl. Tiefenbacher, NZM 2000, 161, (164).

¹⁶⁹ Hessisches Ministerium für Umwelt, Energie, Jugend, Familie und Gesundheit, Contracting-Leitfaden für öffentliche Liegenschaften in Hessen, S. 16; danach soll die Beteiligung des öffentlichen in aller Regel mindestens 20% betragen.

¹⁷⁰ Hessisches Ministerium für Umwelt, Energie, Jugend, Familie und Gesundheit, Contracting-Leitfaden für öffentliche Liegenschaften in Hessen, S. 14 f.

¹⁷¹ Hessisches Ministerium für Umwelt, Energie, Jugend, Familie und Gesundheit, Contracting-Leitfaden für öffentliche Liegenschaften in Hessen., S. 18 bezeichnet eine derartige finanzielle Beteiligung des AG als „Bauzuschuss“. Hierbei handele es sich um eine Einmalzahlung des AG nach Abschluss des Energiesparvertrages an den Contractor (AN).

4.6.2 Variations- und Ausgestaltungsmöglichkeiten

4.6.2.1 „Anlageneigentum“ beim AN / „Transfer“ auf AG

- AG als Grundstückseigentümer (§§ 94, 946 BGB)

Der AG erwirbt grundsätzlich durch den (Ein-)Bau der Anlagen(-teile) kraft Gesetzes Eigentum an den Anlagen(-teilen) gemäß § 946 BGB. Denn die Anlagen(-teile) sind regelmäßig wesentliche Bestandteile des Grundstück oder Gebäudes gemäß § 94 BGB¹⁷².

- AN als Erbbauberechtigter (§ 1 Abs. 1 ErbbauVO)

Da die Anlagen(-teile) von dem AN regelmäßig in ein bereits bestehendes Gebäude des AG eingebaut werden und damit einen Teil des Gebäudes darstellen, ist die Belastung des Grundstücks mit einem auf die Anlagen(-teile) allein beschränkten Erbbaurecht gemäß § 1 Abs. 3 ErbbauVO zugunsten des AN generell nicht möglich

Soweit bestimmte Anlagen außerhalb des Gebäudes errichtet werden (z.B. Blockheizkraftwerke), können sie Gegenstand eines – separaten – Erbbaurechts sein¹⁷³.

- AN als Eigentümer der Anlagen oder Anlagenteile (§ 95 BGB)

Die Vertragsparteien können jedoch vereinbaren, dass die Anlagen (-teile) nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grundstück oder Gebäude verbunden werden und daher während der Vertragslaufzeit als sog. Scheinbestandteil (§ 95 BGB) im Eigentum des AN verbleiben sollen¹⁷⁴. Befinden sich die Anlagen(-teile) des AN auf dem Grundstück des AG, wird der AG dem AN den Zugang zu seinem Eigentum im Wege einer im Grundbuch einzutragenden beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1090 Abs. 1 BGB (z.B. Wegerecht)) gewähren müssen. Nach Ablauf der Vertragslaufzeit wird der AN in der Regel verpflichtet sein, die Anlagen(-teile) auf eigene Kosten wieder zu beseitigen. Die Vertragsparteien können sich jedoch auch während der Vertragslaufzeit entsprechend §§ 929 ff. BGB auf

¹⁷² Nach std. Rspr. stellt eine in ein Gebäude eingebaute Heizungsanlage (z.B. Heizkessel, Heizkörper, Gasradiatoren, Öfen, Ölheizungen etc.) einen wesentlichen Bestandteil des Gebäudes gemäß § 94 Abs. 2 BGB dar (vgl. u.a. Dilcher, in: Staudinger, BGB-Kommentar, § 94 Rn. 24; Horch, in: Münchener Kommentar, BGB, § 94 Rn. 23; Heinrichs, in: Palandt, BGB-Kommentar, § 94 Rn. 7, mit jeweils ausführlicher Rechtsprechungsübersicht; a.A.: Schreiber, NZM 2002, 320 ff.).

¹⁷³ Vgl. oben, Kap. 4.5.2.1.

¹⁷⁴ Schreiber, NZM 2002, 320.

einen dauerhaften Verbindungszweck einigen und dem AG hierdurch kraft Gesetzes Eigentum an den Anlagen(-teilen) verschaffen¹⁷⁵.

4.6.2.2 Ausgestaltung des Betriebs- und Nutzungsverhältnisses

- Ausgestaltung der Betreiberpflicht des AN

Im Unterschied zu den Vertragsmodellen I bis IV beschränkt sich die Betreiberpflicht des AN regelmäßig auf den Betrieb der von ihm zu errichtenden bzw. zu optimierenden Anlagen bzw. Anlagenteile. Im Falle einer zusätzlich zwischen den Vertragsparteien vereinbarten Pflicht des AN zur Energielieferung muss der AN zudem eine entsprechende Mindestversorgung des AG mit Energie sicherstellen. Ein ganzheitliches Gebäudemanagement entsprechend der DIN 32763¹⁷⁶ ist von den Vertragsparteien im Regelfall nicht beabsichtigt.

- Ausgestaltung des Nutzungsrechts des AG (oder bestimmter Dritter)

Der AG ist regelmäßig während der Vertragslaufzeit nicht berechtigt, die Anlagen (-teile) selbst zu nutzen bzw. zu betreiben. Der Ausschluss des AG von der Nutzung der Anlage ist notwendig, um dem AN beim Betrieb der Anlage größtmögliche Anreize und Handlungsspielräume zur energiewirtschaftlichen Optimierung des jeweiligen Einsparpotentials zu belassen.

4.6.3 Zivilrechtliche Qualifikation

4.6.3.1 Typenkombinationsvertrag

Wie bei den Vertragsmodellen I bis IV handelt es sich auch bei Vertragsmodell V grundsätzlich um einen sog. Typenkombinationsvertrag¹⁷⁷.

4.6.3.2 Anwendbares Recht

Im Vergleich zu Vertragsmodell IV liegen hinsichtlich des auf die Leistungen des AN anwendbaren Rechts die folgenden Besonderheiten vor:

- Planungs- und Bauphase: Planungs- und (Ein-) Bauleistungen

Auf die Planungs- und (Ein-) Bauleistungen des AN findet regelmäßig **Werkvertragsrecht** gemäß §§ 631 ff. BGB Anwendung. Da der AN die Anlagen (-teile) überwiegend im Interesse

¹⁷⁵ Vgl. oben, Kap. 4.2.2.1 und 4.5.2.1.

¹⁷⁶ Vgl. oben, Kap. 4.2.2.2.

¹⁷⁷ Vgl. hierzu oben, Kap. 4.2.3.1, 4.3.3.1, 4.4.3.1 und 4.5.3.1.

des AG als dessen Eigentümer errichtet, wird das Werkvertragsrecht durch Vorschriften des Auftragsrechts (§ 675 BGB) ergänzt werden.

Wie bei Vertragsmodell IV sollte auch hier im Hinblick auf die (Ein-) Bauleistungen des AN vertraglich klargestellt werden, dass kein Werklieferungsvertrag vorliegt, sondern ausschließlich Werkvertragsrecht Anwendung finden soll¹⁷⁸.

- Betriebsphase: Betreiberleistungen

Auf die Leistungen des AN im Rahmen seiner Betriebs- und Managementpflichten findet wie beim Vertragsmodell IV nach Art der jeweiligen Leistungspflicht (Dienstleistung oder Erfolg) **Dienst- oder Werkvertragsrecht** Anwendung (§§ 611 ff. bzw. 631 ff. BGB).

Auf die Pflicht des AN, den AG gegen Zahlung eines Entgelts regelmäßig mit Energie zu beliefern, findet **Kaufvertragsrecht** gemäß §§ 433 ff. BGB Anwendung¹⁷⁹.

- Finanzierungsphase: Finanzierungsleistungen

Im Hinblick auf die von den Vertragsparteien im Rahmen von Vertragsmodell V zu erbringenden Finanzierungsdienstleistungen wird auf die Ausführungen zu Vertragsmodell IV verwiesen, weil Unterschiede zwischen diesen Vertragsmodellen insoweit nicht bestehen.

- Verwertungsphase: Übertragung der Anlagen (-teile)

Da bereits mit dem (Ein-)Bau der Anlagen(-teile) das Eigentum an diesem kraft Gesetzes auf den AG übergeht, bedarf es – wie bei Vertragsmodell IV – auch bei Vertragsmodell V keiner über die werkvertragliche (Ein-)Bauverpflichtung hinausgehenden kaufvertragsrechtlichen Eigentumsverschaffungspflicht des AN.

Vereinbaren die Vertragsparteien im Falle einer Scheinbestandteilsvereinbarung nachträglich, dass der AN dem AG am Ende der Vertragslaufzeit das Eigentum an den Anlagen(-teilen) gegen Vergütung verschaffen soll, findet hingegen **Kaufvertragsrecht** gemäß §§ 433 ff. BGB Anwendung.

¹⁷⁸ Vgl. zur Problematik, die Bauleistungen des AN dem (Kauf-) Recht des *Werklieferungsvertrages* gemäß § 651 BGB zuzuordnen: Kap. 4.5.3.2.

¹⁷⁹ Nach allgemeiner Ansicht wird die entgeltliche Lieferung von Gas, Wasser, Elektrizität und Wärme regelmäßig entweder unmittelbar oder entsprechend dem Kaufvertragsrecht unterstellt (vgl. u.a. Köhler, in: Staudinger, BGB-Kommentar, § 433 Rn. 39 ff.; Putzo, in: Palandt, BGB-Kommentar, § 433 Rn. 8).

4.6.3.3 Abgrenzung zu anderen Vertragstypen

Aufgrund des eigenständigen Charakters von Vertragsmodell V erübrigt sich eine Abgrenzung zu anderen gesetzlichen Vertragstypen.

4.6.4 Verwendungsmöglichkeiten von Vertragsmodell V

Vertragsmodell V eignet sich für alle Anlagenbau- oder Anlagensanierungsprojekte, bei denen ein Eigentumstransfer auf den öffentlichen AG bereits zu Beginn oder während der Betriebsphase wünschenswert ist. Vor allem für technische Anlagen mit hohem Potential für Effizienzsteigerungen ist Vertragsmodell V gut geeignet¹⁸⁰. Ferner können mit Vertragsmodell V Maßnahmen zur energiewirtschaftlichen Optimierung bestehender Anlagen umgesetzt werden, bei denen auf den Einbau kostspieliger neuer Anlagen(-teile) verzichtet werden kann¹⁸¹.

4.7 Vertragsmodell VI

4.7.1 Grundstruktur

Wie bei den Vertragsmodellen I bis IV¹⁸² werden beim Vertragsmodell VI bestimmte Planungs-, (Ein-)Bau-/Sanierungs-, Betriebs- bzw. Finanzierungsleistungen für eine bestimmte Vertragsdauer von der öffentlichen Hand (AG) auf einen privaten AN übertragen. Je nachdem, ob sich die Leistungspflichten des AN auf die Errichtung und den Betrieb neuer Gebäude und Anlagen oder auf den Betrieb bereits bestehender Gebäude und Anlagen beziehen, kann der Leistungsumfang in nicht unerheblichem Maße variieren.

Im Unterschied zu den Vertragsmodellen I bis IV tritt der AG jedoch nicht als Nutzer der Gebäude und sonstigen Leistungen des AN auf. Nutzer sind vielmehr eine Vielzahl von Dritten, die nicht selbst Parteien des PPP-Vertrages sind. Dies hat zur Folge, dass der AG für die vom AN beauftragten Leistungen regelmäßig keine oder eine die Leistungen des AN nur teilweise deckende entgeltliche Gegenleistung erhält. Stattdessen räumt der AG dem AN das Recht ein, seine Gesamtinvestitionskosten durch die Erhebung von Nutzungsentgelten von

¹⁸⁰ Z.B. Verwaltungsgebäude, Schulzentren, Sporthallen, Krankenhäuser, Hochschulen, Schwimmbäder, Festhallen, Konzertsäle, Theater, Museen etc.; vgl. Hessisches Ministerium für Umwelt, Energie, Jugend, Familie und Gesundheit, Contracting-Leitfaden für öffentliche Liegenschaften in Hessen, S. 25.

¹⁸¹ Z.B. Wärmedämmung, Wärmeschutzverglasung, Energiesparbeleuchtung, Biomasse-Nutzung etc.

¹⁸² Aufgrund der Beschränkung auf technische Anlagen wird Vertragsmodell V in der Praxis nur in besonderen Ausnahmefällen mit dem Vertragsmodell VI kombiniert werden können.

Drittnutzern zu decken (sog. Drittnutzerfinanzierung)¹⁸³. Im Hinblick auf die Erhebung der Nutzungsentgelte kann der Konzessionsvertrag entweder vorsehen, dass der AN die Entgelte direkt von den Drittnutzern verlangen darf oder aber dass die öffentliche Hand die Entgelte von den Drittnutzern zunächst selbst einzieht, um sie sodann an den AN weiterzuleiten¹⁸⁴.

Im Bereich des Hochbaus stellt der Konzessionsvertrag damit einen Auftrag zwischen dem öffentlichen AG und dem privaten AN (Konzessionär) dar, in dem sich der AN gegenüber dem AG verpflichtet, zur Erfüllung eines öffentlichen Zwecks bestimmte Bauleistungen (Baukonzession) und/oder bestimmte Dienstleistungen (Dienstleistungskonzession) zu erbringen, ohne hierfür ein (kostendeckendes) Entgelt des AG zu erhalten. Statt dessen erhält der AN typischerweise das Recht, Entgelte von den Drittnutzern (direkt oder über die öffentliche Hand) erheben zu dürfen und sich auf diesem Wege zu refinanzieren.

4.7.2 Entgelt bzw. Gebühr / Drittnutzerfinanzierung

Im Unterschied zu den Vertragsmodellen I bis IV ist für den Konzessionsvertrag charakteristisch, dass der AN während der Vertragslaufzeit seine Finanzierungskosten, Risikoaufschläge und Gewinnmargen nicht über ein im PPP-Vertrag bestimmtes regelmäßiges Entgelt des AG, sondern über die Nutzerentgelte von Dritten finanziert (Drittfinanzierung)¹⁸⁵. Da die spätere Nutzungsauslastung der Gebäude bzw. Anlagen im Zeitpunkt des Abschlusses des PPP-Vertrages oftmals nur schwer vorherzusagen ist, trägt der AN regelmäßig während der Vertragslaufzeit das Risiko, dass die tatsächliche Nutzungsauslastung zur Refinanzierung seiner Gesamtinvestitionskosten ausreicht (Finanzierungs- bzw. Nutzerrisiko).

Zur Abfederung dieses Finanzierungsrisikos auf Seiten des AN übernimmt es der AG zuweilen, den AN durch Zuzahlungen zu unterstützen, um z.B. die Nutzerentgelte auch bei investitionsintensiven Projekten in einem sozialstaatlich vertretbaren Rahmen zu halten oder

¹⁸³ VG Frankfurt (Oder), LKV 2002, 99 (101); zur Dienstleistungskonzession; Portz, Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, § 32 VOB/A Rn. 1 und 2.

¹⁸⁴ Das PPP-Konzessionsmodell schließt insoweit nicht aus, dass der AN für die Konzession und das damit verbundene Recht, eine entgeltspflichtige Leistung gegenüber Dritten anbieten zu dürfen, selbst auch ein eigenes Entgelt an den AG zahlen muss.

¹⁸⁵ Zwar kann der AN für seine Leistungen von den Nutzern grundsätzlich sowohl private Entgelte als auch öffentliche Gebühren erheben. Im Falle der Erhebung öffentlicher Gebühren bedarf der AN jedoch hierzu einer speziellen Ermächtigung durch die öffentliche Hand. Die öffentliche Hand wiederum bedarf für die Erteilung einer derartigen Ermächtigung einer gesetzlichen Grundlage, die es bisher nur für bestimmte Regelungsbereiche gibt (z.B. im Fernstraßenbau (§ 3 Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz)).

um das Kalkulationsrisiko des AN zu mindern¹⁸⁶. Möglich ist insoweit sowohl eine Anschubfinanzierung als auch eine Abschlusszahlung, durch die am Ende der Vertragslaufzeit ein Fehlbetrag des AN ausgeglichen wird (Nutzungsausfallgarantie)¹⁸⁷. Alternativ können dem AN auch eine Vertragsverlängerungsoption für den Fall eingeräumt werden, dass sich die Deckung der Gesamtinvestitionskosten über die Nutzungsentgelte während der ursprünglich vereinbarten Vertragslaufzeit als nicht realisierbar herausstellt.

Da es jedoch zu den typischen Wesensmerkmalen eines Konzessionsvertrages gehört, dass dem AN das Finanzierungs- bzw. Nutzerrisiko zumindest zu einem bedeutenden Teil übertragen wird¹⁸⁸, dürfen diese Zahlungen und Garantien des AG bzw. Optionen des AN nicht dazu führen, dass nicht mehr der AN, sondern der AG das Kalkulations- oder Nutzungsausfallrisiko trägt¹⁸⁹.

4.7.3 Verwertung durch AN

Grundsätzlich gelten hier die Gestaltungsmöglichkeiten, die für die Vertragsmodelle I bis IV erläutert worden sind.

Je nachdem, ob der AG als Grundstückseigentümer mit Errichtung der Gebäude bzw. Anlagen kraft Gesetzes deren zivilrechtlicher Eigentümer wird (§§ 94, 946 BGB) oder aber der AN als Konzessionär Eigentümer der von ihm errichteten und betriebenen Gebäude bzw. Anlagen ist (z.B. als Eigentümer des Grundstücks (§§ 94, 946 BGB) als Scheinbestandteilseigentümer (§ 95 BGB) oder als Erbbauberechtigter (§ 1 Abs. 1 ErbbauVO)), liegt das Verwertungsrisiko am Ende der Vertragslaufzeit entweder beim AG oder beim AN. Verbleibt das Eigentum an den Gebäuden bzw. Anlagen während der Vertragslaufzeit beim AN, können die Vertragsparteien bei Vertragsschluss (bzw. im Falle der Scheinbestandteilseigenschaft nach Errichtung der Gebäude bzw. Anlagen) vereinbaren, dass nach Ablauf der

¹⁸⁶ Vgl. insofern die Legaldefinition zur Baukonzession in § 32 Abs. 1 VOB/A, die eine zusätzliche Zahlung des AG ausdrücklich zulässt.

¹⁸⁷ Reidt/Stickler, Beck'scher VOB-Kommentar, § 32 VOB/A Rn. 26 f.

¹⁸⁸ VG Frankfurt (Oder), LKV 2002, 99 (101) m.w.N. zur Dienstleistungskonzession; Portz, in: Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, § 32 VOB/A Rn. 1 und 2; Mitteilung der EU-Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht vom 29.04.2000, Doc. 2000/C 121/02, Kap. 2.1.2 (Baukonzession) und Kap. 2.2 (Dienstleistungskonzession); Heiermann, VOB-Kommentar, § 32 VOB/A, Rn. 7a.

¹⁸⁹ In diesem Fall würde vergaberechtlich keine Konzession, sondern nur ein Bau- bzw. Dienstleistungsauftrag vorliegen (vgl. Portz, in: Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, § 32 VOB/A Rn. 3 (Baukonzession); Prieß, in: Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe, S. 80 f. (Dienstleistungskonzession)).

Vertragslaufzeit das Eigentum an den Gebäuden bzw. Anlagen auf den AG übertragen oder dem AG eine entsprechende Kaufoption eingeräumt wird.

4.7.4 Rechtliche Qualifikation

Ob Vertragsmodell VI als öffentlich-rechtlicher oder als zivilrechtlicher Vertrag einzuordnen ist, hängt von seiner konkreten Ausgestaltung ab¹⁹⁰. Als öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne der §§ 54 ff. der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder ist der Konzessionsvertrag dann einzuordnen, wenn der Gegenstand und die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist¹⁹¹. Dabei ist auf die Gesamtheit der vertraglichen Regelungen abzustellen. Maßgeblich für die rechtliche Zuordnung ist, ob der wesentliche Sachverhalt und der prägende Verfahrensgegenstand vom öffentlichen oder vom zivilen Recht geregelt wird bzw. mit ihm in einem engen Zusammenhang steht. Zu berücksichtigen ist zudem der Vertragszweck¹⁹².

Als öffentlich-rechtliche Verträge werden etwa Sondernutzungsverträge, Erschließungsverträge und städtebauliche Verträge angesehen. Nicht als öffentlich-rechtlich sind demgegenüber Verträge zu qualifizieren, die zwar mittelbar der Vorbereitung oder Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen, die aber nicht eine unmittelbare Änderung oder Ausgestaltung einer öffentlich-rechtlichen Berechtigung oder Verpflichtung selbst regeln (z.B. Einräumung von hoheitlichen Befugnissen, Gewährung von Genehmigungen etc.). Verträge über die Errichtung und den Betrieb von Gebäuden bzw. technischen Anlagen für Zwecke öffentlicher Einrichtungen sind daher dem Zivilrecht zuzuordnen¹⁹³.

Dementsprechend werden auch die sogenannten Konzessionsverträge, auf deren Grundlage die Gemeinden Energieversorgungsunternehmen die Benutzung von Gemeindeeigentum einschließlich der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze überlassen, als privatrechtliche Verträge qualifiziert. Denn hier handelt es sich nicht um die Einräumung einer öffentlich-

¹⁹⁰ Vgl. Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 54 Rn. 43a, 73.

¹⁹¹ Zu diesen Kriterien GemSenOBG, BVerwGE 74, 368 (370).

¹⁹² Vgl. Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 54 Rn. 76.

¹⁹³ Vgl. für Errichtung und Betrieb eines Krankenhauses, eines Schwesternwohnheimes und eines Altersheimes, OVG Münster, NJW 1991, 61; allgemein gilt, dass auch Verträge über Leistungen, die der Vorbereitung oder Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen, als zivilrechtliche Verträge eingeordnet werden (Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 54 Rn. 38 ff.).

rechtlichen Sondernutzung, sondern um die privatrechtliche Bewilligung des Wegeeigentümers¹⁹⁴.

Unter Zugrundelegung dieser Kriterien sind auch die PPP-Konzessionsmodelle regelmäßig dem Zivilrecht zuzuordnen. Gegenstand der Verträge ist nämlich nicht die unmittelbare Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe durch den Privaten, wie es bei einer Beleihung der Fall wäre, sondern die Erbringung einer Leistung, die für die Verwaltung Voraussetzung dafür ist, dass sie die ihr obliegende öffentliche Aufgabe erfüllen kann. Der private Partner hat regelmäßig auch kein eigenes Interesse an der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe selbst, sein Interesse ist vielmehr auf Gewinnerzielung gerichtet¹⁹⁵.

Als Verträge, mit denen sich die Verwaltung einzelne Güter oder Dienstleistungen beschafft, sind die zuvor untersuchten Vertragsmodelle I bis IV dem Zivilrecht zuzuordnen. Das Element der Nutzerfinanzierung, das Vertragsmodell VI von den Vertragsmodellen I bis V im Wesentlichen unterscheidet, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Solange nämlich das Recht zur Nutzerfinanzierung nicht auf einer hoheitlichen Beleihung beruht, was bei den hier untersuchten Hochbauprojekten im Gegensatz etwa zum Fernstraßenbau mangels gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage nicht der Fall ist, erhebt der private Partner auch nur privatrechtliche Entgelte von den Nutzern der Einrichtung. Nichts anderes gilt, wenn es bei einer hoheitlichen Gebührenerhebung durch die öffentliche Hand bleibt und diese ihre Einnahmen an den Privaten weiterleitet¹⁹⁶.

4.7.5 Anwendungsbereiche für das Vertragsmodell VI

Vertragsmodell VI eignet sich grundsätzlich für Planung, Bau bzw. Sanierung, Betrieb und Finanzierung von Gebäuden bzw. Anlagen durch einen privaten AN unabhängig davon, wer Eigentümer der Immobilie während der Betriebsphase ist. Ist der AN während der Vertragslaufzeit Eigentümer der von ihm errichteten Gebäude bzw. Anlagen (z.B. als Grundstücksei-

¹⁹⁴ Tettinger, DVBl. 1991, 786 (787 ff.); ebenso Gern, Kommunalrecht, Rn. 767; Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 54 Rn. 40.

¹⁹⁵ Becker, ZRP 2002, 303 (306).

¹⁹⁶ Reidt/Stickler, in: Motzke/Pietzcke/Prieß, VOB/A, § 32 Rn. 14. Dementsprechend sollten sich auch Regelungen über einen Verwaltungskooperationsvertrag im Verwaltungsverfahrensgesetz nicht auf öffentlich-rechtliche Verträge beschränken, sondern darüber hinaus auch privatrechtliche Verträge erfassen. So auch: Ziekow, Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz, Wissenschaftliches Gutachten erstellt im Auftrag des Bundesministeriums des Inneren, Juli 2001, S. 124 ff. und § 62 a des Änderungsvorschlags; Schuppert, Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts, Regelungsbedarf und Handlungsoption eines Rechtsrahmens für Public Private Partnership, rechts- und verwaltungswissenschaftliches Gutachten, erstellt im Auftrag des Bundesministeriums des Inneren, Juli 2001, S. 131.

gentümer, Erbbauberechtigter oder Scheinbestandteilseigentümer) kann er diese am Ende der Vertragslaufzeit auf den AG übertragen. Da Kernbestandteil des Vertragsmodells VI jedoch die Drittnutzerfinanzierung ist, ist das Modell nur für solche Hochbauprojekte geeignet, die wirtschaftlich eine Refinanzierung des AN über Drittnutzer grundsätzlich zulassen (z.B. Schwimmbäder, Bibliotheken, Museen, Stadt- und Konzerthallen etc.). Dagegen werden z.B. Verwaltungsgebäude oder Rathäuser in aller Regel nicht im Wege der Drittnutzerfinanzierung refinanzierbar sein.

4.8 Vertragsmodell VII

4.8.1 Grundstruktur

Wie bei den Vertragsmodellen I bis V werden bei dem Vertragsmodell VII bestimmte Planungs-, (Ein-)Bau/Sanierungs-, Betriebs- bzw. Finanzierungsleistungen für eine bestimmte Vertragsdauer vom öffentlichen AG auf ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen als AN übertragen. Die Besonderheit von Vertragsmodell VII besteht darin, dass der öffentliche AG grundsätzlich selbst als Gesellschafter dieses Unternehmens auf Auftragnehmerseite an dem Projekt beteiligt ist. Dabei stehen dem öffentlichen AG grundsätzlich sämtliche (gesellschaftsrechtlichen) Beteiligungsformen offen¹⁹⁷. Die Wesensmerkmale der für die Praxis wichtigsten Gesellschaftsformen werden unter besonderer Berücksichtigung von Haftungs- und Geschäftsführungsfragen nachfolgend zusammengefasst.

4.8.2 Überblick über relevante Gesellschaftsformen

Grundsätzlich ist zwischen Kapital- und Personengesellschaften zu unterscheiden.

Eine Kapitalgesellschaft zeichnet sich dadurch aus, dass die Mitgliedschaft ihrer Gesellschafter auf die reine Kapitalbeteiligung und grundsätzlich nicht auf die persönliche Mitarbeit bzw. Geschäftsführung durch die Gesellschafter zugeschnitten ist. Die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft haften in aller Regel nicht persönlich.

Eine Personengesellschaft hingegen ist ein Zusammenschluss mehrerer natürlicher oder juristischer Personen zu einer Gesellschaft, bei der die Mitgliedschaft auf die Mitarbeit bzw. Geschäftsführung durch die einzelnen Gesellschafter abzielt. Die Gesellschafter einer Personengesellschaft haften grundsätzlich auch persönlich.

¹⁹⁷ Zu den haushalts- oder kommunalrechtlichen Beschränkungen bei der Auswahl der Gesellschaftsformen: siehe unten, Kap. 5. bzw. 6.

Für die Beteiligung der öffentlichen Hand an der Projektgesellschaft (AN) kommen insbesondere die Gesellschaftsformen der Aktiengesellschaft (AG), der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), der Offenen Handelsgesellschaft (OHG), der Kommanditgesellschaft (KG) und der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) in Betracht.

4.8.3 Kapitalgesellschaften

4.8.3.1 Aktiengesellschaft

Die Aktiengesellschaft (AG) ist eine mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete handelsrechtliche Kapitalgesellschaft, für deren Verbindlichkeiten den Gläubigern lediglich das Gesellschaftsvermögen haftet (§ 1 AktG). Das in Aktien zerlegte Grundkapital beträgt mindestens € 50.000,-.

Der Vorstand der AG leitet die Gesellschaft, ist zur Geschäftsführung befugt und vertritt die AG gerichtlich und außergerichtlich. Soweit die Satzung der AG nichts anderes vorsieht, kann Geschäftsführung und Vertretung der AG bei mehreren Vorstandsmitgliedern nur gemeinschaftlich erfolgen (§§ 77 Abs. 1, 78 Abs. 2 AktG). Die Aufgaben des Aufsichtsrats liegen insbesondere in der Überwachung der Geschäftsführung, der Beratung und der Bestellung des Vorstands. Mitglieder sowohl des Vorstand als auch des Aufsichtsrates können nur natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Personen sein (§§ 76 Abs. 3, 100 Abs. 1 AktG). In der grundsätzlich jährlich einzuberufenden Hauptversammlung üben die Aktionäre ihre Rechte aus (§ 118 AktG). Zu den Aufgaben der Aktionäre zählen insbesondere die Bestellung des Aufsichtsrats, die Verwendung des Gewinns, die Änderung der Satzung sowie die Erhöhung bzw. Herabsetzung des Kapitals (§ 119 AktG). Der Hauptversammlung steht jedoch kein Weisungsrecht gegenüber Vorstand und Aufsichtsrat zu. Die Aufgaben der Hauptversammlung können durch die Satzung der AG ergänzt werden. Das Stimmrecht des jeweiligen Aktionärs wird entsprechend der Aktiennennbeträge (bzw. bei Stückaktien nach deren Zahl) ausgeübt (§ 134 Abs. 1 AktG).

Zu den weiteren Mitgliedschaftsrechten des Aktionärs gehören insbesondere das Auskunftsrecht (§ 131 AktG), das Recht auf den Gewinnanteil (Dividende) und das Recht auf Teilnahme am Liquidationserlös (§§ 60, 271 AktG). Aktionär der AG kann sowohl eine natürliche Person als auch eine juristische Person des zivilen oder öffentlichen Rechts sein.

4.8.3.2 Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) ist eine mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete handelsrechtliche Kapitalgesellschaft, die zu jedem gesetzlich zulässigen

Zweck durch eine oder mehrere Personen errichtet werden kann (§ 1 GmbHG). Für die Verbindlichkeiten der GmbH haftet lediglich das Gesellschaftsvermögen (§ 13 Abs. 2 GmbHG). Das Stammkapital der GmbH beträgt mindestens € 25.000,-.

Die GmbH hat als Organ mindestens einen Geschäftsführer und eine Gesellschafterversammlung (Gesamtheit der Gesellschafter). Der oder die Geschäftsführer werden im Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschluss bestimmt und sind die gesetzlichen Vertreter der GmbH (§ 35 GmbHG). Als Geschäftsführer können nur natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Personen benannt werden (§ 6 Abs. 2 GmbHG). Die Geschäftsführer haften der GmbH gegenüber dafür, dass sie bei der Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anwenden. Bei Verletzung dieser Sorgfaltspflicht haften sie auf Schadensersatz (§§ 40 Abs. 2, 43 Abs. 2 GmbHG). Die Gesamtheit der Gesellschafter fasst die Gesellschafterbeschlüsse regelmäßig in der Gesellschafterversammlung (§ 48 GmbHG). Die Aufgaben der Gesellschafter erstrecken sich insbesondere auf die Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung sowie auf die Bestellung, Abberufung und Entlassung der Geschäftsführer (§ 46 Nr. 6 GmbHG). Die Aufgaben der Gesellschafterversammlungen können in dem Gesellschaftervertrag eingeschränkt oder ausgeweitet werden.

Im Unterschied zur AG können die Gesellschafter unmittelbar Einfluss auf die Führung der Gesellschaft nehmen. Denn während bei der AG die wesentliche Aufgabenverteilung zwischen Aktionären, Vorstand und Aufsichtsrat kraft Gesetzes bereits zwingend vorgeschrieben ist, überlässt das GmbHG die Ausgestaltung der Funktionsverteilung zwischen den Gesellschaftern und den Geschäftsführern weitestgehend der Gesellschafterautonomie¹⁹⁸. Insbesondere sind die Geschäftsführer – anders als bei der AG - an die Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden. Das Stimmrecht des jeweiligen Gesellschafters bemisst sich nach der Höhe seines Geschäftsanteils (eine Stimme je € 50,- Geschäftsanteil (§ 47 Abs. 2 GmbHG)).

Zu den weiteren Mitgliedschaftsrechten des Gesellschafters zählen das Auskunfts- und Einsichtsrecht (§ 51 a GmbHG), das Recht auf Gewinnbeteiligung (§ 29 GmbHG) und das Recht auf den Liquidationsüberschuss (§ 72 GmbHG). Sofern der Gesellschaftsvertrag keine anderweitige Regelung trifft, können sowohl natürliche als auch juristische Personen des zivilen oder öffentlichen Rechts Gesellschafter einer GmbH sein.

¹⁹⁸ Schmigelt, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, § 3 Rn.1 ff.

4.8.4 Personengesellschaften

4.8.4.1 Offene Handelsgesellschaft

Die offene Handelsgesellschaft (OHG) ist eine mit eigener Rechtsfähigkeit ausgestattete Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist (§§ 105 Abs. 1, 124 Abs. 1 HGB).

Im Unterschied zu den Kapitalgesellschaften setzt die OHG voraus, dass keiner ihrer Gesellschafter in seiner persönlichen Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt sein darf. Mit anderen Worten haften neben der OHG auch die einzelnen Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der OHG persönlich, unmittelbar und unbeschränkt als Gesamtschuldner (§ 128 HGB). Allerdings kann die Haftung faktisch dadurch beschränkt werden, dass der AG sich über eine – in der Haftung beschränkte – GmbH an der OHG beteiligt.

Der Gesellschaftszweck einer OHG muss auf den Betrieb eines Handelsgewerbes ausgerichtet sein. Ein Handelsgewerbe ist dabei jeder Gewerbebetrieb, es sei denn dass das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert (§ 1 Abs. 2 HGB). Eine Gesellschaft, deren Gewerbebetrieb nicht bereits gemäß § 1 Abs. 2 HGB ein Handelsgewerbe ist oder die nur eigenes Vermögen verwaltet (z.B. Immobilienverwaltungs- oder Besitzgesellschaft) wird mit Eintragung ihrer Firma in das Handelsregister eine OHG (§ 105 Abs. 2 HGB).

Die Geschäftsführung im Innenverhältnis der OHG steht grundsätzlich allen Gesellschaftern zu und umfasst alle Tätigkeiten zur Verwirklichung des Gesellschaftszwecks. Dabei ist jeder Gesellschafter - und zwar für sich allein - zur Geschäftsführung befugt, soweit der Gesellschaftsvertrag nicht einzelne Gesellschafter von der Geschäftsführung ausschließt oder bestimmt, dass sie nur gemeinsam handeln können (§§ 114 f. HGB). Sind einzelne Gesellschafter als Geschäftsführer bestellt, sind diese grundsätzlich gegenüber einzelnen Mitgesellschaftern oder der Gesellschafterversammlung nicht weisungsgebunden¹⁹⁹. Gleiches gilt für die gesetzliche Vertretung der OHG im Außenverhältnis (d.h. gegenüber Dritten). Zwar kann die Vertretungsmacht einzelner Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag beschränkt oder ausgeschlossen werden. Derartige Beschränkungen sind jedoch im Außenverhältnis gegenüber Dritten unwirksam (§ 125 f. HGB).

¹⁹⁹ Etwas anderes gilt nur bei Mehrheitsbeschlüssen, bei denen die überstimmte Mehrheit verpflichtet ist, an der Durchführung der beschlossenen Maßnahme mitzuwirken oder wenn der Gesellschaftsvertrag etwas Abweichendes bestimmt (vgl. Müller, in: Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, § 4 Rn. 84).

Weitere Rechte der Gesellschafter bestehen insbesondere in Kontrollrechten (§ 118 HGB) sowie in der Beteiligung am Gewinn und Verlust (§ 120 HGB) sowie am Liquidationsüberschuss der OHG (§ 155 HGB). Gesellschafter einer OHG können sowohl natürliche als auch juristische Personen des privaten oder des öffentlichen Rechts sein. Im Unterschied zur AG und GmbH kann der juristischen Person auch die Geschäftsführung der OHG übertragen werden.

4.8.4.2 Kommanditgesellschaft

Die Kommanditgesellschaft (KG) unterscheidet sich von der OHG allein dadurch, dass bei einem Teil der Gesellschafter (sog. Kommanditisten) die Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag ihrer jeweiligen Vermögenseinlage beschränkt ist und bei dem anderen Teil der Gesellschafter (sog. Komplementäre) eine Haftungsbeschränkung nicht stattfindet (§ 161 Abs. 1 HGB). Im Übrigen finden die Vorschriften zur OHG entsprechende Anwendung (§ 161 Abs. 2 HGB).

An der KG muss jeweils mindestens ein Kommanditist und ein Komplementär beteiligt sein. Während der Komplementär Gläubigern der KG persönlich, unmittelbar und unbeschränkt haftet, haftet der Kommanditist lediglich in Höhe seiner Einlage (Haftsumme). Hat er seine Einlage bereits an die KG geleistet, ist seine persönliche und unmittelbare Haftung ausgeschlossen (§ 171 Abs. 1 HGB)²⁰⁰. Zudem sind die Kommanditisten regelmäßig sowohl von der Geschäftsführung als auch von der gesetzlichen Vertretung der KG ausgeschlossen (§§ 164, 170 HGB)²⁰¹. Diese Aufgaben übernehmen allein die Komplementäre.

Im Übrigen stehen auch dem Kommanditisten Kontrollrechte (§ 166 HGB) sowie Rechte zur Beteiligung am Gewinn und Verlust der KG zu (§§ 167 f. HGB)²⁰². Wie bei der OHG können sowohl Komplementär als auch Kommanditist juristische Personen des privaten oder des öffentlichen Rechts sein²⁰³.

²⁰⁰ Die Haftung des Kommanditisten lebt hingegen gemäß § 172 Abs. 4 HGB wieder auf, wenn ihm seine Einlage von der KG zurückgezahlt wird.

²⁰¹ Während im Gesellschaftsvertrag einem Kommanditisten abweichend von der gesetzlichen Regelung die Geschäftsführung übertragen werden kann, ist der Ausschluss der Vertretungsmacht zwingend. Jedoch kann einem Kommanditisten eine rechtsgeschäftliche Vollmacht, z.B. eine Prokura, erteilt werden (vgl. Stengel, in: Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, § 3 Rn. 28 und 254).

²⁰² Insoweit nimmt der Kommanditist am Verlust der KG jedoch nur bis zum Betrag seines Kapitalanteils und seiner noch rückständigen Einlage teil (§ 167 Abs. 3 HGB).

²⁰³ So kann etwa auch eine GmbH Komplementärin einer KG sein (sog. GmbH & Co KG). Zwar haftet die GmbH als Komplementärin der KG grundsätzlich unbeschränkt. Aufgrund der beschränkten Haftung der GmbH auf ihr Gesellschaftsvermögen (siehe oben), findet jedoch faktisch eine Haftungsbeschränkung auf das Kapital der GmbH statt.

4.8.4.3 Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) stellt als Grundform der Personengesellschaften eine auf Vertrag (Gesellschaftsvertrag) beruhende Vereinigung von mindestens zwei (natürlichen oder juristischen) Personen (Gesellschaftern) zur Förderung eines von ihnen gemeinsam verfolgten Zwecks dar (§ 705 BGB)²⁰⁴. Im Unterschied zur OHG und KG muss der Gesellschaftszweck nicht in dem Betrieb eines Handelsgewerbes bestehen. Betreiben die Gesellschafter dennoch ein Handelsgewerbe gemäß § 1 Abs. 2 HGB, wandelt sich die GbR kraft Gesetzes in eine OHG oder KG um.

Die Gesellschafter haften für Verbindlichkeiten der GbR jeweils persönlich, unmittelbar und unbeschränkt. Allerdings kann die Haftung faktisch dadurch beschränkt werden, dass der AG sich über eine – in der Haftung beschränkte – GmbH an der GbR beteiligt. Zur Geschäftsführung sind alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet²⁰⁵. Soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht, sind die Gesellschafter zur Geschäftsführung nur gemeinschaftlich befugt. Dies bedeutet, dass jedes Geschäft grundsätzlich der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf (§ 709 Abs. 1 BGB)²⁰⁶. In demselben Umfang, wie die Geschäftsführung den Gesellschaftern im Innenverhältnis zusteht, sind sie im Zweifel auch zur Vertretung der GbR bzw. der anderen Gesellschafter gegenüber Dritten ermächtigt (§ 714 BGB).

Im Übrigen stehen den Gesellschaftern Widerspruchsrechte (§ 711 BGB), Kontrollrechte (§ 716 BGB), Rechte zur Beteiligung am Gewinn und Verlust der GbR (§ 721 f. BGB) sowie Rechte zur Teilnahme am Auseinandersetzungsüberschuss zu (§§ 734, 738 BGB). Wie bei der OHG und KG können die Gesellschafter der GbR natürliche oder juristische Personen des zivilen oder öffentlichen Rechts sein.

4.8.5 Anwendbarkeit auf PPP-Projekte

Bei der Errichtung einer Projektgesellschaft im Rahmen der PPP-Modelle können einzelne der vorgenannten Gesellschaftsformen *per se* weder als generell vorzugswürdig noch als generell ausgeschlossen betrachtet werden. Vielmehr kommt es regelmäßig auf die Um-

²⁰⁴ Nach heute ganz h.M. besitzt die GbR, soweit sie als Trägerin der in ihrem Namen begründeten Rechte und Pflichten anzusehen ist und als solche auch nach außen auftritt, ebenso wie OHG und KG Rechtsfähigkeit (vgl. u.a. BGH, NJW 2001, 1056; ZIP 2002, 614).

²⁰⁵ Im Falle der Beteiligung über eine GmbH würde an der Geschäftsführung der GbR der Geschäftsführer der GmbH mitwirken.

²⁰⁶ Der Gesellschaftsvertrag kann hingegen auch vorsehen, dass bei der Geschäftsführung die Mehrheit der Stimmen entscheidet (§ 709 Abs. 2 BGB) oder die Geschäftsführung einem oder mehreren Gesellschafter übertragen wird und die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden (§ 710 BGB).

stände des Einzelfalls an wie z.B. den Projektzweck, das Projektrisikopotential, das Know-how und die Zuverlässigkeit der anderen Gesellschafter sowie die Notwendigkeit des Verbleibs starker Steuerungsinstrumente auf Seiten der öffentlichen Hand. Bei der Auswahl der geeigneten Gesellschaftsform sind ferner haushalts- bzw. kommunalrechtliche Beschränkungen zu berücksichtigen²⁰⁷.

Alle Gesellschaftsformen haben gemein, dass sie ihren Gesellschaftern bzw. Aktionären Rechte zur Kontrolle, Auskunft und Beteiligung am Gewinn bzw. Liquidations- oder Auseinandersetzungsüberschuss gewähren. Im Hinblick auf den Gesellschaftszweck weisen lediglich die OHG und KG die Einschränkung auf, dass sich der Gesellschaftszweck auf den Betrieb eines nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs (Handelsgewerbe) beziehen muss. Dies wird jedoch bei einer PPP-Projektgesellschaft regelmäßig der Fall sein.

Im Hinblick auf die Geschäftsführung und Vertretung der Projektgesellschaft kann der öffentliche AG in einer Kapitalgesellschaft nur im Rahmen der Benennung von Aufsichtsrat bzw. Geschäftsführung durch die Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung Einfluss auf die Besetzung der operativen Führungsebene der Gesellschaft nehmen. Mitglied des Vorstands, Aufsichtsrats bzw. der Geschäftsführung kann der AG (als juristische Person des öffentlichen Rechts) selbst nicht sein. Allerdings steht den Gesellschaftern einer GmbH ein besonderes Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsführung zu. Durch die Übernahme entsprechender Aktien- oder Geschäftsanteile bzw. besonderer Stimmrechtsvereinbarungen kann sich der AG die Mehrheit der Stimmrechte in der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung sichern.

In Personengesellschaften hingegen kann dem öffentlichen AG auch die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft übertragen werden. Kann bei einer OHG grundsätzlich jeder Gesellschafter einzeln die Geschäftsführung und Vertretung der OHG übernehmen, stehen diese Rechte in der KG lediglich den Komplementären zu. Bei der GbR besteht grundsätzlich nur eine gemeinsame Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis aller Gesellschafter. Ebenso wie in der AG stehen bei den Personengesellschaften den nicht geschäftsführungs- und vertretungsberechtigten Gesellschaftern grundsätzlich keine besonderen Weisungsrechte zu.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen den Gesellschaftsformen besteht jedoch im Hinblick auf den Umfang des vom einzelnen Gesellschafter jeweils zu tragenden Haftungsrisikos. Bei einer Kapitalgesellschaft haftet lediglich die Gesellschaft als juristische Person. Der einzelne

²⁰⁷ Vgl. unten, Kap. 5. bzw. 6.

Aktionär bzw. Gesellschafter haftet nicht persönlich. Bei den Personengesellschaften haften grundsätzlich neben der Gesellschaft (die GbR nur unter besonderen Voraussetzungen²⁰⁸) auch die einzelnen Gesellschafter persönlich, unmittelbar und unbeschränkt. Allerdings kann eine Haftungsbeschränkung des AG auch über eine Beteiligung an einer GmbH erreicht werden. Dies gilt auch für die KG, wenn als Komplementär eine GmbH eingesetzt wird (GmbH & Co KG). Hier ist die Haftung des Komplementärs auf das Gesellschaftsvermögen der GmbH begrenzt. Soweit sich der AG als Kommanditist beteiligt; ist die Haftung auf seine jeweilige Einlage beschränkt; er ist dann jedoch regelmäßig von der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen.

²⁰⁸ Vgl. Kap. 4.8.4.3.

5. Bundes- und Landeshaushaltsrecht

Dem Haushaltsrecht des Bundes und der Länder²⁰⁹ kommt neben einer bedeutenden wirtschaftspolitischen²¹⁰ Funktion vornehmlich eine finanzwirtschaftliche Ordnungsfunktion zu: Gemäß § 2 Satz 1 HGrG dient der Haushaltsplan der Feststellung und Deckung des Finanzbedarfs, der zur Erfüllung der Aufgaben des Bundes und des Landes im Bewilligungszeitraum voraussichtlich notwendig ist. Der Haushaltsplan stellt als Wirtschaftsplan und zugleich staatsleitender Hoheitsakt in Gesetzform²¹¹ die Grundlage für die Haushalts- und Wirtschaftsführung²¹² dar. Er ermächtigt die Verwaltung, Ausgaben zu leisten und Verpflichtungen einzugehen²¹³. Während des gesamten Haushaltszyklus sind von der öffentlichen Hand verfassungs- und einfachgesetzlich determinierte Haushaltsgrundsätze zu beachten.

Die für PPP-Hochbauprojekte spezifischen haushaltsrechtlichen Vorgaben werden nachfolgend dargestellt, gegliedert entsprechend dem Haushaltszyklus in die Phasen (i) Aufstellung des Haushaltsplans, (ii) Haushaltsvollzug und (iii) Haushaltskontrolle durch die Rechnungshöfe. Dabei werden die Problemfelder identifiziert, die einer stärkeren Verbreitung von PPP im öffentlichen Hochbau entgegen stehen und mögliche Lösungsansätze zur Überwindung etwaiger Hindernisse diskutiert.

5.1 Aufstellung des Haushaltsplans

Im Rahmen der Aufstellung und Festsetzung des Haushaltsplans sind von der öffentlichen Hand besondere verfahrensrechtliche und materiell-rechtliche Vorgaben zu berücksichtigen, die sich aus (i) der Finanzplanung, (ii) dem Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit²¹⁴, (iii) besonderen Genehmigungserfordernissen für bestimmte Geschäfte²¹⁵ und (iv) den Anforderungen an die Darstellung der zu erwartenden Einnahmen und Ausgaben sowie der erforderlichen Verpflichtungsermächtigungen im Haushaltsplan ergeben.

²⁰⁹ Zum kommunalen Haushaltsrecht siehe Kap. 6.2.

²¹⁰ Vgl. Art. 109 Abs. 2 GG; § 2 Satz 2 HGrG.

²¹¹ BVerfGE 79, 311 (328).

²¹² § 2 Satz 2 HGrG.

²¹³ § 3 Abs. 1 HGrG.

²¹⁴ S. dazu Gröpl, NVwZ 1998, 1251 (1254 f.).

²¹⁵ Vgl. die §§ 63 bis 65 BHO und die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften.

5.1.1 Finanzplanung

Bund und Länder haben bei ihrer Haushaltswirtschaft den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen²¹⁶. Mit dieser Regelung sollte eine antizyklische Steuerung des Konjunkturablaufs²¹⁷ ermöglicht werden, wozu es einer Abkehr von dem früheren objektorientierten Deckungsansatz²¹⁸ bedurfte. Einnahmen aus Krediten dürfen seit 1969 die Summe der im Haushaltsplan veranschlagten Ausgaben für Investitionen nicht überschreiten, es sei denn, dies ist zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts erforderlich. Diese verfassungsrechtlich²¹⁹ und einfachgesetzlich²²⁰ niedergelegte Regelung markiert materielle Grenzen für die Staatsverschuldung und konkretisiert zugleich das aus dem Demokratieprinzip fließende Gebot der Achtung der Entscheidungsfreiheit künftiger Generationen²²¹. Ferner bestimmen Art. 115 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 GG und die entsprechenden Regelungen in den Landesverfassungen²²², dass die Aufnahme von Krediten sowie die Übernahme von Bürgschaften, Garantien oder sonstigen Gewährleistungen, die zu Ausgaben in künftigen Rechnungsjahren führen können, einer der Höhe nach bestimmten oder bestimmaren Ermächtigung durch Gesetz bedürfen, und stellen damit einen formalen Vorbehalt auf.

PPP können die Handlungsspielräume künftiger Generationen verengen, weil die öffentliche Hand damit Zahlungsverpflichtungen über einen längeren Zeitraum eingeht. Im Vergleich zu einem Bargeschäft der öffentlichen Hand werden damit öffentliche Finanzierungslasten in die Zukunft verlagert. Hochbauprojekte sind freilich keine Bargeschäfte des täglichen Lebens. Auch der Eigenrealisierung durch die öffentliche Hand liegt typischerweise eine Kreditfinanzierung zu Grunde, mit der Finanzierungslasten in die Zukunft verlagert werden. Eine a priori weitergehende intertemporale Lastenverschiebung als bei der Eigenrealisierung ist PPP nicht zu Eigen.

²¹⁶ Art. 109 Abs. 2 GG.

²¹⁷ BVerfGE 79, 311 (331).

²¹⁸ Vgl. die Amtl. Begr. der Gesetzesentwürfe zur Haushaltsreform, BT-Drs. V/3040, Tz. 59. Zur dogmengeschichtlichen Entwicklung der Kreditbegrenzungsregeln siehe Höfling, Staatsschuldenrecht, S. 107 ff.

²¹⁹ Art. 115 Abs. 1 Satz 2 GG.

²²⁰ § 18 BHO/LHO.

²²¹ BVerfGE 79, 311, (343). Zu der umstrittenen, von der herrschenden Literatur aber bejahten Frage, ob die Staatsverschuldung eine intertemporale Lastenverschiebung bewirkt, siehe Bröcker, Grenzen staatlicher Verschuldung im System des Verfassungsstaats, S. 51 ff., 59; Heun, Die Verwaltung 1985, 1 ff. (28).

²²² S. etwa Art. 84 Satz 1 Verf Baden-Württemberg; Art. 103 Abs. 1 Satz 1 Verf Brandenburg.

Gleichwohl ist für die haushaltsrechtliche Beurteilung von PPP ein klares Verständnis der Begriffe *Kredit* und *Investition* von besonderer Bedeutung. Nur dann können die von den Partnern zu erbringenden Leistungen (Planung, Errichtung, Betrieb, Finanzierung, Verwertung) im Rahmen von PPP-Hochbauprojekten haushälterisch zutreffend dargestellt und rechtlich daraufhin bewertet werden, ob zu ihrer Durchführung eine gesetzliche Ermächtigung erforderlich ist. Um die europarechtliche Dimension der Klassifizierung von Ausgaben des Staates als Kredite oder Investitionen zu verdeutlichen, werden nachfolgend nicht nur die haushaltsrechtlichen Implikationen der verschiedenen PPP-Vertragsmodelle nachvollzogen, sondern es wird ebenfalls untersucht, wie Einnahmen und Ausgaben in den Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnungen gebucht werden. Die Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnungen dienen der Europäischen Kommission als Grundlage für die Beurteilung, ob die Mitgliedsstaaten die sog. Maastricht-Kriterien einhalten.

5.1.1.1 Kredit

Der haushaltsrechtliche Kreditbegriff ist gesetzlich nicht definiert. Nach der traditionellen²²³ und heute noch herrschenden Meinung²²⁴ bedeutet die Aufnahme eines Kredits im Sinne von Art. 115 Abs. 1 Satz 1 GG die Begründung von Finanzschulden. Finanzschulden beruhen auf einem schuldrechtlichen Vertrag zwischen dem Staat und einem Kreditgeber und führen dem Staat für eine bestimmte Zeit Geldmittel zur Finanzierung von Haushaltsaufgaben zu oder ersparen ihm unmittelbar die Leistung von Haushaltsausgaben.

Den Finanzschulden stehen die sog. Verwaltungsschulden des Staates gegenüber, die nach der h.M.²²⁵ nicht unter den Begriff der Kreditaufnahme fallen. Verwaltungsschulden entstehen aus der Geschäfts- und Verwaltungstätigkeit des Staates (z.B. Primär- oder Sekundärverbindlichkeiten aus Kauf-, Werk- oder Mietverträgen) und dienen nicht zur Erzielung von Einnahmen, sondern müssen durch Einnahmen gedeckt sein²²⁶.

Die Rechtsprechung hat die von der Staats- und Verwaltungswissenschaft entwickelte Dichotomie von Finanz- und Verwaltungsschulden zur Qualifizierung öffentlicher Schulden als Kredit aufgegriffen: Der Rheinland-Pfälzische Verfassungsgerichtshof hat in einer Entschei-

²²³ BT-Drs. V/3040, Tz. 129.

²²⁴ Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, S. 1268; Fischer-Menshausen, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 115 Rn. 8; Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 115 Rn. 10; Piduch, Bundeshaushaltsrecht, GG, Art. 115 Rn. 14; Jaeckel, in: Klein, Öffentliches Finanzrecht, VII Rn. 6; Hennecke, Öffentliches Finanzwesen Finanzverfassung, § 11 Rn. 530.

²²⁵ Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, S. 1268; Piduch, Bundeshaushaltsrecht, GG, Art. 115 Rn. 14.

²²⁶ Vgl. Jahndorf, NVwZ 2001, 620 (621); Schützenmeister, LKV 1992, 80 (81).

dung²²⁷ über die Vereinbarkeit des Landeshaushaltsgesetzes 1996 in Bezug auf die Leasingfinanzierung von Investitionsmaßnahmen mit der Verfassung für Rheinland-Pfalz ausgeführt, dass „Kreditaufnahme i.S. von Art. 117 S. 1 RhPVerf. [...] die vertragliche Begründung von Finanzschulden“ sei, während die „Eingehung von Schulden, die bei Waren- oder Dienstleistungsgeschäften entstehen, oder die Gewährung von Zahlungszielen, die in diesem Zusammenhang verabredet werden, keine Kreditaufnahme“ darstelle.

Teile der finanzverfassungsrechtlichen Literatur²²⁸ betonen hingegen, dass der terminologischen Unterscheidung zwischen Finanz- und Verwaltungsschulden eine unmittelbare normative Direktionskraft nicht zukomme und fordern, den Kreditbegriff im Hinblick auf die Gefahr von Umgehungsgeschäften problemadäquat erweiternd auszulegen. Bei einer Verpflichtung aus einem Verwaltungsschuldverhältnis könne, wenn neben die zugrunde liegende Austauschbeziehung eine sekundäre Finanzierungsfunktion trete, auch die Verwaltungsschuld unter den Gesetzesvorbehalt des Art. 115 Abs. 1 Satz 1 GG fallen²²⁹. Einem Verwaltungsschuldverhältnis soll eine sekundäre Finanzierungsfunktion dann zukommen, wenn dem Staat finanziell eine außergewöhnliche, materiell mit der vorübergehenden Erschließung einer Geldquelle vergleichbare Position verschafft wird²³⁰.

Virulent wird die Frage nach der Finanzierungsfunktion eines Geschäfts bei privaten Leistungen zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dann, wenn für die hierfür von der öffentlichen Hand zu entrichtende Gegenleistung ein längerer Tilgungsrahmen vorgesehen ist. Der Private wird sich in diesem Fall regelmäßig über Bankkredite zwischenfinanzieren. Grundsätzlich sind jedoch nur die vom Staat selbst aufgenommenen Schulden Kredite im haushaltsrechtlichen Sinne, weil Art. 115 Abs. 1 GG und die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften an das Rechtsträgerprinzip anknüpfen²³¹. Die von einem juristisch selbständigen Dritten aufgenommenen Kredite sind hiernach keine staatlichen Kredite. Nur ausnahmsweise, vor allem wenn das Gebot der Vollständigkeit des Haushaltsplans gemäß Art. 110 GG

²²⁷ RhPVerfGH, NVwZ-RR 1998, 145 (147).

²²⁸ Höfling, Staatsschuldenrecht, S. 42 ff.; Püttner, Die Privatfinanzierung öffentlicher Vorhaben – Weg oder Irrweg ?, in: Wendt, Staat-Wirtschaft-Steuer, Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag, S. 729 (739); Jahndorf, NVwZ 2001, 620 (624).

²²⁹ Höfling, Staatsschuldenrecht, S. 44.

²³⁰ So Höfling, DÖV 1995, 141 (146). Noch weitergehend Jahndorf, NVwZ 2001, 620 (624), der wirtschaftliche Sachverhalte, die sich im weiteren Sinne als Finanzierungshilfe darstellen, unter den Kreditbegriff des Art. 115 Abs. 1 GG subsumiert.

²³¹ Arg. Art. 115 Abs. 2 GG.

umgangen zu werden droht, soll der von einem Dritten aufgenommene Kredit dem Staat zurechenbar sein²³².

Innerhalb der h.L. noch nicht abschließend geklärt ist die Frage, in welchen konkreten Fallgestaltungen eine Umgehung von haushaltsrechtlichen Vorschriften mit der Folge der Qualifizierung einer Kreditaufnahme durch einen Dritten als staatliche Kreditaufnahme anzunehmen ist. Einheitlich bejaht wird dies nur dann, wenn der Staat einen Privaten mit der Aufnahme von Krediten im eigenen Namen für Rechnung des Staates beauftragt²³³. Nach ganz überwiegender Auffassung²³⁴ gilt als staatliche Kreditaufnahme ferner der Fall, dass der Staat einen Dritten, an dem er maßgeblich beteiligt ist, mit der Kreditaufnahme im eigenen Namen und auf eigene Rechnung beauftragt, dem Staat zeitgleich Geldmittel zufließen, die er zur Finanzierung von Staatsaufgaben verwendet, und der Staat den Finanzdienst übernimmt²³⁵. Eine weitergehende Zurechnung von Kreditaufnahmen Dritter, wie von den Vertretern²³⁶ eines wirtschaftlich verstandenen Kreditbegriffs befürwortet, lehnt die h.L. dagegen ab.

Rechtsprechung zu der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Kreditaufnahme Dritter dem Staat zurechenbar ist, liegt bislang nur vereinzelt vor. In der o.g. Entscheidung²³⁷ hat sich der Rheinland-Pfälzische Verfassungsgerichtshof der h.L. angeschlossen und das Vorliegen eines Kredits im haushaltsrechtlichen Sinn davon abhängig gemacht, ob sich der Staat durch eine Drittkreditaufnahme eine Geldquelle zum Zwecke des Haushaltsausgleichs erschließt. So heißt es in der Urteilsbegründung:

„Dennoch führen weder das Immobilienleasing noch das Mogendorfer Modell zu einer Kreditaufnahme im Sinne des Haushaltsverfassungsrechts. Bei beiden

²³² Vgl. Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 115 Rn. 12.

²³³ Siehe statt vieler Fischer-Menshausen, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 115 Rn. 8.

²³⁴ Wendt, Haushaltsrechtliche Probleme der Kapitalbeteiligung Privater an öffentlichen Infrastrukturinvestitionen, in: Ipsen, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 1994, S. 37 (45); Fischer-Menshausen, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 115 Rn. 8; Grupp, DVBl. 1994, 140 (145); Höfling, Staatsschuldenrecht, S. 53; Kilian, Nebenhaushalte des Bundes, S. 726; Gröpl, DStZ 1999, 113 (120); a.A. Piduch, Bundshaushaltsrecht, GG, Art. 115 Rn. 14 (Stand: Januar 1995), der Finanzierungsverfahren außerhalb des Haushaltsplans (nur) aus Zweckmäßigkeitsgründen ablehnt.

²³⁵ Zu solchen Finanzierungsverfahren und die Bewertung der daraus resultierenden Einnahmen als Krediteinnahmen siehe die Denkschrift des Präsidenten des Bundesrechnungshofes, BT-Drs. V/4066, S. 39. Zu dieser in den 50er und 60er Jahren vom Bund gewählten Form der Finanzierung des Baus von Bundesautobahnen durch die Deutsche Gesellschaft für öffentliche Arbeiten AG (Öffa) vgl. Höfling, DÖV 1995, 141 (142).

²³⁶ Jahndorf, NVwZ 2001, 620 (624); Kilian, Nebenhaushalte des Bundes, S. 727.

²³⁷ RhPfVerfGH, NVwZ-RR 1998, 145 (147).

Formen der privaten Vorfinanzierung fließen die jeweils von einer Bank aufgenommenen Geldmittel nicht dem Land, sondern der privaten Projektgesellschaft zu. Zwar werden, wie schon oben in anderem Zusammenhang ausgeführt, Krediteinnahmen einer vom Land beherrschten Finanzierungsgesellschaft diesem zugerechnet, wenn es die Gesellschaft mit der Kreditaufnahme beauftragt, den Schuldendienst übernimmt und die einkommenden Mittel für die Erfüllung von Staatsaufgaben verwendet. Von Fallgestaltungen dieser Art unterscheiden sich die hier in Rede stehenden Finanzierungsmodelle aber grundlegend insofern, als das Land sich nicht, auch nicht vorübergehend, eine Geldquelle zum Zwecke des Haushaltsausgleichs erschließt. Allein der Umstand, daß das Land einen - im wirtschaftlichen Sinne - kreditfinanzierten Gegenstand nutzt, läßt weder die private Kreditaufnahme zu einer solchen i.S. von Art. 117 S. 1 RhPfVerf. werden, noch unterwirft es das vom Land geschlossene Rechtsgeschäft dem staats-schuldenrechtlichen Gesetzesvorbehalt“.

Ähnlich hat der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin in einem kürzlich ergangenen Urteil²³⁸ zur Rechtmäßigkeit einer Haushaltsüberschreitung des Landeshaushalts 2000 infolge der Begleichung von Forderungen durch den Senat von Berlin zugunsten der Berliner Stadtreinigungsbetriebe entschieden:

„Eine Kreditaufnahme liegt damit vor, wenn dem Staat unmittelbar oder mittelbar Geldleistungen zugewandt werden, die er zurückzahlen und in der Regel auch verzinsen muß, die mithin Finanzschulden begründen“.

Der Verfassungsgerichtshof Berlin zieht drei Fälle in Erwägung, in denen dem Staat Kredite Dritter möglicherweise zugerechnet werden könnten. Erstens könne eine missbräuchliche Umgehung der haushaltsverfassungsrechtlichen Vorschriften dann vorliegen, wenn besondere Rechtssubjekte z.B. als sog. Finanzierungsgesellschaften gegründet werden, die weder eigene Sachaufgaben noch eigenes Vermögen haben, aber Kredite aufnehmen dürfen, für die der Bund bzw. das Land entweder ausdrücklich die Garantie übernehmen oder kraft der Anstaltslast haften. Eine verdeckte Kreditaufnahme könne ferner in den Fällen vorliegen, dass, zweitens, einem Dritten der Auftrag erteilt wird, für Rechnung des Bundes bzw. des Landes Kredite zur Finanzierung von Bundes- bzw. Landesaufgaben aufzunehmen oder, drittens, dass ihm der Auftrag erteilt wird, im eigenen Namen und für eigene Rechnung Kredite zur Finanzierung von Bundes- oder Landesaufgaben unter interner Übernahme des Schuldendienstes durch den Bund bzw. das Land aufzunehmen. Eine über diese Fälle hinausgehende weitere Ausweitung des Anwendungsbereichs von Art. 87 Abs. 1 der Verfassung von Berlin²³⁹ kommt nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofs Berlin nicht in Betracht.

²³⁸ Verfassungsgerichtshof Berlin, Urteil vom 21. März 2003 – VerfGH 6/01, <http://www.berlin.de/SenJust/Gerichte/LVerfGH/presse/archiv/12000/index.html>.

²³⁹ Art. 87 Abs. 1 VvB entspricht im Wesentlichen Art. 115 Abs. 1 GG.

Das Bundesverfassungsgericht hatte 1998 Gelegenheit, in einer Eilentscheidung²⁴⁰ über die haushaltsrechtliche Veranschlagung bestimmter Einnahmen im Rahmen eines Liegenschaftsmodells in Schleswig-Holstein zu befinden. Nach diesem Liegenschaftsmodell sollte das Land Schleswig-Holstein Liegenschaften an die Investitionsbank Schleswig-Holstein verkaufen und diese Liegenschaften gleichzeitig über einen längeren Zeitraum zum Marktpreis zurückmieten (sale-and-lease-back). Die Investitionsbank sollte den Kauf durch Inanspruchnahme des Kapitalmarktes in Höhe von etwa 1 Mrd. DM finanzieren. Bis zu 30% des Veräußerungserlöses sollte das Land Schleswig-Holstein einer bei der Investitionsbank einzurichtenden „Zweckrücklage Liegenschaften“ zuführen dürfen, im Übrigen sollten die Veräußerungserlöse jedoch den Haushalt entlasten und die Neuverschuldung reduzieren. Das Bundesverfassungsgericht ordnete an, etwaige Einnahmen aus dem Liegenschaftsmodell einstweilen so zu behandeln, als seien sie Einnahmen aus Kredit²⁴¹. Auch wenn diese Anordnung das vom Land Schleswig-Holstein verfolgte Liegenschaftsmodell als solches nicht präjudizierte²⁴², lässt sich mit guten Gründen vertreten²⁴³, dass die Einnahmen des Landes Schleswig-Holstein aus dem kreditfinanzierten Liegenschaftsmodell nach den von der h.L. angelegten Beurteilungskriterien eine staatliche Kreditaufnahme gewesen wären.

Nach alledem bleibt festzuhalten, dass der in der Rechtsprechung gegenwärtig verwendete haushaltsrechtliche Kreditbegriff sich nur auf unmittelbar vom Staat aufgenommene Kredite bezieht und nur ausnahmsweise auf Drittkredite ausgedehnt wird, wenn sich der Staat dadurch eine Geldquelle zum Zwecke des Haushaltsausgleichs erschließt²⁴⁴.

Unstrittig ist, dass unter *Kreditaufnahme* im Sinne von Art. 115 Abs. 1 Satz 1 GG die jährliche Bruttoverschuldung zu verstehen ist, während *Krediteinnahmen* im Sinne von Art. 115 Abs. 1 Satz 2 GG die Nettoneuverschuldung, d.h. die Bruttoverschuldung abzüglich der Kreditaufnahme zur Umschuldung und zur Aufrechterhaltung einer ordnungsmäßigen Kassenwirtschaft²⁴⁵, bedeutet²⁴⁶. Unstrittig ist auch, dass die Kreditaufnahme einer Ermächtigung

²⁴⁰ BVerfG, NVwZ 1999, 173 ff.

²⁴¹ BVerfG, NVwZ 1999, 173 (174).

²⁴² BVerfG, NVwZ 1999, 173 (174).

²⁴³ Gröpl, DStZ 1999, 113, (117).

²⁴⁴ Die Bemerkung des Bundesverfassungsgerichts in der Entscheidung BVerfG, NVwZ 1999, 173 (174), dass die Sache „gewichtige und schwierige verfassungsrechtliche Fragen“ im Zusammenhang mit der Auslegung des Merkmals „Kredit“ im Sinne von Art. 53 S. 1 und 2 Halbs. 1 SchlHVerf aufwerfe, könnte allerdings darauf hindeuten, dass das letzte Wort in diesem Zusammenhang noch nicht gesprochen ist.

²⁴⁵ Zu diesen Kassenverstärkungskrediten siehe § 13 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 HGrG, § 18 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BHO und die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften.

durch das Haushaltsgesetz oder durch ein anderes Gesetz bedarf; die Veranschlagung der voraussichtlichen Krediteinnahmen im Haushaltsplan genügt hierfür nicht²⁴⁷. Obgleich nach der Rechtsprechung der Gesetzesvorbehalt grundsätzlich nur für die Aufnahme von Finanzschulden gilt, sind sog. Sonderfinanzierungen in einigen Haushaltsgesetzen durch einfachgesetzliche Ermächtigungen abgesichert worden:

„Durch den Abschluss von Leasing-, Mietkauf- und ähnlichen Verträgen (Sonderfinanzierungen) für Bauinvestitionen dürfen Verpflichtungen zu Lasten künftiger Haushaltsjahre eingegangen werden. Das Ministerium der Finanzen wird ermächtigt, mit Zustimmung des Ausschusses für Haushalt und Finanzen des Landtages Sonderfinanzierungen zuzulassen; § 38 Abs. 1 der Landeshaushaltsordnung bleibt unberührt.“²⁴⁸

5.1.1.2 Investition

Unter dem Begriff der Investition werden herkömmlich²⁴⁹ öffentliche Ausgaben für Maßnahmen verstanden, die bei makroökonomischer Betrachtung die Produktionsmittel der Volkswirtschaft erhalten, vermehren oder verbessern. Die Verfassung selbst enthält allerdings keine Definition des Investitionsbegriffs, sondern lediglich einen Regelungsauftrag²⁵⁰ an den Gesetzgeber, Näheres durch Gesetz zu regeln. Der Bundesgesetzgeber ist diesem Auftrag – nach einer Mahnung²⁵¹ durch das Bundesverfassungsgericht – dadurch nachgekommen, dass er die aufgrund der bis dahin geltenden Verwaltungsvorschriften geübte Staatspraxis²⁵² zum Gesetz²⁵³ erhoben hat²⁵⁴. Für die Länder ist diese Legaldefinition gemäß § 1 HGrG ebenfalls verbindlich²⁵⁵.

Gemäß § 13 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 BHO sind Investitionen die Ausgaben für

²⁴⁶ Gröpl, Haushaltsrecht und Reform, S. 446; Bröcker, Grenzen staatlicher Verschuldung im System des Verfassungsstaats, S. 60.

²⁴⁷ Piduch, Bundeshaushaltsrecht, GG, Art. 115 Rn. 11.

²⁴⁸ § 8 Abs. 1 Haushaltsgesetz 2002/2003 Brandenburg; ähnlich § 6 Abs. 1 Satz 1 und 2 Haushaltsgesetz 2002/03 Berlin, allerdings mit der Einschränkung gemäß § 6 Abs. 1 Satz 3, dass „[d]ie aus Sonderfinanzierungen entstehenden Verpflichtungen Berlins [...] das vertretbare Maß für die Belastung künftiger Haushaltsjahre nicht überschreiten [dürfen].“

²⁴⁹ BT-Drs. V/3040, Tz. 134.

²⁵⁰ Art. 115 Abs. 2 Satz 2 GG.

²⁵¹ BVerfGE 79, 311 (352).

²⁵² Siehe die Amtl. Begr. der Gesetzesentwürfe zur Haushaltsreform, BT-Drs. V/3040, Tz. 134.

²⁵³ § 13 Abs. 3 Nr. 2 BHO; § 10 Abs. 3 Nr. 2 HGrG.

²⁵⁴ Hennecke, Öffentliches Finanzwesen Finanzverfassung, § 11 Rn. 575; kritisch Stölben, SächsVBl. 2002, 13 (17 f.).

²⁵⁵ NdsStGH, NVwZ 1998, 1288 (1289).

- a) Baumaßnahmen, soweit sie nicht militärische Anlagen betreffen,
- b) den Erwerb von beweglichen Sachen, soweit sie nicht als sächliche Verwaltungsausgaben veranschlagt werden oder soweit es sich nicht um Ausgaben für militärische Beschaffungen handelt,
- c) den Erwerb von unbeweglichen Sachen,
- d) den Erwerb von Beteiligungen und sonstigem Kapitalvermögen, von Forderungen und Anteilsrechten an Unternehmen, von Wertpapieren sowie für die Heraufsetzung des Kapitals von Unternehmen,
- e) Darlehen,
- f) die Inanspruchnahme aus Gewährleistungen,
- g) Zuweisungen und Zuschüsse zur Finanzierung von Ausgaben für die in den Buchstaben a bis f genannten Zwecke“.

Diese abschließende Begriffsbestimmung umfasst diejenigen Ausgaben, die nach dem Gruppierungsplan den Hauptgruppen 7 (Baumaßnahmen) und 8 (Sonstige Ausgaben für Investitionen und Investitionsförderungsmaßnahmen) zuzuordnen sind²⁵⁶. Allerdings sind – insbesondere um Doppelzählungen im Gesamtstaat zu vermeiden²⁵⁷ - Zuweisungen, Zuschüsse und Beiträge zu Investitionen von Dritten (Einnahmetitel der Obergruppen 33 und 34²⁵⁸) zur Ermittlung der in Art. 115 Abs. 1 Satz 2 GG genannten Kreditobergrenze von der Summe der nach den in Titeln der Obergruppen 88 und 89 veranschlagten Ausgaben für Investitionen²⁵⁹ abzuziehen. Es dürfen nur eigenfinanzierte Investitionen berücksichtigt werden²⁶⁰, was Bedeutung insbesondere für die Länderhaushalte hat, wenn sie kreditfinanzierte Investitionszuweisungen des Bundes erhalten²⁶¹. Der konkrete Investitionszweck der Ausgaben ist im Haushaltsgesetz oder in dem mit ihm verabschiedeten Haushaltsplan festzulegen, damit Ausgaben als Investitionen bei der Berechnung der Kreditobergrenze berücksichtigt werden können²⁶².

Ausgehend von der Überlegung, dass die Funktion von Art. 115 Abs. 1 Satz 2 GG darin besteht, intertemporale Lastenverschiebungen infolge von Krediten durch Ausgaben mit einem zukunftsbegünstigenden Effekt materiell zu kompensieren²⁶³, wird teilweise²⁶⁴ betont, dass

²⁵⁶ Vgl. BT-Drs. 11/6939, S. 5; BT-Drs. 11/6940, S. 4.

²⁵⁷ Vgl. RhPfVerfGH, NVwZ-RR 1998, 145 (148); kritisch zu der in einigen Bundesländern gleichwohl stattfindenden Doppelveranschlagung Bröcker, Grenzen staatlicher Verschuldung im System des Verfassungsstaats, S. 74.

²⁵⁸ Die Obergruppe 33 umfasst Zuweisungen für Investitionen aus dem öffentlichen Bereich und die Obergruppe 34 Beiträge und sonstige Zuschüsse für Investitionen; vgl. VV-BHO § 13.

²⁵⁹ Die Obergruppe 88 umfasst Zuweisungen für Investitionen im öffentlichen Bereich und die Obergruppe 89 Zuschüsse für Investitionen an sonstige Bereiche; vgl. VV-BHO § 13.

²⁶⁰ NdsStGH, NVwZ 1998, 1288 (1289); BT-Drs. 11/6939, S. 5; BT-Drs. 11/6940, S. 5.

²⁶¹ Piduch, Bundeshaushaltsrecht, BHO, § 18 Rn. 4.

²⁶² NdsStGH, NVwZ 1998, 1288 (1289).

²⁶³ Vgl. Schwarz, DÖV 1998, 721 (722).

bei der Ermittlung der Kreditobergrenze Ausgaben für Darlehen und für die Inanspruchnahme aus Gewährleistungen für andere als Investitionskreditierungen auszunehmen seien, weil andernfalls ein zukunftswirksamer Lastenausgleich nicht stattfindet. Jedenfalls müssten, wenn Darlehen oder Gewährleistungen zu den Investitionsausgaben gezogen würden, weil die Rückflüsse aus Gebühren, Zinsen und Tilgungen künftige Haushalte entlasten, diese Einnahmen ausnahmslos zur Tilgung von Altschulden oder für neue Investitionen verwendet werden.

Diese Überlegungen haben sich in der Verwaltungspraxis bislang aber nicht durchsetzen können. Gleiches gilt für die von Teilen der Literatur²⁶⁵ aufgestellte Forderung, dass Ausgaben für Investitionen nicht nach dem Bruttoprinzip, sondern nach dem Nettoprinzip, d.h. abzüglich der Ersatzinvestitionen wegen eingetretener Wertminderung, in die Berechnung einzustellen seien.

5.1.1.3 Der Kredit- und Investitionsbegriff in den VGR

Der in den Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnungen (VGR) verwendete Kredit- und Investitionsbegriff weist beachtliche Abweichungen zu dem haushaltsrechtlichen Kredit- und Investitionsbegriff auf.

Das seit April 1999 in allen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union eingeführte revidierte Europäische System Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen (ESVG 1995)²⁶⁶, definiert einen Kredit als „eine unbedingte Verbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger, die bei Fälligkeit zurückgezahlt werden muss und verzinslich ist“²⁶⁷. Für die von den Mitgliedsstaaten an Eurostat bereitzustellenden Statistiken, die u.a. zur Beurteilung der Einhaltung der Maastricht-Konvergenzkriterien²⁶⁸ gemäß dem Stabilitäts- und Wachstumspakt²⁶⁹ dienen, ist das

²⁶⁴ Bundesrechnungshof, Bemerkungen 1999 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung, BT-Drs. 14/1667 vom 11. Oktober 1999, S. 59 f.; Gröpl, Haushaltsrecht und Reform, S. 448; grundsätzlich für eine enge Auslegung des Investitionsbegriffs Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 115 Rn. 32.

²⁶⁵ Höfling, Staatsschuldenrecht, S. 192 ff.; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, S. 1280; Bröcker, Grenzen staatlicher Verschuldung im System des Verfassungsstaats, S. 72 f.

²⁶⁶ Anhang A zu der Verordnung (EG) Nr. 2223/96 des Rates vom 25. Juni 1996 zum Europäischen System Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen auf nationaler und regionaler Ebene in der Europäischen Gemeinschaft.

²⁶⁷ Kapitel 5, Nr. 5.71 Buchstabe c ESVG 1995.

²⁶⁸ Art. 121 EGV.

²⁶⁹ ABLEG 1997 Nr. C 231/1.

ESVG 1995 und damit dieser Kreditbegriff verbindlich²⁷⁰. Zu den Krediten gehören auch Verpflichtungen aus Finanzierungsleasing und Teilzahlungskauf²⁷¹, wiewohl in diesen Fällen die Verbindlichkeit nicht in einer Rückzahlung, sondern in der ratenweisen Zahlung des Entgelts besteht. Beim Finanzierungsleasing und dem Teilzahlungskauf im Sinne des ESVG 1995²⁷² wird ein Kredit des Leasinggebers/Verkäufers an den Leasingnehmer/Käufer unterstellt²⁷³. Damit stellen in gewissen Grenzen auch Verwaltungsschulden im Sinne des nationalen Finanzverfassungs- und Haushaltsrechts einen Kredit dar. Hingewiesen sei aber darauf, dass die ESVG-Terminologie namentlich im Hinblick auf das Finanzierungsleasing von dem in der deutschen Rechtspraxis herrschenden Begriffsverständnis abweicht.

Der in den VGR verwendete Investitionsbegriff²⁷⁴ ist einerseits weiter, andererseits enger als der im nationalen Recht verwendete Begriff: Die Bruttoinvestitionen umfassen die Anlageinvestitionen, die Vorratsveränderungen und den Nettozugang an Wertsachen. Erlöse aus der Veräußerung von beweglichem und unbeweglichem Vermögen werden als Desinvestition abgesetzt. Der Beteiligungs- oder Forderungserwerb, Darlehensvergaben, Gewährleistungsausgaben und Investitionszuschüsse an Dritte haben keinen investiven Charakter²⁷⁵. Demgegenüber werden, anders als im deutschen Recht²⁷⁶, auch militärisch genutzte Bauten und Anlagen, wenn sie ähnlich denjenigen sind, die von zivilen Produzenten genutzt werden²⁷⁷, zu den Bruttoinvestitionen gezählt.

5.1.1.4 Stellungnahme

Ob zur Begünstigung von PPP-Hochbauprojekten die Begriffe *Kredit* und *Investition* auf nationaler Ebene anders als von der h.M. bislang, nämlich stärker dem ESVG 1995 angenähert, wirtschaftlich orientiert ausgelegt werden sollten, hängt zuvörderst von der Frage ab, ob das unterschiedliche Begriffsverständnis auf nationaler und europäischer Ebene PPP-Vertragsmodelle tangiert. Eine kursorische Darstellung der Qualifizierung der verschiedenen

²⁷⁰ Vgl. Art. 285 EGV.

²⁷¹ Kapitel 5, Nr. 5.81 Buchstabe g ESVG 1995.

²⁷² Vgl. Anhang II, Nr. 4 und Nr. 5 zum ESVG 1995.

²⁷³ Anhang II, Nr. 9 (Finanzierungsleasing) und 13 (Teilzahlungskauf) ESVG 1995.

²⁷⁴ Siehe die Definition von „Bruttoanlageninvestitionen“ in Kapitel 5, Nr. 3.102 ESVG 1995.

²⁷⁵ Bundesrechnungshof, Bemerkungen 1999 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung, BT-Drs. 14/1667 vom 11. Oktober 1999, S. 58.

²⁷⁶ Vgl. § 10 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 Buchstabe a und b HGrG.

²⁷⁷ Z.B. Flughäfen, Hafenanlagen, Straßen und Krankenhäuser, siehe Kapitel 3, Nr. 3.107 Buchstabe b ESVG 1995.

PPP-Vertragsmodelle als Kredit und Investition auf nationaler und europäischer Ebene erleichtert die Beurteilung dieser Frage.

5.1.1.4.1 PPP als Kredit und Investition nach deutscher Verwaltungspraxis

Die PPP-Vertragsmodelle I bis VII sind nach deutschem Haushaltsrecht – unter Zugrundelegung der Kriterien der h.M. – grundsätzlich nicht mit einer Kreditaufnahme des Staates verbunden, wenn der private Partner die Finanzierungsverantwortung trägt. Die Verpflichtung der öffentlichen Hand zur Zahlung eines Entgeltes stellt eine Verwaltungsschuld und damit grundsätzlich keinen Kredit dar.

Eine staatliche Kreditaufnahme wäre nur unter besonderen Voraussetzungen anzunehmen. Hieran könnte zu denken sein, wenn das PPP-Vertragsmodell II als „Sale-and-lease-back“ ausgestaltet ist. Der öffentlichen Hand fließen in diesem Fall zunächst Einnahmen aus der Veräußerung von Immobilien zu. Nähme ein privater Partner, an dem die öffentliche Hand maßgeblich beteiligt ist, zur Finanzierung des Kaufpreises einen Kredit auf, übernehme den Finanzdienst jedoch die öffentliche Hand, wäre der Veräußerungserlös als Kreditaufnahme zumindest dann anzusehen, wenn diese Einnahmen allgemein zur Deckung von Haushaltsausgaben verwendet würden.

Ob Ausgaben im Rahmen der verschiedenen PPP-Vertragsmodelle Investitionen darstellen, richtet sich maßgeblich danach, ob ein Eigentumserwerb der öffentlichen Hand an dem Hochbauprojekt vorgesehen ist. Ist dies nicht der Fall, stellt das von der öffentlichen Hand an den privaten Partner geleistete Entgelt keine Investition dar. Im Rahmen der Vertragsmodelle I bis III sind Ausgaben für einen Erwerb des Hochbaus – sofern ein Erwerb stattfindet, was bei den Vertragsmodellen II und III nur bei Ausübung einer eingeräumte Kaufoption der Fall ist – Investitionen, nicht jedoch die Ausgaben für den Betrieb und die Finanzierung. Bei den Vertragsmodellen IV und V sind die Ausgaben für die Planung und den Bau einer Immobilie bzw. technischen Anlage und die Ausgaben für den Erwerb von beweglichen Sachen – soweit nicht als sächliche Verwaltungsausgabe veranschlagt – Investitionen. Das Vorstehende gilt für das Vertragsmodell VI entsprechend, je nachdem, mit welchem der Vertragsmodelle I bis V es kombiniert wird. Ausgaben des Staates im Zusammenhang mit dem Erwerb von Geschäftsanteilen eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens (Vertragsmodell VII) stellen Investitionen dar.

5.1.1.4.2 PPP als Kredit und Investition nach dem ESVG 1995

In Höhe der Ausgaben der öffentlichen Hand über die gesamte Laufzeit der PPP wird bei den Vertragsmodellen I, II und IV eine Kreditaufnahme gemäß dem ESVG 1995²⁷⁸ unterstellt, sofern diese Vertragsmodelle unter die im ESVG 1995 definierten²⁷⁹ Teilzahlungskauf- oder Finanzierungsleasinggeschäfte fallen. Bei der Tilgung dieses unterstellten Kredits durch Zahlung der Kaufpreis- oder Leasingraten wird zwischen Tilgung und Zins differenziert²⁸⁰. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass der im ESVG 1995 verwendete Begriff des Finanzierungsleasings deutliche Unterschiede zu dem Finanzierungsleasingbegriff der deutschen Rechtspraxis aufweist und dass Vertragsmodell II in der Regel nicht als Finanzierungsleasing, sondern vielmehr als Operate-Leasing im Sinne des ESVG 1995 anzusehen ist. Eine Kreditaufnahme des Leasingnehmers wird in diesem Fall nicht unterstellt. Bei den Vertragsmodellen III, V und VI besteht für einen unterstellten Kredit in der Regel keine Rechtsgrundlage, weil das wesentliche wirtschaftliche Risiko der PPP in diesen Fällen typischerweise der Private trägt. Das Vorstehende gilt für das Vertragsmodell VII entsprechend, je nachdem, mit welchem der Vertragsmodelle I bis VI es kombiniert wird.

Das Hochbauprojekt ist bei den Vertragsmodellen I und II als Bruttoinvestition der öffentlichen Hand zu verbuchen, sofern sie einem Teilzahlungskauf oder Finanzierungsleasing gemäß dem ESVG 1995 zugeordnet werden können. Ausgaben im Rahmen des Vertragsmodells III sind grundsätzlich keine Bruttoinvestitionen. Ausgaben im Rahmen von Vertragsmodell IV und V können eine Bruttoinvestition darstellen, soweit mit ihnen der Erwerb von Hochbauten oder Verbesserungen, die weit über die normale Instandhaltung und Reparatur hinausgehen²⁸¹, abgegolten werden. Ausgaben für den Erwerb von Geschäftsanteilen an einem gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen stellen keine Bruttoinvestition dar.

5.1.1.4.3 Vorschlag: Keine Anpassung der geltenden Begrifflichkeiten bei kameralistischer Haushaltsführung

Würden im nationalen Haushaltsrecht – ähnlich wie im ESVG 1995– die Ausgabenverpflichtungen der öffentlichen Hand im Rahmen der Vertragsmodelle I, II und IV als Kreditaufnahme angesehen, wäre dem kreditähnlichen Charakter dieser Vertragsmodelle besser Rechnung getragen und würde zugleich den vielfach geäußerten Bedenken entgegen ge-

²⁷⁸ Anhang II, Nr. 9 (Finanzierungsleasing) und 13 (Teilzahlungskauf) ESVG 1995.

²⁷⁹ Vgl. Anhang II, Nr. 4 und Nr. 5 zum ESVG 1995.

²⁸⁰ Vgl. Anhang II, Nr. 9 und Nr. 13 zum ESVG 1995.

²⁸¹ Vgl. Anhang II, Nr. 3.107 Buchstabe f ESVG 1995.

treten, dass mit einer Privatfinanzierung von Bauvorhaben einer verdeckten Verschuldung Vorschub geleistet werde²⁸².

Eine solche Anpassung des haushaltsrechtlichen Kreditbegriffs an das ESVG 1995 steht jedoch entgegen, dass damit die Balance zwischen der Einnahmenseite des Haushalts und der Ausgabenseite des Haushalts empfindlich gestört würde. Denn ein unterstellter Kredit führte, ceteris paribus, dazu, dass in Höhe dieses unterstellten Kredits die Summe der Investitionsausgaben als verfassungsrechtliche Kreditobergrenze durch PPP entsprechend ansteigen müsste, um die Verfassungsmäßigkeit des Staatshaushalts zu gewährleisten. Ein Anstieg der Investitionen ist nach dem ESVG 1995 für den Teilzahlungskauf und das Finanzierungsleasing auch entsprechend vorgesehen. Demgegenüber kommt eine Ausweitung des tradierten Investitionsbegriffs nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts²⁸³ nicht in Betracht. Es erscheint danach ausgeschlossen, dass in den Fällen der Vertragsmodelle I, IV des II – sofern die öffentliche Hand bereits mit Vertragsbeginn wirtschaftlicher Eigentümer des Hochbaus wird – zu Gunsten der öffentlichen Hand in Höhe des (unterstellten) Kredits auch eine entsprechende Investition unterstellt wird. Hinzu kommt der Umstand, dass nach der kameralistischen Haushaltsführung lediglich eine Abbildung der Einnahmen und Ausgaben des Staates, nicht jedoch eine Abbildung des staatlichen Vermögens möglich ist. Die Buchung einer Investition allein aufgrund des Erwerbs des wirtschaftlichen Eigentums am PPP-Projekt würde jedoch auf den Versuch einer Abbildung von Vermögenswerten abzielen. Im Ergebnis würde das System der kameralistischen Haushaltsführung damit gesprengt. Dies spricht dafür, die gegenwärtig verwendete Terminologie im Haushaltsrecht auch für PPP und jedenfalls für die Dauer der kameralistischen Haushaltsführung beizubehalten.

5.1.2 Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen

Einen elementaren Grundsatz des Haushaltsrechts stellt das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit dar, das namentlich in § 6 HGrG eine besondere Ausprägung gefunden hat. Danach sind bei „Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans [...] die Grundsätze

²⁸² Vgl. Bayerischer Oberster Rechnungshof, Auszug Nr. 17 aus dem Jahresbericht 1994 über die „Privatfinanzierung staatlicher Bauaufgaben“, S. 57; Rechnungshof Baden-Württemberg, Denkschrift des Jahres 2000, Beitrag Nr. 13 „Alternative Ausschreibungs- und Finanzierungsmodelle für Hochbaumaßnahmen“, S. 8; Nr. 21 der Bemerkungen des Landesrechnungshofes Schleswig-Holstein 2002 zu „Privat finanzierten Bauvorhaben“, S. 207.

²⁸³ Vgl. BVerfGE 79, 311 (337), wo besonders einer Ausweitung des Investitionsbegriffs auf militärische Anlagen entgegen getreten wird.

der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten“ und für „alle finanzwirksamen Maßnahmen [...] angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen“.

In den Haushaltsordnungen des Bundes²⁸⁴ und der Länder²⁸⁵ finden sich entsprechende Vorschriften, die durch Verwaltungsvorschriften konkretisiert und zum Teil durch weitere Vorgaben ergänzt werden. So verpflichtet § 7 Abs. 1 Satz 2 BHO²⁸⁶ zu der Prüfung: „inwieweit staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten durch Ausgliederung und Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden können.“ Unklar ist, was der Gesetzgeber mit den in dieser Vorschrift verwendeten Begriffen und Konjunktionen genau gemeint hat²⁸⁷. Insoweit empfiehlt sich eine Orientierung am Zweck der Vorschrift, so dass jede denkbare Privatisierungsmöglichkeit in die Betrachtung einbezogen werden sollte²⁸⁸. Versteht man unter Privatisierung die generelle Verlagerung von Rechtsmacht vom Staat in Richtung „privat“²⁸⁹, fallen auch PPP unter diese Vorschrift, weil Erfüllungsverantwortung vom Staat auf Private verlagert wird²⁹⁰. Mehr als eine Pflicht zur Prüfung, inwieweit eine staatliche Aufgabe durch PPP erfüllt werden kann, lässt sich aus dieser Vorschrift freilich nicht herleiten. Erst recht haben Private keinen Anspruch auf die Durchführung und die Vergabe von PPP-Hochbauprojekten.

Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen sind Instrumente zur Umsetzung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit²⁹¹. Die Ausrichtung jeglichen Verwaltungshandelns an diesen Grundsätzen soll die bestmögliche Nutzung von Ressourcen bewirken, indem die günstigste Relation zwischen dem verfolgten Zweck und den einzusetzenden Mitteln angestrebt wird²⁹². Hierbei von Bedeutung sind das Sparsamkeits- und das Ergiebigkeitsprinzip²⁹³: Nach dem Prinzip der Sparsamkeit (Minimalprinzip) soll ein bestimmtes Ergebnis mit möglichst geringem Mitteleinsatz erzielt werden. Das Ergiebigkeitsprinzip (Maximalprinzip) verlangt, mit einem bestimmten Mitteleinsatz das bestmögliche Ergebnis zu erzielen.

²⁸⁴ § 7 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 BHO.

²⁸⁵ § 7 Abs. 1 LHO. Die § 7 Abs. 2 Satz 1 LHO sehen vor, dass für geeignete Maßnahmen von erheblicher finanzieller Bedeutung Kosten-Nutzen-Untersuchungen anzustellen sind.

²⁸⁶ Auf Landesebene entsprechend § 7 LHO Berlin.

²⁸⁷ Vgl. dazu Kämmerer, Privatisierung, S. 8 f. (53 ff.).

²⁸⁸ Helm, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, BHO, § 7 Rn. 5 (Stand: Juli 1998).

²⁸⁹ Kämmerer, Privatisierung, S. 60.

²⁹⁰ Die Frage, inwieweit sich die Privatisierung von einer PPP unterscheidet, ist insoweit nicht weiter von Bedeutung und soll daher hier nicht vertieft werden.

²⁹¹ Vgl. Nr. 1 VV zu § 7 BHO.

²⁹² Nr. 2 VV zu § 7 BHO.

²⁹³ Nr. 1 VV zu § 7 BHO.

Alle finanzwirksamen Maßnahmen sind auf ihre Wirtschaftlichkeit zu untersuchen. Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen sind sowohl bei der Planung neuer Maßnahmen einschließlich der Änderung bereits laufender Maßnahmen (Planungsphase), als auch während der Durchführung (im Rahmen einer begleitenden Erfolgskontrolle) und nach Abschluss von Maßnahmen (im Rahmen einer abschließenden Erfolgskontrolle) vorzunehmen²⁹⁴. Festzuhalten bleibt, dass sich eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung – in angemessenem Rahmen – nicht allein aus einer, sondern aus mehreren, auf die verschiedenen Phasen der Verwirklichung einer Maßnahme verteilten Effizienzprüfungen zusammensetzt.

Im Zusammenhang mit Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen stellt sich das folgende Problem: Aus vergaberechtlichen Gründen ist es erforderlich, dass geplante Ausgaben für PPP-Hochbauprojekte bereits vor der Einleitung eines – regelmäßig erforderlichen²⁹⁵ – Vergabeverfahrens haushälterisch veranschlagt werden²⁹⁶. Ursache dafür ist zum einen, dass den Bietern in einem Vergabeverfahren nicht übermäßig lange Bindungsfristen auferlegt werden dürfen²⁹⁷, die Haushaltswerdung jedoch einen langen Vorlauf benötigt²⁹⁸. Zum anderen ist die Aufhebung eines Vergabeverfahrens allein aus dem Grund, dass Haushaltsmittel fehlen, grundsätzlich unzulässig²⁹⁹. Objektbezogene Angaben über die Wirtschaftlichkeit einer konkreten Maßnahme erhält die Verwaltung indessen erst im Rahmen des Vergabeverfahrens, wenn die Bieter ihre bindenden Angebote abgegeben haben. Das gilt insbesondere für PPP-Hochbaumaßnahmen, die nicht zuletzt infolge ihres ganzheitlichen Ansatzes rechtlich sehr unterschiedlich ausgestaltet und verschieden bepreist werden können. Damit fragt sich, ob und in welcher Form die Verwaltung auch schon vor der Festsetzung des Haushaltsplans eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung durchführen muss.

²⁹⁴ Nr. 2 VV zu § 7 BHO.

²⁹⁵ Die für Vergabeverfahren nach dem GWB geltenden Schwellenwerte – siehe dazu unten 7.3.1.3 – dürften durch PPP im öffentlichen Hochbau regelmäßig überschritten werden. Unterhalb dieser Schwellenwerte richtet sich die öffentliche Ausschreibung von Verträgen über Lieferungen und Leistungen nach § 55 BHO/LHO in Verbindung mit den dazu ergangenen Richtlinien; ausführlich dazu Nebel, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, BHO, § 55.

²⁹⁶ Rechnungshof Baden-Württemberg, Beitrag Nr. 13 zur Denkschrift für das Jahr 2000, Alternative Ausschreibungs- und Finanzierungsmodelle für Hochbaumaßnahmen, S. 18.

²⁹⁷ Vgl. § 19 VOB/A.

²⁹⁸ Wlasak, Peter, Leasing im Haushaltsrecht des Bundes, in: Michael Kroll, Leasing-Handbuch für die öffentliche Hand, S. 283.

²⁹⁹ Vgl. Vergabekammer des Freistaates Sachsen, Beschluss vom 5. September 2002 - 1/SVK/073-02, unter Hinweis auf BGH, ZVgR 1998, 565 ff.

5.1.2.1 Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen vor der Verabschiedung des Haushaltsplans

Gemäß § 24 Abs. 2 BHO (§ 16 Abs. 2 HGrG) dürfen Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für größere Beschaffungen³⁰⁰ erst veranschlagt werden, wenn Planungen und Schätzungen der Kosten und Kostenbeteiligungen vorliegen. Den Unterlagen ist eine Schätzung der nach Fertigstellung der Maßnahme entstehenden jährlichen Haushaltsbelastungen beizufügen. Ausnahmen hiervon sind gemäß § 24 Abs. 3 Satz 1 BHO nur zulässig, wenn es im Einzelfall nicht möglich ist, die Unterlagen rechtzeitig fertig zu stellen, und aus einer späteren Veranschlagung dem Bund ein Nachteil entstehen würde. Die Landeshaushaltsordnungen (§ 24 LHO) stimmen im Wesentlichen mit § 24 BHO überein³⁰¹. Teilweise haben die Länder besondere Verwaltungsvorschriften zur Durchführung von Hochbaumaßnahmen mit privater Finanzierung erlassen³⁰².

In Schleswig-Holstein ist ausdrücklich geregelt, dass Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen für Hochbauvorhaben durch private Investoren u.a. im Stadium des Bauantrages von der nutzenden Verwaltung unter Beteiligung des Ministers für Finanzen und Energie und auch im Rahmen der HU-Bau durchzuführen sind³⁰³. Auch auf Bundesebene ist geregelt, dass Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen zu den Unterlagen nach § 24 BHO gehören³⁰⁴.

5.1.2.2 Form, Inhalt und Begründungstiefe der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung

Das Haushaltsrecht des Bundes und der Länder definiert Form, Inhalt und Begründungstiefe von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen nicht. Die Gesetze enthalten sich konkretisierender Hinweise, wie eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung im Einzelfall auszusehen hat, und fordern allein, dass eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung „angemessen“ sein muss. Die Angemessenheit einer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung setzt voraus, dass die Untersuchung geeignet ist, den mit ihr verfolgten Zweck zu erreichen, und deutet auf unterschiedliche

³⁰⁰ Größere Beschaffungen sind gemäß § 24 Nr. 2.1 VV-BHO Anschaffungen von Sachen mit einem Mittelbedarf von mehr als 500.000 Euro im Einzelfall, für die Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen in der Hauptgruppe 8 und der Gruppe 554 im Haushaltsplan veranschlagt werden.

³⁰¹ In Schleswig-Holstein haben die Kostenschätzungen für die jährliche Haushaltsbelastung insbesondere eine Darstellung der Kosten der Nutzung (§ 24 Abs. 1 Satz 2 LHO) und – ebenso wie im Saarland – ein Nutzungskonzept (§ 24 Abs. 2 Satz 2 LHO) zu enthalten.

³⁰² So z.B. in Schleswig-Holstein die Anlage zu Nr. 1.5 VV zu § 24 LHO [richtig müsste es wohl heißen Anlage zu Nr. 1.4 – *Anm. d. Verf.*] und in Berlin Anlage 2 zu Nr. 2.1 AV zu § 7 LHO.

³⁰³ Nr. B.5 der Anlage zu Nr. 1.5 der VV zu § 24 LHO.

³⁰⁴ Siehe Nr. 2.4.3 VV zu § 7 BHO.

Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen entsprechend den unterschiedlichen Umständen in einem konkreten Fall hin. Rechtlich bleibt damit jedoch unbestimmt, auf welche betriebswirtschaftlich-methodische Basis eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung zu stellen ist und welche Qualität (Datenvalidität, Konsistenz, intersubjektive Überprüfbarkeit, etc.) die mit Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen erarbeiteten Informationen haben sollen. Für die Umsetzung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen in der Verwaltungspraxis bedeutet dies ein gewisses Maß an Gestaltungsfreiheit. Im Einzelnen wird auf Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen an anderer Stelle eingegangen³⁰⁵.

An dieser Stelle sei zu einer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung vor der Vergabe eines PPP-Hochbauprojekts lediglich angemerkt, dass das in den Haushaltsordnungen verschiedentlich vorgesehene Interessenbekundungsverfahren (IBV) sich nach den bisherigen Erfahrungen nicht als Wirtschaftlichkeitsuntersuchung eignet. Mit einem IBV soll privaten Anbietern in geeigneten Fällen die Möglichkeit gegeben werden, darzulegen, ob und inwieweit sie staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten nicht ebenso gut oder besser erbringen können³⁰⁶. Bekunden Private ihr Interesse an einem Projekt, kann dies zwar als Indiz für die PPP-Fähigkeit eines Hochbauprojekts im Sinne einer Markterkundung angesehen werden. Weil die Privaten an ihre im IBV geäußerten Preisvorstellungen jedoch nicht gebunden sind, bilden diese regelmäßig keine belastbare Grundlage für eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung.

5.1.3 Vorgaben für Verfügungen über staatliche Vermögensgegenstände und für Unternehmensbeteiligungen des Staates

Das Haushaltsrecht stellt für den Erwerb und die Veräußerung von Vermögensgegenständen des Staates sowie für die Beteiligungen an privatrechtlichen Unternehmen besondere Vorgaben auf, die bei der Umsetzung von PPP-Hochbauprojekten zu berücksichtigen sind.

5.1.3.1 Vorgaben für Verfügungen über Sachen

§ 63 BHO/LHO normiert materielle Voraussetzungen für den Erwerb, die Veräußerung und die Nutzungsüberlassung von Vermögensgegenständen des Bundes bzw. der Länder. Die dort niedergelegten Vorgaben gelten sowohl für bewegliche als auch für unbewegliche

³⁰⁵ Vgl. Band III, Arbeitspapier Nr. 4, Kap. 5 f..

³⁰⁶ Ein Interessenbekundungsverfahren sehen gegenwärtig vor § 7 Abs. 2 Satz 2 BHO bzw. LHO Brandenburg und LHO Berlin sowie § 7 Abs. 3 LHO Hamburg und LHO Thüringen.

Gegenstände. Zusätzlich stellt § 64 BHO/LHO formelle Genehmigungserfordernisse für den Erwerb und die Veräußerung von Immobilien auf.

5.1.3.1.1 § 63 BHO/LHO

Gemäß § 63 Abs. 1 BHO dürfen Vermögensgegenstände nur erworben werden, soweit sie zur Erfüllung der Aufgaben des Bundes in absehbarer Zeit erforderlich sind. Veräußert werden dürfen Vermögensgegenstände gemäß § 63 Abs. 2 BHO nur dann, wenn sie zur Erfüllung der Aufgaben des Bundes in absehbarer Zeit nicht benötigt werden. Im Falle der Veräußerung gilt das Vollwertprinzip³⁰⁷, demzufolge Vermögensgegenstände nur zu ihrem vollen Wert veräußert werden dürfen. Ausnahmen können im Haushaltsplan³⁰⁸ oder durch das Bundesministerium der Finanzen³⁰⁹ (BMF) zugelassen werden, vom BMF aber nur dann, wenn der Wert des Vermögensgegenstandes gering ist oder ein dringendes Bundesinteresse besteht. Für zu erwerbende und zu veräußernde Grundstücke ist gemäß § 64 Abs. 3 BHO eine Wertermittlung aufzustellen, bei der die Wertermittlungsrichtlinien³¹⁰ in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden sind. Das Ergebnis der Wertermittlung zeigt den „vollen Wert“ im Sinne von § 63 Abs. 3 BHO auf, der verwaltungsintern den Maßstab für Erwerbs- oder Verkaufsverhandlungen bildet³¹¹.

Die Landeshaushaltsordnungen stimmen mit § 63 BHO zum großen Teil wörtlich, im Übrigen weitgehend inhaltlich überein. Terminologische Abweichungen weisen die Landeshaushaltsordnungen Nordrhein-Westfalen und Brandenburg im Hinblick auf die Voraussetzungen einer Ausnahmegestattung durch das Finanzministerium auf: hier wurde – der Haushaltspraxis der ermessensbetätigenden Einzelfallbegutachtung entsprechend – die Formulierung „dringendes Landesinteresse“ durch den Begriff „in besonderen Fällen“ ersetzt. Die LHO Mecklenburg-Vorpommern enthält für die Veräußerung beweglicher Sachen eine Sondervorschrift in § 63a LHO. Danach können bewegliche Sachen mit Einwilligung des Finanzministers veräußert werden, wenn sie von geringer Bedeutung sind und eine im Haushaltsgesetz genannte Wertgrenze nicht überschreiten. § 63 Abs. 2 Satz 2 LHO Berlin sieht vor, dass die „Veräußerung von Grundstücken mit dem Ziel der weiteren langfristigen Eigennutzung [...] im

³⁰⁷ Vgl. § 63 Abs. 3 Satz 1 BHO.

³⁰⁸ § 63 Abs. 3 Satz 2 BHO.

³⁰⁹ § 63 Abs. 4 BHO.

³¹⁰ Die Wertermittlungsrichtlinien sehen verschiedene Verfahren der Wertermittlung vor: Vergleichswertverfahren, Ertragswertverfahren, Sachwertverfahren; vgl. Kleiber, Verkehrswertermittlung von Grundstücken.

³¹¹ Nr. 8 VV zu § 63 BHO.

Einzelfall zulässig [ist], wenn dies ausschließlich der wirtschaftlichen Sanierung dieser Grundstücke dient und die Möglichkeit eines Rückerwerbs gewährleistet ist.“

5.1.3.1.2 § 64 BHO/LHO

Für den Erwerb und die Veräußerung von bundeseigenen Grundstücken legt § 64 BHO besondere formelle Vorgaben nieder, die zu den Erfordernissen nach § 63 BHO hinzutreten. Nach § 64 Abs. 1 BHO dürfen bundeseigene Grundstücke nur mit Einwilligung des Finanzministeriums und des für das Bundesvermögen zuständigen Bundesministeriums³¹² veräußert werden. Die Ministerien können auf ihre Mitwirkung verzichten.

Gemäß § 64 Abs. 2 BHO dürfen Grundstücke von erheblichem Wert oder von besonderer Bedeutung, deren Veräußerung im Haushaltsplan nicht vorgesehen ist, nur mit Einwilligung des Bundestages und des Bundesrates veräußert werden, soweit nicht aus zwingenden Gründen eine Ausnahme hiervon geboten ist. Ist die Zustimmung nicht eingeholt worden, so sind der Bundestag und der Bundesrat alsbald von der Veräußerung zu unterrichten.

Dingliche Rechte dürfen nach § 64 Abs. 4 BHO an Grundstücken nur gegen angemessenes Entgelt bestellt werden³¹³. Die Bestellung dinglicher Rechte bedarf der Einwilligung des Bundesministeriums der Finanzen und des für das Bundesvermögen zuständigen Bundesministeriums³¹⁴. Auch hier ist ein Mitwirkungsverzicht möglich.

In den Haushaltsordnungen der Länder finden sich zum Teil von § 64 BHO abweichende Regelungen. Die Grundlinien der Regelung des § 64 BHO sind zwar in allen Landeshaushaltsordnungen enthalten, teilweise aber durch konkrete Wertgrenzen mit verschärftem Einwilligungsvorbehalt (Berlin) ergänzt.

Während § 64 Abs. 1 BHO die Einwilligung der Ministerien lediglich für die Veräußerung der Grundstücke fordert, stellen einige Landeshaushaltsordnungen³¹⁵ auch den Erwerb von Grundstücken unter den Einwilligungsvorbehalt des jeweiligen Finanzministeriums³¹⁶.

³¹² Gemäß Nr. 1 VV zu § 64 BHO ist das BMF auch für das Bundesvermögen zuständig.

³¹³ Dies entspricht dem Vollwertgrundsatz aus § 63 Abs. 3 Satz 1 BHO.

³¹⁴ Zuständigkeit liegt gegenwärtig beim BMF, siehe oben Fn. 312.

³¹⁵ Vgl. die LHOen Berlin, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Sachsen Anhalt und Schleswig-Holstein.

³¹⁶ Lediglich die LHO Bremen schreibt neben der Mitwirkung des Finanzsenators die Mitwirkung des für das Grundvermögen zuständigen Senators vor.

Dem die §§ 63, 64 BHO beherrschenden Gedanken des Werterhalts tragen einige Landeshaushaltsordnungen³¹⁷ zusätzlich dadurch Rechnung, dass Einnahmen aus der Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten einem Sondervermögen (Grundstock) zuzuführen sind, das vom Finanzministerium verwaltet wird. Die Mittel dieses Grundstocks dürfen nur zum Erwerb von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten verwendet werden, es können jedoch Ausnahmen durch das Finanzministerium oder den Haushaltsplan gestattet werden.

5.1.3.2 Vorgaben für Unternehmensbeteiligungen

§ 65 BHO stellt sowohl materielle als auch formelle Anforderungen an die Beteiligung des Bundes an privatrechtlichen Unternehmen³¹⁸.

Unter Beteiligung ist jedes Mitwirken (als Gesellschafter, Aktionär, Genosse, Mitglied) zu verstehen, das über eine bloße Geldanlage hinaus „eine Dauerbeziehung zu dem Unternehmen begründen soll“³¹⁹. Zu unterscheiden sind unmittelbare Beteiligungen und mittelbare Beteiligungen. Mittelbare Beteiligungen liegen vor, wenn das Unternehmen, an dem der Bund unmittelbar beteiligt ist, Anteile an einem anderen Unternehmen hält.

Ein Verstoß gegen die Vorschriften des § 65 BHO schlägt nicht auf die zivilrechtliche Gültigkeit eventuell abgeschlossener Rechtsgeschäfte durch, sondern hat lediglich haftungsrechtliche Konsequenzen für den verantwortlichen Entscheidungsträger.

5.1.3.2.1 Voraussetzungen einer Bundesbeteiligung

Nach § 65 Abs. 1 BHO soll sich der Bund, außer in den Fällen des Absatzes 5 (Erwerbs- oder Wirtschaftsgenossenschaft), an der Gründung eines Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts³²⁰ oder an einem bestehenden Unternehmen in einer solchen Rechtsform nur beteiligen, wenn

- ein wichtiges Interesse des Bundes vorliegt und sich der vom Bund angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lässt,

³¹⁷ Vgl. die LHOen Berlin, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Saarland, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein.

³¹⁸ Siehe auch die „Hinweise für die Verwaltung von Bundesbeteiligungen“, Beschluss der Bundesregierung vom 24. September 2001 – Bek. d. BMF v. 19. 10. 2001 – II A 3 – F 7017 – 14/01 - (GMBI 2001, 950).

³¹⁹ Siehe Tz. 391 der RegE-Begründung.

³²⁰ Das Unternehmen muss keine eigene Rechtspersönlichkeit haben; s. Nr. 1.1 VV zu § 65 BHO.

- die Einzahlungsverpflichtung des Bundes auf einen bestimmten Betrag begrenzt ist,
- der Bund einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan erhält,
- gewährleistet ist, dass der Jahresabschluss und der Lagebericht, soweit nicht weitergehende gesetzliche Vorschriften gelten oder andere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Dritten Buchs des Handelsgesetzbuchs für große Kapitalgesellschaften aufgestellt und geprüft werden.

5.1.3.2.2 Einwilligungsvorbehalte des Finanzministeriums und des für das Bundesvermögen zuständigen Bundesministeriums³²¹

Nach § 65 Abs. 2 BHO obliegt es dem für die Beteiligung zuständigen Bundesministerium, die vorherige Zustimmung des BMF einzuholen und das BMF an den Verhandlungen zu beteiligen, bevor eine den Bund bindende Entscheidung über eine der folgenden Maßnahmen getroffen wird:

- das Eingehen einer Unternehmensbeteiligung im Sinne des § 65 Abs. 1 BHO,
- die Erhöhung einer solchen Beteiligung oder deren Veräußerung (ganz oder teilweise),
- die Änderung des Nennkapitals, des Unternehmensgegenstandes oder des Einflusses des Bundes.

Diese Maßnahmen werden in Nr. 2.1 der VV-BHO zu § 65 konkretisiert; bei einer unmittelbaren Beteiligung an einem privatrechtlichen Unternehmen sind danach u.a. die folgenden Geschäfte einwilligungsbedürftig:

- die Gründung einschließlich Mitgründung von Unternehmen,
- die Ausübung von Bezugsrechten und der Verzicht auf die Ausübung von solchen Rechten,
- die Auflösung eines Unternehmens,
- der Abschluss, die wesentliche Änderung und die Beendigung von Beherrschungsverträgen,

³²¹ Gemäß Nr. 1 der VV zu § 64 BHO ist das BMF das im Sinne der §§ 64, 65 und 68 BHO für das Bundesvermögen zuständige Bundesministerium.

- die Umwandlung, die Verschmelzung, die Änderung der Rechtsform und die Einbringung in andere Unternehmen,
- die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln sowie die Kapitalherabsetzung.

Bei der Veräußerung von Anteilen sind auch die Bestimmungen des § 63 Abs. 2 bis 4 BHO anzuwenden³²², weil der Begriff des Vermögensgegenstandes weit zu verstehen ist.

Die Landeshaushaltsordnungen haben das Bilanzrichtlinien-Gesetz von 1985 berücksichtigt. Zuständig für das Landesvermögen ist der jeweilige Finanzminister.

5.1.3.3 Bedeutung für die einzelnen PPP-Vertragsmodelle

5.1.3.3.1 Vertragsmodelle I und II

Die Verpflichtung des Auftraggebers zum Erwerb des Eigentums am Bauobjekt bei Vertragsmodell I sowie die Ausübung der Kaufoption bei Vertragsmodell II lösen den materiellen Vorbehalt des § 63 Abs. 1 BHO aus. Danach ist der Erwerb eines Vermögensgegenstands nur dann zulässig, soweit er zur Erfüllung der Aufgaben des Landes in absehbarer Zeit erforderlich ist. Weil gemäß § 64 Abs. 3 BHO für zu erwerbende Grundstücke eine Wertermittlung aufzustellen ist, sollte bei Vertragsmodell II darauf geachtet werden, dass der kalkulierte Restwert nicht über dem nach den Wertermittlungsrichtlinien ermittelten Restwert des Grundstückes liegt, um sich nicht dem Vorwurf unwirtschaftlichen Verhaltens auszusetzen.

Fraglich ist, ob der – anders als beim Eigenbau – ans Ende der Projektlaufzeit verschobene Eigentumserwerb der Durchführung der Vertragsmodelle I und II entgegen steht. Dies wäre dann der Fall, wenn im Zeitpunkt des Eigentumserwerbs keine in die Zukunft gerichtete Nutzungsperspektive mehr besteht und damit eine Erforderlichkeit im Sinne des § 63 Abs. 1 BHO zu verneinen wäre. Im Ergebnis greifen diese Bedenken jedoch nicht durch: Wenn sich die öffentliche Hand entschließt, eine PPP auf der Grundlage eines Vertrages einzugehen, der nach Ablauf einer bestimmten Zeit den Eigentumsübergang am Objekt auf die öffentliche Hand vorsieht, wird sie das nur tun, wenn der Eigentumserwerb erforderlich erscheint. Freilich muss gewährleistet sein, dass die Erforderlichkeit des Eigentumserwerbs in jedem Einzelfall konkret belegt werden kann. Im Übrigen wird der Grund für den hinausgeschobenen Eigentumserwerb regelmäßig darin zu suchen sein, dass sich die öffentliche Hand durch

³²² Vgl. die „Hinweise für die Verwaltung von Bundesbeteiligungen“, Beschluss der Bundesregierung vom 24. September 2001 – Bek. d. BMF v. 19. 10. 2001 – II A 3 – F 7017 – 14/01 - (GMBI 2001, 950), Tz. 23.

eine PPP Effizienzgewinne verspricht oder ein sofortiger Eigentumserwerb aus sonstigen Gründen nicht opportun ist.

Bei „Sale-and-lease-back“-Geschäften stellt sich im Hinblick auf § 63 Abs. 2 BHO die Frage, ob die Veräußerung eines Grundstücks durch die öffentliche Hand zu Beginn der Laufzeit zulässig ist. § 63 Abs. 2 BHO legt fest, dass Vermögensgegenstände nur dann veräußert werden dürfen, wenn sie zur Erfüllung der Aufgaben des Staates in absehbarer Zeit nicht benötigt werden. Die Durchführung des Projekts und die Nutzung des Gebäudes durch den Auftraggeber sind indessen Anzeichen dafür, dass das Gebäude zur Aufgabenerfüllung benötigt wird.

Die anfängliche Übertragung des Grundstückeigentums vom Auftraggeber auf den Auftragnehmer bei „Sale-and-lease-back“-Geschäften stellt rechtlich eine Veräußerung dar. Einer wirtschaftlicher Betrachtung hält diese Einordnung allerdings nicht zwangsläufig Stand, weil der öffentlichen Hand vertragsgemäß zumindest die Nutzungsmöglichkeit verbleibt, so dass ihre faktische Stellung durch die formale Veräußerung nicht beeinträchtigt wird. Durch die Reinvestition des Erlöses in den schrittweisen – vertraglich in der Regel optional vereinbarten – Rückerwerb des Gebäudes wäre auch dem Werterhaltungsgrundsatz Genüge geleistet. Damit wäre der Schutzzweck des Veräußerungsverbots in § 63 Abs. 2 BHO nicht berührt.

Rechtlich ließe sich dieser Erkenntnis durch eine enge Auslegung des Veräußerungsbegriffs in § 63 Abs. 2 BHO in der Weise Rechnung tragen, dass „Sale-and-lease-back“-Geschäfte – mangels vollständigen Verlusts des Vermögensgegenstandes – nicht als Veräußerung im Sinne der Vorschrift aufgefasst werden. Ob ein solches Verständnis einer gerichtlichen Überprüfung standhielte, ist allerdings offen. Rechtssicherheit könnte für „Sale-and-lease-back“-Geschäfte nur durch eine besondere Ausnahmeregelung vergleichbar § 63 Abs. 2 Satz 2 LHO Berlin erreicht werden, die an Stelle des Verbotes nach § 63 Abs. 2 Satz 1 LHO Berlin eine Entscheidung über die Zulässigkeit einer Veräußerung im Einzelfall vorsieht³²³.

5.1.3.3.2 Vertragsmodell III

Bei Vertragsmodell III besteht – wie bei Vertragsmodell II – kein Automatismus für einen Eigentumserwerb der öffentlichen Hand. Vereinbaren die Parteien jedoch eine Kaufoption

³²³ Die Entscheidung trifft gemäß § 64 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 LHO Berlin das Abgeordnetenhaus. De lege ferenda erscheint ein Zustimmungsvorbehalt zu Gunsten des jeweiligen Finanzministerium als hinreichende institutionelle Sicherheitsvorkehrung für die Beachtung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.

und übt die öffentliche Hand diese Kaufoption aus, hat der Auftragnehmer das Eigentum am betreffenden Mietobjekt auf den Auftraggeber zu übertragen. Zu diesem Zeitpunkt ist die Erforderlichkeit des Bauobjekts für die Aufgabenerfüllung durch die öffentliche Hand gemäß § 63 BHO zu beurteilen.

5.1.3.3.3 Vertragsmodelle IV und V

Im Rahmen der Vertragsmodelle IV und V findet grundsätzlich kein vertraglicher Eigentumsübergang am betreffenden Grundstück statt, so dass § 64 BHO nicht eingreift. § 63 Abs. 1 BHO dürfte nach seinem Sinn und Zweck jedoch auch auf einen gesetzlichen Eigentumserwerb einer beweglichen Sache gemäß § 946 BGB Anwendung finden, sofern die Sache mit dem Grundstück in Erfüllung eines Austauschvertrages verbunden wird. Denn bei wertender Betrachtung stellt es keinen Unterschied dar, ob die öffentliche Hand das Eigentum an einer beweglichen Sache zunächst entgeltlich erwirbt und die Sache anschließend mit ihrem Grundstück verbindet oder ob die öffentliche Hand einen Privaten gegen Zahlung eines Entgelts verpflichtet, eine bewegliche Sache mit ihrem Grundstück zu verbinden und kraft Gesetzes das Eigentum an der Sache erwirbt. In beiden Fällen ist ein Erwerb des Eigentums an der beweglichen Sache von der öffentlichen Hand beabsichtigt; insoweit ist § 63 Abs. 1 BHO daher auch im Rahmen der Vertragsmodelle IV und V zu beachten.

5.1.3.3.4 Vertragsmodell VI

Bei Vertragsmodell VI sind sowohl Fälle des Erwerbs, als auch solche der Veräußerung von Grundstücken durch die öffentliche Hand denkbar. Je nachdem, mit welchem der Vertragsmodelle I bis V das Vertragsmodell VI kombiniert wird, finden darauf die Vorgaben des § 63 BHO Anwendung. Auf die Ausführungen zu den Vertragsmodellen I bis V wird insoweit verwiesen.

5.1.3.3.5 Vertragsmodell VII

Schließlich kommt auch beim Vertragsmodell VII ein Grundstückserwerb oder eine Grundstücksveräußerung in Betracht. Der Normappell der §§ 63 f. BHO/LHO trifft aber nicht das privatrechtliche Unternehmen als solches, sondern nur den Staat als Anteilseigner. Für die Beurteilung der Pflichten des Staates gilt das allgemein zu den formellen und materiellen Vorgaben der §§ 63, 64 BHO/LHO Gesagte. Von Bedeutung sind bei Vertragsmodell VII daher allein die Genehmigungserfordernisse des § 65 BHO/LHO. Diese Erfordernisse stellen jedoch keine besonderen Hemmnisse für die Verwirklichung von PPP-Hochbauprojekten auf. Denn vor allem die entscheidende Frage, ob ein „wichtiges Interesse“ des Staates für eine

Beteiligung an einem privatrechtlichen Unternehmen vorliegt, kann regelmäßig dann bejaht werden, wenn die Heranziehung des Vertragsmodells VII im Vergleich zu den anderen PPP-Vertragsmodellen besondere Vorteile erwarten lässt. Dies wird regelmäßig deswegen der Fall sein, weil mit der Gründung einer beschränkt haftenden Projektgesellschaft eine Haftungsbeschränkung der Projektpartner erzielt werden kann.

5.1.4 Darstellung der Mittel für PPP-Hochbauprojekte im Haushaltsplan

Vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlich verankerten³²⁴ Grundsatzes der Vollständigkeit des Haushalts stellt sich für den öffentlichen Partner einer PPP die Frage, wie Mittel für PPP-Hochbauprojekten im Haushalt abzubilden sind.

5.1.4.1 Allgemein

Der Haushaltsplan hat alle im Haushaltsjahr zu erwartenden Einnahmen und die voraussichtlich zu leistenden Ausgaben und voraussichtlich benötigten Verpflichtungsermächtigungen zu enthalten³²⁵.

Einnahmen der öffentlichen Hand im Rahmen von PPP-Hochbauprojekten fallen vor allem bei Vertragsmodell VI in Form von Konzessionsabgaben oder Nutzungsentgelten an. Einnahmen können sich jedoch auch aus der Veräußerung von Sachen bei „Sale-and-lease-back“-Geschäften ergeben.

Die Frage der Veranschlagung von Ausgaben adressieren § 10 HGrG und § 13 BHO/LHO, die in Absatz 1 jeweils die horizontale Gliederung des Haushaltsplans in Einzelpläne und in Absatz 2 die vertikale Gliederung des Haushaltsplans in den Gesamtplan, in Einzelpläne, Kapitel und Titel regeln. Die Einteilung in Titel richtet sich nach Verwaltungsvorschriften über die Gruppierung der Einnahmen und Ausgaben des Haushaltsplans nach Arten (Gruppierungsplan)³²⁶. Der Gruppierungsplan³²⁷ ist zwischen dem Bund und den Ländern abgestimmt, um eine einheitliche Veranschlagungspraxis zu gewährleisten. Dieses Ziel ist in Bezug auf PPP bislang noch nicht vollumfänglich erreicht, weil weder der Gruppierungsplan spezielle Gruppen für die Ausweisung von Ausgaben im Rahmen von PPP enthält noch bundeseinheitlich abgestimmte Hinweise für die Zuordnung zu bestehenden Gruppen

³²⁴ Vgl. Art. 110 Abs. 1 GG und die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften.

³²⁵ § 11 Abs. 2 BHO.

³²⁶ § 13 Abs. 2 Satz 3 BHO.

³²⁷ Der Gruppierungsplan ist Teil der Verwaltungsvorschriften zur Haushaltssystematik des Bundes (VV-HB) vom 21. Oktober 1968. Siehe die Übersicht zu den Rechtsgrundlagen im Haushaltswesen bei Wiesner, Das staatliche Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen, S. 1 ff.

existieren³²⁸. Die Veranschlagungsregeln für den Bund ergeben sich aus dem Gruppierungsplan und aus den Haushaltstechnischen Richtlinien des Bundes (HRB)³²⁹.

Die Veranschlagung der im Haushaltsjahr zu erwartenden Einnahmen und voraussichtlich anfallenden Ausgaben wird nachfolgend an Hand der Vertragsmodelle dargestellt.

Verpflichtungsermächtigungen (VE) sind Ermächtigungen zum Eingehen von Verpflichtungen zur Leistung von Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren³³⁰. VE sind bei³³¹ den jeweiligen Ausgaben gesondert zu veranschlagen³³². Wenn Verpflichtungen zu Lasten mehrerer Haushaltsjahre eingegangen werden, sollen die Jahresbeträge im Haushaltsplan angegeben werden³³³ – dies trifft auf PPP typischerweise zu. Konkrete Regeln zur Veranschlagung von VE bei Dauerschuldverhältnissen, besonders bei Miet- und Pachtverträgen, sieht Nr. 11 VV zu § 16 BHO vor³³⁴.

Einer VE bedarf es ausnahmsweise nicht, wenn die Verpflichtung laufende Geschäfte oder das Eingehen von Verpflichtungen zu Lasten übertragbarer Ausgaben, die im folgenden Jahr zu Ausgaben führen, betrifft³³⁵. Für PPP-Hochbauprojekte kann die Ausnahme für laufende Geschäfte vor allem deshalb relevant werden, weil Miet- und Pachtverträge mit einer Jahresmiete bis zu einer bestimmten Höhe³³⁶ laufende Geschäfte darstellen.

Der Bund/Länder-Arbeitsausschuss „Haushaltsrecht und Haushaltssystematik“ hat vorgeschlagen, privat vorfinanzierte öffentliche Bauten in einer zusammenfassenden Übersicht

³²⁸ Dieses Ergebnis der Sitzung des Bund/Länder-Arbeitsausschusses „Haushaltsrecht und Haushaltssystematik“ am 8./9. Mai 1996 zum Thema „Private Vorfinanzierung öffentlicher Investitionen“, S. 8, hat bis heute wenig von seiner Aktualität verloren. Allerdings veranschlagen Bund und einige Länder Ausgaben für den privat vorfinanzierten Kauf von unbeweglichen Sachen unter einer eigens dafür gebildeten Gruppe 823 im Haushaltsplan.

³²⁹ I.d.F. der Vorschriftensammlung Bundesfinanzverwaltung, 3. Lieferung, 30. Dezember 2000.

³³⁰ § 6 BHO.

³³¹ Dies entspricht dem Gebot der Einzelveranschlagung (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BHO) und dem Gebot, eingegangene Verpflichtungen bei den Titeln zu buchen, aus denen die Ausgaben zur Erfüllung dieser Verpflichtungen zu leisten sind (§ 71 Abs. 1 Satz 2 BHO in Verbindung mit Nr. 1.1 der dazu ergangenen Richtlinie des BMF vom 16. Juli 1993).

³³² § 16 Satz 1 BHO.

³³³ § 16 Satz 2 BHO.

³³⁴ Nr. 11 der VV-BHO zu § 16 differenziert zwischen VE bei Dauerschuldverhältnissen auf bestimmte Zeit (Nr. 11.1), auf unbestimmte Zeit (Nr. 11.2) oder mit Verlängerungsklausel (Nr. 11.3), und macht Vorgaben zur Berechnung der VE (Nr. 11.4).

³³⁵ Vgl. § 38 Abs. 4 Satz 1 BHO, Nr. 3.1 der VV-BHO zu § 16.

³³⁶ Beim Bund liegt der Höchstbetrag der Jahresmiete, Jahrespacht für laufende Geschäfte bei 120.000 Euro; vgl. Nr. 5.1.1 der VV-BHO zu § 38.

nach einheitlichem Muster entweder als Anlage zum Gesamtplan im jährlichen Haushaltsplan oder im Finanzplan auszuweisen³³⁷. Der Bund und die Länder³³⁸, die diesem Vorschlag gefolgt sind, weisen durch private Vorfinanzierungen entstehende Belastungen künftiger Haushalte hinreichend transparent aus. Aus Gründen der Haushaltsklarheit ist zu fordern, dass PPP-Verträge vergleichbar transparent ausgewiesen werden. Werden PPP-Verträge entsprechend ausgewiesen, lässt sich im Vergleich zu einer konventionellen Beschaffung durch die öffentliche Hand die Kostentransparenz wesentlich verbessern, weil alle im Zusammenhang mit dem PPP-Projekt anfallenden Ausgaben über einen langen Zeitraum dargestellt werden. PPP können damit zu einer gegenüber der konventionellen Beschaffung erhöhten Haushaltsklarheit beitragen.

5.1.4.2 PPP-Erwerbermodell

Im Rahmen des Vertragsmodells I (PPP-Erwerbermodell) zahlt der Bund als Auftraggeber dem privaten Auftragnehmer ein fortlaufendes Entgelt über die Laufzeit von 20 bis 30 Jahren für die Planung, den Bau und die Finanzierung (Annuität) sowie für die laufenden Kosten und Aufwendungen des Privaten für den Betrieb und für das Facility Management.

5.1.4.2.1 Veranschlagung im Bund und in den Ländern

Bei gesonderter Betrachtung wären die Ausgaben für die Planung und den Bau gemäß dem Gruppierungsplan in der Hauptgruppe 7 – Baumaßnahmen – zu veranschlagen. Weil das Vertragsmodell I jedoch auch den Erwerb des Grundstücks einschließlich³³⁹ des Gebäudes umfasst, sind diese Ausgaben unter der Hauptgruppe 8, Obergruppe 82 – Erwerb von unbeweglichen Sachen – zu veranschlagen.

Dementsprechend bestimmt Nr. 12.2 Abs. 1 HRB:

³³⁷ Ergebnis der Sitzung des Bund/Länder-Arbeitsausschusses „Haushaltsrecht und Haushaltssystematik“ am 8./9. Mai 1996 zum Thema „Private Vorfinanzierung öffentlicher Investitionen“, S. 18.

³³⁸ Siehe z.B. Anlage 4 zum Haushaltsplan 2003/2004 des Landes Berlin „Übersicht über Investitionen (Immobilien) im Sonderfinanzierungsverfahren (Leasing u.ä.) und Einnahmeverzichte in Zusammenhang mit besonderen Finanzierungsvorgängen“; siehe auch B 2.3.3 der Anlage zu Nr. 1.5 der VV zu § 24 LHO Schleswig-Holstein: Darstellung in den Allgemeinen Bemerkungen zum Haushaltsplans. Anders – jedenfalls bis 1996 - Sachsen; vgl. Beitrag Nr. 12 „Behördenunterbringung“ aus dem Jahresbericht des Sächsischen Rechnungshofes 1996, S. 100.

³³⁹ Gebäude sind gemäß § 94 Abs. 1 Satz 1 BGB wesentliche Bestandteile des Grundstücks und können daher gemäß § 93 BGB nicht Gegenstand besonderer Rechte sein.

„Ausgaben aufgrund von Ratenkauf- und Mietkauf-Verträgen (vgl. Nr. 10.1) sind investiv zu veranschlagen, wenn im Falle des Ratenkaufs die Summe der Kaufpreistraten und im Falle des Mietkaufs die Summe aller Mietkaufpreistraten und des Restkaufpreises 5.000 € übersteigt.“

Liegt die Summe aller Kaufpreis- oder Mietkaufpreistraten unter dem Betrag von 5.000 Euro, sind die Ausgaben konsumtiv unter der Gruppe 511 – Geschäftsbedarf und Kommunikation sowie Geräte, Ausstattungs- und Ausrüstungsgegenstände, sonstige Gebrauchsgegenstände – zu veranschlagen³⁴⁰. Dies bleibt für PPP-Hochbauprojekte jedoch theoretisch.

Das Vertragsmodell I steht dem in den HRB³⁴¹ definierten „Mietkauf“ nahe, wie die Definition des Begriffs „Mietkauf“ zeigt:

„Auch beim Mietkauf erstellt und finanziert ein Privater ein Investitionsobjekt, das anschließend an eine öffentliche Gebietskörperschaft gegen Zahlung von Mietkaufpreistraten überlassen wird. Bei Vertragsabschluss wird dabei zwischen den beiden Parteien fest vereinbart, dass das Eigentum des Investitionsobjekts nach Ablauf einer festgelegten Zeit gegen Zahlung des vereinbarten Restkaufpreises in das Eigentum der öffentlichen Gebietskörperschaft übergeht.“

Der so verstandene Begriff des Mietkaufs deckt sich aber nicht vollständig mit dem Vertragsmodell I. Insbesondere ist nach dem Vertragsmodell I nicht erforderlich, dass ein Restkaufpreis vereinbart wird. Statt dessen kann der Kaufpreis Bestandteil des fortlaufend gezahlten Entgelts sein. Der Begriff Mietkauf³⁴² entspricht ferner nicht dem ganzheitlichen Ansatz des Vertragsmodells I, weil er nicht berücksichtigt, dass auch Dienstleistungen erbracht werden können. Ausgaben für Dienstleistungen stellen aber keine Investitionen dar.

Demzufolge sollten Ausgaben im Rahmen des Vertragsmodells I zwar wie bei einem herkömmlichen Mietkauf im o.g. Sinne investiv³⁴³ veranschlagt werden, aber nur in der Höhe des Anteils am Entgelt, der zur Tilgung des Kaufpreises dient. Die in den Mietkaufpreistraten enthaltenen Finanzierungsanteile sind mit der überwiegenden Ansicht³⁴⁴ konsumtiv³⁴⁵ zu

³⁴⁰ Nr. 10.1 HRB.

³⁴¹ Nr. 10.1 HRB.

³⁴² Unter Mietkauf wird hier und im Folgenden der sog. unechte Mietkauf verstanden; vgl. dazu unten 8.1.3.2.4.

³⁴³ Der Bund verbucht Ausgaben für den Erwerb von privat vorfinanzierten unbeweglichen Sachen unter Gruppe 823; vgl. den Gruppierungsplan (VV-HB) in der Fassung vom 30. Dezember 1999.

³⁴⁴ Vgl. RhPfVerfGH, NVwZ-RR 1998, 145 (148); Ergebnis der Sitzung des Bund/Länder-Arbeitsausschusses „Haushaltsrecht und Haushaltssystematik“ am 8./9. Mai 1996 zum Thema „Private Vorfinanzierung öffentlicher Investitionen“, S. 17; angedeutet in Pkt. 2.5 der Leitlinien der Präsidentinnen und Präsidenten der Rechnungshöfe des Bundes und der Länder für die Beurteilung von Immobilien-Leasing vom 8. Mai 1996.

veranschlagen. Entsprechendes gilt im Rahmen von Vertragsmodell I für die Entgeltbestandteile, die auf die Finanzierung entfallen und darüber hinaus für diejenigen, die für den Betrieb der Immobilie entrichtet werden.

Vereinbaren die Vertragsparteien nicht eine Kombination mehrerer Leistungen (Planung, Bau, Betrieb usw.), sondern eine einheitliche Gesamtleistung³⁴⁶, kommt eine getrennte Veranschlagung von investiven und konsumtiven Ausgaben allerdings nur dann in Betracht, wenn eine plausible Schätzung der auf die Verwertungsphase einerseits und der auf die Betriebs- und Finanzierungsphase andererseits entfallenden Vergütungsbestandteile möglich ist. Ist eine plausible Schätzung der Aufteilung der Vergütung nicht möglich, werden die Ausgaben regelmäßig einheitlich konsumtiv zu veranschlagen sein. Denn aufgrund der langen Laufzeit eines PPP-Vertrages wird der Schwerpunkt der einheitlichen Gesamtleistung vermutlich in der Betriebs- und Finanzierungsphase liegen. Im Falle einer einheitlich konsumtiven Veranschlagung aller Ausgaben könnte Vertragsmodell I zugleich einen positiven Beitrag zur Reduzierung der Staatsneuerschuldung leisten. Denn anders als bei einer konventionellen Beschaffungsvariante würden die tatsächlich vorliegenden Investitionsanteile dann nicht bei der Berechnung der finanzverfassungsrechtlichen Kreditobergrenze berücksichtigt.

Die Veranschlagungspraxis beim herkömmlichen Mietkauf ist in Bund und Ländern nicht einheitlich. Teilweise werden Ausgaben vollständig investiv veranschlagt, teilweise getrennt nach Tilgungsanteilen (investiv) und Finanzierungsanteilen (konsumtiv). Eine solche uneinheitliche Veranschlagungspraxis in Bund und Ländern sollte für PPP-Verträge im Allgemeinen und für das Vertragsmodell I im Besonderen vermieden werden.

5.1.4.2.2 Buchung gemäß dem ESVG 1995

In Anhang II zum ESVG 1995 werden einzelne Vertragstypen, bei denen eine institutionelle Einheit das Nutzungsrecht an dauerhaften Gütern erwirbt, definiert und spezielle Regeln zur Behandlung dieser Vertragstypen im Kontensystem vorgegeben. Zu diesen Vertragstypen gehören das Leasing, unterteilt in Operating-Leasing und Finanzierungsleasing, und der Teilzahlungskauf.

³⁴⁵ Sofern keine besondere Gruppe existiert, käme eine Veranschlagung bei Gruppe 518 – Mieten und Pachten – in Betracht.

³⁴⁶ Zu dieser Ausgestaltungsvariante des PPP-Erwerbermodells siehe oben, Kap. 4.2.2.4.

Vertragsmodell I lässt sich keinem der im ESVG definierten Vertragstypen eindeutig zuordnen. Im Unterschied zum Operating-Leasing³⁴⁷ ist beim Vertragsmodell I nicht vorgesehen, dass der Besitz am Grundstück (Nutzungsmöglichkeit) nach Ablauf der Mietzeit an den Auftragnehmer zurückübertragen wird. Vom Finanzierungsleasing³⁴⁸ unterscheidet sich das Vertragsmodell I insofern, als nicht sämtliche mit dem Eigentum an der Immobilie verbundenen Risiken auf den Auftraggeber übertragen werden, sondern regelmäßig auch der Auftragnehmer während der Vertragslaufzeit einen Teil der Risiken trägt (Gedanke der Risikoteilung bei PPP). Schließlich entspricht Vertragsmodell I nicht dem Vorstellungsbild eines Teilzahlungskaufs³⁴⁹, weil Auftraggeber im Rahmen von PPP die öffentliche Hand ist und nicht, wie die Käufer beim Teilzahlungskauf, überwiegend private Haushalte.

Gleichwohl dürfte Vertragsmodell I grundsätzlich unter den Teilzahlungskauf subsumiert werden können, weil es die wesentlichen Elemente eines Teilzahlungskaufs – Verkauf eines dauerhaften Gutes gegen Leistung von vereinbarten künftigen Zahlungen – enthält. Anlage II zum ESVG 1995 dürfte anwendbar sein mit der Folge, dass das gekaufte Gut als Bruttoinvestition der öffentlichen Hand gebucht und zugleich ein staatlicher Kredit in entsprechender Höhe unterstellt wird³⁵⁰. Eine andere Bewertung dieser Frage käme dann in Betracht, wenn die überwiegenden Risiken des PPP-Projekts vom privaten AN getragen würden. In diesem Fall wäre trotz des fest vereinbarten Eigentumsübergangs auf den AG der PPP-Vertrag gemäß Vertragsmodell I nicht dem Teilzahlungskauf gemäß ESVG zuzuordnen.

5.1.4.3 PPP-FMLeasingmodell

Vertragsmodell II (PPP-FMLeasingmodell) unterscheidet sich seiner Konzeption nach von Vertragsmodell I dadurch, dass ein automatischer Eigentumserwerb des Staates nach Ablauf der Vertragslaufzeit nicht stattfindet. Dem Staat steht nur eine Kaufoption zu. Übt der Staat die Kaufoption aus, kann er das Eigentum am Grundstück zu dem bei Vertragsschluss festgesetzten Preis (kalkulierter Restwert) erwerben. Die Ausgaben des Staates (Leasingnehmers) setzen sich zusammen aus einem fortlaufenden Entgelt (Leasingrate) und einem gesondert zu entrichtenden Entgelt für die Ausübung der Kaufoption. Die Höhe der Leasingrate hängt maßgeblich davon ab, ob eine Teil- oder eine Vollamortisation angestrebt wird.

³⁴⁷ Vgl. Anhang II, Nr. 3 ESVG 1995.

³⁴⁸ Vgl. Anhang II, Nr. 4 ESVG 1995.

³⁴⁹ Vgl. Anhang II, Nr. 5 ESVG 1995.

³⁵⁰ Vgl. Anhang II, Nr. 13 ESVG 1995.

5.1.4.3.1 Veranschlagung im Bund und in den Ländern

In Bund und Ländern besteht weitgehend Konsens darüber, dass Leasingraten grundsätzlich konsumtiv und Ausgaben aufgrund der Ausübung der Kaufoption investiv veranschlagt werden³⁵¹. Auf Bundesebene ist bestimmt, dass die Leasingraten in Gruppe 518³⁵² – Mieten und Pachten – und Ausgaben aufgrund der Ausübung der Kaufoption von mehr als 5.000 Euro in Hauptgruppe 8³⁵³ – Sonstige Ausgaben für Investitionen –, Gruppe 823 – Erwerb von privat vorfinanzierten unbeweglichen Sachen – zu veranschlagen sind. Ob der Vertragsgestaltung eine Teil- oder eine Vollamortisation zu Grunde liegt, bleibt bei der Veranschlagung außer Betracht.

Teile der Literatur³⁵⁴ schlagen vor, die Zuordnung der Baransätze für Leasingraten bei Gruppe 518 davon abhängig zu machen, ob die entgeltliche Nutzung der Immobilie auf Zeit im Vordergrund steht. Dies sei bei den sog. erlasskonformen Leasingverträgen der Fall, bei denen das wirtschaftliche Eigentum während der Vertragsdauer beim Leasinggeber verbleibt. Anders verhalte es sich mit nichterlasskonformen Leasingverträgen, bei denen der Eigentumsübergang auf den Leasingnehmer nach Vertragsablauf von vornherein als wirtschaftlicher Endzweck feststehe. Bei nichterlasskonformen Leasingverträgen sei eine haushaltssystematische Zuordnung zur Obergruppe 82 – Erwerb von unbeweglichen Sachen – geboten.

Dieser Auffassung ist grundsätzlich zuzustimmen. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unterscheidet sich ein sog. nichterlasskonformer Leasingvertrag nur marginal von einem Mietkaufvertrag im o.g. Sinne, bei dem ein Eigentumsübergang nach Ablauf der Mietzeit fest vereinbart ist. Haushaltsrechtlich erscheint es gerechtfertigt, Ausgaben für sog. nichterlasskonforme Leasingverträge ebenso zu veranschlagen, wie beim Mietkauf. Positiv zu beurteilen wäre der damit verbundene Anstieg der staatlichen Investitionsquote und die einheitliche Behandlung von sog. nichterlasskonformen Leasinggeschäften im Steuerrecht³⁵⁵, im Bilanz-

³⁵¹ Vgl. Ergebnis der Sitzung des Bund/Länder-Arbeitsausschusses „Haushaltsrecht und Haushaltssystematik“ am 8./9. Mai 1996 zum Thema „Private Vorfinanzierung öffentlicher Investitionen“, S. 17.

³⁵² Nr. 10.4 HRB.

³⁵³ Nr. 12.2 HRB. Übersteigt der Kaufpreis bei der Ausübung der Option für den Einzelfall 5.000 Euro nicht, sind die Ausgaben dafür konsumtiv unter Gruppe 511 - Geschäftsbedarf und Kommunikation usw. – zu veranschlagen; siehe Nr. 10.1 HRB.

³⁵⁴ Siehe zum Folgenden Schweisfurth/Christen, Leasing im Haushaltsrecht der Länder, in: Kroll, Leasing-Handbuch für die öffentliche Hand, S. 273, (274).

³⁵⁵ Die Erlasskonformität eines Leasingvertrages bezieht sich auf die Leasingerlasse des BMF zur steuerrechtlichen Behandlung von Leasingverträgen gemäß § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO.

recht³⁵⁶ und im Haushaltsrecht. Zu beachten ist freilich, dass Immobilienleasingverträge häufig so ausgestaltet sind, dass das wirtschaftliche Eigentum beim Leasinggeber verbleibt³⁵⁷, es sei denn, es handelt sich um einen Fall von Spezialleasing.

Andererseits darf nicht verkannt werden, dass das Vertragsmodell II aufgrund seines ganzheitlichen Ansatzes Unterschiede zu den herkömmlichen Leasingverträgen aufweisen kann. Soweit in der Leasingrate zu einem nicht unwesentlichen Teil ein Entgelt für den Betrieb und die Finanzierung des Hochbauprojekts enthalten ist, sollten diese Ausgaben auch dann konsumtiv veranschlagt werden, wenn das wirtschaftliche Eigentum an der Leasingsache während der Vertragslaufzeit dem Leasingnehmer zugerechnet werden kann.

Einnahmen aus der Veräußerung von Grundstücken im Rahmen von „Sale-and-lease-back“-Geschäften werden grundsätzlich unter Gruppe 131 – Erlöse aus der Veräußerung von unbeweglichen Sachen – veranschlagt³⁵⁸. Es ist allerdings möglich, diese Einnahmen für die spätere Tilgung der Leasingraten zu reservieren. Als Ausnahme vom Grundsatz der Gesamtdeckung (Grundsatz der Non-Affektion³⁵⁹) bedarf es hierfür einer gesetzlichen Regelung oder der Zulassung durch den Haushaltsplan³⁶⁰. Darüber hinaus kommt die Errichtung eines Sondervermögens³⁶¹ in Betracht, wozu auch der von den Ländern eingerichtete Grundstock zählt³⁶².

In Schleswig-Holstein wurde zur Sicherung der Ausgaben aufgrund der Ausgaben der Kaufoption eine besondere zweckgebundene „Rücklage für leasingfinanzierte Hochbaumaßnahmen“ gebildet³⁶³. Die jährlich gleichbleibende Zuführung zu dieser Rücklage ist, verteilt auf die Grundmietzeit, unter der Obergruppe 91 – Zuführungen an Rücklagen, Fonds und Stöcke – zu veranschlagen. Die späteren Ausgaben aufgrund der Ausübung der Kaufoption werden durch Entnahmen aus Rücklagen, Fonds und Stücken (Obergruppe 32) finanziert.

³⁵⁶ Im Bilanzrecht ist die Vermögenszugehörigkeit von Aktiva und Passiva im Sinne von § 246 HGB nach wirtschaftlichen Kriterien bestimmt; s. Reuter, BB 2000, 659 (662).

³⁵⁷ Zum Unterschied zwischen dem herkömmlichen Finanzierungsleasing und dem Immobilienleasing siehe oben 4.3.1.2.

³⁵⁸ Siehe aber BVerfG, NVwZ 1999, 173 ff., wonach Einnahmen aus der Veräußerung von Immobilien bei der Berechnung der Kreditobergrenze gemäß Art. 115 Abs. 1 GG unter Umständen wie Einnahmen aus Kredit zu behandeln sind.

³⁵⁹ Gröpl, NVwZ 1998, 1251 (1255).

³⁶⁰ Vgl. § 7 Satz 2 HGrG; § 8 Satz 2 BHO/LHO.

³⁶¹ § 113 BHO/LHO.

³⁶² Siehe dazu Nebel, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, BHO, Anhang § 113 und Gatzert, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, BHO, Anhang § 64.

³⁶³ Siehe dazu Nr. 2.3.4, letzter Spiegelstrich, der Anlage Nr. 1.5 der VV zu § 24 LHO.

5.1.4.3.2 Buchung gemäß dem ESVG 1995

Vertragsmodell II kann im ESVG 1995 entweder als Operating-Leasing³⁶⁴ oder als Finanzierungsleasing³⁶⁵ gebucht werden, je nachdem, welche Merkmale es erfüllt. Die Merkmale eines Operating-Leasings liegen dann vor, wenn der Großteil der mit dem Eigentum verbundenen Risiken und Gewinne im Nutzungszeitraum vom Leasinggeber getragen wird³⁶⁶. Geht der Großteil der mit dem Eigentum verbundenen Risiken und Gewinne – d.h. das wirtschaftliche Eigentum – mit Vertragsbeginn auf den Leasingnehmer (Staat) über, liegen die Merkmale eines Finanzierungsleasings vor³⁶⁷.

Nach Auffassung von Eurostat³⁶⁸ liegen die Merkmale eines Operating-Leasings vor, wenn der Staat mit einem Unternehmen einen Vertrag über den Bau einer Infrastruktureinrichtung zur Erbringung von Dienstleistungen schließt³⁶⁹, und wenn der Großteil der mit dem Eigentum verbundenen Risiken und Gewinne im Nutzungszeitraum von dem Unternehmen getragen wird³⁷⁰. Beim Operating-Leasing wirken sich auf den Finanzierungssaldo des Staates nur die regelmäßigen Zahlungen des Staates aus³⁷¹. Die Ausgaben während der Nutzungszeit sollen nach Auffassung von Eurostat den Konsumausgaben des Staates zugeordnet werden. Nur die Gegenleistung für den Besitzerwechsel am Ende der Vertragslaufzeit soll als Bruttoanlageninvestition (P.51)³⁷² gebucht werden. Eurostat schlägt vor, die Bruttoanlageninvestition mit einem Vermögenstransfer („Sonstige Vermögenstransfers“ D.99)³⁷³ gegen zu buchen³⁷⁴.

³⁶⁴ Vgl. Anhang II, Nr. 3 ESVG 1995.

³⁶⁵ Vgl. Anhang II, Nr. 4 ESVG 1995.

³⁶⁶ Vgl. Handbuch zum ESVG 1995, S. 189.

³⁶⁷ Vgl. Eurostat, Handbuch zum ESVG 1995, S. 189.

³⁶⁸ Eurostat, Handbuch zum ESVG 1995, S. 189 („Fall 1 a“).

³⁶⁹ Dieser mit dem Vertragsmodell I vergleichbar Fall wird als Typ 1 bezeichnet; vgl. Eurostat, Handbuch zum ESVG 1995, S. 188.

³⁷⁰ Diese Risikoverteilung stimmt mit der Risikoverteilung im Rahmen des Vertragsmodells I zwar nicht gänzlich überein, kommt der Risikoverteilung beim Vertragsmodell I aber recht nahe.

³⁷¹ Eurostat, Handbuch zum ESVG 1995, S. 189.

³⁷² Zur Definition von Bruttoanlageninvestition siehe Kapitel 3, Nr. 3.102 ESVG 1995.

³⁷³ „Sonstige Vermögenstransfers“ sind „[...] alle Transfers (außer Investitionszuschüssen und vermögenswirksamen Steuern) [...], die keine Transaktionen der Einkommensverteilung darstellen, sondern eine Ersparnis- oder Vermögensumverteilung zwischen den verschiedenen Sektoren oder Teilsektoren der Volkswirtschaft oder mit der übrigen Welt bewirken.“; s. Kapitel 4, Nr. 4.164 ESVG 1995.

³⁷⁴ Eurostat, Handbuch zum ESVG 1995, S. 191.

Beim Finanzierungsleasing wird das Leasinggut als Bruttoanlageninvestition des Leasingnehmers gebucht³⁷⁵ und ihm zugleich ein Kredit in gleicher Höhe unterstellt³⁷⁶. Der Grund hierfür liegt darin, dass beim Finanzierungsleasing im Sinne des ESVG 1995 der Leasingnehmer mit Beginn des Vertrages wirtschaftlicher Eigentümer wird und für die im ESVG 1995 vorgesehene Buchung der einer Transaktion zu Grunde liegende wirtschaftliche Sachverhalt ausschlaggebend ist³⁷⁷. Um die Einordnung von Leasinggeschäften als Operating-Leasing oder als Finanzierungsleasing zu erleichtern, hat Eurostat Testfragen entwickelt³⁷⁸, die für eine Abgrenzung hilfreich sein können:

- Wer ist für die Instandhaltung und Versicherung des Leasinggutes verantwortlich?
- Wer zahlt die Finanzmittel bei vorzeitiger Beendigung des Vertrages zurück?
- Wer bestimmt die Art des Leasinggutes?
- Wer trägt das Nachfragerisiko?
- Gibt es Einnahmen seitens Dritter?
- Zahlt der Staat weniger, wenn die Qualität der Dienstleistung nicht gut genug ist?
- Zahlt der Staat mehr, wenn die Kosten des Unternehmens steigen?
- Wer trägt das Restwertrisiko?

Entsprechend dem relativen Gewicht der einzelnen Fragen im konkreten Einzelfall ist Vertragsmodell II dem Finanzierungsleasing oder dem Operate-Leasing zuzuordnen, wobei im Immobilienbereich vermutlich überwiegend von einem Operate-Leasing im Sinne des ESVG 1995 auszugehen sein wird. Eine pauschale Einordnung von PPP-Vertragsmodellen in die eine oder in die andere Kategorie gemäß dem ESVG ist allerdings nicht möglich, weil es hierfür maßgeblich auf die vertragliche Risikoverteilung im konkreten Fall ankommt. Daher ist nicht auszuschließen, dass – etwa bei Spezialleasing – ein Vertrag entsprechend Vertragsmodell II dem Finanzierungsleasing im Sinne des ESVG 1995 zuzuordnen ist.

³⁷⁵ Vgl. Kapitel 3, Nr. 3.103 Buchstabe a Abs. 5 ESVG 1995 in Verbindung mit Anhang II, Nr. 8 ESVG 1995.

³⁷⁶ Vgl. Anhang II, Nr. 9 ESVG 1995.

³⁷⁷ Vgl. Anhang II, Nr. 4 ESVG 1995.

³⁷⁸ Vgl. Eurostat, Handbuch zum ESVG 1995.

5.1.4.4 PPP-Vermietungsmodell

Vertragsmodell III (PPP-Vermietungsmodell) unterscheidet sich von Vertragsmodell I insoweit, als ein Eigentumserwerb des Staates nicht automatisch stattfindet und von Vertragsmodell II insoweit, dass die Vereinbarung einer Kaufoption nicht zwingend ist. Wird eine Kaufoption vereinbart, richtet sich die Buchung von Vertragsmodell III nach denselben Grundsätzen, wie die Buchung von Vertragsmodell II, auf die insoweit verwiesen wird. Ist eine Kaufoption nicht vorgesehen, bestehen die Ausgaben des Staates aus einem monatlichen Entgelt („Mietraten“).

5.1.4.4.1 Veranschlagung im Bund und in den Ländern

In Bund und Ländern werden Ausgaben für Mietraten einheitlich konsumtiv unter Gruppe 518 – Mieten und Pachten – veranschlagt. Hat der Private dem Staat ausnahmsweise eine Kaufoption eingeräumt, werden Ausgaben aufgrund der Ausübung der Kaufoption unter Hauptgruppe 8 – Sonstige Ausgaben für Investitionen – veranschlagt³⁷⁹.

5.1.4.4.2 Buchung gemäß dem ESVG 1995

Ausgaben für Mietzinszahlungen werden im ESVG 1995 als Konsumausgaben (P.3)³⁸⁰, Ausgaben aufgrund der Ausübung der Kaufoption werden als Bruttoanlageninvestition (P.51) gebucht.

5.1.4.5 PPP-Inhabermodell

Das Kennzeichen von Vertragsmodell IV (PPP-Inhabermodell) besteht im Wesentlichen darin, dass ein Privater ein Gebäude auf dem Grundstück des öffentlichen Auftraggebers für den Auftraggeber errichtet oder saniert und betreibt. Der Staat hat die Leistungen des Privaten durch ein periodisches Entgelt fortlaufend zu vergüten.

5.1.4.5.1 Veranschlagung im Bund und in den Ländern

Ausgaben beim Vertragsmodell IV setzen sich aus einer investiven Komponente und aus einer konsumtiven Komponente zusammen. Die Ausgabenbestandteile des Entgelts sollten dementsprechend teils investiv unter Hauptgruppe 7 - Baumaßnahmen – und teils konsumtiv unter Gruppe 517 – Bewirtschaftung der Grundstücke, Gebäude und Räume – oder Gruppe

³⁷⁹ Siehe oben 5.1.4.3.1.

³⁸⁰ Zur Definition von Konsumausgaben siehe Kapitel 3, Nr. 3.75 ESVG 1995.

519 – Unterhaltung der Grundstücke und baulichen Anlagen – veranschlagt werden. Investiv zu veranschlagen wären die Ausgaben für die Errichtung einschließlich der Planung der Immobilie und darüber hinaus die Ausgaben für Sanierungsmaßnahmen oder Modernisierungen, die zu einer nachhaltigen Erhöhung des Gebrauchswertes eines Objekts beitragen³⁸¹. Alle anderen Ausgaben wären konsumtiv zu veranschlagen.

Vereinbaren die Vertragsparteien nicht eine Kombination mehrerer Leistungspakete (Planung, Bau, Betrieb, Finanzierung, Verwertung), sondern eine einheitliche Gesamtleistung³⁸², kommt eine getrennte Veranschlagung von investiven und konsumtiven Ausgaben allerdings nur dann in Betracht, wenn eine plausible Schätzung der auf die Planungs- und Bauphase einerseits und der auf die Betriebs- und Finanzierungsphase andererseits entfallenden investiven bzw. konsumtiven Entgeltbestandteile möglich ist. Ist eine plausible Schätzung der auf investive bzw. konsumtive Zwecke entfallenden Entgeltbestandteile nicht möglich, werden die Ausgaben im Zweifel einheitlich konsumtiv zu veranschlagen sein. Denn der Schwerpunkt der einheitlichen Gesamtleistung wird wegen der langen Laufzeit eines PPP-Vertrags im Zweifel in der Betriebs- und Finanzierungsphase liegen. Wie Vertragsmodell I könnte auch Vertragsmodell IV im Falle einer einheitlich konsumtiven Veranschlagung aller Ausgaben einen positiven Beitrag zur Reduzierung der Staatsneuerschuldung leisten, weil tatsächlich vorliegende Investitionsanteile am Entgelt nicht bei der Berechnung der finanzverfassungsrechtlichen Kreditobergrenze berücksichtigt würden.

5.1.4.5.2 Buchung gemäß dem ESVG 1995

Besondere Vorgaben für die Buchung von Ausgaben im Rahmen des ESVG 1995 gibt es nicht. Soweit die Leistung des Privaten den Bau und solche Verbesserungen an Gebäuden umfasst, die weit über normale Instandhaltungs- und Reparaturmaßnahmen hinausgehen³⁸³, sind Ausgaben hierfür investiv zu verbuchen. Im Übrigen liegt keine Investition, sondern Konsum vor. Das ESVG 1995 unterscheidet sich insoweit nur geringfügig von den deutschen Veranschlagungsregeln. Zu beachten ist jedoch, dass auch im Falle von Vertragsmodell IV die Einordnung eines entsprechenden Vertrages als Finanzierungsleasing denkbar erscheint, sofern ein Großteil der mit dem Eigentum verbundenen Risiken und Gewinne im Nutzungszeitraum vom Staat getragen werden. In diesem Fall würde dem Staat ein Kredit in Höhe der Bruttoinvestition für den Erwerb der Immobilie unterstellt.

³⁸¹ So für die Bundesebene Nr. 10.5 HRB.

³⁸² Zu dieser Ausgestaltungsvariante des PPP-Inhabermodells siehe oben, Kap. 4.5.2.4.

³⁸³ Vgl. Anhang II, Nr. 3.107 Buchstabe f ESVG 1995.

5.1.4.6 PPP-Contractingmodell

Nach dem Vertragsmodell V (PPP-Contractingmodell) erbringt der Private Einbau- und Optimierungsarbeiten an technischen Anlagen einer Immobilie des öffentlichen Auftraggebers. Im Unterschied zu Vertragsmodell IV ist grundsätzlich weder die Errichtung oder die Sanierung noch ein umfassendes Management des gesamten Gebäudes Gegenstand des Vertrages. Der Staat hat dem Privaten ratenweise ein Entgelt zu zahlen, welches alle Leistungen des Privaten abdeckt.

5.1.4.6.1 Veranschlagung im Bund und in den Ländern

Ausgaben bei Vertragsmodell V sind grundsätzlich konsumtiv unter Gruppe 517 – Bewirtschaftung der Grundstücke, Gebäude und Räume – oder Gruppe 519 – Unterhaltung der Grundstücke und baulichen Anlagen – zu veranschlagen. Nur wenn Sanierungsmaßnahmen oder Modernisierungen vereinbart werden, die zu einer nachhaltigen Erhöhung des Gebrauchswertes führen, wären die Ausgaben hierfür unter Hauptgruppe 7 - Baumaßnahmen – zu veranschlagen³⁸⁴.

5.1.4.6.2 Buchung gemäß dem ESVG 1995

Besondere Vorgaben für die Buchung von Ausgaben im Rahmen des Vertragsmodells V gemäß ESVG 1995 gibt es nicht. Insoweit kann auf die Ausführungen zu Vertragsmodell IV verwiesen werden, wobei im Rahmen des Vertragsmodells V der Schwerpunkt der Ausgaben eher im konsumtiven Bereich liegen wird, als beim Vertragsmodell IV. Weil das wirtschaftliche Risiko im Rahmen dieses PPP-Vertragsmodells typischerweise der Private trägt, dürfte jedoch anders als bei Vertragsmodell IV der öffentlichen Hand in der Regel kein Kredit in Höhe einer etwaigen Bruttoanlageninvestition unterstellt werden.

5.1.4.7 PPP-Konzessionsmodell

Im Rahmen des Vertragsmodells VI (PPP-Konzessionsmodell) verpflichtet sich der private Auftragnehmer gegenüber dem Staat, ein Gebäude zu planen und – ggf. auch auf eigenem Grund und Boden – zu errichten (Baukonzession) oder bestimmte Dienstleistungen unmittelbar gegenüber den Nutzern zu erbringen (Dienstleistungskonzession). Werden gemäß dem ganzheitlichen Ansatz von PPP sowohl der Bau einschließlich der Planung, als auch der Betrieb und die Erbringung sonstiger Dienstleistungen vereinbart, hängt die Frage, ob eine Bau- oder eine Dienstleistungskonzession vorliegt, im Einzelfall vom Schwerpunkt des Ver-

³⁸⁴ Vgl. Nr. 10.5 HRB.

trages ab. Wegen der Vorfinanzierung und der langfristigen Dienstleistungspflichten des Privaten wird ein PPP-Konzessionsvertrag tendenziell als Dienstleistungskonzession einzuordnen sein.

Im Rahmen des Vertragsmodells VI liegt das Refinanzierungsrisiko im Wesentlichen beim Auftragnehmer. Refinanziert sich der Private unmittelbar bei den Nutzern (Variante 1), hat der Staat grundsätzlich keine Ausgaben zu leisten. Dies jedenfalls dann nicht, wenn mit dem Vertrag eine Vollamortisation erzielt werden soll. Bei einer Teilamortisation kann den Staat die Verpflichtung treffen, während der Vertragslaufzeit an den Privaten ein laufendes Entgelt zu zahlen, welches alle Leistungen des Privaten teilweise abdeckt. Möglich ist jedoch auch ein Erwerb des Objekts nach Ablauf der Vertragslaufzeit unter Abgeltung des Restwertes. Refinanziert sich der Private nicht unmittelbar durch die Erhebung von Gebühren oder Entgelten bei den Nutzern (Variante 2), vereinbaren die Parteien gewöhnlich eine nutzungsabhängige periodische Vergütung des Privaten durch den Staat. In diesem Fall ist es dem Staat überlassen, ob er die Ausgaben für die Vergütung über Nutzungsgebühren oder Nutzungsentgelte oder über Steuern oder auf sonstige Weise finanziert.

Einnahmen fallen beim Staat in den Varianten 1 und 2 dann an, wenn er vom Privaten für die Einräumung der Konzession ein Konzessionsentgelt erhält oder in der Variante 2 dann, wenn er von den Nutzern Entgelte oder Gebühren für die Nutzung des Objekts erhebt.

5.1.4.7.1 Veranschlagung im Bund und in den Ländern

Einnahmen des Staates aus Konzessionsabgaben sind unter Gruppe 122 – Konzessionsabgaben – und Einnahmen aus Nutzungsgebühren oder Nutzungsentgelten im Fall 2 unter Gruppe 111 – Gebühren, sonstige Entgelte – oder Gruppe 124 – Einnahmen aus Vermietung, Verpachtung und Nutzung – zu veranschlagen.

Ausgaben des Staates in den Fällen 1 und 2 können sich unabhängig davon, ob vertraglich eine Teil- oder eine Vollamortisation beabsichtigt ist, aus investiven und aus konsumtiven Teilen zusammensetzen. Die Ausgaben aufgrund der Ausübung einer Kaufoption sind in jedem Fall investiv unter der Obergruppe 82 – Erwerb von unbeweglichen Sachen – zu veranschlagen. Steht das Bauobjekt im Eigentum des Privaten, und ist auch ein späterer Eigentumserwerb nicht beabsichtigt, sind die Ausgaben des Staates konsumtiv zu veranschlagen – unklar ist allerdings, unter welcher Gruppe³⁸⁵. Steht das Bauobjekt im Eigentum des

³⁸⁵ In Betracht kommen die Gruppen 531 bis 546 – Vermischtes –, die Ausgaben für sächliche Verwaltungsausgaben enthalten.

Staates, bestehen dieselben Abgrenzungs- und damit Veranschlagungsschwierigkeiten wie beim Vertragsmodell IV, auf die insoweit verwiesen wird.

5.1.4.7.2 Buchung gemäß dem ESVG 1995

Besondere Vorgaben für die Buchung von Einnahmen und Ausgaben im Rahmen des Vertragsmodells VI gemäß ESVG 1995 gibt es nicht. Ausgaben des Staates für die Vergütung des Privaten stellen, anders als die Ausgaben für die Ausübung einer Kaufoption, keine Bruttoanlageninvestition (P.5)³⁸⁶ im Sinne des ESVG 1995 dar. Sind etwaige Ausgaben für die Ausübung einer Kaufoption nutzerfinanziert, erscheint es unabhängig hiervon nicht gerechtfertigt, dem Staat in Höhe der Bruttoanlageninvestition einen Kredit in entsprechender Höhe zu unterstellen, sofern das Nutzerrisiko beim Privaten liegt.

5.1.4.8 PPP-Gesellschaftsmodell

Vertragsmodell VII (PPP-Gesellschaftsmodell) hebt im Gegensatz zu den Vertragsmodellen I bis VI nicht auf einen bestimmten Vertragsinhalt ab, sondern auf die personale Zuordnung der vertraglichen Leistungspflichten ab. Diese sind bei Vertragsmodell VII weder von der öffentlichen Hand noch von dem Privaten, sondern vielmehr von einem von beiden Partnern gegründeten gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen in Form einer Personen- oder Kapitalgesellschaft zu erfüllen.

Ausgaben fallen dem Staat zur Last, wenn er Anteile an einem bestehenden privaten Unternehmen erwirbt oder Ausgaben im Zusammenhang mit der Gründung eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen anfallen. Nachschusspflichten oder unübersehbare Haftungsverpflichtungen dürfen mit einer Beteiligung an einer privatrechtlichen Unternehmen nicht einhergehen³⁸⁷. Diese Vorgabe kann unter Umständen mit dem Bestreben des öffentlichen Partners kollidieren, einen möglichst weit gehenden Einfluss auf das gemischt-wirtschaftliche Unternehmen auszuüben, falls die Beeinflussung gesellschaftsrechtliche (konzernrechtliche) Haftungsrisiken für die öffentliche Hand auslöst.

5.1.4.8.1 Veranschlagung im Bund und in den Ländern

Ausgaben für den Erwerb von Beteiligungen an bestehenden Unternehmen sind investiv unter Gruppe 831 – Erwerb von Beteiligungen und dgl. im Inland – oder unter Gruppe 836 – Erwerb von Beteiligungen und dgl. im Ausland – zu veranschlagen. Entsprechendes gilt im

³⁸⁶ Zur Definition von Bruttoanlageninvestition siehe Kapitel 3, Nr. 3.102 ESVG 1995.

³⁸⁷ Vgl. § 65 Abs. 1 Nr. 2 BHO.

Fälle der Neugründung von gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen. Erwirtschaftet das gemischt-wirtschaftliche Unternehmen einen Gewinn, und steht der Gewinn zum Teil auch dem Staat als Anteilsinhaber zu, sind diese Einnahmen unter Gruppe 121 – Gewinne aus Unternehmen und Beteiligungen – zu veranschlagen.

5.1.4.8.2 Buchung gemäß dem ESVG 1995

Im ESVG 1995 werden Anteilsrechte (AF.5)³⁸⁸ auf der Aktivseite der Vermögensbilanz des Anteilsinhabers zu den jeweiligen Preisen gebucht³⁸⁹. Der Erwerb von Anteilsrechten erscheint in den VGR als „Finanzielle Transaktion“³⁹⁰ und nicht als Bruttoanlageninvestition.

5.1.4.9 Stellungnahme

Der Überblick über die Veranschlagungsregeln im nationalen Haushaltsrecht und in den VGR hat gezeigt, dass die Ausgaben und ggf. die Einnahmen im Rahmen der verschiedenen PPP-Vertragsmodelle nicht einheitlich veranschlagt werden. Wegen der verfassungs- und verordnungsrechtlichen Unterscheidung zwischen Investitionen und Krediten ist eine einheitliche Veranschlagung der Ausgaben im Rahmen der verschiedenen PPP-Vertragsmodelle grundsätzlich auch nicht möglich.

Des Weiteren ist bei der Entwicklung von PPP-Hochbauprojekten zwischen der Veranschlagung von in der Zukunft voraussichtlich anfallenden Ausgaben zum Zeitpunkt der Aufstellung des Haushaltsplans und der Veranschlagung der jeweils kassenwirksam werdenden Ausgaben nach dem Zeitpunkt der Vergabe einer PPP zu unterscheiden. Während einer Verpflichtungsermächtigung in gewisser Hinsicht eine indikative Funktion zukommt, richtet sich die Veranschlagung der kassenwirksamen Ausgaben nach den konkret erforderlichen Entgeltzahlungen des Staates an den privaten Partner. Das Problem, dass zum Zeitpunkt der Haushaltsaufstellung noch keine Gewissheit über die konkreten zukünftigen Entgeltverpflichtungen und deren Aufteilung in investive und konsumtive Ausgaben besteht, könnte durch gegenseitig deckungsfähige Verpflichtungsermächtigungen³⁹¹ für investive bzw. konsumtive Ausgaben gelöst werden.

Der Überblick hat ferner gezeigt, dass sich die vom Staat zu leistenden Ausgaben zur Erfüllung eines einheitlichen Vergütungsanspruchs des Privaten bei PPP-Vertragsmodellen aus

³⁸⁸ Zur Definition des Begriffs „Anteilsrechte“ siehe Kapitel 7, Anhang 7.1 ESVG 1995.

³⁸⁹ Vgl. Kapitel 7, Nr. 7.52 ESVG 1995.

³⁹⁰ Zur Definition des Begriffs „Finanzielle Transaktion“ siehe Kapitel 5, Nr. 5.01 ESVG 1995.

³⁹¹ Zur gekorenen gegenseitigen Deckungsfähigkeit von VE vgl. § 20 Abs. 2 BHO.

investiven und konsumtiven Komponenten zusammensetzen können. Sofern Entgeltbestandteile im Rahmen von PPP-Verträgen in eine investive und in eine konsumtive Komponente aufgeschlüsselt werden können, sollten die Ausgaben im Haushaltsplan entsprechend differenziert veranschlagt werden. Ist eine Aufteilung der Ausgaben in Investitionen nicht möglich, können nach der Haushaltssystematik des Bundes Ausgaben und Einnahmen nach dem Schwergewicht der Zweckbestimmung veranschlagt werden³⁹². Der Bundesrechnungshof billigt diese Veranschlagung nach dem jeweiligen Schwerpunkt und legt besonderen Wert auf eine „ökonomisch korrekte“ Schwerpunktbildung³⁹³. Dies wird regelmäßig dazu führen, dass alle Ausgaben konsumtiv zu veranschlagen sind, weil der Schwerpunkt der Ausgabenvolumina wegen der langen Laufzeit von PPP-Verträgen vermutlich auf die Betriebs- und Finanzierungsphase entfallen wird. Eine Aufteilung in investive und konsumtive Ausgaben und eine entsprechend differenzierende Veranschlagung kommt schließlich dann nicht in Frage, wenn Ausgaben von Vornherein nur investiven oder nur konsumtiven Zwecken dienen.

Empfehlenswert erscheint die Aufstellung von Richtlinien, die konkrete Vorgaben für die Ermittlung des investiven Anteils (Planung, Bau bzw. Erwerb) und des konsumtiven Anteils (Betrieb und Finanzierung) der Vergütungsausgaben treffen. Diese Aufteilung ergibt sich immer dann bereits aus den Bestandteilen der Vergütung des Privaten für einzelne Leistungspakete (Planen, Bauen, Betreiben, Verwerten, Finanzieren), wenn in dem vorausgehenden Wettbewerb eine entsprechend transparente Darstellung von ihm verlangt worden ist. Ob dieses Maß an Transparenz immer erreicht wird, mag zweifelhaft sein; wird dieses Maß an Transparenz durch eine Aufteilung nicht erreicht, können zuverlässige Schätzungen an die Stelle der Aufteilung treten.

5.2 Haushaltsvollzug

Ist der Haushaltsplan aufgestellt und durch Gesetz festgestellt, steht der Verwaltung die Aufgabe zum Haushaltsvollzug zu. Beim Haushaltsvollzug stellt sich für PPP vor allem die Frage, zu welchem Zeitpunkt und auf welche Art und Weise Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen die Effizienz der PPP belegen müssen, damit dem PPP-Hochbauprojekt keine haushaltsrechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Eine Zäsur stellt dabei die Vergabe des PPP-Hochbauprojekts dar.

³⁹² Vgl. Allgemeine Hinweise zum Gruppierungsplan und zum Funktionenplan, Kap. 13; zitiert nach: BR-Drs. 14/1667, S. 61.

³⁹³ Vgl. BR-Drs. 14/1667, S. 61.

5.2.1 Wirtschaftlichkeitsuntersuchung vor der Vergabe

Nach Eingang der bindenden Angebote und vor der Entscheidung darüber, ob und welchem Bieter der Zuschlag erteilt wird, sind PPP-Hochbauprojekte auf ihre Wirtschaftlichkeit zu untersuchen (Wirtschaftlichkeitsuntersuchung als Planungsinstrument)³⁹⁴. Nachfolgend werden an Hand der geltenden Verwaltungsvorschriften auf Bundes- und auf Landesebene die wichtigsten Vorgaben für Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen allgemein dargestellt, ohne insoweit eine Bewertung vorzunehmen. Ausführungen für eine Optimierung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen für PPP im öffentlichen Hochbau bleiben Band III vorbehalten.

5.2.1.1 Inhalt

Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen müssen mindestens Aussagen zu folgenden Teilaspekten enthalten³⁹⁵:

- Analyse der Ausgangslage und des Handlungsbedarfs,
- Ziele, Prioritätsvorstellungen und mögliche Zielkonflikte,
- relevante Lösungsmöglichkeiten und deren Nutzen und Kosten (einschl. Folgekosten), auch soweit sie nicht in Geld auszudrücken sind,
- finanzielle Auswirkungen auf den Haushalt,
- Eignung der einzelnen Lösungsmöglichkeiten zur Erreichung der Ziele unter Einbeziehung der rechtlichen, organisatorischen und personellen Rahmenbedingungen,
- Zeitplan für die Durchführung der Maßnahme,
- Kriterien und Verfahren für Erfolgskontrollen.

Besteht für den Erwerb oder für die Nutzung von Vermögensgegenständen eine Wahlmöglichkeit zwischen Kauf-, Miet-, Leasing-, Mietkauf- und ähnlichen Verträgen, so ist vor Vertragsabschluss zu prüfen, welche Vertragsart für die Verwaltung am wirtschaftlichsten ist³⁹⁶. Dem Vergleich der Varianten sind hinreichend konkrete und einheitliche bauliche Standards und Ausführungen zugrunde zu legen; Gewährleistungs- und Haftpflichtansprüche müssen

³⁹⁴ § 7 Abs. 2 Satz 1 BHO. In den Ländern schränken die § 7 Abs. 2 Satz 1 LHO dieses Erfordernis in der Regel auf „geeignete Maßnahmen von erheblicher finanzieller Bedeutung“ ein. Siehe aber auch Nr. 6 der Anlage 2 zu § 7 AV-LHO Berlin: „Die Wirtschaftlichkeit von Sonderfinanzierungen ist in jedem Einzelfall zu belegen“.

³⁹⁵ Nr. 2.1 VV zu § 7 BHO; Nr. 2.1 VV zu § 7 LHO Schleswig-Holstein.

³⁹⁶ Nr. 2.1 VV zu § 7 BHO.

den rechtlichen Kriterien des staatlichen Eigenbaus entsprechen³⁹⁷. Ein Mangel an Haushaltsmitteln für den Erwerb durch Kauf reicht als Rechtfertigungsgrund für die Begründung von Dauerschuldverhältnissen nicht aus³⁹⁸.

Ob die vorgenannten, an Hand herkömmlicher Verträge entwickelten Vorgaben für eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung uneingeschränkt auch auf PPP-Verträge Anwendung finden sollten, ist fraglich. PPP-Verträge im öffentlichen Hochbau werden in der Regel einen so hohen Komplexitätsgrad aufweisen, dass eine umfassende vergleichende Prüfung der Wirtschaftlichkeit der präferierten und sonstiger PPP-Vertragsvarianten, falls überhaupt, vermutlich nur mit einem unangemessen hohen Aufwand möglich wäre. Im Hinblick darauf ist eine Beschränkung der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung auf die Prüfung, ob die präferierte PPP-Beschaffungsvariante oder die konventionelle Beschaffungsvariante für die öffentliche Hand die wirtschaftlichere Lösung ist, erforderlich.

5.2.1.2 Methoden

Generell sind einzelwirtschaftlich und gesamtwirtschaftlich orientierte Verfahren für eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung zu unterscheiden, wobei stets die Methode anzuwenden ist, die nach den Erfordernissen des Einzelfalls die einfachste und wirtschaftlichste Methode ist³⁹⁹. Einzelwirtschaftlich orientierte Verfahren sind für Maßnahmen geeignet, die sich in erster Linie auf den betrachteten Verwaltungsbereich beziehen. Gesamtwirtschaftlich orientierte Verfahren sind für Maßnahmen mit erheblichen gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen auf Bundes- oder Landesebene geeignet⁴⁰⁰.

Bei Hochbaumaßnahmen mit einzelwirtschaftlicher Bedeutung kommt regelmäßig ein finanzmathematisches Verfahren der Investitionsrechnung, wie z.B. die Kapitalwertmethode, zur Anwendung. Für Maßnahmen mit geringer finanzieller Bedeutung können auch Hilfsverfahren der Praxis, wie z.B. Kostenvergleichsanalysen, angewendet werden. Aufgrund des Volumens von PPP-Hochbauprojekten dürften diese Hilfsmethoden in der Regel ausscheiden. Treten zusätzliche nichtquantifizierbare Nutzen- oder Kostenpotentiale auf, sollte ergänzend eine trägerbezogene Nutzwertanalyse durchgeführt werden.

³⁹⁷ So die Forderung der Rechnungshöfe in Bezug auf Leasingverträge; vgl. Pkt. 3.2 der Leitlinien der Präsidentinnen und Präsidenten der Rechnungshöfe des Bundes und der Länder für die Beurteilung von Immobilien-Leasing vom 8. Mai 1996.

³⁹⁸ Siehe Nr. 2.1 VV zu 3 7 BHO.

³⁹⁹ Siehe Nr. 2.3.1 VV zu § 7 BHO.

⁴⁰⁰ Vgl. Staatsbetrieb Sächsisches Immobilien- und Baumanagement, Leitfaden für Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, S. 11 f.

Für Maßnahmen, die nicht zu vernachlässigende gesamtwirtschaftliche Auswirkungen haben, sind gesamtwirtschaftliche Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, z.B. eine Kosten-Nutzen-Analyse, durchzuführen⁴⁰¹. Teilweise ist bestimmt, dass in Fällen von erheblicher finanzieller Bedeutung in die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung auch die Auswirkungen auf die Einnahmen der Gebietskörperschaften einzubeziehen sind⁴⁰². In der VV zu § 7 BHO wurde diese Vorgabe in der seit dem 16. Mai 2001 geltenden Fassung gestrichen. Fälle von erheblicher finanzieller Bedeutung werden in der Regel auch gesamtwirtschaftliche Auswirkungen haben. Eine feste Grenze zwischen Maßnahmen mit einzelwirtschaftlicher respektive gesamtwirtschaftlicher Bedeutung gibt es allerdings nicht.

5.2.2 Wirtschaftlichkeitsuntersuchung nach der Vergabe

Die Berücksichtigung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit erfordert auch nach der Erteilung des Zuschlags an einen Bieter Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen (Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen als Instrument der Erfolgskontrolle). Während der Durchführung (begleitende Erfolgskontrolle) und nach Abschluss einer Maßnahme (abschließende Erfolgskontrolle) soll – ausgehend von der Planung – festgestellt werden, ob die Maßnahme ursächlich für die Zielerreichung (effektiv) war und ob die Maßnahme wirtschaftlich (effizient) war. Gemäß den VV zu BHO/LHO sind bei Maßnahmen, die sich über mehr als zwei Jahre erstrecken, nach individuell festzulegenden Laufzeiten oder zu Zeitpunkten, an denen abgrenzbare Ergebnisse oder Teilrealisierungen einer Maßnahme zu erwarten sind, begleitende Erfolgskontrollen durchzuführen⁴⁰³. Diese dienen als Grundlage für die Entscheidung, ob und wie die Maßnahme fortgeführt werden soll.

5.3 Haushaltskontrolle durch die Rechnungshöfe des Bundes und der Länder

Die folgenden Ausführungen befassen sich mit dem Prüfungsrecht des Bundesrechnungshofes und der Landesrechnungshöfe bei der Durchführung von PPP-Projekten. Es wird dabei jeweils Bezug genommen auf die Bestimmungen des – auch für die Länder geltenden – HGrG und der BHO.

⁴⁰¹ Siehe Nr. 2.3.3 der Arbeitsanleitung „Einführung in Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen“, Anlage zu VV-BHO § 7.

⁴⁰² Nr. 2.1 der VV zu § 7 LHO Schleswig-Holstein.

⁴⁰³ Nr. 2.2 der VV zu § 7 BHO/LHO Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern.

5.3.1 Prüfungsrechte im Rahmen der Prüfung der Haushalts- und Wirtschaftsführung

5.3.1.1 PPP-Vertragsmodelle I bis VI als Verträge, die unmittelbar den Preisvorschriften für öffentliche Aufträge unterliegen

Die PPP-Vertragsmodelle I bis VI beruhen auf einem oder mehreren - ggf. inhaltlich miteinander verbundenen - schuldrechtlichen Verträgen zwischen der öffentlichen Hand und dem Privaten, deren Gegenstand die Erbringung von Leistungen gegen Entgelt ist. Hierunter fallen nicht Zuwendungen i.S.d. § 23 BHO, bei denen ein Anspruch des Empfängers aus Vertrag oder Gesetz besteht, ohne dass eine unmittelbare Gegenleistung des Empfängers vereinbart ist.

5.3.1.1.1 Verträge, deren Gegenstand die Erbringung von Leistungen gegen Entgelt ist

Gegenseitige Verträge, in denen die Erbringung von Leistungen gegen Entgelt vereinbart ist, unterliegen den Preisvorschriften für öffentliche Aufträge. Nr. 1.1 der Anlage zu Nr. 1.2.4 zu § 23 BHO zählt zu den Verträgen, die unmittelbar den Preisvorschriften für öffentliche Aufträge unterliegen, insbesondere Kauf-, Miet-, Pacht-, Werk- und Werklieferungsverträge.

Abgrenzungskriterien zu einer Zuwendung können sein: Gegenseitiger Vertrag zivilrechtlicher Art mit unternehmerisch tätigen natürlichen oder juristischen Personen zur Beschaffung von Leistungen; das Interesse des Vertragspartners ist die Erzielung eines angemessenen Entgelts einschließlich Gewinn; vertraglicher Anspruch auf tatsächliche Erbringung der Leistung, notfalls gerichtlich durchsetzbar; im Regelfall ist Umsatzsteuer zu entrichten; grundsätzlich Ausschreibungspflicht.

5.3.1.1.2 Prüfungsrecht der Rechnungshöfe

Bei Verträgen, die unmittelbar den Preisvorschriften für öffentliche Aufträge unterliegen, besteht ein Prüfungsrecht des BRH nur bei der vertragschließenden staatlichen Stelle (Auftraggeber), aber nicht bei dem privaten Vertragspartner (Auftragnehmer). Der BRH prüft damit nur die Tätigkeit der staatlichen Stelle, ein Prüfungsrecht bei dem Vertragspartner besteht nicht. Der Vertragspartner unterliegt ausschließlich der Preisprüfung nach § 9 der VO PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen.

5.3.1.2 Beteiligung des Bundes an privatrechtlichen Unternehmen

Das PPP-Vertragsmodell VII beruht auf einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung des Staates an einem privatrechtlichen Unternehmen.

Die Prüfung des BRH bei der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung des Bundes an einem privatrechtlichen Unternehmen bezieht sich grundsätzlich auf die Tätigkeit der beteiligungsverwaltenden Stelle (sog. Betätigungsprüfung). Für die gesellschaftsrechtliche Beteiligung des Staates an einem privatrechtlichen Unternehmen können aber besondere Prüfungsrechte des BRH bestehen. Insbesondere können unmittelbare Informations- und Einsichtsrechte des BRH bei dem privatrechtlichen Unternehmen bestehen.

Die besonderen Rechte des BRH hängen maßgeblich von der Höhe der Beteiligung und der Gesellschaftsform ab.

5.3.1.2.1 Mehrheitsbeteiligung

Für die Mehrheitsbeteiligung des Bundes oder der Länder an einem privatrechtlichen Unternehmen legt § 53 HGrG mit unmittelbarer Geltung fest, dass die beteiligungsverwaltende Stelle von dem privatrechtlichen Unternehmen verlangen kann, dass das Unternehmen im Rahmen der Abschlussprüfung bestimmte Sachverhalte prüfen lässt und den Prüfungsbericht der beteiligungsverwaltenden Stelle zur Verfügung stellt. Die Unterlagen, die die beteiligungsverwaltende Stelle erhält, sind dem BRH gem. § 69 BHO durch die beteiligungsverwaltende Stelle zur Verfügung zu stellen.

Die besonderen Informationsrechte der beteiligungsverwaltenden Stelle gehen damit über das Ausmaß dessen hinaus, zu dem Anteilseigner im „üblichen“ gesellschaftsrechtlichen Rahmen Informationen beanspruchen können. Durch § 53 Abs. 1 HGrG wird darüber hinaus die Pflicht des privatrechtlichen Unternehmens im Hinblick auf den Inhalt der Abschlussprüfung erweitert⁴⁰⁴.

Gem. § 54 HGrG kann in den Fällen einer Mehrheitsbeteiligung überdies in der Satzung (im Gesellschaftsvertrag) des privatrechtlichen Unternehmens mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit des vertretenen Kapitals bestimmt werden, dass sich die Rechnungsprüfungsbehörde zur Klärung von Fragen, die im Rahmen der Betätigungsprüfung entstehen,

⁴⁰⁴ Vgl. dazu den Prüfungsstandard IDW PS 720 und hierzu Preußner, LKV 2003, 210 (211).

„unmittelbar unterrichten und zu diesem Zweck den Betrieb, die Bücher und die Schriften des Unternehmens einsehen kann.“

Damit wird es dem BRH ermöglicht, die Tätigkeit der beteiligungsverwaltenden Stelle durch direkte Unterrichtung bei dem privatrechtlichen Unternehmen effektiver prüfen zu können. Allerdings: Durch diese besonderen Informations- und Einsichtsrechte wird nicht das privatrechtliche Unternehmen selbst geprüft, sondern es werden die Maßnahmen, die die beteiligungsverwaltende Stelle – z.B. in Form der Wahrnehmung von Aussichtsratsbefugnissen – ergriffen oder unterlassen hat, geprüft (Betätigungsprüfung):

„Nicht die Unternehmen, sondern die die Beteiligung verwaltenden Bundes- oder Landesbehörden unterliegen der Prüfung. Die Unternehmen sind nur insoweit berührt, als sie verpflichtet sein sollen, die erforderlichen Auskünfte zu erteilen, Unterlagen zur Verfügung zu stellen und ggf. örtliche Erhebungen zu dulden.“⁴⁰⁵

Die Rahmenvorschriften des HGrG bzw. die unmittelbar geltenden Bestimmungen des HGrG hat der Haushaltsgesetzgeber des Bundes u.a. durch § 91 Abs. 1 Nr. 4 BHO mit unmittelbarer Außenwirkung umgesetzt bzw. ergänzt. Diese Bestimmung unterstellt solche privatrechtlichen Unternehmen, die nicht der Kontrolle des Marktes unterliegen, der Kontrolle durch den BRH, wenn sie für ihre Tätigkeiten Haushaltsmittel erhalten. Damit soll die finanzielle Erfüllung von Bundesaufgaben bei Organisationsprivatisierungen in einem Maße durch den BRH geprüft werden können, in dem es auch ohne Organisationsprivatisierung der Fall wäre⁴⁰⁶. § 91 Abs. 1 Nr. 4 BHO knüpft an das Merkmal des fehlenden Wettbewerbs an, so dass ein unmittelbares Prüfungsrecht des BRH nicht gegeben ist, wenn das Unternehmen durch eine Marktorientierung - ohnehin - zu wirtschaftlichem Handeln gezwungen ist.

5.3.1.2.2 Minderheitsbeteiligung

Bei einer Minderheitsbeteiligung der öffentlichen Hand an einem privatrechtlichen Unternehmen bestehen die besonderen Informations- und Prüfungsrechte gem. § 53, 54 HGrG nicht, es sei denn, dem BRH werden in der Satzung (im Gesellschaftsvertrag) diese Rechte eingeräumt. Auf eine solche Bestimmung in der Satzung soll das zuständige Bundesministerium gemäß § 67 Satz 1 BHO hinwirken, wenn es sich bei dem privatrechtlichen Unternehmen nicht um eine AG, KGaA oder Genossenschaft handelt. Bei diesen Gesellschaftsformen wäre der aktien- und genossenschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz wegen eines Informationsvorsprunges für den Anteilseigner: Bund beeinträchtigt.

⁴⁰⁵ Gesetzesbegründung zum Erlass einer Bundeshaushaltsordnung, BT-Drs. V/3040, S. 57.

⁴⁰⁶ Vgl. Nebel, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, BHO, § 91 Rn. 7.

Allerdings legt § 92 Abs. 1 BHO – in Anlehnung an § 44 Abs. 1 HGrG - fest:

„Der Bundesrechnungshof prüft die Betätigung des Bundes bei Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts, an denen der Bund unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, unter Beachtung kaufmännischer Grundsätze.“

Ein unmittelbares Prüfungsrecht des BRH bei dem privatrechtlichen Unternehmen besteht somit nicht, so dass der BRH darauf beschränkt ist, Einblick in die Unterlagen und Dokumente zu nehmen, die die beteiligungsverwaltende Stelle dem BRH gem. § 69 BHO zur Verfügung stellt.

Gemäß § 394 AktG wird ein besonderer Pflichtenrahmen für die Vertreter des Bundes in Aufsichtsräten privatrechtlicher Unternehmen aufgestellt, der das Spannungsverhältnis zwischen der beamtenrechtlichen Bindung der Vertreteranweisungen und der Verpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder eines privatrechtlichen Unternehmens zur eigenverantwortlichen Mandatswahrnehmung widerspiegelt. Adressat der Berichtspflicht ist nicht das privatrechtliche Unternehmen, sondern das vom Bund entsandte Aufsichtsratsmitglied.

5.3.1.2.3 Besondere Vereinbarung

Gemäß 104 Abs. 1 Nr. 3 BHO prüft der BRH die Haushalts- und Wirtschaftsführung der (nicht: bei der) juristischen Personen privaten Rechts ferner dann, wenn

„3. mit dem Bundesrechnungshof eine Prüfung durch ihn vereinbart ist (...).“

Eine besondere Vereinbarung über ein Prüfungsrecht des BRH kann damit auch außerhalb der Satzung (des Gesellschaftsvertrages) getroffen werden. Ob dies allerdings eine von den materiellen Voraussetzungen des § 91 Abs. 1 Nr. 4 BHO unabhängige Rechtsgrundlage für besondere Vereinbarungen der Rechnungshöfe mit privatrechtlichen Unternehmen schafft, ist in der Praxis umstritten. Dagegen spricht vor allem, dass das zwischen Gesellschaftsrecht und Haushaltsrecht abgestimmte System der Rechnungskontrolle durch die Möglichkeit besonderer Vereinbarungen, die unabhängig von der Beteiligungshöhe getroffen werden, ausgehöhlt würde⁴⁰⁷. Es ist daher noch nicht abschließend geklärt, ob ein von der Beteiligungshöhe unabhängiges Prüfungsrecht durch einen nichtstatusrechtlichen Vertrag zwischen der Gesellschaft und dem BRH im Wege eines öffentlich-rechtlichen Vertrages (§ 54 VwVfG) für eine GmbH vereinbart werden kann⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ Vgl. Kammer, in: Heuer, Haushaltsrecht, § 91 Nr. 3.

⁴⁰⁸ Bejahend Eibelhäuser/Wallis, in: Heuer, Haushaltsrecht, § 104 Nr. 5; anders wohl Nebel, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, BHO, § 104 Rn. 1.

§ 104 Abs. 1 Nr. 3 BHO bestimmt, dass der BRH die Haushalts- und Wirtschaftsführung der juristischen Person des privaten Rechts selbst prüft. Bei der Prüfung des privatrechtlichen Unternehmens hätte der BRH sich an kaufmännischen Grundsätzen zu orientieren.

5.3.1.3 Zuwendungen entsprechend § 23 BHO

Zuwendungen sind entsprechend Nr. 2 der Anlage zur VV 1.2.4 zu § 23 BHO Geldleistungen der öffentlichen Hand, die dem Empfänger zur Erfüllung seiner Aufgaben, an deren Förderung der Bund ein eigenes Interesse hat, gewährt werden, ohne dass die Geldleistung ein Entgelt für eine Leistung im Sinne der Nr. 1 der o.a. Anlage zur VV ist. Zuwendungen werden typischerweise durch Verwaltungsakt, in seltenen Fällen durch öffentlich-rechtlichen (§ 54 VwVfG) oder privatrechtlichen Vertrag bewilligt.

Gem. § 91 Abs. 1 Nr. 3 BHO prüft der BRH

„bei Stellen außerhalb der Bundesverwaltung (...), wenn sie (...) vom Bund Zuwendungen erhalten“.

Für die Prüfung des BRH bei Zuwendungen besteht ein breiter Raum, der lediglich durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gegenüber privaten Stellen eingeschränkt wird⁴⁰⁹. Der BRH beurteilt deshalb nicht die Haushalts- und Wirtschaftsführung des Zuwendungsempfängers als solche, sondern er prüft sie in ihrer Beziehung zur bestimmungsgemäßen Verwaltung und Verwendung der Zuwendung. Feststellungen des BRH sind aber allein für die gewährende Stelle zu treffen und allein die gewährende Stelle hat die Schlussfolgerungen daraus zu ziehen.

5.3.1.4 Andere Förderung als durch Zuwendung

Eine andere Förderung als durch Zuwendung liegt vor, wenn die öffentliche Hand den Empfänger anders als durch einen Finanztransfer fördert, ohne dass die Förderung ein Entgelt für eine Leistung im Sinne der Nr. 1 der Anlage zur VV zu § 23 BHO ist.

Hier bezieht sich das Prüfungsrecht gemäß § 91 Abs. 3 BHO darauf, ob die Beteiligten (aber auch nur die Beteiligten, nicht etwa deren Hausbanken oder Abschlussprüfer) ausreichende Vorkehrungen zum Schutz der wirtschaftlichen Interessen des Bundes getroffen haben. Der BRH ist an Vereinbarungen dazu zwischen dem Bund und den Beteiligten nicht gebunden, sondern er kann darüber hinausgehende Informationen – auch von den Beteiligten selbst – verlangen.

⁴⁰⁹ Vgl. u.a. Kammer, in: Heuer, Kommentar zum Bundeshaushaltsrecht, § 91 Ziff. 15.

Auch bei einer anderen Förderung als durch Zuwendung sind Feststellungen des BRH allein für die gewährende Stelle zu treffen und allein die gewährende Stelle und hat die Schlussfolgerungen daraus zu ziehen.

5.3.1.5 Auswirkungen der Prüfungsrechte des BRH auf die Prüfung von PPP-Vertragsmodellen

Für die PPP-Vertragsmodelle, denen schuldrechtliche Verträge zwischen der öffentlichen Hand und dem Privaten zugrunde liegen, bestehen im Rahmen der geltenden gesetzlichen Bestimmungen keine besonderen Prüfungsrechte der Rechnungshöfe. Die Rechnungshöfe können ihre Prüfung weder auf die Tätigkeit der privaten Vertragspartner ausdehnen noch besondere Einsichts- und Informationsrechte geltend machen.

Für die PPP-Vertragsmodelle, bei denen sich die öffentliche Hand an einem privatrechtlichen Unternehmen gesellschaftsrechtlich beteiligt, gilt grundsätzlich, dass die Rechnungshöfe die Betätigung der beteiligungsverwaltenden Stelle prüfen, sich dazu aber im Falle einer Mehrheitsbeteiligung der öffentlichen Hand unmittelbar bei den privatrechtlichen Unternehmen informieren können. Eine Prüfung des privatrechtlichen Unternehmens selbst findet unter der Beachtung kaufmännischer Grundsätze nur dann statt, wenn dies zwischen dem Rechnungshof und dem privatrechtlichen Unternehmen vereinbart ist. Für die PPP-Vertragsmodelle ist damit jeweils abzuwägen, ob eine solche Vereinbarung zulässig wäre⁴¹⁰ und zweckmäßig sein kann. Für die Zweckmäßigkeit spricht, dass die Transparenz der Tätigkeit des privatrechtlichen Unternehmens und damit der Verwendung staatlicher Mittel erhöht wird. Dies vergrößert die Akzeptanz von PPP-Vertragsmodellen, die eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung der öffentlichen Hand an einem privatrechtlichen Unternehmen beinhalten. Dagegen spricht aber, dass ein privatrechtliches Unternehmen – unabhängig von der staatlichen Beteiligung – der kaufmännischen Rechnungsprüfung unterliegt und besondere Prüfungsrechte des BRH, auch wenn sie unter der Beachtung kaufmännischer Grundsätze wahrgenommen werden, die wirtschaftliche Betätigung beeinflussen können, so dass potentielle Vertragspartner der öffentlichen Hand von der Teilnahme an einem PPP-Projekt abgeschreckt werden könnten.

Insgesamt dürfte es sinnvoll sein, nur bei PPP-Projekten mit herausgehobener wirtschaftlicher oder politischer Bedeutung über die geltenden gesetzlichen Bestimmungen hinaus ein eigenes Prüfungsrecht der Rechnungshöfe vertraglich zu vereinbaren.

⁴¹⁰ Vgl. die Ausführungen zu 5.3.1.2.3.

5.3.2 Vorabprüfung von PPP-Projekten durch die Rechnungshöfe

Bevor die Ausgaben für ein PPP-Vertragsmodell im Haushaltsplan veranschlagt werden, kommen zwei Möglichkeiten in Betracht, die Rechnungshöfe mit PPP-Vertragsmodellen bereits in der Planungsphase, also vorab, zu befassen. Für die Vorabbeurteilung gelten für alle PPP-Vertragsmodelle die gleichen Grundsätze.

5.3.2.1 Mitwirkung an der Aufstellung des Haushaltsplanes

Die Rechnungshöfe wirken an der Aufstellung der Haushaltspläne mit, indem sie die Haushaltsvoranschläge von den zuständigen Behörden zur Kenntnis erhalten und dazu Stellung nehmen können (vgl. § 27 Abs. 2 BHO). Diese Form der institutionalisierten Einbindung der Rechnungshöfe in den Gang der Haushaltsaufstellung ermöglicht es den Rechnungshöfen, ihre Prüfungserfahrungen bereits vor der Verabschiedung des Haushaltsgesetzes durch den Gesetzgeber in die Beratungen der Exekutive und der Legislative einzubringen.

5.3.2.2 Beratungstätigkeit außerhalb der regulären Prüfungstätigkeit

5.3.2.2.1 BHO

§ 88 Abs. 2 BHO sieht vor, dass der BRH

„aufgrund von Prüfungserfahrungen den Bundestag, den Bundesrat, die Bundesregierung und einzelne Bundesministerien beraten“

kann⁴¹¹.

Diese Beratung durch den BRH findet unabhängig von der regulären Prüfung der Haushalt- und Wirtschaftsführung der öffentlichen Hand statt. Sie stützt sich auf Prüfungserfahrungen, die der BRH gesammelt hat. Die Vorschrift ist als Kann-Vorschrift gefasst, so dass der BRH nicht gezwungen ist, zu bestimmten Themen zu beraten. Vielmehr obliegt es seiner – nicht überprüfbaren – Entscheidung, ob er einem Beratungersuchen nachkommt oder sich entschließt, von sich aus beratend tätig zu werden. Diese Entscheidungsfreiheit des BRH dient der Wahrung seiner Unabhängigkeit und der Wahrung der Unvoreingenommenheit seiner ex post-Prüfungstätigkeit.

⁴¹¹ Vgl. zu abweichenden Bestimmungen in einzelnen Landeshaushaltsordnungen 5.3.2.2.2.

5.3.2.2.2 LHO

In den Landeshaushaltsordnungen finden sich dazu teilweise andere Regelungen. In den Ländern Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen hat der Landesrechnungshof einem Beratungersuchen nachzukommen. Er ist in seiner Entscheidung, ob er beratend tätig wird oder nicht, also nicht frei. Dies stößt insofern auf Bedenken, als die Unabhängigkeit des Rechnungshofes im Hinblick auf seine eigentliche Hauptaufgabe, die unvoreingenommene Prüfung der Verwendung staatlicher Mittel, jedenfalls dann in Zweifel steht, wenn der Rechnungshof sich durch die Vorabbegutachtung einzelner Fragestellungen inhaltlich bereits geäußert hat.

5.3.2.2.3 Vorabbegutachtung einzelner PPP-Projekte

Soweit ersichtlich haben sich Rechnungshöfe bislang nicht vorab zu einzelnen PPP-Projekten geäußert. Es wäre unter der derzeit geltenden Gesetzeslage im Einzelfall zu prüfen, ob die Vorabfassung eines Rechnungshofes überhaupt sinnvoll ist. Eine Änderung der derzeit geltenden Gesetzeslage, die etwa eine regelmäßige Vorabbegutachtung von PPP-Projekten durch Rechnungshöfe festlegt, erscheint nicht zweckmäßig, weil die Rechnungshöfe dadurch ihrer Unabhängigkeit beraubt würden.

5.4 Reformvorschläge für das Haushaltsrecht zur Förderung von PPP

- Die in § 63 Abs. 2 BHO/LHO niedergelegte Vorgabe für die Veräußerung von Vermögensgegenständen des Staates, dass nämlich Vermögensgegenstände nur veräußert werden dürfen, wenn sie zur Erfüllung der Aufgaben des Staates in absehbarer Zeit nicht benötigt werden, sollte für PPP-Vertragsmodelle, in denen bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise keine (endgültige) Vermögensveräußerung beabsichtigt ist, nicht gelten. An die Stelle dieser Vorgabe sollte bei Vertragsgestaltungen, bei denen die langfristige Eigennutzung beabsichtigt und die Möglichkeit eines Rückerwerbs gewährleistet ist, ein Genehmigungsvorbehalt zu Gunsten des Finanzministeriums treten.
- Bei wirtschaftlicher Betrachtung sollten Ausgaben investiv veranschlagt werden, soweit sie ein Entgelt für die Planung und die Errichtung bzw. für den Erwerb des Hochbaus darstellen, wie dies im Rahmen der Vertragsmodelle I (Erwerb), IV (Planung und Errichtung), II und III (Erwerb – falls eine Kaufoption besteht und ausgeübt wird), der Fall ist. Ausgaben sollten stets konsumtiv veranschlagt werden, soweit sie ein Entgelt für den Betrieb und die Finanzierung des Hochbauprojekts darstellen, wie dies bei allen PPP-

Vertragsmodellen der Fall sein kann. Eine bundesweit einheitliche Veranschlagungspraxis nach dieser Maßgabe wäre erstrebenswert. Eine Aufteilung der Ausgaben des Staates in investive und konsumtive Ausgaben ist jedoch untunlich, wenn sich die Vergütung des Privaten – auch schätzweise - nicht in einen investiven und in einen konsumtiven Bestandteil aufteilen lässt. In diesem Fall sollte sich die Veranschlagung nach dem Schwergewicht der Zweckbestimmung der Ausgaben richten.

6. Kommunalrecht

Im Hinblick auf PPP-Hochbauprojekte der Gemeinden setzt insbesondere das Kommunalrecht projektwesentliche Rahmenbedingungen, die nachfolgend untersucht werden sollen. Dabei geht es sowohl um die Darstellung der nach geltendem Recht zu beachtenden Vorgaben, als auch um das Aufzeigen von Hindernissen für PPP-Hochbauprojekte und um Vorschläge zu deren Beseitigung.

6.1 Kommunale Aufgabenwahrnehmung

Der Umfang der Zulässigkeit einer partnerschaftlichen Aufgabenerfüllung von Gemeinde⁴¹² und einem privaten Partner hängt zunächst davon ab, ob die zu erfüllende Aufgabe nicht ausschließlich der kommunalen Eigenwahrnehmung vorbehalten ist. Unterteilt man PPP-Hochbauprojekte nach den Leistungspaketen Planen, Bauen, Finanzieren, Betreiben und Verwerten, könnten insbesondere Betreiben und Verwerten eines öffentlichen Hochbaus in den Bereich einer ausschließlichen kommunalen Eigenwahrnehmung fallen. Die nachfolgend im Einzelnen zu betrachtenden Grenzen der Übertragung von kommunalen Aufgaben auf Private ergeben sich vor allem aus der Bindung der Gemeinden an die ihnen ausdrücklich übertragenen Aufgaben. Deswegen wird herkömmlich zwischen Pflichtaufgaben und freiwilligen Aufgaben der Gemeinden unterschieden. Zu beachten ist darüber hinaus die verfassungsrechtlich verankerte Garantie der kommunalen Selbstverwaltung.

6.1.1 Ausschließliche Aufgabenzuweisung an die Kommunen

Grenzen für die Zusammenarbeit in öffentlich-privaten Partnerschaften könnten sich zunächst in den Bereichen ergeben, in denen das Gesetz den Gemeinden ausdrücklich Aufgaben zuweist. Auf kommunaler Ebene betrifft dies bei Ländern, die in ihren Gemeindeordnungen eine dualistische Aufgabenstruktur vorsehen, die Auftragsangelegenheiten und die pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben der Gemeinden, und in Ländern mit einer monistischen Aufgabenstruktur die Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung sowie die Pflichtaufgaben ohne Weisung⁴¹³.

⁴¹² Die Darstellung beschränkt sich auf die rechtlichen Rahmenbedingungen für das Handeln von Gemeinden. Für Landkreise gelten hinsichtlich der Gemeindegewirtschaft, des Rechts kommunaler Unternehmen und des Gebührenrechts jedoch weitgehend identische Vorschriften (vgl. etwa § 52 HKO, § 1 KAG Hess; Gern, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 908).

⁴¹³ Zur monistischen und dualistischen Aufgabenstruktur siehe Gern, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 227 ff.

Zur Wahrnehmung dieser Aufgaben ist die Gemeinde verpflichtet, sie kann sich ihrer grundsätzlich nicht vollständig entledigen⁴¹⁴. Das schließt aber nicht aus, dass die Gemeinde die ihr übertragene Aufgabe in Zusammenarbeit mit Privaten erfüllt, sich also der Hilfe Privater bedient, solange die Aufgabe selbst bei ihr verbleibt. Eine solche Form der Verwaltungshilfe, die auch als funktionale Privatisierung bezeichnet wird⁴¹⁵, ist ohne gesetzliche Ermächtigungsgrundlage grundsätzlich zulässig⁴¹⁶. Verwaltungshilfe liegt nicht nur dann vor, wenn der Verwaltungshelfer streng weisungsgebunden tätig wird, sondern auch, wenn ihm innerhalb eines vorgegebenen Handlungsrahmens autonome Entscheidungsbefugnisse zustehen⁴¹⁷. Entscheidend ist, dass keine Aufgabenverlagerung von der Gemeinde auf den Privaten vorliegt, die Gemeinde also weiterhin zur Aufgabenerfüllung verpflichtet bleibt.

Lediglich die Aufgabe selbst muss nämlich der öffentlichen Hand verbleiben, ihre **Durchführung** kann durch einen Privaten erfolgen. Eine darüber hinausgehende Entledigung von der Aufgabe ist nur zulässig, wenn Spezialgesetze sie erlauben. So gestattet etwa § 18a Abs. 2a WHG den Ländern zu regeln, unter welchen Voraussetzungen eine öffentlich-rechtliche Körperschaft ihre Abwasserbeseitigungspflicht auf einen Dritten ganz oder teilweise übertragen kann⁴¹⁸.

Problematisch kann sich im Einzelfall allerdings die Grenzziehung zwischen zulässiger Verwaltungshilfe und unzulässiger Abgabe der Aufgabe selbst (Aufgabenprivatisierung) darstellen. Ist beispielsweise die Schulträgerschaft eine nach Landesrecht pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe der Gemeinden oder Landkreise⁴¹⁹, stellt sich die Frage, ob der Betrieb der Schulgebäude (z.B. Schulmensa, Facility-Management) eine der Schulträgerschaft vorbehaltene Aufgabe darstellt. Bei einer entsprechenden Ausgestaltung des Vertrages, nach welcher die Aufgabenzuständigkeit und -verantwortung bei der Gemeinde verbleiben⁴²⁰, dürfte dies zu verneinen sein. Eine solche Vertragsgestaltung ist durch die Vorgabe noch auszu-

⁴¹⁴ OVG Koblenz, DVBl. 1985, 176 (177); Burgi, NVwZ 2001, 601 (602); Mayen, DÖV 2001, 110 (111).

⁴¹⁵ Stelkens/Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 1 Rn. 114, 116.

⁴¹⁶ Ehlers, Gutachten E zum 64. DJT, S. 93.

⁴¹⁷ Vgl. Brüning, NWVBl. 1997, 286 (292); Di Fabio, VVDStRL 56 (1997), 235 (273).

⁴¹⁸ Dazu und zu den entsprechenden Landesvorschriften Jessen, Die Privatisierung der Abwasserbeseitigung aus gebührenrechtlicher Sicht, S. 45 f., 58 f.; Zacharias, DÖV 2001, 454 ff.

⁴¹⁹ So etwa §§ 138 Abs. 1, 147 S. 1 HSchG.

⁴²⁰ Vgl. Ehlers, DVBl. 1998, 497 (506); Stelkens/Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 1 Rn. 114.

füllender Rahmenbedingungen der Aufgabenerledigung einerseits und die Statuierung entsprechender Aufsichts- und Kontrollbefugnisse andererseits möglich⁴²¹.

Bei reinen Hochbauprojekten für die öffentliche Hand stellt sich das Abgrenzungsproblem allerdings regelmäßig nicht. Denn auch wenn das Gebäude für Pflichtaufgaben der Gemeinden genutzt werden soll, heißt dies nicht, dass Planung, Bau, Finanzierung oder auch Verwertung des Gebäudes Pflichtaufgaben der Gemeinden sind. Im Gegenteil: Die Aufgabenzuweisungen bestimmen regelmäßig nicht, dass die Aufgabe in einem "öffentlich errichteten oder betriebenen Gebäude" wahrgenommen werden muss.

Differenzierter zu betrachten sind hingegen die rechtlichen Vorgaben an ein PPP-Projekt, bei welchem nicht nur die Errichtung eines öffentlichen Hochbaus – mit allen damit verbundenen Aufgaben wie insbesondere Planung und Finanzierung – sondern auch dessen Betrieb ganz oder teilweise auf einen privaten Partner übertragen werden soll. Eine Schranke für die Übertragung des Betriebs eines Hochbaus auf einen Privaten kann sich aus dem rechtstaatlich und grundrechtlich begründeten Gesetzesvorbehalt ergeben, der eine Beeinträchtigung der Rechte Dritter ohne gesetzliche Ermächtigungsgrundlage verbietet. Daraus folgt, dass der Betrieb eines PPP-Hochbauprojektes ohne spezialgesetzliche Regelung Privaten nur insoweit übertragen werden darf, als damit kein Eingriff in Rechte Dritter verbunden ist. Der Eingriff in Rechte Dritter durch einen Privaten setzt seine Beileihung mit Hoheitsrechten voraus, die nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes möglich ist⁴²². Solange es an einer solchen Ermächtigungsgrundlage fehlt, sind Eingriffe in Rechte Dritter durch den Privaten unzulässig. Zulässig ist wiederum die Einschaltung des Privaten als Verwaltungshelfer. So darf der Private beispielsweise selbst keine Benutzungsgebühren durch Verwaltungsakt erheben, er kann aber als Verwaltungshelfer in die Gebührenerhebung eingeschaltet werden und die Gebühren- bzw. Entgeltkalkulation vornehmen, die Gebühren- oder Beitragsbescheide ausfertigen und versenden⁴²³ sowie auch die Gebühren als Treuhänder vereinnahmen⁴²⁴.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass den gesetzlichen Aufgabenzuweisungen kein Verbot von PPP-Strukturen für Hochbauprojekte zu entnehmen ist. Lediglich bei einer Ausges-

⁴²¹ Brüning, NWVBl. 1997, 286 (290).

⁴²² Hoffmann, in: Obermayer, VwVfG, § 1 Rn. 81; Schoch, DVBl. 1994, 962 (970).

⁴²³ Vgl. Brandenburgisches Ministerium des Innern, Pflichtige Selbstverwaltungsangelegenheiten der Gemeinden, Landkreise und Zweckverbände und Ausgestaltung der Entgelterhebung bei Entscheidung für eine privatrechtliche Organisationsform zur Aufgabendurchführung, Rund-erlass II Nr. 10/1997, Ziff. 2.1., 2.2.

⁴²⁴ Näher Kumanoff/Schwarzkopf/Fröse, SächsVBl. 1997, 73 (74 f.).

taltung der vertraglichen Pflichten des Privaten, die den Betrieb des Hochbaus betreffen, ist im Einzelfall zu prüfen, inwieweit dieser dem Privaten zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung übertragen werden kann, ohne dass der Gemeinde die Aufgabenzuständigkeit entzogen wird oder eine Beleihung des Privaten durch Gesetz erforderlich ist.

6.1.2 Freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben

Den dargestellten Grenzen für PPP-Projekte im Hinblick auf Pflichtaufgaben unterliegen die Gemeinden nicht hinsichtlich der Erfüllung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben. Beispiele für solche Aufgaben der Gemeinden sind Errichtung und Betrieb von Sportanlagen, Bädern, Stadthallen, Theatern und Museen. Hier hat die Gemeinde ein "Aufgabenfindungsrecht". Sie entscheidet über das Ob und das Wie der Aufgabenerfüllung⁴²⁵. Es liegt in ihrem pflichtgemäßen Ermessen, ob sie die Aufgabe wahrnimmt, sie alleine oder in einer Form der Zusammenarbeit mit Privaten erfüllt oder sich ihrer entledigt. Dient das PPP-Hochbauprojekt der Erfüllung einer freiwilligen Selbstverwaltungsaufgabe der Gemeinde, ist sie bei der Übertragung des Betriebes auf den Privaten daher weitgehend frei.

Die Übertragung von freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben auf einen Privaten bedarf grundsätzlich keiner gesetzlichen Regelung. Denn nach ganz überwiegender Auffassung bedürfen weder die Organisation der gemeindlichen Selbstverwaltung noch die Erbringung von Leistungen einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage⁴²⁶.

Gänzlich frei sind die Gemeinden allerdings auch bei der Verankerung von PPP-Strukturen zur Erfüllung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben nicht. Entschließt sich die Gemeinde nämlich zum Betrieb einer öffentlichen Einrichtung wie etwa einer Sportanlage, eines Schwimmbades, einer Stadthalle, eines Theaters oder eines Museums, haben die Gemeindeglieder kommunalrechtlich verankerte Nutzungsansprüche gegen die Gemeinde⁴²⁷. Dies gilt auch dann, wenn die Einrichtung von einem Privaten betrieben wird, solange sie - und das ist entscheidend - als öffentliche Einrichtung gewidmet ist⁴²⁸. Das Recht zur Nutzung der Einrichtung durch die Gemeindeglieder sollte daher in diesen Fällen in dem PPP-Vertrag vereinbart und im Einzelnen geregelt werden; die Gemeinde sollte sich in dem Ver-

⁴²⁵ Gern, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 232.

⁴²⁶ Vgl. Eifert, VerwArch 2002, 561 (567) m.w.N.

⁴²⁷ Siehe etwa § 20 Abs. 1 HGO, § 8 Abs. 2 GO NW. Näher Axer, NVwZ 1996, 114 ff.

⁴²⁸ Vgl. Axer, NVwZ 1996, 114 (115 f.).

trag zudem hinreichende Einflussmöglichkeiten vorbehalten, um gegebenenfalls gegen sie gerichtete Nutzungsverschaffungsansprüche erfüllen zu können⁴²⁹.

Darüber hinaus sind die Gemeinden auch nicht gehindert, die Einrichtung zu entwidmen oder die Widmung einzuschränken. Aus der bisherigen Existenz von kommunalen Einrichtungen, mit denen die Gemeinde freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben wahrnimmt, folgt kein Gebot zur Eigenwahrnehmung der Aufgabe in der Zukunft. Ein Grundrechtsschutz der Nutzer auf bleibende oder unveränderte Nutzungsmöglichkeiten einer öffentlichen Einrichtung aus Art. 14 GG kann allenfalls ausnahmsweise dann bestehen, nämlich wenn in der Nutzungsmöglichkeit eine öffentlich-rechtliche Rechtsposition zu sehen ist, die ein Äquivalent für eine eigene, vermögenswerte Leistung des Benutzers darstellt⁴³⁰. Dies wird regelmäßig nicht der Fall sein, ist aber in Ausnahmefällen dann möglich, wenn die Benutzer die Herstellungskosten der öffentlichen Einrichtung durch Beiträge mitfinanziert haben.

Die Überführung einer der Erfüllung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben dienenden Einrichtung in eine Public Private Partnership unterliegt folglich dem pflichtgemäßen Ermessen der Gemeinde. Im Rahmen dieses Ermessens sind die örtlichen Bedürfnisse und die Leistungsfähigkeit der Gemeinde zu berücksichtigen⁴³¹. Ebenso wenig wie der einzelne Einwohner einen Anspruch auf Schaffung oder Erweiterung einer öffentlichen Einrichtung durch die Gemeinde hat, kann er unter Berufung auf sein Nutzungsrecht gegen die Überführung in ein PPP-Modell klagen.

6.1.3 Kommunale Selbstverwaltungsgarantie

Aus der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG lassen sich für PPP-Hochbauprojekte allenfalls geringfügige Begrenzungen entnehmen. Art. 28 Abs. 2 GG dient in erster Linie der Abwehr staatlicher Eingriffe in die kommunale Selbstverwaltung. Es handelt sich um ein Recht der Gemeinde, nicht um eine Pflicht. Dieses Recht zur Wahrnehmung aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfasst grundsätzlich auch die Kompetenz, diese Angelegenheit in Zusammenarbeit mit Privaten zu erledigen⁴³². Denn als objektive Rechtsinstitutionsgarantie umfasst die kommunale Selbstverwaltung nicht nur die materielle Gewährleistung eines grundsätzlich alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfassenden Aufgabenbereichs („Allzuständigkeit“), sondern in dem so umgrenzten

⁴²⁹ Vgl. Driehaus, Kommunalabgabenrecht, § 6 KAG NW Rn. 701 m.w.N.

⁴³⁰ Gern, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 551.

⁴³¹ Vgl. Gern, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 533.

⁴³² Vgl. Schoch, DVBl. 1994, 962 (970).

Bereich auch die eigenverantwortliche Führung der Geschäfte unter Einschluss der Organisationshoheit⁴³³.

Eine Grenze für die Zusammenarbeit zwischen Staat und Privaten könnte sich nur aus dem absolut geschützten Wesensgehalt der kommunalen Selbstverwaltung ergeben. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehört zum Wesensgehalt der kommunalen Selbstverwaltung kein bestimmter oder nach feststehenden Merkmalen bestimmbarer Aufgabenkatalog, wohl aber die Befugnis, sich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, die nicht durch Gesetz bereits anderen Trägern öffentlicher Verwaltung übertragen sind, ohne besonderen Kompetenztitel anzunehmen⁴³⁴. Diese Garantie kommunaler Selbstverwaltung könnte auch durch weitreichende Organisationsprivatisierungen der Gemeinden selbst beeinträchtigt werden, durch welche die demokratisch gewählten Organe der Gemeinden sich ihres eigenen politischen Einflusses entäußern. Daraus wird teilweise gefolgert, dass die Gemeinde sich der Aufgaben, die dem Kernbereich kommunaler Selbstverwaltung zuzuordnen sind, nicht vollständig entledigen darf⁴³⁵. Auch bei der Erfüllung von Aufgaben im Kernbereich darf die Gemeinde sich jedoch der Hilfe Privater bedienen. Selbst bei der Erfüllung gemeindlicher Kernaufgaben ist es daher unproblematisch, wenn die Gemeinde hierfür von Privaten zur Verfügung gestellte und betriebene Hochbauten nutzt. Ein Privatisierungsverbot enthält Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG zwar dann, wenn für die Gemeinde selbst nach einer Gesamtschau all ihrer Betätigungen keine oder kaum noch Aufgaben verbleiben. Eine solche Konstellation ist jedoch bei der Etablierung von PPP-Strukturen jedenfalls derzeit kaum vorstellbar und praktisch daher nur von untergeordneter Bedeutung.

Art. 28 Abs. 2 GG ist auch kein grundsätzlicher Vorrang der kommunalen Eigenwahrnehmung vor einer Partnerschaft mit Privaten zu entnehmen. Zwar ist umstritten, ob die durch das Bundesverfassungsgericht in der Rastede-Entscheidung statuierte Vorrangigkeit der kommunalen Aufgabenerfüllung im Verhältnis zwischen Staat und Gemeinde auch für das Verhältnis zwischen Gemeinde und Privatem gilt. Diese Frage dürfte aber zu verneinen sein. Denn Zweck der Vorschrift ist es, die dezentrale Verwaltungsebene gegenüber zentralistischen Tendenzen nach großräumigen Verwaltungsstrukturen zu stärken. Art. 28 GG lässt sich hingegen ein Verteilungsprinzip zwischen Gemeinden und privater Wirtschaft nicht entnehmen⁴³⁶.

⁴³³ Nierhaus, in: Sachs, GG, Art. 28 Rn. 44; Kämmerer, Privatisierung, S. 182.

⁴³⁴ BVerfGE 79, 127 (146).

⁴³⁵ Kämmerer, Privatisierung, S. 184.

⁴³⁶ RhPfVerfGH, NVwZ 2000, 801 (804); Kämmerer, Privatisierung, S. 185 f.; Schink, NVwZ 2002, 129 (133); Ruffert, NVwZ 2000, 763 (764).

PPP-Hochbauprojekte auf kommunaler Ebene sind danach grundsätzlich zulässig.

6.1.4 Pflicht zur Berücksichtigung von PPP bei der gemeindlichen Aufgabenwahrnehmung

Einige Gemeindeordnungen enthalten darüber hinaus sogar Regelungen, wonach die Erfüllung von Aufgaben in PPP's geboten sein kann. Beispiel hierfür ist etwa § 100 Abs. 3 GO Brdbg. Die Bestimmung lautet:

"Die Gemeinde hat im Interesse einer sparsamen Haushaltsführung dafür zu sorgen, dass Leistungen, die von privaten Anbietern in mindestens gleicher Qualität und Zuverlässigkeit bei gleichen oder geringeren Kosten erbracht werden können, diesen Anbietern übertragen werden, sofern dies mit dem öffentlichen Interesse vereinbar ist. Dazu sind Angebote einzuholen und Vergleichsberechnungen vorzunehmen, die der Gemeindevertretung [...] vorzulegen sind."

Eine vergleichbare Regelung findet sich in § 2 Abs. 1 S. 2 und 3 GO SchlH. Hier ist die Regelung - systematisch wohl treffender - nicht der wirtschaftlichen Betätigung sondern den gemeindlichen Aufgaben zugeordnet.

"Die Gemeinden sind nicht verpflichtet, öffentliche Aufgaben selbst zu erfüllen, wenn diese ebenso gut auf andere Weise, insbesondere durch Private, erfüllt werden [...]. Bevor die Gemeinde eine öffentliche Aufgabe übernimmt, die zu erfüllen sie nicht gesetzlich verpflichtet ist, hat sie zu prüfen, ob die Aufgabe nicht ebenso gut auf andere Weise, insbesondere durch Private, erfüllt werden kann".

Die Aufgabenerfüllung unter Heranziehung Dritter ist auch in Bayern zu prüfen. Art. 61 Abs. 2 S. 2 GO Bay lautet:

"Aufgaben sollen in geeigneten Fällen daraufhin untersucht werden, ob und in welchem Umfang sie durch nichtkommunale Stellen, insbesondere durch private Dritte oder unter Heranziehung Dritter, mindestens ebenso gut erledigt werden können."

Rechtsfolge solchen Regelungen ist, dass der Einbeziehung Privater dann der Vorrang vor der konventionellen Realisierung eingeräumt würde, wenn sie zu einer besseren oder wirtschaftlicheren Aufgabenerfüllung führen würde. Diese Bestimmungen entsprechen dem Leitbild eines „aktivierenden Staates“ nach dem Programm der Bundesregierung zur Staats- und Verwaltungsmodernisierung⁴³⁷. Nach dieser Konzeption bleibt es zwar Verpflichtung der öffentlichen Hand, Freiheit und Sicherheit der Bürgerinnen und Bürger in alleiniger Verantwortung zu schützen (z.B. innere Sicherheit, Rechtsschutz, Finanzverwaltung). In dem großen Bereich anderer, bisher als öffentlich angesehener Aufgaben, soll die öffentliche

⁴³⁷ Vgl. Bundesregierung, Moderner Staat - Moderne Verwaltung, S. 7 ff.

Hand sich hingegen auf die Sicherstellung der Aufgabenwahrnehmung beschränken, die Aufgaben sollen nicht unbedingt durch die öffentliche Hand selbst durchgeführt werden müssen⁴³⁸.

Diesem Leitbild entsprechend bietet sich die Prüfung der Einbindung Privater in die Aufgabenerfüllung durch die Durchführung einer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung auch in den Ländern an, die entsprechende Bestimmungen nicht enthalten.

6.2 Kommunales Haushaltswirtschaftsrecht

Von besonderer Relevanz für gemeindliche PPP-Projekte ist das in speziellen Abschnitten der Gemeindeordnungen und in den Gemeindehaushaltsverordnungen geregelte kommunale Haushaltswirtschaftsrecht. Im Folgenden sollen daher die vom Bundes- und Landeshaushaltsrecht⁴³⁹ abweichenden und für PPP-Projekte relevanten Bestimmungen des kommunalen Haushaltswirtschaftsrechts dargestellt werden. Nach einem kurzen Blick auf die allgemeinen Grundsätze und die Anforderungen an einen Wirtschaftlichkeitsvergleich sind vor allem die von den Kommunalordnungen aufgestellten inhaltlichen und formalen Beschränkungen (Genehmigungsvorbehalte) und die Anforderungen an die Darstellung von PPP-Projekten im Gemeindehaushalt zu betrachten.

6.2.1 Allgemeine Grundsätze und Wirtschaftlichkeitsvergleich

Die für die Kommunalhaushalte geltenden Grundsätze unterscheiden sich nur unwesentlich von den Regelungen in der Bundeshaushaltsordnung und den Landeshaushaltsordnungen. Nach den Gemeindeordnungen hat die Gemeinde ihre Haushaltswirtschaft so zu planen und zu führen, dass die stetige Erfüllung ihrer Aufgaben gesichert ist⁴⁴⁰. Es ist dabei den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen. Weiter gelten die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit und des Haushaltsausgleichs⁴⁴¹. Für die Gemeindehaushalte gelten auch weitgehend mit dem Bundes- und Landeshaushaltsrecht übereinstimmende Veranschlagungs- und Deckungsgrundsätze⁴⁴². Dieser Rechtsrahmen für

⁴³⁸ Vgl. Bundesregierung, *Moderner Staat - Moderne Verwaltung*, S. 8.

⁴³⁹ Siehe hierzu unter Kap. 5.1.2.

⁴⁴⁰ So § 77 GO BW, Art. 61 GO Bay, § 74 GO Brdbg, § 92 HGO, § 43 KV MV, § 75 GO NW, § 82 NGO, § 93 GO RhPf, § 82 KSVG Saar, § 72 GO Sachs, § 90 GO LSA, § 75 GO SchlH, § 53 ThürKO, siehe auch § 6 VerBrhv für die Stadtgemeinde Bremerhaven. Auf die Rechtslage in den Stadtstaaten und Einheitsgemeinden Berlin und Hamburg wird im Folgenden nicht gesondert verwiesen; insoweit sind die Vorgaben der jeweiligen LHO maßgeblich.

⁴⁴¹ Vgl. beispielsweise § 77 Abs. 2 GO BW, § 92 Abs. 2 HGO, § 75 Abs. 2 GO NW.

⁴⁴² Vgl. Reiners, *Einführung in das kommunale Haushaltsrecht*, S. 96 ff.

kommunale PPP-Projekte gebietet eine umfassende Prüfung der Verträge durch die Gemeinde und gegebenenfalls die Kommunalaufsichtsbehörde.

Vor der Tätigkeit einer Investition⁴⁴³ ist vor allem ein Wirtschaftlichkeitsvergleich erforderlich⁴⁴⁴. Die Gemeindehaushaltsverordnungen der Länder enthalten in Konkretisierung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit lediglich folgende, im wesentlichen bundesweit gleichlautende Regelung:

"Bevor Investitionen von erheblicher finanzieller Bedeutung beschlossen werden, soll unter mehreren in Betracht kommenden Möglichkeiten durch Vergleich der Anschaffungs- oder Herstellungskosten und der Folgekosten die für die Gemeinde wirtschaftlichste Lösung ermittelt werden."⁴⁴⁵

PPP-Hochbauprojekte haben für die Gemeinden häufig erhebliche finanzielle Bedeutung, so dass die Erheblichkeitsschwelle regelmäßig überschritten sein dürfte⁴⁴⁶. Die einschlägigen Bestimmungen in den Gemeindehaushaltsverordnungen fordern daher von den Kommunen, dass sie mehrere Realisierungsmöglichkeiten in Betracht ziehen und deren Kosten miteinander vergleichen. Ein solcher Vergleich setzt voraus, dass die Gemeinde sich einen Überblick über die Möglichkeiten verschafft, nach denen die beabsichtigte Investition realisiert werden kann.

In den Vergleich müssen nicht nur die Anschaffungs- und Herstellungs-, sondern auch die Folgekosten mit einbezogen werden. Nimmt man diese Vorgabe ernst, sind in den Wirtschaftlichkeitsvergleich nicht nur die Kosten der Errichtung und Finanzierung, sondern insbesondere auch die Betriebs-, Instandhaltungs-, Wartungs- und Risikokosten zu berücksichtigen. Ein Wirtschaftlichkeitsvergleich muss danach die Kosten der unterschiedlichen Realisierungsvarianten über den gesamten Lebenszyklus des Hochbaus zugrundelegen. Die gegenwärtige Praxis wird dem häufig nicht gerecht.

⁴⁴³ Wird mit dem PPP-Projekt keine Investition getätigt, handelt es sich bei den Entgelten also nicht um Ausgaben für die Veränderung des Anlagevermögens, folgt die Notwendigkeit eines Wirtschaftlichkeitsvergleichs bei Maßnahmen mit erheblicher finanzieller Bedeutung aus dem allgemeinen in den Gemeindeordnungen verankerten Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, der für alle finanzwirksamen Maßnahmen gilt, vgl. Scheel/Steup/Schneider/Lienen, Gemeindehaushaltsrecht NRW, § 75 GO NW Rn. 5.

⁴⁴⁴ Zur Problematik Haushaltsrecht und Wirtschaftlichkeitsvergleich siehe allg. unter Kap. 5.1.2.

⁴⁴⁵ § 10 Abs. 2 GemHVO Hess. Identisch oder ähnlich § 10 Abs. 2 KommHVO Bay, § 10 Abs. 2 GemHVO BW, § 9 Abs. 2 GemHVO Brdgb, § 10 Abs. 2 GemHVO Nds, § 10 Abs. 2 GemHVO NW, § 9 Abs. 2 GemHVO MV, § 10 Abs. 2 GemHV RhPf, § 10 Abs. 2 GemHVO Saarl, § 9 Abs. 2 GemHVO SH, § 10 Abs. 2 KomHVO Sachs, § 10 Abs. 2 ThürGemHV. Für die Stadtgemeinden Bremens gilt § 7 Abs. 2 LHO Bremen über § 118 LHO Bremen entsprechend.

⁴⁴⁶ Vgl. zur Erheblichkeitsgrenze z.B. § 79 Abs. 3 Satz 2 GO Brdgb.

In den Wirtschaftlichkeitsvergleich ist auch einzubeziehen, ob die ermittelte wirtschaftlichste Lösung eine ausreichende Erfüllung der Aufgabe gewährleistet⁴⁴⁷. Insgesamt sollten Umfang und Methode der Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen u.a. Art und Größe der Investition angepasst werden.

In Abweichung von der Verwaltungsvorschrift zu § 7 BHO⁴⁴⁸ sehen die Verwaltungsvorschriften zum kommunalen Haushaltsrecht regelmäßig von einer näheren Konkretisierung der Vorgaben an den Wirtschaftlichkeitsvergleich ab. Es ist den Gemeinden aber grundsätzlich freigestellt, die in den Gemeindehaushaltsverordnungen vorgesehenen Wirtschaftlichkeitsvergleiche entsprechend auszugestalten. In den Fällen, in denen bei der Bereitstellung staatlicher Investitionszuschüsse Kosten-Nutzen-Untersuchungen zur Bedingung gemacht werden, ergibt sich die Verpflichtung zu diesem umfangreichen Verfahren aus der Annahme des Zuschusses⁴⁴⁹ bzw. der Forderung der Bewilligungsbehörde⁴⁵⁰.

Die Verwaltungsvorschriften der Länder enthalten nur vereinzelt Konkretisierungen der allgemeinen Vorgaben für den Wirtschaftlichkeitsvergleich⁴⁵¹. Differenzierte Anforderungen finden sich beispielsweise in der nachfolgend dargestellten sächsischen Verwaltungsvorschrift zur kommunal- und haushaltsrechtlichen Beurteilung von Investorenvorhaben im kommunalen Bereich (KommlInvestVwV)⁴⁵² für Investorenvorhaben mit einer Laufzeit von mehr als sechs Jahren⁴⁵³. Die Wirtschaftlichkeit ist danach nur gewährleistet, wenn im Vergabeverfahren das wirtschaftlichste Angebot den Zuschlag erhält und das Investorenvorhaben nicht teurer ist als die herkömmliche Finanzierung über Kommunalkredit und Betrei-

⁴⁴⁷ Scheel/Steup/Schneider/Lienen, Gemeindehaushaltsrecht NRW, § 10 GemHVO NW Rn. 3.

⁴⁴⁸ Vgl. VV-BHO zu § 7 und Arbeitsanleitung Einführung in Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, Rdschr. d. BMF v. 31. August 1995 - II A 3 - H 1005 - 23/95 -, GMBI. 1995, 764 ff..

⁴⁴⁹ Scheel/Steup/Schneider/Lienen, Gemeindehaushaltsrecht NRW, § 10 GemHVO NW Rn. 3.

⁴⁵⁰ Vgl. Ministerium des Innern des Landes Brandenburg, VwV zur GemHVO Brdbg, Ziff. 11.1, zu § 9 GemHVO Brdbg, Amtsblatt für Brandenburg, 2002, 718.

⁴⁵¹ Vgl. etwa Ziff. 3.2.1 Bayerisches Staatsministerium des Innern, der Finanzen und für Landesentwicklung und Umweltfragen, Besondere Formen der Zusammenarbeit mit Privaten bei der Erfüllung kommunaler Aufgaben, Gemeinsame Bekanntmachung vom 20. März 2001, AIIIMBI. 2001, S. 148 ff.

⁴⁵² Vgl. Sächsisches Staatsministerium der Finanzen/Sächsisches Staatsministerium des Innern, KommlInvestVwV, Sächs. ABl. 1997, 73 ff.

⁴⁵³ Investorenvorhaben im Sinne der Verwaltungsvorschrift sind Vorhaben, bei denen Gebäude oder Anlagen von dem kommunalen Aufgabenträger ganz oder teilweise durch Einschalten eines privaten Investors finanziert werden, insbesondere Leasing-, Mietkauf-, Betreiber- und Kooperationsmodelle. Sächsisches Staatsministerium der Finanzen/Sächsisches Staatsministerium des Innern, KommlInvestVwV, Sächs. ABl. 1997, Ziff. 1.

bung in eigener Verantwortung⁴⁵⁴. Bei dem Vergleich sind die Hinweise in Nr. 3 der Anlage zur KommInvestVwV zu beachten:

"Die Wirtschaftlichkeit des geplanten Vorhabens im Vergleich zur herkömmlichen Finanzierung über Kommunalkredit ist mit den Methoden der dynamischen Investitionsrechnung, zum Beispiel Barwertvergleich oder totaler Liquiditätsvergleich als endwertorientiertes Verfahren, nachzuweisen.

In die Berechnung sind insbesondere folgende Zahlungsströme einzubeziehen:

a) beim Investorenvorhaben:

- Leasingraten, Betreiberentgelt, Vormiete,
- vom kommunalen Aufgabenträger übernommene Nebenkosten und Unterhaltungskosten (Schätzung),
- der Kaufoptionspreis, wenn der kommunale Aufgabenträger beabsichtigt, das Objekt später zu erwerben,
- Zuwendungen, ggf. gekürzt entsprechend den Ausführungen unter Nr. 4.6 und 4.8,
- bei Ankauf teilweise fertiggestellter Anlagen durch den Investor der Ankaufspreis.

b) bei konventioneller Finanzierung über Kommunalkredit (Eigenbau, Regie- oder Eigenbetrieb):

- aus Eigenmitteln finanzierter Anteil der Investitionskosten,
- ungekürzte Zuwendungen,
- Zins- und Tilgungszahlungen für den fremdfinanzierten Teil,
- Nebenkosten einschließlich Unterhaltungskosten, laufende Betriebskosten,
- voraussichtlicher Verkehrswert des Objektes, wenn beabsichtigt ist, das Objekt nach dem Ende des Betrachtungszeitraums nicht mehr zu nutzen.

Für den Vergleich beider Alternativen ist derselbe Betrachtungszeitraum zu wählen, in der Regel die Grundmietzeit. Die Annahmen am Ende des Betrachtungszeitraums müssen übereinstimmen. Insbesondere muss bei der Investorenalternative der Kaufpreis in die Berechnung einbezogen werden, wenn der kommunale Aufgabenträger beabsichtigt, das Objekt später zu erwerben. Der jeweils geltende Marktzinssatz ist als Kalkulationszinssatz der dynamischen Investitionsrechnung zugrunde zu legen. Damit der Wirtschaftlichkeitsvergleich aussagekräftig ist, sind die Parameter für den Kostenvergleich so sorgfältig wie möglich zu ermitteln. Hierzu sollte jedenfalls eine Vorplanung mit Kostenangaben

⁴⁵⁴ Sächsisches Staatsministerium der Finanzen/Sächsisches Staatsministerium des Innern, KommInvestVwV, Sächs. ABl. 1997, 73 (75), Ziff. 3.3.1.1, 3.3.1.2.

nach § 15 HOAI, Leistungsphase 2, oder Planungsunterlagen von vergleichbarer Genauigkeit vorliegen."

Übersteigt der Gesamtauftragswert 10 Mio. DM ohne Umsatzsteuer bzw. heute den entsprechenden Betrag in Euro, wird in Nr. 4.7 der KommInvestVwV des Freistaates Sachsen⁴⁵⁵ ferner festgelegt, dass die Gemeinde für teilweise zuwendungsfinanzierte Investorenvorhaben auf ihre Kosten ein unabhängiges Gutachten eines Wirtschaftsprüfers vorzulegen hat⁴⁵⁶.

Zwar ist eine derartige Konkretisierung der Anforderungen an den Wirtschaftlichkeitsvergleich grundsätzlich begrüßenswert, die speziellen Vorgaben der KommInvestVwV werden von der Praxis jedoch kritisiert. Die Frage, welchen Anforderungen ein Wirtschaftlichkeitsvergleich für PPP-Modelle zu genügen hat, wird im Einzelnen im Band III erörtert.

6.2.2 Kommunalhaushaltsrechtliche Vorgaben an PPP-Projekte

Die Gemeindeordnungen enthalten Vorschriften über Kreditaufnahmen, kreditähnliche Geschäfte, Sicherheiten, Bürgschaften und Gewährverträge, Verpflichtungsermächtigungen und Vermögensveräußerungen, die in unterschiedlicher Art und Weise auf die Durchführbarkeit und Gestaltung von PPP-Hochbauprojekten Einfluss haben können.

6.2.2.1 Vorgaben an eine Kreditaufnahme

Ein Kredit im Sinne des kommunalen Haushaltswirtschaftsrechts ist das unter Rückzahlungsverpflichtung von Dritten oder von Sondervermögen durch Darlehensvertrag aufgenommene Kapital mit Ausnahme der Kassenkredite⁴⁵⁷.

Kredite dürfen nur im Vermögenshaushalt und nur für Investitionen, Investitionsförderungsmaßnahmen und zur Umschuldung aufgenommen werden. Sie sind als Finanzierungsmittel subsidiär, denn die Gemeinordnungen bestimmen, dass ihre Aufnahme nur zulässig ist,

⁴⁵⁵ Sächsisches Staatsministerium der Finanzen und Sächsisches Staatsministerium des Innern, KommInvestVwV, Sächs. ABl. 1997, 73 ff.

⁴⁵⁶ Zumindest fraglich ist die Rechtsgrundlage für diese Verlagerung der Prüfungspflicht von der Gemeindeaufsicht auf die Gemeinde. Eine Beteiligung externer Experten hat für die Gemeinde aber immerhin den Vorteil der "Versicherung", da der Berater der Gemeinde bei schuldhafter Pflichtverletzung aus dem Beratervertrag gegebenenfalls zu Schadensersatz verpflichtet sein kann. Vgl. Jäschke, Finanzwirtschaft 1997, 81 (82). Eine Haftung im Falle rechtswidriger Genehmigung trifft nach dem Oderwitz-Urteil gegebenenfalls allerdings auch die Kommunalaufsicht, vgl. BGH, NJW 2003, 1318 ff.

⁴⁵⁷ So z.B. § 46 Nr. 18 GemHVO BW, § 45 Nr. 19 GemHVO Hess, § 45 Nr. 18 GemHVO NW, § 44 Nr. 19 GemHVO SH. Vgl. Gern, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 673 a.

wenn eine andere Finanzierung nicht möglich ist oder wirtschaftlich unzweckmäßig wäre⁴⁵⁸. Nach herrschender Auffassung ist die Kreditaufnahme entgegen des Wortlauts der entsprechenden Vorschriften aber nicht ultima ratio, sondern sie steht gleichberechtigt neben den anderen Einnahmekategorien des kommunalen Vermögenshaushalts. Die Gemeinde muss allerdings vor der Veranschlagung von Krediten prüfen, ob und inwieweit die geplanten Investitionen auch aus Zuführungen des Verwaltungshaushalts, Entnahmen aus Rücklagen, Investitionszuschüssen, aus Beiträgen oder sonstigen Einnahmen des Vermögenshaushalts finanziert werden können⁴⁵⁹.

Die Kreditaufnahme unterfällt nach den Gemeindeordnungen zumindest teilweise dem Vorbehalt der Genehmigung durch die Kommunalaufsichtsbehörden. Im Rahmen des Genehmigungsvorbehaltes für Kreditaufnahmen ist zwischen der Gesamt- und der Einzelgenehmigung zu unterscheiden.

Der Vorbehalt der Gesamtgenehmigung beinhaltet, dass der Gesamtbetrag vorgesehener Kreditaufnahmen für Investitionen und Investitionsförderungsmaßnahmen im Rahmen der Haushaltssatzung von der Erlaubnis der Kommunalaufsichtsbehörde abhängt (Kreditermächtigung). Die Entscheidung über die Erteilung bzw. Versagung einer Genehmigung richtet sich nach den Grundsätzen einer geordneten Haushaltswirtschaft und damit vor allem nach den Grundsätzen der Ausgeglichenheit, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit⁴⁶⁰. Soll der Gesamtbetrag der Kreditaufnahmen gestattet werden, so kann die Kommunalaufsichtsbehörde ihre Genehmigung auch von bestimmten Bedingungen oder Auflagen abhängig machen. Zu versagen ist die Genehmigung in der Regel, wenn die Kreditverpflichtungen nicht mehr mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde in Einklang stehen⁴⁶¹. Der Vorbehalt einer Gesamtgenehmigung ist mit Ausnahme von Nordrhein-Westfalen in allen Gemeindeordnungen der Bundesländer vorgesehen⁴⁶². Die Gemeindeordnung von Nordrhein-

⁴⁵⁸ §§ 78 Abs. 3, 87 Abs. 1 GO BW, Art. 62 Abs. 3, 71 Abs. 1 GO Bay, §§ 75 Abs. 3, 85 Abs. 1 GO Brdgb, §§ 93 Abs. 3, 103 Abs. 1 HGO, §§ 44 Abs. 3, 54 Abs. 1 KV MV, §§ 83 Abs. 3, 92 Abs. 1 NGO, §§ 76 Abs. 3, 85 Abs. 1 GO NW, §§ 94 Abs. 3, 103 Abs. 1 GO RhPf, §§ 83 Abs. 3, 92 Abs. 1 KSVG Saar, §§ 73 Abs. 3, 82 Abs. 1 GO Sachs, §§ 91 Abs. 3, 100 Abs. 1 GO LSA, §§ 76 Abs. 3, 85 Abs. 1 GO SchlH, §§ 54 Abs. 3, 63 Abs. 1 ThürKO, differenzierend § 54 Abs. 1 VerfBrhv. Vgl. auch Reiners, Einführung in das kommunale Haushaltsrecht, S. 119; Schützenmeister, LKV 1992, 80 (82).

⁴⁵⁹ Jünger/Walter, Finanzierungsformen bei kommunalen Investitionen, S. 8.

⁴⁶⁰ Vgl. Schützenmeister, LKV 1992, 80 (82).

⁴⁶¹ Siehe hierzu etwa § 87 Abs. 2 GO BW, Art. 71 Abs. 2 GO Bay, §§ 103 Abs. 2 S. 2 HGO, § 100 Abs. 2 GO LSA. Dazu näher Schützenmeister, LKV 1992, 80 (82 f.).

⁴⁶² Vgl. § 87 Abs. 2 GO BW, Art. 71 Abs. 2 GO Bay, § 85 Abs. 2 GO Brdgb, § 103 Abs. 2 HGO, § 49 Abs. 1 S. 1 KV MV, § 92 Abs. 2 KSVG Saar, § 103 Abs. 2 GO RhPf, § 82 Abs. 2 GO Sachs, § 100 Abs. 2 GO LSA, § 85 Abs. 2 GO SchlH, § 63 Abs. 2 ThürKO.

Westfalen sieht gemäß § 79 Abs. 5 GO NW nur eine Anzeige der Haushaltssatzung (mit den enthaltenen Kreditermächtigungen) bei der Aufsichtsbehörde spätestens einen Monat vor Beginn des Haushaltsjahres vor⁴⁶³.

Die Aufnahme der einzelnen Kredite, deren Gesamtbetrag durch die Aufsichtsbehörde genehmigt worden ist (Gesamtgenehmigung), bedarf einer separaten Genehmigung der Aufsichtsbehörde (Einzelgenehmigung) nur in Ausnahmefällen, insbesondere wenn nach § 19 des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft die Kreditaufnahmen beschränkt worden sind. Die Einzelgenehmigung kann dann nach Maßgabe der Kreditbeschränkungen versagt werden⁴⁶⁴. Diese und andere vereinzelt eingeschränkten und Ausnahmen⁴⁶⁵ des Prinzips der Gesamtgenehmigung sind in der Praxis überwiegend ohne Bedeutung geblieben⁴⁶⁶.

Für die Untersuchung ist zu fragen, ob die hier behandelten PPP-Vertragsmodelle diesen Voraussetzungen unterfallen, also als Kredite im Sinne des kommunalen Haushaltswirtschaftsrechts einzustufen sind. Bei einem weiten, auf eine wirtschaftliche Betrachtung abstellenden Kreditbegriff, wäre dies für die Vertragsmodelle I, II, IV und V der Fall⁴⁶⁷. Im Haushaltsrecht vorherrschend ist jedoch ein formaler Kreditbegriff⁴⁶⁸, der eine Kreditaufnahme durch die Gemeinde selbst voraussetzt (Rechtsträgerprinzip). Für die Maßgeblichkeit dieses engen haushaltsrechtlichen Kreditbegriffs spricht im kommunalen Haushaltswirtschaftsrecht auch, dass ähnliche Voraussetzungen für kreditähnliche Geschäfte gelten und diese in den meisten Ländern dem Vorbehalt der Einzelgenehmigung unterliegen, so dass eine Umgehungsgefahr der Schutzvorschriften für den Gemeindehaushalt nicht besteht. Da bei den hier untersuchten Modellen der private Partner das Vorhaben finanziert, also gegebenenfalls Kredite aufnimmt, müssen die Voraussetzungen für Kreditaufnahmen durch die Gemeinden zumindest nach derzeit herrschender Meinung nicht erfüllt werden.

⁴⁶³ Nur, wenn ein Haushaltssicherungskonzept aufzustellen ist (§ 75 Abs. 4 GO NW), bedarf die Haushaltssatzung der Genehmigung.

⁴⁶⁴ § 85 Abs. 3 und 4 GO NW; § 87 Abs. 4 GO BW, Art. 71 Abs. 4 GO Bay, §§ 85 Abs. 4 Nr. 1 GO Brdgbg, § 103 Abs. 4 HGO, § 92 Abs. 4 NGO, § 49 Abs. 5 Nr. 1 KV MV, § 92 Abs. 4 und 5 KSVG Saar, § 103 Abs. 2 GO RhPf, § 82 Abs. 4 GO Sachs, § 100 Abs. 4 GO LSA, § 85 Abs. 4 GO SchIH, § 63 Abs. 4 ThürKO.

⁴⁶⁵ Teilweise kann sich die Kommunalaufsichtsbehörde auch die Genehmigung der einzelnen Kredite vorbehalten, z.B. wenn ein Haushaltssicherungskonzept aufgestellt ist, bei Gefährdung der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde oder bei Gefährdung des Kreditmarkts. Vgl. z.B. § 85 Abs. 4 Nr. 2, 3 GO Brdgbg, § 49 Abs. 5 Nr. 2 KV MV.

⁴⁶⁶ Jünger/Walter, Finanzierungsformen bei kommunalen Investitionen, S. 10.

⁴⁶⁷ Vgl. Jahndorf, NVwZ 2001, 620 (624).

⁴⁶⁸ Vgl. RhPfVerfGH, NVwZ-RR 1998, 145 ff.; vgl. Nachweise bei Jahndorf, NVwZ 2001, 620 (624), und die Ausführungen unter Ziff. 5.1.1.1 im Abschnitt Haushaltsrecht.

6.2.2.2 Kreditähnliche Geschäfte

Für bestimmte Spezialfinanzierungen, die im weiteren Sinne als "kreditähnlich" zu bezeichnen sind, gelten besondere kommunalhaushaltsrechtliche Bestimmungen.

6.2.2.2.1 Genehmigungsvorbehalt

Während Einzelkreditaufnahmen im Rahmen der erteilten Gesamtgenehmigung durch die Kommunalaufsichtsbehörde grundsätzlich nicht genehmigungspflichtig sind, unterliegen in nahezu allen Bundesländern kreditähnliche Geschäfte einem Genehmigungsvorbehalt⁴⁶⁹. Ausgenommen ist davon üblicherweise lediglich die Begründung von Zahlungsverpflichtungen im Rahmen der laufenden Verwaltung⁴⁷⁰, da diese wegen ihrer Regelmäßigkeit und Häufigkeit zu den üblichen Verwaltungsgeschäften gehören und in ihrer finanziellen Auswirkung relativ unerheblich sind. Damit soll die Teilnahme der Gemeinde am Wirtschaftsverkehr erleichtert werden.

Aus den gleichen Gründen enthalten zahlreiche Gemeindeordnungen auch eine Regelung, nach der das zuständige Ministerium z.B. durch Rechtsverordnung entweder allgemein die Genehmigung von Rechtsgeschäften erteilen oder eine Genehmigungsfreiheit für bestimmte Rechtsgeschäfte anordnen kann, die beispielsweise zur Erfüllung bestimmter Aufgaben dienen, den Haushalt der Gemeinde nicht besonders belasten oder regelmäßig wiederkehren. Hiervon haben die jeweiligen Bundesländer in unterschiedlichem Umfang Gebrauch gemacht⁴⁷¹.

Mit dem grundsätzlichen Genehmigungsvorbehalt bei durchaus unterschiedlich und teilweise unübersichtlich ausgestalteten Ausnahmetatbeständen soll insgesamt eine Umgehung des für Kreditaufnahmen geltenden Vorbehalts unterbunden werden⁴⁷².

⁴⁶⁹ § 87 Abs. 5 GO BW, Art. 72 Abs. 1 GO Bay, § 85 Abs. 5 GO Brdbg, § 103 Abs. 7 HGO, § 49 Abs. 1 S. 2 KV MV, § 92 Abs. 6 NGO, § 103 Abs. 6 GO RhPf, § 92 Abs. 6 KSVG Saar, § 82 Abs. 5 GO Sachs, § 100 Abs. 5 GO LSA, § 85 Abs. 5 GO SchlH, § 64 Abs. 1 ThürKO. In Nordrhein-Westfalen ist lediglich eine Anzeigepflicht vorgesehen § 85 Abs. 4 GO NW.

⁴⁷⁰ Vgl. dazu § 100 Abs. 5 Satz 3 GO LSA.

⁴⁷¹ Vgl. z.B. § 100 Abs. 5 Satz 4 GO LSA. Auf dieser Grundlage hat das Ministerium des Innern des Landes Sachsen-Anhalt Leasing-Verträge, deren vereinbarte Gesamtlaufrzeiten innerhalb des Zeitraums der mittelfristigen Finanzplanung enden, generell von der Genehmigung freigestellt; vgl. SachsAnhMBI. 1993, 2462. Siehe auch die schleswig-holsteinische Landesverordnung über die Genehmigungsfreiheit von Rechtsgeschäften kommunaler Körperschaften (GVBl. Schl.-H. 1996, 498). Der Freistaat Bayern hat eine ausführliche Verordnung über die Genehmigungsfreiheit von Rechtsgeschäften des kommunalen Kreditwesens (Verordnung über kreditähnliche kommunale Rechtsgeschäfte) erlassen (GVBl. 1995, 812).

⁴⁷² Vgl. Wilkens, LKV 2002, 169 (170); Gundlach, LKV 2001, 203 (204 f.) m.w.N.

Wesentliche Rechtsfolge des Genehmigungsvorbehalts ist, dass die Erteilung der Genehmigung Voraussetzung für die Wirksamkeit des kreditähnlichen Geschäfts ist; ein ordnungsgemäß abgeschlossener kreditähnlicher Vertrag bleibt bis zur Einzelgenehmigung schwebend unwirksam⁴⁷³. Die Teilnahme am Wirtschaftsverkehr kann allerdings durch eine vereinzelt vorgesehene Genehmigungsfiktion erleichtert werden. Danach gilt eine kommunalaufsichtsrechtliche Genehmigung als erteilt, wenn über sie nicht binnen zwei Monaten nach Eingang des Genehmigungsantrags bei der Aufsichtsbehörde entschieden wurde⁴⁷⁴.

Wird die Genehmigung trotz Nichtvorliegens der im Folgenden zu untersuchenden Genehmigungsvoraussetzungen erteilt, kann dies nach dem sogenannten Oderwitz-Urteil des Bundesgerichtshofes sogar die Verletzung einer die Gemeinde schützenden Amtspflicht darstellen, die zu Schadensersatzansprüchen der Gemeinde gegen die Kommunalaufsicht führen kann⁴⁷⁵. Nach den Grundsätzen dieser Rechtsprechung haftet die Kommunalaufsicht allerdings auch, wenn sie eine beantragte Genehmigung trotz des Vorliegens der Genehmigungsvoraussetzungen ablehnt und sich die nachfolgende Eigenrealisierung des Vorhabens als ungünstiger erweist.

6.2.2.2.2 Kreditähnlichkeit

Ob ein Rechtsgeschäft als kreditähnlich einzustufen ist, ist anhand der wirtschaftlichen Gegebenheiten zu bestimmen, die mit dem Rechtsgeschäft erreicht werden sollen⁴⁷⁶. Maßgeblich für die Annahme eines kreditähnlichen Geschäfts ist stets, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung das Geschäft in seiner Wirkung einer Kreditaufnahme gleichkommt. Abzugrenzen sind kreditähnliche Geschäfte von bloßen Verwaltungsschulden ohne Finanzierungsfunktion, die nicht begründet werden, um der öffentlichen Hand Einnahmen zu verschaffen, sondern im Haushalt durch andere Einnahmen gedeckt sein müssen.

Entscheidendes Kriterium für die Kreditähnlichkeit ist nach der Rechtsprechung die Fälligkeit der Zahlungsverpflichtung: Erhält die Gemeinde die volle Leistung im laufenden Haushaltsjahr, während die Zahlung und damit die Gegenleistung der Gemeinde für spätere Jahre

⁴⁷³ § 117 GO BW, § 122 Abs. 1, 4 GO Brdbg, § 134 HGO, § 57 Abs. 3 KV MV, § 133 Abs. 3, 5 NGO, § 127 GO NW, §§ 115, 119 Abs. 2 GO RhPf, § 125 KSVG Saar, § 120 GO Sachs, § 140 Abs. 3 GO LSA, § 118 GO SchlH, § 67 Abs. 3 ThürKO.

⁴⁷⁴ Vgl. die Regelung in § 140 Abs. 1 Satz 1 GO LSA.

⁴⁷⁵ BGH, NJW 2003, 1318 ff. Vgl. dazu auch die kritischen Anmerkungen von von Mutius/Groth, NJW 2003, 1278 ff., und Pegatzky, LKV 2003 (im Erscheinen). Nach der Anvertrauenstheorie haftet die Körperschaft, die dem Amtsträger das Amt, bei dessen Ausübung er fehlsam gehandelt hat, anvertraut hat, die ihm das Amt also übertragen hat.

⁴⁷⁶ Gundlach, LKV 2001, 203 (204).

vereinbart worden ist, handelt es sich um ein kreditähnliches Geschäft⁴⁷⁷. Teilweise wird auch darauf abgestellt, ob das Eigentum am Investitionsgegenstand am Ende der Vertragslaufzeit auf den Auftragnehmer übergeht oder ihm eine Option zusteht, das Eigentum zu erwerben⁴⁷⁸.

6.2.2.2.3 Vertragsmodelle I, IV, V

Während sich für das **Vertragsmodell I** die Kreditähnlichkeit und damit die Genehmigungsbedürftigkeit danach problemlos zu bejahen ist, dürften auch das **Vertragsmodell IV** und das **Vertragsmodell V** - schon wegen des Eigentumsübergangs der Installationen und Vorleistungen des Auftragnehmers hinsichtlich der Sanierungen zugunsten der auftraggebenden Gemeinde⁴⁷⁹ - nach den aufgezeigten Grundsätzen als kreditähnlich und daher genehmigungsbedürftig bzw. anzeigepflichtig einzuordnen sein⁴⁸⁰. Im Bereich der Energiespar-Contracting-Verträge wird für kleinere und mittlere Vorhaben, bei denen die Laufzeit 10 Jahre nicht überschritten wird, der Rahmen der genehmigungsfreien "laufenden Verwaltung" jedoch z.T. weiter gezogen, so dass die Gemeinde ohne Beteiligung der Kommunalaufsicht tätig werden kann⁴⁸¹.

6.2.2.2.4 Vertragsmodell II

Der Leasingvertrag mit Kaufoption ist mittlerweile als geradezu klassisches kreditähnliches Verpflichtungsgeschäft anerkannt, da die Leasing-Raten, die die Gemeinde als Leasingnehmer zu leisten hat, sowohl im Falle der Vollamortisation als auch im Falle der Teilamortisation insbesondere bei größeren Objekten mit erheblichen finanziellen Belastungen des kommunalen Haushalts verbunden sind. Mithin werden diese Geschäfte der Kreditaufnahme gleichgestellt und einer Genehmigungspflicht durch die Kommunalaufsichtsbehörde unterworfen⁴⁸².

⁴⁷⁷ OLG Dresden, SächsVBl. 2002, 63 ff.; Entscheidung bestätigt von BGH, NJW 2003, 1318 ff.; VG Gera, ThürVBl. 2002, 216 ff.

⁴⁷⁸ Kritisch dazu Gundlach, LKV 2001, 203 (204).

⁴⁷⁹ Anders stellt sich die Situation dar, wenn kein Eigentumsübergang stattfindet, wie bei der Scheinbestandteilskonstruktion.

⁴⁸⁰ Näher Rose, Haushaltswirtschaft der niedersächsischen Gemeinden, S. 88 ff.; Scheel/Steup/Schneider/Lienen, GemeindehaushaltsR NW, S. 165; Thiele, NGO, § 92 Rn. 6; Hölzl/Hien, GO, LKO und BezirksO für den Freistaat Bayern, § 72 GO Rn. 2.

⁴⁸¹ Vgl. Hessisches Ministerium für Umwelt, Energie, Jugend, Familie und Gesundheit: Contracting-Leitfaden für öffentliche Liegenschaften in Hessen, Juli 1998 (unveröffentlicht), Ziff. 4.1.

⁴⁸² Siehe zum Leasinggeschäft als Finanzierungsgeschäft auf kommunaler Ebene Wilkens, LKV 2002, 169 (170); Engel, NZM 1998, 785 ff. Vgl. ferner Gern, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 693 m.w.N. Zur besonderen Problematik der US-Leasingfinanzierungen im Rahmen des

6.2.2.2.5 Vertragsmodell III

Beim **Vertragsmodell III** ist zu differenzieren. Nicht als kreditähnlich einzustufen ist dieses Vertragsmodell, soweit es einem "klassischen Mietvertrag" nahe kommt und keine Kaufoption enthält, da dann ein unmittelbarer bzw. enger zeitlicher Zusammenhang zwischen der Leistung des Vermieters (Bereitstellung einer zeitlich begrenzten Nutzung sowie ggf. weitere vertragliche Nebenpflichten) und der Gegenleistung (Zahlung des Nutzungsentgelts bzw. Mietzinses für diese Nutzung) besteht. Bei langfristigen, unkündbaren Verträgen wird demgegenüber vertreten, dass es kommunalverfassungsrechtlich geboten sei, diese ebenfalls als kreditähnliches Rechtsgeschäft einzustufen, da die Gemeinde im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht nur eine zeitlich begrenzte Nutzung des Gegenstands erwerben wolle, sondern einen maßgeblichen Anteil des wirtschaftlichen Wertes des Gegenstands bzw. den wirtschaftlichen Wert des Gegenstands insgesamt⁴⁸³. Werde ein als Mietvertrag bezeichneter Vertrag so ausgestaltet, dass die unkündbare Laufzeit (fast) die gesamte übliche Nutzungszeit umfasse, so sei die Frage, ob der Vertrag einen Eigentumserwerb vorsehe bzw. eine Option zum anschließenden Eigentumserwerb enthalte, wirtschaftlich nachrangig bzw. ohne Bedeutung. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise sei allein maßgeblich. Dieser Argumentation entsprechend hält der sächsische Rechnungshof es vor dem Hintergrund einer mittlerweile restriktiveren Genehmigungspraxis der Aufsichtsbehörden im Leasingbereich für bedenklich, wenn durch Gemeinden abgeschlossene, langfristige, wertintensive Mietverträge mit beträchtlichen Auswirkungen auf den kommunalen Haushalt nach der geltenden Erlasslage weitgehend nicht genehmigungspflichtig sind⁴⁸⁴. Obwohl die auf die Fälligkeit der Zahlungsverpflichtung abstellende Rechtsprechung derartige Verträge unabhängig von ihrer Langfristigkeit tendenziell als nicht kreditähnlich ein-

Cross-Border-Leasing vgl. Laudenklos/Pegatzky, NVwZ 2002, 1299 (1303). Bezüglich derartiger Geschäfte hat die nordrhein-westfälische Landesregierung vertreten, dass für eine Gemeinde keine gesetzliche Verpflichtung aus der Gemeindeordnung bestehe, der zuständigen Aufsichtsbehörde ein solches Rechtsgeschäft anzuzeigen (Antwort auf eine Kleine Anfrage des Landtags NRW, abgedruckt in: Mitteilungen des Städte- und Gemeindebundes NW 19/2001, 326 ff.). Nach Ansicht von Laudenklos/Pegatzky (a.a.O.) bestehen allerdings gute Gründe, eine US-Leasingfinanzierung als kreditähnliches Rechtsgeschäft zu werten und der Anzeige- bzw. Genehmigungspflicht zu unterwerfen.

⁴⁸³ Gundlach, LKV 2001, 203 (205 f.).

⁴⁸⁴ Sächsischer Rechnungshof, Alternative Finanzierungsformen kommunaler Investitionen, 2000, S. 17.

stuf⁴⁸⁵, unterwirft die Genehmigungspraxis diese Verträge mehr und mehr der Genehmigungspflicht⁴⁸⁶. Rechtsdogmatisch ist dies zumindest fraglich.

6.2.2.2.6 Vertragsmodelle VI und VII

Ob das Vertragsmodell VI kreditähnlich ist, hängt von der konkreten Ausgestaltung ab. Erfolgt eine 100%ige Drittnutzerfinanzierung auf Grundlage von Entgelten, die der Private selbst erhebt, ist die Kreditähnlichkeit zu verneinen. Auch eine einmalige Anschubfinanzierung zu Beginn der Vertragslaufzeit führt nicht zur Kreditähnlichkeit.

Für sich genommen stellt auch das **Vertragsmodell VII** kein kreditähnliches Geschäft dar. Kreditähnlich können jedoch die Geschäfte zwischen der Gesellschaft und der Gemeinde sein. Hier gelten die für die **Vertragsmodelle I bis VI** dargestellten Grundsätze, so dass diese Geschäfte bei Anwendung der hier untersuchten Vertragsmodelle regelmäßig als kreditähnlich einzustufen sind.

6.2.2.2.7 Genehmigungsvoraussetzungen bei kreditähnlichen Geschäften

Bei kreditähnlichen Geschäften ist Genehmigungsvoraussetzung die Einhaltung einer geordneten Haushaltswirtschaft und die Sicherstellung der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde. Notwendig ist damit, dass das Investorenvorhaben einer sparsamen, wirtschaftlichen und geordneten Haushaltsführung entspricht und die Aufgabenerfüllung durch die Gemeinde sichergestellt ist. Die auf die Rechtmäßigkeit beschränkte⁴⁸⁷ Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen ist in den Bundesländern unterschiedlich detailliert: Während sie sich teilweise auf eine Schlüssigkeitsprüfung der durch die Gemeinde vorgelegten Unterlagen beschränkt, finden zum Teil umfassende Überprüfungen im Einzelnen statt. Der Umfang der Prüfung wird tatsächlich auch durch die personellen Ressourcen der jeweiligen Kommunalaufsichtsbehörde bestimmt. Er orientiert sich zum Teil auch an den personellen, fachlichen und sachlichen Ressourcen in der vertragschließenden Gemeinde. Insbesondere die Beratung der Gemeinde durch die Kommunalaufsicht kann daher bei kleinen Gemeinden intensiver als bei großen Gemeinden sein.

⁴⁸⁵ OLG Dresden, SächsVBl. 2002, 63 ff.; Entscheidung bestätigt von BGH, NJW 2003, 1318 ff.; VG Gera, ThürVBl. 2002, 216 ff.

⁴⁸⁶ So hat das Innenministerium von Mecklenburg-Vorpommern mit Erlass vom 5. Januar 1998 (AZ. II-320) ausdrücklich festgelegt, dass langfristig unkündbare Mietverträge als kreditähnliche Rechtsgeschäfte gemäß § 49 Abs. 1 KV M-V genehmigungspflichtig sind. Als langfristig wird darin bereits ein Zeitraum von über einem Jahr angesehen. Diese erhebliche Ausweitung des Genehmigungsvorbehalts dürfte mit der Voraussetzung, dass die Zahlungsverpflichtung wirtschaftlich einer Kreditverpflichtung gleichkommt, nicht zu vereinbaren sein.

⁴⁸⁷ Vgl. Jäschke, Finanzwirtschaft 1997, 81 (83).

Hinsichtlich der Vereinbarkeit des PPP-Projekts mit der **dauernden Leistungsfähigkeit** des kommunalen Aufgabenträgers wird die Genehmigungsbehörde u.a. darauf achten, ob und wie die Liquidität der Gemeinde auch während der gesamten - meist sehr langfristigen - Vertragslaufzeit gewährleistet ist. Tangieren die laufenden Verpflichtungen aus dem zu genehmigenden kreditähnlichen Rechtsgeschäft die sog. "freie Finanzspitze" der gemeindlichen Haushaltswirtschaft, ist die Genehmigung in der Regel zu versagen. In Konkretisierung der Genehmigungsvoraussetzung der dauernden Leistungsfähigkeit ordnet Nr. 3.2.1 KommInvestVwV des Freistaates Sachsen eine besondere Überprüfung der finanziellen Leistungsfähigkeit bei der Überschreitung bestimmter festgelegter Verschuldensobergrenzen an, auf die auch Verpflichtungen aus kreditähnlichen Rechtsgeschäften mit ihrem Barwert anzurechnen sind.

Soweit der spätere Ankauf eines Gebäudes oder einer Anlage durch die Gemeinde in dem jeweiligen Vertragsmodell als Option vorgesehen ist (**Vertragsmodell II**), wird die Genehmigungsbehörde prüfen, ob für den Fall der Ausübung der Option eine hinreichende Vorsorge für die Finanzierung des Ankaufpreises geboten ist. Zu weitgehend dürfte die Regelung der KommInvestVwV aus Sachsen sein, wonach der kommunale Aufgabenträger eine allgemeine Rücklage in Höhe des späteren Ankaufpreises linear über die Vertragslaufzeit aufzubauen hat⁴⁸⁸, da von der bloßen Option nicht auf ihre Ausübung geschlossen werden kann.

Die Genehmigungsbehörde kann das Genehmigungsersuchen der Gemeinde in der Praxis auch zum Anlass nehmen, die vorgesehenen **vertraglichen Regelungen** auf unangemessene Risiken für den Gemeindehaushalt zu überprüfen; Prüfungsgegenstand können deshalb auch einzelne, u.U. problematische Vertragsklauseln sein. So wird immer wieder darauf hingewiesen, dass unter haushaltswirtschaftlichen Gesichtspunkten Index- und Wertsicherungsklauseln, aus denen sich für die Gemeinde zusätzliche Belastungen gegenüber einer herkömmlichen Kreditfinanzierung ergeben können, problematisch seien⁴⁸⁹. Auch sei sicherzustellen, dass besondere Vertragsrisiken mit Folgeansprüchen für den gemeindlichen

⁴⁸⁸ Vgl. Sächsisches Staatsministerium der Finanzen und Sächsisches Staatsministerium des Innern, KommInvestVwV, Sächs. ABl. 1997, 73 ff., Ziff. 3.2.2. Der Sächsische Rechnungshof regt in diesem Zusammenhang an, dass die Rechtsaufsichtsbehörden mit der Genehmigung des kreditähnlichen Rechtsgeschäfts regelmäßig eine entsprechende Auflage erteilen, vgl. Sächsischer Rechnungshof, Beratende Äußerung, Alternative Finanzierungsformen kommunaler Investitionen, 2000, S. 46.

⁴⁸⁹ Ministerium des Inneren und für Sport, VwV zur Durchführung der Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz, MinBl. RhPf 1979, 179; MinBl. RhPf 1999, 243, Zu § 103 GO RhPf, Ziff. 5.2. Vgl. hierzu auch Oster, Gemeinde und Stadt, Beilage 14/95 zu Heft 8/95; Ziff. 3.2.1 Bayerisches Staatsministerium des Innern, der Finanzen und für Landesentwicklung und Umweltfragen, Besondere Formen der Zusammenarbeit mit Privaten bei der Erfüllung kommunaler Aufgaben, Gemeinsame Bekanntmachung vom 20. März 2001, AllMBl. 2001, S. 148 ff.

Haushalt ausgeschlossen sein müssten und dass eine wettbewerbsgerechte Vergabe der Bauleistungen durch den privaten Investor Vertragsbestandteil wird⁴⁹⁰. Die Anlage der sächsischen KommInvestVwV enthält unter Nr. 2 Hinweise zur Vertragsgestaltung, die den speziellen Anforderungen der Gemeinden entsprechen soll. Danach ist z.B. auch die Schaffung von Vertrauenstatbeständen während der Vertragsverhandlung, aus denen bei einem Scheitern Ansprüche gegen die Gemeinde geltend gemacht werden können, zu vermeiden. Weiter sind Vorverträge nicht abzuschließen. Derartig starre Vorgaben für die Vertragsgestaltung sind problematisch, da sie keine den konkreten Umständen gerecht werdende Regelung zulassen. Im Einzelfall kann durchaus auch die Übernahme vertraglicher Risiken durch die Gemeinde empfehlenswert sein. Denn ökonomisch ist es am sinnvollsten, dass diejenige Vertragspartei die Risiken trägt, die sie am ehesten beeinflussen kann. Werden dem Privaten Risiken auferlegt, auf deren Realisierung er keinen Einfluss hat, wird er sie entsprechend bepreisen.

Das Genehmigungsverfahren kann die kommunale Aufsichtsbehörde auch zum Anlass nehmen, die Sicherstellung der **kommunalen Aufgabenerfüllung** in Form von hinreichenden Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeiten auf den Privaten zu überprüfen. Zum Teil ist diese Überprüfung in den Verwaltungsvorschriften vorgeschrieben⁴⁹¹. Im Bereich der kommunalen Pflichtaufgaben wird teilweise verlangt, dass der kommunale Aufgabenträger im Falle der gravierenden Schlechterfüllung oder des Konkurses in der Lage ist, die Leistungserstellung sofort selbst zu übernehmen. Dies erfordert die tatsächliche Verfügungsmöglichkeit über die zur Aufgabenerfüllung notwendigen Anlagen⁴⁹².

Die Genehmigungsbehörde nimmt in der Praxis auf den **Wirtschaftlichkeitsvergleich Bezug**, den der kommunale Aufgabenträger in eigener Verantwortung erstellt hat, und überprüft dessen Plausibilität⁴⁹³. In Einzelfällen ist es auch denkbar, dass sich die Genehmigungsbehörden vorbehalten, eine Vergleichsberechnung durch einen unabhängi-

⁴⁹⁰ Ministerium des Inneren und für Sport, VwV zur Durchführung der Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz, MinBl. RhPf 1979, 179; MinBl. RhPf 1999, 243, Zu § 103 GO RhPf, Ziff. 5.2.

⁴⁹¹ Vgl. Sächsisches Staatsministerium der Finanzen und Sächsisches Staatsministerium des Innern, KommInvestVwV, Sächs. ABl. 1997, 73 ff., Ziff. 3.4.

⁴⁹² Vgl. nochmals Sächsisches Staatsministerium der Finanzen und Sächsisches Staatsministerium des Innern, KommInvestVwV, Sächs. ABl. 1997, 73 ff., Ziff. 3.4.

⁴⁹³ So bestimmt etwa die Bayerische Verwaltungsvorschrift, dass den Gemeinden ein nicht unerheblicher Entscheidungs- und Ermessensspielraum zustehe. Ziff. 3.2.1 Bayerisches Staatsministerium des Innern, der Finanzen und für Landesentwicklung und Umweltfragen, Besondere Formen der Zusammenarbeit mit Privaten bei der Erfüllung kommunaler Aufgaben, Gemeinsame Bekanntmachung vom 20. März 2001, AllMBl. 2001, S. 148 ff.

gen Dritten erstellen zu lassen⁴⁹⁴. Gelingt der Nachweis der Wirtschaftlichkeit des Vorhabens - z.B. durch Kostenvergleich mit einer durch ein günstiges Kommunaldarlehen finanzierten Baumaßnahme⁴⁹⁵ - nicht, weil es eine wirtschaftlichere Verwirklichungsform gibt, ist das Geschäft grundsätzlich nicht genehmigungsfähig. Denn kurzfristige Liquiditätsvorteile rechtfertigen für sich genommen nicht die Verwirklichung eines Investorenvorhabens⁴⁹⁶. Gerade bei langfristigen PPP-Vertragskonstruktionen ist es deshalb wichtig, dass die Gemeinden einen wirtschaftlichen Vorteil der Finanzierungsstruktur auf Grundlage einer Liquiditätsbetrachtung der gesamten Vertragslaufzeit gegenüber der Genehmigungsbehörde nachweisen können. Bei Verträgen mit langen Laufzeiten bieten sich lineare Leasingraten an. Niedrigere Raten oder zahlungsfreie Perioden zu Vertragsbeginn sind zwar für die gegenwärtige Haushaltssituation günstig, belasten aber die Haushalte der Zukunft stärker⁴⁹⁷.

Darüber hinaus nimmt die Kommunalaufsicht die Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen teilweise auch zum Anlass, die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen **Vergabevorschriften** durch den kommunalen Aufgabenträger zu prüfen⁴⁹⁸. Im Wesentlichen wird sie sich dafür allerdings an den Feststellungen der Gemeinde orientieren, z.B. ob die Kompetenz des in der Regel im Wege der Ausschreibung ermittelten⁴⁹⁹, privaten Anbieters sowie die optimale Dimensionierung technischer Kapazitäten gegeben ist und die Angebote im Vergabeverfahren angemessen sind⁵⁰⁰.

Die hinsichtlich der hier zugrundegelegten Prüfungsgegenstände aus Sicht der Praxis zu detaillierte Sächsische KommInvestVwV schreibt ergänzend gemäß Ziff. 3.1.5 vor, dass der Antrag auf Genehmigung des kreditähnlichen Geschäfts durch die Gemeinde erst gestellt werden soll, wenn eine Auskunft des für den Investor zuständigen Finanzamtes vorliegt, wonach die Wirtschaftsgüter ertragsteuerlich dem Investor zuzurechnen sind⁵⁰¹. Weiter legt

⁴⁹⁴ Vgl. Sächsisches Staatsministerium der Finanzen und Sächsisches Staatsministerium des Innern, KommInvestVwV, Sächs. ABl. 1997, 73 ff., Ziff. 3.3.1.2.

⁴⁹⁵ Wilkens, LKV 2002, 169 (169).

⁴⁹⁶ Vgl. Sächsisches Staatsministerium der Finanzen und Sächsisches Staatsministerium des Innern, KommInvestVwV, Sächs. ABl. 1997, 73 ff., Ziff. 3.3.2.

⁴⁹⁷ Sächsischer Rechnungshof, Beratende Äußerung, Alternative Finanzierungsformen kommunaler Investitionen, 2000, S. 38.

⁴⁹⁸ Vgl. Sächsisches Staatsministerium der Finanzen und Sächsisches Staatsministerium des Innern, KommInvestVwV, Sächs. ABl. 1997, 73 ff., Ziff. 3.1.7.

⁴⁹⁹ Vgl. Ministerium des Innern des Landes Brandenburg, Erlass zum Kreditwesen der Kommunen, vom 17. November 2000, Ziff. 2.1.4 (unveröffentlicht).

⁵⁰⁰ Binus, in: Kroll, Leasing-Handbuch für die öffentliche Hand, S. 265.

⁵⁰¹ Eine Auskunft der Steuerverwaltung erübrigt sich allerdings, wenn der Investor oder ein Dritter (z.B. eine Bank) sich ausdrücklich bereit erklären, die steuerlichen Risiken aus dem Projekt zu

sie unter Ziff. 3.1.7 fest, dass - bei einem Gesamtauftragswert der Gebäude oder Anlagen über 10 Mio. DM (heute der entsprechende Betrag in Euro) ohne Umsatzsteuer für die Genehmigung des Vertrags auch bei unter Aufsicht des Landratsamts stehenden Körperschaften - das Einvernehmen des Regierungspräsidiums erforderlich sei⁵⁰², was ein zusätzliches Realisierungshindernis bzw. eine erhebliche Verzögerung bedeuten kann.

6.2.2.3 Vorgaben an Bürgschaften, Gewährverträge und sonstige Sicherheiten

Weitere zu beachtende Vorgaben gelten für Bürgschaften, Gewährverträge und sonstige Sicherheiten. Die Bestellung von Sicherheiten oder Bürgschaften sowie die Übernahme sonstiger Gewährleistungen bzw. dem wirtschaftlich gleichkommende Rechtsgeschäfte sind zwar nicht zwangsläufig mit den hier behandelten PPP-Vertragsmodellen verbunden, sie können sich - je nach den Bedürfnissen der Vertragsparteien - jedoch anbieten, beispielsweise um dem Privaten die Bonität der Gemeinde zu nutzen zu machen, was zu günstigeren Kreditkonditionen führen kann oder die Inanspruchnahme von KfW-Krediten ermöglicht⁵⁰³.

6.2.2.3.1 Einordnung

Bei der Gewährung von Sicherheiten durch die Gemeinde ist nach den Gemeindeordnungen zwischen einem repressiven Verbot mit Ausnahmehinbehalt und dem präventiven Genehmigungsvorbehalt zu unterscheiden. Vom präventiven Genehmigungserfordernis sind kommunalrechtlich die in der Praxis häufigsten Sicherheiten - nämlich Bürgschaften, Gewährverträge und diesen wirtschaftlich gleichkommende⁵⁰⁴ Rechtsgeschäfte - erfasst. Der Begriff Bürgschaft nimmt dabei Bezug auf die Regelungen der §§ 765 ff. BGB. Gewährverträge sind Verträge, durch die die Gemeinde verspricht, für einen bestimmten Erfolg, für ein bestimmtes Verhalten des Schuldners oder für ein Risiko einzustehen oder die Gefahr eines künftigen

tragen, und hierzu auch wirtschaftlich in der Lage sind. Gleiches gilt, wenn die Beteiligten von vornherein von der ertragsteuerlichen Zurechnung der Anlagen beim Investor ausgehen. Vgl. hierzu Jäschke, Finanzwirtschaft 1997, 81 (83).

⁵⁰² Vgl. Sächsisches Staatsministerium der Finanzen und Sächsisches Staatsministerium des Innern, KommInvestVwV, Sächs. ABl. 1997, 73 ff., Ziff. 3.1 am Ende.

⁵⁰³ Dies sind in der Praxis die häufigsten Motive.

⁵⁰⁴ Einen Überblick über gleichstehende Rechtsgeschäfte gibt der Erlass des Ministeriums des Innern des Landes Brandenburg, Kreditwesen der Kommunen, vom 17. November 2000, Ziff. 3.4 (unveröffentlicht).

Schadens übernimmt⁵⁰⁵. Der Begünstigte ist im Gewährsfall so zu stellen, als wäre der Erfolg eingetreten beziehungsweise der Schaden nicht entstanden⁵⁰⁶.

Nicht jede über die gesetzliche Haftung hinausgehende Garantie oder Übernahme von Schadensersatzverpflichtungen ist allerdings nach den einschlägigen gemeinderechtlichen Bestimmungen als Gewährvertrag einzustufen. Es kann sich auch um eine unmittelbare Nebenpflicht aus dem jeweiligen Rechtsgeschäft handeln⁵⁰⁷.

6.2.2.3.2 Voraussetzungen

Die Übernahme von Bürgschaften und Verpflichtungen aus Gewährverträgen ist an enge Voraussetzungen geknüpft⁵⁰⁸. Grundsätzlich dürfen Gemeinden Bürgschaften und Gewährverträge sowie dem wirtschaftlich gleichkommende Verträge nur übernehmen, wenn dies zur Erfüllung ihrer eigenen Aufgaben erforderlich ist. Überdies ist in allen Ländern mit Ausnahme von Nordrhein-Westfalen grundsätzlich die ausdrückliche Genehmigung der kommunalen Aufsichtsbehörde erforderlich⁵⁰⁹. Ob z.B. eine Bürgschaftsübernahme unbedenklich ist, muss nach dem mit dem Rechtsgeschäft verbundenen Risiko beurteilt werden; ggf. ist durch die Gemeinde Vorsorge zu treffen. In Brandenburg werden beispielsweise nur Ausfallbürgschaften oder einfache Bürgschaften genehmigt, um die Risiken für die kommunale Haushaltswirtschaft überschaubar zu halten⁵¹⁰. Auch die Genehmigung von Gewährverträgen setzt eine Risikoabschätzung voraus, mit der - auf der Grundlage eines Maximalrisikos und einer prozentual ausgedrückten Wahrscheinlichkeit des Risikoeintritts - das realistisch zu erwartende Risiko mit einem bestimmten Betrag ermittelt wird. Danach ist ein

⁵⁰⁵ Sprau, in: Palandt, BGB-Kommentar, v. § 765 Rn. 16.

⁵⁰⁶ In der kommunalen Praxis sind z.B. die Gewährleistungen von Mindestabnahmen von Elektrizität, Gas oder Wasser, Mindesteinnahmen bei Schaustellungen und sonstigen Veranstaltungen oder Mindestbelegungen von bestimmten sozialen Einrichtungen denkbar.

⁵⁰⁷ Vgl. z.B. Ministerium des Innern des Landes Brandenburg, Erlass zum Kreditwesen der Kommunen, vom 17. November 2000, Ziff. 3.3.2.

⁵⁰⁸ Vgl. Achterberg/Püttner/Würtenberger, VerwR BT, Bd. II, § 19 Rn. 103.

⁵⁰⁹ § 88 Abs. 1 und 2 GO BW, Art. 72 Abs. 1 und 2 GO Bay, §§ 86 Abs. 2 und 3 GO Bradbg., § 104 Abs. 2 und 3 HGO, § 58 Abs. 2 und 3 KV MV, § 93 Abs. 2 und 3 NGO, § 104 Abs. 2 und 3 RhPf, § 93 Abs. 2 und 3 KSVG Saar, § 83 Abs. 2 und 3 GO Sachs, § 101 Abs. 2 und 3 GO LSA, § 86 Abs. 2 und 3 SchIH, § 63 Abs. 2 ThürKO. In Nordrhein-Westfalen besteht lediglich eine Anzeigepflicht, § 86 Abs. 2 und 3 GO NW.

⁵¹⁰ Vgl. Ministerium des Innern des Landes Brandenburg, Erlass zum Kreditwesen der Kommunen, vom 17. November 2000, Ziff. 3.2.13.

Gewährvertrag genehmigungsfähig, soweit der ermittelte Risikobetrag mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde in Einklang steht⁵¹¹.

Um die Teilnahme der Gemeinde am Wirtschaftsleben zu erleichtern, sehen einige Gemeindeordnungen Vereinfachungen vor. So entfällt das Genehmigungserfordernis in einigen Ländern etwa für Rechtsgeschäfte, die im Rahmen der laufenden Verwaltung abgeschlossen werden⁵¹². In einigen Gemeindeordnungen ist auch die Möglichkeit der Erteilung einer generellen Genehmigung für Rechtsgeschäfte vorgesehen, die von der Gemeinde zur Förderung des Städte- und Wohnungsbaus eingegangen werden oder die für den Haushalt der Gemeinde keine besondere Belastung bedeuten⁵¹³. Die Thüringer Kommunalordnung enthält darüber hinaus eine Verordnungsermächtigung, nach der Rechtsgeschäfte, die ihrer Natur nach regelmäßig wiederkehren oder die die Gemeinde für bestimmte Aufgaben eingeht, vom Genehmigungserfordernis freigestellt werden können⁵¹⁴.

Gemeinden dürfen darüber hinaus grundsätzlich keine sonstigen Sicherheiten zugunsten Dritter bestellen. "Sicherheiten" bedeutet dabei alle speziell zugunsten Dritter dienende insbesondere dingliche Sicherheiten, die nicht - wie Bürgschaften, Gewährverträge oder diesen wirtschaftlich gleichkommende Rechtsgeschäfte - nur der Genehmigungspflicht unterworfen sind. Diesem generellen Verbot liegt die Überlegung zugrunde, dass die Bestellung von Sicherheiten die Übernahme des wirtschaftlichen Risikos für fremde Interessen bedeutet. Es gilt allerdings nicht absolut. Vielmehr bleibt die Erteilung von Ausnahmegenehmigungen durch die Kommunalaufsichtsbehörden möglich⁵¹⁵, teilweise unter der Voraussetzung, dass ein öffentliches Interesse an dem konkreten Rechtsgeschäft besteht, für welches die Sicherheit bestellt werden soll. Ähnlich ist die Rechtslage bei der Bestellung von Sicherheiten durch die Gemeinde zur Kreditsicherung. Diese ist grundsätzlich unzulässig⁵¹⁶. Die

⁵¹¹ Vgl. Ministerium des Innern des Saarlands, Erlass zur Kreditwirtschaft der Gemeinden, vom 21. August 1990, Gem. MinBl. Saar, 238.

⁵¹² Vgl. z.B. § 64 Abs. 2 ThürKO.

⁵¹³ Vgl. § 101 Abs. 4 GO LSA, § 86 Abs. 4 GO Brdbg.

⁵¹⁴ Vgl. § 64 Abs. 5 ThürKO.

⁵¹⁵ § 88 Abs. 1 GO BW, Art. 72 Abs. 3 GO Bay, §§ 86 Abs. 1 GO Brbg, § 104 Abs. 1 HGO, § 58 Abs. 1 KV MV, § 93 Abs. 1 NGO, § 86 Abs. 1 GO NW, § 104 Abs. 1 GO RhPf, § 93 Abs. 1 KSVG Saar, § 83 Abs. GO Sachs, § 101 Abs. 1 GO LSA, § 86 Abs. 1 GO SchIH, § 64 Abs. 2 ThürKO.

⁵¹⁶ § 87 Abs. 6 GO BW, Art. 71 Abs. 6 GO Bay, §§ 85 Abs. 6 GO Brabg, § 103 Abs. 8 HGO, § 54 Abs. 3 KV MV, § 92 Abs. 7 NGO, § 85 Abs. 5 GO NW, § 103 Abs. 7 GO RhPf, § 92 Abs. 7 KSVG Saar, § 82 Abs. 5 GO Sachs, § 100 Abs. 6 GO LSA, § 85 Abs. 7 GO SchIH, § 63 Abs. 6 ThürKO.

Kommunalaufsichtsbehörde kann jedoch eine Ausnahmegenehmigung erteilen, wenn die Bestellung von Sicherheiten der Verkehrsübung entspricht.

6.2.2.3.3 Sonderfall: Fortfaitierung nach dem sog. Mogendorfer Modell

Als alternative vertragliche Konstruktion, die wirtschaftlich auch das Ziel günstigerer Kreditkonditionen erreichen kann, wird häufig auf eine Fortfaitierung⁵¹⁷ nach dem sog. Mogendorfer Modell hingewiesen. Hierbei schließt die öffentliche Hand mit einem Unternehmer einen Vertrag über die Herstellung eines Bauwerks und gibt dem Unternehmer statt der Kaufpreiszahlung Bautestate, mit denen die öffentliche Hand die Forderung anerkennt und auf Einwendungen verzichtet und in denen zugleich verbrieft ist, dass die Forderung über einen bestimmten Zeitraum in Raten zu bezahlen ist. Der Unternehmer verkauft die Bautestate gegen den verbrieften Betrag an eine Bank, die ihrerseits von der öffentlichen Hand die Ratenzahlung einfordert.

Die Erteilung der im Rahmen dieses Modells gewährten Bautestate dürfte entweder als wirtschaftlich einem Gewährvertrag ähnliches oder als kreditähnliches Rechtsgeschäft in allen Flächenländern - mit Ausnahme von Nordrhein-Westfalen - genehmigungsbedürftig sein.

6.2.2.4 Vermögensveräußerungen, Nutzungsüberlassungen und Vermögenserwerb

Auch Vermögensveräußerungen und Nutzungsüberlassungen unterliegen verschiedenen kommunalrechtlichen Beschränkungen⁵¹⁸. Der Begriff der "Veräußerung" umfasst dabei die Verfügung über den Vermögensgegenstand mit dem Ziel der Rechtsübertragung - also Übereignung oder Abtretung und nicht schon die bloße Belastung⁵¹⁹ - wobei der Charakter des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts unerheblich ist. Namentlich die Belastung mit einem Erbbaurecht oder einem Pfandrecht wird in der Kommentarliteratur nicht als von den Veräußerungsverboten erfasst angesehen⁵²⁰. Die gemeinderechtlichen Restriktionen für Vermögensveräußerungen gelten für die Nutzungsüberlassung entsprechend.

⁵¹⁷ Vgl. dazu Larek/Steins, Leasing, Factoring und Fortfaitierung als Finanzierungssurrogate, S. 103 ff.

⁵¹⁸ Vgl. § 97 KSVG Saar, § 92 GO BW, Art. 75 GO Bay, § 90 GO Brdbg, § 50 VerfBrhv, § 109 HGO, § 57 KV-MV, § 97 NGO, § 90 GO NW, § 79 GO RhPf, § 90 GO Sachs, § 105 GO LSA, § 90 GO SchlH, § 67 ThürKO.

⁵¹⁹ Scheel/Steup/Schneider/Lienen, Gemeindehaushaltsrecht NRW, § 90 GO NW Rn. 1.

⁵²⁰ Widmann/Grasser, Bayerische Gemeindeordnung, Art. 75 Rn. 3. Selbstverständlich unterfällt die Belastung mit einem Pfandrecht aber den soeben dargestellten Vorschriften für Sicherheiten.

Vergleichbaren Restriktionen unterliegt auch der für PPP-Projekte u.U. relevante Vermögenswerb⁵²¹.

6.2.2.4.1 Aufgabenbindung

Vermögens- und insbesondere Grundstücksveräußerungen sind mit den hier zugrundegelegten Vertragsmodellen zwar nicht zwangsläufig verbunden. Bei den **Vertragsmodellen I, II und III** bietet sich jedoch häufig eine Gestaltung an, bei der die Gemeinde dem Privaten zunächst das Grundstück, auf dem der Private das Gebäude dann errichtet, oder ein Erbbaurecht an diesem Grundstück überträgt. Im Rahmen eines solchen Geschäfts würde die Gemeinde gleichzeitig oder später dieses Grundstück bzw. das darauf errichtete Objekt anmieten (**Vertragsmodell II und III**) bzw. zurückkaufen (**Vertragsmodell I**). Auch wenn diese Abwicklung nicht ganz dem einfachen Sale-and-lease-back-Verfahren entspricht, da das errichtete und später angemietete Objekt unter Umständen ein aliud gegenüber dem zuvor übertragenen (gegebenenfalls unbebauten) Grundstück darstellen kann, ist dieses Verfahren im Hinblick auf den Vorbehalt der kommunalen Aufgabenerfüllung - der zudem teilweise unter kommunalaufsichtlicher Kontrolle steht - problematisch⁵²². Das kommunale Eigentum ist nämlich aufgabengebunden. Das heißt Vermögensgegenstände dürfen nur veräußert werden, soweit die Gemeinde diese nicht in absehbarer Zeit zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt⁵²³.

Auf diesen Vorbehalt, der PPP-Vertragsgestaltungen entgegenstehen kann, haben die Bundesländer in ihren Ausführungserlassen unterschiedlich reagiert. Für Hessen wurde festgelegt⁵²⁴, dass Sale-and-lease-back-Geschäfte, die ausschließlich oder überwiegend der Geldbeschaffung dienen und nicht Investitionen durch den Leasinggeber zum Ziel haben, grundsätzlich nicht genehmigungsfähig sind. Demgegenüber besteht in Brandenburg die Erlassungslage, dass Sale-and-lease-back-Geschäfte genehmigungsfähig sein können, wenn die Entbehrlichkeit des Vermögensgegenstandes gegeben und eine wesentliche Veränderung

⁵²¹ § 91 GO BW, Art. 74 GO Bay, § 89 GO Brdbg, § 108 HGO, § 96 NGO, § 56 KV-MV, § 89 GO NW, § 78 GO RhPf, § 89 GO Sachs, § 104 GO LSA, § 89 GO SchlH, § 86 ThürKO, § 96 KSVG Saar.

⁵²² Scheel/Steup/Schneider/Lienen, Gemeindehaushaltsrecht NRW, § 90 GO NW Rn. 1.

⁵²³ Vgl. § 92 Abs. 1 und 2 GO BW, § 90 Abs. 1 und 2 GO Brdbg, § 57 Abs. 1 und 2 KV MV, § 97 Abs. 1 und 2 NGO, § 90 Abs. 1 und 2 GO Sachs, § 105 Abs. 1 und 2 GO LSA, § 90 Abs. 1 und 2 GO SchlH, § 67 Abs. 1 und 2 ThürKO. Entsprechendes gilt für die Nutzungsüberlassung eines Vermögensgegenstandes.

⁵²⁴ Vgl. Hessisches Ministerium des Innern und für Landwirtschaft, Forsten und Naturschutz, Erlass zu Leasing-Finanzierungen im kommunalen Bereich, vom 7. Juli 1997, Hess StAnz. 1997, 2174 f.

des Vertragsgegenstandes vorgesehen ist⁵²⁵. Konkretisierend für die Ausgestaltung von Betreiberverträgen zwischen Gemeinde und privatem Betreiber hat Brandenburg festgehalten⁵²⁶, dass die Veräußerung einer vorhandenen Anlage an einen Betreiber nicht gegen das gemeinderechtliche Veräußerungsverbot verstößt, weil die Gemeinde die Anlage während der Laufzeit des Betreibervertrages nicht zur Erfüllung ihrer Aufgabe benötige⁵²⁷. Auch wenn Brandenburg mit den genannten Differenzierungen einen sachgerechten Ausweg aus den gemeinderechtlichen Veräußerungsrestriktionen weist, ist fraglich, ob sich die einschränkenden Erlasse mit dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung in der Gemeindeordnung vereinbaren lassen, die eine Veräußerung nur gestattet, sofern die Gemeinde den Vermögensgegenstand zur "Erfüllung ihrer Aufgaben in absehbarer Zeit nicht braucht"⁵²⁸.

Entsprechend dem Sinn und Zweck der Regelungen, die gemeindliche Aufgabenerfüllung zu sichern, lässt sich zwar mit guten Gründen vertreten, dass die Veräußerungsverbote nicht greifen sollen, wenn die Veräußerung der günstigen Finanzierung einer Investitionsmaßnahme an der betreffenden Immobilie selbst dienen soll, um diese zu sanieren, zu modernisieren oder auszubauen, damit sie auch zukünftig zur kommunalen Aufgabenerfüllung zur Verfügung steht. Diese einschränkende Auslegung wird auch in einer Reihe von Ländern von den Aufsichtsbehörden vertreten. Ob alle kommunalen Aufsichtsbehörden und die Gerichte ihr jedoch folgen, lässt sich nicht sicher beurteilen, so dass eine gesetzliche Änderung der Gemeindeordnung in diesem Punkt begrüßenswert ist.

Auch der für PPP-Projekte relevante Erwerb von Vermögen unterliegt der Aufgabenbindung. Grundsätzlich gilt, dass die Gemeinde Vermögensgegenstände nur erwerben soll, soweit dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben in absehbarer Zeit erforderlich ist⁵²⁹. Nach diesen Anforderungen erweist es sich im Ergebnis als unproblematisch, wenn im Rahmen von PPP-

⁵²⁵ Ministerium des Innern des Landes Brandenburg, Erlass zum Kreditwesen der Kommunen, vom 17. November 2000, Ziff. 2.1.5 (unveröffentlicht).

⁵²⁶ Ministerium des Innern des Landes Brandenburg, Runderlass III Nr. 61/1994, vom 30. Dezember 1994, Ziff. III. 2 (unveröffentlicht).

⁵²⁷ Ebenso z.B. Ziff. 5.1 Bayerisches Staatsministerien des Innern, der Finanzen und für Landesentwicklung und Umweltfragen, Besondere Formen der Zusammenarbeit mit Privaten bei der Erfüllung kommunaler Aufgaben, Gemeinsame Bekanntmachung vom 20. März 2001, AIIIMBI. 2001, S. 148 ff.

⁵²⁸ § 90 Abs. 1 Satz 1 GO Brdbg.

⁵²⁹ Vgl. im Einzelnen die Maßgaben aus § 91 Abs. 1 GO BW, Art. 74 Abs. 1 GO Bay, § 89 Abs. 1 GO Brdbg, § 108 Abs. 1 HGO, § 96 Abs. 1 NGO, § 56 Abs. 1 KV-MV, § 89 Abs. 1 GO NW, § 78 Abs. 1 GO RhPf, § 89 Abs. 1 GO Sachs, § 104 Abs. 1 GO LSA, § 89 Abs. 1 GO SchlH, § 86 Abs. 1 ThürKO, § 96 Abs. 1 KSVG Saar.

Vertragsmodellen der Eigentumserwerb an dem Objekt erst am Ende der Projektlaufzeit vorgesehen ist⁵³⁰.

6.2.2.4.2 Genehmigungsbefähigung

Da kommunalhaushaltsrechtlich grundsätzlich das Vollwertprinzip für Vermögensveräußerungen gilt⁵³¹, sehen die meisten Gemeindeordnungen formal Genehmigungsvorbehalte für den Fall vor, dass die Gemeinden Vermögensgegenstände unter Wert veräußern oder gar unentgeltlich abgeben wollen⁵³². Grundsätzlich dürfen Gemeinden Vermögensgegenstände nämlich nur zu ihrem vollen Wert veräußern. Darunter ist der Wert zu verstehen, der sich bei Veräußerung des einzelnen Gegenstandes unter voller Ausnutzung aller Möglichkeiten am Markt erzielen lässt⁵³³. Allerdings kann im Rahmen und zum Zweck der Aufgabenerfüllung in Ausnahmefällen unter Anlegung strengster Maßstäbe auch eine Subventionierung in Form eines niedrigeren Preises zulässig sein (z. B. zur Wohnungs- und Wirtschaftsförderung oder zur Förderung privater Träger im Sozialbereich)⁵³⁴.

In den vergangenen Jahren sind die darüber hinausgehenden Genehmigungsvorbehalte für die Veräußerungen von Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten vielfach abgebaut worden⁵³⁵, hauptsächlich in den neuen Bundesländern finden sich noch entsprechende Bestimmungen⁵³⁶. Vereinzelt bestehen auch noch Genehmigungsvorbehalte für die Veräußerung solcher Gegenstände, die einen besonderen wissenschaftlichen, geschichtlichen oder künstlerischen Wert haben⁵³⁷, was für PPP-Projekte im Kulturbereich wie z.B. bei Museen von Relevanz sein kann.

Die Prüfung der Kommunalaufsicht dürfte sich für Veräußerungen im Rahmen von PPP-Vertragsmodellen - entsprechend der gemeindehaushalts- und aufsichtsrechtlichen Genehmi-

⁵³⁰ Vgl. näher Kap. 5.1.3.3.1.

⁵³¹ Vgl. zum Vollwertprinzip Kap. 5.1.3.1.

⁵³² Vgl. § 92 Abs. 3 GO BW, § 90 Abs. 3 GO Brdbg, § 57 Abs. 3 KV MV, § 97 Abs. 3 NGO, § 90 Abs. 3 GO Sachs, § 105 Abs. 3 und 4 GO LSA, § 90 Abs. 3 GO SchlH, § 67 Abs. 3 ThürKO.

⁵³³ OVG Münster, NJW 1983, 2517 (2518).

⁵³⁴ Scheel/Steup/Schneider/Lienen, Gemeindehaushaltsrecht NRW, § 90 GO NW Rn. 1.

⁵³⁵ Vgl. zur zum Teil nicht mehr gültigen Rechtslage BMU, Umweltpolitik, Gutachten zu rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekten bei der Einbeziehung privater Dritter in dem Bereich der Abwasserbeseitigung, 1997.

⁵³⁶ Vgl. § 90 Abs. 3 lit. b.) GO Brdbg.; § 57 Abs. 3 Nr. 2 KV MV; § 90 Abs. 3 Nr. 1 GO Sachs, § 105 Abs. 3 S. 1 GO LSA; § 57 Abs. 3 Nr. 2 ThürKO.

⁵³⁷ § 105 Abs. 4 Nr. 2 GO LSA, § 90 Abs. 3 lit. c GO Brdbg, § 57 Abs. 3 Nr. 3 KV-MV, § 97 Abs. 3 Nr. 2 NGO, § 90 Abs. 3 Nr. 2 GO Sachs, § 90 Abs. 3 Nr. 2 GO SchlH, § 67 Abs. 3 Nr. 4 ThürKO.

gungsmaßstäben bei kreditähnlichen Geschäften - insbesondere auf die Sicherstellung der gemeindlichen Aufgabenerfüllung im Rahmen der PPP-Vertragsbeziehungen und die Wirtschaftlichkeit der Veräußerung konzentrieren⁵³⁸. Da die Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigungen darüber hinaus teilweise nicht gesetzlich normiert sind, besteht über diese und ihren Zweck im einzelnen Streit⁵³⁹.

6.2.3 Darstellung der PPP-Vertragsmodelle in Gemeindehaushaltsplan und Anlagen

Die Veranschlagung und Darstellung von PPP-Vertragsmodellen im Haushaltsplan erfolgt in den einzelnen Bundesländern unterschiedlich und kann vor dem Hintergrund der Grundsätze der Haushaltswahrheit und -klarheit, der Kassenwirksamkeit, der Öffentlichkeit und Vollständigkeit problematisch sein.

In diesem Zusammenhang soll untersucht werden, ob der immer wieder erhobene Vorhalt, dass bei der Darstellung und Buchung von Verpflichtungen aus PPP-Vertragsmodellen - insbesondere bei Leasingverträgen - im Haushaltsplan die Gemeinde ihre tatsächliche Verschuldung verschleiert⁵⁴⁰, zutreffend ist und in welcher Weise ihm mit haushaltsrechtlichen Instrumenten entgegengewirkt werden kann.

6.2.3.1 Zuordnung zum Vermögens- oder Verwaltungshaushalt

Gemäß § 1 der Gemeindehaushaltsverordnungen der Länder ist der Haushaltsplan der Gemeinden in einen Vermögenshaushalt und einen Verwaltungshaushalt aufzuteilen. Der Vermögenshaushalt umfasst auf der Einnahmenseite unter anderem Einnahmen aus Krediten und auf der Ausgabenseite die Tilgung von Krediten und die Kreditbeschaffungskosten sowie vor allem Ausgaben für die Veränderung des Anlagevermögens, Zuweisungen und Zuschüsse für Investitionen Dritter sowie Verpflichtungsermächtigungen. Der Verwaltungshaushalt umfasst die nicht unter den Vermögenshaushalt fallenden Einnahmen und Ausgaben⁵⁴¹. Grundsätzlich sind alle vermögenswirksamen Einnahmen und Ausgaben im Vermögenshaushalt darzustellen, alle übrigen im Verwaltungshaushalt⁵⁴². Hierdurch soll die Kontrolle der Wirtschaftlichkeit erleichtert und der kommunale Haushalt nach laufendem Auf-

⁵³⁸ Vgl. BMU, Umweltpolitik, Gutachten zu rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekten bei der Einbeziehung privater Dritter in dem Bereich der Abwasserbeseitigung, S. 33 f.

⁵³⁹ Vgl. Groth, LKV 2002, 460 ff.

⁵⁴⁰ Vgl. Binus, in: Kroll, Leasing-Handbuch für die öffentliche Hand, S. 258.

⁵⁴¹ Siehe beispielsweise § 1 GemHVO BW, § 1 GemHVO Hess, § 1 GemHVO NW.

⁵⁴² Reiners, Einführung in das Kommunale Haushaltsrecht, S. 64.

wand und Investitionen getrennt werden. Das entscheidende Kriterium für die Zuordnung einer Einnahme oder Ausgabe zum Verwaltungs- oder Vermögenshaushalt ist die Vermögenswirksamkeit des Finanzvorfalles⁵⁴³. Bei der Frage, ob die Ausgaben im Rahmen der hier untersuchten Vertragsmodelle dem Vermögenshaushalt zuzuordnen sind, ist zu differenzieren.

Bei den **PPP-Vertragsmodellen I, II, IV und V** kann die zutreffende Veranschlagung Schwierigkeiten bereiten. Wie dargelegt, handelt es sich bei den untersuchten Modellen nicht um Kreditaufnahmen im strengen Sinne, so dass die Entgelte auch keine Tilgung von Krediten darstellen. Die Ausgaben könnten sich allerdings als Ausgaben für die Veränderung des Anlagevermögens im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 7 der jeweiligen Gemeindehaushaltsverordnung darstellen. Die Ausgaben im Rahmen eines Grundstückskaufs einschließlich aufstehender Gebäude sind Ausgaben für die Veränderung des Anlagevermögens. Der Herstellungsaufwand ist immer dem Vermögenshaushalt zuzuordnen, während Ausgaben für die Unterhaltung als Erhaltungsaufwand zu den Ausgaben des Verwaltungshaushalts zählen. Diese Abgrenzung findet sich nebst Konkretisierung auch in den Verwaltungsvorschriften über die Gliederung und die Gruppierung der Haushaltspläne zur Haushaltsverordnung der Gemeinden und Gemeindeverbände (VwV Gliederung und Gruppierung). So beispielsweise in der Ziff. 6.3 VwV Gliederung und Gruppierung Brandenburg⁵⁴⁴:

"6.3.2 Ausgaben für Investitionen (Herstellungsaufwand) liegen vor, wenn durch eine Baumaßnahme neues Sachvermögen geschaffen oder vorhandenes vermehrt wird. Bauausgaben für ein Gebäude sind dann Herstellungsaufwand, wenn dieses in seiner Substanz vermehrt, in seinem Wesen verändert oder über seinen bisherigen Zustand hinaus erheblich verbessert wird, z.B. durch Anbau, Aufbau oder Umbau mit besseren Nutzungsmöglichkeiten, durch den Einbau von Zentralheizungen, Aufzügen oder anderen mit dem Gebäude fest verbundenen technischen Einrichtungen. Fallen in einem Zusammenhang mit Herstellungsaufwand auch Ausgaben an, die in der Regel als Erhaltungsaufwand angesehen werden, so sind diese - wegen des wirtschaftlich-einheitlichen Vorgangs - dem Herstellungsaufwand zuzurechnen.

6.3.3 Ausgaben für die Unterhaltung (Erhaltungsaufwand) dienen unabhängig von ihrer Größenordnung dazu, das Grundstück in einem ordnungsgemäßen Zustand zu erhalten; sie sind im Verwaltungshaushalt zu veranschlagen. Hauptmerkmal dieser Aufgaben ist, dass sie durch die gewöhnliche Nutzung des Grundstücks veranlasst werden und (wenigstens in bestimmten Zeitabständen) regelmäßig wiederkehren."

⁵⁴³ Reiners, Einführung in das Kommunale Haushaltsrecht, S. 64.

⁵⁴⁴ Ministerium des Innern des Landes Brandenburg, VwV Gliederung und Gruppierung, vom 28. Juni 2002, Amtsblatt für Brandenburg 2002, 761 ff.

§ 6 Abs. 2 VwV Gliederung und Gruppierung Sachsen schreibt ergänzend vor, dass Aufwendungen für die Erneuerung von bereits in den Herstellungskosten eines Gebäudes enthaltenen Teilen, Einrichtungen oder Anlagen nur dann als Herstellungskosten des Gebäudes zu behandeln sind, wenn sie so artverschieden sind, dass die Baumaßnahme nach der Verkehrsanschauung nicht mehr in erster Linie dazu dient, das Gebäude in seiner bestimmungsmäßigen Nutzungsmöglichkeit zu erhalten sondern etwas neues, bisher nicht vorhandenes zu schaffen. Herstellungsaufwand liegt in diesem Fall nur vor, wenn das Gebäude durch die Baumaßnahme wesentlich in seiner Substanz vermehrt, in seinem Wesen erheblich verändert oder über seinen bisherigen Zustand hinaus deutlich verbessert wird. Eine deutliche Verbesserung ist nicht schon deswegen anzunehmen, weil mit notwendigen Erhaltungsmaßnahmen eine dem technischen Fortschritt entsprechende übliche Modernisierung verbunden ist. Die an den Privaten im Rahmen der **Vertragsmodelle I, IV und V** entrichteten Entgelte sind nach diesen Grundsätzen zu trennen und teilweise, nämlich soweit sie den Herstellungsaufwand (Planungs- und Bauphase) oder den Erwerb in der Verwertungsphase abgelden, dem Vermögenshaushalt (Ausgabengruppen "Vermögenserwerb" bzw. "Hochbaumaßnahmen"), im übrigen jedoch, soweit sie den Erhaltungsaufwand und die Betriebskosten (Betriebsphase) betreffen, dem Verwaltungshaushalt als sächlicher Verwaltungs- und Betriebsaufwand (Ausgabengruppen "Unterhaltung der Grundstücke und baulichen Anlagen" bzw. "Unterhaltung des sonstigen Vermögens") zuzuordnen. Eine entsprechende Aufteilung des Entgelts ist daher bereits im Vertrag geboten. Soweit außerdem Finanz- und Zinsanteile (Finanzierungsphase) separat ausweisbar sind, können diese im Verwaltungshaushalt unter "sonstige Finanzausgaben" veranschlagt werden.

Ob sich diese Differenzierung auch auf die Eingruppierung von Entgelten aus dem **Vertragsmodell II** übertragen lässt, ist problematisch. Der Freistaat Sachsen hat in seiner im vergangenen Jahr neugefassten VwV Gliederung und Gruppierung versucht, die Differenzierung der Veranschlagung im Haushaltsplan beim Leasing handhabbar zu machen⁵⁴⁵. Laufende Leistungen aufgrund eines Leasing-Vertrages sind danach im Verwaltungshaushalt in der Ausgabengruppe "Mieten und Pachten" zu veranschlagen, wenn der Leasinggegenstand nach den ertragsteuerrechtlichen Bestimmungen dem Leasinggeber zuzurechnen ist. Wird das Leasinggut hingegen nach dem Ertragsteuerrecht der Gemeinde zugeordnet, ist die Leasingrate - entsprechend der hier vorgenommenen Differenzierung - in Tilgungs- (Veranschlagung im Vermögenshaushalt, Ausgabengruppe "Vermögenserwerb") sowie in Zins- und Kostenanteil (Veranschlagung im Verwaltungshaushalt unter "sonstige Finanzausgaben")

⁵⁴⁵ Sächsisches Ministerium des Innern, VwV Gliederung und Gruppierung, vom 8. Januar 2002, Sächs. Amtsblatt, Sonderdruck 4/2002, vom 18. Februar 2002.

aufzuteilen. Auch Brandenburg hat in seinem Haushaltsrecht eine vergleichbare Abgrenzung gefunden⁵⁴⁶; es stellt bei der Differenzierung zusätzlich auch auf den Eigentumsübergang zum Vertragsende ab. Abgrenzbare Zinsanteile sind der Ausgabengruppe "Sonstige Finanzausgaben, Zinsausgaben" zuzuordnen. Diese klaren, aber differenzierten Zuordnungen entsprechen den Anforderungen der Haushaltswahrheit und -klarheit, erfordern aber für die Vertragsgestaltung und die darin zu vereinbarenden Zahlungsmodalitäten, dass entsprechende Kostenanteile abgrenzbar ausgestaltet werden.

Vereinbaren die Vertragsparteien nicht eine Kombination mehrerer Leistungen (Planung, Bau, Betrieb usw.), sondern - insbesondere bei den **Vertragsmodellen I oder IV** - eine einheitliche Gesamtleistung⁵⁴⁷, kommt eine getrennte Veranschlagung von Ausgaben im Vermögens- und im Verwaltungshaushalt nur dann in Betracht, wenn eine plausible Schätzung der auf die Planungs-, Bau und Verwertungsphase einerseits und der auf die Betriebs- und Finanzierungsphase andererseits entfallenden Vergütungsbestandteile möglich ist. Ist eine plausible Schätzung nicht möglich, werden die Ausgaben regelmäßig entsprechend dem Schwerpunkt einheitlich konsumtiv zu veranschlagen sein. Eine einheitlich Veranschlagung aller Ausgaben kann faktisch einen positiven Beitrag zur Begrenzung der Neuverschuldung der Gemeinden leisten. Denn anders als bei einer konventionellen Beschaffungsvariante können die tatsächlich vorliegenden Investitionsanteile dann nicht bei der Berechnung der Kreditobergrenze berücksichtigt werden.

Die Veranschlagung von Nutzungsentgelten nach dem **Vertragsmodell III** lässt sich vergleichsweise leicht beantworten: Die Zahlungen des Mietzinses sind weder die Tilgung eines Kredites, noch Ausgaben für die Veränderung des Anlagevermögens. Es handelt sich um typische Ausgaben des Verwaltungshaushalts, die als "sächlicher Verwaltungs- und Betriebsaufwand" in der Ausgabengruppe "Mieten und Pachten" zu veranschlagen sind.

Besonderheiten ergeben sich beim **Vertragsmodell VI**. Hier müssen die Einnahmen der Gemeinde aus dem Betrieb der Einrichtung (Gebühren oder privatrechtliche Entgelte) im Verwaltungshaushalt veranschlagt werden, sofern die Gemeinde selbst Trägerin der Einrichtung bleibt und hierfür Gebühren oder Entgelte erhebt⁵⁴⁸ (bei öffentlich-rechtlichen Entgelten für die Inanspruchnahme von Verwaltungsleistungen im engeren Sinne in der

⁵⁴⁶ Vgl. Ministerium des Innern des Landes Brandenburg, VwV zur GemHVO Brdgb, vom 28. Juni 2002, Amtsblatt für Brandenburg 2002, 718 ff.

⁵⁴⁷ Zu dieser Ausgestaltungsvariante des PPP-Erwerbermodells siehe oben, Kap. 4.2.2.4.

⁵⁴⁸ Dies entspricht der im Abschnitt Haushaltsrecht als Fall 2 dargestellten Konstellation, vgl. Kap. 5.1.4.7.

Einnahmegruppe "Verwaltungsgebühren", ansonsten in der Einnahmegruppe "Benutzungsgebühren und ähnliche Entgelte"), die die an den Privaten abgeführten Entgelte ganz oder teilweise decken. Möglich erscheint sogar eine Verwirklichung völlig außerhalb des Haushalts: Der Private errichtet die Anlage und erhält nur die unmittelbar von ihm selbst erhobenen Entgelte der Benutzer⁵⁴⁹, ohne das etwas in den Haushalt eingestellt werden müsste. Für etwaige Zuzahlungen der Gemeinde (Anschubfinanzierung, Abschlusszahlung, jährliche Zuschüsse) gelten allerdings die vorbeschriebenen allgemeinen Grundsätze.

Für den Zahlungsfluss im Rahmen des **Vertragsmodells VII** gelten die gleichen Grundsätze, soweit die Verträge zwischen der Gesellschaft und der Gemeinde betroffen sind. Ausgaben für den Erwerb von Geschäftsanteilen sind in den Vermögenshaushalt einzustellen, Gewinne aus der Gesellschaft sind als Einnahmen im Verwaltungshaushalt zu veranschlagen.

6.2.3.2 Zeitpunkt der Veranschlagung

Problematisch können im Rahmen einer PPP-Projektrealisierung der Zeitpunkt der ersten konkreten Veranschlagung von Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen⁵⁵⁰ für PPP-Projekte und die Voraussetzungen, die an die Erstveranschlagung geknüpft werden, sein. Nach den Gemeindehaushaltsverordnungen⁵⁵¹ darf die Veranschlagung von Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Baumaßnahmen gemeindehaushaltsrechtlich erst dann erfolgen, wenn Pläne, Kostenberechnungen und Erläuterungen vorliegen, aus denen die Art der Ausführung, die Kosten der Maßnahme sowie die voraussichtlichen Jahresraten unter Angabe der Kostenbeteiligung Dritter und ein Bauzeitenplan im Einzelnen ersichtlich sind. Zusätzlich ist den Unterlagen in der Regel sogar eine Schätzung der nach Fertigstellung der Maßnahme entstehenden jährlichen Haushaltsbelastungen beizufügen⁵⁵². Die Erlasslage in den Bundesländern zu diesen Vorschriften zeigt, dass gerade im investitionsvorbereitenden Bereich besondere Sorgfalt auf die Beachtung dieser Vorschriften gelegt werden muss. Es liegt eine beanstandungsfähige Rechtsverletzung vor, falls Baumaßnahmen ohne die erforderlichen Unterlagen⁵⁵³ veranschlagt werden⁵⁵⁴.

⁵⁴⁹ Dies entspricht der im Abschnitt Haushaltsrecht als Fall 1 dargestellten Konstellation, vgl. Kap. 5.1.4.7.

⁵⁵⁰ Dazu sogleich.

⁵⁵¹ Vgl. etwa § 9 Abs. 3 GemHVO Brdgb, § 10 Abs. 3 GemHVO NW, § 10 Abs. 3 KomHVO Sachs.

⁵⁵² Vgl. § 10 Abs. 3 KomHVO Sachs. Siehe auch die insoweit ähnlichen § 10 Abs. 3 GemHVO NW bzw. § 9 Abs. 3 GemHVO Brdgb.

⁵⁵³ Einen guten Überblick über den für die Veranschlagung erforderlichen Reifegrad der Planung liefert Scheel/Steup/Schneider/Lienen, Gemeindehaushaltsrecht NRW, § 10 GemHVO NW Rn. 4.

Bei der PPP-Projektrealisierung können diese Verfahrensvorschriften hinderlich sein, da Ausgaben für den kommenden Haushaltsplan bereits veranschlagt werden müssen, obwohl aufgrund des Planungsstandes nur eine konkrete Schätzung aber noch keine exakte Festlegung möglich ist. Denn bei PPP-Projekten ist die konkrete Planung Gegenstand der zu vergebenden Leistung, die Vergabe setzt jedoch eine Veranschlagung im Haushalt voraus. Es ist aber zweifelhaft, ob die strengen Anforderungen der jeweiligen Gemeindehaushaltsverordnung tatsächlich auf die hier untersuchten PPP-Vertragsmodelle Anwendung finden. Aus der Gesetzesystematik der Regelungen ergibt sich, dass die Vorschriften nur für Investitionen (und Investitionsfördermaßnahmen) im gemeindehaushaltsrechtlichen Sinne gelten. Das bedeutet, dass bei der Entgeltveranschlagung der Vertragsmodelle II und III die Anforderungen in der Regel nicht zu beachten sind⁵⁵⁵. Bei den Vertragsmodellen I, IV und V könnten die gesteigerten Vorlagepflichten Geltung allenfalls für den investiven Teil der Ausgaben beanspruchen⁵⁵⁶. Sinn und Zweck der Vorschriften sprechen allerdings für eine auch dies ausschließende einschränkende Auslegung. Die Bestimmungen sind auf Baumaßnahmen zugeschnitten, die im Wege der konventionellen Realisierung verwirklicht werden und bei denen daher konkrete Planungen bereits vor der Vergabe vorliegen. Bei PPP-Projekten geht es demgegenüber um eine ganzheitliche Leistung, die die Planung umfasst und bei der die Baumaßnahme selbst lediglich ein - gegenüber dem Betrieb häufig sogar zurücktretendes - Leistungspaket ist. Hier vor Vertragsschluss eine konkrete Planung zu verlangen widerspräche dem PPP-Ansatz diametral. Deshalb sollte die gemeindehaushaltsrechtliche Vorlagepflicht schon dann als gewahrt angesehen werden können, wenn die Entscheidungsgrundlagen die über das Budgetrecht verfügende Gemeindevertretung (Gemeinderat, Rat) auf Grundlage des jeweiligen PPP-Planungsstandes tatsächlich und ausreichend in die Lage versetzen, sich darüber schlüssig zu werden, ob für die PPP-Maßnahme Mittel im Haushaltsplan veranschlagt werden und welche Beträge hierfür eingesetzt werden sollen. Ob diese einschränkende Auslegung sich in der Praxis allerdings durchsetzt, ist ungewiss, so dass an dieser Stelle gesetzgeberischer Reformbedarf besteht.

Zum Zeitpunkt der ersten Veranschlagung der Kosten steht regelmäßig noch nicht fest, in welcher Weise das Projekt verwirklicht wird. Daher sind auch die konkreten zukünftigen Entgeltverpflichtungen und deren Aufteilung in den Vermögens- und Verwaltungshaushalt ungewiss. Dieses Problem lässt sich in Bund und Ländern durch die Erklärung der gegen-

⁵⁵⁴ Vgl. Ministerium des Innern des Landes Brandenburg, VwV zur GemHVO Brdbg, vom 28. Juni 2002, Ziff. 11.4 zu § 9 GemHVO Brdbg, Amtsblatt für Brandenburg 2002, 718 ff.

⁵⁵⁵ Vgl. zur Differenzierung im Einzelnen Kap. 6.2.3.3.

⁵⁵⁶ Vgl. zur Differenzierung im Einzelnen Kap. 6.2.3.3.

seitigen Deckungsfähigkeit von Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen lösen⁵⁵⁷. Die Gemeindehaushaltsverordnungen ermöglichen keine derartige Flexibilität. Vorgesehen ist regelmäßig lediglich, dass die Ausgaben des Verwaltungshaushalts zugunsten von Ausgaben des Vermögenshaushalts für einseitig deckungsfähig erklärt werden können⁵⁵⁸. Zur Sicherung der notwendigen Flexibilität sollten in Ländern mit entsprechenden Bestimmungen die Ausgaben daher zunächst im Verwaltungshaushalt eingestellt und zugunsten von Ausgaben im Vermögenshaushalt für einseitig deckungsfähig erklärt werden. In Ländern ohne entsprechende Bestimmung⁵⁵⁹ muss allerdings bereits zum Zeitpunkt der Veranschlagung eine entgeltliche Festlegung auf den Verwaltungs- oder Vermögenshaushalt erfolgen. Diese fehlende Flexibilität wirkt sich für PPP-Modelle als hinderlich aus, da der ganzheitliche Ansatz eine Konzeptoffenheit bis zum Vertragsschluss erfordert. Gemeindehaushaltsrechtlich könnte dem durch die Zulassung der gegenseitigen Deckungsfähigkeit entsprechend der Regelung in § 20 Abs. 2 BHO Rechnung getragen werden, wonach Ausgaben für gegenseitig deckungsfähig erklärt werden können, wenn ein verwaltungsmäßiger oder sachlicher Zusammenhang besteht oder eine wirtschaftliche und sparsame Verwendung gefördert wird. Zumindest sollte in allen Ländern die einseitige Deckungsfähigkeit der Ausgaben des Verwaltungshaushalts zugunsten von Ausgaben des Vermögenshaushalts zugelassen werden.

6.2.3.3 Anforderungen an Verpflichtungsermächtigungen

Gemeinden dürfen Verpflichtungen, Ausgaben in künftigen Jahren für Investitionen und Investitionsförderungsmaßnahmen zu leisten, nur eingehen, wenn der Haushaltsplan hierzu ermächtigt (Verpflichtungsermächtigungen)⁵⁶⁰. Im Regelfall dürfen Verpflichtungsermächtigungen lediglich zu Lasten der dem Haushaltsjahr folgenden drei Jahre veranschlagt werden, nur in Ausnahmefällen bis zum Abschluss einer Maßnahme. Zulässigkeitsvoraussetzung ist dabei, dass die Finanzierung der Ausgaben in den künftigen Jahren gesichert erscheint. Darüber hinaus dürfen Verpflichtungsermächtigungen nach einigen Kommunalordnungen ausnahmsweise auch überplanmäßig oder außerplanmäßig eingegangen werden, wenn sie unabweisbar sind und der in der Haushaltssatzung festgesetzte Gesamtbetrag der

⁵⁵⁷ Vgl. Kap. 5.1.4.9.

⁵⁵⁸ Vgl. § 18 Abs. 3 GemHVO BW, § 18 Abs. 3 GemHVO Hess, § 18 Abs. 5 KomHVO Sachs, § 18 Abs. 2 GemHVO NRW.

⁵⁵⁹ Vgl. etwa § 17 GemHVO MV.

⁵⁶⁰ § 86 GO BW, Art. 67 GO Bay, § 84 GO Brdbg., § 16 BremLHO, § 102 HGO, § 53 KV-MV, § 91 NGO, § 84 GO NW, § 102 GO RhPf, § 91 KSVG Saar, § 81 GO Sachs, § 99 GO LSA, § 84 GO SchlH, § 59 ThürKO.

Verpflichtungsermächtigungen nicht überschritten wird⁵⁶¹. Der Gesamtbetrag der Ausgaben bedarf in nahezu allen Bundesländern im Rahmen der Haushaltssatzung der Genehmigung durch die Kommunalaufsichtsbehörden, wenn in den Jahren, zu deren Lasten sie veranschlagt sind, Kreditaufnahmen vorgesehen sind⁵⁶². Lediglich das Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen trifft hierzu keine Regelung⁵⁶³.

Verpflichtungsermächtigungen sind im kommunalen Haushaltswirtschaftsrecht enger definiert als in § 38 BHO. Die Vorschriften der Gemeindeordnungen erfassen nicht alle Verpflichtungen zu Leistungen in künftigen Haushaltsjahren, sondern lediglich Investitionsausgaben und Ausgaben für Investitionsfördermaßnahmen.

Verpflichtungsermächtigungen sind bei den einzelnen Haushaltsstellen zu veranschlagen und es ist anzugeben, wie sich die Belastungen voraussichtlich auf die künftigen Jahre verteilen werden. Sie sind aufgrund ihrer Zwecksetzung auf der Ausgabenseite des Vermögenshaushalts anzusetzen; in den Verwaltungshaushalt können sie nicht aufgenommen werden⁵⁶⁴.

Aus dieser investiven Zuordnung der Verpflichtungsermächtigung folgt, dass Nutzungsentgeltzahlungen für die Folgejahre im Rahmen des **Vertragsmodells III** nach der oben dargestellten traditionellen Betrachtung keiner Verpflichtungsermächtigung im Haushaltsplan der Gemeinde zugänglich sind und den genannten Anforderungen nicht unterliegen⁵⁶⁵. Auch beim **Vertragsmodell II** muss gemäß der dargestellten Differenzierung unterschieden werden: Nur soweit das Leasinggut der Gemeinde zugeordnet wird, sind künftige Tilgungs- und Investitionsanteile der Leasingrate als Verpflichtungsermächtigungen in den Vermögenshaushalt einstellbar.

Diese Abgrenzung kann auch für die **Vertragsmodelle I, IV und V** Geltung beanspruchen. Soweit es sich bei den zu zahlenden Entgelten um Investitionsausgaben handelt, sind diese für die Folgejahre - gemäß den für Verpflichtungsermächtigungen geltenden Restriktionen - als solche in den Haushalt einzustellen. Es zeigt sich damit, dass das Instrument der kommunalhaushaltsrechtlichen Verpflichtungsermächtigung insbesondere aufgrund des engeren

⁵⁶¹ Vgl. § 84 Abs. 1 S. 2 GO NW.

⁵⁶² Vgl. § 86 Abs. 4 GO BW, Art. 67 Abs. 4 GO Bay, §§ 84 Abs. 4 GO Brdgb, § 102 Abs. 4 HGO, § 49 Abs. 1 S. 1 KV MV, § 91 Abs. 4 NGO, § 102 Abs. 4 GO RhPf, § 91 Abs. 4 KSVG Saar, § 81 Abs. 4 GO Sachs, § 99 Abs. 4 GO LSA, § 84 Abs. 4 GO SchlH, § 59 ThürKO.

⁵⁶³ Vgl. § 84 GO NW.

⁵⁶⁴ Scheel/Steup/Schneider/Lienen, Gemeindehaushaltsrecht NRW, § 9 GemHVO NW Rn. 1.

⁵⁶⁵ Kritisch hierzu Reiners, Einführung in das kommunale Haushaltsrecht, S. 89.

Anwendungsbereichs gegenüber dem Bundes- und Landeshaushaltsrecht⁵⁶⁶ nur begrenzt geeignet ist, Haushaltsbelastungen durch PPP-Modelle, die nur in einem weiteren Sinne als investiv angesehen werden können, in den Folgejahren im Gemeindehaushalt transparent zu machen.

6.2.3.4 Einstellung in die Finanzplanung

Planung und Umsetzung von **PPP-Vertragsmodellen** müssen auch in die gemeindliche Finanzplanung eingestellt werden. Nach den Gemeindeordnungen hat die Gemeinde ihrer Haushaltswirtschaft eine fünfjährige Finanzplanung zugrunde zu legen⁵⁶⁷. Das erste Planungsjahr der Finanzplanung ist das laufende Haushaltsjahr. Als Unterlage für die Finanzplanung ist ein Investitionsprogramm aufzustellen. Im Finanzplan sind Umfang und Zusammensetzung der voraussichtlichen Ausgaben und die Deckungsmöglichkeiten darzustellen. Der Finanzplan, der dem Gemeinderat spätestens mit dem Entwurf der Haushaltsatzung vorzulegen ist, und das Investitionsprogramm sind jährlich der Entwicklung anzupassen und fortzuführen. Der Finanzplan soll eine dauerhafte Ordnung der Finanzen sichern und den künftigen Haushaltsausgleich gewährleisten.

6.2.3.4.1 Langfristige Verpflichtungen

Gerade aufgrund der Längerfristigkeit der **PPP-Vertragsmodelle** ist eine haushaltsehrliche Berücksichtigung zukünftiger Verpflichtungen aus derartigen Rechtsgeschäften in der gemeindlichen Finanzplanung dringend geboten. Grundsätzlich gilt, dass Maßnahmen, die zu späteren Belastungen und Verpflichtungen führen, nur eingeplant werden dürfen, wenn - unter Berücksichtigung aller bereits bekannten unabweisbaren Forderungen und Ausgabeverpflichtungen in Haushalten künftiger Jahre - die Deckung der Folgekosten sicher zu erwarten ist⁵⁶⁸. Ist die PPP-Vertragsverpflichtung unabweisbar begründet, so sind Forderungen gegen Haushalte künftiger Jahre aus diesen - teilweise als kreditähnlich einzuordnenden - Geschäften in einer von einigen Gemeindehaushaltsverordnungen geforderten Forderungsübersicht darzustellen⁵⁶⁹. Durch eine derart transparente Darstellung kann weitgehend Vor-

⁵⁶⁶ Vgl. zum bundes- und landeshaushaltsrechtlichen Verständnis der Verpflichtungsermächtigung Kap. 5.1.4.1.

⁵⁶⁷ Vgl. § 85 GO BW, Art. 70 GO Bay, § 83 GO Brdbg, § 31 BremLHO, § 101 HGO, § 45 KV MV, § 90 NGO, § 86 GO NW, § 101 GO RhPf, § 90 KSVG Saar, § 80 GO Sachs, § 98 GO LSA, § 83 GO SchlH, § 62 ThürKO.

⁵⁶⁸ Vgl. Ministerium des Innern des Landes Brandenburg, VwV zur GemHVO Brdbg, vom 28. Juni 2002, zu § 23 GemHVO Brdbg, Amtsblatt für Brandenburg 2002, 718 ff., Ziff. 25.4.

⁵⁶⁹ Vgl. Anlage 21 zu § 23 GemHVO Brdbg, Ziff. 25.4., Amtsblatt für Brandenburg 2002, 759.

sorge gegen Haushaltsrisiken getroffen und die haushaltsrechtliche Kritik an PPP-Modellen entkräftet werden.

6.2.3.4.2 Vorsorge für spätere Optionen

Die häufig bei kreditähnlichen Rechtsgeschäften, insbesondere Leasingverträgen, mit Vertragsablauf fälligen einmaligen Zahlungsverpflichtungen bei Ausübung einer Kaufoption oder Wahrnehmung eines Andienungsrechts sind haushaltswirtschaftlich ebenfalls im Rahmen der Finanzplanung zu berücksichtigen. Bei relativ unbestimmten Optionen oder Vereinbarung des Verkehrswertes als Optionspreis bestehen Risiken für die gemeindliche Haushaltswirtschaft. Die kommunalen Aufgabenträger sollten hier rechtzeitig Vorsorge zur Sicherung der erforderlichen Liquidität treffen, sofern sie die Ausübung der Option beabsichtigen. Ziff. 3.2.2 der KommInvestVwV des Freistaates Sachsen⁵⁷⁰ schreibt darüber hinaus vor, dass auch bei lediglich vorgesehenem Ankauf des Gebäudes oder der Anlage durch den kommunalen Aufgabenträger die Finanzierung des Ankaufpreises gesichert sein muss. Im Zweifel hat der kommunale Aufgabenträger danach eine allgemeine Rücklage in Höhe des späteren Ankaufpreises linear über die Vertragslaufzeit aufzubauen. Es steht zwar außer Frage, dass die Haushaltsplanung im allgemeinen die eventuelle Ausübung einer Kaufoption am Ende der Vertragslaufzeit im Blick haben sollte, eine zwingende Rücklagenbildung ist für den Fall einer bloßen Option jedoch zu weitgehend.

Für nicht in den Geltungsbereich der KommInvestVwV des Freistaates Sachsen fallende kreditähnliche Rechtsgeschäfte ist die Ansammlung der Mittel für die Abschlusszahlung für die Gemeinde freiwillig. Die Gemeinde hat nach pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden, welche Beiträge der Allgemeinrücklage über den in den Gemeindehaushaltsverordnungen geforderten Mindestbestand hinaus zugeführt werden soll. Der Mindestbestand der allgemeinen Rücklage beläuft sich auf 2% der Ausgaben des Verwaltungshaushalts nach dem Durchschnitt der drei dem Haushaltsjahr vorangehenden Jahre⁵⁷¹.

6.2.4 Weitere Anforderungen des kommunalen Haushaltsrechts

Gegen die Kritik an PPP-Vertragsmodellen unter den Gesichtspunkten von Haushaltswahrheit und -haushaltsklarheit spricht darüber hinaus, dass PPP-Vertragsmodelle im Vorbericht

⁵⁷⁰ Vgl. Sächsisches Staatsministerium der Finanzen und Sächsisches Staatsministerium des Innern, KommInvestVwV, Sächs. ABl. 1997, 73 ff.

⁵⁷¹ Vgl. z.B. § 20 Abs. 2 GemHVO BW, § 20 Abs. 2 GemHVO NRW, § 20 Abs. 2 KomHVO Sachs.

zum Haushaltsplan und der Schuldenübersicht bzw. Vermögensrechnung zu berücksichtigen sind oder berücksichtigt werden können.

6.2.4.1 Vorbericht zum Haushaltsplan

Der nach den Gemeindehaushaltsverordnungen notwendige Vorbericht zum Haushaltsplan soll - ergänzend zum eigentlichen Haushaltsplan - einen Überblick über den Stand und die Entwicklung der Haushaltswirtschaft geben. Konkret zu den genannten kreditähnlichen PPP-Vertragsmodellen fordert etwa § 3 Nr. 7 GemHVO NW eine Darstellung, "wie hoch die Belastungen aus kreditähnlichen Rechtsgeschäften (insbesondere Immobilien-Leasing) in den Folgejahren sein werden". Mit dieser neu in die Gemeindehaushaltsverordnung des Landes Nordrhein-Westfalen eingefügten Berichtspflicht sollen im Interesse einer soliden Haushaltswirtschaft und der Forderung nach mehr Transparenz für die Öffentlichkeit die Vorausbelastungen künftiger Haushalte deutlich gemacht werden⁵⁷².

Auch Bürgschaften und Gewährverträge können Risiken für die Haushaltswirtschaft enthalten, die im Haushalt der Gemeinde nicht ausgewiesen sind. Da sie jedoch zur Gesamtbeurteilung der Haushalts- und Finanzlage erforderlich sind, bietet es sich an, Bürgschaften und Gewährverträge in einer Übersicht mit dem Haushaltsplan gegenüber der Gemeindevertretung und der Kommunalaufsichtsbehörde nachzuweisen⁵⁷³. Diesen Nachweis - Übersicht über übernommene Bürgschaften, Verpflichtungen aus Gewährverträgen sowie die Rechtsgeschäfte, die diesen wirtschaftlich gleichkommen - im Haushaltsvorbericht fordert z.B. Schleswig-Holstein in § 3 Nr. 3 GemHVO SH ausdrücklich.

6.2.4.2 Schuldenübersicht bzw. Vermögensrechnung

Der nach den Gemeindehaushaltsverordnungen notwendigen Jahresrechnung ist entweder eine Übersicht über die Schulden⁵⁷⁴ oder eine Vermögensrechnung⁵⁷⁵ beizufügen. In diesem Rahmen sind auch die finanziellen Belastungen aus Rückzahlungsverpflichtungen aus kreditähnlichen Rechtsgeschäften in der Vermögensrechnung bzw. der Schuldenübersicht aufzuführen. Weiter sind in der Übersicht über den voraussichtlichen Stand der Schulden gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 4 der Gemeindehaushaltsverordnungen der Länder in Verbindung mit

⁵⁷² Scheel/Steup/Schneider/Lienen, Gemeindehaushaltsrecht NRW, Erl. § 3 GemHVO NW Rn. 5.

⁵⁷³ Vgl. Ministerium des Innern des Saarlandes, Erlass zur Kreditwirtschaft der Gemeinden, vom 21. August 1990, Gem. MinBl. Saar, 238.

⁵⁷⁴ Vgl. § 39 Abs. 2 Nr. 2 GemHVO NW.

⁵⁷⁵ Vgl. § 38 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 42 KomHVO Sachs.

der entsprechenden Anlage in der VwV Gliederung und Gruppierung Schulden aus Vorgängen, die Kreditaufnahmen wirtschaftlich gleichkommen, ausdrücklich auszuweisen.

6.2.5 Ergebnis

Werden diese Maßgaben in allen Bundesländern einheitlich berücksichtigt, wird die Transparenz der Darstellung von PPP-Modellen im Gemeindehaushalt erhöht. Die Einwände gegen PPP-Projekte unter den Gesichtspunkten der Haushaltswahrheit und -klarheit sind dann unbegründet. Im Gegenteil: Im Vergleich zu eigenfinanzierten Hochbauinvestitionen mit ungewisser, langfristiger Betriebskostenentwicklung, die in der Haushaltsplanung keine Berücksichtigung findet, kann sich eine umfassende Veranschlagung auch künftiger, feststehender Verpflichtungen aus PPP-Verträgen durchaus als insgesamt haushaltsehrlicher darstellen.

6.3 Kommunale Unternehmen - Voraussetzungen für das Vertragsmodell VII

Die soeben dargestellten haushaltswirtschaftsrechtlichen Maßgaben für PPP-Projekte gelten - mit den dargestellten Differenzierungen - für alle PPP-Modelle. Bei **Vertragsmodell VII** besteht die Besonderheit lediglich darin, dass die öffentliche Hand an dem Privaten beteiligt ist. In diesem Fall sind zusätzlich die Vorschriften der Gemeindeordnungen über kommunale Unternehmen zu berücksichtigen.

Die Gemeindeordnungen der Flächenstaaten sehen durchweg einschränkende Voraussetzungen für die Gründung von wirtschaftlichen Unternehmen durch die Gemeinde vor. Unabhängig von der wirtschaftlichen Betätigung bestehen weitere einschränkende Voraussetzungen für Unternehmen und Einrichtungen in Rechtsformen des privaten Rechts. Diese Voraussetzungen sind nicht nur zu beachten, wenn die Gemeinde ein Unternehmen alleine gründet, sie gelten vielmehr auch für privatrechtlich verfasste Unternehmen, an denen neben der Gemeinde auch Private beteiligt sind⁵⁷⁶.

Voraussetzung für die Gründung eines wirtschaftlichen Unternehmens durch die Gemeinde ist regelmäßig, dass ein öffentlicher Zweck das Unternehmen erfordert und es nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht. Die meisten Gemeindeordnungen enthalten darüber hinaus sogenannte Subsidiaritätsklauseln, die wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinden davon abhängig machen, dass der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder

⁵⁷⁶ Vgl. etwa § 122 HGO, § 109 NGO, § 108 GO NW.

erfüllt werden kann⁵⁷⁷ und Voraussetzungen für (auch nichtwirtschaftliche) Unternehmen in privater Rechtsform.

6.3.1 Wirtschaftliche Unternehmen

Ob die Gemeinde die engen Voraussetzungen für wirtschaftliche Unternehmen erfüllen muss, wenn sie eine gesellschaftsrechtliche Partnerschaft mit Privaten eingehen will, hängt davon ab, ob dies - je nach Wortlaut der Gemeindeordnungen - als "wirtschaftliches Unternehmen" bzw. als "wirtschaftliche Betätigung" einzustufen ist. Verzichtet wird auf diese zentrale Begrifflichkeit bislang lediglich in Bayern und Thüringen. In Bayern gelten die einschränkenden Voraussetzungen für die Einrichtung aller gemeindlichen Unternehmen außerhalb der allgemeinen Verwaltung der Gemeinde⁵⁷⁸, in Thüringen für jedes Unternehmen⁵⁷⁹.

Herkömmlicherweise wird die nichtwirtschaftliche von der wirtschaftlichen Betätigung positiv durch das sogenannte "Popitz-Kriterium" abgegrenzt. Demzufolge gelten solche Veranstaltungen der Gemeinde als wirtschaftlich, die gegen Entgelt Leistungen zur Verfügung stellen, die ihrer Art nach auch durch Privatunternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung in den allgemeinen Verkehr gebracht zu werden pflegen⁵⁸⁰. § 107 Abs. 1 S. 3 GO NW definiert wirtschaftliche Betätigung dementsprechend als den Betrieb von Unternehmen, die als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern oder Dienstleistungen am Markt tätig werden, sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnte. § 100 Abs. 1 GO Brdbg enthält eine ähnliche Definition. Wirtschaftliche Betätigung ist danach das Herstellen, Anbieten oder Verteilen von Gütern, Dienstleistungen oder vergleichbaren Leistungen, die ihrer Art nach auch mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnten.

Nicht als wirtschaftlich einzustufen sind demgemäß PPP-Projekte, bei denen die Gemeinde lediglich als Nachfrager für private Dienstleistungen oder Produkte auftritt, wie dies bei den Vertragsmodellen I-VI der Fall ist. Denn die Erbringung von Leistungen für die Gemeinde und ihre Einrichtungen fällt mangels konkurrenzwirtschaftlichem Angebot von Waren oder Dienstleistungen durch die Gemeinde nicht unter den Begriff der wirtschaftlichen Betäti-

⁵⁷⁷ So etwa § 85 Abs. 1 Nr. 3 GO RhPf, § 102 GO BW; Art. 87 GO Bay, § 108 NGO, § 107 GO NW, § 101 GO SchIH. Keine Subsidiaritätsklausel findet sich in der Hessischen Gemeindeordnung (vgl. § 121 HGO).

⁵⁷⁸ Art. 86 f. GO Bay.

⁵⁷⁹ § 71 Abs. 1 ThürKO.

⁵⁸⁰ Popitz, Der künftige Finanzausgleich zwischen Reich, Ländern und Gemeinden, S. 49.

gung⁵⁸¹. Auch bloße "Hilfsbetriebe", die ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinden dienen, sind mangels Teilnahme am Markt aus dem Begriff der wirtschaftlichen Betriebe ausgenommen⁵⁸². Zum Teil sehen die Gemeindeordnungen dies auch ausdrücklich vor⁵⁸³. Gründet die Gemeinde also eine Projektgesellschaft, deren einzige Aufgabe die Erstellung und der Betrieb eines von der Gemeinde selbst benötigten Hochbaus ist, liegt keine wirtschaftliche Betätigung vor. Nichts anderes gilt, wenn sich an dieser Gesellschaft ein Privater beteiligt (**Vertragsmodell VII**).

Nicht als wirtschaftliche Unternehmen angesehen werden teilweise auch sogenannte "An-nexbetriebe", die mit Verwaltungseinrichtungen verbunden sind und die mit ihren gegenüber Dritten erbrachten Leistungen unmittelbar Verwaltungsaufgaben dienen. Allerdings müssen diese Betriebe vom öffentlichen Zweck der Einrichtungen gedeckt sein und dürfen nicht als wirtschaftlich selbstständige Anbieter auftreten⁵⁸⁴. Für PPP's in gesellschaftsrechtlicher Form kann dies etwa in Betracht kommen, wenn die gegründete Gesellschaft alleine zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge tätig wird.

Die Positivdefinitionen sind mit Abgrenzungsunsicherheiten belastet. Dementsprechend verzichten die meisten Gemeindeordnungen auf sie und fingieren - mit Ausnahme von Bayern und Thüringen - die nichtwirtschaftliche Natur bestimmter kommunaler Unternehmen durch unterschiedlich weite Negativlisten. So bestimmt etwa § 102 Abs. 3 GO BW, dass folgende Unternehmen nicht als wirtschaftlich gelten:

- Unternehmen, zu deren Betrieb die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist,
- Einrichtungen des Unterrichts-, Erziehungs- und Bildungswesens, der Kunstpflege, der körperlichen Ertüchtigung, der Gesundheits- und Wohlfahrtspflege sowie öffentliche Einrichtungen ähnlicher Art und
- Hilfsbetriebe, die ausschließlich zur Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde dienen.

Einen erheblich weiteren und konkreteren Negativkatalog sieht beispielsweise die Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen vor. Als wirtschaftliche Betätigung gilt danach u.a. nicht der Betrieb von

⁵⁸¹ Badura, DÖV 1998, 818 (820); vgl. Eifert, VerwArch 2002, 561 (568 f.).

⁵⁸² Badura, DÖV 1998, 818 (821).

⁵⁸³ Z.B. § 107 Abs. 2 Nr. 5 GO NW, § 85 Abs. 3 Nr. 7 GO RhPf.

⁵⁸⁴ Badura, DÖV 1998, 818 (821).

- "2. öffentlichen Einrichtungen, die für soziale und kulturelle Betreuung der Einwohner erforderlich sind, insbesondere Einrichtungen auf den Gebieten
 - Erziehung, Bildung oder Kultur (Schulen, Volkshochschulen, Tageseinrichtungen für Kinder und sonstige Einrichtungen der Jugendhilfe, Bibliotheken, Museen, Ausstellungen, Opern, Theater, Kinos, Bühnen, Orchester, Stadthallen, Begegnungsstätten),
 - Sport oder Erholung (Sportanlagen, zoologische und botanische Gärten, Wald-, Park- und Gartenanlagen, Herbergen, Erholungsheime, Bäder, Einrichtungen zur Veranstaltung von Volksfesten),
 - Gesundheits- oder Sozialwesen (Krankenhäuser, Bestattungseinrichtungen, Sanatorien, Kurparks, Senioren- und Behindertenheime, Frauenhäuser, soziale und medizinische Beratungsstellen),
3. Einrichtungen, die der Straßenreinigung, der Wirtschaftsförderung, der Fremdenverkehrsförderung oder der Wohnraumversorgung dienen,
4. Einrichtungen des Umweltschutzes, insbesondere der Abfallentsorgung oder Abwasserbeseitigung sowie des Messe- und Ausstellungswesens,
5. Einrichtungen, die als Hilfsbetrieb ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs vor Gemeinden und Gemeindeverbänden dienen."⁵⁸⁵

Insgesamt vermitteln die Negativkataloge der Bundesländer kein homogenes Bild. Schwerer wiegt, dass sie auch in sich nicht in jeder Hinsicht schlüssig sind. So ist beispielsweise nicht unmittelbar einsichtig, warum etwa die Abwasserbeseitigung anders als die Wasserversorgung keine Wirtschaftstätigkeit sein soll⁵⁸⁶.

Nach der Positivdefinition dürften viele der von den Gemeinden in Zusammenarbeit mit Privaten durch gesellschaftsrechtliche Kooperationsverträge gegründeten Unternehmen als wirtschaftlich einzustufen sein, da sich ein Privater regelmäßig nur mit der Absicht der Gewinnerzielung an einem solchen Unternehmen beteiligen wird. Daher ist die Formulierung der Negativkataloge die entscheidende Weichenstellung dafür, in welchen Bereichen die Gemeinde sich ohne die einschränkenden Voraussetzungen für wirtschaftliche Unternehmen an Vertragsmodell VII beteiligen kann. Ist das geplante Unternehmen nach der einschlägigen Bestimmung der Gemeindeordnung als wirtschaftlich einzustufen, unterliegt es den nachfolgend dargestellten Schranken.

⁵⁸⁵ § 107 Abs. 2 GO NW.

⁵⁸⁶ Ehlers, Gutachten E zum 64. DJT, S. 30.

6.3.2 Öffentlicher Zweck

Die Kommunalverfassungen der Flächenstaaten verlangen, dass ein öffentlicher Zweck das Unternehmen rechtfertigt⁵⁸⁷ oder - noch strenger - erfordert⁵⁸⁸. Das Vorliegen eines öffentlichen Zwecks der Betätigung wird bejaht, wenn das Unternehmen "unmittelbar durch seine Leistung, nicht nur mittelbar durch seine Gewinne und Erträge" dem Wohl der Gemeindebürger dient⁵⁸⁹. Die Leistungen des Unternehmens müssen im gemeindlichen Wirkungskreis liegen und eine im öffentlichen Interesse gebotene Versorgung der Einwohner zum Ziel haben, also zum Bereich der Daseinsvorsorge gehören. Zulässig sind auch Annextätigkeiten zur Daseinsvorsorge, die einen engen Zusammenhang zur Hauptaufgabe aufweisen oder nur vorübergehend zur Auslastung freier Kapazitäten aufgenommen werden.

Selbst die mit dem Erfordernis eines öffentlichen Zwecks errichtete Hürde ist vergleichsweise niedrig, da es hauptsächlich den Anschauungen und Entschlüssen der maßgeblichen Gemeindeorgane überlassen bleibt, worin sie eine Förderung des Gemeinwohls erblicken und diese Einschätzung der Beurteilung durch den Richter weitgehend entzogen ist⁵⁹⁰. Allerdings reicht die bloße Gewinnerzielung nicht als öffentlicher Zweck aus⁵⁹¹. Das schließt nicht aus, dass die Gemeinde Gewinne erzielt, wenn dadurch der öffentliche Zweck nicht beeinträchtigt wird⁵⁹².

Ist die Hauptbetätigung des kommunalen Unternehmens durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt, können auch nicht unmittelbar zur Erreichung des öffentlichen Zwecks erforderliche Annextätigkeiten zulässig sein, sofern sie im Vergleich zum Hauptzweck über eine nur untergeordnete Rolle nicht hinausgehen. Die Nebentätigkeiten dürfen nur bei Gelegenheit der eigentlichen, bislang wahrgenommenen Aufgaben unter Ausschöpfung vorhandener, sonst brach liegender Kapazitäten betrieben werden (z.B. Verkehrsmittelreklame durch Verkehrsunternehmen; Einsatz zeitweise freier Kapazitäten der eigenen Reparaturwerkstätten für Fremdnutzungen)⁵⁹³.

⁵⁸⁷ Vgl. etwa § 102 Abs. 1 Nr. 1 GO BW, § 100 Abs. 2 Nr. 1 GO Brdgb, § 85 Abs. 1 Nr. 1 GO RHPf.

⁵⁸⁸ Etwa Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GO Bay, § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GO NW.

⁵⁸⁹ BVerfGE 61, 82 (107); vgl. RHPfVerfG, NVwZ 2000, 801 (803).

⁵⁹⁰ Vgl. BVerwGE 39, 329 (334); Schink, NVwZ 2002, 129 (132).

⁵⁹¹ Ehlers, Gutachten E zum 64. DJT, S. 70.

⁵⁹² Meininger, in: Fabry/Augsten, Handbuch Unternehmen der öffentlichen Hand, Rn. 2/14.

⁵⁹³ Meininger, in: Fabry/Augsten, Handbuch Unternehmen der öffentlichen Hand, Rn. 2/17.

6.3.3 Leistungsfähigkeit

Die Gemeindeordnungen sehen darüber hinaus vor, dass die wirtschaftliche Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen muss⁵⁹⁴. Die Gemeinde darf also keine wirtschaftlichen Unternehmen errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, die ihre personellen, sachlichen oder finanziellen Kräfte überfordern⁵⁹⁵.

Die meisten Gemeindeordnungen fordern weiter, dass auch ein angemessenes Verhältnis zum voraussichtlichen Bedarf besteht⁵⁹⁶. Nach diesen Bestimmungen müssen die erzielbaren Vorteile sich mit den finanziellen Belastungen zumindest die Waage halten⁵⁹⁷.

6.3.4 Subsidiarität

Nach den meisten Gemeindeordnungen sind wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinden nur zulässig, wenn der öffentliche Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch andere Unternehmen erfüllt werden kann⁵⁹⁸, die Gemeinde die Aufgabe also ebenso gut und wirtschaftlich wie ein Privater zu erfüllen in der Lage ist⁵⁹⁹. Einige Gemeindeordnungen schließen eine gemeindliche Wirtschaftstätigkeit darüber hinausgehend bereits dann aus, wenn die Aufgabe ebenso gut und wirtschaftlich von Dritten erfüllt werden kann⁶⁰⁰, fordern von den Gemeinden also eine wirtschaftlichere oder bessere Aufgabenerfüllung. Nur in Hessen findet sich keine Subsidiaritätsklausel⁶⁰¹.

Mit den Subsidiaritätsklauseln wollten die Gesetzgeber eine ungehemmte wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden zu Lasten der Privatwirtschaft verhindern und erreichen, dass sich die öffentliche Hand auf ihre eigentlichen Aufgaben konzentriert und nicht die mit einer Unternehmertätigkeit verbundenen Risiken am Markt eingeht. Allerdings steht der Gemeinde bei der Frage, ob sie sich hinsichtlich Wirtschaftlichkeit und Güte der Leistung mit einem

⁵⁹⁴ Vgl. etwa § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GO NW.

⁵⁹⁵ Meininger, in: Fabry/Augsten, Handbuch Unternehmen der öffentlichen Hand, Rn. 2/19.

⁵⁹⁶ Vgl. etwa § 100 Abs. 2 Nr. 2 GO Brdgb, § 102 Abs. 1 Nr. 2 GO BW, Art. 87 Abs. 1 Nr. 2 GO Bay.

⁵⁹⁷ Kämmerer, Privatisierung, S. 247.

⁵⁹⁸ Vgl. § 102 Abs. 1 Nr. 3 GO BW, § 100 Abs. 3 GO Brdgb., § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO NW, § 108 Abs. 1 Nr. 3 KSVG Saar, § 116 Abs. 1 Nr. 3 GO LSA, § 101 Abs. 1 Nr. 3 GO SchIH.

⁵⁹⁹ So § 68 Abs. 1 Nr. 3 KV MV.

⁶⁰⁰ Vgl. Art. 87 Abs. 1 Nr. 4 GO Bay, § 85 Abs. 1 Nr. 3 GO RhPf, § 71 Abs. 1 Nr. 4 ThürKO.

⁶⁰¹ Vgl. § 121 HGO.

Privaten messen kann, ein Beurteilungsspielraum zu. Der Beurteilungsspielraum bezieht sich vor allem auf die Güte der Leistung und damit auch auf die Nachhaltigkeit der Leistungserfüllung⁶⁰².

In den letzten Jahren sind einige Veränderungen im gemeindlichen Wirtschaftsrecht vorgenommen worden, die vor allem die Subsidiaritätsklausel betreffen und auf eine Restriktion der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden zugunsten privater Dritter ausgerichtet sind⁶⁰³. So sieht etwa § 101 Abs. 4 GO Brdbg zur Sicherung der Subsidiarität vor, dass der Gemeindevertretung Angebote privater Unternehmen vorzulegen sind. Die Gemeinde ist danach zu einem Markterkundungsverfahren verpflichtet. Die Gemeindeordnung für das Land Brandenburg fordert im Interesse einer sparsamen Haushaltsführung darüber hinaus, dass Leistungen, die von privaten Anbietern in mindestens gleicher Qualität und Zuverlässigkeit bei gleichen oder geringeren Kosten erbracht werden können, diesen Anbietern übertragen werden, sofern dies mit dem öffentlichen Interesse vereinbar ist⁶⁰⁴. Hierzu sind Angebote einzuholen und Vergleichsberechnungen vorzunehmen, die der Gemeindevertretung vorzulegen sind. Gefordert ist damit ein Wirtschaftlichkeitsvergleich zur Sicherung der Subsidiarität, der die Erfüllung der Aufgabe durch die Gemeinde der Erfüllung durch private Anbieter gegenüberstellt.

In eine andere Richtung geht die Neuregelung in Nordrhein-Westfalen. Hier ist die Subsidiarität auf ein Tätigwerden der Gemeinde außerhalb der Energieversorgung, der Wasserversorgung, des öffentlichen Verkehrs sowie des Betriebs von Telekommunikationsleitungsnetzen einschließlich der Telefondienstleistungen beschränkt⁶⁰⁵. Prozedural sieht die nordrhein-westfälische Gemeindeordnung vor der Entscheidung über die wirtschaftliche Betätigung jedoch in ähnlicher Art und Weise eine Marktanalyse über Chancen und Risiken und die Auswirkungen der wirtschaftlichen Unternehmung auf Handwerk und mittelständische Wirtschaft vor, die dem Rat zuzuleiten ist. Den örtlichen Selbstverwaltungsorganisationen von Handwerk, Industrie und Handel sowie den betroffenen Gewerkschaften ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben⁶⁰⁶. Der Schutz der örtlichen Wirtschaft und insbesondere des Mittelstandes vor gemeindlicher Konkurrenz, den die Subsidiaritätsklauseln bezwecken, wird also durch Anhörungsrechte und die Durchführung einer Marktanalyse abgesichert.

⁶⁰² RhPfVerfGH, NVwZ 2000, 801 (803).

⁶⁰³ Schink, NVwZ 2002, 129 (132). Damit geht eine Entwicklung zur Auflösung der bisherigen Einheitlichkeit des Gemeindegewirtschaftsrecht einher.

⁶⁰⁴ § 100 Abs. 3 GO Brdbg.

⁶⁰⁵ § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO NW.

⁶⁰⁶ § 107 Abs. 5 GO NW.

Eine mittelstandsfreundliche Regelung dieser Art findet sich auch in der Thüringer Gemeinde- und Landkreisordnung. Dort ist gegebenenfalls ein Markterkundungsverfahren unter Einbindung der betroffenen örtlichen Betriebe in Landwirtschaft, Handel, Gewerbe und Industrie durchzuführen, wenn es um die Frage geht, ob der Zweck des wirtschaftlichen Unternehmens nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt werden kann⁶⁰⁷. § 71 Abs. 2 ThürKO normiert zusätzlich, dass Unternehmen der Gemeinde keine Schädigung und keine Aufsaugung selbständiger Betriebe in Landwirtschaft, Handel, Gewerbe und Industrie bewirken dürfen.

In Ländern, die keine entsprechenden Regelungen enthalten, kann die Gemeinde Markterkundungsverfahren selbstverständlich in gleicher Weise freiwillig durchführen. Dies empfiehlt sich zur Überprüfung der Erforderlichkeit gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit und um der Gemeindevertretung (Gemeinderat, Rat) eine aussagefähige Entscheidungsgrundlage zu liefern.

Enthält eine Gemeindeordnung die Zulässigkeitsvoraussetzung der Subsidiarität nicht, wie dies in Hessen der Fall ist, wird vielfach vertreten, dass diese Voraussetzung sich bereits unter das Kriterium der Zweckerforderlichkeit des Unternehmens subsumieren lasse⁶⁰⁸ und auch verfassungsrechtlich geboten sei⁶⁰⁹.

6.3.5 Wirtschaftliche Unternehmen in Privatrechtsform

Neben der dargestellten kommunalrechtlichen Schrankentrias sehen die einzelnen Bundesländer weitere einschränkende Sonderregelungen für wirtschaftliche Unternehmen vor, die in Privatrechtsform betrieben werden. Diese Voraussetzungen gelten auch für die Beteiligung von Gemeinden an Unternehmen in Privatrechtsform. Die Voraussetzungen gehen zwar im Detail auseinander, fordern typischerweise jedoch, dass

- im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung sichergestellt ist, dass das Unternehmen den öffentlichen Zweck erfüllt,
- die Gemeinde angemessenen Einfluss im Aufsichtsrat oder in einem entsprechendem Gremium erhält,

⁶⁰⁷ § 71 Abs. 1 Nr. 4 ThürKO.

⁶⁰⁸ Knemeyer/Kempen, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger; Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 2, Rn. 17/51 m.w.N.; a.A. Otting, Neueres Steuerungsmodell und rechtliche Beurteilungsspielräume der Kommunen, S. 133.

⁶⁰⁹ Ehlers, Gutachten E zum 64. DJT, S. 82 f., 85, 135 m.w.N.

- die Haftung der Gemeinde auf einen bestimmten, ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt wird⁶¹⁰.

Darüber hinaus enthalten die meisten Gemeindeordnungen mehr oder minder strenge weitere Voraussetzungen für die Beteiligung von Gemeinden an privatrechtlichen Gesellschaften. Beispiele hierfür sind, dass

- ein wichtiges Interesse der Gemeinde an der Beteiligung vorliegt⁶¹¹,
- die kommunale Aufgabe dauerhaft nicht mindestens ebenso gut in Organisationsformen des öffentlichen Rechts erfüllt werden kann⁶¹²,
- die Einzahlungspflicht der Gemeinde in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit steht⁶¹³,
- die Gemeinde sich nicht zur Übernahme von Verlusten in unbestimmter oder unangemessener Höhe verpflichtet⁶¹⁴,
- gewährleistet ist, dass der Jahresabschluss und der Lagebericht, soweit nicht weitergehende gesetzliche Vorschriften gelten oder andere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, entsprechend den für große Kapitalgesellschaften geltenden Vorschriften des dritten Buchs des Handelsgesetzbuches aufgestellt und geprüft werden⁶¹⁵.

Von bestimmten Voraussetzungen können sich die Gemeinden in einigen Ländern im Einzelfall durch die Kommunalaufsichtsbehörden befreien lassen⁶¹⁶.

Darüber hinaus verpflichten die Gemeindeordnungen die Gemeinden dazu, von ihnen die Rechnungsprüfung betreffenden Rechten nach § 53 HGrG Gebrauch zu machen und stellen

⁶¹⁰ Art. 92 Abs. 1 S. 1 GO Bay, § 103 Abs. 1 S. 1 GO BW, § 109 Abs. 1 NGO, § 108 Abs. 1 S. 1 GO NW, § 69 Abs. 1 KV MV.

⁶¹¹ § 110 Abs. 1 Nr. 1 KSVG Saar, § 102 Abs. 1 Nr. 1 GO SchlH.

⁶¹² § 102 Abs. 1 Nr. 1 GO SchlH, vgl. auch § 108 Abs. 1 Nr. 2 GO NW, § 69 Abs. 1 Nr. 1 KV MV.

⁶¹³ § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 GO NW.

⁶¹⁴ § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 GO NW.

⁶¹⁵ § 122 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 HGO, ähnlich § 103 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 Buchst. B GO BW, § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 8 GO NW, § 102 Abs. 1 Nr. 4 GO SchlH.

⁶¹⁶ Art. 92 Abs. 1 Nr. 3 GO Bay, § 122 Abs. 1 S. 2 HGO, § 108 Abs. 1 S. 2 GO NW, § 102 Abs. 1 S. 2 GO SchlH.

in unterschiedlicher Weite zusätzliche Anforderungen für die Wirtschafts- und Finanzplanung, die Prüfung und das Berichtswesen auf⁶¹⁷.

Relevant werden diese Vorschriften für PPP-Gesellschaftsmodelle (Vertragsmodell VII), die eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde selbst zum Gegenstand haben. Die regelmäßig vorzufindende Voraussetzung einer Haftungsbegrenzung schließt eine Beteiligung der Gemeinden an Gesellschaften bürgerlichen Rechts oder offenen Handelsgesellschaften aus und beschränkt die gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten für PPP's auf die Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, einer Aktiengesellschaft oder die Beteiligung der Gemeinde als Kommanditist einer Kommanditgesellschaft. Die Beteiligung als Kommanditist an einer Kommanditgesellschaft ist allerdings wegen der bei dieser Organisationsform lediglich begrenzten Einflussmöglichkeiten der Gemeinde auf die Geschäftsführung kommunalwirtschaftsrechtlich problematisch. Möglich ist aber die Beteiligung an der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co KG.

Nicht unproblematisch ist angesichts des kommunalrechtlich geforderten angemessenen Einflusses auch die Organisation des kommunalen Unternehmens in der Rechtsform der Aktiengesellschaft. Denn nach dem Aktiengesetz sind der Vorstand und der Aufsichtsrates der Aktiengesellschaft vergleichsweise unabhängig⁶¹⁸. Ein Weisungsrecht des kommunalen Mehrheitsgesellschafters ist gegenüber Vorstand und Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft nicht zulässig⁶¹⁹. Dementsprechend lassen einige Gemeindeordnungen Aktiengesellschaften nur unter einschränkenden Voraussetzungen zu und bestimmen, dass die Gemeinde Unternehmen und Einrichtungen in dieser Rechtsform nur gründen, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen darf, wenn der öffentliche Zweck nicht ebenso gut in einer anderen Rechtsform erfüllt wird oder erfüllt werden kann⁶²⁰. Gegenüber der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist die Rechtsform einer Aktiengesellschaft nach diesen Regelungen subsidiär.

Für Unternehmen, an denen eine Gemeinde beteiligt ist, kommt daher in erster Linie die Organisationsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung bzw. der GmbH & Co. KG in Betracht. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung bietet vor allem die Möglichkeit, der Gemeinde den angemessenen Einfluss einzuräumen, damit die demokratisch legitimierten Ge-

⁶¹⁷ Siehe Art. 94 GO Bay, § 103 Abs. 1 Nr. 5 GO BW, § 123 HGO, § 121 GO LSA, § 108 Abs. 2 GO NW, §§ 89 f. GO RhPf.

⁶¹⁸ Vgl. § 76 Abs. 1 AktG; Mayen, DÖV 2001, 110 (113).

⁶¹⁹ Mayen, DÖV 2001, 110 (113).

⁶²⁰ § 108 Abs. 3 GO NW; § 95 Abs. 2 GO Sachs.

meindeorgane ihrer Einwirkungspflicht nachkommen können. Der von den Gemeindeordnungen geforderte angemessene Einfluss hängt nicht allein von einer bestimmten betragsmäßigen Beteiligung - insbesondere einer Mehrheitsbeteiligung - ab. Entscheidend sind vielmehr die Umstände des Einzelfalls. Maßgeblich dafür, ob ein angemessener Einfluss vorliegt, sind

- die Höhe der Beteiligung⁶²¹,
- das Bestehen von Entsenderechten,
- Abstimmungsmodalitäten zugunsten der Gemeinde (qualifizierte Mehrheiten, Vetorechte, Mehrfachstimmrechte, Sperrminoritäten, Stimmbindungsverträge mit anderen Anteilseignern),
- Kündigungs- und Heimfallrechte sowie allgemeine Auseinandersetzungsregelungen zugunsten der Gemeinde,
- Art der auf die Gesellschaft übertragenen Aufgabe, insbesondere ihre Zuordnung zum hoheitlichen Bereich⁶²².

6.3.6 Nichtwirtschaftliche Unternehmen in Privatrechtsform

Nichtwirtschaftliche Unternehmen unterliegen nach den Gemeindeordnungen ähnlichen Restriktionen wie wirtschaftliche, sofern sie in Privatrechtsform betrieben werden. Sinn dieser Regelungen ist es, der Auslagerung hoheitlicher Aufgaben auf verselbständigte Einheiten vorzubeugen⁶²³. Die meisten Gemeindeordnungen differenzieren bei der Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen daher nicht mehr oder kaum noch zwischen solcher wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Natur⁶²⁴. Zum Teil werden aber auch zusätzliche Voraussetzungen für nichtwirtschaftliche Unternehmen in Privatrechtsform verlangt. So fordert etwa § 121 Abs. 2 HGO ein wichtiges Interesse an der Beteiligung an der Gesell-

⁶²¹ Zum Teil wird "angemessener Einfluss" demgegenüber als ein der Kapitalbeteiligung entsprechender Einfluss verstanden. So Brandenburgisches Ministerium des Innern, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden und die Beteiligung Privater nach den Regelungen der Kommunalverfassung Brandenburg vom 15. Oktober 1993, Runderlass III Nr. 61/1994, Anlage 2, S. 3. Nach dieser Sichtweise ist die Höhe der Beteiligung Ausgangspunkt der Angemessenheitsprüfung und nicht deren Rechtsfolge.

⁶²² Vgl. Schneider/Dreßler/Lüll, HGO, § 122 Rn. 7.

⁶²³ Kämmerer, Privatisierung, S. 251.

⁶²⁴ Vgl. § 103 GO BW, Art. 92 GO Bay, § 102 GO Brdgb, § 109 Abs. 1 NGO, § 122 Abs. 2 HGO, § 108 GO NW, § 87 GO RhPf, § 110 KSVG Saar, § 96 GO Sachs, § 102 Abs. 2 GO SchlH.

schaft in Privatrechtsform. Diese Voraussetzung hat das Ziel, die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben nur im Ausnahmefall privatrechtlich verfassten Gesellschaften zu überlassen. Der Begriff des wichtigen Interesses geht daher über den des öffentlichen Interesses hinaus. Für die Durchführung des Vertragsmodells VII dürfte ein wichtiges Interesse regelmäßig vorliegen, sofern mit ihnen eine wirtschaftlichere Aufgabenerfüllung verbunden ist⁶²⁵.

Aus den Sonderregelungen der Gemeindeordnungen für nichtwirtschaftliche Unternehmen in Privatrechtsform ist vor allem die Regelung in § 70 KV MV hervorzuheben. Solche Unternehmen sind danach nur zugelassen, wenn neben weiteren - auch für wirtschaftliche Unternehmen geltenden - Vorschriften eine Aufgabe der Gemeinde unter wesentlicher Beteiligung eines privaten Dritten erfüllt werden soll und hierfür geeignet ist sowie ein wichtiges Interesse der Gemeinde an der gemeinsamen Aufgabenerfüllung vorliegt⁶²⁶. Liegen diese Voraussetzungen vor, ist im Gegensatz zu wirtschaftlichen Unternehmen in Privatrechtsform nicht mehr erforderlich, dass der öffentliche Unternehmenszweck nicht durch einen Eigenbetrieb erfüllt werden kann⁶²⁷. In dieser Regelung liegt die ausdrückliche Anerkennung des Vertragsmodells VII unter Verzicht auf die in Mecklenburg-Vorpommern sonst angeordneten Vorrangigkeit des öffentlich-rechtlichen Eigenbetriebs. Die Vorschrift führt zugleich dazu, dass einer Erfüllung der Aufgabe in Form des Vertragsmodells VII (gemischtwirtschaftliches Unternehmen) der Vorrang vor der Wahrnehmung durch eine Eigengesellschaft in Privatrechtsform eingeräumt wird⁶²⁸. Ob diese Regelung anderen Ländern jedoch als Vorbild dienen kann ist zweifelhaft. Schließlich sind die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Vertragsmodells VII vergleichsweise eng und es stellt sich die Frage, ob nicht generell auf die Anordnung des Vorrangs der öffentlich-rechtlichen Organisationsform verzichtet werden sollte, um Gemeinden die Nutzung der Effizienzvorteile privater Organisationsformen zu ermöglichen.

Hinzuweisen ist weiter auf § 109 Abs. 1 Nr. 7 NGO, der für die kraft gesetzlicher Fiktion als nichtwirtschaftlich geltenden kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform, an denen die Gemeinden über eine Anteilsmehrheit verfügen, ein Letztentscheidungsrecht der Gemeinde in allen wichtigen Angelegenheiten dieser Einrichtung fordert. Diese Voraussetzung geht über den sonst geforderten "angemessenen Einfluss" hinaus. Sie ist gegebenenfalls bei der

⁶²⁵ Vgl. Schneider/Dreßler/Lüll, HGO, § 122 Rn. 10.

⁶²⁶ Vgl. auch die ähnliche Regelung in § 104 GO BW a.F.; Schuppert, in: Budäus/Eichhorn, Public Private Partnership, S. 93 (113 f.).

⁶²⁷ § 70 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 69 Abs. 1 Nr. 1 KV MV.

⁶²⁸ Vgl. Jessen, Die Privatisierung der Abwasserbeseitigung aus gebührenrechtlicher Sicht, S. 85.

Gestaltung des Vertragsmodells VII zu beachten und ist für die Beteiligung Privater hinderlich.

6.3.7 Begrenzung wirtschaftlicher Betätigung auf das Gemeindegebiet

In den meisten Bundesländern existieren keine Vorschriften darüber, ob und inwieweit sich gemeindliche Wirtschaftstätigkeit auf Gebiete außerhalb der Gemeinde erstrecken darf. In diesen Ländern ist eine überörtliche kommunale Wirtschaftstätigkeit - mit Ausnahme der kommunalen Gemeinschaftsarbeit nach den entsprechenden Landesgesetzen - nach überwiegender Auffassung unzulässig⁶²⁹. Begründet wird dies damit, dass auch das privatwirtschaftliche Handeln von Gemeinden Verwaltung sei und daher Kompetenzen voraussetze⁶³⁰. Art. 28 Abs. 2 GG gewähre den Gemeinden jedoch nur das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu regeln.

Zumindest soweit keine gesetzlichen Spezialermächtigungen vorliegen, ist kommunale Wirtschaftstätigkeit nach dieser Argumentation nur in Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zulässig. Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts diejenigen Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, die also den Gemeindegewohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der Gemeinde betreffen⁶³¹. Eine bloße Ausstrahlung kommunalen Wirkens auf Fremdgemeinden ohne Kompetenzübergreifung wird als unschädlich angesehen, da die Bindung des Selbstverwaltungsrechts an die örtliche Gemeinschaft keine strikte geographische Beschränkung der Reichweite des kommunalen Handelns auf das Gemeindegebiet erfordert⁶³². Bei der Frage, ob sich die Wirtschaftstätigkeit auf das Gemeindegebiet bezieht, wird zum Teil darauf abgestellt, ob die eigentliche Wertschöpfung der erbrachten Leistung auf dem Gemeindegebiet stattfindet oder für die Gemeindebevölkerung erfolgt⁶³³.

In Bayern, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt und Thüringen wurde die überörtliche wirtschaftliche Betätigung in jüngerer Vergangenheit ausdrücklich zugelassen. Ziel der Regelungen ist es, den gemeindlichen Unternehmen im Wettbewerb mit regelmäßig überörtlich täti-

⁶²⁹ Etwa Mann, JZ 2002, 819 (825); Schink, NVwZ 2002, 129 (135); Stober, NJW 2002, 2357 (2365).

⁶³⁰ RhPfVerfGH, NVwZ 2000, 801; Gern, NJW 2002, 2593 (2598).

⁶³¹ BVerfGE 79, 127 (151 f).

⁶³² Gern, NJW 2002, 2593 (2595).

⁶³³ Kühling, NJW 2001, 177 (182).

gen privaten Unternehmen Chancengleichheit zu gewähren. Gemäß Art. 87 Abs. 2 GO Bay darf die Gemeinde mit ihren Unternehmen außerhalb des Gemeindegebiets tätig werden, wenn die allgemeinen Voraussetzungen für gemeindliche Unternehmen erfüllt sind und die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften gewahrt werden, wobei bei der Versorgung mit Strom und Gas nur die Interessen als berechtigt gelten, die nach den Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen. Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt und Thüringen enthalten ähnliche Regelungen⁶³⁴, wobei die Regelung in Sachsen-Anhalt am weitesten geht. Dort gelten bei im Wettbewerb wahrgenommenen Aufgaben nur die Interessen anderer Gemeinden als berechtigt, die nach bundesgesetzlichen Vorgaben eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen. Die betroffene Gemeinde ist so rechtzeitig vor der Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit in ihrem Gemeindegebiet zu informieren, dass sie ihre berechtigten Interessen geltend machen kann.

Die Verfassungsmäßigkeit der Neuregelungen wird zum Teil bezweifelt⁶³⁵. Die Aufgabe des Örtlichkeitsprinzips berge nämlich das Risiko, dass einzelne Gemeinden legitimiert werden, über ihre öffentlichen Unternehmen in das Selbstverwaltungsrecht anderer Gemeinden gegen deren Willen einzugreifen⁶³⁶. Neben den verfassungsrechtlichen Einwänden wird vorgetragen, dass öffentliche Unternehmen an den jeweiligen Verwaltungsauftrag der Gemeinde gebunden seien, was eine örtliche Begrenzung impliziere. Den Gemeinden seien auch keinesfalls die Hände gebunden, da sie das Örtlichkeitskriterium durch eine demokratisch legitimierte freiwillige Zusammenarbeit im Rahmen ihrer anerkannten Kooperationshoheit überwinden könnten⁶³⁷.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat hierzu festgestellt, dass sich aus Art. 28 GG kein generelles Verbot einer überörtlichen Tätigkeit ableiten lasse und diese - jedenfalls unter bestimmten Voraussetzungen - für zulässig gehalten⁶³⁸. Insgesamt scheint die Diskussion allerdings noch keineswegs abgeschlossen zu sein⁶³⁹, so dass eine entgeltliche Bewertung noch nicht getroffen werden kann.

⁶³⁴ § 107 Abs. 3 GO NW, § 116 Abs. 3 GO LSA, § 71 Abs. 4 ThürKO.

⁶³⁵ Schink, NVwZ 2002, 129 (135 ff.); Stober, NJW 2002, 2357 (2365); eingehend Gern, NJW 2002, (2593 ff.), der sich für eine verfassungskonforme Reduktion ausspricht.

⁶³⁶ Stober, NJW 2002, 2357 (2365); dagegen Britz, NVwZ 2001, 380 (386).

⁶³⁷ Stober, NJW 2002, 2357 (2365).

⁶³⁸ NVwZ 2000, 714 (715).

⁶³⁹ Vgl. Britz, NVwZ 2001, 380 ff.; Gern, NJW 2002, 2593 ff.; Kühling, NJW 2001, 177; Schink, NVwZ 2002, 129 ff.; Stober, NJW 2002, 2357 ff.

Für das **Vertragsmodell VII** bedeutet dies, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit des gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens über das Gemeindegebiet hinaus nur in Bayern, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt und Thüringen in Betracht kommt, aber auch dort mit einem Risiko behaftet ist. Diese Beschränkung wird etwa dann relevant, wenn in dem Betrieb des Hochbaus durch die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft eine die Gemeindegrenzen überschreitende wirtschaftliche Betätigung liegt oder die von den Privaten und der Gemeinde gegründete Projektgesellschaft ihr durch das Projekt erworbene Know-how auch auf die Durchführung von PPP-Modellen in Nachbargemeinden anwenden möchte. Beschränkt sich die Tätigkeit der Gesellschaft auf die Leistungserbringung gegenüber der beteiligten Gemeinde, bleibt die Beschränkung ohne Bedeutung.

6.3.8 Weitere für PPP relevante Vorschriften

Eine vor allem für Vertragsmodell VII relevante Vorschrift ist § 115 NGO: Danach sind Rechtsgeschäfte, durch die die Gemeinde ihren Einfluss auf ein gemeindliches Unternehmen, eine Einrichtung oder eine Gesellschaft verliert oder mindert, nur zulässig, wenn die Maßnahme im wichtigen Interesse der Gemeinde liegt. Dies gilt unter anderem ausdrücklich für die Veräußerung eines Eigenbetriebes, einer Eigengesellschaft oder von Anteilen an einer solchen, für die Beteiligung von Privatpersonen oder Privatgesellschaften an Eigengesellschaften und für den Zusammenschluss von gemeindlichen Unternehmen und Einrichtungen mit privaten Unternehmen. Das gleiche gilt gemäß § 115 Abs. 1 S. 2 NGO für den Abschluss eines Verpachtungs-, Betriebsführungs- oder Anlagenüberlassungsvertrages über einen Eigenbetrieb, eine Eigengesellschaft sowie über ein Unternehmen oder eine Einrichtung, an dem die Gemeinde mit mehr als 50 vom Hundert beteiligt ist. Neben dem wichtigen Interesse müssen zudem die Voraussetzungen für die Führung von Unternehmen und Einrichtungen in einer Rechtsform des privaten Rechts vorliegen⁶⁴⁰.

Ein wichtiges Interesse dürfte sich zwar regelmäßig mit den Effizienzvorteilen begründen lassen, die eine PPP-Struktur bei entsprechender Gestaltung bewirken kann, die Argumentationslast liegt jedoch bei den Befürwortern eines solchen Projektes, was sich für PPP tendenziell als hinderlich erweist.

⁶⁴⁰ § 115 Abs. 1 S. 3 NGO.

6.3.9 Durchsetzung der kommunalwirtschaftsrechtlichen Voraussetzungen

6.3.9.1 Rechtsschutz gegen kommunale Wettbewerbsteilnahme

Ob die Einhaltung der Voraussetzungen für die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden durch private Unternehmen einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden kann, ist zweifelhaft. Der Bundesgerichtshof hat kürzlich entschieden, dass die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit einer Gemeinde nicht schon deshalb als unlauterer Wettbewerb gegenüber privaten Konkurrenten angesehen werden kann, weil sie der Gemeinde nach kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorschriften untersagt ist, und den drittschützenden Charakter im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB für die bayerischen Bestimmungen verneint⁶⁴¹. Zuvor hatte das Bundesverwaltungsgericht den baden-württembergischen Bestimmungen den drittschützenden Charakter im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO abgesprochen, und damit die verwaltungsprozessuale Klagebefugnis Privater ausgeschlossen⁶⁴². Teile der Literatur übertragen diese Rechtsprechung auf das gesamte Bundesgebiet und verneinen den drittschützenden Charakter der kommunalwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen generell⁶⁴³.

Demgegenüber sehen andere die kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorschriften generell oder für einzelne Länder als drittschützend an und bejahen dementsprechend die Klagemöglichkeit privater Konkurrenten⁶⁴⁴. Diese Auffassung hat das Oberlandesgericht Düsseldorf jüngst in einem vergaberechtlichen Urteil bestärkt. Das Gericht hat den drittschützenden Charakter der nordrhein-westfälischen Vorschriften über die gemeindliche Wirtschaftstätigkeit nach Auseinandersetzung mit dem Urteil des Bundesgerichtshofes zur Rechtslage in Bayern bejaht⁶⁴⁵.

Unabhängig davon, ob man den drittschützenden Charakter der kommunalwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen bejaht, steht einem betroffenen Konkurrenten die Möglichkeit einer Klage gegen das wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde zur Seite, sofern er durch die Unternehmenstätigkeit in seinen Grundrechten betroffen ist. Dies wird allerdings erst dann

⁶⁴¹ BGH, NJW 2002, 2645 (2648), mit zust. Anmerkung Meyer, NVwZ 2002, 1075 ff., entgegen der vorherigen Rechtsprechung der Mehrzahl der Oberlandesgerichte.

⁶⁴² BVerwGE 39, 329 (336); die damals geltende Rechtslage enthielt allerdings keine Subsidiaritätsklausel.

⁶⁴³ Badura, DÖV 1998, 818 (921); zum Streitstand Schmahl, Umfang und Grenzen wirtschaftlicher Betätigung von Gemeinden in Brandenburg, LKV 2000, 47 (51).

⁶⁴⁴ RhPfVerfGH, NVwZ 2000, 801 (804); Schink, NVwZ 2002, 129 (138); zum Streitstand Schmahl, LKV 2000, 47 (51) m.w.N.

⁶⁴⁵ NZBau 2002, 626 (630 ff.).

angenommen, wenn die private wirtschaftliche Betätigung unmöglich gemacht oder unzumutbar eingeschränkt wird oder eine unerlaubte Monopolstellung der Gemeinde entsteht⁶⁴⁶.

Private Klagemöglichkeiten gegen eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden kommen daher nur in Ausnahmefällen in Betracht.

6.3.9.2 Kommunalaufsicht

Über die Einhaltung der einschränkenden Voraussetzung für die gemeindliche Wirtschaftstätigkeit wacht die Rechtsaufsicht durch die Kommunalaufsichtsbehörden. Über das reguläre Instrumentarium der repressiven Staatsaufsicht hinaus, mit dem die Gemeinden rechtswidrige Handlungen beanstanden und ihre Korrektur verlangen kann, sichern die Gemeindeordnungen die Einhaltung der Voraussetzungen für die gemeindliche Wirtschaftstätigkeit prozedural durch Anzeigepflichten oder durch Genehmigungsvorbehalte.

Die Anzeigepflicht ist das am wenigsten in die kommunale Selbstverwaltung eingreifende und aus der Aufsichtsperspektive schwächste Instrument. Ein Vollzugsverbot tritt hier regelmäßig erst mit der Beanstandung der Maßnahme ein. Die Anzeigepflicht ist das typische für die kommunalaufsichtsrechtliche Kontrolle gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit vorgesehene Instrument und findet sich in den meisten Gemeindeordnungen⁶⁴⁷. Teilweise wird sie - als stärkere Eingriffsform - mit einer zeitlich begrenzten Vollzugssperre gekoppelt⁶⁴⁸.

Die weitest gehende formale Beschränkung der kommunalen Wirtschaftstätigkeit und das stärkste aufsichtsrechtliche Instrumentarium stellen die präventiven Genehmigungsvorbehalte dar. Hier bedarf die Unternehmensgründung oder -beteiligung zu ihrer Wirksamkeit der ausdrücklichen Zustimmung der Kommunalaufsichtsbehörde. Hinsichtlich der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit finden sich Genehmigungsvorbehalte nur vereinzelt. Einige Länder sehen einen Genehmigungsvorbehalt für die Gründung eines Unternehmens in Privatrechtsform, die Änderung der Zweckbestimmung oder die Beteiligung an einem solchen vor⁶⁴⁹. In Thüringen ist auch die überörtliche gemeindliche Wirtschaftstätigkeit genehmigungsbedürftig, sofern sie nicht auf die Versorgung mit Strom oder Gas gerichtet ist⁶⁵⁰. In Nordrhein-Westfalen

⁶⁴⁶ BVerwG, NJW 1995, 2938; Tettinger, NJW 1998, 3473 (3474).

⁶⁴⁷ Etwa Art. 96 GO Bay, § 77 KV MV, § 116 Abs. 1 NGO, § 115 GO NW, § 108 GO SchIH.

⁶⁴⁸ §§ 102, 119 Abs. 1 GO LSA, § 108 Abs. 1 S. 3 GO SchIH.

⁶⁴⁹ § 96 Abs. 3 GO Sachs, § 71 Abs. 1 S. 4 ThürKO. Eine ähnliche Regelung findet sich bis Ende 2003 noch in § 110 Abs. 4 GO Brdbg.

⁶⁵⁰ § 71 Abs. 4 S. 3 ThürKO.

bedarf nur die Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde auf ausländischen Märkten der kommunalaufsichtsrechtlichen Genehmigung⁶⁵¹.

6.4 Gebühren und Entgelte - Besonderheiten beim PPP-Konzessionsmodell

Besonderheiten gelten bei PPP-Hochbauprojekten, wenn von den Drittnutzern Gebühren oder Entgelte für die Benutzung erhoben werden. Im Hinblick auf die hier untersuchten PPP-Vertragstypen ist dies beim PPP-Konzessionsmodell der Fall. Die rechtlichen Grenzen der Gebühren- bzw. Entgelterhebung sind für die Gestaltung des Konzessionsvertrages von entscheidender Bedeutung, da durch sie konkretisiert wird, in welcher Höhe die Gemeinde und der Private ihre Kosten aus den Drittnutzerentgelten refinanzieren können.

Für die rechtliche Behandlung der Preisfestsetzung ist zwischen der öffentlich-rechtlichen und der privatrechtlichen Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses zu differenzieren. Während sich die rechtlichen Grenzen bei der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses unmittelbar aus dem Gebührenrecht ergeben, stellt sich bei privatrechtlicher Ausgestaltung die Frage, inwiefern die gebührenrechtlichen Grundsätze auch auf das privatrechtliche Entgelt anzuwenden sind.

6.4.1 Öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses

6.4.1.1 Öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis

Im Bereich der Leistungsverwaltung können die Gemeinden die Inanspruchnahme ihrer öffentlichen Einrichtungen öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich gestalten. Die Wahlfreiheit der Gemeinde bezieht sich sowohl auf die Organisationsform der Einrichtung als auch auf die Ausgestaltung des Leistungs- und Benutzungsverhältnisses⁶⁵². Eine öffentlich-rechtliche Ausgestaltung setzt jedoch voraus, dass die Gemeinde selbst Trägerin der Einrichtung bleibt und dies nicht einer privaten Gesellschaft überlässt (selbst wenn es sich hierbei um eine 100%ige Tochter der Gemeinde handelt).

Im Hinblick auf das PPP-Konzessionsmodell spielt das Kommunalabgabenrecht in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich daher vor allem dann eine Rolle, wenn die Gemeinde selbst Trägerin der Einrichtung bleibt. Dies ist - je nach Ausgestaltung - auch bei Konzessionsverträgen möglich. Denn dass die Gemeinde Privaten den Betrieb einer öffentlichen Einrichtung überträgt, steht der Qualifizierung als öffentliche Einrichtung nicht zwingend entgegen.

⁶⁵¹ § 107 Abs. 4 GO NW.

⁶⁵² Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 9.

gen. Auch bei Übertragung des Betriebs einer Einrichtung (z. B. eines Schwimmbads) auf einen Privaten kann die Gemeinde Trägerin der Einrichtung bleiben. Bei einer solchen "funktionalen Privatisierung" wird lediglich die Erfüllung der Aufgabe auf ein Privatrechts-subjekt übertragen, wobei die Gemeinde aber die jeweilige Aufgabe in ihrem Zuständigkeits- und Verantwortungsbereich behält. Der Private tritt nur als Verwaltungshelfer auf⁶⁵³. Private können in diesen Fällen nach vereinzelt Bestimmungen in den Kommunalabgabengesetzen auch in das Abgabenerhebungsverfahren eingeschaltet werden⁶⁵⁴. Liegen, wie in den meisten Ländern, keine derartigen Ermächtigungen zur Einschaltung Dritter in die Gebührenerhebung vor, verbleibt es bei der Grundregel, dass die Gebühren von der Gemeinde selbst zu erheben sind und diese sich dabei im Wege der Verwaltungshilfe der Unterstützung Privater bedienen darf⁶⁵⁵.

Die öffentlich-rechtlichen Bindungen gelten darüber hinaus, wenn der Hochbau zwar von einem Privaten betrieben wird, dieser aber durch oder aufgrund eines Gesetzes mit hoheitlichen Befugnissen beliehen wurde (Beliehener), Dritten gegenüber also öffentlich-rechtlich handelt⁶⁵⁶. Denkbar ist insbesondere eine Beleihung mit dem Recht zur Gebührenerhebung. In diesem Fall - für den es im öffentlichen Hochbau allerdings bislang an Beispielen fehlt⁶⁵⁷ - gelten die gebührenrechtlichen Grundsätze ebenfalls unmittelbar.

Neben der Einbeziehung Privater als Verwaltungshelfer in die Aufgabenerfüllung und der Beleihung ist eine Privatisierung unter Wahrung der öffentlich-rechtlichen Organisationsform dadurch möglich, dass Private an dem öffentlichen Unternehmen beteiligt werden. Bei diesem sog. "Holding-Modell" gründet der Anstaltsträger eine Holding AG, die sich in einer bestimmten Höhe als atypisch stiller Gesellschafter an der Anstalt des öffentlichen Rechts beteiligt und hierdurch an Gewinn und Verlust der Anstalt entsprechend ihrer Beteiligungsquote teilnimmt. An dieser Holding wird wiederum ein privater Investor mit bis zu 49,9% beteiligt⁶⁵⁸. Dieses Privatisierungsmodell wurde im Falle der Berliner Wasserbetriebe durch das Urteil des Berliner Verfassungsgerichtshofs verfassungsrechtlich gebilligt⁶⁵⁹.

⁶⁵³ Stelkens/Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 1 Rn. 114.

⁶⁵⁴ Vgl. etwa § 10 Abs. 1 KAG SA.

⁶⁵⁵ Siehe oben Kap. 6.1.1.

⁶⁵⁶ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 1 Rn. 30.

⁶⁵⁷ Anders im Fernstraßenbau nach dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz.

⁶⁵⁸ Vgl. zur Gestaltung des Modells im einzelnen: Wolfers, NVwZ 2000, 765 ff.

⁶⁵⁹ BerIVerfGH, NVwZ 2000, 794 ff.

6.4.1.2 Gebührenrechtliche Grundsätze

Im Falle der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses bestimmt sich die Erhebung der Gebühren für die Inanspruchnahme öffentlicher Einrichtungen und Anlagen nach den Kommunalabgabengesetzen der Länder⁶⁶⁰. Eine Erhebung der Benutzungsgebühren ist danach nur aufgrund einer Satzung möglich⁶⁶¹.

Für die Erhebung der Gebühren gelten die abgabenrechtlichen Grundsätze, also insbesondere das Äquivalenzprinzip, nach dem ein Missverhältnis zwischen der Leistung der Verwaltung und der Gebührenhöhe im Einzelfall unzulässig ist, der Gleichheitsgrundsatz, nach dem die einzelnen Abgaben im Verhältnis der Abgabenschuldner untereinander dem Grunde und der Höhe nach nicht willkürlich festgesetzt werden dürfen, und das Kostendeckungsprinzip in seiner einfachgesetzlichen Ausgestaltung in den Kommunalabgabengesetzen⁶⁶². Der Inhalt des Kostendeckungsprinzips variiert von Bundesland zu Bundesland. Es ist teilweise als Kostendeckungsgebot⁶⁶³, teilweise als Kostenüberschreitungsverbot⁶⁶⁴ und teilweise als Kostenorientierungsgebot⁶⁶⁵ bzw. als Mischung dieser Grundsätze ausgestaltet.

Bei der Auslegung des zugrunde zu legenden Kostenbegriffs nehmen die Kommunalabgabengesetze der Länder nahezu alle Bezug auf betriebswirtschaftliche Grundsätze⁶⁶⁶. Diese Bezugnahme führt zu einem weiten Beurteilungsspielraum der Gemeinden bei der Gebührengestaltung, denn die Rechtsprechung versteht unter betriebswirtschaftlichen Grundsätzen

"betriebswirtschaftliche Lehrmeinungen, die in der wissenschaftlichen Literatur mit beachtlichem Gewicht vertreten werden, ohne jedoch notwendig eine Mehrheitsmeinung darzustellen, und die zumindest Eingang in die betriebswirtschaftliche Praxis gefunden haben."⁶⁶⁷

Den Kommunalabgabengesetzen lässt sich jedoch insoweit eine Festlegung entnehmen, als durchgängig die Einbeziehung kalkulatorischer Kosten vorgesehen ist. Hieraus wird ge-

⁶⁶⁰ Vgl. § 6 KAG NW, § 8 Abs. 1 und 2 BayKAG.

⁶⁶¹ Vgl. § 2 KAG BW, § 2 KAG Bay, § 2 KAG Hess.

⁶⁶² Gern, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 999 ff.

⁶⁶³ Vgl. § 12 Abs. 2 S. 1 ThürKAG, § 6 Abs. 1 S. 3 KAG NW.

⁶⁶⁴ Vgl. § 9 Abs. 2 S. 1 KAG BW (wobei nach Satz 3 der Vorschrift Versorgungseinrichtungen und wirtschaftliche Unternehmen einen angemessenen Ertrag für die Gemeinde abwerfen dürfen), § 5 Abs. 1 S. 2 NKAG, § 6 Abs. 1 S. 3 KAG NW, § 6 Abs. 1 S. 2 KAG MV, § 10 Abs. 1 KAG Sachs.

⁶⁶⁵ § 10 Abs. 2 S. 1 KAG Hess, Art. 8 Abs. 2 S. 1 KAG Bay.

⁶⁶⁶ Schulte/Wiesemann, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, § 6 KAG NW Rn. 29 ff.; Tettinger, NWVBl. 1996, 81, Fn. 4 m.w.N.

⁶⁶⁷ Ständige Rechtsprechung seit OVG Münster, NVwZ 1995, 1233 (1234).

schlossen, dass nicht von einem pagatorischen, also allein auf Zahlungsströme abstellenden Kostenbegriff, sondern von einem wertmäßigen Kostenbegriff auszugehen ist. Dieser betont den Wert, den der im Zuge der Leistungserstellung verbrauchte Produktionsfaktor repräsentiert. Unter den Kosten im betriebswirtschaftlichen Sinne ist danach der "durch die Leistungserbringung in einer Periode bedingte Wertverzehr an Gütern und Dienstleistungen" zu verstehen⁶⁶⁸.

Eine Begrenzung der in der Gebührenkalkulation ansatzfähigen betriebsbedingten Kosten ergibt sich bei der Einbeziehung Privater in die Aufgabenerfüllung insbesondere aus dem Grundsatz der Erforderlichkeit der Kosten. Nach diesem aus dem Äquivalenzprinzip und dem Prinzip der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit folgenden Grundsatz dürfen überflüssige wie auch übermäßige Kosten bei der Gebührenkalkulation nicht berücksichtigt werden⁶⁶⁹. Darüber hinaus besteht für die Gemeinden aufgrund des Kostendeckungsprinzips eine Begrenzung in der Gebührenkalkulation hinsichtlich der Erzielung von "eigenen Gewinnen", welche bei der Gestaltung der verschiedenen PPP-Modelle ebenfalls zu beachten ist. Aufgrund des Kostendeckungsprinzips ist den Kommunen der Ansatz eines sogenannten kalkulatorischen Gewinns, mit dem insbesondere das allgemeine Unternehmenswagnis abgegolten wird, untersagt⁶⁷⁰. In der Gebührenkalkulation ist nach den Regelungen in den Bundesländern als Kostenansatz allein eine angemessene Verzinsung des aufgewandten Kapitals anerkannt⁶⁷¹. Anders als beim Entgelt an einen Privaten – dazu näher unten –, darf also bei der Gebührenermittlung von der Gemeinde kein darüber hinausgehender Gewinnaufschlag für das allgemeine Unternehmenswagnis vorgenommen werden.

Zum aufgewandten Kapital gehört sowohl das Eigenkapital als auch das Fremdkapital. Die Einbeziehung von Kapitalzinsen in die durch Benutzungsgebühren zu deckenden Kosten einer öffentlichen Einrichtung ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sachgemäß, da die Bindung von Kapital in einer öffentlichen Einrichtung zugunsten eines bestimmten Personenkreises dazu führt, dass der Träger öffentlicher Verwaltung andere öffentliche Vorhaben nicht, oder erst zu einem späteren Zeitpunkt verwirklichen kann. Da-

⁶⁶⁸ Vgl. Nachweise bei Schulte/Wiesemann, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, § 6 KAG NW Rn. 47.

⁶⁶⁹ VGH Kassel, NVwZ-RR 2000, 243 ff.; Schulte/Wiesemann, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, § 6 KAG NW Rn. 70-72; Quaas, NVwZ 2002, 144 (145).

⁶⁷⁰ Schulte/Wiesemann, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, § 6 KAG NW Rn. 82-83; Jessen, Die Privatisierung der Abwasserbeseitigung aus gebührenrechtlicher Sicht, S. 236.

⁶⁷¹ Z.B. § 6 Abs. 2 S. 4 KAG NW, dazu BVerwG, NVwZ 1984, 239 (239).

durch wird der Allgemeinheit ein Nutzen entzogen, welcher der öffentlichen Einrichtung und ihren Benutzern über den Ansatz dieser "Kosten" anzulasten ist⁶⁷².

Für den Ansatz des kalkulatorischen Zinssatzes sind nach einem Grundsatzurteil des Oberverwaltungsgerichts Münster nicht die in der jeweiligen Gebührenperiode am Kapitalmarkt herrschenden Verhältnisse, sondern langfristige Durchschnittsverhältnisse maßgebend. Als Ausgangswert für die Berechnung der fiktiven Eigenkapitalzinsen hielt das Gericht einen durchschnittlichen Zinssatz in Höhe von 7,5 bis 7,7% für angemessen. Dieser Zinssatz ist dann hinsichtlich des zu verzinsenden Fremdkapitals angemessen zu erhöhen. Das Gericht hielt insofern einen Mischzinssatz für Fremd- und Eigenkapitalzinsen bis zur Höhe von maximal 8% auf das aufgewandte Kapital für zulässig⁶⁷³.

Aus der Begrenzung der ansatzfähigen Kosten der Gemeinde auf die Kapitalverzinsung folgt, dass die Gemeinden, wenn sie im Rahmen der Übertragung der Aufgabenerfüllung z.B. einzelne Vermögensgegenstände des Anlagevermögens, das sie bisher für öffentliche Aufgaben eingesetzt haben, auf eine Gesellschaft privaten Rechts übertragen, die entstehenden Veräußerungsgewinne, die den buchwertigen Restwert des Vermögens übersteigen, dem Gebührenhaushalt gutschreiben müssen⁶⁷⁴.

Ob diese Begrenzung auf die Kapitalverzinsung auch auf den Fall der Beteiligung eines Privaten an einem öffentlichen Unternehmen anzuwenden ist oder ob ein Gewinnaufschlag für den beteiligten Privaten in diesem Fall möglich ist, ist bisher noch nicht entschieden worden. Im Falle der Privatisierung der Berliner Wasserbetriebe war in die Kalkulation zwar ein solcher "Wagnisaufschlag" von zwei Prozentpunkten auf den langfristigen Darlehenszins eingestellt und vom Berliner Verfassungsgerichtshof für verfassungswidrig erklärt worden. Begründet wurde dies aber allein damit, dass der "Wagnisaufschlag" unabhängig von der Teilprivatisierung erhoben wurde. Die Frage der allgemeinen Zulässigkeit eines solchen Zuschlags blieb hingegen mit 4:4 Stimmen umstritten. Nach der Auffassung von vier Richtern sei eine solche Gewinnmaximierung die zwangsläufige Konsequenz einer zulässigen Teilprivatisierung und daher bei Sachgerechtigkeit des Zuschlags mit in die Kalkulation einzubeziehen. Dies wurde von den anderen vier Richtern mit der Begründung abgelehnt, dass die erstrebte Haushaltsentlastung nicht durch einen "Gewinnaufschlag" zu Lasten der Drittnutzer finanziert werden dürfe. Allerdings war Grundlage ihrer ablehnenden Entscheidung, dass im vorliegenden Fall der Zuschlag zumindest teilweise wiederum dem Landeshaushalt zu Gute

⁶⁷² BVerwG, NVwZ 1984, 239 (240).

⁶⁷³ OVG Münster, NVwZ 1995, 1233 (1238); OVG Münster, NVwZ-RR 1996, 695 (697).

⁶⁷⁴ OVG Münster, NVwZ 1995, 1238 (1239).

kommen sollte⁶⁷⁵. Eine Begrenzung des Gewinnzuschlags auf den privaten Kapitalanteil war bei der Privatisierung der Berliner Wasserbetriebe nämlich nicht vorgesehen. Da der Berliner Verfassungsgerichtshof über die generelle Zulässigkeit eines solchen Zuschlags nicht abschließend entschieden und eine höhere Verzinsung des dem Kapitalanteil des privaten Investors zuzurechnenden betriebsnotwendigen Kapitals nicht grundsätzlich ausgeschlossen hat, ist die Frage der Zulässigkeit eines solchen Zuschlags im Rahmen der Beteiligung eines Privaten an einer solchen Holding AG gerichtlich nicht abschließend entschieden. Eine sich an der im folgenden dargestellten Rechtsprechung zu der zulässigen Einbeziehung von Fremdleistungsentgelten in die Gebührenkalkulation orientierende Regelung ist daher – bei vergleichbarem Risiko des Privaten – auch in diesem Fall vorstellbar.

6.4.1.3 Entgelte für Fremdleistungen

Die Einbindung eines Privaten in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben erfolgt in der Regel über einen Vertrag, in dem festgelegt wird, welche Leistungen der Private für die Gemeinde zu erbringen und welches Entgelt diese dafür zu zahlen hat⁶⁷⁶. Erhebt die Gemeinde für die Aufgabenerfüllung von einem Dritten Gebühren ist daher entscheidend, welche an den Privaten aufgrund des Vertrages abzuführenden Entgelte als Kosten der Gemeinde gebührenrechtlich ansatzfähig sind.

In einigen Kommunalabgabengesetzen wird diesbezüglich ausdrücklich klargestellt, dass zu den Kosten auch Entgelte für in Anspruch genommene "Fremdleistungen" gehören⁶⁷⁷. Aber auch in Ländern, in denen es an einer solchen Regelung fehlt, kann die Beauftragung privater Dritter mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben aufgrund der Organisationshoheit der Gemeinde nicht über das kommunale Gebührenrecht faktisch gänzlich ausgeschlossen werden⁶⁷⁸. Grundsätzlich sind damit Kosten des im Rahmen eines PPP-Projektes als Verwaltungshelfer beauftragten Dritten rechtlich Kosten der laufenden Verwaltung und als solche in die Gebühren einzukalkulieren⁶⁷⁹. Betreibt mithin der Dritte die öffentliche Einrichtung und schuldet ihm die Gemeinde kraft Vertrages entsprechende Betriebskosten, so gehören die an den Dritten abzuführenden Betriebskostenumlagen zu den ansatzfähigen Kosten der Einrichtung⁶⁸⁰.

⁶⁷⁵ BerlVerfGH, NVwZ 2000, 794 (799).

⁶⁷⁶ Wiesemann, NWVBl. 1998, 257.

⁶⁷⁷ Z.B. § 10 Abs. 2 S. 2 KAG Hess, § 6 Abs. 2 S. 4 KAG NW, § 5 Abs. 2 S. 4 KAG SA.

⁶⁷⁸ Vgl. BVerwG, NVwZ 1999, 653.

⁶⁷⁹ OVG Münster, NVwZ 1995, 1238; Quaas, NVwZ 2002, 144 f.

⁶⁸⁰ Lichtenfeld, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, § 6 KAG NW Rn. 736 m.w.N.

An den Ansatz der Kosten werden durch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung in Einzelfragen durchaus abweichende Anforderungen gestellt. Grundvoraussetzung für die Ansatzfähigkeit ist zunächst, dass die für die Einschaltung des privaten Dritten entstandenen Kosten für "Fremdleistungen" zutreffend ermittelt und in die Gebührenkalkulation eingestellt werden⁶⁸¹. Einigkeit besteht in der Rechtsprechung darüber hinaus, dass das Prinzip der Erforderlichkeit und Angemessenheit der Kosten maßgeblich für die Gebührenfähigkeit der an den Privaten gezahlten Entgelte ist⁶⁸². Eine vertragliche Festlegung des Entgelts bedeutet also nicht, dass es ohne Rücksicht auf seine Höhe als erforderliche Aufwendung für die Leistungserbringung anzusehen ist.

Anerkannt ist auch bei dem Privaten die Einbeziehung einer angemessenen kalkulatorischen Verzinsung des Kapitals, das der Betreiber für die Herstellung oder Erweiterung eines Betriebs einsetzt. Diese können nämlich grundsätzlich als Kosten für die Bereitstellung des betriebsnotwendigen Kapitals und damit als Kosten des Betriebes verstanden werden⁶⁸³. Anders als bei der Gemeinde ist es nach der Rechtsprechung darüber hinaus grundsätzlich möglich, das "allgemeine Unternehmenswagnis" des Privaten, das aus den Wagnissen gebildet wird, die das Unternehmen als Ganzes gefährden und die in seiner Eigenart, in den besonderen Bedingungen des Wirtschaftszweiges oder in wirtschaftlicher Tätigkeit schlechthin begründet sind (Wagnisaufschlag), in der Kalkulation mit anzusetzen⁶⁸⁴. Die Umlegung des vom Privaten über die zulässige Kapitalverzinsung hinausgehenden erhofften Gewinns auf die Benutzergebühren ist deshalb nicht von vornherein unzulässig, weil der Gemeinde tatsächlich höhere Kosten entstanden sind und gerade keine unstatthafte Gewinnerzielung durch die Gemeinde selbst vorliegt⁶⁸⁵.

Problematisch ist allein die zulässige Höhe des ansatzfähigen Wagnisaufschlags. Nach dem Oberverwaltungsgericht Schleswig⁶⁸⁶ und dem Oberverwaltungsgericht Lüneburg⁶⁸⁷ ist dem

⁶⁸¹ Burgi, NVwZ 2001, 601 (607); Lichtenfeld, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, § 6 KAG NW Rn. 736 f.; vgl. zur Kalkulation im einzelnen: VGH Kassel, NVwZ-RR 2000, 243 ff.

⁶⁸² VGH Kassel, NVwZ-RR 2000, 243 (246); vgl. weitere Nachweise der Rechtsprechung bei Schulte/Wiesemann, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, § 6 KAG NW Rn. 194; Quaas, NVwZ 2002, 144 (145).

⁶⁸³ BerlVerfGH, NVwZ 2000, 794 (799); Wolfers, NVwZ 2000, 765 (766); VGH München, NVwZ-RR 2001, 120 (122); Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, Forschung, Straßenbau und Straßenverkehrstechnik, Heft 822, S. 91-95.

⁶⁸⁴ OVG Münster, NVwZ 1995, 1238 (1240); OVG Münster, DVBl. 1988, 907 (909).

⁶⁸⁵ Jessen, Die Privatisierung der Abwasserbeseitigung aus gebührenrechtlicher Sicht, S. 237-238; Burgi, NVwZ 2001, 601 (607).

⁶⁸⁶ OVG Schleswig, NordÖR 1998, 314.

⁶⁸⁷ OVG Lüneburg, NdsVBl. 1998, 289.

Grundsatz der Erforderlichkeit in der Regel dann hinreichend Rechnung getragen, wenn eine Überprüfung der Gemeinde vor der Vergabe des Auftrags an den Dritten ergibt, dass sie die Aufgabe nicht in eigener Regie hätte kostengünstiger erfüllen können⁶⁸⁸. In solchen Fällen seien rechtlich schutzwürdige Interessen des Gebührenzahlers nicht berührt, weil sich die Übertragung kostenmäßig nicht nachteilig auf ihn auswirke. Entstünden der Gemeinde hingegen durch die Übertragung der Aufgabe auf einen Privaten Mehrkosten, dürften diese nur dann in die Gebührenkalkulation eingestellt werden, wenn sachliche Gründe dafür bestünden, trotz dieser Mehrkosten eine Privatisierung durchzuführen⁶⁸⁹. Nach Durchführung eines zugunsten der Übertragung der Aufgabe ausfallenden Wirtschaftlichkeitsvergleichs kann die Gemeinde unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung davon ausgehen, dass die an den Privaten bezahlten Entgelte bei der Gebührenkalkulation in der Regel in Ansatz gebracht werden können.

Private Gewinne enthaltende Entgelte des an einem PPP-Modell beteiligten Unternehmens (Eigenkapitalverzinsung und Wagnisaufschlag) sind nach allgemeiner Auffassung auch erforderlich bzw. angemessen, wenn ein Ausschreibungs- und Vergabeverfahren korrekt durchgeführt wurde⁶⁹⁰. Durch das System des Wettbewerbs wird die Ermittlung eines Wettbewerbspreises des vereinbarten Entgelts erreicht und dadurch garantiert, dass der Gewinnzuschlag nicht zu Lasten des Gebührenpflichtigen zu hoch ausfällt⁶⁹¹.

Unterschiedlich wird in der Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte die Rechtsfolge einer nicht erfolgten aber notwendigen Ausschreibung der Fremdleistung beurteilt. Das Oberverwaltungsgericht Koblenz und das Oberverwaltungsgericht Schleswig haben apodiktisch festgestellt, dass eine Gebührenfestsetzung, die unter Missachtung der Ausschreibungspflicht vorgenommen worden ist, wegen Verstoß gegen das Kostendeckungsprinzip unwirksam ist⁶⁹². Andere Oberverwaltungsgerichte⁶⁹³ und die kommunalabgabenrechtliche Literatur⁶⁹⁴ lehnen diese Auffassung zu recht ab. Im Rahmen einer Gebührensatzung kommt es nämlich nicht auf die Einhaltung vergaberechtlicher Vorschriften an. Es ist allein die Wah-

⁶⁸⁸ Lichtenfeld, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, § 6 KAG NW Rn. 738a.

⁶⁸⁹ OVG Lüneburg, NdsVBl. 1998, 289 f.

⁶⁹⁰ Schulte/Wiesemann, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, § 6 KAG NW Rn. 196 m.w.N.

⁶⁹¹ Wiesemann, NWVBl. 1998, 257 (260).

⁶⁹² OVG Koblenz, NVwZ-RR 1996, 230 (230); OVG Schleswig, NordÖR 1998, 314 (314).

⁶⁹³ OVG Lüneburg, NdsVBl. 1998, 289 (290); OVG Lüneburg, NVwZ 1999, 1128 (1129); OVG Münster, NVwZ 1995, 1238 (1238); VGH Kassel, NVwZ-RR 2000, 243 (246).

⁶⁹⁴ gLohmann, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, § 6 KAG NW Rn. 670; Lichtenfeld, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, § 6 KAG NW Rn. 738a; Wiesemann, NWVBl. 1998, 257 (260); Quaas, NVwZ 2002, 144 (145).

rung des gebührenrechtlichen Erforderlichkeitsprinzips zu beachten. Die Einhaltung dieses Prinzips kann auch bei Fehlen einer Ausschreibung gewährleistet sein, insbesondere dann, wenn selbst bei der Ausschreibung keine günstigeren Entgelte hätten vereinbart werden können⁶⁹⁵. Eine eindeutige Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zu dieser Frage steht noch aus⁶⁹⁶. Das Gericht scheint allerdings der Auffassung zuzuneigen, dass eine unterbliebene Ausschreibung bei der Privatisierung einer kommunalen Leistung nicht zwangsläufig zur Rechtswidrigkeit der Gebührenkalkulation führt⁶⁹⁷.

Hat die Gemeinde die von dem Privaten erbrachte Leistung nicht ausgeschrieben, muss sie auf geeignete Weise nachweisen, dass das vereinbarte und in die Gebührenkalkulation eingestellte Entgelt wettbewerbsgerecht ist, niedrigere Entgelte also selbst bei einer Ausschreibung voraussichtlich nicht hätten erzielt werden können. Der Nachweis ist nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg⁶⁹⁸ und des Verwaltungsgerichtshofes Kassel⁶⁹⁹ in aller Regel dann geführt, wenn der geschlossene Vertrag den Vorschriften des Preisprüfungsrechts entspricht. Hierzu zählt die auf § 2 PreisG vom 10.4.1948 beruhende Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21. November 1953⁷⁰⁰ mit den in der Anlage aufgeführten Leitsätzen für die Preisermittlung (LSP). Zu den ansatzfähigen Kosten zählt dabei auch ein kalkulatorischer Gewinn zur Abgeltung des allgemeinen Unternehmenswagnisses gemäß Nr. 51 LSP, der nach Nr. 52 Abs. 1 Satz 1 LSP nach einem Prozentsatz vom betriebsnotwendigen Vermögen oder vom Umsatz zu bemessen ist⁷⁰¹. Wie hoch dabei die Gefahren und Risiken zu bewerten sind, ist eine Frage des Einzelfalles⁷⁰². Die konkrete Bestimmung eines nicht zu hohen kalkulatorischen Gewinns stellt sich für die Gemeinde als äußerst schwierig dar⁷⁰³. Vorgeschlagen wurde daher eine Orientierung an branchenüblichen Gewinnen⁷⁰⁴. In Einzelfällen wurde ein kalkulatorischer Gewinn in Höhe von 5% der vorkalkulatorisch ermittelten Selbstkosten anerkannt⁷⁰⁵. Vertrag-

⁶⁹⁵ OVG Lüneburg, NVwZ 1999, 1128 (1129), Quaas, NVwZ 2002, 144 (145).

⁶⁹⁶ Vgl. BVerwG, NVwZ 1999, 653 (653); BVerwG, NVwZ-RR 1999, 336 f.

⁶⁹⁷ BVerwG, NVwZ-RR 1999, 336 (337/ insbes. Urteilsgründe 2.b).

⁶⁹⁸ OVG Lüneburg, NdsVBl. 1998, 289 (290); OVG Lüneburg, NVwZ 1999, 1128 (1129).

⁶⁹⁹ VGH Kassel, NVwZ-RR 2000, 243 (246).

⁷⁰⁰ BAnz Nr. 244 vom 18.12.1953.

⁷⁰¹ Wiesemann, NWVBl. 1998, 258.

⁷⁰² OVG Münster, NVwZ 1995, 1238 (1240).

⁷⁰³ Lichtenfeld, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, § 6 KAG NW Rn. 738a.

⁷⁰⁴ Wiesemann, NWVBl. 1998, 257 (260).

⁷⁰⁵ OVG Lüneburg, NVwZ 1999, 1128 (1130); VG Düsseldorf, Urt. v. 3.3.1999 - 16 KA 6550/95 - unveröffentlicht (zitiert nach Quaas, NVwZ 2002, 144 (146 Fn. 19)).

lich vereinbarte Entgeltregelungen, die nicht mit diesen Bestimmungen übereinstimmen, sind wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 3 der Verordnung PR 30/53 gemäß § 134 BGB nichtig, soweit ein überhöhter Preis vereinbart wurde. Daher wäre auch eine Gebührenerhebung in einem solchen Fall rechtswidrig und unzulässig⁷⁰⁶.

Für die in die Gebührenkalkulation berücksichtigungsfähigen Entgelte für Fremdleistungen gilt eine Einschränkung für eine Kombination der Vertragsmodelle VI und VII. Wird in die Aufgabenerfüllung eine gemischt-wirtschaftliche Gesellschaft eingeschaltet, an der neben Privatrechtssubjekten auch die Gemeinde selbst beteiligt ist, so sind grundsätzlich alle betriebsnotwendigen Kosten berücksichtigungsfähig, unabhängig von der Frage, ob entsprechende Kosten bei Aufgabenerledigung in öffentlichrechtlicher Form angefallen wären⁷⁰⁷. Der die Eigenkapitalverzinsung übersteigende Gewinnanteil der Gemeinde ist jedoch gebührenmindernd in die Gebührenkalkulation einzustellen⁷⁰⁸. Ein Abzug dieses auf die Gemeinde entfallenden kalkulatorischen Gewinns muss nicht nur dann erfolgen, wenn der Gewinn an sie ausgeschüttet wird, sondern auch, wenn er in Gestalt eines Wertzuwachses für den kommunalen Anteil in der privaten Gesellschaft verbleibt⁷⁰⁹. Da es aufgrund des Kostendeckungsprinzips der Gemeinde verwehrt ist, einen Wagnisaufschlag zu veranschlagen, darf sich eine Gemeinde nicht auf diesem Wege illegale Finanzquellen erschließen⁷¹⁰. Den privaten Gesellschaftern kann hingegen der Unternehmensgewinn verbleiben, da ihnen dieser auch zustünde, wenn sie die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe allein wahrnehmen würden⁷¹¹.

Nach diesen Leitlinien sollten PPP-Konzessionsmodelle erst verwirklicht werden, wenn der Wirtschaftlichkeitsvergleich zwischen dem PPP-Modell und der Eigenerledigung zugunsten des PPP-Projektes ausgefallen ist, und in einem Vergabeverfahren das wirtschaftlichste Angebot den Zuschlag erhielt. Eine falsche Bestimmung branchenüblicher Gewinnzuschläge könnte andernfalls die Refinanzierbarkeit des PPP-Projekts verhindern⁷¹².

⁷⁰⁶ OVG Lüneburg, NdsVBl. 1998, 289 (290).

⁷⁰⁷ OVG Münster, NVwZ 1995, 1238 (1240).

⁷⁰⁸ OVG Greifswald, DVBl. 1997, 1072 (LS); OVG Greifswald, NordÖR 1998, 256 (259); Jessen, Die Privatisierung der Abwasserbeseitigung aus gebührenrechtlicher Sicht, S. 246 f.; Wiesemann, NWVBl. 1998, 257 (259 f.), a.A. noch OVG Münster, NVwZ 1995, 1238 (1240), das grundsätzlich eine Einstellung der Kostenposition des allgemeinen Unternehmenswagnisses für ansatzfähig hielt.

⁷⁰⁹ Wiesemann, NWVBl. 1998, 257 (260); Quaas, NVwZ 2002, 144 (146).

⁷¹⁰ OVG Greifswald, Urt. v. 7.11.1996 - 4 K 11/96 -.

⁷¹¹ Wiesemann, NWVBl. 1998, 257 (260); Jessen, Die Privatisierung der Abwasserbeseitigung aus gebührenrechtlicher Sicht, S. 247, Fn. 585.

⁷¹² Vgl. Lichtenfeld, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, § 6 KAG NW Rn. 738a.

6.4.2 Geltung gebührenrechtlicher Grundsätze bei privatrechtlicher Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses

6.4.2.1 Betrieb durch die Gemeinde

Bleibt die Gemeinde Trägerin der öffentlichen Einrichtung und gestaltet das Benutzungsverhältnis privatrechtlich aus⁷¹³, erhebt sie anstelle von Benutzungsgebühren privatrechtliche Entgelte⁷¹⁴. Diese werden nicht durch Satzung, sondern aufgrund vertraglicher Regelung unter Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen festgesetzt.

Ausdrückliche Regelungen für rechtliche Bindungen der Gemeinde bei Erhebung von privatrechtlichen Entgelten bestehen nur vereinzelt. Ein Beispiel hierfür ist § 7 Abs. 9 KAG RP. Die Vorschrift bestimmt, dass die umfangreichen Kalkulationsdirektiven für die Berechnung von Benutzungsgebühren für privatrechtliche Entgelte entsprechende Anwendung finden.

Soweit solche konkreten Vorgaben fehlen, ist die Gemeinde jedoch nicht frei in der Gestaltung der Entgelte. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes werden die Zivilrechtsnormen bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Formen des Privatrechts durch Bestimmungen des öffentlichen Rechts ergänzt, überlagert und modifiziert (sogenanntes Verwaltungsprivatrecht)⁷¹⁵. Die in Formen des Privatrechts handelnde Gemeinde hat insbesondere die grundlegenden Prinzipien öffentlicher Finanzgebarung zu beachten. Jedenfalls sofern die Gemeinde Trägerin der Einrichtung bleibt, ist sie damit an die Grundsätze des Gebührenrechts, namentlich den Gleichbehandlungsgrundsatz, das Äquivalenzprinzip und das Kostendeckungsprinzip gebunden⁷¹⁶. Dem Drittnutzer dürfen daher keine Leistungen abverlangt werden, für die bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses Abgaben nicht erhoben werden dürfen⁷¹⁷. Die Entgeltbestimmungen unterliegen dabei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einer Billigkeitskontrolle nach privatrechtlichen Grundsätzen entsprechend § 315 Abs. 3 BGB, wenn die Gemeinde Leistungen der Daseinsvorsorge anbietet, auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil im Bedarfsfall

⁷¹³ Tettinger, NWVBl. 1996, 81 (88).

⁷¹⁴ Vgl. § 5 Abs. 1 Satz 1 NKAG, § 6 Abs. 1 Satz 1 KAG NW.

⁷¹⁵ BGHZ 91, 84 (96); BGHZ 115, 311 (318).

⁷¹⁶ BGHZ 91, 84 (96 f.); BGHZ 115, 311 (319 f.); OLG Düsseldorf, NWVBl. 1996, 277 (278); Berl-VerfGH, NVwZ 2000, 794 (797).

⁷¹⁷ BGHZ 91, 84 (97).

angewiesen ist. Im Rahmen dieser Kontrolle sind die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsprivatrechts zu berücksichtigen⁷¹⁸.

Bei der Gestaltung der Tarife verbleibt der Gemeinde trotz des geltenden Prinzips der Kostendeckung ein gewisser Spielraum, sowohl hinsichtlich der Wahl von Bemessungsmaßstäben als auch für sachgerechte Differenzierungen zwischen verschiedenen Drittnutzergruppen⁷¹⁹. Je größer allerdings die unternehmerische Macht und je abhängiger der Bürger von der Teilhabe an der Leistung ist, um so enger sind die Bindungen an das öffentliche Abgaberecht⁷²⁰. Für die Einbeziehung von Fremdleistungsentgelten in die Entgeltkalkulation im Rahmen eines PPP-Konzessionsmodells gelten mithin auch bei privatrechtlicher Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses die für die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung dargelegten Grundsätze. Diesen verwaltungsprivatrechtlichen Bindungen unterliegt eine Einrichtung bei Trägerschaft durch die Gemeinde nur dann nicht mehr, wenn die Einrichtung keine öffentlichen Aufgaben wahrnimmt⁷²¹.

6.4.2.2 Betrieb durch ein von der Gemeinde beherrschtes gemischt-wirtschaftliches Unternehmen

Die Bindungen des Verwaltungsprivatrechts gelten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auch dann, wenn die Gemeinde dem Bürger in Gestalt eines von ihr beherrschten, privatrechtlich verfassten Rechtssubjekts gegenübertritt (Vertragsmodell VII). Ein solches Unternehmen übt Verwaltung im funktionalen Sinne aus und ist daher in Fragen der Grundrechtsbindung und hinsichtlich der Anwendbarkeit des Verwaltungsprivatrechts wie der Verwaltungsträger selbst zu behandeln⁷²².

Ist beim PPP-Konzessionsmodell der Konzessionär also eine privatrechtliche Gesellschaft, die im Alleinbesitz des Staates steht oder aber von ihm beherrscht wird, unterliegt diese den gebührenrechtlichen Grundsätzen.

⁷¹⁸ BGHZ 115, 311 (317).

⁷¹⁹ BGHZ 115, 311 (320); OLG Düsseldorf, NWVBl. 1996, 277 (278).

⁷²⁰ OVG Lüneburg, NVwZ 1990, 91 (92).

⁷²¹ So die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu öffentlich-rechtlichen Bindungen beim privatrechtlichen Handeln der öffentlichen Hand (Verwaltungsprivatrecht), BGHZ 36, 91 (95 f.); 91, 84 (96 f.). Zur Kritik an dieser Rechtsprechung Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 1 Rn. 28.

⁷²² BGHZ 91, 84 (97 f.).

6.4.2.3 Betrieb durch Privaten

Auch wenn der Konzessionsvertrag einen nicht durch die öffentliche Hand beherrschten Privaten zum Träger der Einrichtung macht, ihm den Betrieb überlässt und sich der Einfluss der Gemeinde auf die Kontrolle des Betriebs beschränkt, steht die Entgeltgestaltung häufig nicht im freien Belieben des Privaten. Denn es ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt, dass die Tarife von Unternehmen, die im Rahmen eines privatrechtlich ausgestalteten Benutzungsverhältnisses Leistungen der Daseinsvorsorge anbieten, auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil im Bedarfsfall angewiesen ist, grundsätzlich der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB unterworfen sind⁷²³. Im Rahmen dieser Billigkeitskontrolle sind auch die in fachgesetzlichen Spezialvorschriften enthaltene Postulate und Direktiven in die Wertung mit einzubeziehen⁷²⁴. Die Billigkeitskontrolle erfordert eine Gleichbehandlung der Benutzer und eine Angemessenheit der Gegenleistung.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob über die Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 1 BGB hinaus auch die "grundlegenden Prinzipien öffentlicher Finanzgebarung" bzw. der grundrechtlich begründeten gebührenrechtlichen Grundsätze gelten⁷²⁵. Für die Geltung dieser Grundsätze spricht bei einer solchen Vertragsgestaltung, dass die private Entgelterhebung gezielt durch die Gemeinde veranlasst wurde und eine Umgehung öffentlich-rechtlicher Grundsätze vermieden werden soll. Dagegen lässt sich anführen, dass eine privat getragene und betriebene Einrichtung nicht allein durch die Beauftragung durch die öffentliche Hand zu einer öffentlichen Einrichtung wird und der Drittnutzer das privatrechtliche Entgelt freiwillig entrichtet. Die Frage ist höchstrichterlich - soweit ersichtlich - noch nicht entschieden.

6.5 Anschluss- und Benutzungszwang

Bei öffentlichem oder dringendem⁷²⁶ "öffentlichem Bedürfnis"⁷²⁷ kann die Gemeinde durch Satzung für die Grundstücke ihres Gebiets den Anschluss an die Wasserversorgung, Abwasserbeseitigung, Straßenreinigung und ähnliche der Volksgesundheit dienende Einrichtungen (Anschlusszwang) und die Benutzung dieser Einrichtungen sowie der Schlachthöfe

⁷²³ BGHZ 91, 311 (316) m.w.N.

⁷²⁴ Tettinger, NWVBl. 1996, 81 (89) m.w.N.

⁷²⁵ Vgl. Sachs, in: Stern, Staatsrecht, Band III/II, S. 188 ff.

⁷²⁶ Etwa § 17 Abs. 2 GO SchIH.

⁷²⁷ So die Formulierung in den Gemeindeordnungen, vgl. etwa § 19 Abs. 2 HGO.

und Bestattungseinrichtungen (Benutzungszwang) vorschreiben⁷²⁸. Einige Gemeindeordnungen sehen den Anschluss- und Benutzungszwang darüber hinaus für weitere Einrichtungen, wie Fernwärmeversorgung, Gasversorgung oder andere Energieversorgungseinrichtungen vor⁷²⁹. Je nach der Zweckbestimmung des Hochbaus kann ein Anschluss- und Benutzungszwang auch bei den hier untersuchten PPP-Modellen in Betracht kommen.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob der Anschluss- und Benutzungszwang auch nach Überführung der öffentlichen Einrichtung in ein PPP-Modell beibehalten werden darf. Dass es sich bei der dem Anschluss- und Benutzungszwang unterfallenden Einrichtung um eine in den Rechtsformen des öffentlichen Rechts betriebene handelt, setzen die Gemeindeordnungen nicht ausdrücklich voraus. Prinzipiell ist der Anschluss- und Benutzungszwang daher auch zu Gunsten von Einrichtungen zulässig, die nicht in kommunaler Trägerschaft stehen, soweit es sich weiter um öffentliche Einrichtungen handelt. Der Anschluss- und Benutzungszwang setzt auch keine öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses voraus⁷³⁰. Er kann daher so ausgestaltet sein, dass die Bürger sich an eine von privater Seite angebotene, von der Gemeinde zugelassene Einrichtungen anschließen müssen⁷³¹. Zum Teil wird jedoch verlangt, dass sich die Gemeinde auf diese Einrichtungen beherrschenden Einfluss vorbehält⁷³².

Nach keinem der hier behandelten **PPP-Vertragsmodelle** ist damit ein Anschluss- und Benutzungszwang ausgeschlossen, sofern der Hochbau einem Zweck dient, für den nach der jeweiligen Gemeindeordnung ein Anschluss- und Benutzungszwang angeordnet werden kann.

6.6 Zuständigkeiten und Formalia

Alle im Rahmen dieser Untersuchung behandelten PPP-Modell werden durch Verträge begründet, für deren Abschluss für den Fall, dass eine Gemeinde Vertragspartner wird, die Zuständigkeitsordnung und die Formalia der jeweiligen Gemeindeordnung einzuhalten sind.

⁷²⁸ Vgl. § 11 Abs. 1 S. 1 GO BW, Art. 24 Abs. 1 Nr. 2 GO Bay, § 19 Abs. 2 HGO.

⁷²⁹ Gern, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 598.

⁷³⁰ BGH, NJW 1992, 171 (172), vgl. zu dem in der Literatur umstrittenen Problem Jessen, Die Privatisierung der Abwasserbeseitigung aus gebührenrechtlicher Sicht, S. 49 ff; Weiß, VerwArch 1999, 415 (436 Fn. 103).

⁷³¹ Vgl. OVG Münster, NVwZ 1987, 727 ff.

⁷³² Vgl. Gern, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 605.

6.6.1 Außenvertretung

Zuständig für die Außenvertretung der Gemeinden ist der Bürgermeister, in Hessen der Gemeindevorstand (Magistrat)⁷³³. Rechtsgeschäftliche Erklärungen der Gemeinden werden in allen Bundesländern durch den Bürgermeister bzw. Oberbürgermeister abgegeben. Nach herrschender Meinung sind diese Erklärungen im Außenverhältnis auch dann verbindlich und wirksam, wenn das intern zuständige Organ ihnen nicht zugestimmt hat⁷³⁴.

Allerdings bedürfen Erklärungen, durch welche die Gemeinden verpflichtet werden sollen (Verpflichtungserklärungen), der Schriftform und sind vom Bürgermeister handschriftlich zu unterzeichnen, nach den meisten Gemeindeordnungen darüber hinaus auch mit Dienstsiegel und Amtsbezeichnung zu versehen⁷³⁵. Einige Gemeindeordnungen sehen zudem die Mitunterzeichnung durch einen weiteren Amtsträger der Gemeinde vor⁷³⁶. Da die hier untersuchten **Vertragsmodelle** Verpflichtungen der Gemeinde enthalten, müssen diese Formerfordernisse bei Abschluss der Verträge Beachtung finden.

6.6.2 Interne Zuständigkeit

Von der Frage der wirksamen Außenvertretung zu trennen ist die Frage der Organzuständigkeit innerhalb der Gemeinde. Diese Zuständigkeit liegt regelmäßig beim Vertretungsorgan (Gemeinderat, Gemeindevertretung, Rat). Die Vertretungskörperschaft ist nach den Gemeindeordnungen das kommunalpolitische Führungsorgan, welches die Grundsätze für die Verwaltung der Gemeinde festlegt und im Rahmen der kommunalen Verbandskompetenzen über alle politisch, rechtlich, wirtschaftlich oder in sonstiger Beziehung wichtigen und grundsätzlichen Angelegenheiten der Gemeinde entscheidet, soweit nicht kraft Gesetz ein anderes Gemeindeorgan zuständig ist. Der Verwaltungsleitung (Bürgermeister, Gemeindevorstand) obliegen demgegenüber die Geschäfte der laufenden Verwaltung⁷³⁷. Die hier in Rede stehenden Projekte haben meist eine Größenordnung, die sich auch bei großen Gemeinden nicht mehr als laufende Verwaltung ansehen lässt.

Unabhängig von der Abgrenzung zwischen laufender Verwaltung und grundsätzlichen Angelegenheiten enthalten die Gemeindeordnungen Kataloge mit Entscheidungen, die den

⁷³³ Vgl. § 42 Abs. 1 S. 2 GO BW, Art. 38 Abs. 1 GO Bay, § 71 Abs. 1 S. 1 HGO, § 63 Abs. 1 S. 1 GO NRW.

⁷³⁴ BAG, NZA 2002, 1171 (1174) m.w.N.; Gern, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 369.

⁷³⁵ Vgl. § 54 GO BW, § 38 Abs. 2 GO Bay, § 71 Abs. 2 HGO, § 64 GO NRW, § 60 GO LSA.

⁷³⁶ § 71 Abs. 2 HGO, § 38 Abs. 6 KV MV, § 67 Abs. 2 GO Brdgbg.

Vertretungskörperschaften vorbehalten bleiben. In diesen Katalogen finden sich eine Reihe von unübertragbaren Beschlussgegenständen, die auch bei den hier zu untersuchenden PPP-Modellen einschlägig sein können. Hierzu zählen beispielsweise

- die teilweise oder vollständige Veräußerung oder Verpachtung von Eigenbetrieben, die teilweise oder vollständige Veräußerung einer Beteiligung an einer Gesellschaft oder anderen Vereinigungen des privaten Rechts,
- die Errichtung, Übernahme, Erweiterung, Einschränkung und Auflösung von Anstalten des öffentlichen Rechts, öffentlichen Einrichtungen und Eigenbetrieben, die erstmalige Beteiligung sowie die Erhöhung einer Beteiligung an einer Gesellschaft oder anderen Vereinigungen in privater Rechtsform,
- die Umwandlung der Rechtsform von Anstalten des öffentlichen Rechts, öffentlichen Einrichtungen und Eigenbetrieben sowie die Umwandlung der Rechtsform von Gesellschaften, an denen die Gemeinde beteiligt ist,
- die Übernahme von Bürgschaften, der Abschluss von Gewährverträgen und die Bestellung sonstiger Sicherheiten für andere sowie solche Rechtsgeschäfte die den vorgenannten wirtschaftlich gleichkommen⁷³⁸,
- der Abschluss, die Änderung und Aufhebung von Grundstücksgeschäften und Vermögensgeschäften, es sei denn, es handelt sich um ein Geschäft der laufenden Verwaltung oder der Wert des Vermögensgegenstandes übersteigt nicht einen in der Hauptsatzung bestimmten Betrag⁷³⁹.

Nach diesen - im Einzelnen unterschiedlichen Katalogen - dürften die meisten PPP-Modelle der Zustimmung des Kommunalvertretungsorgans bedürfen.

6.6.3 Beteiligungserfordernisse

Bei der Verwirklichung eines PPP-Modells ist in aller Regel die zuständige Rechtsaufsichtsbehörde zu beteiligen. Zwar muss der Antrag auf Genehmigung bzw. die Anzeige erst nach Vertragsschluss erfolgen, wegen der projektwesentlichen Bedeutung der Genehmigung sollte ein Gespräch mit der zuständigen Rechtsaufsichtsbehörde zwecks Klärung der grundlegenden Fragen jedoch bereits zu Beginn der Projektplanung erfolgen. Dies ist teilweise

⁷³⁸ Vgl. § 41 Abs. 1 S. 2 Buchst. k, l, m, e GO NW, ähnlich z.B. § 39 Abs. 2 GO BW, § 35 Abs. 2 GO Brdgb, § 41 Abs. 2 GO LSA.

⁷³⁹ § 35 Abs. 2 Nr. 19 GO Brdgb.

auch in den einschlägigen Verwaltungsvorschriften vorgesehen⁷⁴⁰. Es kann sich auch eine durchgehende verfahrensbegleitende Beratung durch die Kommunalaufsicht und eine häufigere Rückkopplung zwischen Gemeinde und Kommunalaufsicht anbieten, um das Projekt von vornherein genehmigungsfähig auszugestalten und spätere, aufwendige Vertragsänderungen zu vermeiden. Gerade bei kleineren Gemeinden, die nicht über die personellen, sachlichen und fachlichen Ressourcen für komplexe Vertragsgestaltungen verfügen, ist ein intensives, kooperatives Zusammenwirken mit der Kommunalaufsichtsbehörde zweckmäßig.

Darüber hinaus können sich weitere Beteiligungserfordernisse, je nach dem abzuschließenden Vertrag, aus allgemeinen Gesetzen oder Spezialvorschriften ergeben. Beispielsweise fordern die Landesschulgesetze zum Teil die Beteiligung von Schulorganen und der Schulaufsichtsbehörden für den Neubau oder die Sanierung von Schulen. Einige Landesverwaltungsverfahrensgesetze enthalten das Erfordernis der Genehmigung der fachlich zuständigen Aufsichtsbehörde, sofern sich die Gemeinde in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft⁷⁴¹. Nach den Umständen des konkreten Falls kann etwa auch eine Beteiligung der Personalvertretungen nach den einschlägigen Landespersonalvertretungsgesetzen erforderlich sein.

6.7 Reformvorschläge

6.7.1 Reformvorschläge für das Recht kommunaler Unternehmen

6.7.1.1 Vorschriften für Kooperationen zwischen Staat und Privaten

Wie dargestellt, enthalten die Gemeindeordnungen spezielle Vorschriften für gemischtwirtschaftliche Unternehmen, an denen neben der Verwaltung auch Private beteiligt sind. Ob sich solche Regelungen anbieten und in welcher Form sie getroffen werden sollten, hängt davon ab, welches Organisationsmodell sich für Public Private Partnerships besser eignet. Privatrechtliche Kooperationsverträge (**Vertragsmodelle I - VI**), die eine Verwaltungshilfe des Privaten beinhalten, haben gegenüber gesellschaftsrechtlichen Kooperationsverträgen (**Vertragsmodell VII**) den Vorteil, dass eine klare Abgrenzung zwischen kommunaler Gewährleistungs- und privatwirtschaftlicher Erfüllungsfunktion möglich ist. Bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen in Privatrechtsform kann es demgegenüber zu einer Gemengelage kommen. Gesellschaftsrechtlichen Kooperationen steht entgegen, dass die privaten

⁷⁴⁰ Sächsisches Staatsministerium der Finanzen/Sächsisches Staatsministerium des Innern, KommInvestVwV, Sächs.ABl. 1997, 73 ff.

⁷⁴¹ Vgl. z.B. § 61 Abs. 1 S. 3 VwVfG Brdbg; § 61 Abs. 1 S. 3 VwVfG NRW. Im Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes wurde diese Regelung mit Wirkung vom 1. Februar 2003 aufgehoben.

Träger solcher Organisationen häufig andere Ziele und Interessen verfolgen als die öffentlichen. Während der öffentliche Anteilseigner in erster Linie an einer bestmöglichen und wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung zum Nutzen der Bürger interessiert sein wird, ist der Private ein gewinnorientiertes Unternehmen, das eine möglichst hohe Verzinsung seiner Kapitalbeteiligung anstreben wird⁷⁴². Zudem gelten für beide Gruppen von Anteilseignern unterschiedliche rechtliche Maßstäbe⁷⁴³.

Folgt man dieser Argumentation und befürwortet Public-Private-Partnerships in Form von zivilrechtlichen Kooperationsverträgen, können die mehr oder minder einschränkenden Voraussetzungen für gemeindliche Unternehmen in Privatrechtsform beibehalten werden. Dann erscheinen gemeinderechtliche Regelungen sinnvoll, nach denen gesellschaftsrechtliche Kooperationsverträge zwischen der Gemeinde und Privaten nur ins Leben gerufen werden sollen, wenn ein wichtiger Grund gegeben ist und eine Organisation der Zusammenarbeit in Form der Verwaltungshilfe (zivilrechtliche Kooperationsverträge) nicht mindestens ebenso geeignet erscheint⁷⁴⁴. In solchen Regelungen läge keine wesentliche Einengung des Gestaltungsspielraums der Kommunen, da eine Zusammenarbeit zwischen Gemeinden und Privaten in gesellschaftsrechtlichen Kooperationen weiterhin möglich wäre, sofern gute Gründe für diese Gestaltung anzuführen sind⁷⁴⁵.

Empfehlenswert sind darüber hinaus Regelungen, die Public Private Partnerships in Kooperationsverträgen betreffen. Hierzu sehen die Kommunalwirtschaftsordnungen bislang keinerlei Bestimmungen vor. In Spezialgesetzen finden sich lediglich vereinzelt Anordnungen, wonach sich die Verwaltung zur Erfüllung ihrer Pflichten Dritter bedienen darf⁷⁴⁶. Die rechtlichen Grenzen der Verwaltungshilfe sind weitgehend offen. Dabei geht es um die Frage, in welchem Ausmaß den Verwaltungshelfern Selbstständigkeit eingeräumt werden darf⁷⁴⁷. Entsprechende Regelungen, die eine klare Verantwortungsteilung vorsehen, würden die Attraktivität von Public Private Partnerships steigern und die Rechtssicherheit erhöhen. Rechtssystematisch ließe sich eine solche Regelung trotz des regelmäßig zivilrechtlichen Charak-

⁷⁴² Fabry, in Fabry/Augsten, Handbuch Unternehmen der öffentlichen Hand, Rn. 4/5.

⁷⁴³ Ehlers, Gutachten E zum 64. DJT, S. 110.

⁷⁴⁴ Ehlers, Gutachten E zum 64. DJT, S. 110.

⁷⁴⁵ Ehlers, Gutachten E zum 64. DJT, S. 149.

⁷⁴⁶ § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG, § 18 a Abs. 2 S. 3 WHG.

⁷⁴⁷ Ehlers, Gutachten E zum 64. DJT, S. 149.

ters der Verträge in den Verwaltungsverfahrensgesetzen des Bundes und der Länder verorten. Vorschläge hierfür existieren bereits und sollen hier nicht weiter vertieft werden⁷⁴⁸.

6.7.1.2 Bundesrechtliche Regelung des Rechts der öffentlichen Unternehmen?

Angesichts der Unterschiedlichkeiten des kommunalen Wirtschaftsrechtes in den Landesgesetzen wird diskutiert, ob das Recht der öffentlichen Unternehmen nicht bundesrechtlich einheitlich geregelt werden sollte. Hier stellt sich allerdings die Frage der Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG - das Recht der Wirtschaft - dürfte sich ein solches Gesetzesvorhaben nicht stützen lassen⁷⁴⁹.

Es obliegt daher den Landesgesetzgebern, die Einheitlichkeit des kommunalen Wirtschaftsrechts zu beachten, da andernfalls die Einheitlichkeit des Wirtschaftsraumes in Frage steht. Grundlage einer erneuten Vereinheitlichung des gemeindlichen Wirtschaftsrechts könnte ein Musterentwurf der ständigen Konferenz der Innenminister der Länder sein.

6.7.2 Reformvorschläge für das kommunale Haushaltswirtschaftsrecht

Die Analyse des Gemeindehaushaltsrechts hat ergeben, dass Änderungen in den Gemeindeordnungen, den Gemeindehaushaltsverordnungen, den einschlägigen Verwaltungsvorschriften und der Verwaltungspraxis geboten sind, um Hindernisse für PPP-Projekte abzubauen und die haushaltsrechtlichen Rahmenbedingungen transparenter zu gestalten.

6.7.2.1 Abbau von Genehmigungsvorbehalten

Bisher ist nur in Nordrhein-Westfalen der - nicht selten verzögernde - Einfluss der Kommunalaufsichtsbehörden auf Ausgestaltung und Umsetzung von PPP-Vertragsmodellen (insbesondere durch Genehmigungsvorbehalte im Bereich der kreditähnlichen Geschäfte) auf das erforderliche Maß begrenzt worden. Diese Entwicklung sollte in den Bundesländern nachvollzogen werden, die flächendeckend über eine Kommunalverwaltung verfügen, die zur Handhabung komplexer Vorhaben in der Lage ist. Da die Risiken für die gemeindliche Haushaltswirtschaft überschaubar sind, ist es sachgerecht, Genehmigungserfordernisse abzubauen und diese durch Anzeigepflichten zu ersetzen. Alternativ kann das Verfahren auch durch kurze Genehmigungsfristen beschleunigt werden, an die sich ggf. eine Genehmi-

⁷⁴⁸ Siehe Schuppert, Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts; Ziekow, Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz; dazu mit einem eigenen Vorschlag Becker, ZRP 2002, 303.

⁷⁴⁹ Stober, NJW 2003, 2357 (2363).

gungsfiktion anschließt. Derartige Veränderungen dienen nicht nur der Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung. Sie sind insbesondere geboten, weil die Gefahr besteht, dass die vom Bundesgerichtshof im sogenannten Oderwitz-Urteil angenommene umfangreiche Haftung der Kommunalaufsicht⁷⁵⁰ zu einer weitgehenden Zurückhaltung bei der Genehmigung komplexer Sachverhalte⁷⁵¹ und damit zu einer fortschreitenden Verengung der Spielräume für die wirtschaftliche und finanzielle Betätigung der Gemeinden führen kann. Hinzu kommt, dass der im Verzicht auf Genehmigungsvorbehalte liegende Bürokratieabbau dem Leitbild eines "schlanken Staates" näher kommt.

Die Alternative zum Abbau der Genehmigungsvorbehalte ist angesichts der drohenden Haftungsfolge nach dem Oderwitz-Urteil der Ausbau der Kommunalaufsichtsbehörden. Ohne eine erhebliche Aufstockung ihrer personellen und sachlichen Ressourcen sind diese Behörden derzeit nämlich nicht in der Lage, die Genehmigungsvoraussetzungen für komplexe Großvorhaben in der zur Haftungsvermeidung erforderlichen Tiefe zu prüfen. In den Ländern, in denen ein Abbau der Genehmigungsvorbehalte insbesondere wegen fehlender Ausstattung der Gemeindebehörden nicht in Betracht kommt, müssen die Kommunalaufsichtsbehörden durch eine Verbesserung ihrer sachlichen und personellen Ausstattung in die Lage versetzt werden, ihre Beratungsfunktion und Prüfungspflicht zeitnah und in hinreichender Intensität wahrnehmen zu können.

Bei einer Beschränkung auf einen Anzeigevorbehalt könnte sich der Landesgesetzgeber an der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen orientieren. Die Bestimmung könnte lauten:

"Entscheidungen der Gemeinde über die Begründung einer Zahlungsverpflichtung, die wirtschaftlich einer Kreditverpflichtung gleichkommt, sind der Aufsichtsbehörde unverzüglich, spätestens einen Monat vor der rechtsverbindlichen Eingehung der Verpflichtung, schriftlich anzuzeigen. Eine Anzeige ist nicht erforderlich für die Begründung von Zahlungsverpflichtungen im Rahmen der laufenden Verwaltung."

6.7.2.2 Vermögensveräußerungen

Die Voraussetzungen für Vermögensveräußerungen der Gemeinde können sich als PPP-hinderlich auswirken, sofern sie nicht einschränkend ausgelegt werden⁷⁵². Da nicht sichergestellt ist, dass alle Kommunalaufsichtsbehörden und insbesondere die Gerichte der oben

⁷⁵⁰ BGH, NJW 2003, 1318 ff. Vgl. dazu auch die kritischen Anmerkungen von von Mutius/Groth, NJW 2003, 1278 ff.; Pegatzky, LKV 2003 (im Erscheinen).

⁷⁵¹ So auch von Mutius/Groth, NJW 2003, 1278 ff.

⁷⁵² Siehe oben Kap. 6.2.2.4.1.

vorgeschlagenen und von einer Reihe von Kommunalaufsichtsbehörden auch angewandten einschränkenden Auslegung folgen, führen die Vorschriften zu Rechtsunsicherheiten für Gemeinde und privaten Partner. Die teilweise noch bestehenden Genehmigungserfordernisse sollten daher in Anzeigepflichten modifiziert werden. Im Übrigen sollten die Bestimmungen dahingehend geändert werden, dass Vermögensveräußerungen im Rahmen von zweckmäßigen, insbesondere investiven PPP-Verträgen im Rahmen der gemeindlichen Aufgabenerfüllung möglich sind. Die Veräußerungsregelung in den Gemeindeordnungen könnte wie folgt ergänzt werden:

Die Gemeinde darf Vermögensgegenstände, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben in absehbarer Zeit nicht braucht, veräußern. Die Gemeinde darf Vermögensgegenstände auch dann veräußern, wenn die Veräußerung einer Investition in den zu veräußernden Vermögensgegenstand zur gemeindlichen Aufgabenerfüllung dient. Vermögensgegenstände dürfen in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußert werden.

Zumindest ist eine einheitliche Definition, wann ein Vermögensgegenstand nicht mehr benötigt wird, vorzusehen, die PPP-Modellen nicht im Wege steht.

Abgeraten werden muss im Übrigen davon, spezielle gemeinderechtliche Regelungen zu schaffen, die das Cross-Border-Leasing reglementieren⁷⁵³. Finanziell unangemessen risikoreiche Cross-Border-Leasing-Transaktionen sind schon nach gegenwärtigem Kommunalaufsichtsrecht unterbindbar; spezielle Bestimmungen hierzu sind nicht erforderlich. Die in Bayern vorgeschlagenen Regelungen sind darüber hinaus auch für vorteilhafte PPP-Projekte hinderlich, weil sie beispielsweise die Ausnutzung steuerlicher Vorteile verbieten.

6.7.2.3 Veranschlagung im Haushaltsplan

Die Regelungen zur Veranschlagung kreditähnlicher Rechtsgeschäfte im Haushalt tragen noch nicht überall den Erfordernissen von PPP-Projekten Rechnung. Dies gilt insbesondere für die ggf. PPP-hinderlichen hohen Anforderungen an die Erstveranschlagung von Baumaßnahmen nach den Gemeindehaushaltsverordnungen (etwa § 10 Abs. 3 GemHVO BW). Gesetzesänderungen könnten sich hier an der Regelung in § 24 Abs. 3 Satz 1 BHO orientieren, wonach Ausnahmen von den Anforderungen zulässig sind, wenn es im Einzelfall nicht möglich ist, die Unterlagen fertig zu stellen und aus einer späteren Veranschlagung ein Nachteil entstehen würde.

⁷⁵³ Vgl. Gesetzentwurf der bayerischen Staatsregierung zur Änderung kommunalrechtlicher Bestimmungen vom 20. Januar 2003 (unveröffentlicht) und das hierzu erstellte Gutachten der Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer vom 20. Februar 2003.

Da zum Zeitpunkt der Veranschlagung im Haushaltsplan noch keine Gewissheit über die konkreten zukünftigen Entgeltverpflichtungen und deren Zuordnung zum Verwaltungs- oder Vermögenshaushalt besteht, fordern PPP-Modelle darüber hinaus eine größere Beweglichkeit der Haushaltsführung. Daher sollte im kommunalen Bereich die gegenseitige Deckungsfähigkeit von Ausgaben des Verwaltungs- und des Vermögenshaushalts zugelassen werden, wenn ein verwaltungsmäßiger oder sachlicher Zusammenhang besteht oder eine wirtschaftliche und sparsame Verwendung gefördert wird (vgl. § 20 Abs. 2 BHO). Zumindest ist entsprechend der Mehrzahl der Bundesländer die einseitige Deckungsfähigkeit der Ausgaben des Verwaltungshaushalts zugunsten von Ausgaben des Vermögenshaushalts in allen Bundesländern zuzulassen.

Aus Gründen der Haushaltsklarheit und -wahrheit sind aber vor allem Vorschriften zu erlassen, die eine Darstellung der Entgelte für PPP-Projekte über den gesamten Vertragszeitraum in einer Anlage zum Haushaltsplan vorschreiben.

6.7.2.4 Weiterentwicklung der Erlasse und Verwaltungsvorschriften

Unterhalb der Gesetzesebene spiegeln die Erlasse und Verwaltungsvorschriften in zahlreichen Bundesländern - insbesondere terminologisch - nicht die Fortentwicklung des PPP-Vertragswesens wieder. Um eine zweckmäßige Implementation der mit dieser Untersuchung vorgeschlagenen und typisierten Vertragsmodelle "vor Ort" zu erreichen, ist deshalb eine Überarbeitung der einschlägigen Bestimmungen notwendig. Angesichts der in zahlreichen Bundesländern bestehenden politischen Vorgabe zum Abbau von Verwaltungsvorschriften kann es nicht darum gehen, immer neue bereichsspezifische Verwaltungsvorschriften zu kreieren. Angestrebt werden sollte vielmehr eine Zusammenfassung der teilweise unübersichtlichen Erlasslage und eine PPP begünstigende Fortentwicklung ihres Inhalts. Bestehende Verwaltungsvorschriften zur kommunal- und haushaltsrechtlichen Beurteilungen von PPP-Modellen im kommunalen Bereich sollten zusammengeführt, in ihrer Terminologie modernisiert und in eine handlungsorientierte Form gebracht werden. Dabei sollte beachtet werden, dass zu detaillierte und starre Regelungen wie sie die KommInvestVwV des Freistaates Sachsen enthält, hinderlich wirken.

In zahlreichen Bundesländern ist eine Änderung der Verwaltungsvorschrift Gliederung und Gruppierung dahingehend erforderlich, dass die Veranschlagung von Ratenzahlungen aus kreditähnlichen Rechtsgeschäften entsprechend der ertragsteuerlichen Zuordnung erfolgt. Bei ertragsteuerlicher Zuordnung zum Vertragspartner, z.B. dem Leasinggeber, wäre die Veranschlagung im Verwaltungshaushalt vorzunehmen. Darüber hinaus sollten die noch nicht in allen Bundesländern bestehenden, umfassenden Anforderungen an eine haushalts-

wahre und haushaltsklare Darstellung zukünftiger Belastungen aus PPP-Modellen im Haushaltsplan nebst Anlagen auf ein einheitlich hohes Niveau gebracht werden.

6.7.3 Entgeltregulierung

Aufgrund der teilweise widersprüchlichen Rechtsprechung zur Einbeziehung der Gewinne des Privaten in die Gebührenkalkulation sind gesetzgeberische Klarstellungen in allen Ländern wünschenswert, die eine Berücksichtigung des Gewinns ausdrücklich zulassen. Eine solche Regelung könnte sich etwa an § 6 Abs. 2 S. 3 KAG SH orientieren, wonach Fremdleistungsentgelte ansatzfähig sind, soweit die Beauftragung Dritter unter der Beachtung der Vorschriften des Vergaberechts erfolgt ist. Eine solche Bestimmung könnte lauten:

Zu den erforderlichen Kosten gehören Entgelte für die zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Anspruch genommenen Leistungen Dritter in voller Höhe, soweit die Beauftragung Dritter unter Beachtung der Vorschriften des Vergaberechts erfolgt ist.

Alternativ oder zusätzlich könnte auch die Durchführung eines Wirtschaftlichkeitsvergleichs zur Voraussetzung für die vollständige Ansatzfähigkeit der Entgelte erhoben werden.

Eine solche Regelung würde der Rechtssicherheit dienen, hätte aber andererseits zur Folge, das bei Nichtdurchführung des Vergabeverfahrens (und/oder Wirtschaftlichkeitsvergleichs) durch die Gemeinde die Gebührenerhebung für das Fremdleistungsentgelt generell unzulässig wäre.