

PPP

im öffentlichen Hochbau

Band II: Rechtliche Rahmenbedingungen

Teilband 2:
Vergaberecht, Steuerrecht,
Recht der öffentlichen Förderung

August 2003

7. Vergaberecht

7.1 Grundlagen

Die Grundlagen des deutschen Vergaberechts sind in den §§ 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) geregelt. Die Vorschriften zur näheren Ausgestaltung der Vergabeverfahren ergeben sich aus den einschlägigen Verdingungsordnungen für Bau, Liefer- und Dienstleistungen⁷⁵⁴. Bindeglied zwischen den Vorschriften des GWB und den Verdingungsordnungen ist die Vergabeverordnung⁷⁵⁵, die insbesondere regelt, welche Abschnitte der jeweiligen Verdingungsordnungen im konkreten Fall anwendbar sind. Für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte gilt nur das Haushaltsrecht und der 1. Abschnitt der Verdingungsordnungen; das formelle Nachprüfungsverfahren nach dem GWB ist ausgeschlossen. Oberhalb der Schwellenwerte sind Öffentliche Auftraggeber grundsätzlich verpflichtet, Aufträge im europaweiten Wettbewerb zu vergeben und die Regeln der Abschnitte 2 bis 4 der Verdingungsordnungen anzuwenden. Zu den wesentlichen Verfahrensgrundsätzen des Vergaberechts gehören gemäß § 97 GWB u.a. der Wettbewerbsgrundsatz⁷⁵⁶, das Transparenzgebot, der Gleichbehandlungsgrundsatz⁷⁵⁷, die Berücksichtigung mittelständischer Interessen⁷⁵⁸, das Erfordernis der Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Bieter und das Wirtschaftlichkeitsgebot.

Das deutsche Vergaberecht dient der Umsetzung der EG-Vergaberichtlinien. Es ist daher richtlinienkonform auszulegen. Dabei sind auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und die Praxis der EG-Kommission zu berücksichtigen.

7.2 Adressaten des Vergaberechts

Das GWB-Vergaberecht gilt nur für die in § 98 GWB abschließend aufgezählten Auftraggeber. Dem Vergaberecht unterworfen sind zunächst die sog. klassischen Auftraggeber Bund, Länder und Kommunen mit ihren öffentlichen Sondervermögen und Eigenbetrieben

⁷⁵⁴ VOB/A (Neufassung in Kraft seit 12.9.2002, Bundesanzeiger vom 29.10.2002, Jahrgang 54, Nr. 202a); VOL/A (Neufassung in Kraft seit 17.9.2002, Bundesanzeiger vom 20.11.2002, Ausgabe 216, Beilage 216a), VOF/A (Neufassung in Kraft seit 26.8.2002, Bundesanzeiger vom 30.10.2002, Ausgabe 203, Beilage 203a)

⁷⁵⁵ Neufassung in Kraft seit dem 15.2.2003, BGBl. vom 14.2.2003, I Nr. 6, S. 168 ff.

⁷⁵⁶ Dieser zeigt sich u.a. im grundsätzlichen Vorrang des Offenen vor dem Nichtoffenen Verfahren und des Nichtoffenen vor dem Verhandlungsverfahren; vgl. zu Ausnahmen unter 7.5.2

⁷⁵⁷ Um die Chancengleichheit im Wettbewerb sicherzustellen, dürfen Bieter während des Vergabeverfahrens und insbesondere bei der abschließenden Wertungsentscheidung nicht ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt werden.

⁷⁵⁸ Vgl. zu den damit verbundenen Problempunkten speziell in PPP-Projekten unter 7.6.

(§ 98 Nr. 1 GWB). Der funktionale Auftraggeberbegriff des § 98 GWB umfasst jedoch nicht nur formelle Bestandteile des Staates, die diesem eingegliedert sind, sondern auch sonstige Einrichtungen, die aufgrund ihrer Aufgabenerfüllung, Finanzierung etc. funktional als dem Staat zugehörig angesehen werden können⁷⁵⁹. Gemäß § 98 Nr. 2 GWB sind über die klassischen Auftraggeber hinaus auch alle juristischen Personen des öffentlichen oder privaten Rechts öffentliche Auftraggeber, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, wenn Gebietskörperschaften sie überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben. § 98 Nr. 4 GWB bezieht Unternehmen, die in bestimmten Sektoren⁷⁶⁰ tätig sind unabhängig von einem im Allgemeininteresse liegenden Unternehmenszweck nicht gewerblicher Art in den sachlichen Anwendungsbereich des GWB ein, wenn sie staatlich beherrscht sind oder als Private auf der Basis besonderer oder ausschließlicher Recht ihre Tätigkeit ausüben. Nach § 98 Nr. 5 GWB sind auch private Subventionsempfänger bei bestimmten Bauvorhaben⁷⁶¹ als Auftraggeber anzusehen⁷⁶². Vergaberecht gilt nach § 98 Nr. 6 GWB auch für Privatunternehmen, denen eine Baukonzession erteilt wurde.

Im Rahmen von PPP-Projekten wird bei der Erteilung eines (Gesamt-)Auftrags oder einer Konzession zur Durchführung des PPP-Projektes oder bei der Suche nach einem privaten Partner zu diesem Zweck in aller Regel eine Gebietskörperschaft gemäß § 98 Nr. 1 GWB (der Bund, die Länder und die kommunalen Gebietskörperschaften) oder ein Verband solcher Körperschaften gemäß § 98 Nr. 3 GWB tätig. Bei der späteren Auftrags- oder Konzessionsvergabe durch den ausgewählten Bieter, die Bietergemeinschaft oder das gemischtwirtschaftliche Unternehmen stellt sich ggf. auch bezüglich dieser Einheiten die Frage ihrer Auftraggebereigenschaft v.a. gemäß § 98 Nr. 2, Nr. 5 oder Nr. 6 GWB⁷⁶³.

⁷⁵⁹ EuGH, Rs. 31/87, Beentjes, Slg. 1988, 4625, 4655; Rs. C 44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria, Slg. 1998, I-73.

⁷⁶⁰ Trinkwasser- und Energie-/Brennstoffversorgung, Personenverkehr, Fernmeldewesen.

⁷⁶¹ Natürliche oder juristische Personen des privaten Recht in den Fällen, in denen sie für Tiefbaumaßnahmen, für die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden oder für damit in Verbindung stehende Dienstleistungen von Gebietskörperschaften Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50% finanziert werden.

⁷⁶² BayObLG, Beschluss vom 10. September 2002, Verg 23/02: im Unterschied zu § 98 Nr. 5 GWB komme es für die überwiegende Finanzierung oder Beherrschung durch Gebietskörperschaften nach § 98 Nr. 2 GWB nicht auf einen einzelnen Aufgabenbereich, sondern auf den Rechtsträger als solchen an.

⁷⁶³ Vgl. hierzu näher unter 7.4.2.

7.3 Öffentlicher Auftrag

Dem GWB-Vergaberecht unterliegen sämtliche entgeltlichen Verträge zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen über Bau-, Dienst- oder Lieferleistungen (öffentlicher Auftrag, § 99 GWB). Nicht dem Vergaberecht unterfallen (für sich betrachtet) Grundstücksmieta oder Pacht und Grundstückserwerb (§ 100 Abs. 2 lit. h GWB) sowie Grundstücksveräußerungen oder Gesellschaftsanteilsveräußerungen durch die öffentliche Hand. Für die Zuordnung zum Vergaberecht ist die Rechtsform des zugrunde liegenden Vertrages grundsätzlich unerheblich; entscheidend ist allein, ob sich der öffentliche Auftraggeber von einem Dritten entgeltlich Leistungen beschafft⁷⁶⁴.

7.3.1 Auftragsarten im Sinne des Vergaberechts und ihre Abgrenzung

7.3.1.1 Bau / Dienstleistungsaufträge

Unter **Bauaufträgen** versteht man grundsätzlich alle entgeltlichen Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder Bauwerks (§ 99 Abs. 3 GWB). Auch Baukonzessionen, die eine Vergütung nicht in Geld, sondern durch ein Nutzungsrecht beinhalten, fallen nach herrschender Ansicht in richtlinienkonformer Auslegung des § 99 GWB unter den Begriff des öffentlichen Bauauftrags nach der Baukoordinierungsrichtlinie⁷⁶⁵. Bauleistungen sind ab einem Auftragsvolumen von 5 Mio. Euro europaweit ausschreibungspflichtig.

Ebenfalls erfasst sind Verträge über die Ausführung oder die Planung und Ausführung von Bauleistungen durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen (§ 99 Abs. 3 2. Variante GWB). Diese Vorschrift betrifft alle Konstellationen, in denen ein öffentlicher Auftraggeber ein auf seinen Zweck zugeschnittenes Bauobjekt erstellen lässt, dabei aber nicht selbst tätig wird, sondern das Vorhaben durch einen anderen abwickeln lässt⁷⁶⁶. Unter diese Variante fallen u.a. Bauträger- und Leasinggestaltungen, also Vorhaben, bei denen der Auftraggeber nicht selbst als Bauherr auftritt, sondern die Bauherrenfunktion einem Dritten, in der Regel einer Objektgesellschaft, überträgt und diese nach seinen (konkreten) Plänen Bauleistungen an Dritte vergeben lässt⁷⁶⁷. Damit soll eine Umgehung der

⁷⁶⁴ VK Magdeburg, Beschluss vom 6.6.2002, 33-32571/07 VK 05/02 MD.

⁷⁶⁵ OLG Brandenburg, NZBau 2000, 39; Marx, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 99 Rn. 13.

⁷⁶⁶ Stickler, in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 99 Rn. 17; Boesen, Vergaberecht, 2000, § 99 Rn. 136; Hailbronner, in Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, § 99 Rn. 360.

⁷⁶⁷ Vgl. Boesen, Vergaberecht, § 99, Rn. 136; Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe, S. 65; Stickler, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 99, Rn. 17; Hailbronner, in: Byok/Jaeger,

Vergabevorschriften durch Einschaltung eines Dritten verhindert werden⁷⁶⁸. Die Vorschrift erfasst insbesondere sogenannte General- oder Totalübernehmerverträge (die im Bereich der öffentlichen Aufträge allerdings häufig für unzulässig gehalten werden⁷⁶⁹). Auf die genaue zivilrechtliche Qualifizierung des Vertrags kommt es für die vergaberechtliche Beurteilung bei Aufträgen über Bauleistungen durch Dritte nicht an⁷⁷⁰.

Unter **Dienstleistungsaufträgen** versteht man Verträge über Leistungen, die weder der Beschaffung von Waren dienen, noch Bauaufträge oder Auslobungsverfahren sind (§ 99 Abs. 4 GWB). Im Bereich von PPP fallen insbesondere Verträge über Projektierungs- und Planungsleistungen sowie über Betreiber- und Finanzierungsleistungen unter den Begriff des Dienstleistungsauftrags. Dienstleistungsaufträge öffentlicher Auftraggeber sind grundsätzlich ab einem Schwellenwert von 200.000 Euro europaweit ausschreibungspflichtig. Für Liefer- und Dienstleistungsaufträge der obersten und oberen Bundesbehörden sowie vergleichbarer Bundeseinrichtungen beträgt der Schwellenwert 130.000 EUR⁷⁷¹. Allerdings unterliegt die Vergabe bestimmter Arten von Dienstleistungen, die in Anhang I B zum 2. Abschnitt der VOL/A aufgeführt sind, nur sehr eingeschränkten Bekanntmachungspflichten und erfordert kein förmliches Verfahren. Das gilt z.B. für solche Finanzdienstleistungen, die nicht als Versicherungsleistungen, Bankenleistungen oder Wertpapiergeschäfte unter den Anhang I A zum 2. Abschnitt der VOL/A fallen⁷⁷².

PPP nach dem diesem Gutachten zugrundeliegenden Lebenszyklus-Ansatz beinhalten typischerweise Elemente verschiedenartiger Leistungen (etwa Planungs-, Projektsteuerungs-, Bau-, Betriebs- und Finanzierungsleistungen). In PPP-Modellen i.S. dieses Gutachtens übernimmt der Auftragnehmer sowohl die Errichtung (Bauleistung, VOB/A) als auch die Planung, den Betrieb und die Finanzierung (Dienstleistung, VOL/A) eines Bauvorhabens. Somit handelt es sich bei PPP-Verträgen regelmäßig um typengemischte Verträge, die Elemente

Vergaberecht, § 99, Rn. 360; Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 99, Rn. 77

⁷⁶⁸ Lampe-Helbig/Wörmann, Handbuch der Bauvergabe, S. 15 Rn. 32; Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, § 99 Rn. 77.

⁷⁶⁹ Nach dieser Meinung ergibt sich die vergaberechtliche Unzulässigkeit von General- oder Totalübernehmeraufträgen aus § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A, wonach an Öffentlichen Ausschreibungen nur Unternehmen zu beteiligen sind, die sich „gewerbsmäßig mit der Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art befassen“, VÜA Bayern, Beschl. v. 28. 02. 1997 – VÜ A 14/96. Für Gegenargumente s. jedoch im einzelnen unter 7.6 (Mittelstandsaspekte); sowie für Aufträge oberhalb der EG-Schwellenwerte Prieß/Hausmann, in Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A § 8 Rn. 49.

⁷⁷⁰ Schwenker/Heinze, VergabeR 2001, 96, 99.

⁷⁷¹ Festlegung der Schwellenwerte in § 2 VgV vom 15.2.2003, BGBl. 2003, I Nr. 6, S. 170.

⁷⁷² § 1a Nr. 2 VOL/A in Verbindung mit Anh. I A Nr. 6 und I B Nr. 27.

mehrerer Vertragstypen aufweisen, die so miteinander verwoben sind, dass die Einzelleistungen nicht getrennt voneinander vergeben werden können.

Die Komplexität derartiger Vertragsmodelle führt nicht dazu, dass sie dem Vergaberecht entzogen wären⁷⁷³. Fraglich ist lediglich, welche Regeln im Einzelfall anzuwenden sind – die der VOB/A oder die der VOL/A. Im 16. Erwägungsgrund der Dienstleistungsrichtlinie wird zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Bau- und der Dienstleistungsrichtlinie erwähnt, dass Bauleistungen, soweit sie lediglich von untergeordneter Bedeutung sind und somit nicht den Inhalt des Vertrages ausmachen, nicht zu einer Einordnung des Vertrags als öffentlicher Bauauftrag führen⁷⁷⁴. Der EuGH hat diese Bestimmung dahingehend ausgelegt, dass es darauf ankomme, auf welchem Element der „Schwerpunkt“ des Vertrages liegt; von einem Bauauftrag könne nicht ausgegangen werden, wenn die durchzuführenden Baumaßnahmen gegenüber dem ebenfalls ausgeschriebenen Betrieb von untergeordneter Bedeutung seien⁷⁷⁵. Auch die Kommission vertritt die Auffassung, es komme auf den „Hauptgegenstand des Vertrags“ an⁷⁷⁶.

In der deutschen Literatur und Rechtsprechung wird für die Abgrenzung von Bau- und Dienstleistungsauftrag häufig ebenfalls auf den (wirtschaftlichen oder qualitativen) Schwerpunkt des Vertrags abgestellt (**„Schwerpunkttheorie“**)⁷⁷⁷. Zum Teil wird aber auch eine automatische Einordnung als Bauauftrag vorgenommen, sobald Bauleistungen Teil des „Pakets“ sind. Die deutsche Rechtsprechung hat sich - allerdings wohl insbesondere für Fälle, in denen der Vertrag Leistungselemente enthält, die überhaupt nicht ausschreibungspflichtig sind (Dienstleistungskonzession, Miete, etc.) - auf den Standpunkt gestellt, dass der Vertrag bereits dann ausgeschrieben werden müsse, wenn er auch ausschreibungspflichtige (Bau-)Leistungen von nicht nur ganz untergeordneter Bedeutung umfasst (**„Kontaminierungstheorie“**)⁷⁷⁸. Demnach ist ein Vertrag, der sowohl Elemente eines Bauauftrags wie

⁷⁷³ Eschenbruch, in Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, § 99 GWB, Rn. 93.

⁷⁷⁴ Vgl. zur Abgrenzung insbesondere auch die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABI.EG vom 29.4.2000, C 121/2.

⁷⁷⁵ EuGH, Urteil vom 19.4.1994, Rs. C-331/92, Slg. 1994 I- 1329 ff, „Gestión Hotelera Internacional“.

⁷⁷⁶ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABI.EG vom 29.4.2000, C 121/5.

⁷⁷⁷ VK Sachsen, Beschluss vom 30.9.2002, 1/SVK/87-02 (Gegenstand der Hauptleistung); VÜA Hessen, Beschluss vom 03.02.1997 – VÜ 4/96; Kulartz/Niebuhr, NZBau 2000, S. 6, 9; Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, § 99 GWB, Rn. 93; VK Sachsen Anhalt, Beschluss vom 13.3.2001, VK Hal 23/99.

⁷⁷⁸ OLG Brandenburg, Beschluss vom 3.8.1999, BauR 1999, 1175; zustimmend Marx, § 99 GWB Rn. 14.

auch eines Mietvertrags und einer Dienstleistung, wie z.B. Facility Management enthält, selbst dann als Bauauftrag auszuschreiben, wenn das Gesamtvolumen der Dienstleistung den Wert der Bauleistung übersteigt.

Ob bei einer Anwendung der Schwerpunkttheorie der Schwerpunkt danach bestimmt werden soll, welche Auftragsart innerhalb des Gesamtvorhabens wertmäßig überwiegt („Main Value Test“) oder welcher der Vertragsbestandteile den hauptsächlichen Gegenstand des Vertrages bildet („Main Object Test“), ist nicht letztgültig geklärt. Am eindeutigsten und klarsten erschiene wohl eine Orientierung am Wert der jeweiligen Auftragsarten. Überwiegt der Wert der Bauleistung, so ist der gesamte Vertrag nach den Regeln über die Bauvergabe auszuschreiben. Mit der Errichtung eines Bauwerks verbundene Planungsleistungen sind gemäß § 1a Nr. 1 Abs. 1 VOB/A als Bestandteil eines Bauauftrags anzusehen. Bei den hier betrachteten PPP, die neben den Planungs- und Bauarbeiten (Errichtung oder Sanierung) auch langjährige Betreiberpflichten beinhalten, erschiene jedoch im Einzelfall durchaus auch die Bejahung eines Dienstleistungs-Schwerpunktes denkbar.

Angesichts der Unklarheit, welche Abgrenzungsmethode für die Einordnung eines gemischten Vertrages als Bau- oder Dienstleistungsauftrag maßgebend sein soll, wäre eine deutschlandweit einheitliche klarstellende Regelung der anzuwendenden Kriterien wünschenswert⁷⁷⁹. Für die Abgrenzung der Anwendbarkeit von VOB/A oder VOL/A auf einen gemischten Vertrag, der ausschreibungspflichtige Bau- sowie Dienstleistungen enthält, erschiene eine Festlegung auf die Schwerpunkttheorie des EuGH mit einer Orientierung am Wert der Leistungsbestandteile der jeweiligen Auftragsart sinnvoll. Zu beachten ist aber, dass angesichts der neueren Rechtsprechung zu „kombinierten Vergaben“ in Konstellationen, in denen ein ausschreibungspflichtiger Auftrag mit einem nicht ausschreibungspflichtigen Vorgang, wie z.B. einer Anteilsveräußerung oder einem Grundstücksgeschäft zusammenrifft bzw. in Zusammenhang steht, in Deutschland gegenwärtig in der Regel von der Ausschreibungspflichtigkeit auszugehen sein wird - unabhängig davon, auf welchem Element der Schwerpunkt liegt. Die Schwerpunkttheorie wird in Deutschland lediglich zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche der verschiedenen Verdingungsordnungen, nicht jedoch zur Abgrenzung von Ausschreibungspflicht oder Nicht-Ausschreibungspflicht akzeptiert.

Die Abgrenzung bei den Mischformen in den hier erörterten PPP-Modellen muss auch nach Festlegung dieser Kriterien letztlich immer im Einzelfall getroffen werden.

⁷⁷⁹ Länderregelungen, die die maßgebliche Verdingungsordnung individuell festlegen sollten revidiert werden (vgl. insoweit für Bayern: § 31 Abs. 2 KommHV i.V.m. AllMBl).

7.3.1.2 Konzessionen

Baukonzessionen sind ein Unterfall der Bauaufträge. Es handelt sich um Verträge über die Erbringung von Bauleistungen, bei denen die Gegenleistung nicht in einer Vergütung in Geld, sondern ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht⁷⁸⁰. Mit der Vergabe einer Konzession erfüllt der Konzessionsgeber eine ihm obliegende Pflicht durch die Einschaltung privater Dritter, die nach seinen Vorgaben den Bau und im Anschluss auch den Betrieb übernehmen und sich dabei durch die Erhebung von Nutzerentgelten von dritter Seite refinanzieren⁷⁸¹. Mit dem Nutzungsrecht wird auch die Verantwortung für die Nutzung übertragen. Baukonzessionen sind zwar ebenfalls ausschreibungspflichtig⁷⁸², aber die Regelungen der VOB/A gelten für sie nur in eingeschränktem Umfang⁷⁸³.

Die Abgrenzung zwischen Bauaufträgen und Baukonzessionen kann insbesondere dann Probleme bereiten, wenn von Seiten des öffentlichen Auftraggebers dem Auftragnehmer sowohl ein Vergütungsanteil in Geld wie auch ein Nutzungsrecht gewährt werden, z.B. wenn eine Konzession für Errichtung und Betrieb eines Schwimmbads vergeben wird und gleichzeitig Zuschüsse zum laufenden Betrieb zugesichert werden. Die Tatsache dass der Auftraggeber einen Teil der Kosten zuschießt, um die Nutzungsgebühren für die Allgemeinheit sozialverträglich zu halten, schließt nach herrschender Meinung den Konzessionscharakter nicht per se aus; entscheidend ist, dass der Konzessionär dennoch einen bedeutenden Teil des mit der Nutzung verbundenen Risikos trägt⁷⁸⁴. Es kommt daher auf den Einzelfall an. Führt der Kostenzuschuss oder der in Geld gewährte Vergütungsanteil dazu, dass das Nutzungsrisiko des Konzessionärs vollständig abgedeckt wird, liegt ein normaler Bauauftrag vor⁷⁸⁵.

⁷⁸⁰ Vgl. Definition in § 98 Nr. 6 GWB, § 6 VgV; Art. 1 Buchst. d EG-Baurichtlinie 93/37/EWG; Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABI.EG vom 29.4.2000, C 121/3.

⁷⁸¹ Denkbar sind wohl auch Zahlungen der öffentlichen Hand an den Konzessionär, die jedoch – im Gegensatz zu den Entgelten in den Vertragsmodellen I-V - in ihrer Höhe allein durch die Nutzung durch Dritte bestimmt sind (von der öffentlichen Hand erhobene Nutzungsgebühren werden durchgereicht); vgl. Reidt/Stickler, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 32 Rn. 30.

⁷⁸² OLG Schleswig-Holstein, NZBau 2000, 100 (setzt die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf Baukonzessionen voraus); OLG Brandenburg, DB 1999, 1793 (leitet die Anwendbarkeit des Vergaberechts im Wege der richtlinienkonformen Auslegung aus Art. 3 der EG-Baurichtlinie 37/93/EWG ab).

⁷⁸³ § 32 a VOB/A, Art. 3 EG-Baurichtlinie 93/37/EWG.

⁷⁸⁴ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABI.EG vom 29.4.2000, C 121/3, 4.

⁷⁸⁵ OLG Schleswig-Holstein, NZBau 200, 100.

Dienstleistungskonzessionen lassen sich grundsätzlich durch die gleichen Elemente der drittnutzungsabhängigen Finanzierung und Risikoverteilung charakterisieren wie Baukonzessionen. Eine Dienstleistungskonzession liegt vor, wenn der Unternehmer die mit der Dienstleistung verbundenen Risiken trägt (Erbringung der Dienstleistung und deren Nutzung durch Dritte), indem er seine Vergütung, in welcher Form auch immer, über den Drittnutzer – insbesondere durch die Erhebung von Gebühren oder Entgelten – erhält⁷⁸⁶. Die Art der Vergütung, die der Unternehmer erhält, zeigt – wie auch bei der Baukonzession – wer das Nutzungsrisiko trägt. Inhalt einer Dienstleistungskonzession ist üblicherweise die private Erledigung von Tätigkeiten, die nach ihrer Natur, ihrem Gegenstand und nach den Vorschriften, denen sie unterliegen, in den Verantwortungsbereich des Staates fallen auf eigenes Risiko des Auftragnehmers und teilweise gegen Bezahlung einer Konzessionsabgabe an die Gegenseite⁷⁸⁷. Im Gegensatz zu Baukonzessionen sind Dienstleistungskonzessionen nicht ausschreibungspflichtig, da sie in den EG-Richtlinien bewusst nicht erfasst wurden⁷⁸⁸. Dies bedeutet allerdings nicht, dass für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen keinerlei rechtliche Vorgaben bestünden. Auch hier sind die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung und der Transparenz zu beachten⁷⁸⁹. Daraus resultiert die Verpflichtung der Auftraggeber, zu Gunsten potentieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen (Transparenz), der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet (Wettbewerb). Zudem muss sichergestellt werden, dass die Nachprüfung (Rechtsschutz) möglich ist, ob die Vergabe ordnungsgemäß durchgeführt wurde (Nichtdiskriminierung)⁷⁹⁰. Die Abgrenzung einer Dienstleistungskonzession zum Dienstleistungsvertrag entspricht weitestgehend der des Bauauftrags zur Baukonzession – entscheidend ist die überwiegende Risikoübernahme durch den Konzessionär und die Nutzerfinanzierung⁷⁹¹.

⁷⁸⁶ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. EG vom 29.4.2000, C 121/4.

⁷⁸⁷ Vgl. insgesamt zur Behandlung von Dienstleistungskonzessionen nach dem EuGH-Urteil in Sachen Teleaustria: Gröning, NZBau 2001, 123 ff.

⁷⁸⁸ EuGH, NZBau 2001, 148; Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen bei Konzessionen, 2000/C 121/02, ABl. EG vom 29.4.2001; VÜA Bayern, ZVgR 1998, 584; VÜA Bayern, Beschluss vom 22.06.1999, VÜA 31/98 - "Belieferung Landesgartenschau".

⁷⁸⁹ EuGH, NZBau 2001, 148; EuGH, NZBau 2000, 91 Rn. 31; Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. EG vom 29.4.2000, C 121/02.

⁷⁹⁰ Gröning, NZBau 2001, 123, 124 f. schlägt hierzu vor, bei Dienstleistungskonzessionen (nur) eine Bekanntmachung analog § 32a VOB/A und eine nachträgliche Information über die Gründe der Ablehnung analog § 27a VOB/A anzunehmen.

⁷⁹¹ Vgl. VK Sachsen, Beschluss vom 30.9.2002, 1/SVK/087-02: die in einem Vertrag über die Verpachtung des Rechts auf Außenwerbung ebenfalls enthaltenen Verpflichtungen zur Auf-

Bei gemischten Verträgen, die sowohl Elemente einer Bau- wie einer Dienstleistungskonzession aufweisen, stellt sich die über Bestehen oder Nichtbestehen einer vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht entscheidende Frage, wonach sich die Einordnung in die eine oder die andere Gruppe zu richten hat. Nach einer Ansicht ist auch hier – wie bei der Abgrenzung Bau-/Dienstleistungsvertrag - der wertmäßige oder qualitative Schwerpunkt maßgeblich⁷⁹². Nach Teilen der Rechtsprechung unterfällt eine gemischte Bau-/Dienstleistungskonzession hingegen bereits dann (als Baukonzession) den Ausschreibungsvorschriften, wenn die Bauleistung nicht lediglich von untergeordneter Bedeutung ist („Kontaminierungstheorie“)⁷⁹³. Inwieweit diese strikte Auffassung mit der dargestellten Rechtsprechung des EuGH vereinbar ist, ist bis heute nicht geklärt. Das EuGH-Urteil in Sachen *Gestion Hotelera Internacional*⁷⁹⁴ beschränkt die Schwerpunkttheorie zwar nicht ausdrücklich auf die Abgrenzung Bau-/Dienstleistungsauftrag, bezieht die Abgrenzung von Bau- und Dienstleistungskonzession aber auch nicht mit ein. Die Europäische Kommission spricht sich in ihrer Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht ausdrücklich für eine analoge Anknüpfung an den Hauptgegenstand des Vertrags auch für die Abgrenzung Bau-/Dienstleistungskonzession aus⁷⁹⁵.

Eine Klarstellung der anzuwendenden Abgrenzungskriterien wäre angesichts dieser widersprüchlichen Beurteilungen auf nationaler und europäischer Ebene sehr hilfreich. Angesichts der klaren Aussage der Kommission zugunsten einer einheitlichen Anwendung der Schwerpunkttheorie zur Abgrenzung von Bau- und Dienstleistungsaufträgen sowie von Bau- und Dienstleistungskonzessionen, spricht viel dafür, die Abgrenzung auch in Deutschland einheitlich sowohl für die Abgrenzung Bau-/Dienstleistungsauftrag als auch für die Abgrenzung Bau-/Dienstleistungskonzession nach dieser Theorie vorzunehmen. Selbst wenn auch letztere Abgrenzung die Schwerpunkttheorie angewandt würde und somit überwiegend durch Dienstleistungselemente gekennzeichnete Konzessionen keinen vergaberechtlichen Ausschreibungspflichten unterfielen, entstünde dadurch kein rechtsleerer Raum, da die bereits aufgeführten gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze auch für diese Konstellation Geltung behalten und i.d.R. die „Ausschreibung“ der Dienstleistungskonzession in einem

stellung und Instandhaltung von WC-Anlagen mache nicht die Hauptleistung des Vertrages aus, weswegen dieser als Dienstleistungskonzession und nicht als Dienstleistungsvertrag anzusehen sei; VK Südbayern, Beschluss vom 28.12.2001, 47-11/01.

⁷⁹² VÜA Hessen, Beschluss vom 03.02.1997 - VÜ 4/96; Kulartz/Niebuhr, NZBau 2000, S. 6, S. 9.

⁷⁹³ OLG Brandenburg, DB 1999, 1793.

⁷⁹⁴ EuGH, Urteil vom 19.4.1994, Rs. C-331/92, Slg. 1994 I- 1329 ff, „Gestión Hotelera Internacional“.

⁷⁹⁵ ABI.EG vom 29.4.2000, C 121/5; anders noch (i.S. der Kontaminierungstheorie) Entwurf der Mitteilung, Abl. EG C 94 vom 7.4.1999, S. 4.

transparenten wettbewerblichen Verfahren „sui generis“ erfordern. In Anbetracht der deutschen Rechtsprechung zur Kontaminierungstheorie sollte gegenwärtig jedoch grundsätzlich eine Ausschreibung stattfinden, sobald in einem Konzessionsmodell ein Bauanteil von nicht nur untergeordneter Bedeutung enthalten ist, um das ansonsten bestehende Anfechtungsrisiko zu vermeiden.

7.3.1.3 Schwellenwerte

Den gemäß § 97 Abs. 6 GWB in Verbindung mit § 100 Abs. 1 GWB in § 2 VgV festgelegten Schwellenwerten kommt eine große Bedeutung zu. Sie unterteilen das deutsche Vergaberecht in zwei Bereiche: Oberhalb der Schwellenwerte müssen öffentliche Aufträge europaweit ausgeschrieben werden. Auf Verfahren oberhalb der Schwellenwerte sind die Abschnitte 2 bis 4 der VOB/A und VOL/A anwendbar. (Nur) Vergabeverfahren, in denen die Schwellenwerte erreicht werden, sind nach § 100 Abs. 1 GWB im Wege des Nachprüfungsverfahrens gemäß § 107 ff. GWB überprüfbar⁷⁹⁶. Die Schwellenwerte liegen bei 5 Mio. EUR für Bauaufträge (§ 2 Nr. 4 VgV) und 200.000 EUR für Dienstleistungs- und Lieferaufträge (§ 2 Nr. 3 VgV)⁷⁹⁷.

Der jeweilige Wert eines Auftrags ist vom öffentlichen Auftraggeber nach den Vorgaben des § 3 VgV bei Einleitung des konkreten Vergabeverfahrens umsichtig und sachkundig zu schätzen⁷⁹⁸. Grundsätzlich ist von der voraussichtlichen Gesamtvergütung ohne Umsatzsteuer auszugehen. Bei gemischten Verträgen mit Bau- und Dienstleistungselementen ist grundsätzlich der Wert des Leistungselements maßgeblich, das den Schwerpunkt des Vertrages bildet⁷⁹⁹. Für Bauaufträge muss der Auftragswert des Gesamtauftrags ermittelt werden (§ 1a Nr. 1 Abs. 1 VOB/A). Dieser umfasst neben dem Wert sämtlicher im Zusammenhang mit dem Vorhaben zu erbringender Bauleistungen auch Planungsleistungen, sofern sie zusammen mit Ausführungsleistungen in Auftrag gegeben werden⁸⁰⁰. Um eine angemessene Berücksichtigung des Vergaberechts auch bei kleineren PPP-Vorhaben sicherzustellen, ist zu erwägen, ob mit dem Argument der Zusammengehörigkeit bei PPP-Modellen i.S. des vorliegenden Gutachtens auch die im Anschluss an die Errichtung über Jahre hinweg zu

⁷⁹⁶ OLG Stuttgart, Beschluss vom 9.8.2001, 2 Verg 3/01 Einbeziehung von Optionen bei der Schwellenwertberechnung; allein eine freiwillig vorgenommene europaweite Ausschreibung führt nicht automatisch zur Zuständigkeit der Vergabekammer: VK Thüringen, IBR 2002, 499.

⁷⁹⁷ Für Liefer- und Dienstleistungsaufträge der obersten und oberen Bundesbehörden gilt ein Schwellenwert von 130.000 EUR (§ 2 Nr. 2 VgV).

⁷⁹⁸ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8.5.2002, Verg 5/02.

⁷⁹⁹ S. oben 7.3.1.1.

⁸⁰⁰ Vgl. Kemper, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 1a Rn. 29.

erbringenden Dienstleistungen in den Gesamtauftragswert mit einbezogen werden müssten. Dafür erscheint jedoch eine Änderung der entsprechenden Regelungen erforderlich.

7.3.2 Ausschreibungsfreie Immobiliengeschäfte im Sinne von § 100 Abs. 2 lit. h) GWB

§ 100 Abs. 2 lit. h) GWB sieht für Immobiliengeschäfte eine Ausnahme von der grundsätzlichen Ausschreibungspflicht vor. Nach dieser Vorschrift sind Aufträge "über Erwerb oder Miete von oder Rechte an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen ungeachtet ihrer Finanzierung" vom Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB ausgenommen. Der Erwerb sowie die Miete oder Pacht von bebauten oder unbebauten Grundstücken unterfällt damit nicht dem Vergaberecht. Denn ein echter Vergabewettbewerb ist mangels Austauschbarkeit des Vertragsgegenstands grundsätzlich nicht denkbar⁸⁰¹. Die als Vertragsmodelle I-III vorgestellten PPP- Modelle beinhalten eine (Rück-)Überlassung eines auf privatem Grund für den Auftraggeber errichteten Gebäudes an die öffentliche Hand, die dieses Gebäude gegen Entgelt nutzt. Bei isolierter Betrachtung unterfällt die Nutzungsüberlassung der Gebäude gemäß § 100 Abs. 2 lit. h GWB nicht Vergaberecht. Das gleiche gilt für den in den Vertragsmodellen I und II vorgesehenen Erwerb des bebauten Grundstücks zu Vertragsende (in Vertragsmodell II optional).

Mietet ein öffentlicher Auftraggeber ein von einem Privaten errichtetes Gebäude, ist dieser Vorgang grundsätzlich nach § 100 Abs. 2 lit. h GWB vergaberechtsfrei. § 100 Abs. 2 lit. h GWB gilt jedoch nach seinem Sinn und Zweck dann nicht, wenn sich bei wirtschaftlicher Gesamtbetrachtung des Vorhabens herausstellt, dass sich der öffentliche Auftraggeber tatsächlich eine Bauleistung im Sinne von § 1a Nr. 1 Abs. 1 VOB/A beschafft. In dem in der Praxis wohl äußerst seltenen Fall, dass für das Vorhaben der Errichtung eines Gebäudes, das dann dem öffentlichen Auftraggeber überlassen werden soll, nur ein einziges Grundstück in Betracht kommt und dieses bereits im Eigentum eines potentiellen Auftragnehmers steht, ist ein Wettbewerb um die Bauleistung wohl nicht möglich, wenn der Eigentümer und potentielle Vermieter darauf besteht, die Bauarbeiten selbst oder durch eigene Auftragnehmer zu erbringen⁸⁰². Wird eine solche „Monopolstellung“ eines Auftragnehmers allerdings schon mit Blick auf die geplante Errichtung des Bauwerks auf dem konkreten Grundstück gezielt durch Verkauf des Grundstücks vom Auftraggeber an den Auftragnehmer herbeige-

⁸⁰¹ Vgl. Boesen, VergabeR, § 100 Rn. 108.

⁸⁰² In diesem Fall wäre wohl eine Vergabe der Bauleistung im Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Vergabebekanntmachung, d.h. ohne formelle Ausschreibung gemäß § 3a Nr. 5 c VOB/A zulässig. Die Ausschreibungspflichtigkeit des Gesamtpakets ist damit allerdings noch nicht ausgeschlossen.

führt, dürfte die Ausschreibungspflicht für den Gesamtvorgang unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung und des Umgehungsverbots zu bejahen sein. Ein potentieller Bieter, der sich im Hinblick auf die geplante Bebauung für den öffentlichen Auftraggeber das betreffende Grundstück sichert, um der einzige Bieter zu sein, ist u.U. vom Vergabeverfahren auszuschließen⁸⁰³. In der Regel wird eine PPP-Ausschreibung eine Verpflichtung des Auftragnehmers zur Beschaffung eines passenden Grundstücks enthalten oder eine Übertragung von Rechten an einem in Frage kommenden Grundstück auf den Auftragnehmer nach Beauftragung mit der Gebäudeerrichtung, der Finanzierung und dem Betrieb durch den Auftraggeber erfolgen.

Auch der Erwerb einer Immobilie kann als Gesamtgeschäft ausschreibungspflichtig sein, wenn er eng mit weiteren, dem Vergaberecht unterliegenden Beschaffungsgeschäften verknüpft ist. Die Ausschreibungspflicht bezieht sich dann auf die Auswahl der Leistungsträger für die neben dem Erwerb durchzuführenden Beschaffungen⁸⁰⁴. Ein enger Zusammenhang mit einem ausschreibungspflichtigen Bauauftrag dürfte etwa bestehen, wenn zunächst ein unbebautes Grundstück erworben wird, der Verkäufer jedoch verpflichtet wird, vor Eigentumsübergang ein den Vorstellungen des öffentlichen Auftraggebers entsprechendes Bauwerk zu errichten⁸⁰⁵.

Für PPP-Projekte nach den dargestellten Vertragsmodellen dürfte eine Ausschreibungsfreiheit nach § 100 Abs. 2 lit. h GWB in der Regel nicht in Betracht kommen. Die Ausnahme des § 100 Abs. 2 lit. h GWB muss ihre Grenzen dort finden, wo es gar nicht vorrangig um ein Immobiliengeschäft geht. Wird nicht ein bebautes Grundstück gekauft oder zur Nutzung überlassen, sondern die Bebauung erst nach den Vorstellungen des Auftraggebers errichtet, ist in der Regel von der (ausschreibungspflichtigen) Beschaffung einer Bauleistung auszugehen⁸⁰⁶. Selbst im Vertragsmodell III, das einer herkömmlichen Miete am nächsten kommt, geht es nicht – wie für die Ausnahmeregelung des § 100 Abs. 2 lit. h GWB erforderlich - um die Miete eines bereits vorhandenen Gebäudes, sondern vielmehr um die Errichtung des Gebäudes nach spezifischen Vorgaben des Auftraggebers und um dessen langjährigen Betrieb durch den Auftragnehmer.

⁸⁰³ Vgl. VÜA Bund, Beschluss v. 7.1.1997, 1 VÜ 26/96, WuW/E Verg 49.

⁸⁰⁴ Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, § 100 GWB Rn. 35; § 99 GWB, Rn. 128 ff.

⁸⁰⁵ Vgl. das Beispiel von Marx, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 100 GWB Rn. 24.

⁸⁰⁶ Vgl. Art. 1 lit. a BKR; § 1a Nr. 1 Abs. 1 S. 6 VOB/A: der Begriff des Bauauftrags umfasst ausdrücklich auch Mietkauf- und Leasing-Konstellationen; zur Abgrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs des Vergaberechts auf Immobilienleasingkonstellationen vgl. auch Eschenbruch, Beilage zu BB 2000, 8, 11 f.

7.3.3 Beschaffungscharakter / Veräußerungsgeschäfte

Wie im Rahmen der Ausführungen zu § 100 Abs. 2 lit. h GWB bereits angesprochen, kommt es für die Anwendbarkeit des Vergaberechts darauf an, ob ein Beschaffungsvorgang eines öffentlichen Auftraggebers vorliegt⁸⁰⁷. Keine Anwendung findet das Vergaberecht hingegen auf die bloße Veräußerung von Vermögenswerten (Grundstücken oder Gesellschaftsanteilen) durch den öffentlichen Auftraggeber – diese ist kein öffentlicher Auftrag gemäß § 99 GWB⁸⁰⁸. Sofern der Auftraggeber also zum Beispiel im Rahmen des Vertragsmodells II eine Sale and Lease Back-Konstruktion realisiert, stellt der zunächst erfolgende Grundstücksverkauf an den Auftragnehmer isoliert betrachtet keine ausschreibungspflichtige Beschaffung der öffentlichen Hand dar. Gleiches gilt für die Einräumung eines Erbbaurechts. Der Verkauf von bebauten oder unbebauten Grundstücken bzw. die Einräumung dinglicher Rechte an Grundstücken unterfällt nicht dem Vergaberecht⁸⁰⁹. Das gilt grundsätzlich selbst dann, wenn der Verkauf an die Auflage geknüpft ist, auf dem Grundstück ein den Vorstellungen des öffentlichen Auftraggebers entsprechendes Objekt zu errichten⁸¹⁰. Voraussetzung ist jedoch, dass der Private und nicht die öffentliche Hand bei wirtschaftlicher Betrachtung als „Beschaffer“ des zu errichtenden Objekts erscheint. Gibt der öffentliche Auftraggeber die Einzelheiten des Objekts vor und ist vereinbart, dass er das Objekt nach Fertigstellung (zurück)kauft oder mittels eines langfristigen Vertrags zur Nutzung übernimmt, wird man von einer - ausschreibungspflichtigen - Beschaffung der Bauleistung durch den öffentlichen Auftraggeber ausgehen müssen⁸¹¹. Anders liegt es dagegen, wenn der Investor das Objekt auf eigene Kosten und auf eigenes Nutzungs- oder Vermarktungsrisiko errichtet und der öffentliche Auftraggeber sich erst nach Fertigstellung zur Anmietung oder zum Erwerb des Objekts entschließt.

Nach der neueren vergaberechtlichen Rechtsprechung bei der Beurteilung von Rechtsgeschäften ist nicht die formale Betrachtungsweise einzelner Vorgänge (Verkauf des Grundstücks, Errichtung eines Bauwerks, Vermietung des Bauwerks, Erwerb des bebauten Grundstücks), sondern eine funktionale wirtschaftliche Gesamtbetrachtung geboten. So sind auch formell nicht vom Vergaberecht erfasste Rechtsgeschäfte daraufhin zu überprüfen, ob sie

⁸⁰⁷ Otting, VergabeR 2002, 11, 12; Marx, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 99 Rn. 10.

⁸⁰⁸ Vgl. VÜA Niedersachsen, ZVgR 1998, 407, (408).

⁸⁰⁹ VÜA Niedersachsen, ZVgR 1998, S. 407 ff.

⁸¹⁰ VÜA Niedersachsen, ZVgR 1988, S. 407 ff.

⁸¹¹ Vgl. Marx, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 100 GWB Rn. 24, zum Fall, dass die Kommune das Grundstück nach Errichtung eines Bauwerks durch den Investor nach Ablauf einer „Schamfrist“ zurückerwirbt.

wirtschaftlich der Auftragsvergabe eines öffentlichen Auftraggebers an einen Dritten gleichkommen⁸¹². Auch die Einräumung von Rechten an im Eigentum eines öffentlichen Auftraggebers stehenden Grundstücken ist danach jedenfalls dann als öffentlicher Auftrag anzusehen und insoweit ausschreibungspflichtig, wenn die Verträge mit Beschaffungsgeschäften eng verknüpft sind und insoweit in engem wirtschaftlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der Beauftragung zur Erbringung bestimmter Leistungen stehen, der öffentliche Auftraggeber bei wirtschaftlicher Betrachtung damit als "materieller Beschaffer" erscheint⁸¹³. Sofern sich der Auftraggeber also in unmittelbarem Zusammenhang mit einem Veräußerungsgeschäft z.B. eine Bauleistung des Auftragnehmers beschafft, ist der gesamte Vorgang ausschreibungspflichtig. Gleiches gilt für an sich vergaberechtsfreie Mietgeschäfte mit Beschaffungsbezug.

Ob eine Beschaffung einer Bauleistung (Sanierung oder Errichtung eines Gebäudes) im vergaberechtlichen Sinne anzunehmen ist oder ein Vorhaben als Veräußerungsgeschäft und/oder Immobiliengeschäft vergaberechtsfrei bleibt, hängt grundsätzlich von den Umständen des Einzelfalls ab. Als Indizien können insbesondere die folgenden Umstände dienen:

- Einfluss auf das Bauvorhaben:

Von wesentlicher Bedeutung ist, ob der öffentliche Auftraggeber im Rahmen der Vertragsbeziehung faktisch auf das Baugeschehen Einfluss nehmen kann. Gibt der öffentliche Auftraggeber die planerischen Einzelheiten vor, spricht dies für eine Beschaffung im Sinne des Vergaberechts durch den öffentlichen Auftraggeber. Gibt der Auftraggeber dagegen nur allgemeine Eckdaten vor - etwa durch Festlegung, dass die Immobilien zu sanieren sind, während der Bauherr hinsichtlich der planerischen Einzelheiten frei bleibt -, spricht das gegen eine Beschaffung des öffentlichen Auftraggebers.

- Die beabsichtigte Nutzung:

Ist von Anfang an geplant, dass der öffentliche Auftraggeber selbst das Objekt nach Fertigstellung länger nutzt, spricht das für eine Beschaffung durch den öffentlichen Auftraggeber.

⁸¹² Vgl. z.B. OLG Stuttgart, Beschluss vom 24.1.2001, 1 VK 34/00 und 1 VK 1/01; OLG Brandenburg, DB 1999, 1793; VK Sachsen, Beschluss vom 9.3.2000, 1/SVK/71-00; VK Lüneburg, NZBau 2001, 51; Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 99, Rn. 42 f..

⁸¹³ Vgl. z.B. BayObLG, Beschluss vom 27.2.2003, Verg 1/03: Veräußerung oder Überlassung unterliegt den vergaberechtlichen Bestimmungen, wenn sie Element eines einheitlichen Vorgangs ist, der einen beschaffungsrechtlichen Bezug hat.

- „Heimfall“:

Für ein Beschaffungsvorhaben des öffentlichen Auftraggebers im Sinne des Vergaberechts spricht ferner, wenn nach Durchführung der betreffenden Baumaßnahmen das Objekt nach einer bestimmten Frist ohne die Zahlung eines Kaufpreises oder zumindest zu einem nicht marktgerechten Kaufpreis an den öffentlichen Auftraggeber zurückfällt bzw. übereignet wird.

- Überwiegendes Eigeninteresse:

Als weiteres Abgrenzungskriterium ist in der Rechtsprechung schließlich anerkannt, dass die Leistungen, die im überwiegenden Eigeninteresse des Leistungserbringers getätigt werden, nicht einem Auftrag im Sinne des Vergaberechts zuzuordnen sind, also keinen beschaffungsrechtlichen Bezug haben⁸¹⁴.

- Umgehungsabsicht

Letztlich darf die Projekt- und Vertragskonstellation nicht dem Zweck dienen, die Vorschriften des Vergaberechts zu umgehen⁸¹⁵.

Diese Indizien deuten bei den zivilrechtlichen Vertragsmodellen I-V insgesamt (trotz der enthaltenen Immobiliengeschäfte) eher auf einen Beschaffungscharakter im Sinne des Vergaberechts hin. In sämtlichen Modellen ist eine langjährige Nutzung der errichteten oder sanierten Bauwerke durch den Auftraggeber vorgesehen. Die Errichtung bzw. Sanierung der Gebäude erfolgt in allen Modellen gemäß den Festlegungen des Auftraggebers.

Im Einzelnen:

- PPP-Erwerbermodell (Vertragsmodell I):

Bei diesem Modell ist – wie auch bei den Modellen II und III - von Anfang an geplant, dass der öffentliche Auftraggeber das Objekt nach Fertigstellung längerfristig nutzt. Die Überlassungsverpflichtung richtet sich auf ein noch nicht existentes, vom Privaten zu errichtendes Gebäude und beinhaltet damit die Ausführung oder die Planung und Ausführung von Bauarbeiten durch den Auftragnehmer oder einen von diesem zu beauftragenden Dritten. Die Durchführung der Bauarbeiten und die Planung sollen nach den grundlegenden Vorgaben des Auftraggebers erfolgen. Damit ist grundsätzlich von einem ausschreibungspflichtigen Bauauftrag auszugehen. Das kann für Vertragsmodell I insbesondere auch deshalb nicht

⁸¹⁴ Vgl. VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 19.12.2000, 1 VK 32/00.

⁸¹⁵ Vgl. Marx, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 100 Rn. 24.

zweifelhaft sein, weil die festgelegte Nutzungsdauer einen für die Amortisation der Bauinvestition ausreichenden Zeitraum umfasst. Da vorgesehen ist, dass der öffentliche Auftraggeber das Objekt nach Ablauf der vorgesehenen Vertragslaufzeit übernimmt, liegt unabhängig von der Laufzeit des Nutzungsvertrags eine ausschreibungspflichtige Baubeschaffung seitens der öffentlichen Hand (und zusätzliche Beschaffung von Betreiberleistungen) gegen ein monatliches Gesamtentgelt vor; es handelt sich letztlich um einen Bauauftrag (kombiniert mit einem Dienstleistungsauftrag für den späteren Betrieb) mit gestreckter Finanzierung. Eine u.U. vor Beginn der Bauarbeiten erfolgende Eigentums- oder Erbbaurechtsübertragung vom Auftraggeber auf den Auftragnehmer wäre zwar vergaberechtsfrei, fällt aber wegen ihres Bezuges zu der dargestellten Beschaffung durch den Auftraggeber nach wirtschaftlicher Gesamtbetrachtung ebenfalls unter das Vergaberechtsregime.

- PPP-FMLeasingmodell (Vertragsmodell II):

Das Vertragsmodell II unterscheidet sich vom Vertragsmodell I vor allem dadurch, dass der Eigentumsübergang am Ende der Laufzeit weder automatisch noch unentgeltlich erfolgt. Für das Vertragsende besteht (als Alternative zur Rückgabe oder einer Nutzungsverlängerung) lediglich eine Kaufoption zu einem vorher festgesetzten Restkaufpreis. Gibt der Auftraggeber am Ende der Vertragslaufzeit das Gebäude wieder an den Auftragnehmer zurück, könnte der Beschaffungscharakter (auch mit Blick auf das nur auf Teilamortisation angelegte Entgelt) u.U. fraglich sein. Allerdings dürfte sich der öffentliche Auftraggeber letztlich selbst in diesem Fall angesichts der langjährigen, die übliche Betriebsdauer des Gebäudes abdeckenden Nutzungsdauer und seiner Einflussnahmemöglichkeit auf die Baugestaltung (Abweichungen von der Leistungsbeschreibung stehen unter Zustimmungsvorbehalt) Bauleistungen (und Dienstleistungen) beschaffen, die dem Vergaberecht bei wirtschaftlicher Gesamtbetrachtung nicht unter dem Gesichtspunkt des § 100 Abs. 2 lit. h GWB oder des Veräußerungscharakters einer evtl. vorgeschalteten Grundstücksveräußerung entzogen sind.

- PPP-Vermietungsmodell (Vertragsmodell III):

Vertragsmodell III unterscheidet sich von den Vertragsmodellen I und II dadurch, dass für das Vertragsende eine Kaufoption zum Verkehrswert vorgesehen ist. Diese Endschaftsregelung schließt zunächst den gestreckten Erwerb einer Bauleistung zu feststehenden Konditionen aus⁸¹⁶. Da der Vertragszweck hier hauptsächlich in der Gebrauchsüberlassung liegt, erscheint eine Ausschreibungsfreiheit nach § 100 Abs. 2 lit. h GWB als Mietgeschäft zumindest denkbar. Allerdings dürfte es sich letztlich auch bei diesem Vertragsmodell um ein aus-

⁸¹⁶ Vgl. hierzu auch: Horn, LKV 1996, 81 (82) (wohl zu weitgehend).

schreibungspflichtiges Vorhaben handeln, wenn das zu mietende Gebäude speziell nach den Bedürfnissen des Auftraggebers errichtet (und nicht etwa ein bestehendes Gebäude vermietet wird) und diesem für einen wesentlichen Teil der typischen Lebensdauer zur Nutzung überlassen wird. Jedenfalls aber beschafft sich der Auftraggeber mit den umfassenden Betreiber- und Facility-Management-Leistungen des Auftragnehmers Dienstleistungen, die über das hinausgehen, was ein Vermieter üblicherweise zu leisten hat.

- PPP-Inhabermodell (Vertragsmodell IV):

Bei den Vertragsmodellen IV und V verbleibt das Grundstückseigentum von vornherein beim Auftraggeber. Im Vertragsmodell IV soll der private Auftragnehmer auf einem Grundstück des Auftraggebers ein Bauwerk errichten bzw. sanieren. Der Auftragnehmer erbringt mit der Sanierung nach den (u.U. nur groben) Vorgaben des Auftraggebers Bauleistungen, die durch Einbau automatisch ins Eigentum des Auftraggebers übergehen. Selbst wenn dem Auftragnehmer für die Vertragslaufzeit (vergaberechtsfrei) ein Recht an dem Grundstück des Auftraggebers eingeräumt wird, bleibt daher der Beschaffungscharakter des Gesamtpaketes bestehen.

- PPP-Contractingmodell (Vertragsmodell V):

Im Vertragsmodell V wird der Auftragnehmer zwar wie im Vertragsmodell IV auf einem Grundstück des Auftraggebers tätig. Allerdings erbringt er keine oder zumindest nur untergeordnete Bauleistungen – Hauptgegenstand seiner Pflichten ist die Planung und Optimierung von Anlagen(-teilen) in Gebäuden des Auftraggebers. Das Eigentum an den eingebauten Anlagen geht im Regelfall nicht auf den Auftraggeber als Eigentümer des Gebäudes über, sondern verbleibt deswegen beim Auftragnehmer, weil von vornherein geplant ist, dass dieser die Anlage nach Ende der 10-15 jährigen Vertragslaufzeit wieder aus dem Gebäude ausbaut (Scheinbestandteil). Da somit das Eigentum an den errichteten Anlagen in aller Regel nicht auf den Auftraggeber übergeht, die Planung und Ausführung vom Auftragnehmer selbst bestimmt wird und dieser auch allein nutzungsberechtigt an der Anlage ist, dürfte eine Beschaffung einer Bauleistung in diesem Vertragsmodell regelmäßig nicht vorliegen. Der Schwerpunkt scheint vielmehr auf der (ebenfalls grundsätzlich ausschreibungspflichtigen) Beschaffung von Betreiber- und sonstigen Dienstleistungen zu liegen. Das gilt wohl selbst dann, wenn letztlich vereinbart wird, dass das Eigentum an der Anlage am Ende der Vertragslaufzeit auf den Auftraggeber übergehen soll.

Eine endgültige Beurteilung des Vorliegens eines ausschreibungspflichtigen Beschaffungsvorgangs kann jeweils nur im konkreten Einzelfall anhand der dargelegten Kriterien erfolgen.

Unabhängig von der Beschaffung von Bauleistungen ist allen fünf privatrechtlichen Vertragsmodellen gemeinsam, dass über die gesamte Vertragslaufzeit jedenfalls Dienstleistungen (Facility Management, Betrieb), die über die üblichen Verpflichtungen eines Vermieters hinausgehen, vom Auftraggeber beschafft werden. Da PPP-Modelle nach dem dieser Untersuchung zugrunde liegenden Ansatz grundsätzlich das "Gesamtpaket" von Planung, Bau, Betrieb und Verwertung umfassen sollen, ist davon auszugehen, dass auch im Hinblick auf den Beschaffungscharakter keine isolierte Betrachtung einzelner Teile der PPP erfolgen kann. Nach dieser Auffassung ist der Beschaffungscharakter in aller Regel zu bejahen.

7.3.4 Gründung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen

Bei PPP-Projekten, die auf der Zusammenarbeit von öffentlicher Hand und Privaten aufbauen, sinnvoll und durchaus üblich ist die Gründung eines sog. "Joint Ventures" zwischen öffentlicher Hand und privatem Partner (in der Regel im Verhältnis öffentliche Hand 51% - Privater 49%) zur Durchführung bzw. Weitervergabe der geplanten Bau- und Dienstleistungen während der Vertragslaufzeit. Diese als Vertragsmodell VIII vorgestellte Vorgehensweise ist grundsätzlich in Kombination mit sämtlichen übrigen Vertragsmodellen denkbar. Die Gründung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens durch öffentliche Hand und Privaten kann entweder durch Übertragung von Anteilen an einer 100%igen Eigengesellschaft auf die neue Gesellschaft oder direkten Anteilswerb an der neuen Gesellschaft erfolgen. Der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages oder die Veräußerung von Vermögensgegenständen wie z.B. Gesellschaftsanteilen fällt nicht unter die in § 99 GWB aufgeführten Beschaffungsverträge der öffentlichen Hand⁸¹⁷ und stellt somit für sich genommen keinen ausschreibungspflichtigen, vergaberechtlich relevanten Vorgang dar. Nach der von der neueren vergaberechtlichen Rechtsprechung geforderten „wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung“ von Vergabevorgängen unterliegt allerdings auch die isoliert betrachtet vergaberechtsfreie Auswahl des privaten Partners bzw. Gründung des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens dann vergaberechtlichen Ausschreibungspflichten, wenn im Zusammenhang damit eine Auftragsvergabe an das Unternehmen erfolgt, die § 99 GWB unterfällt.

Von einem ausschreibungspflichtigen Auftrag ist nach allgemeiner Auffassung nicht auszugehen, wenn ein sog. "In-house-Geschäft" vorliegt. Die Beauftragung einer zu 100% von der öffentlichen Hand gehaltenen privatrechtlichen Eigengesellschaft bleibt als „Eigengeschäft“ vergaberechtsfrei, weil die Aufgabenübertragung in diesen Fällen materiell nur als interne Organisationsmaßnahme angesehen wird. Ein "In-house-Geschäft" hat nach der EuGH-

⁸¹⁷ Vgl. Schröder, NJW 2002, 1831; Boesen, Vergaberecht, § 100 GWB Rn. 105; Opitz, ZVgR 2000, 97, 106; Jaeger, NZBau 2001, 6, 7.

Rechtsprechung⁸¹⁸ zur Voraussetzung, dass der öffentliche Auftraggeber Gesellschafter des Auftragnehmers ist, über diesen eine Kontrolle "wie über eine eigene Dienststelle" ausübt und der Auftragnehmer seine Tätigkeit "im wesentlichen für den Auftraggeber" ausführt.

Inwiefern dieser Ausnahmetatbestand auch für eine Vergabe an gemischtwirtschaftliche Beteiligungsunternehmen, an denen ein privater Investor als Minderheitsgesellschafter beteiligt ist, gelten soll, ist in der deutschen Rechtsprechung umstritten und bis heute nicht eindeutig geklärt. Nach überwiegender Ansicht ist zumindest bei einer nicht ganz unerheblichen privaten Beteiligung keine „In-House“-Vergabe möglich, weil der öffentliche Auftraggeber bei der Ausübung seiner Gesellschafterrechte nach Treu und Glauben die wirtschaftlichen Interessen des Minderheitsgesellschafters berücksichtigen muss und daher über das Gemeinschaftsunternehmen trotz seiner Stellung als Mehrheitsgesellschafter nicht „wie über eine eigene Dienststelle“ verfügen kann⁸¹⁹. Teilweise wird eine Beteiligung von Privaten per se, jedenfalls aber ab 10% als Ausschlussgrund für ein vergaberechtsfreies Eigengeschäft angesehen⁸²⁰, teilweise wird weniger auf eine anteilmäßige Beherrschung als auf die Möglichkeit einer "umfassenden Einflussnahme" der Gebietskörperschaft auf die juristische Person abgestellt⁸²¹ - dazu wird häufig an gesellschaftsrechtliche Regelungen angeknüpft⁸²². Das OLG Naumburg hat mit Beschluss vom 8. Januar 2003⁸²³ 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. Nach der gegenwärtigen Rechtsprechung kann jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass Aufträge der öffentlichen Hand an gemischtwirtschaftliche Unterneh-

⁸¹⁸ EuGH, Urteil v. 18. November 1999 - Rs. C-107/98, Slg. 1999 I- 8121 ff., Teckal; EuGH, NZBau 2001, 99 (101), ARGE Gewässerschutz.

⁸¹⁹ VK Düsseldorf, NZBau 2001, 46 (48).

⁸²⁰ VK Halle, Beschluss v. 3. Mai 2002 - VK Hal 03/02: ab 10% privater Beteiligung generell kein Eigengeschäft; VK Düsseldorf, Beschluss v. 7. Juli 2000; Trienekens, NZBau 2001, 46: nur bei 100% öffentlichem Anteilsbesitz; Jaeger, NZBau 2001, 6, 9; Burgi, NVwZ 2001, 601 (605).

⁸²¹ BayObLG, Beschluss v. 22. Januar 2002 - Verg 18/01: Argumentation mit Kontrollrechten von Minderheitsgesellschaftern und Einstimmigkeitserfordernissen nach Gesellschaftsrecht; VK Südbayern, Beschluss vom 23.10.2001, 32-09/01: keine umfassenden Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten.

⁸²² Vgl. Jaeger, NZBau 2001, 6, 9; Masing, ZfBR 2002, 450, 453; Dreher, NZBau 2001, 360 (363).

⁸²³ OLG Naumburg, NZBau 2003, 224.

men, an denen ein Privater zu mehr als 10% (bzw. gar, wie üblich, zu 49%) beteiligt ist, als vergabefreies In-House-Geschäft angesehen werden könnten.

Die Frage der Ausschreibungspflicht von gesellschaftsrechtlichen Kooperationen stellt sich auch, wenn die öffentliche Hand zunächst eine 100%ige Eigengesellschaft im Wege eines dann unstreitig vergaberechtsfreien Eigengeschäftes beauftragt und anschließend Gesellschaftsanteile an dieser beauftragten Eigengesellschaft an einen privaten Investor verkauft und diesen somit über seine Stellung als Gesellschafter an dem Auftrag beteiligt. Trotz Ausschreibungsfreiheit beider Einzelelemente In-house-Vergabe und Anteilsverkauf ist aufgrund des vergaberechtlichen Umgehungsverbot unter Zugrundelegung der wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung der neueren Rechtsprechung auch hier ein insgesamt dem Vergaberecht unterfallender Beschaffungsvorgang anzunehmen - jedenfalls dann, wenn Auftragsvergabe und Anteilsverkauf in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang erfolgen⁸²⁴. Die in der Literatur stark vertretene Auffassung, auch der zeitlich spätere Verkauf von Geschäftsanteilen an einer langfristig (in house) beauftragten Eigengesellschaft unterfalle dem Vergaberecht⁸²⁵, ist von der Rechtsprechung noch nicht endgültig bestätigt oder verworfen worden⁸²⁶.

Nach der dargestellten Rechtsprechung lässt sich die Ausschreibungspflicht demnach weder durch gestufte Gründungsprozesse noch durch gestufte Vergabe umgehen. Die Ausschreibungspflicht entfällt nicht, wenn zunächst eine 100%ige Eigengesellschaft gegründet wird, dieser vorab im Wege des vergaberechtsfreien In-house-Geschäfts ein Auftrag erteilt wird und anschließend Anteile an der Gesellschaft an den Kooperationspartner veräußert werden⁸²⁷. Auch die Beauftragung einer 100%igen Tochtergesellschaft im Wege des In-house-Geschäfts durch den öffentlichen Auftraggeber und die anschließende Gründung und Unterbeauftragung einer gemischtwirtschaftlichen Enkelgesellschaft durch die Tochtergesellschaft und einen privaten Kooperationspartner wird vergaberechtlich als Einheit angesehen und lässt die Ausschreibungspflicht nicht entfallen⁸²⁸. Letztlich kann die Entscheidung, inwieweit

⁸²⁴ Vgl. VK Düsseldorf, NZBau 2001, 46; Endler, NZBau 2002, 125 (132 ff.).

⁸²⁵ Endler, NZBau 2002, 126, 133; Jaeger, NZBau 2001, 6, 10; Boesen, Vergaberecht, § 100 Rn. 106; Otting, VergabeR 2002, 11 (16 f.); ablehnend bei fehlender subjektiver Umgehungsabsicht: Schröder, NJW 2002, 1831 (1832).

⁸²⁶ Lediglich OLG Brandenburg, NZBau 2001, 645ff deutete in einem obiter dictum an, dass ein zeitlicher Zusammenhang nicht erforderlich sei bzw. ein Zeitraum von 6 Jahren zwischen Beauftragung und Anteilsverkauf jedenfalls nicht per se den wirtschaftlichen Gesamtzusammenhang ausschließe.

⁸²⁷ VK Düsseldorf, NZBau 2001, 46: Auftragserteilung an Eigengesellschaft der Gemeinde als Auftragserteilung an gemischtwirtschaftliches Unternehmen anzusehen, wenn Alleineigentum der Gemeinde an der Gesellschaft nur gewolltes Durchgangsstadium zur Kooperationsgesellschaft.

⁸²⁸ VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 24.1.2001, 1 VK 34/00, 1/01.

bei Gründung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens im Rahmen von PPP eine vergaberechtliche Ausschreibungspflicht besteht, jedoch jeweils nur im Einzelfall erfolgen.

7.4 Ausschreibungsregime für die untersuchten PPP-Modelle

7.4.1 Ausschreibungspflichten für den Auftraggeber

- **Vertragsmodelle I-V**

Die Vertragsmodelle I-V enthalten Elemente sog. Betreibermodelle. Unter Betreibermodellen im vergaberechtlichen Sinne werden unterschiedliche Konstruktionen verstanden, bei denen der Auftragnehmer ergänzend zu einer Bauleistung Betrieb, Instandhaltung, Wartung bzw. sonstige Facility-Management-Aufgaben auf Rechnung des Auftraggebers übernimmt. Ein Privatunternehmen errichtet also z.B. nicht nur ein neues Gebäude für den öffentlichen Auftraggeber, sondern „betreibt“ es auch eigenverantwortlich über den gesamten Nutzungszeitraum. Im Gegenzug erhält es vom Auftraggeber ein im voraus festgelegtes Betreiberentgelt. Von der Konzession unterscheidet sich ein Betreibermodell dadurch, dass der öffentliche Auftraggeber und nicht die dritte Nutzer den Betreiber vergüten⁸²⁹ und dass der Betreiber, anders als der Konzessionär, nicht das Nutzungsrisiko trägt. Grundsätzlich muss die Vergabe der in Betreibermodellen regelmäßig enthaltenen Aufträge im Sinne des § 99 GWB im Einklang mit den Vorschriften der jeweils anwendbaren Verdingungsordnung erfolgen und oberhalb der Schwellenwerte europaweit ausgeschrieben werden.

- PPP-Erwerbermodell (Vertragsmodell I):

Das Vertragsmodell I ist als öffentlicher Auftrag (§ 99 GWB) ausschreibungspflichtig. Die Schwellenwerte für eine europaweite Bekanntmachungspflicht dürften in aller Regel überschritten sein. Eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht nach § 100 Abs. 2 lit. h GWB kommt nicht in Betracht. Das Gesamtpaket Planung, Bau, Betrieb und Eigentumsübergang am Ende der Vertragslaufzeit stellt sich bei wirtschaftlicher Betrachtung anhand der oben dargelegten Indizien als ausschreibungspflichtige Beschaffung durch die öffentliche Hand dar.

Welcher Verdingungsordnung der Auftrag unterfällt, muss im Einzelfall nach der Schwerpunkttheorie bestimmt werden. Angesichts der zahlreichen und langjährigen Dienstleistungsverpflichtungen (Facility Management, Sicherheitsdienste, Catering, etc.), die dem Auftrag-

⁸²⁹ Vgl. Dreher, NZBau 2002, 245, 258; Opitz, ZVgR 2000, 108; Marx, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 99 Rn. 18.

nehmer neben der Errichtung des Gebäudes auferlegt werden, ist jedoch ein Überwiegen des Werts und des Gewichts dieser Dienstleistungskomponenten gegenüber der Bauleistung durchaus denkbar. Der Gesamtauftrag unterfällt dann der VOL/A und nicht der VOB/A.

Das Vertragsmodell I (wie im übrigen auch die Modelle II-V) hat Auftrags- und nicht Konzessionscharakter. Denn als Gegenleistung für die Erbringung der Bau-, Finanzierungs-, Planungs- und Dienstleistungen ist die Zahlung eines regelmäßigen Entgelts durch den Auftraggeber vorgesehen, mit dem der Auftragnehmer seine Kosten refinanzieren kann. Dem Auftragnehmer obliegt somit nicht – wie für eine Konzession erforderlich – das Risiko der Nutzung des Bauwerks oder der Dienstleistung durch Dritte. Die Vergabe eines PPP-Projekts in der Form des Vertragsmodells I ist daher europaweit bekannt zu machen und unterliegt – je nach Schwerpunkt – den Regelungen der VOB/A oder der VOL/A.

- PPP-FMLeasingmodell (Vertragsmodell II):

Vertragsmodell II ist weitgehend entsprechend Vertragsmodell I zu beurteilen. Trotz weniger eindeutiger Heimfallregelung muss auch bei Vertragsmodell II von einem Bauauftrag und nicht von einer Miete nach § 100 Abs. II lit. h GWB ausgegangen werden, da die Errichtung des Gebäudes nach gewissen Vorgaben des Auftraggebers wiederum Vorbedingung der von Anfang an geplanten langjährigen Nutzung durch den Auftraggeber ist. Echte Sale and Lease Back-Konstruktionen, d.h. Verkauf eines im Eigentum der öffentlichen Hand stehenden Gebäudes und Leasing dieses bestehenden Gebäudes vom neuen Eigentümer, sind in der Regel als Finanzdienstleistungen nach § 1a Nr. 2 VOL/A i.V.m. Anhang I A Nr. 6 auszusprechen. Da in dem vorliegend erörterten PPP-Modell jedoch eine Verpflichtung zur Errichtung eines Gebäudes für den Auftraggeber enthalten ist, bleibt es bei der Ausschreibungspflicht als – je nach Schwerpunkt – Bau- oder Dienstleistungsauftrag.

- PPP-Vermietungsmodell (Vertragsmodell III):

Für Vertragsmodell III ergeben sich gegenüber den Vergabemodellen I und II keine Abweichungen hinsichtlich der vergaberechtlichen Beurteilung.

- PPP-Inhabermodell (Vertragsmodell IV):

Die Erbringung von Bau- und Dienstleistungen für den Auftraggeber auf dessen Gelände unterfällt ebenfalls als öffentlicher Auftrag dem Vergaberecht. Eine Ausnahme wegen der Einräumung von Rechten am Grundstück des Auftraggebers für den Auftragnehmer besteht nicht, da der Auftragnehmer im Interesse des Auftraggebers und nach dessen Vorstellungen Bau- und Dienstleistungen erbringt.

- PPP-Contractingmodell (Vertragsmodell V):

Für Vertragsmodell V ergeben sich gegenüber dem Vertragsmodell IV insofern keine maßgeblichen Unterschiede als der Beschaffungscharakter ebenfalls grundsätzlich zu bejahen sein dürfte. Allerdings liegt bei der Durchführung von bloßen Optimierungsleistungen bezüglich bereits eingebauter Anlagen und kleineren Einbauleistungen in Gebäuden des Auftraggebers in diesem Modell im Vergleich zu den im PPP-Inhabermodell zu erbringenden Sanierungs- und Bauleistungen an Gebäuden des Auftraggebers ein Dienstleistungsschwerpunkt des Gesamtauftrages näher.

- **PPP-Konzessionsmodell (Vertragsmodell VI)**

Im Rahmen des Konzessionsmodells erhält der Private anstelle einer Vergütung in Geld das Recht, seine Kosten über Entgelte oder Gebühren von Drittnutzern zu finanzieren. Die Endschaftsregelung (automatischer Eigentumsübergang auf Konzessionsgeber?, mit /ohne fest vereinbarte Schlusszahlung etc.) ist relativ frei gestaltbar. Insofern sind sämtliche in den Vertragsmodellen I-V enthaltenen Regelungen grundsätzlich denkbar. Entscheidender Unterschied zu diesen Modellen ist bei der Konzession jedoch, dass der Konzessionär nicht wie der dortige Auftragnehmer vom Auftraggeber ein festes regelmäßiges Entgelt erhält, über das er seine Kosten refinanzieren kann, sondern statt dessen ein Recht zur Nutzung des von ihm errichteten Bauwerks oder von ihm erbrachter Dienstleistungen erhält. Entscheidend für die Bejahung einer Baukonzession – im Gegensatz zu einem traditionellen Bauauftrag, der weitergehenden vergaberechtlichen Anforderungen unterliegt – ist, dass der Konzessionär nicht vorrangig im Interesse des Konzessionsgebers, sondern im Eigeninteresse tätig wird.

Ist das Gesamtvorhaben im Einzelfall in Abgrenzung vom Bauauftrag als Konzession und in Abgrenzung zur Dienstleistungskonzession nach der Schwerpunkttheorie⁸³⁰ als Baukonzession einzuordnen, muss die Vergabe nicht wie bei Bauaufträgen grundsätzlich im Wege eines formellen Verfahrens wie des Offenen oder Nichtoffenen Verfahrens erfolgen. Der Auftraggeber kann ohne weiteres das Verhandlungsverfahren wählen und muss lediglich die Bekanntmachungsvorschriften der § 32 a VOB/A, Art. 11 Abs. 3, 6, 7 und 9-13, Art 15 der EG-Baurichtlinie beachten. Auch außerhalb eines förmlichen Verfahrens zu berücksichtigen bleiben allerdings die allgemeinen Grundsätze der Nichtdiskriminierung, Transparenz, Verhältnismäßigkeit und gegenseitigen Anerkennung.

⁸³⁰ Oder nach der von Teilen der Rechtsprechung in Deutschland angewandten Kontaminierungstheorie.

Überwiegt bei einem als Konzession ausgestalteten PPP-Modell der Dienstleistungsanteil (wertmäßig und von der Grundintention des Vertrags her), so ist das damit als Dienstleistungskonzession zu qualifizierende Vertragswerk grundsätzlich vergaberechtsfrei. Im Rahmen der vorgestellten PPP-Modelle mit langjähriger Übertragung des Betriebs öffentlicher Infrastruktureinrichtungen auf Private zusätzlich zur Bauleistung am Beginn des Projekts ist ein solches Überwiegen der Dienstleistungselemente durchaus denkbar: Die langjährigen Betreiberentgelte werden teilweise die Anfangsinvestitionen in das Bauwerk wertmäßig überwiegen und die Hauptzielsetzung der Projekte ist u.U. nicht so sehr die Errichtung des Gebäudes, sondern die Sicherung des Weiterbestandes und Betriebs z.B. eines öffentlichen Schwimmbades oder Konzerthauses. Die Dienstleistungskonzession fällt nicht in den Anwendungsbereich der europäischen Vergaberichtlinien⁸³¹ und ist vom Anwendungsbereich der VOL/A ausgeschlossen⁸³². Sie unterliegt daher keinen Ausschreibungspflichten; bei ihrer Vergabe müssen jedoch die genannten allgemeinen Prinzipien Beachtung finden⁸³³.

- **PPP-Gesellschaftsmodell (Vertragsmodell VII)**

Für die Durchführung von PPP-Modellen kann es sich empfehlen, ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen zu gründen, das die Unterbeauftragung der einzelnen Leistungserbringer übernimmt und durch eine einheitliche Planung und Koordination Schnittstellenprobleme zwischen einzelnen Ausführenden und Verständigungsschwierigkeiten zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer verhindern hilft. Grundsätzlich unterfällt, wie bereits dargestellt, die Gründung eines solchen gemischtwirtschaftlichen Unternehmens nicht dem Vergaberecht. Eine andere Beurteilung kann aufgrund einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung dann geboten sein, wenn die Gründung der Gesellschaft in unmittelbarem Zusammenhang mit der Vergabe eines ausschreibungspflichtigen Auftrags an die Gesellschaft steht⁸³⁴. Ein Auftrag an das gemischtwirtschaftliche Unternehmen kann – jedenfalls bei der typischen Anteilsverteilung von 51% öffentlicher Hand und 49% privatem Investor – nicht als vom Anwendungsbereich des Vergaberechts auszunehmende „In-House-Vergabe“ betrachtet werden. Er unterliegt damit in aller Regel dem Vergaberecht – und mit ihm die zur Durchführung dieses Auftrags erfolgte Gründung des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens. Eine weitere Ausnahme von der Ausschreibungsfreiheit von Anteilsverkäufen und Gesellschaftsgründun-

⁸³¹ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht 2000/C 121/02, Abl. EG vom 29.4.2000, Entwurf vom 24.2.1999, 1999/C 94/04, Abl. EG C 94 vom 7.4.1999, 4; vgl. auch Abl. EG 1998/C 21/53-54..

⁸³² Vgl. VÜA Bayern, Beschluss vom 28.8.1998, VÜ 16/97.

⁸³³ EuGH, NZBau 2001, 148.

⁸³⁴ Vgl. OLG Brandenburg, DB 1999, 1793; VK Lüneburg, NZBau 2001, 51; VK Sachsen, AbfallPrax 2000, 199; VK Düsseldorf, NZBau 2001, 46.

gen wird im Fall der Aufnahme eines privaten Partners in eine bereits „In-House“ (ohne Ausschreibung) beauftragte 100% Tochtergesellschaft der öffentlichen Hand gemacht⁸³⁵.

7.4.2 Ausschreibungspflichten für die Vergabe von Aufträgen auf der „2. Stufe“

Die Frage der Ausschreibungspflicht stellt sich nicht nur auf der Ebene der Auswahl und Beauftragung des privaten Partners durch die öffentliche Hand, sondern auch bezüglich der bei PPP typischerweise im Anschluss erfolgenden Beauftragung privater Unternehmen mit den durchzuführenden Bauarbeiten und Dienstleistungen durch den erfolgreichen Bieter bzw. das neugegründete gemischt-wirtschaftliche Unternehmen. Privatunternehmen, die nicht in bestimmten Sektoren der öffentlichen Daseinsvorsorge tätig sind (Sektorenauftraggeber), sind nach Vergaberecht grundsätzlich nicht zur Ausschreibung der von ihnen vergebenen Aufträge verpflichtet.

• Auftragsvergabe durch Gemischtwirtschaftliche Unternehmen

Für gemischtwirtschaftliche Unternehmen können sich Ausschreibungspflichten allerdings ausnahmsweise dann ergeben, wenn sie als Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB anzusehen sind⁸³⁶.

Gemäß § 98 Nr. 2 GWB ist die Auftraggebereigenschaft zu bejahen, wenn eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts zu dem Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen und von staatlichen Gebietskörperschaften, deren Sondervermögen oder Verbänden von öffentlichen Auftraggebern durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanziert oder beherrscht wird. Von einer überwiegenden Finanzierung ist auszugehen, wenn die öffentliche Hand zu mehr als 50% an dem Gesellschaftskapital der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft beteiligt ist⁸³⁷. Der dadurch vermittelte tatsächliche Einfluss ist nach ganz h.M. unerheblich⁸³⁸. Umgekehrt

⁸³⁵ Vgl. hierzu oben unter 7.3.4.

⁸³⁶ Die Vergabekammer des Bundes hat in ihrer Entscheidung vom 12.12.2002, VK 1 – 83/02 ausdrücklich klargestellt, dass ein Einzel-Beschaffungsakt eines unter § 98 GWB fallenden Auftraggebers nicht dadurch dem Vergaberecht entzogen werden kann, dass zuvor die Gründung sowie die Aufgaben und Leistungspflichten dieses öffentlichen Auftraggebers aufgrund eines öffentlichen Vergabeverfahrens festgelegt wurden.

⁸³⁷ BayObLG, Beschluss vom 10.9.2002, Verg 23/02: entscheidend sei nicht die Finanzierung oder Beherrschung eines Aufgabenteils, sondern des Rechtsträgers als solchen durch den Staat.

⁸³⁸ EuGH, Urteil vom 03.10.2000, Rs. C-380/98, Slg. 2000 I- 8035 ff., Queen / Treasury; Marx, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 98 Rn. 10; Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 98 Rn. 46

kann auch bei einer Minderheitsbeteiligung bei entsprechender Ausgestaltung eine beherrschende Stellung der öffentlichen Hand vorliegen (verlängerter Arm des Staates)⁸³⁹. Schwierig abzugrenzen ist das Merkmal der Gründung zum Zweck der Wahrnehmung „im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nicht gewerblicher Art“. Der Begriff des Allgemeininteresses ist gemeinschaftsrechtlich weit auszulegen⁸⁴⁰ und im Gegensatz zum reinen Individualinteresse zu verstehen. Darunter fallen nicht nur eng mit der öffentlichen Ordnung und dem institutionellen Funktionieren des Staates verknüpfte genuin staatliche Aufgaben⁸⁴¹, sondern auch sonstige Aufgaben der Daseinsvorsorge und Förderung des Gemeinwohls, deren Erfüllung der Staat ohne Rücksicht auf wirtschaftliche Kostendeckung erfüllen will/muss⁸⁴². Um die Auftraggebereigenschaft nach § 98 Nr. 2 GWB zu bejahen, reicht es schon aus, wenn von einem Unternehmen auch solche Aufgaben erfüllt werden⁸⁴³. Hat ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen z.B. die Aufgabe, ein öffentliches Schwimmbad zu errichten und zu betreiben, kann dies durchaus als Tätigkeit im Allgemeininteresse anzusehen sein⁸⁴⁴. Für die Auftraggebereigenschaft des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens (mit der Folge seiner Verpflichtung zur Ausschreibung seiner Beschaffungen) kommt es dann entscheidend auf Gewerblichkeit oder Nichtgewerblichkeit seiner Aufgabendurchführung an. Indiz für eine Gewerblichkeit kann ein „entwickelter Wettbewerb“ auf dem betreffenden Markt⁸⁴⁵ sein, d.h. dass der Auftraggeber den Kräften des Marktes ausgesetzt ist, so dass sein Handeln wesentlich von marktwirtschaftlichen Maximen bestimmt ist⁸⁴⁶. Die Erfül-

⁸³⁹ VK Bund, Beschluss vom 12.12.2002, VK 1-83/02; keine Aufsicht des Staates über die Leitung der betreffenden Einrichtung hingegen bei bloßer nachprüfender Kontrolle der Leitung der Einrichtung, EuGH, IBR 2003, 261, Adolf Truley.

⁸⁴⁰ EuGH, Urteil vom 27.2.2003, Rs. C-373/00, Adolf Truley; VK Brandenburg, Beschluss vom 1.10.2002, VK 53/02: regionale Wirtschafts- und Strukturförderung (+); VK Bund, Beschluss vom 12.12.2002, VK 1 – 83/02: Deckung des Sachbedarfs der Bundeswehr (+); VK Brandenburg, Beschluss vom 17.5.2002, VK 23/02: Daseinsvorsorge im ÖPNV (+).

⁸⁴¹ EuGH, Urteil vom 15.1.1998, Rs. C-44/96; Slg. 1998 I-73 ff. Mannesmann Anlagen Bau; EuGH Urteil vom 10.11.1998, Rs. C-360/96, Slg. 1998 I-6821 ff. Gemeinde Arnhem

⁸⁴² ... und auf die er einen entscheidenden Einfluss haben möchte, vgl.: EuGH, IBR 2003, 261, Adolf Truley. Als Indiz kann die Aufzählung in Anhang I zur BKR dienen, in der u.a. Krankenhäuser, öffentliche Bühnen, Bibliotheken, Schwimmbäder als mögliche Einrichtungen des öffentlichen Rechts genannt werden.

⁸⁴³ EuGH, IBR 2003, 261, Adolf Truley; VK Bund, Beschluss vom 12.12.2002, VK 1-83/02.

⁸⁴⁴ Vgl. VK Nordbayern, Beschluss vom 15.2.2002, 320.VK-3194-02/02. Es kommt auf die „tatsächlich ausgeübte Tätigkeit“ und nicht allein auf den aus dem Gründungsakt ersichtlichen Gründungszweck an, EuGH, EuZW 2003, 147, Universale Bau.

⁸⁴⁵ EuGH, Urteil vom 10.11.1998, Rs. C-360-96, Arnheim, Rn. 49; in EuGH, IBR 2003, 261, Adolf Truley wird nochmals klargestellt, „dass das Vorliegen eines entwickelten Wettbewerbs allein nicht auf das Nichtvorliegen einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe nicht gewerblicher Art schließen lässt, jedoch für diese Frage nicht völlig unerheblich ist“.

⁸⁴⁶ VK Bund, Beschluss vom 12.12.2002, VK 1-83/02; VK Nordbayern, Beschluss vom 15.2.2002, 320.VK-3194-02/02: beim Betrieb öffentlicher Bäder keine solche Wettbewerbssituation.

lung der Tatbestandsmerkmale des § 98 Nr. 2 GWB muss im Einzelfall bezüglich der konkreten Gesellschaft überprüft werden. Da in der Konstellation der Gründung eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens zur Durchführung eines PPP-Projekts i.d.R. der Gründungs-akt und die Beauftragung mit den Bau- und Dienstleistungen zeitgleich erfolgen und dem-nach gemeinsam auszuschreiben sind, ergeben sich zusätzliche spätere Ausschreibungs-pflichten für das neu gegründete Unternehmen nur, wenn es weitere, noch nicht mit dem Gründungsakt ausgeschriebene Aufträge vergeben will.

Nach § 98 Nr. 5 GWB sind private Unternehmen ausnahmsweise als öffentliche Auftragge-ber anzusehen – und damit den gleichen Ausschreibungspflichten unterworfen wie die öf-fentliche Hand -, wenn sie Aufträge für Tiefbaumaßnahmen, für die Errichtung⁸⁴⁷ von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden⁸⁴⁸ oder für damit in Verbindung stehende Dienstleistungen vergeben, die überwiegend, d.h. zu mehr als 50%, von einem öffentlichen Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 1-3 GWB finanziert werden⁸⁴⁹. Zwar erfasst die Vorschrift ihrem Wortlaut nach auch Generalübernehmer oder –unternehmer, die im Auftrag der öffentlichen Hand Infrastrukturvorhaben realisieren und dafür Mittel erhalten, mit denen das Vorhaben (vollständig) finan-ziert wird. Aber nach der herrschenden Meinung in der Literatur muss zur reinen Fremdfi-nanzierung durch die öffentliche Hand ein Element der „Subventionierung“ hinzutreten, um die Auftraggebereigenschaft des Empfängers zu begründen⁸⁵⁰. Unter § 98 Nr. 5 GWB fallen damit nur Konstellationen, bei denen die öffentliche Hand dem Privatinvestor direkte Sub-ventionen in Form von echten Zuwendungen (z.B. auch verbilligte Darlehen oder Bürg-schaften) von über 50% des Bauvolumens gewährt⁸⁵¹.

- **Auftragsvergabe durch Konzessionäre**

Privatunternehmen, denen von der öffentlichen Hand eine Baukonzession erteilt worden ist, sind – unabhängig von einer etwaigen eigenen Auftraggeberstellung nach § 98 GWB⁸⁵² -

⁸⁴⁷ VK Thüringen, Beschluss vom 17.4.2002, 216-4002.20-008/02-SHL-S fasst hierunter auch Sanierung, Modernisierung und Rekonstruktion.

⁸⁴⁸ Nach VK Lüneburg, Beschluss vom 8.11.2002, 203-VgK-24/2002 ist diese Aufzählung abschließend.

⁸⁴⁹ VK Sachsen, IBR 2002, 631: dies gilt schon vor Erhalt des Förderbescheides, wenn „voraussichtlich“ eine über 50%ige Förderung erfolgen wird.

⁸⁵⁰ Vgl. Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 der EG-Baurichtlinie 93/37/EWG; Boesen, Vergaberecht, § 98 Rn. 118.

⁸⁵¹ Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 98 Rn. 118; Boesen, Vergaberecht, § 98 Rn. 118.

⁸⁵² Vgl. dazu die obenstehenden Erläuterungen.

gewissen Verpflichtungen bei der (Weiter-)Vergabe von Aufträgen unterworfen. Sie sind nicht zur Beachtung aller Ausschreibungsvorschriften der VOB/A oder der VOL/A verpflichtet, müssen aber gemäß § 32 a Nr. 2 VOB/A, § 6 Satz 1 Halbsatz 2 VgV von ihnen zu vergebende Bauaufträge europaweit bekannt machen und damit dem Wettbewerb zugänglich machen.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz sieht Art. 3 Abs. 4 der EG-Baurichtlinie für die Auftragserteilung an mit dem Konzessionär verbundene Personen/Unternehmen vor. Die Ausnahme gewinnt gerade in komplexen PPP-Vorhaben große Bedeutung. Denn dadurch wird die Aufteilung und Zuweisung der Aufträge zwischen den einzelnen Unternehmen im typischen Fall eines Bieterkonsortiums ermöglicht. Ebenfalls wohl nicht im Wettbewerb nach europaweiter Bekanntmachung erfolgen muss die Vergabe von (Sub-)Konzessionen durch den Konzessionär⁸⁵³. Denn die Ausschreibungspflichten für private Konzessionäre beschränken sich auf die Vergabe von Bauaufträgen durch diese⁸⁵⁴.

7.5 Auswahl des anwendbaren Vergabeverfahrens

7.5.1 Arten des Vergabeverfahrens

§ 101 Abs. 1 GWB nennt abschließend die drei Arten von Vergabeverfahren, nach denen die Vergabe von öffentlichen Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte (vgl. § 100 Abs. 1 GWB, § 2 VgV), die im Rahmen von PPP-Ausschreibungen regelmäßig erreicht werden⁸⁵⁵, zu erfolgen hat: Offenes Verfahren, Nichtoffenes Verfahren oder Verhandlungsverfahren. Für öffentliche Auftraggeber, die nicht in den Sektoren der Trinkwasser-, Energie- oder Verkehrsversorgung tätig sind, gilt grundsätzlich der Vorrang des Offenen Verfahrens (§ 101 Abs. 5 GWB, § 3a Nr. 2, 3 Nr. 2 VOB/A)⁸⁵⁶. Die drei genannten Verfahren stehen damit insgesamt in einem Stufenverhältnis⁸⁵⁷. Mit dem Stufenverhältnis wird ausgedrückt, dass nicht nur das Offene Verfahren vorrangig vor dem Nichtoffenen, sondern auch das Nichtoffene vorrangig vor dem Verhandlungsverfahren ist⁸⁵⁸.

⁸⁵³ Hausmann, Public Procurement Law Review 1999, No. 6, 269.

⁸⁵⁴ Vgl. Wortlaut des § 32 a Nr. 2 VOB/A, Art. 3 Abs. 4 der EG-Baurichtlinie 93/37.

⁸⁵⁵ Vgl. Kap. 7.3.1.3.

⁸⁵⁶ Vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2001, 155.

⁸⁵⁷ Vgl. Kulartz, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, § 101 Rn. 37.

⁸⁵⁸ Vgl. Bechtold, GWB, § 101 Rn. 12.

Beim Offenen Verfahren wird mit der Bekanntmachung eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Kennzeichnend für dieses Verfahren ist nicht nur dessen besondere Formenstrenge, sondern auch, dass keine vorherige Einengung des Bewerberkreises erfolgt, sondern alle Bewerber ein Angebot abgeben können⁸⁵⁹. Das Nichtoffene Verfahren stellt im Vergleich zum Offenen Verfahren einen Ausnahmetatbestand dar, welcher im Einzelfall immer einer besonderen Begründung bedarf (§§ 3a Nr. 2, 3 Nr. 2 VOB/A). Beim Nichtoffenen Verfahren wird zunächst europaweit öffentlich zur Teilnahme aufgefordert. Aus dem so festgestellten Bewerberkreis wird sodann eine beschränkte Anzahl von Unternehmen zur Angebotabgabe aufgefordert.

Das am wenigsten formale und vom öffentlichen Auftraggeber wegen dessen Flexibilität primär angestrebte Vergabeverfahren stellt das Verhandlungsverfahren dar⁸⁶⁰. Im Verhandlungsverfahren wendet sich der Auftraggeber gemäß § 101 Abs. 4 GWB mit oder ohne vorherige öffentliche Aufforderung zur Teilnahme an ausgewählte Unternehmen, um mit einem oder mehreren im Sinne eines dynamischen Prozesses über die Auftragsbedingungen zu verhandeln⁸⁶¹. Die europäischen Vergaberichtlinien wie auch § 101 Abs. 4 i.V.m. Abs. 5 GWB geben vor, dass die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens im Einzelfall ein sehr sorgfältig zu begründender Ausnahmetatbestand sein soll⁸⁶². Aus der folgenden Darstellung ergibt sich, dass eine solche Ausnahmekonstellation im Fall des PPP gegeben ist.

7.5.2 Verhandlungsverfahren

7.5.2.1 Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens

Das Verhandlungsverfahren – mit öffentlicher Vergabebekanntmachung – ist ausnahmsweise zulässig, wenn die Leistung nach Art und Umfang oder wegen der damit verbundenen Wagnisse nicht eindeutig und so erschöpfend beschrieben werden kann, dass eine einwandfreie Preisermittlung zwecks Vereinbarung einer festen Vergütung möglich ist (§ 3a

⁸⁵⁹ Vgl. Müller, in: Daub/Eberstein, VOL/A, § 3 Rn. 5.

⁸⁶⁰ Vgl. Müller-Wrede, in: Ingenstau/Korbion, § 101 Rn. 1.

⁸⁶¹ Vgl. VK Sachsen, Beschluss v. 13. Mai 2002, 1/SVK/027-02.

⁸⁶² Vgl. Kulartz, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 101 Rn. 16.

Nr. 4 Buchst. c VOB/A)⁸⁶³. Das kann insbesondere bei konzeptoffenen oder kreativen Leistungen oder besonders komplexen Vorhaben der Fall sein⁸⁶⁴.

Nach der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs sind die Vorschriften der EG-Vergaberichtlinien, die ein Abweichen vom offenen oder nichtoffenen Verfahren vorsehen, als Ausnahmen eng auszulegen. Der öffentliche Auftraggeber trägt die Beweislast dafür, dass die außergewöhnlichen Umstände, die eine Ausnahme rechtfertigen, tatsächlich vorliegen⁸⁶⁵. Auch die EG-Kommission vertritt eine restriktive Haltung. Nach ihrer Auffassung soll das Verhandlungsverfahren eine enge Ausnahme bleiben; es reicht danach nicht aus, dass eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung unpraktisch oder schwierig ist, vielmehr soll es erforderlich sein, dass eine solche Leistungsbeschreibung auf Grund außergewöhnlicher Umstände objektiv unmöglich ist⁸⁶⁶. In der deutschen Vergaberechtsliteratur wird aus diesen Grundsätzen teilweise abgeleitet, dass der Auftraggeber zunächst alles ihm planerisch zumutbare tun muss, um eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung zu erreichen⁸⁶⁷, das Verhandlungsverfahren also gewissermaßen nur als letzter Ausweg in Betracht kommt.

Diese Auslegung erscheint jedoch zu eng. Öffentliche Auftraggeber sind nach richtiger Ansicht durchaus berechtigt, auf komplette eigene Leistungsbeschreibungen, zu denen sie mit wirtschaftlich tragbaren Mitteln nicht in der Lage sind und die ihr Problem technisch oder wirtschaftlich eventuell nur unzureichend lösen, zu verzichten und stattdessen geeignete Lösungen gemeinsam mit den Bietern im Verhandlungsverfahren zu entwickeln⁸⁶⁸. Das gilt insbesondere bei konzeptionell oder finanzierungstechnisch offenen oder besonders komplexen Vorhaben, bei denen die endgültige Gestalt der Leistung erst im Zusammenwirken mit dem Vertragspartner festgelegt werden kann⁸⁶⁹.

⁸⁶³ Im Rahmen des EU-Legislativpaketes wird eine Ausdehnung des Verhandlungsverfahrens diskutiert, vgl. zum momentanen Stand Opitz, NZBau 2003, 183, 193.

⁸⁶⁴ Vgl. Jasper, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 3a Rn. 42.

⁸⁶⁵ Vgl. EuGH, Urteil v. 28. März 1996, Rs. C-318/94, Slg. 1996 I-1949.

⁸⁶⁶ Vgl. die mit Gründen versehene Stellungnahme gemäß Art. 226 EG-Vertrag der EG-Kommission gegenüber der Bundesrepublik Deutschland v. 30. Januar 2001, in: Monatsinfo des forum Vergabe e.V. Heft 2/2001.

⁸⁶⁷ Vgl. Müller-Wrede, in: Ingenstau/Korbion, VOB/A, A § 3a Rn. 11a.

⁸⁶⁸ Vgl. Jasper, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 3a Rn. 42; ähnlich, Jaeger, NZBau 2001, 6.

⁸⁶⁹ Dabei ist entgegen einer vereinzelt vertretenen Ansicht unerheblich, ob sich die Unwägbarkeiten auf die eigentliche Leistung – d.h. die technische oder inhaltliche Seite des Vertrags – beziehen, oder aber die Vergütungsseite betreffen; anderer Ansicht: Schwenker/Heintze, VergabeR 2001, 96.

Hervorzuheben ist allerdings, dass die Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens stets eine Frage des Einzelfalls ist. Da die Wahl der Verfahrensart der Überprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen unterliegt, ist die voreilige Anwendung des Verhandlungsverfahrens mit einem nicht unerheblichen Risiko der Anfechtung des Vorhabens im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren verbunden⁸⁷⁰.

Das Verhandlungsverfahren kommt im Rahmen des PPP aus folgenden Gründen in Betracht:

- Konzeptoffene und kreative Leistungen

An einer eindeutig und erschöpfend beschreibbaren Leistung fehlt es regelmäßig bei konzeptoffenen oder technikoffenen Ausschreibungen⁸⁷¹ sowie der Vergabe von kreativen Leistungen. Sollen das konkrete Leistungskonzept oder die planerische Gestaltung eines Vorhabens selbst dem Wettbewerb unterstellt werden, ist eine vorherige Festlegung der betreffenden Parameter durch den Auftraggeber unmöglich. Derartige konzeptoffene Ausschreibungen empfehlen sich insbesondere bei komplexen Vorhaben, weil sie zu einer Ausweitung der potentiellen Angebotspalette und damit des Wettbewerbs führen.

Im Rahmen von PPP besteht ein Konglomerat von Planung, Bau, Finanzierung und Betrieb eines Projekts über einen längeren Zeitraum und zwar unabhängig davon, welches konkrete Modell man wählt. Das notwendige Ineinandergreifen der verschiedenen Leistungen zum Gelingen des Gesamtprojekts ist ohne Weiteres als komplexes Problem zu qualifizieren. Deshalb sind kreative Lösungen notwendig, um PPP-Modelle für Auftraggeber- und Auftragnehmerseite erfolgreich durchzuführen. Dafür ist eine gewisse Konzeptoffenheit unabdingbar, damit der Auftraggeber von dem Know-how und den Ideen der Bieter profitieren kann, um zur besten Lösung zu gelangen⁸⁷².

Das Verhandlungsverfahren ist in diesen Fällen allerdings nur zulässig, wenn das Ziel des Auftraggebers nicht umfassend mit einer funktionalen Leistungsbeschreibung⁸⁷³ (in der Terminologie der VOB/A: „Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm“) oder durch die Einbeziehung von Nebenangeboten oder Alternativvorschlägen in einem Offenen oder Nicht-Offenen Verfahren erreicht werden kann. Das ist in solchen Fällen anzunehmen, in

⁸⁷⁰ Vgl. zum Bieterrechtsschutz im Nachprüfungsverfahren Kap. 7.14.

⁸⁷¹ Vgl. VÜA Baden-Württemberg, Beschluss v. 28. Mai 1999, 1 VÜ 7/99.

⁸⁷² Vgl. Kulartz, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 101 Rn. 26.

⁸⁷³ Vgl. 7.7.5.2, funktionale Leistungsbeschreibung als am Ende optimale Variante für PPP im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens.

denen auch ein Leistungsprogramm oder die Mindestanforderung des Auftraggebers nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit beschrieben werden können, oder eine solche Beschreibung übermäßigen Aufwand verursachen oder zu einer unzumutbaren Verengung der Angebotspalette führen würde.

Wegen des Umfangs und der Komplexität des angestrebten PPP, bei dem die inhaltlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen des zu übernehmenden Hochbaus erst auf Basis der konkreten Projektdetails festgelegt werden können, wird es eingehender Verhandlungen bis zur Abschlussreife bedürfen. Das gilt erst recht, wenn der Betrieb durch einen außenstehenden Dritten erfolgen soll, mit dem besondere Verhandlungen erforderlich sind. Auch die erwünschte weitgehende Offenheit der PPP-Modelle hinsichtlich der Finanzierung spricht für das Erfordernis besonderer Verhandlungen. Strebt der öffentliche Auftraggeber ein innovatives Finanzierungskonzept an, das ihm einen optimalen Einsatz der verfügbaren Haushaltsmittel (und evt. Fördermittel) ermöglicht, das jedoch noch nicht im Einzelnen feststeht, und erfordern die in Frage kommenden Finanzierungsmöglichkeiten eine jeweils unterschiedliche Ausgestaltung des Auftragsverhältnisses – etwa durch Mietkauf-, Leasing- oder Contracting-Strukturen mit oder ohne Forfaitierung oder sonstige Investorenkonzepte – ist eine eindeutige Festlegung des Auftragsinhalts und der Vertragsbedingungen vor Beginn der Ausschreibung nicht möglich.

Entscheidend ist allerdings, dass im Vorfeld tatsächlich noch keine Festlegung auf ein bestimmtes PPP-Modell erfolgt und somit die konkrete Ausgestaltung des Auftragsverhältnisses wirklich offen ist. Zwar erscheint die Anwendung des Verhandlungsverfahrens bei den von uns entwickelten PPP-Modellen unter dem Gesichtspunkt der Konzeptoffenheit nicht zwingend erforderlich, da die wesentlichen Eckpunkte jeder Variante weitgehend feststehen. Anders liegt es allerdings, wenn der öffentliche Auftraggeber hinsichtlich der Frage, welches PPP-Modell zur Anwendung kommen soll, gerade noch nicht festgelegt ist, sondern die Auswahl und Ausgestaltung des für ihn günstigsten und besten Modells erst im Rahmen des Wettbewerbs erfolgen soll. Das gilt umso mehr, wenn die konkreten Zahlungsverpflichtungen des öffentlichen Auftraggebers zur wirtschaftlichen Optimierung des Modells zunächst auf die spezielle haushaltsrechtliche Situation der öffentlichen Hand abgestimmt werden soll. Weitere Anpassungen könnten sich durch Änderungen der Vertragslaufzeit, des möglichen Eigentumsübergangs oder der Vereinbarung von Einstands- oder Abschlusszahlungen ergeben.

- Besonders komplexe Vorhaben

In der Praxis wird das Verhandlungsverfahren ferner bei besonders komplexen Vorhaben für zulässig gehalten, bei denen der Auftraggeber nicht in der Lage ist, die gewünschte Leistung so präzise zu beschreiben, dass sie seinen tatsächlichen Anforderungen gerecht wird, oder die genaue Leistung auf Grund der Komplexität nicht von vornherein feststeht. Von den Vergabenachprüfungsinstanzen ist die Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens wegen der Komplexität der Leistungen u.a. bei einem Auftrag für den Abriss eines Kernreaktors⁸⁷⁴ und für öffentlich-private Kooperationsmodelle bei der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung⁸⁷⁵ anerkannt worden. Im Lichte dieser Rechtsprechung wird man das Verhandlungsverfahren auch für die komplexen PPP-Kooperationsmodelle im Bereich des Hochbaus für zulässig erachten, sofern dabei Lösungen angestrebt werden, deren Einzelheiten mit den Bietern erst nach und nach entwickelt werden müssen. Die Fallgruppe überschneidet sich in gewisser Weise mit den im vorstehenden Abschnitt beschriebenen konzeptoffenen Ausschreibung. Sie umfasst insbesondere die Fälle, in denen unterschiedliche Elemente des Projekts zur wirtschaftlichen Optimierung des Vorhabens erst auf die konkreten – auch politischen – Vorstellungen oder die besondere Situation des öffentlichen Auftraggebers abgestimmt werden müssen.

Zwingende Abstimmungen sind vor allem für die grundlegenden Frage der Vertragsgestaltung nötig, wie etwa, ob öffentliches Eigentum auf einen Investor übertragen werden soll, ob der Auftraggeber Anteile an einer Objektgesellschaft übernehmen soll und ggf. in welcher Höhe oder welchen Einfluss die öffentliche Hand auf den Planungsprozess oder die Auswahl der Nachauftragnehmer behält. Bei den von uns vorgestellten Modellen sind diese Punkte teilweise offen und bedürfen der Festlegung im Einzelfall.

7.5.2.2 Ablauf eines Verhandlungsverfahrens

Das OLG Celle hat in einem Beschluss vom 16. Januar 2002⁸⁷⁶ den Begriff des Verhandeln wie folgt definiert:

„(...) dass Auftraggeber und potentieller Auftragnehmer den Auftragsinhalt und die Auftragsbedingungen solange besprechen bis klar ist, wie die Leistung ganz konkret beschaffen sein soll, zu welchen Konditionen die Auftragnehmer diese liefert und

⁸⁷⁴ Vgl. VÜA Bund, Beschluss v. 9. Juni 1998, 2 VÜ 22/98.

⁸⁷⁵ Vgl. VK Lüneburg, Beschluss v. 10. August 1999, 203-VgK-6/1999.

⁸⁷⁶ OLG Celle, VergabeR 2002, 299.

grundsätzlich insbesondere auch, zu welchem Preis geliefert wird. Ein Vertrag wird am Ende des Verhandlungsprozesses mit dem Unternehmen geschlossen, das zum Schluss übrig geblieben ist“.

Der Ablauf des Verhandlungsverfahrens ist weder durch das europäische noch durch das deutsche Vergaberecht zwingend vorgegeben. Es bleibt demnach offen, wie im Rahmen des abstrakten Prozesses des Verhandeln ein fairer, nicht diskriminierender und transparenter Wettbewerb zwischen den beteiligten Bietern gewährleistet wird und sogleich ein praktisches Vorgehen zustande kommt⁸⁷⁷. In der Praxis haben sich sowohl in Deutschland als auch z.B. in Großbritannien, wo Konzessions- und PPP-Modelle im Rahmen der sog. PFI-Initiative („*Private Finance Initiative*“) erhebliche Bedeutung erlangt haben, sog. gestufte Verhandlungsverfahren entwickelt⁸⁷⁸: In gestuften Verhandlungsverfahren werden die im Teilnahmewettbewerb aufgrund der vorgelegten Eignungsnachweise ausgewählten Bieter zunächst auf der Grundlage einer möglichst detaillierten und umfassenden Beschreibung des Vorhabens zur Abgabe von gelegentlich indikativ oder auch unverbindlich genannten Angeboten aufgefordert. Die fristgemäß eingegangenen Angebote werden zunächst nach formellen und inhaltlichen Kriterien geprüft, wobei unter den verbliebenden Angeboten regelmäßig eine an den in der Angebotsaufforderung bekannt gemachten Vergabekriterien orientierte Rangfolge gebildet wird. Der Auftraggeber kann dann aufgrund des Ergebnisses der ersten Stufe die Anzahl der Verhandlungspartner reduzieren. Es bietet sich an, in komplexen und umfangreichen Vorhaben wie dem PPP, eine weitere Stufe mit einem höheren Detaillierungsgrad anzuschließen.

Diese oder auch weitere Verfahrens- bzw. Angebotsrunden können dann entweder zur Auswahl eines sog. *Preferred Bidder* (lineare Strategie) oder zu einer entgeltigen Vergabeentscheidung im Wettbewerb mehrerer Bieter (parallele Strategie) führen.

Nach der linearen Strategie wird der Bieter, der das wirtschaftlichste Angebot eingereicht hat, bevorzugter Bieter („*Preferred Bidder*“). Einzig mit dem bevorzugten Bieter werden Vertragsverhandlungen mit dem Ziel des Abschlusses eines Vertrages geführt. Sofern diese Verhandlungen nicht zum Ziel führen, werden die Verhandlungen mit dem nächstbesten Bieter der festgestellten Reihung aufgenommen. Durch diese Möglichkeit bleibt zumindest ein potentieller Wettbewerbsdruck auf dem *Preferred Bidder* erhalten.

⁸⁷⁷ Vgl. BayObLG, ZfBR 2003, 205.

⁸⁷⁸ Vgl. OLG Frankfurt, VergabeR 2001, 299.

Bei der parallelen Strategie verhandelt der Auftraggeber mit mehreren Bietern parallel bis zum Abschluss eines Vertrages. Dadurch bleibt ein unmittelbarer Wettbewerb zwischen den Bietern bis zur Zuschlagsentscheidung erhalten.

Den Verfahrensablauf beider Strategien zeigt exemplarisch die nachfolgende Übersicht:

Ablauf	
Lineare Strategie	Parallele Strategie
A. Teilnahmewettbewerb	
I. Bekanntmachung im Amtsblatt der EG II. Bewerbungsfrist von mind. 37 Tagen III. Auswahl der Bewerber nach deren Geeignetheit (Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit) IV. Information an im Weiteren nicht mehr berücksichtigte Bewerber	
B. Verhandlungsverfahren I. „1. Runde“ 1. Angebotsaufforderung („request for proposals“) 2. Abgabe indikative Angebote 3. Angebotsprüfung 4. Bieterverhandlungen 5. Wertung/Rangfolge („short list“) II. Verhandlungen mit dem Ziel des Zuschlags mit dem Preferred Bidder (Nr. 1 auf der „short list“) III. Bei Scheitern: Rückgriff auf das zweitbeste Angebot aus der „short list“ (ggf. weitere „Runde“ wie I.) IV. Entscheidung und Zuschlagsverhandlungen V. Information an nicht berücksichtigte Bieter VI. Zuschlag	B. Verhandlungsverfahren I. „1. Runde“ 1. Angebotsaufforderung („request for proposals“) 2. Abgabe indikative Angebote 3. Angebotsprüfung 4. Bieterverhandlungen 5. Wertung/Rangfolge („short list“) II. Ggf. weitere „Runden“ nach Verengung des Bieterkreises (wie I.) III. „Letzte Runde“ - Aufforderung zur Abgabe letztes, verbindliches Angebot unter Berücksichtigung der Verhandlungsergebnisse der vorhergehenden „Runden“ - Abgabe letztes verbindliches Angebot - Angebotsprüfung und Wertung - Auswahl bestes Angebot und Zuschlagsentscheidung IV. Information an nicht berücksichtigte Bieter V. Zuschlag

<p>C. Dauer (nur grobe Schätzung, abhängig von der Komplexität der Angebotserstellung und –bewertung, zzgl. der ggf. darüber hinaus für den Öffentlichen Auftraggeber und die Berater nötigen Vorbereitungszeiten)</p> <p>Teilnahmewettbewerb: ca. 5 Wochen (37 Tage ab Absendung der Bekanntmachung)</p> <p>Auswahl der Teilnehmer: ca. 3 Wochen</p> <p>Verhandlungsverfahren: Eine Runde: ca. 10 – 14 Wochen</p> <p>Verhandlung mit preferred bidder: ca. 6 – 10 Wochen</p> <p>Grundsätzlich nur 1 Runde</p> <p>Stillhaltefrist (§ 13 VgV) 2 Wochen</p> <p>Gesamtdauer: ca. 26 – 34 Wochen (ab Absendung der Bekanntmachung)</p>	<p>C. Dauer (nur grobe Schätzung, abhängig von der Komplexität der Angebotserstellung und –bewertung, zzgl. der ggf. darüber hinaus für den Öffentlichen Auftraggeber und die Berater nötigen Vorbereitungszeiten)</p> <p>Teilnahmewettbewerb: ca. 5 Wochen (37 Tage ab Absendung der Bekanntmachung)</p> <p>Auswahl der Teilnehmer: ca. 3 Wochen</p> <p>Verhandlungsverfahren: Eine Runde: ca. 10 – 14 Wochen</p> <p>Letzte Runde: ca. 10 – 14 Wochen</p> <p>Grundsätzlich mind. 2 Runden</p> <p>Stillhaltefrist (§ 13 VgV) 2 Wochen</p> <p>Gesamtdauer: ca. 30 – 38 Wochen (ab Absendung der Bekanntmachung)</p>
---	---

Die Pflicht zur Beachtung der Grundsätze der Gleichbehandlung, der Transparenz und des Wettbewerbs bedeutet für die Vergabestelle, den Bietern den vorgesehenen Verfahrensablauf – soweit bekannt – möglichst frühzeitig, also bereits in den Ausschreibungsunterlagen, mitzuteilen, davon nicht überraschend oder willkürlich abzuweichen und die Entscheidung über die Auslese der Bieter nach den bekannt gemachten Kriterien zu treffen⁸⁷⁹. Es darf keine ungleiche Wettbewerbssituation durch das Verhalten des Auftraggebers entstehen, etwa in dem unterschiedliche Informationen erteilt und Bieter gegeneinander ausgespielt werden⁸⁸⁰ oder nach Zuschlagsentscheidung und Mitteilung der nichtberücksichtigten Bieter ohne sachgerechte Gründe wieder in Verhandlungen eingetreten wird⁸⁸¹. Der Bieter darf sein Angebot im Übrigen anpassen, z. B. durch Wechsel von in den Verdingungsunterlagen vorgesehenen Optionen⁸⁸². Aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung ist eine Änderung des Angebots nach Ablauf einer vom Auftraggeber festgelegten Einreichungsfrist, die das Ende

⁸⁷⁹ Vgl. OLG Frankfurt, VergabeR 2001, 299.

⁸⁸⁰ Vgl. Noelle, NZBau 2002, 197.

⁸⁸¹ Vgl. BayObLG, ZfBR 2003, 205.

⁸⁸² Vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2002, 287.

der Verhandlungen mit den Bietern und den Beginn der abschließenden Angebotswertung markiert, nicht möglich⁸⁸³.

Im Ergebnis sind sowohl die parallele wie die lineare Strategie vergaberechtlich zulässig. Fraglich ist gleichwohl welche der Strategien aus praktischer Sicht vorteilhaft ist:

Vorteile für den Auftraggeber	
Lineare Strategie	Parallele Strategie
<ul style="list-style-type: none"> • Effizientes Verfahren, zeitlich, personell und finanziell begrenzbarer Aufwand, da intensive Verhandlungen nur mit einem Bieter geführt werden. • Durch frühe preferred bidder-Entscheidung (und damit quasi Zuschlagsentscheidung „unter Vorbehalt“) relativ frühzeitige Erlangung von Rechts-/Anfechtungssicherheit (Rügepräklusion). 	<ul style="list-style-type: none"> • Aktiver Wettbewerb zwischen Bietern bis unmittelbar zur Zuschlagsentscheidung, dadurch ständiger akuter Wettbewerbsdruck auf die Bieter.
Nachteile für den Auftraggeber	
Lineare Strategie	Parallele Strategie
<ul style="list-style-type: none"> • Kein akuter Wettbewerbsdruck auf den Preferred Bidder in den Exklusivverhandlungen. 	<ul style="list-style-type: none"> • Hoher Verfahrensaufwand (zeitlich, personell, finanziell) durch die Verhandlungen sowie (ggf. mehrfache) Angebotsprüfung und Wertung für mehrere Angebote parallel. • Späte Erlangung von Rechts- und Anfechtungssicherheit: Anfechtung der Zuschlagsentscheidung bleibt bis zum Ende des Vergabeverfahrens möglich.

⁸⁸³ Vgl. OLG Düsseldorf, VergabeR 2003, 105.

Vorteile für den Bieter	
Lineare Strategie	Parallele Strategie
<ul style="list-style-type: none"> • Effizientes Verfahren, da frühzeitiges Ausscheiden bei nicht wettbewerbsfähigem Angebot. • Relativ frühzeitige Erlangung von Rechts-/Anfechtungssicherheit (Rüdgepräklusion) bei Auswahl als preferred bidder. • Nur eingeschränkter Wettbewerbsdruck als Preferred Bidder, dadurch auch „individualisierter“ Zuschlag möglich • Sicherstellung Finanzierung (Financial Close) mit Zuschlagsentscheidung möglich 	<ul style="list-style-type: none"> • Möglichkeiten zur Verbesserung des Angebots und der Stellung im Wettbewerb während des gesamten Verfahrens.
Nachteile für den Bieter	
Lineare Strategie	Parallele Strategie
<ul style="list-style-type: none"> • Nur begrenzte Möglichkeiten zur Reaktion im Wettbewerb zur Verbesserung des Angebots und der Wettbewerbstellung. 	<ul style="list-style-type: none"> • Bei Misserfolg möglicherweise hoher verlorener Angebots- und Verhandlungsaufwand. • Hoher Wettbewerbsdruck. • Sicherstellung Finanzierung (Financial Close i.d.R. erst nach Zuschlag möglich).

In der Praxis haben sich häufig Mischformen bewährt, bei denen der *Preferred Bidder Entscheidung* mehrere parallele Verfahrensstufen vorausgehen. Durch weitgehend formalisierte Vorrunden kann der Wettbewerb solange wie möglich in einem transparenten, diskriminierungsfreien Verfahren aktiv erhalten werden. Dadurch verbessert sich die Verhandlungsposition des Auftraggebers und zugleich haben die Bieter die Möglichkeit durch nachbessern ihrer Wettbewerbsstellung zu verbessern und auf den Wettbewerb zu reagieren.

Komplizierte Detailverhandlungen sowie die abschließende Klärung und Sicherstellung der Finanzierung können jedoch den Verhandlungen mit einem *Preferred Bidder* vorbehalten werden, um den Aufwand für alle Beteiligten überschaubar zu halten und möglichst wenige „verlorene“ Kosten zu verursachen sowie den zeitlichen Rahmen nicht ausufern zu lassen. Die mit dem *Preferred Bidder Entscheidung* eintretende Rügepräklusion schafft zudem möglichst frühzeitige Rechtssicherheit.

7.5.3 Neue Verfahrensarten nach dem Legislativpaket der EU

Im Rahmen der Bemühungen auf europäischer Ebene, das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge zu vereinheitlichen⁸⁸⁴, sind auch Änderungen hinsichtlich der anwendbaren Verfahrensarten geplant. Insbesondere soll der Anwendungsbereich des Verhandlungsverfahrens gegenüber der bisherigen restriktiven Sichtweise der europäischen Institutionen erweitert werden⁸⁸⁵ und ein neues Verfahren des „Wettbewerblichen Dialogs“ eingeführt werden. Allerdings ist die Richtlinie bisher noch nicht in Kraft getreten⁸⁸⁶. Am 20.3.2003 verabschiedete der Rat einen Gemeinsamen Standpunkt⁸⁸⁷. Da zwischen der Position des Rates und des Parlaments auch nach der zweiten Lesung im Parlament noch erhebliche Diskrepanzen bestehen, dürfte letztlich ein Vermittlungsverfahren unausweichlich sein. Nach dem dennoch zu erwartenden Erlass der Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferauf-

⁸⁸⁴ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2002) 236 endg.

⁸⁸⁵ Vgl. zum Stand der Vorschläge: Opitz, NZBau 2003, 183 (193).

⁸⁸⁶ Die Richtlinie soll im Mitentscheidungsverfahren nach Art. 251 EG erlassen werden. Darin wirken das Europäische Parlament und der Rat gleichberechtigt an der Rechtsetzung mit. Es besteht kein Letztentscheidungsrecht des Rates. Können Rat und Parlament auch im Vermittlungsverfahren keine gemeinsame Lösung finden, scheidet der geplante Rechtsakt.

⁸⁸⁷ Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 33/2003 des Rates vom 20.03.2003 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, Abl.EG vom 24.06.2003, S. 0001-0136.

träge und Dienstleistungsaufträge (BLD-RL⁸⁸⁸) wird den Mitgliedstaaten noch ausreichend Zeit für die Umsetzung in nationales Recht zur Verfügung stehen. Die neuen Verfahrensarten des EU-Legislativpaketes kommen für PPP-Hochbauprojekte somit frühestens in einigen Jahren (nicht vor 2005) in Betracht.

Wettbewerblicher Dialog

Die Ausgestaltung des „Wettbewerblichen Dialogs“ stellt das verfahrensrechtliche Kernstück des Legislativpaketes dar. Diese für besonders komplexe Aufträge vorgesehene neue Art des Verhandlungsverfahrens soll den Auftraggebern die Möglichkeit eröffnen, die Auftragsbedingungen im Dialog mit den Bewerbern festzulegen (Art. 29 Abs. 3 BLD-RL). Die Durchführung eines Wettbewerblichen Dialogs unterliegt zwei Bedingungen. Zum einen muss die Auftragsvergabe gem. Art. 29 Abs. 1 UAbs. 2 BLD-RL ausschließlich nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots erfolgen, denn bei komplexen Vorhaben ist der Preis allein kein hinreichendes Zuschlagskriterium. Zum anderen ist die besondere Komplexität des zu vergebenden Auftrags objektiv festzustellen. Zwar bedarf es keiner objektiven Unkenntnis des Auftraggebers⁸⁸⁹. Aber subjektive Unmöglichkeit der Definition der technischen oder sonstigen Lösungen zur Durchführung eines Projekts aufgrund von Unzulänglichkeiten des Auftraggebers selbst genügt hier nicht. Der Auftraggeber hat nachzuweisen, dass der zu vergebende Auftrag entweder der erste seiner Art ist oder dass die nötige Kenntniserlangung mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden wäre⁸⁹⁰.

Mit der neuen Form der Diskussion zwischen Auftraggeber und Bieter soll gerade auch dem Flexibilitätsbedarf Rechnung getragen werden, der im Zusammenhang mit komplexen PPP-Modellen z.B. dadurch entsteht, dass der Auftraggeber oftmals im Vorhinein nicht abschätzen kann, ob für die wirtschaftlich günstigste Lösung eine Finanzierung durch die öffentliche Hand, ein Modell mit Risikoteilung oder eine zur Gänze vom privaten Sektor getragene Lösung vorzusehen wäre⁸⁹¹. Der Dialog ist jedoch nach genau festgelegten Regeln zu führen. Das Verfahren ist in drei Abschnitte aufgegliedert, in den vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb, die Dialogphase und die Bietphase⁸⁹².

⁸⁸⁸ Im folgenden wird Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge mit BLD-RL abgekürzt.

⁸⁸⁹ Ebenso Opitz, NZBau 2003, 183 (191, Fn. 95).

⁸⁹⁰ Vorschlag der Kommission für eine BLD-RL vom 10.05.2000, KOM (2000), 275 endgültig, S. 21, Begründung zu Art. 29.

⁸⁹¹ Geänderter Vorschlag der Kommission für eine BLD-RL vom 06.05.2002, KOM (2002) 236 endgültig, S. 9; RiLE KOM (2000) 275 endg., S. 22.

⁸⁹² Vgl. Opitz, NZBau 2003, 183 (191).

Das Verfahren beginnt mit der Veröffentlichung einer Bekanntmachung, in welcher der Auftraggeber zur Teilnahme auffordert und den Auftragsgegenstand, seine Anforderungen und die Zuschlagskriterien angibt (Art. 29 Abs. 2 BLD-RL). Aus dem Kreis der Bewerber wählt der Auftraggeber die geeigneten Teilnehmer für den Dialog aus (vorgeschalteter Teilnahmewettbewerb). Der Gemeinsame Standpunkt sieht – entgegen der Forderung des Parlaments⁸⁹³ - keine Pflicht des Auftraggebers vor, von den Teilnehmern ein Lösungskonzept zu verlangen. Der Auftraggeber ist aber berechtigt, schon vor Auswahl der Dialogteilnehmer von den Bewerbern ein vorläufiges Lösungskonzept mit vorläufiger Kostenschätzung zu verlangen, das Grundlage der Verhandlung ist⁸⁹⁴. Im Anschluss findet der Dialog zwischen dem Auftraggeber und den Teilnehmern statt. Er dient der Feststellung und Definition der Mittel, die am besten geeignet sind, die Bedürfnisse des Auftraggebers zu erfüllen (Dialogphase). Während des Verfahrens hat der Auftraggeber die Bieter gleich und deren Lösungsvorschläge vertraulich zu behandeln, Art. 29 Abs. 3 BLD-RL. Informationen, die einem Teilnehmer einen Wettbewerbsvorteil geben könnten, hat er demnach allen oder keinem mitzuteilen.

Das Europäische Parlament will die Verhandlungen während dieses Dialoges auf nicht-wirtschaftliche Aspekte begrenzen⁸⁹⁵. Nach Auffassung der Kommission ist das Verfahren nur dann sinnvoll, wenn die Erörterung aller Aspekte des Projekts während der Dialogphase möglich ist⁸⁹⁶. Der Gemeinsame Standpunkt des Rates sieht eine Beschränkung des Dialoges nicht vor. Nach Art. 29 Abs. 4 BLD-RL kann der Auftraggeber die Anzahl der erörterten Lösungen anhand der zuvor bekannt gemachten Zuschlagskriterien im Laufe des Dialogs sukzessive verringern, wenn er in der Bekanntmachung auf die Inanspruchnahme dieser Möglichkeit hinweist.

Sind tragfähige Lösungen gefunden, erklärt der Auftraggeber den Dialog für abgeschlossen und fordert die Teilnehmer auf, ihr endgültiges Angebot abzugeben (Bietphase). Diese Angebote unterliegen gem. Art. 29 Abs. 6 UAbs. 1 S. 2 BLD-RL grundsätzlich dem Gebot der Vollständigkeit. Der Auftraggeber kann lediglich Klarstellungen und Präzisierungen verlan-

⁸⁹³ Stellungnahme und legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 17.01.2002, Az.: A5/2001/378, Abänderung 137.

⁸⁹⁴ Vgl. Opitz, NZBau 2003, 183 (191).

⁸⁹⁵ Stellungnahme und legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 17.01.2002, Az.: A5/2001/378, Abänderung 137.

⁸⁹⁶ Geänderter Vorschlag der Kommission für eine BLD-RL vom 06.05.2002, KOM (2002) 236 endgültig, S. 8.

gen, Art. 29 Abs. 6 UAbs. 2 BLD-RL. Die anschließende Wertung der Angebote soll dann ohne weitere Verhandlungen anhand der festgesetzten Kriterien erfolgen⁸⁹⁷.

Der geänderte Kommissionsvorschlag sieht auf Initiative des Parlamentes eine obligatorische Aufwandsentschädigung für die Teilnehmer am Dialog vor⁸⁹⁸. Der Gemeinsame Standpunkt des Rates hingegen will die Gewährung einer Aufwandsentschädigung in das Ermessen des Auftraggebers stellen(Art. 29 Abs. 8 BLD-RL). Da diese mit erheblichen Vorleistungen verbundene Form der Auftragsvergabe für die Wirtschaftsteilnehmer wohl nur dann interessant sein dürfte, wenn sich zumindest der Planungsaufwand amortisiert⁸⁹⁹, spricht einiges für die Durchsetzung des Kommissionsvorschlags.

Auch wenn nach der hier vertretenen Auffassung bereits unter der gegenwärtigen Rechtslage für PPP-Projekte i.d.R. die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens zulässig ist und dieses ähnlich dem gestuften Ablauf des Wettbewerblichen Dialogs gestaltet werden kann, wäre die gesetzgeberische Einführung des neuen Verfahrens grundsätzlich zu begrüßen – insbesondere angesichts des bisherigen sehr restriktiven Verständnisses der EU-Institutionen von der Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens. Das neue Verfahren des „wettbewerblichen Dialogs“ erscheint für PPP-Projekte grundsätzlich als besonders geeignet. Der europäische und nationale Gesetzgeber sollte jedoch besonderen Wert darauf legen, dass das Verfahren insbesondere auch die für die Verhandlung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für PPP-Projekte notwendige Flexibilität der Auftraggeber ermöglicht.

Ausschließlicher Dialog?

Das Europäische Parlament schlug ursprünglich die Einfügung eines neuen Art. 30 a BLD-RL vor⁹⁰⁰. Danach sollte bei der Schaffung einer Public Private Partnership ein „ausschließlicher Dialog“, d.h. eine Art Nachverhandlungsverfahren zwischen dem Auftraggeber und dem

⁸⁹⁷ Das EP drängt mit seinem Änderungsvorschlag 44 nach der 2. Lesung darauf, dass zumindest ein „fine tuning“ der Angebote auch nach Abgabe noch möglich sein muss (11029/3/2002 – C5-0141/2003 - 2000/0115 COD).

⁸⁹⁸ Geänderter Vorschlag der Kommission für eine BLD-RL vom 06.05.2002, KOM (2002) 236 endgültig, S. 11.

⁸⁹⁹ Vgl. Werner/Freitag, NZBau 2000, 551 (552). Problematisch ist, dass der Auftraggeber zwar in der Dialogphase zur Vertraulichkeit verpflichtet sein soll, im Ergebnis jedoch den Lösungsvorschlag eines Teilnehmers oder auch eine Kombination mehrere Vorschläge zur Grundlage für die endgültigen Angebote machen kann. Ohne eine zumindest finanzielle Entschädigung für die Unternehmen, deren Vorschläge übernommen werden, dürfte das Verfahren bei Unternehmen auf kein großes Interesse stoßen.

⁹⁰⁰ Stellungnahme und legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 17.01.2002, Az.: A5/2001/378, Abänderung 138; nach der zweiten Lesung wurde die Forderung nicht in dieser Form aufrecht erhalten (vgl. 11029/3/2002 – C5-0141/2003 - 2000/0115 COD).

Bieter, der das wirtschaftlich günstigste Angebot vorgelegt hat, zulässig sein. Ziel sei die Klärung von Fragen, die vernünftig und kosteneffektiv erst nach Eingang der Angebote mit dem erstrangigen Bieter geregelt werden könnten⁹⁰¹. Die Kommission verweist auf den Wettbewerblichen Dialog, welcher gerade auch dem Flexibilitätsbedarf Rechnung tragen will, der im Zusammenhang mit PPP entsteht⁹⁰². Der Gemeinsame Standpunkt des Rates schließt sich der Kommissionsauffassung an und will besondere Regelungen auf den Bereich des sozialen Wohnungsbau beschränkt wissen⁹⁰³. Da es aber häufig erforderlich ist, bestimmte Aspekte des Angebotes zu klären, das bereits als das wirtschaftlich günstigste ermittelt wurde oder die in diesem Angebot enthaltenen Verpflichtungen zu bestätigen, haben Rat und Kommission diesen Gedanken in abgeschwächter Form übernommen und in Art. 29 Abs. 7 UAbs. 2 BLD-RL integriert. Die „Klarstellungen und Konkretisierungen“ bzw. wie vom Parlament nach zweiter Lesung gefordert – das „Fine Tuning“ der Angebote nach Abgabe dürfen hiernach aber weder zu einer grundlegenden Angebotsänderung noch zu einer Wettbewerbsverzerrung oder Diskriminierung führen. Die für PPP-Projekte notwendige Flexibilität der Auftraggeber bei der Verhandlung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen sollte allerdings, wie das Europäische Parlament zu Recht anmahnt⁹⁰⁴, in möglichst weitem Rahmen während des gesamten Verfahrens erhalten bleiben. Bedeutung des Interessenbekundungsverfahrens für das Vergabeverfahren

Da das Vergabeverfahren nach § 16 Nr. 2 VOB/A nicht zu vergabefremden Zwecken wie der Markterkundung dienen darf und letztere vor der Einleitung eines Vergabeverfahrens stattzufinden hat⁹⁰⁵, stellt sich die Frage nach dem Einfluss des Interessenbekundungsverfahrens auf das Vergabeverfahren. Das IBV ist nicht Teil des Vergabeverfahrens. Anders als ein Vergabeverfahren ist es nicht auf einen Vertragsschluss gerichtet⁹⁰⁶. Ein Vorteil des IBV für den Auftraggeber selbst gegenüber der neuen, flexiblen Verfahrensart des Wettbewerblichen Dialogs ist, dass ersteres ohne weiteres beendet werden kann, ohne dass die Beendigung den engen Aufhebungsvoraussetzungen des § 26 VOB/A, VOL/A genügen müsste.

⁹⁰¹ Änderungsvorschläge des EP vom 17.1.2002, A5/2001/379, Abänderung 138, und dazu Ablehnend KOM (2002) 236 endg.

⁹⁰² Geänderter Vorschlag der Kommission für eine LDB-RL vom 06.05.2002, KOM (2002) 236 endgültig, S. 9.

⁹⁰³ Entwurf der Begründung des Rates zum Gemeinsamen Standpunkt des Rates vom 20.03.2003, 11029/3/02 REV 3 ADD 1, S. 16.

⁹⁰⁴ In diese Richtung weist auch der Änderungsvorschlag des Parlaments, der ein „fine tuning“ der Angebote zulassen will (Vorschlag 44, 2000/0115 COD).

⁹⁰⁵ Vgl. Kap. 7.8.

⁹⁰⁶ Vgl. Helm, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, § 7, Rn. 8.

Das Interessenbekundungsverfahren (IBV) ist eine Form der Markterkundung und der Erforschung der Wirtschaftlichkeit und Realisierbarkeit verschiedener Durchführungsvarianten eines Projekts⁹⁰⁷. Ziel des IBV ist es, zu ermitteln, welche Lösungsmöglichkeiten für die Deckung eines bestimmten Bedarfs am Markt gesehen werden und ob Interesse an einem bestimmten Projekt bestünde. Im Rahmen des IBV soll privaten Anbietern die Möglichkeit gegeben werden, darzulegen, ob und inwieweit sie staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten nicht ebenso gut oder besser erbringen könnten⁹⁰⁸. Gegenwärtig ist das IBV neben § 7 Abs. 2 S. 2 BHO in den Landeshaushaltsordnungen von Brandenburg, Berlin, Hamburg und Thüringen vorgesehen. Das IBV ist in erster Linie zugeschnitten auf die Vorbereitung von Maßnahmen der „Produktionsprivatisierung“ oder „funktionellen Privatisierung“, bei denen der Staat sich privater Rechtsträger bedient, um die in seiner Verantwortung verbleibenden Aufgaben zu erfüllen⁹⁰⁹ und kann daher im PPP-Hochbau eine besondere Rolle spielen⁹¹⁰. Im Rahmen des IBV geben interessierte Unternehmen ein Interessenbekundung ab, in der sie die Art der Aufgabenerfüllung darlegen und den Preis angeben, zu dem sie bereit wären, die Aufgabe zu erfüllen. Kosten werden im IBV grundsätzlich nicht erstattet⁹¹¹.

Als geeigneter Anwendungsfall hinsichtlich einer öffentlichen Auftragsvergabe ist wohl ausschließlich die dem Vergabeverfahren vorangehende Planungsphase anzusehen. Während des Ausschreibungsverfahrens, wenn ohnehin Angebote der Bieter eingehen, macht es wenig Sinn, zusätzlich unverbindliche Preisberechnungen einzuholen. Vor der Einleitung eines Vergabeverfahrens kann hingegen der Markt erkundet und die verschiedenen Ausschreibungsalternativen können miteinander verglichen werden, indem z.B. verschiedene Finanzierungsvarianten oder PPP-„Gesamtpakete“ abgefragt werden. Das IBV kann wertvolle Hinweise darüber liefern, ob bzw. in welchem Umfang und welcher Form der Markt fähig und willens ist, ein Projekt durchzuführen. Auch aus der VV Nr. 3 zur BHO ergibt sich, dass das Interessenbekundungsverfahren dem Vergabeverfahren vorangehen soll⁹¹². Das IBV soll also eine Orientierungshilfe für das Vergabeverfahren sein. Als dem Vergabeverfahren vorangehendes Verfahren zur Markterforschung kann das IBV demnach Unterstützung bei der Beantwortung der Frage bieten, ob eine konventionelle Ausschreibung oder eine PPP-

⁹⁰⁷ Zum IBV siehe Kap. 5.1.2.2.

⁹⁰⁸ Verwaltungsvorschrift Nr. 3 zur BHO.

⁹⁰⁹ Grupp, in: Saarbrücker Bibliothek, <http://www.jura.uni-sb.de/projekte/Bibliothek> .

⁹¹⁰ Siehe hierzu die Ausführungen zu Kap. 5.1.2.2.

⁹¹¹ Vgl. RdSchr. d. BMF v. 31.8.1995-II A 3-H 1005-22/95, GMBI. 1995, S. 764.

⁹¹² „Wenn das Interessenbekundungsverfahren ergibt, dass eine private Lösung voraussichtlich wirtschaftlich ist, ist ein Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge durchzuführen.“

Ausschreibung stattfinden soll. Nachteil eines IBV in der in der Praxis gegenwärtig üblichen Form sind die sehr hohen Anforderungen an die Bieter, bereits weitgehend ausgearbeitete Angebote vorzulegen. Dies in Verbindung mit der Nichterstattung von Angebotserstellungskosten führt häufig zu geringem Teilnahmeinteresse im Markt und zu „Phantasieangeboten“. Zwar wird durch die Ausschreibung eines Wettbewerbs und die Auslobung von Preisen⁹¹³ der Anreiz zur Teilnahme und zur Abgabe marktorientierter Angebote größer. Die Entscheidung, welche Leistung ausgeschrieben werden soll, sollte aber nicht *allein* auf die im IBV erhaltenen Angaben potentieller Bieter gestützt werden⁹¹⁴.

Ein nur national (oder gar nur regional) bekannt gemachtes IBV könnte u.U. unter dem Gesichtspunkt des vergaberechtlichen Diskriminierungsverbotes gewisse Probleme aufwerfen, da den inländischen Teilnehmern an europaweit auszuschreibenden PPP-Vergaben durch die Vorbefassung im nationalen IBV ein Wettbewerbsvorteil entstehen könnte. Zur Vermeidung von Informationsvorsprüngen durch das IBV sind deshalb im eigentlichen Vergabeverfahren alle Bieter auf einen einheitlichen Informationsstand zu bringen. Ferner können Wettbewerbsnachteile durch ausreichende Bemessung der Bewerbungs- und Angebotsfrist vermieden werden. Von der vollständigen Übernahme des Lösungsvorschlags eines Bieters als eine Art „blueprint“ für die Leistungsbeschreibung des nachfolgenden Vergabeverfahrens ist ohnehin mit Blick auf die „Projektantenproblematik“ abzuraten⁹¹⁵.

Neben der formellen Befragung potentieller Bieter im Rahmen eines IBV ist zur Erforschung des Interesses der Marktteilnehmer an einem Projekt bzw. zur Ermittlung verschiedener denkbarer Ausführungsvarianten auch eine informelle Nachfrage bei einzelnen Bietern denkbar⁹¹⁶. Zusätzlich zu dem Adressatenkreis eines IBV können bei einem solchen Vorgehen nicht nur potenzielle Bieter, sondern auch andere Ansprechpartner wie beispielsweise Banken oder Versicherungen angesprochen werden.

Auch dieses Vorgehen dürfte aufgrund der Unverbindlichkeit der Auskünfte keine vollständig verlässliche Entscheidungsgrundlage für den öffentlichen Auftraggeber darstellen, aber wie das IBV zumindest ungefähre Richtlinien geben können. Frühzeitige Informationen über die Leistungsfähigkeit und –willigkeit des Marktes in bezug auf ein konkretes Projekt mindern das Risiko unwirtschaftlicher Verhandlungsergebnisse auf Basis unrealistischer Leistungs-

⁹¹³ Vgl. Anlage 1 zu Berliner AV-LHO Nr. 3 zu § 7; RdSchr. d. BMF v. 31.8.1995-II A 3-H 1005-22/95, GMBI. 1995 S. 764.

⁹¹⁴ Vgl. auch hierzu die Ausführungen zu Kap. 5.1.2.2.

⁹¹⁵ Vgl. hierzu ausführlich unter Kap. 7.7.3.

⁹¹⁶ Vgl. auch unter 7.7.1 (Vorbereitung des Vergabeverfahrens).

anforderungen im Rahmen einer funktionalen Ausschreibung. Einen Vorteil gegenüber dem IBV kann die informellere Natur und der geringere Aufwand für den Auftraggeber und die angesprochenen Unternehmen darstellen. Bei individueller Anfrage bei einzelnen Bietern ist – noch stärker als bei einem öffentlichen IBV – darauf zu achten, dass diese Bieter nicht einen (uneinholbaren) Informationsvorsprung erhalten.

7.6 Mittelstandsaspekte des Vergaberechts

PPP-Modelle nach dem dieser Untersuchung zugrunde liegenden ganzheitlichen Lebenszyklus-Ansatz sehen in aller Regel eine einheitliche vertragliche Bindung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und einem privaten Partner über sämtliche wesentlichen Leistungsbestandteile für ein Hochbauprojekt vor. Planung, Bau, Finanzierung und Betrieb sowie ggf. die Verwertung werden in einem einheitlichen Vertrag geregelt. Eine Aufteilung in die genannten Leistungsbestandteile und darüber hinaus insbesondere im Bereich der Bauleistungen in verschiedene Gewerke ist den hier zu betrachtenden PPP-Modellen fremd⁹¹⁷. Fraglich ist aus vergaberechtlicher Sicht, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen die PPP-Modellen im Hochbau inhärente Gesamtvergabe unterschiedlicher Leistungen und Gewerke mit den vergaberechtlichen Vorgaben des Mittelstandschutzes (vgl. § 97 Abs. 3 GWB) vereinbar ist.

Die Förderung mittelständischer Interessen fand - obwohl ein grundsätzlich vergabefremder Aspekt⁹¹⁸ – an verschiedenen Stellen Eingang in das deutsche Vergaberecht. Mit dem Vergaberechtsänderungsgesetz vom 26.08.1998 wurde der Mittelstandsförderung ein gesetzlicher Stellenwert eingeräumt. Für Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte bestimmt § 97 Abs. 3 GWB, dass mittelständische Interessen „vornehmlich“ durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen sind. Nach § 4 Nr. 2 VOB/A sollen umfangreiche Bauleistungen möglichst in Lose geteilt und nach Losen vergeben werden (Teillose). § 4 Nr. 3 S. 1 VOB/A ordnet an, dass Bauleistungen verschiedener Handwerks- und Gewerbebranchen in der Regel nach Fachgebieten oder Gewerbebranchen zu vergeben sind (Fachlose). Auch nach § 5 Nr. 1 VOL/A haben öffentliche Auftraggeber immer dann, wenn dies nach Art und Umfang der Leistung zweckmäßig ist, diese – z.B. nach Menge, Art – in Lose zu zerlegen, damit sich auch kleine und mittlere Unternehmen um Lose bewerben

⁹¹⁷ Anders als eine Aufteilung in die einzelnen Leistungsbestandteile erscheint eine Aufteilung des Gesamtvorhabens in mittelstandsfreundliche „vertikale“ Teillose, die jeweils sämtliche Lebenszyklusphasen umfassen, durchaus denkbar und bei geeigneten Projekten sinnvoll (z.B. Sanierung und Betrieb von 10 der insgesamt 100 ausgeschriebenen Schulen).

⁹¹⁸ VK Bund, Beschluss v. 30.01.2003 – VK 1-01/03; a.A. Marx, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 97 Rn. 27.

können. Eine „unwirtschaftliche Zersplitterung“ ist aber nach § 5 Nr. 1 Satz 2 VOL/A zu vermeiden⁹¹⁹.

Auch die Mittelstandsförderungsgesetze der Länder Bayern, Brandenburg, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen zielen darauf ab, die Partizipation kleiner und mittelständischer Unternehmen an öffentlichen Aufträgen vor allem durch eine vorrangig losweise Vergabe sicherzustellen⁹²⁰. Einige Länder (Brandenburg, Niedersachsen, Thüringen) sehen darüber hinaus die Streuung von Aufträgen vor, um kleine und mittlere Unternehmen in angemessenem Umfang zu berücksichtigen⁹²¹. In § 4 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B⁹²² und § 19 Nr. 2 VOL/A wird der Auftragnehmer für den Fall der Weitergabe von Leistungen an Nachunternehmer verpflichtet, kleine und mittlere Unternehmen angemessen zu berücksichtigen und den Nachunternehmern keine ungünstigeren Bedingungen aufzuerlegen, als ihm von dem öffentlichen Auftraggeber auferlegt worden sind⁹²³. Die Mittelstandsförderungsgesetze der Länder Bayern, Brandenburg, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen sehen neben dem Benachteiligungsverbot⁹²⁴ für Nachunternehmer sogar die Pflicht zur Bevorzugung kleiner und mittelständischer Unternehmen bei der Vergabe von Unteraufträgen vor, soweit dies mit der vertragsgemäßen Ausführung des Auftrages zu vereinbaren ist.

Dem europäischen Vergaberecht sind vergleichbare Regelungen nicht ausdrücklich zu entnehmen. Die Europäische Kommission hat in ihrer Mitteilung zum öffentlichen Auftragswesen vom 11.03.1998 jedoch deutlich gemacht, dass die Förderung kleiner und mittelständischer Unternehmen im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe ein wichtiges Ziel des europäischen Vergaberechts darstellt⁹²⁵.

⁹¹⁹ Die VOF hingegen kennt eine Vorschrift zur Aufteilung nach Losen nicht. Der Verordnungsgeber hielt eine Losaufteilung bei freiberuflichen Leistungen nicht für sinnvoll, vgl. Noch, in: Müller-Wrede, VOL/A, § 5 Rn. 9.

⁹²⁰ Vgl. § 8 Abs. 1 S. 2 MFG LSA; § 14 Abs. 2 S. 1 MFG Nds.; Art. 12 Abs. 2 MFG Bay. i. V. m. Nr. 5 lit. a) u. b) Mittelstandsrichtlinie Öffentliches Auftragswesen (öAMstR); § 15 Abs. 2 S. 2 MFG HH; § 13 Abs. 1 S. 1 MFG Thü.; § 15 Abs. 2 S. 1 MFG M-V; § 5 Abs. 3 S. 1 MFG BB.

⁹²¹ Vgl. § 14 Abs. 2 S. 2 MFG Nds.; § 13 Abs. 1 S. 2 MFG Thü., § 5 Abs. 3 S. 2 MFG BB.

⁹²² Die VOB/B ist nach § 10 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A bei Bauvergaben zwingend anzuwenden.

⁹²³ Vgl. § 8 Abs. 3 Nr. 1 MFG LSA; § 14 Abs. 4 Nr. 1 MFG Nds.; Art. 12 Abs. 2 MFG Bay. i. V. m. Nr. 3 lit. b) öAMstR; § 15 Abs. 3 lit. a) MFG HH; § 13 Abs. 3 S. 1 MFG Thü.; § 15 Abs. 4 S. 1 MFG M-V; § 5 Abs. 5 S. 1 MFG BB.; § 6 S. 3 MFG Hess.

⁹²⁴ Vgl. § 14 Abs. 4 Nr. 4 MFG Nds.; Art. 12 Abs. 2 MFG Bay. i. V. m. Nr. 3 lit. b) öAMstR; § 15 Abs. 3 lit. d) MFG HH; § 13 Abs. 3 S. 2 MFG Thü.; § 15 Abs. 5 MFG M-V; § 5 Abs. 5 S. 3 MFG BB, 7.3 VV öff. Auftragswesen Rh-Pf., MWVLW 8205 – 38 10 15

⁹²⁵ KOM (98) 0143 endgültig, S. 21.

Teil- und Fachlosvergabe

Die losweise Vergabe von Bauaufträgen ist die gesetzgeberische Grundentscheidung (vgl. § 97 Abs. 3 GWB). § 97 Abs. 3 GWB formuliert nach der ausdrücklichen Vorstellung des Gesetzgebers nicht nur einen allgemeinen Programmsatz, sondern eine eindeutige und justiziable Verpflichtung für alle öffentlichen Auftraggeber, mittelstandsfreundlich zu verfahren⁹²⁶. Gleichwohl enthält § 97 Abs. 3 keine unbedingte Verpflichtung für öffentliche Auftraggeber, Vergabevorhaben generell losweise aufzuteilen⁹²⁷. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 97 Abs. 3 braucht eine Teilung nicht vorgenommen zu werden, wenn eine kleinteilige Vergabe nicht „angemessen“ ist. Das dürfte insbesondere dann der Fall sein, wenn es für die zu beschaffenden Leistungen keine oder nicht genügend mittelständische Anbieter gibt. Ferner kann mangels Angemessenheit auch auf die Aufteilung und kleinteilige Vergabe verzichtet werden, wenn eine Zusammenfassung von Leistungen signifikante ökonomische Vorteile für den Auftraggeber hat⁹²⁸. Das gilt insbesondere unter dem Gesichtspunkt, dass das gesamte Vergaberecht zum Hauptziel hat, den wirtschaftlichen Einkauf der öffentlichen Auftraggeber sicherzustellen.

Darüber hinaus sieht § 97 Abs. 3 GWB lediglich vor, dass mittelständische Interessen „vornehmlich“ durch Losaufteilung zu gewährleisten sind. Das bedeutet, dass es nach der Vorstellung des Gesetzgebers auch andere Möglichkeiten gibt, mittelständische Interessen angemessen zu wahren. Die Länderregelungen dürfen nicht von dieser Regel-Ausnahme-Systematik des § 97 Abs. 3 GWB, den der Bundesgesetzgeber im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung erlassen hat, abweichen. Abweichende Regelungen sind, soweit nach dem Wortlaut möglich, bundesrechtskonform auszulegen bzw. unangewendet zu lassen. Angesichts der in den Länderregelungen vorgesehenen Öffnungsklausel für die Abweichung vom Grundsatz der losweisen Vergabe, wenn diese nach Art und Umfang des Projekts bzw. technisch und wirtschaftlich nicht möglich ist⁹²⁹, dürfte jedoch insofern keine Kollision mit Bundesrecht bestehen.

⁹²⁶ Marx, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 97 Rn. 26.

⁹²⁷ Vgl. auch die in die gleiche Richtung weisende Rede des Ministerialrats Steingen aus dem Ministerium für Städtebau und Wohnen, Kultur und Sport des Landes NRW bei der Eröffnungsveranstaltung zum Smeinar „Leistung aus einer Hand“ der Handwerkskammer Köln am 16.6.2001.

⁹²⁸ Vgl. Marx, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 97 Rn. 28.

⁹²⁹ § 18 Abs. 1 S. 2 MFG RhPf (GVBl. 1978, S. 103, Änderung s. GVBl. 1982, S. 129), VV RhPf, (MBI. v. 14. Dezember 2001, S. 475, Ziff. 7.2.3.); § 15 Abs. 2 MFG Hamburg (v. 2. März 1977, HmbGVBl. S. 55, i.d.F. vom 4. 12.2002, HmbGVBl. S. 302); Art. 12 BayMFG (BayRS 707-1-W), Ziff. 5 Mittelstandsrichtlinien Öffentliches Auftragswesen (Bek. d. Bayr. Staatsregierung v. 4. Dez. 1984, StAnz. Nr. 49 i.d.F. der Bek. v. 6. November 2001, StAnz. Nr. 46; AllMBl.

Für den Bereich der Bauvergaben kann vom Regelfall der Teillosgabe nach § 4 Nr. 2 VOB/A zwar bereits aus Zweckmäßigkeitssichtspunkten abgewichen werden. Insoweit rechtfertigen etwa Kapazitätsmängel in der Bauverwaltung oder ein erhöhter Koordinierungsaufwand die einheitliche Vergabe⁹³⁰. Von der Fachlosvergabe hingegen sind Ausnahmen nach § 4 Nr. 3 S. 2 VOB/A nur aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen zulässig. Erlaubt ist – nur dann – die Zusammenfassung mehrerer Fachlose zu sogenannten Leistungspaketen bis hin zur Generalunternehmervergabe.

Eine Abweichung vom Gebot der Fachlosvergabe ist auf den konkreten Einzelfall abzustellen und am Sachverhalt zu begründen. Ein globaler Hinweis auf allgemeine wirtschaftliche oder technische Vorteile einer zusammengefassten Vergabe reicht nicht aus⁹³¹. Die Begründung muss dem Regel-/Ausnahmeverhältnis zwischen Fachlos- und Gesamtvergabe gerecht werden⁹³², d.h. die Vergabestelle muss die konkreten Vorteile bei einer Generalunternehmervergabe nachweisen können. Das bloße Fehlen von Nachteilen im Falle einer Generalunternehmervergabe genügt wegen des grundsätzlichen Vorrangs der Fachlosvergabe gerade nicht⁹³³. Auch einen Erfahrungssatz, dass die Vergabe an Generalunternehmer kostengünstiger ist als die Fachunternehmervergabe, gibt es wohl nicht. Die Rechtsprechung hatte bereits umfangreich Gelegenheit, sich mit der Zulässigkeit von Gesamtvergaben auseinander zu setzen. Keine Bedenken werden in der Regel erhoben, wenn das Vorhaben zwar in einzelne Fach- oder Teillose aufgeteilt wird, der Auftraggeber sich aber – für den Fall eines wirtschaftlicheren Gesamtergebnisses – die Zusammenfassung mehrerer oder aller Lose vorbehält⁹³⁴. Ist ein Wirtschaftlichkeitsvergleich zwischen Los- und Gesamtvergabe nicht

S. 667); § 16 Abs. 3 S. 2 MFG Schleswig-Holstein (v. 27.7.1977, GVBl. Schl.-H. 1977 S. 192); § 17 Abs. 1 S. 1 Saarländisches MFG (v. 21. Juli 1976, ABl. S. 841, zul. geändert durch G v. 12. Juni 2002, ABl. S. 1506); § 14 Niedersächsischen MFG (v. 30.4.1978, GVBl. S. 377 i.d.F. v. 28.5.1993, GVBl. S. 132); Sächsisches Vergabegesetz (v. 8.7.2002, GVBl. S. 218); § 5 Abs. 3 MFG Brandenburg (v. 8.5.1992, GVBl. I/1992, S. 166); § 8 Abs. 1 MFG von Sachsen-Anhalt (v. 26.8.1991, GVBl. 1991, S. 302, geändert dch. G v. 27.6.2001, GVBl. 27/2001, S.229); § 15 Abs. 2 MFG von Mecklenburg-Vorpommern (v. 14.12.1993, GVBl. 1994, S. 3); § 22 Abs. 1 des MFG von Baden-Württemberg (v. 19.12.2000, GBl. 2000, S. 745); § 13 Abs. 1 MFG Thüringen (v.17.9.1991, GVBl. 1991, S. 391); zukünftig auch das am 3.7.2003 verabschiedete Mittelstandsgesetz NRW.

⁹³⁰ Vgl. Hertwig, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 4 Rn. 17; vgl. Rusam, in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/A, § 4 Rn. 10.

⁹³¹ Noch, Vergaberecht kompakt, S. 137; Sterner, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, Syst IX Rn. 18.

⁹³² Vgl. VK Darmstadt, Beschluss v. 12.09.2001 - 69 d VK-20/2001; VK Arnsberg, Beschluss v. 23.08.1999 -VK 11/99.

⁹³³ VÜA Rheinland-Pfalz, Fischer/Noch, EzEG-VergabeR, IV 11.8.

⁹³⁴ BMVBW, Allg. Rundschreiben Straßenbau Nr. 31/1997, Sterner, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, Syst IX Rn. 18.

möglich oder nicht vorgesehen, so kann ein tragfähiger Grund für die Zusammenfassung von Fachlosen der Gesichtspunkt der einheitlichen Gewährleistung sein. Nach § 4 Nr. 1 VOB/A sind Bauleistungen so zu vergeben, dass eine zweifelsfreie und umfassende Gewährleistung erreicht wird. Insbesondere in Leistungsbereichen, die durch eine erhöhte Schadensgeneigtheit und erschwerte Zuordnung der Verantwortlichkeiten gekennzeichnet sind, kommt demnach die zusammengefasste Vergabe in Betracht⁹³⁵. Auch bestehende Verkehrssicherungspflichten im laufenden Betrieb einer Baumaßnahme können einer Fachlosvergabe entgegenstehen - etwa wenn die Kommunikationswege zwischen den verschiedenen Auftragnehmern und dem Auftraggeber zu lang wären, um kurzfristig auf eintretende Sicherungserfordernisse reagieren zu können⁹³⁶.

Kurze Ausführungsfristen können eine Zusammenfassung von Fachlosen dann rechtfertigen, wenn eine nicht termingerechte Fertigstellung der Maßnahme erhebliche und konkret bezifferbare wirtschaftliche Nachteile erbringen würde und die Einhaltung kurzer Ausführungsfristen im Einzelfall bei einer zusammengefassten Vergabe besser durchgesetzt werden kann⁹³⁷. Es ist hier aber zu gewährleisten, dass durch die kurzen Ausführungsfristen insgesamt erhebliche wirtschaftliche Vorteile erzielt werden können⁹³⁸.

Die Reduzierung des Koordinierungsaufwandes für den Auftraggeber, die Forderung des öffentlichen Bauherrn nach Kostensicherheit oder die allgemeine Eilbedürftigkeit sind dagegen für sich allein regelmäßig keine Begründung für eine Abweichung vom Grundsatz der Fachlosvergabe⁹³⁹. Fasst man die Beispiele aus der vergaberechtlichen Rechtsprechung zusammen, so ist im Ergebnis nicht das Bedürfnis des Auftraggebers an einer möglichst reibungslosen Vergabe, sondern die Reibungslosigkeit und Effizienz der Ausführung der Leistungen selbst das entscheidende Kriterium für die Zulässigkeit der Abweichung vom Vorrang der Fachlosvergabe⁹⁴⁰. Die Bestimmungen der Mittelstandsförderungsgesetze stehen aus den gleichen Gründen nicht entgegen. Die Verpflichtung zur losweisen Vergabe

⁹³⁵ Vgl. VÜA Bayern, Fischer/Noch, EzEG-Vergaberecht, IV 1.17.

⁹³⁶ Vgl. Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss (DVA), NZBau 2000, 555 (557).

⁹³⁷ Vgl. VK Arnsberg, Beschluss vom 23.08.1999, Az.: VK 11/99; VÜA Baden-Württemberg, Fischer/Noch, EzEG-VergabeR, IV 2.13.

⁹³⁸ Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss (DVA), NZBau 2000, 555 (557).

⁹³⁹ Vgl. LG Hannover, EuZW 1997, 638 (640).

⁹⁴⁰ Vgl. LG Hannover, EuZW 1997, 638 (640); Sterner, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, Syst IX Rn. 18.

steht dort ebenfalls unter dem Vorbehalt der technischen und/oder wirtschaftlichen Machbarkeit⁹⁴¹.

Die Realisierung von PPP-Hochbauprojekten im zugrundegelegten ganzheitlichen Sinne bedingt einen erheblichen, deutlich über das normale Maß hinausgehenden Koordinierungsbedarf bei der Ausführung der Leistungen selbst. Zu bewältigen ist nicht nur die Koordination der einzelnen Gewerke mit zunehmenden Baufortschritt, sondern auch die Abstimmung der einzelnen Projektphasen (Planen, Bauen, Finanzieren, Nutzen/Betreiben, Verwerten). Eine Aufteilung der zu vergebenden Gesamtleistung in Fachlose auf der ersten Ebene, die sich nach den einzelnen Leistungsbestandteilen (Planung, Bau, Finanzierung, Betrieb) richten, widerspricht dem gesamtheitlichen Lebenszyklus-Ansatz von PPP-Vorhaben. Ziel der Partnerschaft ist insbesondere die Integration der Projektphasen eines Hochbauvorhabens in der ganzheitlichen Verantwortung eines Vertragspartners (Bieter/Bieterkonsortium), um Planung, Bau, Finanzierung, Nutzung, Betrieb und ggf. Verwertung wirtschaftlich miteinander zu verknüpfen. Eine Zerlegung eines PPP-Modells in Fachlose würde diesen Zweck regelmäßig konterkarieren. Anders ist (bei dafür geeigneten Projekten) die Aufteilung in „vertikale Mengenlose“ zu beurteilen. Umfasst ein Vorhaben mehrere eigenständige Einheiten bzgl. derer jeweils alle Phasen der PPP durchlaufen werden sollen, so widerspricht eine Aufteilung der Gesamtmenge in mittelstandfreundliche Teillose (z.B. Sanierung und Betrieb von 3 von 5 Sporthallen) nicht dem Lebenszyklusansatz. Eine solche Aufteilung sollte daher, sofern sich das Projekt - auch aus wirtschaftlicher Sicht - für eine vertikale mengenmäßige Aufteilung anbietet, vorgenommen werden.

In Bezug auf die zuvor dargestellte Aufspaltung eines PPP-Gesamtvorhabens in Fachlose dürfte hingegen davon auszugehen sein, dass, sofern die wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit einer PPP-Vergabe im Vorfeld untersucht und festgestellt worden ist, eine Gesamtvergabe bei PPP-Vergaben i.d.R. verdingungsrechtlich unbedenklich ist.

Bindung des Generalunternehmers

Dennoch ist die Mittelstandsförderung im Rahmen von PPP-Hochbauprojekten nicht außer Acht zu lassen. Kommt eine losweise Vergabe auf der ersten Ebene nicht in Betracht, so ist mittelständischen Interessen entsprechend der gesetzlichen Verpflichtung nach § 97 Abs. 3 GWB in anderer Weise gerecht zu werden, z.B. durch die Verpflichtung des Auftragnehmers, im Fall der Weitergabe von Leistungen auf der zweiten Ebene kleine und mittlere Unternehmen ange-

⁹⁴¹ Vgl. § 8 Abs. 1 S. 2 MFG LSA; § 14 Abs. 2 S. 1 MFG Nds.; Art. 12 Abs. 2 MFG Bay. i. V. m. Nr. 5 lit. a) u. b) öAMstR; § 15 Abs. 2 S. 2 MFG HH; § 13 Abs. 1 S. 1 MFG Thü.; § 15 Abs. 2 S. 1 MFG M-V; § 5 Abs. 3 S. 1 MFG BB.

messen zu berücksichtigen oder gar zu bevorzugen. Darüber hinaus sehen § 4 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B sowie § 5 VOL/A und die Mittelstandsförderungsgesetze zahlreicher Länder vor, dass Nachunternehmern keine ungünstigeren Bedingungen aufzuerlegen sind, als sie dem Generalunternehmer vom öffentlichen Auftraggeber auferlegt worden sind. Diese Regelung dient insbesondere dem Zweck, angemessene Bedingungen und Preise auch für mittelständische Nachunternehmer zu sichern, um mittelständischen Unternehmen dadurch ähnliche Bedingungen wie bei losweiser Vergabe zu gewährleisten⁹⁴².

Nach § 4 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B und zum Teil nach den Ländervorschriften zur Mittelstandsförderung⁹⁴³ hat der Generalunternehmer bei der Weitergabe an Nachunternehmer die VOB zugrunde zu legen. Er hat bei der Vergabe nach der VOB/A zu verfahren und im Vertrag die VOB/B und die VOB/C zu vereinbaren. Die Bindung des Generalunternehmers an das Vergaberecht ist jedoch nicht vollumfänglich. So hat er zwar die Regeln des Wettbewerbs zu beachten, insbesondere keine preisdrückenden Nachverhandlungen zu führen. Dazu gehört auch, die zur Weitergabe vorgesehenen Leistungen eindeutig und erschöpfend zu beschreiben. Nicht anwendbar auf die Vergabe von Unteraufträgen durch den Generalunternehmer sind aber die Ausschreibungs- und Bekanntmachungspflichten der VOB/A bzw. der Baukoordinierungsrichtlinie⁹⁴⁴. Hier genügt es, Angebote formlos von mehreren Bewerbern einzuholen und den Auftrag freihändig zu vergeben⁹⁴⁵. Bei PPP-Vergaben, die, wie bereits ausgeführt, i.d.R. für eine losweise Vergabe nicht in Betracht kommen, sind zur Gewährleistung des Mittelstandsschutzes gemäß § 97 Abs. 3 GWB bzw. zur Einhaltung der Regelungen der VOB/B, der VOL/A sowie der Mittelstandsförderungsgesetze der Länder deshalb die Auftragnehmer zu verpflichten, mittelständische Unternehmen bei der Vergabe von Unteraufträgen angemessen oder sogar bevorzugt zu berücksichtigen, bei der Auswahl der Nachunternehmer wettbewerbsmäßig vorzugehen und die anwendbaren allgemeinen Vertragsbedingungen der VOB/B bzw. VOL/B vertraglich zu Grunde zu legen.

⁹⁴² Vgl. VK Arnsberg, Beschluss vom 23.08.1999, Az.: VK 11/99.

⁹⁴³ Vgl. § 8 Abs. 3 Nr. 2 MFG LSA; § 14 Abs. 4 Nr. 3 MFG Nds.; Art. 12 Abs. 2 MFG Bay. i. V. m. Nr. 3 lit. b) öAMstR; § 15 Abs. 3 lit. c) MFG HH; § 13 Abs. 3 S. 2 MFG Thü.; § 15 Abs. 5 MFG M-V; § 5 Abs. 6 MFG BB.

⁹⁴⁴ Richtlinie 93/37 EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge.

⁹⁴⁵ So *zurecht*: Sterner, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, Syst IX, Rn. 20 und Rusam, in: Heierman/Riedl/Rusam, VOB/A Einf. zu § 8 Rn. 12; *großzügiger*: Oppler, in: Ingenstau/Korbion, VOB/B § 4 Rn. 420: „...(lediglich) die VOB Teile B und C zugrunde zu legen...“; ebenso: Riedl, in: Heierman/Riedl/Rusam, VOB/B § 4 Rn. 107 und Sterner, in: Leinemann, VOB/B § 4 Rn. 136; anders: Hofmann, in: Ganten/Jagenburg/Motzke, VOB/B § 4 Rn. 48.

Nachunternehmererklärung

Zur Verfolgung des Sekundärzweckes der Mittelstandsförderung kann der öffentliche Auftraggeber insbesondere eine Erklärung über den beabsichtigten Nachunternehmereinsatz verlangen, § 10 Abs. 5 Nr. 3 VOB/A. Bei Art und Umfang eines Nachunternehmereinsatzes handelt es sich grundsätzlich um eine kalkulationserhebliche Erklärung, die sich auf die Wettbewerbsstellung auswirkt⁹⁴⁶. Ein Angebot, das entgegen § 21 Nr. 1 Abs. 1 S. 3 VOB/A zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht sämtliche von der Vergabestelle geforderten wettbewerbserheblichen Erklärungen enthält, ist deshalb nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) VOB/A zwingend auszuschließen⁹⁴⁷.

Generalübernehmerproblematik, Totalübernehmer

Im Zusammenhang mit der vergaberechtlich und insbesondere im Hinblick auf den gebotenen Mittelstandsschutz zulässigen Gestaltung von PPP-Vergaben ist ferner die sogenannte Generalübernehmer-Problematik zu beleuchten.

Von der Auftragsvergabe an einen Generalunternehmer ist die Vergabe an einen Generalübernehmer abzugrenzen. Der Generalunternehmer führt einen „wesentlichen“ Teil des Auftrags in Eigenleistung aus. Der Generalübernehmer hingegen übernimmt mehrere oder alle Leistungsbereiche, die Bauleistung selbst erbringen jedoch ausschließlich Nachunternehmer. Der Totalübernehmer unterscheidet sich vom Generalübernehmer dadurch, dass er zusätzlich zur Bauleistung auch deren Planung in Auftrag nimmt und diese selbst ausführt oder - wie die gesamte Bauleistung - an Dritte weitergibt. Insoweit entspricht der rechtliche Rahmen dem des Generalübernehmers.⁹⁴⁸

Die vergaberechtliche Zulässigkeit von Vergaben an General- oder Totalübernehmer ist äußerst umstritten. In den Bundesländern Bayern, Niedersachsen und Rheinland-Pfalz sind General- und Totalübernehmervergaben durch Verwaltungsvorschrift grundsätzlich untersagt⁹⁴⁹. Auch die überwiegende Auffassung der Nachprüfungsbehörden und der vergaberechtlichen Literatur hält den Einsatz von Generalübernehmern bei Bauvergaben vor

⁹⁴⁶ BayObLG, Beschluss v. 08.11.2002 – Verg 27/02 m. w. N.; Thüringer OLG, VergabeR 2002, 488 (489 f.).

⁹⁴⁷ BayObLG, VergabeR 2003, 76; BGH, Beschluss vom 18.02.2003, Az.: X ZB 43/02.

⁹⁴⁸ Allerdings werden die dargestellten Begrifflichkeiten in der Praxis nicht einheitlich verwendet.

⁹⁴⁹ Vgl. Runderlass des MWTV Nds. vom 15. 11.1996, Nds. MBl. Nr. 47/1996 S. 1904; Mittelstandsrichtlinien Öffentliches Auftragswesen der Bayerischen Staatsregierung, Nr.6, All. MBl. S.667; VV des MWVLW Rh-Pf. vom 21.11.2001, MBl. Nr. 17 S. 475 (481).

allem wegen Verstoßes gegen § 8 Nr. 2 Abs. 1 und Nr. 3 VOB/A für unzulässig⁹⁵⁰. Hiernach sei die gewerbsmäßige Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art schon Voraussetzung für die Teilnahme am Wettbewerb. Nur das Unternehmen könne den Nachweis seiner Eignung erbringen, welches aufgrund seiner Ausstattung in der Lage ist, die Leistung selbst auszuführen⁹⁵¹. Schließlich enthalte § 4 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B das Gebot der Selbstausführung⁹⁵².

Entsprechende Bedenken bestehen auch gegen die sogenannten Totalübernehmer, die auch Planungsleistungen erbringen. Sie sollen von der Vergabe von Bauaufträgen ausgeschlossen sein, wenn sie nicht zu einem wesentlichen Teil die ausgeschriebene Leistung selbst erbringen⁹⁵³. Die herrschende Meinung geht deshalb davon aus, dass der Auftragnehmer die ausgeschriebene Leistung „im wesentlichen“ selbst auszuführen hat⁹⁵⁴.

Welcher Anteil der Selbstausführung als „wesentlich“ angesehen werden kann, ist allerdings nicht abschließend geklärt. Zum Teil wird ein Drittel als ausreichend angesehen⁹⁵⁵, teilweise „annähernd die Hälfte“ verlangt⁹⁵⁶. Vereinzelt wird sogar davon ausgegangen, dass Generalunternehmer mindestens 50% der Leistung im eigenen Betrieb zu erbringen haben⁹⁵⁷. Im Ergebnis wird man konstatieren müssen, dass eine starre Grenze wohl nicht gezogen werden kann⁹⁵⁸.

⁹⁵⁰ Vgl. OLG Frankfurt am Main, NZBau 2001, 101 (104); BayObLG, VergabeR 2002, 485 (486), BayObLG, NZBau 2000, 481 (483); VK Nordbayern, Beschluss v. 06.02.2003 – 320.VK-3194-01/03; VÜA Bayern, Fischer/Noch, EzEG-VergabeR, IV 1.15; VÜA Brandenburg, WuW/E VergAL 39 (47); Rusam, in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/A Einf. § 8 Rn. 49; Zdzieblo, in: Daub-Eberstein, VOL/A, § 7 Rn. 40; Schraner, in: Ingenstau/Korbion, VOB/A § 8 Rn. 16; a. A. Prieß/Hausmann, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 8 Rn. 49; Niebuhr, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 97 Rn. 120 ff.; differenzierend Kuß, VOB/A, § 8 Rn. 20 f..

⁹⁵¹ Vgl. VK Nordbayern, Beschluss v. 06.02.2003 – 320.VK-3194-01/03; Korbion, in: Ingenstau/Korbion, VOB/A Anh. 1, Rn. 129

⁹⁵² BayObLG, VergabeR 2002, 485 (486); Rusam, in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/A Einf. § 8 Rn. 49.

⁹⁵³ Vgl. Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/A Einf. § 8 Rn. 49; Schraner, in: Ingenstau/Korbion, VOB/A Einf. § 8 Rn. 16.

⁹⁵⁴ Im Rahmen des EU-Legislativpakets schlägt das Parlament die Abschaffung von „mengenmäßigen Beschränkungen bezüglich der Ausübung der Freiheit der Kombination eigener Produktionsfaktoren“ durch die Auftragnehmer vor, Änderungsvorschläge EP v. 17.1.2002, A5/2001/378; ablehnend: Kommission KOM (2002) 236 endg. S. 48.

⁹⁵⁵ OLG Frankfurt am Main, NZBau 2001, 101 (104); Rusam, in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/A Einf. § 8 Rn. 36.

⁹⁵⁶ OLG Bremen, BauR 2001, 94 (97)

⁹⁵⁷ Vgl. Runderlass des MWTV Nds. vom 15. 11.1996, Nds. MBl. Nr. 47/1996 S. 1904

⁹⁵⁸ VK Bremen, Beschluss vom 23.08.2001, Az.: VK 1/01

Ähnliches gilt nach der herrschenden Meinung auch für Vergaben nach der VOL/A. Gemäß § 7 Nr. 2 Abs. 1 sollen bei öffentlichen Ausschreibungen die Vergabeunterlagen nur an solche Bewerber abgegeben werden, die sich gewerbsmäßig mit der Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art befassen. Unternehmen, die lediglich als Vermittler am Markt auftreten, ohne die Leistungen im eigenen Betrieb erbringen zu können, sondern die Gesamtleistung auf Dritte im Wege der Unterbeauftragung übertragen wollen, sollen an Vergabeverfahren nicht teilnehmen können⁹⁵⁹.

Bei Bauvergaben ist das Erfordernis der Eigenleistung durch den Auftraggeber bisher von der herrschenden Meinung ausschließlich auf die zu erbringenden Bauleistungen bezogen worden⁹⁶⁰. Zu den Bauleistungen i.S.d. § 1 VOB/A zählen aber nicht allein Tätigkeiten der Bauerstellung selbst, sondern auch die unmittelbare Bauvorbereitung sowie Planungs- und Berechnungsarbeiten, wenn diese vom Auftragnehmer auf der Grundlage eines Bauauftrags und in unmittelbarem und untrennbarem Zusammenhang mit der in Auftrag gegebenen Bauleistungen auszuführen sind⁹⁶¹. Das deutsche Vergaberecht geht insoweit vom Grundsatz der Fachvergabe aus⁹⁶². Dagegen wird die Erbringung von Dienstleistungen im Baubereich und Bauprojektmanagement nicht zur unmittelbaren baufachlichen Tätigkeit gezählt. Übertragen auf PPP-Hochbauprojekte bedeutet dies, dass lediglich die unmittelbare Bauausführung sowie die Bauvorbereitung und die Bauplanung nach der herrschenden Meinung in den Eigenleistungsanteil eingehen können. Die übrigen, für den gesamtheitlichen Ansatz der PPP-Vergabe mindestens ebenso wesentlichen Bestandteile der Finanzierung und des Betriebs müssten dagegen unberücksichtigt bleiben. Damit verlangt die wohl herrschende Rechtsmeinung im deutschen Vergaberecht, dass PPP-Bauvorhaben, zumindest dann, wenn sie nach den Regeln der VOB/A zu vergeben sind, nur an Auftragnehmer bzw. Bieterkonsortien vergeben werden dürfen, wenn diese einen wesentlichen Teil der Bauleistungen (siehe dazu oben) selbst erbringen können. Das bedeutet für PPP-Hochbauvorhaben zum einen, dass – wenn diese nach der VOB/A auszuschreiben sind – die Anbieter allein der Dienstleistungselemente des Vorhabens sich jedenfalls nicht ohne Konsortialbildung mit Bauunternehmen um derartige Projekte bewerben können. Darüber hinaus ist von Bedeutung, dass sich – zumindest bei technisch komplexen Bauvorhaben – nur einzelne Bauun-

⁹⁵⁹ Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, VOL/A, § 7 Rn. 18; Zdzieblo, in: Daub/Eberstein, VOL/A, § 7 Rn. 40.

⁹⁶⁰ Vgl. Prieß/Hausmann, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 8, Rn. 53.

⁹⁶¹ VÜA Brandenburg 1 VÜA 17/96 „Fenster- und Türeineinbau“, S. 5.

⁹⁶² Vgl. VÜA Bayern VÜA 14/96 „Kläranlage“, S. 8; VÜA Brandenburg 1 VÜA 3/96 „Heizkraftwerk Cottbus“, WuW/E Verg AL 39, S. 47; 1 VÜA 17/96 „Fenster- und Türeineinbau“, S. 5, 6; Lampe-Hellwig/Wörmann, Rn. 169.

ternehmen mit erheblicher Fertigungstiefe oder Konsortien, die diese Fertigungstiefe mit einer Vielzahl von Spezialunternehmen zusammenführen, beteiligen können. Schließlich bleibt – nach der herrschenden Meinung – der Dienstleistungsanteil im Rahmen des nach der VOB/A ausgeschriebenen PPP-Projekts für die Berechnung des Eigenanteils unberücksichtigt, d.h. auch reine Bauunternehmen bzw. Bau-Konsortien, die sämtliche Dienstleistungen an Nachunternehmer zu vergeben beabsichtigen, müssten grundsätzlich zugelassen werden. Dagegen gilt für Vergaben nach der VOL/A, dass es für die Berechnung des Eigenleistungsanteils lediglich auf die zu berücksichtigenden Dienstleistungen ankommt. Die Bauleistungen bleiben ohne Bedeutung.

Im Rahmen von PPP-Vergaben erscheint eine Anwendung dieser Prinzipien sachlich sehr zweifelhaft. Bei VOB/A-Ausschreibungen führt ein hoher geforderter Eigenleistungsanteil in diesem Sinne zu Effekten, die mit dem beabsichtigten Mittelstands- und Fachunternehmenschutz nicht ohne weiteres zu vereinbaren sind. Im Hinblick auf Einzelbewerbungen sind Unternehmen mit maximaler Fertigungstiefe bevorzugt. Da PPP-Projekte ggf. mit hohen Eigenkapitalrisiken für den Hauptauftragnehmer verbunden sind, kann dies insbesondere bei Einzelbewerbungen zu abschreckenden Effekten für den Mittelstand führen und dessen Bereitschaft und Interesse an einer Beteiligung an derartigen Vergabeverfahren u.U. mindern. Kleinere und mittelständische Fachunternehmen werden sich notwendigerweise in der Position des Hauptauftragnehmers als Mitglied eines Konsortiums an PPP-Projekten beteiligen, um einen hohen Eigenleistungsanteil zu gewährleisten. Ggf. kann es wegen des Eigenkapitalrisikos aber auch eine sinnvolle Alternative für Mittelständler sein, sich als Nachunternehmer an einem PPP-Projekt zu beteiligen.

Darüber hinaus erscheint es wenig sachgerecht, dass erhebliche Eigenleistungen von Mitgliedern eines Konsortium im Dienstleistungsbereich (bzw. bei VOL-Vergaben im Baubereich) für die Einhaltung von Eigenleistungserfordernissen unberücksichtigt bleiben, obwohl es zu den Eigenheiten eines PPP-Modells gehört, dass die Gesamtleistung sich aus unterschiedlichen Leistungsbestandteilen zusammensetzt. Angesichts der notwendigen engen Verflechtung der Bau- und Dienstleistungen zu einem Gesamtpaket bei PPP-Lebenszyklusmodellen kann das auf einen Leistungsbereich (Bau- oder Dienstleistung) beschränkte Eigenleistungserfordernis wohl nicht zu einer realistischen Beurteilung der Eignung eines Bieters für das Gesamtprojekt führen.

Schließlich wird durch das Eigenleistungserfordernis die Möglichkeit von Eigenkapitalinvestoren, die sich selbst - mit Ausnahme der Finanzierung und Risikotragung - nicht an den einzelnen Leistungsbestandteilen eines PPP-Modells beteiligen, als unmittelbare Vertragspart-

ner der öffentlichen Hand erheblich erschwert, wenn nicht gar ausgeschlossen. Es ist zu vermuten, dass dadurch die Mobilisierung privaten Kapitals für PPP-Modelle im Hochbau erheblich erschwert wird. Das Eigenleistungserfordernis erschwert u.U. sogar die – in der Praxis relativ üblichen – Exit-Szenarien nach Abschluss der Bauphase, d.h. den Austritt der Bauunternehmen aus dem Konsortium und die Übernahme von deren Anteilen durch andere Unternehmen (z.B. auch Eigenkapitalinvestoren). Denn streng betrachtet wäre bei Zulassung einer Exit-Klausel in den Verdingungsunterlagen die Erfüllung des Eigenleistungserfordernisses für das PPP-Vorhaben jedenfalls im Hinblick auf die Gesamtlaufzeit des Vertrages nicht mehr sichergestellt.

Fraglich ist vor diesem Hintergrund, inwieweit der generelle Ausschluss von Generalübernehmern bzw. der Zwang zur Erbringung von Eigenleistungen, insbesondere bei VOB-Ausschreibungen, vor dem Hintergrund der Besonderheiten von PPP-Modellen nach höherrangigem Recht zwingend oder überhaupt zulässig ist. Gegen die herrschende Meinung wird mit beachtlichen Argumenten vorgebracht, der Ausschluss von Generalübernehmern bzw. die zwingende Forderung von Eigenleistungen sei bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte weder mit der Europäischen Baurichtlinie noch mit dem Wortlaut des § 99 Abs. 3 GWB vereinbar⁹⁶³. Denn als öffentliche Bauaufträge im Sinne der Baurichtlinie gelten nach Art. 1 Buchst. a) BKR u.a. "die zwischen einem Unternehmer und einem öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Buchst. b) geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge über die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, gleichgültig, mit welchen Mitteln gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen"⁹⁶⁴. Ähnlich heißt es in § 99 Abs. 3: "Bauaufträge sind Verträge [...] über die Ausführung [...] einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen". Die Baurichtlinie bzw. § 99 Abs. 3 GWB erfassen mit anderen Worten gerade auch Aufträge, die an einen Auftragnehmer zur Ausführung durch von ihm beauftragte Dritte vergeben werden. Damit wird auch die Situation des Generalübernehmers erfasst. Dieser verpflichtet sich gegenüber dem Auftraggeber, eine Gesamtbauleistung zu erbringen, wobei die Bauleistung selbst durchaus durch Dritte ausgeführt werden kann.

So hat der EuGH in den Urteilen *Ballast Nedam* und *Holst Italia* entschieden, dass einer Holdinggesellschaft, die für den Nachweis ihrer technischen, finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit Referenzen ihrer Tochtergesellschaften vorlegt, die Zulassung zu der Teilnahme an öffentlichen Bauaufträgen nicht verweigert werden darf, wenn sie den Nach-

⁹⁶³ Vgl. Prieß/Hausmann, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 8 Rn. 49; Kus, VOB/A, § 8 Rn. 20.

⁹⁶⁴ Vgl. auch § 1 a Nr. 6 VOB/A.

weis führt, dass sie unabhängig von der Art der rechtlichen Beziehungen zu ihren Tochtergesellschaften über deren sächliche bzw. personelle Mittel verfügen kann, die zur Ausführung der Aufträge erforderlich sind⁹⁶⁵. Beschränkte der Gerichtshof diese Möglichkeit zunächst auf konzernverbundene (Tochter-)Unternehmen⁹⁶⁶, hat er in Fortentwicklung dieser Rechtsprechung in der Rechtssache *Holst Italia* entschieden, dass ein Bieter oder Bewerber auch auf die Leistungsfähigkeit anderer Unternehmen verweisen kann, mit denen keine gesellschaftsrechtliche Verbindung besteht. Zur Begründung hat der Gerichtshof unter anderem darauf verwiesen, dass die in Art. 23-26 der Richtlinie 71/305/EWG⁹⁶⁷ festgelegten Eignungskriterien lediglich die Regeln für die sachliche Prüfung der Leistungsfähigkeit der Unternehmer insbesondere in technischer Hinsicht festlegen sollen. Art. 26 Buchst. e) Bau-richtlinie 71/305/EWG⁹⁶⁸ sehe ausdrücklich vor, dass der Nachweis dieser technischen Leistungsfähigkeit durch Vorlage einer Erklärung erbracht werden könne, in der die Techniker oder die technischen Stellen anzugeben seien, über die der Unternehmer unabhängig davon, ob sie dem Unternehmen angehörten oder nicht, bei der Ausführung des Bauvorhabens verfügen werde⁹⁶⁹. Die von der Baurichtlinie geforderten Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit müssten daher nicht kumulativ erbracht werden. Aus Art. 27 Abs. 2 BKR, wonach der öffentliche Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung zur Angebotsabgabe anzugeben hat, welche dieser Nachweise ihm jeweils vorzulegen sind, gehe hervor, dass es im Ermessen des Auftraggebers stehe, welche der genannten Nachweise die Bewerber bzw. Bieter ihm vorzulegen haben. Grundsätzlich müsste es deshalb genügen, wenn die technische Leistungsfähigkeit nachgewiesen wird, selbst wenn die dafür zuständigen Personen bzw. Stellen nicht dem Bewerber selbst, sondern seinem Nachunternehmer angehören. Auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene bestehen deshalb keine Bedenken gegen den Einsatz von Generalübernehmern (bzw. Totalübernehmern).

Insoweit stellt sich die Frage, ob die Wettbewerbsteilnahme eines Unternehmens über seine objektive Eignung, d. h. wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit hinaus an weitere Bedingungen geknüpft sein darf. Die Kommentarliteratur verneint dies zum Teil unter Hinweis auf einen angeblich abschließenden Charakter der Eignungskriterien der Vergaberichtlinien⁹⁷⁰. Mit der Rechtsprechung des EuGH ist aber darauf hinzuweisen, dass

⁹⁶⁵ EuGH, NZBau 2000, 149 (150) Rn. 27; EuGH, Slg. 1994 I-1289 (1307) Rn. 15; EuGH, Slg. 1997 I-7549 (7562) Rn. 13.

⁹⁶⁶ EuGH, Slg. 1994 I-1289 (1307) Rn. 15 u. 17; EuGH, Slg. 1997 I-7549 (7562) Rn. 13.

⁹⁶⁷ Jetzt Art. 24-27 BKR.

⁹⁶⁸ Jetzt Art. 27 Abs. 1 lit. e) BKR.

⁹⁶⁹ EuGH, Rs. C-5/97, Slg. 1994, I-1289 (1306) Rn. 12; vgl. auch Mader, EuZW 1999, 331 (340).

⁹⁷⁰ Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, § 97 Rn. 124 ff..

die Vergaberichtlinien kein erschöpfendes gemeinschaftliches Vergaberecht schaffen, sondern dass es den Mitgliedstaaten unbenommen ist - freilich unter Beachtung der einschlägigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts - weitergehende Anforderungen zu stellen⁹⁷¹. Denn es ist nicht der Zweck der Vergaberichtlinien, die Standards der Leistungsfähigkeit festzuschreiben, sondern zu bestimmen, mit welchen Nachweisen die Leistungsfähigkeit dargelegt werden kann⁹⁷². Der Gerichtshof hat diese Rechtsprechung trotz heftiger Kritik in der deutschsprachigen Literatur⁹⁷³ und in ausdrücklichem Gegensatz zur Auffassung von Kommission und Generalanwalt in der Entscheidung *Nord-Pas-de-Calais*⁹⁷⁴ bestätigt.

Hiernach kann ein Unternehmen, das keine Bauleistungen im eigenen Betrieb erbringt, aber über Kapazitäten fachkundiger, leistungsfähiger und zuverlässiger Einrichtungen verfügt, aus diesem Grund allein zwar nicht für ungeeignet erklärt werden, jedoch ist ein Ausschluss aus anderen mit den Grundfreiheiten des EG-Vertrages und dem Diskriminierungsverbot vereinbaren Gründen nicht zu beanstanden. Der öffentliche Auftraggeber hat bei der Verfolgung von Sekundärzwecken jedoch die Publizitätspflichten zu beachten. Zusätzliche Bedingungen muss er in der Bekanntmachung des Auftrags ausdrücklich angeben⁹⁷⁵.

Die Schlussfolgerung, dass Bieter, die keinen wesentlichen Teil der Leistungen selbst ausführen können oder wollen, auch dann zum Wettbewerb zuzulassen sind, wenn der Auftraggeber Wert auf die Selbstauführung legt, ist deshalb nicht zwingend. So sah auch der Vergabesenat des OLG Frankfurt trotz inhaltlicher Divergenz von einer Vorlage an den EuGH ab, weil sich aus den Urteilen *Ballast Nedam* und *Holst Italia* nicht ableiten lasse, welches Niveau an Leistungsfähigkeit ein öffentlicher Auftraggeber verlangen dürfe. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs in den Fällen *CEI*⁹⁷⁶ und *Beentjes*⁹⁷⁷ obliege die Festlegung der Standards den Auftraggebern und wird nicht von der Baukoordinierungsrichtlinie vorgegeben⁹⁷⁸. Das BayObLG hält das Auftraggeberinteresse an der Selbstauführung durch den Auftragnehmer in einer Gesamtschau der Regelungen für ein berechtigtes und nicht zu beanstandendes Anliegen⁹⁷⁹. Auch in der Literatur wird die Generalübernahmevergabe nicht

⁹⁷¹ Vgl. EuGH, Slg. 1987, 3347 (3373) Rn. 15; EuGH, Slg. 1988, 4635 (4657) Rn. 20.

⁹⁷² Vgl. EuGH, Slg. 1987, 3347 (3373) Rn. 13.

⁹⁷³ Umfassende Nachweise bei Benedict, EWS 2000, 514.

⁹⁷⁴ EuGH, Slg. 2000 I-7445 (7490) Rn. 52.

⁹⁷⁵ EuGH, Slg. 2000 I-7445 (7490 f.) Rn. 51; EuGH, Slg. 1988, 4635 (4661) Rn. 36.

⁹⁷⁶ EuGH, Slg. 1987, 3347.

⁹⁷⁷ EuGH, Slg. 1988, 4635.

⁹⁷⁸ OLG Frankfurt am Main, NZBau 2001, 101 (104 f.).

⁹⁷⁹ BayObLG, NZBau 2000, 481 (483).

als schrankenlos aufgefasst. Insbesondere die Zielvorgabe der Mittelstandsförderung ziehe hier eine zulässige Grenze⁹⁸⁰.

Insgesamt ist daher aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht zu konstatieren, dass die öffentliche Hand einen Generalübernehmer wie einen Totalübernehmer zum Wettbewerb für ein PPP-Hochbauprojekt zwar zulassen kann, aber nicht muss, wenn sie es aus Gründen der Mittelstandspolitik für untunlich hält und entsprechend publiziert.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass das Eigenleistungserfordernis des deutschen Vergaberechts damit zwar wohl nicht generell am Gemeinschaftsrecht scheitert, aber jedenfalls dann gemeinschaftsrechtswidrig ist, wenn es zu einer spezifischen Verletzung gemeinschaftsrechtlicher Grundsätze, etwa der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz führt⁹⁸¹. Voraussetzung einer Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht ist in jedem Fall, dass der auf der Grundlage von § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A bzw. § 7 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A geforderte Eigenleistungsanteil beziffert und in der Vergabebekanntmachung bzw. den Vergabeunterlagen angegeben wird. Dabei ist es unbedenklich, wenn Eigenleistungen der Mitglieder eines Bieterkonsortiums (bzw. Gesellschafter einer Projektgesellschaft) als Eigenleistungen des Konsortiums bzw. der Projektgesellschaft und damit des Auftragnehmers anerkannt werden. Es empfiehlt sich, dies klarstellend in den Verdingungsunterlagen zu regeln.

Im Einklang mit der Rechtsprechung ist der geforderte Eigenleistungsanteil zumindest in jedem Einzelfall individuell festzulegen. Es kann durchaus mit den Zielen des Mittelstandschutzes vereinbar sein, den Eigenleistungsanteil sehr gering anzusetzen. Das gilt insbesondere dann, wenn das Hochbau-Projekt aufgrund seiner Dimension für eine Beteiligung kleiner und mittelständischer Unternehmen auf Investorensseite ungeeignet ist und mittelständische Interessen besser durch eine Bindung des Hauptauftragnehmers an vergaberechtliche Grundsätze für Nachunternehmervergaben gewahrt bleiben können.

Über die Forderung reduzierter Eigenleistungsanteile hinaus erscheint es zudem dringend geboten, den (allein von den deutschen Verdingungsordnungen) geforderten Eigenleistungsanteil zumindest im Hinblick auf PPP-Vergaben generell zu überprüfen. Sowohl vor dem Hintergrund der wesentlich großzügigeren Rechtsprechung des EuGH als auch ange-

⁹⁸⁰ Niebuhr, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 97 Rn. 131.

⁹⁸¹ Diese Auffassung vertritt auch die Kommission im aktuellen Diskussionsprozess um das EU-Legislativpaket (KOM (2002) 236 endg., S. 48; das EP hingegen fordert, dass der Auftraggeber zukünftig keine „mengenmäßigen Beschränkungen bezüglich der Ausübung der Freiheit der Kombination der eigenen Produktionsfaktoren“ durch die Auftragnehmer festlegen soll (Stellungnahme des EP zu Art. 26 RiLE v. 17.1.2002, Az. A5/2001/378).

sichts der fachbereichsübergreifenden Natur von PPP-Projekten spricht vieles dafür, für komplexe, aus Bau- und Dienstleistungen zusammengesetzte (PPP-)Vorhaben das Eigenleistungserfordernis aufzugeben⁹⁸². Denn für solche 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 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 sollte klargestellt werden, dass sich der im eigenen Betrieb zu erbringende wesentliche Teil der „Leistung“ bei PPP-Vorhaben nicht allein auf die Bauleistung, sondern auf die Gesamtleistung bezieht.

7.7 Durchführung des Vergabeverfahrens

Öffentliche Auftraggeber unterliegen bei der Vorbereitung und Durchführung eines Vergabeverfahrens vergaberechtlichen Anforderungen aus der jeweils anwendbaren Verdingungsordnung, der Vergabeverordnung und den §§ 97 ff. GWB. Bei Verstoß gegen (bieterschützende) Vorschriften droht eine Überprüfung des Verfahrens durch die Nachprüfungsinstanzen auf Antrag eines benachteiligten Bieters.

7.7.1 Vorbereitung und Voraussetzungen

Vergabeverfahren für komplexe PPP-Projekte bedürfen einer gründlichen Vorbereitung bereits vor Beginn des Vergabeverfahrens. Denn gemäß § 16 VOB/A bzw. VOL/A soll ein Auftraggeber ein Projekt erst nach Erreichen der sogenannten „Vergabereife“ ausschreiben. Die Verdingungsunterlagen, insbesondere die Leistungsbeschreibung, müssen bereits so genau und vollständig vorbereitet sein, dass sie den Bewerbern ausgehändigt werden können und diese in der Lage sind, ein dem Vorstellungen des Auftraggebers entsprechendes Angebot abzugeben. Wie konkret und detailliert die Leistungsbeschreibung zu sein hat, hängt im Einzelnen von der gewählten Verfahrensart sowie den Besonderheiten des Einzelprojektes ab. Bei PPP-Projekten, in denen regelmäßig Ideen und Innovationsvorschläge der

⁹⁸² 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.

Bieter weitest möglich einbezogen werden sollen, können beispielsweise konzeptoffene Leistungsbeschreibungen zulässig und sinnvoll sein⁹⁸³. Damit „innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann“ (§ 16 Nr. 1 VOB/A), muss grundsätzlich auch die Finanzierung (auf der Basis einer Kostenschätzung) zumindest insoweit gesichert sein, dass im Haushaltsplan Mittel für die Durchführung des Projektes ausgewiesen werden⁹⁸⁴.

Um Verdingungsunterlagen erstellen zu können, die die gewünschte Leistung zumindest so konkret bezeichnen, dass die Bieter sie in der gleichen Weise verstehen, muss sich der Auftraggeber typischerweise zunächst Informationen über mögliche Ausführungsmodelle beschaffen. Eine solche „Markterforschung“ hat vor Beginn des Vergabeverfahrens zu erfolgen. Die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne Vergabewillen, d.h. lediglich zur Abfrage von denkbaren Ausführungsvarianten bzw. zum Vergleich solcher Varianten, ist nach § 16 Nr. 2 VOB/A bzw. VOL/A unzulässig⁹⁸⁵. Nachforschungen des Auftraggebers in Bezug auf verschiedene Durchführungsmodelle für ein geplantes Projekt wie z.B. Sanierung und Betrieb einer Schule, müssen daher grundsätzlich außerhalb des Vergabeverfahrens erfolgen⁹⁸⁶. Denkbar wäre z.B. das Einholen von (unverbindlichen) Angeboten im Rahmen eines im Haushaltsrecht vorgesehenen Interessenbekundungsverfahrens⁹⁸⁷. Soweit dabei ausdrücklich auf den fehlenden Vergabewillen hingewiesen wird, steht § 16 der Verdingungsordnungen dem nicht entgegen. Anfragen können grundsätzlich vor Beginn des Verfahrens auch an einzelne Bieter gerichtet werden. Dabei ist jedoch darauf zu achten, dass nicht mit einzelnen Bietern bereits so konkrete Gespräche über bestimmte Ausführungsvarianten geführt werden, dass diese als eine Art „Projektanten“ gegenüber den Bietern, die erst nach Bekanntmachung der Ausschreibung von dem Projekt erfahren, einen nicht mehr einholbaren Wissensvorsprung erhalten. Inwiefern die Regelungen über den Ausschluss voreingenommener Personen bereits vor dem formellen Beginn eines Vergabeverfahrens ein-

⁹⁸³ Im Einzelnen sei hierzu auf die späteren Ausführungen unter 7.7.5 verwiesen.

⁹⁸⁴ BGH, BauR 1998, 1232: in jedem Fall müsste bei noch nicht endgültig sichergestellter Finanzierung mit der Ausschreibung ein ausdrücklicher Hinweis auf diese Tatsache erfolgen.

⁹⁸⁵ Vgl. die Klarstellung der VK Brandenburg, Beschluss v. 17.09.2002 - VK 50/02, dass auch der dem Verhandlungsverfahren vorgeschaltete Teilnahmewettbewerb (als unselbständiger Teil des Verfahrens) nur unter den Voraussetzungen des § 26 VOB/A aufgehoben werden darf und nicht zur Markterforschung genutzt werden kann; OLG Celle, NZBau 2002, 400 (401).

⁹⁸⁶ Zu unter bestimmten Umständen zulässigen Parallelausschreibungen, die einen Vergleich verschiedener Ausführungsmodelle im Vergabeverfahren ermöglichen s. unter 7.8 (Parallelausschreibungen).

⁹⁸⁷ S. hierzu ausführlich in Kap. 5.2.

schlägig sind, ist noch nicht endgültig geklärt⁹⁸⁸. Um potentiell wettbewerbsverzerrende Informationsvorsprünge zu vermeiden, sollten keine zu intensiven und detaillierten Besprechungen des gewünschten Leistungsinhalts mit einzelnen Bietern geführt werden. Jedenfalls sollte bei Beginn des anschließenden Vergabeverfahrens durch geeignete Maßnahmen für einen Ausgleich etwaiger Informationsvorsprünge gesorgt werden⁹⁸⁹. Zudem sollte zumindest die Angebotsfrist so großzügig bemessen werden, dass den übrigen Bietern das Einholen eines möglichen Kenntnisvorsprungs in zeitlicher Hinsicht ermöglicht wird.

7.7.2 Fristen und Zeitplan

Auf die Einhaltung der innerhalb des Vergabeverfahrens aufzustellenden Fristen⁹⁹⁰ ist von Seiten der Vergabestelle besonders zu achten. Sämtliche Fristen sind bekannt zu machen. Alle Bewerber und Bieter sind gleich zu behandeln. Deshalb kommt den Vergabevorschriften über Fristen elementare Bedeutung zu⁹⁹¹. Ein Verstoß der ausschreibenden Stelle gegen die Fristenregelungen ist ein Vergabefehler⁹⁹².

Die Bewerbungsfrist beschreibt bei Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs den Zeitraum für die Mitteilung des Bieters, ob er sich an der Ausschreibung beteiligt und ein Angebot abgeben will (§ 18 Nr. 4 VOB/A). Innerhalb der Bewerbungsfrist hat der Bewerber die in der Bekanntmachung verlangten Nachweise seiner Eignung zusammenzustellen und zusammen mit seinem Teilnahmeantrag an den Auftraggeber zu übermitteln. Die Länge der Frist hat der Auftraggeber angemessen zu bestimmen⁹⁹³. Dazu gehört die Zeit zur Beibringung der Nachweise und Erstellung eines sorgfältigen Teilnahmeantrags.

Unter der der Bewerbungsfrist nachfolgenden Angebotsfrist, die im Rahmen des Verhandlungsverfahrens als Einreichungsfrist bezeichnet wird, versteht man den Zeitraum, welcher dem Bieter für die Bearbeitung und Einreichung des Angebots zur Verfügung steht (§ 18 Nr. 1 bis 3 VOB/A). Sie beginnt bei Verfahren mit Teilnahmewettbewerb mit der Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe. Die vom Auftraggeber zu bemessende Frist sollte die Erstellung eines sorgfältigen Angebots, die Zeit zur Übermittlung des Angebots und den

⁹⁸⁸ Vgl. hierzu im Folgenden unter Kap. 7.7.3.

⁹⁸⁹ Dies soll nach VK Bund, Beschluss vom 10.7.2002, VK 2-34/02 z.B. durch Zusendung des Fragen- und Antwortkatalogs zur Leistungsbeschreibung an alle Bieter (zum Stellen eigener Fragen und der Kenntnisnahme von Fragen der Konkurrenz) möglich sein.

⁹⁹⁰ Vgl. zu den Fristen im Verhandlungsverfahren schon oben unter 7.7.2.

⁹⁹¹ Vgl. VÜA Hessen, Fischer/Noch, EZEG-VergabeR IV 7.10.

⁹⁹² Vgl. Noch, Vergaberecht Kompakt, S. 155.

⁹⁹³ VK Sachsen, Beschl. v. 2.10.2001, 1 VK 88/01.

zusätzlichen Aufwand zur Besichtigung von Baustellen oder die Beschaffung von Unterlagen berücksichtigen. Unter anderem muss den Bietern auch ausreichend Zeit für die Klärung der steuerrechtlichen Vor- und Nachteile eines Gesamtpaketes, das sie anbieten möchten, zur Verfügung gestellt werden. Insbesondere wenn der Auftraggeber zuvor bereits bei einzelnen Bietern angefragt hat, welche Lösungsmöglichkeiten sie für das nun ausgeschriebene Projekt sehen, oder wenn in sonstiger Weise einzelne Bieter bereits einen (zumindest zeitlichen) Vorsprung gegenüber den restlichen Bietern erlangt haben, sollte auf eine großzügige Fristbemessung geachtet werden, die den Ausgleich eines solchen Vorsprungs ermöglichte. Bei komplexen PPP-Modellen, wie den in diesem Gutachten behandelten, ist insgesamt eine den Schwierigkeiten angepasste, eher großzügige Fristsetzung anzuraten.

Die Zuschlags- und Bindefrist ist der Zeitraum, innerhalb dessen der Auftraggeber die Angebote zu prüfen und zu werten hat und der Bieter an sein Angebot gebunden ist. Da es im Verhandlungsverfahren nicht zu einem förmlichen Eröffnungstermin kommt, beginnt die Zuschlagsfrist unmittelbar mit dem Ablauf der Angebotsfrist⁹⁹⁴. Sie soll nach § 19 VOB/A bzw. VOL/A möglichst kurz gehalten werden, um die potenziellen Auftragnehmer nicht unnötig lange hinzuhalten.

Die Ausführungsfrist bezeichnet den Zeitraum, innerhalb dessen der Auftragnehmer die ausgeschriebene Leistung zu erbringen hat. Sie kann als Vertragsfrist, aber auch als bloße Kontrollfrist ausgestaltet sein.

7.7.3 Ausgeschlossene Personen, Interessenkonflikte, Projektanten

PPP verursachen Schnittstellen zwischen öffentlicher Hand und privaten Wirtschaftsteilnehmern. Es werden (regelmäßig) Personen anzutreffen sein, die sowohl mit dem Auftraggeber als auch mit der Auftragnehmerseite verbunden sind. Der Schutz der Bieter vor Parteilichkeit und das allgemeine öffentliche Integritäts- und Neutralitätsinteresse ziehen hier jedoch gewisse Grenzen.

Die öffentliche Hand hat dafür Sorge zu tragen, dass voreingenommene, befangene oder sonst parteiische Personen nicht an relevanten Entscheidungen teilhaben. Für das Vergabeverfahren statuiert § 16 VgV ein spezielles Ausschlussregime zur Durchsetzung des Diskriminierungsverbotes, welches in jedem Stadium des Vergabeverfahrens zu beachten ist⁹⁹⁵.

⁹⁹⁴ Vgl. Hertwig, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 19 Rn. 4.

⁹⁹⁵ Vgl. Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 97 Rn. 47.

Der Ordnungsgeber stellt hier auf den Begriff der Voreingenommenheit ab⁹⁹⁶. Als voreingenommen gelten im Sinne einer Vermutungsregel natürliche Personen, wenn sie

- Organmitglieder oder Mitarbeiter eines Auftraggebers sind oder
 - Beauftragte oder Mitarbeiter des Beauftragten des Auftraggebers sind
- und zugleich

1. auch Bieter oder Bewerber sind (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 VgV);
2. einen Bieter oder Bewerber beraten oder sonst unterstützen oder als gesetzlicher Vertreter oder nur in dem Vergabeverfahren vertreten (§ 16 Abs. 1 Nr. 2 VgV).
3. a) bei einem Bieter oder Bewerber gegen Entgelt beschäftigt oder bei ihm als Mitglied des Vorstands, Aufsichtsrats oder gleichartigen Organs tätig sind (§ 16 Abs. 1 Nr. 3a VgV), oder
b) für ein in das Vergabeverfahren eingeschaltetes Unternehmen tätig sind, wenn dieses Unternehmen zugleich geschäftliche Beziehungen zum Auftraggeber und zum Bieter oder Bewerber hat (§ 16 Abs. 1 Nr. 3b VgV).

Als voreingenommen gelten auch diejenigen Personen, deren in § 16 Abs. 2 VgV genannte Angehörige die vorstehenden Voraussetzungen erfüllen. Der Angehörigenbegriff ist hier sehr weit zu fassen⁹⁹⁷

Bei Personen, die unter Nr. 3 fallen, kann die durch die Verordnung aufgestellte Vermutungsregel im Einzelfall durch den Auftraggeber⁹⁹⁸ widerlegt werden, wenn im konkreten Fall kein Interessenkonflikt besteht oder die Tätigkeiten sich nicht auf die Entscheidungen im vorliegenden Verfahren auswirken.

Nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VgV ist es für einen Auftraggeber nicht ausgeschlossen, sich in einem komplexen Vergabeverfahren, wie es die diesem Gutachten zugrundeliegenden PPP-Modelle sind, von einem Architektur-, Ingenieur oder Planungsbüro oder einer Anwaltskanz-

⁹⁹⁶ Marx, in: Müller-Wrede, VOL/A, § 16 VgV Rn. 2.

⁹⁹⁷ Verwandte und verschwägerte in gerader Linie, Pflegeeltern, und –kinder etc.

⁹⁹⁸ Die Darlegungs- und Beweislast für das Fehlen eines Interessenkonfliktes und für die fehlende Kausalität trägt der Auftraggeber, vgl. VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 03.06.2002, Az.: 1 VK 20/02; Quilisch/Fietz, NZBau 2001, 540 (543); Berrisch/Nehl, DB 2001, 184 (187).

lei beraten zu lassen, obwohl dieses Büro auch zu einem oder mehreren Bietern⁹⁹⁹ in geschäftlichen Beziehungen steht. Es muss aber gesichert sein, dass die für den Auftraggeber tätigen natürlichen Personen nicht in einem Interessenkonflikt stehen. Beratungsunternehmen wie Vergabestelle können dies durch geeignete organisatorische Maßnahmen sicherstellen, etwa durch Schaffung unabhängiger Vertraulichkeitsbereiche („chinese walls“) nach den Grundsätzen des § 33 Abs. 1 Nr. 2 WpHG¹⁰⁰⁰. Besonders zweckmäßig ist es, wenn der Auftraggeber Erklärungen der für ihn tätigen Personen über deren Unvoreingenommenheit verlangt und diese in den Vergabeakten niederlegt¹⁰⁰¹.

Eine Voreingenommenheit nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VgV wird nur angenommen, wenn die Tätigkeit der betreffenden Person für den Auftraggeber überhaupt Einfluss auf die konkreten Entscheidungen in dem betreffenden Vergabeverfahren haben kann. Die substantielle Ausfüllung dieses Tatbestandsmerkmals ist nicht abschließend geklärt. Nahezu Einigkeit besteht insoweit, dass die Mitwirkung der betreffenden Person konkrete Nachteile bedingen muss. Der böse Schein einer möglichen Parteilichkeit allein genügt nicht¹⁰⁰²; die dahingehende frühere Spruchpraxis einiger Vergabesenate¹⁰⁰³ hat sich mit der Einführung von § 16 VgV insoweit erledigt. Wann welcher Nachteil hinreichend konkretisiert ist, lassen Rechtsprechung und Literatur aber weitgehend offen. Dem öffentlichen Auftraggeber fehlt insoweit ein hinreichend klar umrissener Handlungsspielraum, denn er muss die betreffenden Personen für das gesamte Vergabeverfahren von der Mitwirkung ausschließen, folglich schon im Vorfeld des Vergabeverfahrens erkennen, ob sich die Einflussnahme der am Verfahren Beteiligten konkret nachteilig auswirken kann. Dem Auftraggeber ist daher 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. Das sind grundsätzlich alle Tätigkeiten, die sich bei der Entscheidung über den Zuschlag auswirken¹⁰⁰⁴, wie z. B. die Entscheidung über den Ausschluss eines Bie-

⁹⁹⁹ Nach Ansicht des OLG Dresden, WuW/E Verg I- 694 (698), soll eine geschäftliche Beziehung eines Anwalts allein zu einem Anteilseigner des Bieters nicht von § 16 Abs. 1 Nr. 3b VgV erfasst sein. Hiernach wäre die Vermutungsregel schon nicht einschlägig, eine Widerlegung also nicht vonnöten.

¹⁰⁰⁰ Vgl. Quilisch/Fietz, NZBau 2001, 540 (543 f.).

¹⁰⁰¹ Kratzenberg, NZBau 2001, 119 (122).

¹⁰⁰² Vgl. VK Lüneburg, Beschluss vom 14.1.2002, Az.: 203-VgK-22/2001; Noch, Vergaberecht kompakt, S. 57 m.w.N.; vgl. auch Dreher, NZBau 2000, 280 (281 f.); Berrisch/Nehl, DB 2001, 184 (187); Winnes, NZBau 2002, 371 (375) a.A. Danckwerts, NZBau 2001, 242 (244); wohl auch Höfler/Bert, NVersZ 2001, 197 (203).

¹⁰⁰³ Vgl. OLG Brandenburg, NZBau 2000, 39; BayObLG, NZBau 2000, 94, BayObLG, NZBau 2000, 259.

¹⁰⁰⁴ VK Bund, Beschluss vom 11.09.2002, Az.: VK 2-42/02.

ters¹⁰⁰⁵ oder die Bescheidung einer Rüge¹⁰⁰⁶. Bloße Zuarbeiten, wie z. B. das Fertigen der Niederschrift über den Eröffnungstermin, hingegen haben keinen gestalterischen Einfluss auf das Verfahren und werden demnach nicht von § 16 Abs. 1 Nr. 3 VgV erfasst.

Wird in einem Vergabeverfahren eine an sich auszuschließende Person tätig, so kann dieser Verstoß gegen § 16 VgV als zwingende Vergabevorschrift als schwerwiegender Grund die Aufhebung der Ausschreibung nach § 26 Nr. 1 c) VOB/A bzw. § 26 Nr. 1 d) VOL/A rechtfertigen¹⁰⁰⁷. Auf die Wirksamkeit eines bereits geschlossenen Vertrages hat ein Verstoß gegen § 16 VgV keinen Einfluss¹⁰⁰⁸. Allenfalls bei gezielter Umgehung von § 16 VgV - insbesondere bei kollusivem Zusammenwirken zwischen Auftraggeber und Bieter – können Verträge nichtig sein¹⁰⁰⁹.

Es ist allgemein anerkannt, dass der Verstoß gegen § 16 VgV ein Verfahrensfehler ist, der durch Neuvornahme oder auch Bestätigung der betroffenen Entscheidung unter Ausschluss der als voreingenommen geltenden Personen geheilt werden kann. Vereinzelt akzeptiert die Rechtsprechung sogar eine Heilung noch im Nachprüfungsverfahren, auch nachdem die Vergabekammer den Verfahrensfehler festgestellt hat¹⁰¹⁰.

Projektantenproblematik

Bei der Vorbereitung komplexer Vergabeverfahren zur Durchführung einer PPP wird oftmals zunächst informell bei einigen Unternehmen nach innovativen Lösungskonzepten für die Deckung des identifizierten Bedarfs im Rahmen eines PPP-Modells angefragt werden (müssen) oder auch bereits im Vorfeld des Vergabeverfahrens externe Unternehmen dazu eingesetzt werden, die Eckpunkte und unterschiedlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten einer Leistungsbeschreibung zu ermitteln und festzulegen. Daraus kann ein vergaberechtliches Problem dann entstehen, wenn diese oder mit ihnen verbundene Unternehmen am späteren Vergabeverfahren teilnehmen. Da in den PPP-Modellen, die in diesem Gutachten betrachtet werden, die Planung zumindest des Bauwerks als Teil der zu vergebenden Leistung enthalten ist und somit nicht im Vorfeld, sondern erst nach dem Vergabeverfahren erbracht werden

¹⁰⁰⁵ VK Bund, Beschluss vom 19.07.2002, Az.: VK 1-37/02.

¹⁰⁰⁶ OLG Koblenz, NZBau 2002, 699 (701) = VergabeR 2002, 617 (623).

¹⁰⁰⁷ Vgl. OLG Hamburg, VergabeR 2003, 40 (43) = ZfBR 2003, 186 (187); VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 30.04.2002, Az.: VK 6/02.

¹⁰⁰⁸ Vgl. Antweiler, DB 2001, 1975 (1979).

¹⁰⁰⁹ Vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2000, 391 (394 f.).

¹⁰¹⁰ Vgl. OLG Koblenz, NZBau 2002, 699 (702) = VergabeR 2002, 617 (623 f.); diese Auffassung ist angesichts der Missbrauchsmöglichkeiten nicht unbedenklich.

soll, kann sich die sog. Projektantenproblematik nur bezüglich der angesprochenen sonstigen, dem Vergabeverfahren vorausgehenden Planungen auswirken.

Da § 16 VgV die Mitwirkung von voreingenommenen Personen (erst) „in einem Vergabeverfahren“ verbietet, ist seine Anwendbarkeit auf die dargestellten Fälle der Projektantenbeteiligung vor Beginn eines Vergabeverfahrens nicht unumstritten. Förmlicher Verfahrensbeginn ist die Kundgabe des Vergabewillens nach außen, durch Ausschreibung, Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw. Vergabebekanntmachung (vgl. §§ 3, 3a VOB/A). Einige Vergabesenate und Vergabekammern nehmen die im Vorfeld des förmlichen Verfahrensbeginns erbrachten Planungs- und Beratungstätigkeiten aus dem Anwendungsbereich von § 16 VgV heraus¹⁰¹¹. Denn im Stadium der Vorbereitung gebe es noch keine um den Auftrag konkurrierenden Unternehmen, zu deren Gunsten oder Lasten eine etwaige Voreingenommenheit bestehen könne. Weder der Wortlaut noch der Zweck der Vorschrift lasse deshalb eine Erstreckung des Mitwirkungsverbots auf das Vorbereitungsstadium zu¹⁰¹². Die vorherigen (inneren) Entscheidungen in einem frühen Stadium des Beschaffungsvorgangs seien änderbar und sollten dies aus Praktikabilitätsgründen und im Interesse der Rechtssicherheit auch bleiben¹⁰¹³.

Ob für den Beginn eines Vergabeverfahrens – und damit die Anwendbarkeit des § 16 VgV – der dargestellte formelle Verfahrensbeginn¹⁰¹⁴ maßgeblich sein soll oder nicht vielmehr auf ein materielles Verständnis¹⁰¹⁵ abzustellen ist, wird von den Vergabesenaten nicht einheitlich beantwortet¹⁰¹⁶. Vertreter der Auffassung vom materiellen Verfahrensbeginn¹⁰¹⁷ wollen schon

¹⁰¹¹ OLG Koblenz, NZBau 2002, 699 (700 f.) = VergabeR 2002, 617 (für das Offene Verfahren); vgl. VK Lüneburg, Beschluss vom 21.01.2003, Az.: 203-VgK-30/2002; VK Lüneburg, Beschluss vom 14.01.2002, Az.: 203-VgK-22/2001; vgl. auch OLG Naumburg, NZBau 2003, 224.

¹⁰¹² OLG Koblenz, NZBau 2002, 699 (700) = VergabeR 2002, 617 (621).

¹⁰¹³ Vgl. OLG Naumburg, NZBau 2003, 224 (227).

¹⁰¹⁴ OLG Koblenz, NZBau 2002, 699 (700) = VergabeR 2002, 617 (621).

¹⁰¹⁵ OLG Hamburg, VergabeR 2003, 40 (42) = ZfBR 2003, 186 (187); Thüringer OLG, VergabeR 2001, 52; OLG Düsseldorf, NZBau 2001, 696 = VergabeR 2001, 329; OLG Düsseldorf, VergabeR 2002, 404 (409); BayObLG, Beschluss vom 27.02.2003, Az.: Verg 1/03, BayObLG, VergabeR 2002, 244 (246); VK Bund, Beschluss vom 12.12.2002, Az.: VK 1-83/02; VK Magdeburg, Beschluss vom 06.06.2002, Az.: 33-32571/07 VK 05/02 MD; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 26.03.2002, Az.: 1 VK 7/02.

¹⁰¹⁶ OLG Naumburg, NZBau 2003, 224, legte die Frage, welcher Verfahrensbeginn maßgeblich sei, nun dem EuGH zur Entscheidung vor.

¹⁰¹⁷ Unabhängig von bereits eingeleiteten Förmlichkeiten sei der Beginn eines konkreten Vergabeverfahrens in Abgrenzung zur bloßen Markterkundung jedenfalls dann anzunehmen, wenn sich der öffentliche Auftraggeber zur Deckung eines akuten Bedarfs, also zur Beschaffung von Waren-, Bau- oder Dienstleistungen, entschlossen hat und mit organisatorischen und/oder planerischen Schritten zu regeln beginnt, auf welche Weise das Beschaffungsvorhaben realisiert werden soll (OLG Düsseldorf, VergabeR 2002, 404, 409).

die Teilnahme an Sitzungen, die der Erarbeitung der technischen Leistungsbeschreibung dienen, unter § 16 VgV erfassen¹⁰¹⁸. Ohne Relevanz sei, ob die betreffende Person die Ausschreibung als solche mitbeschließt oder im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens mitentscheidet. Festzuhalten bleibt ein nach momentaner Entscheidungspraxis kaum kalkulierbares Aufhebungsrisiko für den Auftraggeber, wenn er im Vorbereitungsstadium eines förmlichen Vergabeverfahrens als voreingenommen geltende Personen am Beschaffungsvorgang teilhaben lässt. Um vor späteren Beanstandungen durch die Nachprüfungsbehörden sicher zu sein, sollte er die Beauftragung eines Unternehmens mit der Erstellung der Vergabeunterlagen unter die Bedingung stellen, dass das betreffende Unternehmen weder unmittelbar noch mittelbar (z. B. über ein Tochterunternehmen) an dem von ihm vorbereiteten Vergabeverfahren teilnimmt.

Auch wenn die Anwendbarkeit von § 16 VgV auf Projektanten verneint wird, bleibt bei deren späterer Beteiligung auf Bieterseite das Risiko eines Vergaberechtsverstößes. Denn ein Projektant hat seinen Konkurrenten die überlegene Kenntnis von Einzelheiten des Auftragsgegenstandes voraus. Dieser Informationsvorsprung verbessert potentiell seine Wettbewerbsposition und kann daher einen Verstoß gegen den allgemeinen, das gesamte Vergaberecht durchziehenden Gleichbehandlungsgrundsatz darstellen (vgl. §§ 97 Abs. 2 GWB, 8 VOB/A, 7 VOL/A)¹⁰¹⁹. Ein unter Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz abgegebenes Angebot ist von der Wertung auszuschließen¹⁰²⁰.

Der Informationsvorsprung eines Wettbewerbers führt jedoch nur dann zum Ausschluss des Angebots, wenn eine tatsächliche Diskriminierung einzelner Bewerber oder Bieter in einem konkreten Vergabeverfahren¹⁰²¹ dadurch feststellbar ist. Die sehr weitgehende Rechtsprechung des OLG Brandenburg¹⁰²², wonach allein der böse Schein möglicher Parteilichkeit ei-

¹⁰¹⁸ OLG Hamburg, VergabeR 2003, 40 (42) = ZfBR 2003, 186 (187).

¹⁰¹⁹ Darüber hinaus ist die Neutralität der Bewerber ein Zuverlässigkeits- und damit Eignungskriterium im Sinne von § 97 Abs. 4 GWB. Der Auftraggeber kann deshalb z.B. im Nichtoffenen Verfahren im Rahmen der prognostischen Eignungsprüfung (vgl. §§ 8 Nr. 3 Abs. 1, 8a Nr. 2 VOB/A) von der Aufforderung zur Angebotsabgabe Abstand nehmen, wenn er dies in Anbetracht fehlender institutioneller Neutralität und damit einhergehender Informationsvorsprünge des betreffenden Bewerbers für untunlich hält; KG, Beschluss vom 05.09.2000, Az.: KartVerg 15/00.

¹⁰²⁰ VK Bund, Beschluss vom 11.09.2002, Az.: VK 2-42/02.

¹⁰²¹ Vgl. Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 97 Rn. 47, 50; deshalb begründet allein die Tatsache, dass zwischen dem Auftraggeber und einem Bieter oder Bewerber eine gesellschaftsrechtliche Verbindung besteht, noch keinen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot. Zu verlangen ist vielmehr eine konkrete Wettbewerbsverzerrung durch die Nichteinhaltung des Neutralitätsgebotes; OLG Hamburg, NZBau 2001, 460 (461); OLG Koblenz, NZBau 2000, 534 (536).

¹⁰²² Vgl. OLG Brandenburg, NZBau 2000, 39.

nen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz begründe, widerspricht dem vergaberechtlichen Grundsatz der Einzelfallprüfung¹⁰²³. Mit der Ausgestaltung von § 16 VgV hat sich der Verordnungsgeber auf Initiative des Bundesrates¹⁰²⁴ bewusst von dieser Auffassung gelöst. Welchen Grad der Informationsvorsprung erreichen muss, um eine vergaberechtswidrige Wettbewerbsverzerrung anzunehmen, wird unterschiedlich beurteilt¹⁰²⁵. Die wohl überwiegende Auffassung in Wissenschaft und Praxis bestimmt die Schwere der Wettbewerbsverzerrung danach, ob lediglich eine Beteiligung an Planungs- und Entwurfsarbeiten bestand oder ob unmittelbar an den Vorarbeiten für die Ausschreibung, insbesondere bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses, mitgewirkt wurde¹⁰²⁶. Hat danach der Projektant den Inhalt der Verdingungsunterlagen beeinflusst, ist sein gewonnener Informationsvorsprung grundsätzlich wettbewerbsverzerrend und als Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz zu werten.

Zwar kann (und muss) der Auftraggeber wettbewerbsverzerrende Informationsvorsprünge grundsätzlich ausgleichen¹⁰²⁷. Der Wissensvorsprung eines direkt an der Erstellung der Leistungsbeschreibung beteiligten Projektanten kann jedoch wohl kaum kompensiert werden. Gerade bei schwer zu beschreibenden, komplexen Vorhaben wie PPP-Hochbauprojekten ist die Gefahr fehlerhafter oder missverständlicher Verdingungsunterlagen besonders groß. Der Projektant kennt Sinn und Zweck der Anforderungen genau. Die Konkurrenten hingegen können den Umfang der zu erbringenden Leistung und auch etwaige Präferenzen der öffentlichen Hand nicht abschätzen. Das vergaberechtliche Diskriminierungsverbot erfordert daher nicht nur eine organisatorische, sondern auch eine personelle Trennung zwischen denjenigen, die die Leistungsbeschreibung formulieren und denjenigen, die die Angebote entsprechend dieser Leistungsbeschreibung erstellen¹⁰²⁸. Bei bloßen informellen Markterforschungsanfragen an einzelne Unternehmen im Vorfeld eines Vergabeverfahrens dürfte i.d.R. noch kein wettbewerbsverzerrender Informationsvorsprung dieser Unternehmen

¹⁰²³ Vgl. zur Kritik Quilisch/Fietz, NZBau 2001, 540 (541) m. w. N.

¹⁰²⁴ Vgl. Beschluss vom 10.11.2000, BR-DS 455/00.

¹⁰²⁵ VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 03.06.2002, Az.: 1 VK 20/02: besondere Umstände erforderlich, etwa dass die Leistungsbeschreibungen auf die spezifischen Interessen des Projektanten zugeschnitten sind; a.A.: VK Bund, Beschluss vom 11.09.2002, Az.: VK 2-42/02: ohne weitere Darlegung auf eine Wettbewerbsverzerrung aufgrund dieser „Insider-Kenntnisse“ zu schließen; Kommission, KOM (2000) 275 endgültig, S. 6: tendiert ebenfalls zu einer strengen Haltung und schlägt zur Vermeidung der Probleme die Einführung des neuen Verfahrens des „Wettbewerblichen Dialogs“ vor.

¹⁰²⁶ Vgl. nur VÜA Bund, WuW/E VergAB 79 (84 f.); Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 97 Rn. 50 mit umfangreichen Nachweisen in Fn. 68.

¹⁰²⁷ VK Bund, Beschluss vom 10.07.2002, VK 2-34/02: sofern dies möglich ist.

¹⁰²⁸ VK Bund, Beschluss vom 11.09.2002, VK 2-42/02.

entstehen¹⁰²⁹. Wenn der Lösungsvorschlag eines der Unternehmen eins zu eins in die Leistungsbeschreibung übernommen würde, wäre die Ausgleichbarkeit des dadurch verursachten Informationsvorsprungs (z.B. durch lange Angebotsfristen und umfassende Informationsvermittlung an die übrigen Bieter) allerdings kritisch zu überprüfen.

Angesichts der praktischen Relevanz der dargestellten Projektantenkonstellationen wäre eine gesetzliche Klarstellung der Voraussetzungen und Grenzen eines Ausschlusses wegen Vorbefassung wünschenswert. Den Beteiligten in Vergabeverfahren würde dadurch zum einen das Risiko einer Beteiligung von Projektanten in Vergabeverfahren klar vor Augen geführt und zum anderen (anders als gegenwärtig unter der allein von der Rechtsprechung entwickelten „Projektantenlehre“) Rechtssicherheit im Umgang mit diesem Problem gegeben. Eine solche Regelung sollte die folgenden Elemente enthalten: Wer an der Vorbereitung eines Vergabeverfahrens mitgewirkt hat, darf grundsätzlich weder als Bieter noch als Berater/Beauftragter eines Bieters an dem Vergabeverfahren teilnehmen, es sei denn der durch die Beteiligung an der Vorbereitung entstandene Informationsvorsprung lässt sich durch umfassende Information aller Bieter/Bewerber ausgleichen. Generell nicht auf Bieterseite tätig werden darf, wer unmittelbar an der Erstellung der Vergabeunterlagen beteiligt war oder den Auftraggeber dabei beraten hat.

7.7.4 Teilnahmewettbewerb

Im Nichtoffenen Verfahren wie im Verhandlungsverfahren erfolgt im Rahmen eines vorgeschalteten Teilnahmewettbewerbs zunächst eine europaweite Vergabebekanntmachung, in der die Unternehmer aufgefordert werden, Teilnahmeanträge zu stellen. Die Unternehmen, die Teilnahmeanträge gestellt haben, werden dann nach den Eignungskriterien der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit auf ihre Eignung hin überprüft (§§ 8 Nr. 4 VOB/A, 7 Nr. 4 VOL/A). Sodann werden aus dem verbleibenden Bewerberkreis diejenigen Unternehmen ausgewählt, die zu Verhandlungen aufgefordert werden sollen. Die auf dieser Stufe vorgenommene Eignungsprüfung anhand der eingereichten Nachweise ist grundsätz-

¹⁰²⁹ VK Bund, Beschluss vom 10.7.2002, VK 2-34/02 betont, dass es gerade bei umfangreichen und finanziell bedeutsamen Projekten dem Auftraggeber möglich sein müsse, eine intensive Markterkundung durchzuführen. Eventuell entstandene Informationsvorsprünge könnten durch Übersendung des Fragen- und Antwortkatalogs zur Leistungsbeschreibung an alle Bieter ausgeglichen werden (Möglichkeit, eigene Fragen zu stellen und Fragen der Konkurrenz mitzubekommen).

lich abschließend und darf nicht auf der Ebene der Wertung der Angebote gemäß § 25 Nr. 3 VOB/A bzw. VOL/A nochmals berücksichtigt werden¹⁰³⁰.

7.7.5 Vergabeunterlagen

Die Vergabeunterlagen bestehen gemäß § 10 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A aus dem Anschreiben (Aufforderung zur Angebotsabgabe), ggf. den Bewerbungsbedingungen (§ 10 Nr. 5 VOB/A) und den Verdingungsunterlagen (§§ 9 und 10 Nr. 1 Abs. 2 und Nr. 2 bis 4). Den Vergabeunterlagen kommt für das Vergabeverfahren eine maßgebliche Bedeutung zu, da sie die Grundlage für die Einleitung und die Durchführung der Beschaffung durch den Auftraggeber bilden¹⁰³¹.

Die Aufforderung zur Angebotsabgabe soll alle Angaben enthalten, die außer den Verdingungsunterlagen für den Entschluss des Bieters zur Abgabe eines Angebots notwendig sind (§ 10 Nr. 5 Abs. 1 VOB/A). Zu den notwendigen Angaben zählen insbesondere Art und Umfang der Leistungen sowie der Ausführungsort, etwaige Bestimmungen über die Ausführungszeit, Daten der Vergabestelle und die Art der Vergabe (§ 10 Nr. 5 Abs. 2 VOB/A). Aufgenommen werden können auch sog. Bieterentschädigungen, d.h. pauschalierte Honorare, die an Bieter gezahlt werden, die den Zuschlag letztlich nicht erhalten. Durch die zumindest teilweise Entschädigung der Bieter für den (bei komplexen PPP-Projekten regelmäßig großen) Aufwand der Angebotserstellung wird ein Anreiz zur Angebotsabgabe geschaffen und damit der Markt erweitert und der Wettbewerb verstärkt.

In den Bewerbungsbedingungen werden die Erfordernisse, die die Bewerber bei der Bearbeitung ihrer Angebote beachten müssen, zusammengefasst und dem Anschreiben beigelegt (§ 10 Nr. 5 Abs. 5 VOB/A).

Die Verdingungsunterlagen enthalten im Wesentlichen die Leistungsbeschreibung (§ 9 VOB/A) und dazu allgemeine, ggf. zusätzliche und besondere Vertragsbedingungen (§ 10 Nr. 1 Abs. 2 und Nr. 2 bis 4 VOB/A). Gemäß § 10 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A und § 9 Nr. 2 VOL/A ist der öffentliche Auftraggeber bei der Durchführung von Vergabeverfahren nach VOB/A bzw. VOL/A dazu verpflichtet, die Einbeziehung der Allgemeinen Vertragsbedingungen nach VOB/B und VOL/B (in ihrer Gesamtheit) vorzuschreiben. Ergänzungen oder Änderungen der Regelungen der B-Teile der Verdingungsordnungen sind unproblematisch dann möglich,

¹⁰³⁰ Ein „Mehr an Eignung“ kann daher nicht als Zuschlagskriterium herangezogen werden, BGH, NJW 1998, 3644; ebenfalls für eine strikte Trennung von Eignungsprüfung und Zuschlagsentscheidung: EuGH, Urteil vom 20.9.1988, Rs. 31/37, Beentjes, Slg. 1988, 4635.

¹⁰³¹ Vgl. Eberstein, in: Daub/Eberstein, VOL/A, § 9 Rn. 25.

wenn die Bestimmungen dies ausdrücklich vorsehen oder einer näheren Festlegung in tatsächlicher Hinsicht bedürfen. Darüber hinausgehende Abweichungen sind in Ausnahmefällen zulässig, wenn die Eigenart der Leistung und ihre Ausführung dies erfordern (§§10 Nr. 2 Abs. 1, 2 VOB/A, 9 Nr. 3 Abs. 1, 2 VOL/A). Sobald die VOB/B, VOL/B nicht mehr „als Ganzes“ vereinbart sind, sondern ihre Ausgewogenheit durch Zusatzabreden in ihrem Kernbereich verändert wird, unterliegen die betreffenden Klauseln allerdings der Inhaltskontrolle nach AGB-Maßstäben¹⁰³².

7.7.5.1 Vergabebedingungen

In den Vergabebedingungen werden die Anforderungen an das Angebot festgelegt. Sie müssen, ggf. nach entsprechender Auslegung, unmissverständlich formuliert sein¹⁰³³. Neben der Leistungsbeschreibung werden vor allen Dingen in den Bewerbungsbedingungen Anforderungen an das Angebot aufgestellt.

Die Bewerbungsbedingungen werden dem Anschreiben beigefügt (§ 10 Nr. 5 Abs. 5 VOB/A). Sie enthalten zumindest Bestimmungen über die Angebotsfrist (§ 18 VOB/A), die Zuschlags- und Bindefrist (§ 19 VOB/A)¹⁰³⁴ und den notwendigen Inhalt der Angebote (§ 21 VOB/A) nebst einer Auflistung von vom Bieter vorzulegenden Nachweisen über dessen Eignung¹⁰³⁵. Die oftmals formularmäßig zusammengefassten Angaben, die häufig bei Vergabeverfahren eines Auftraggebers wiederkehren, dienen der Vereinfachung des Vergabevorgangs und seiner Rationalisierung¹⁰³⁶. Nach überwiegender Meinung unterliegen die Bewerbungsbedingungen durch die wiederkehrende Verwendung und formularmäßigen Bedingungen den Vorschriften der allgemeinen Geschäftsbedingungen nach §§ 305 ff. BGB¹⁰³⁷.

Eine Missachtung der Bewerbungsbedingungen bleibt nicht folgenlos. Falls etwa ein Nebenangebot nach den Bewerbungsbedingungen nur in Verbindung mit einem Hauptangebot zugelassen wurde, ein Bieter jedoch lediglich ein Neben-, nicht aber ein Hauptangebot abgegeben hat, so ist er zwingend auszuschließen¹⁰³⁸. Sobald der Auftraggeber eine

¹⁰³² BGHZ 101, 357 = NJW 1995, 526.

¹⁰³³ Vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2002, 287.

¹⁰³⁴ Vgl. Kapellmann, NZBau 2003, 1.

¹⁰³⁵ Vgl. Jaeger, NZBau 2001, 427.

¹⁰³⁶ Vgl. Eberstein, in: Daub/Eberstein, VOL/A, § 17, Rn. 41.

¹⁰³⁷ Vgl. Kratzenberg, in: Ingenstau/Korbion, VOB/A, § 10 Rn. 85; Heiermann, in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB/A, § 10 Rn. 26a; Fett, in: Müller-Wrede, VOB/A, § 17, Rn. 40; dagegen mit guter Argumentation Eberstein, in: Daub/Eberstein, VOL/A, § 17 Rn. 41.

¹⁰³⁸ Vgl. OLG Celle, VergabeR 2001, 252.

Vergabebedingung transparent macht, ist auch er selbst daran gebunden. Bei einer im einzelnen Fall vorliegenden, bieterschützenden Vergabebedingung könnte deren Missachtung durch den Auftraggeber vom Bieter in einem Nachprüfungsverfahren als Rechtsverstoß geltend gemacht werden¹⁰³⁹. Ein Widerspruch in den besonderen Vertragsbedingungen zu den Bewerbungsbedingungen wird zu Gunsten des Bieters ausgelegt und berechtigt den Auftraggeber nicht zu dessen Ausschluss¹⁰⁴⁰.

Der Auftraggeber hat den Inhalt der Vergabebedingungen nach alledem sorgfältig festzulegen. Er sollte sich weitgehend an die Vorgaben der VOB/A halten. Darüber hinaus wird der Inhalt der Vergabebedingungen nach den Besonderheiten der Einzelvergabe bestimmt. Bei der Ausschreibung der komplexen PPP bedeutet dies, dass wegen der Durchführung des weitgehend formfreien Verhandlungsverfahrens einerseits auf für Kompromisse offene Bedingungen geachtet werden muss. Andererseits muss jede Bedingung mit den Vorgaben aus der VOB/A und mit den weiteren Festlegungen in den Vergabeunterlagen stimmig sein.

7.7.5.2 Leistungsbeschreibung

Die Leistungsbeschreibung (vgl. § 9 VOB/A) bildet das Kernstück der Vergabeunterlagen. Sie ist maßgeblicher Bestandteil des zwischen dem Auftraggeber und dem besten Bieter abzuschließenden Vertrags. Alle Bieter sollen durch die Leistungsbeschreibung die gleiche Ausgangsposition haben (Gleichbehandlungsgebot) und sich im Vorhinein ein Bild machen können (Transparenzgebot), ob eine Beteiligung an einer Ausschreibung lohnend erscheint¹⁰⁴¹. Der Auftraggeber muss sich in der Leistungsbeschreibung derart klar ausdrücken, dass die an dem Vergabeverfahren beteiligten Unternehmer die zu erfüllenden Bedingungen ohne Zugrundelegung der bei ihnen vorauszusetzenden Fachkenntnisse objektiv im gleichen Sinne verstehen können¹⁰⁴². § 9 Nr. 1 Satz 1 VOB/A bestimmt, dass die Leistung aus Sicht der Bieter so eindeutig und erschöpfend zu beschreiben ist, dass alle Bieter sie im gleichen Sinn verstehen und die Angebote miteinander verglichen werden können¹⁰⁴³.

§ 9 VOB/A sieht verschiedene Formen der Leistungsbeschreibung vor. Im Fall der PPP erscheint eine funktionale Leistungsbeschreibung sachgerecht. Eine funktionale Leistungsbe-

¹⁰³⁹ Vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2000, 440.

¹⁰⁴⁰ Vgl. VK Sachsen, Beschluss v. 5. Juli 2002, 1/SVK/064-02.

¹⁰⁴¹ Vgl. Noch, in: Müller-Wrede, VOL/A, § 8 Rn. 19.

¹⁰⁴² Vgl. OLG Brandenburg, NZBau 2000, 39.

¹⁰⁴³ Vgl. OLG Dresden, BauR 2000, 1582.

beschreibung ist zulässig, soweit die Gesamtleistung oder Teile durch verkehrsübliche Bezeichnungen nach Art, Beschaffenheit und Umfang nicht hinreichend beschreibbar sind. Für funktionale Leistungsbeschreibungen ist es typisch, dass Teile der Planung und Konzeption der Leistungen, und damit auch ein Teil des planerischen Risikos, auf die Bieter übertragen werden, um deren Sachverstand und unternehmerische bzw. technische Kreativität nutzbar zu machen¹⁰⁴⁴. Bezüglich der in diesem Gutachten vorgestellten PPP-Modelle ist es für den Erfolg des jeweiligen Gesamtprojekts zwingend, dass Teile der Planung und Konzeption auf die Bieter übertragen werden, um ihr Know-how zu nutzen. Planungsleistungen des Auftragnehmers sind in den PPP-Modellen, die ein Gesamtpaket umfassen sollen, jedenfalls bezüglich der Bauplanung bereits Teil des dem Auftragnehmer übertragenen Leistungspakets und können auch in Bezug auf die Strukturierung des Gesamtkonzepts gerade auch im Hinblick auf die langjährige Betriebsverpflichtung des Auftragnehmers nach Errichtung des Objekts letztlich am sinnvollsten durch diesen (innerhalb der vom Auftraggeber vorgegebenen Grenzen) erbracht werden.

Die Vergabestelle gibt durch die Umschreibung der Funktion, des Zweckes und weiterer Rahmenanforderungen („output specifications“) ein Ziel vor, lässt aber den Weg dorthin im Wesentlichen offen, um einen Spielraum für unternehmerische Entscheidungen und Gestaltungen der Bieter zuzulassen¹⁰⁴⁵. Jedoch unterliegt auch die funktionale Leistungsbeschreibung der Anforderung, den Beschaffungsbedarf des Auftraggebers mit größtmöglicher Bestimmtheit zum Ausdruck zu bringen¹⁰⁴⁶. Das ergibt sich aus dem Gebot, dass auch die funktionale Leistungsbeschreibung Missverständnisse bei den Bietern vermeiden und damit letztlich sicherstellen soll, dass miteinander vergleichbare Angebote abgegeben werden¹⁰⁴⁷. Der Auftraggeber darf die Planung und Konzeptionierung der Leistung nicht gänzlich den Bietern übertragen¹⁰⁴⁸. Ob es bei einem komplexen PPP-Modell Sinn macht, in der Leistungsbeschreibung ein bestimmtes (Finanzierungs-)Konzept i.S. der in diesem Gutachten vorgestellten Vertragsmodelle vorzuschreiben, ist letztlich eine Entscheidung des Einzelfalls. Zu beachten ist dabei, dass trotz aller Konzeptoffenheit die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet sein muss.

¹⁰⁴⁴ Vgl. OLG Naumburg, ZfBR 2003, 182; BGH, NJW 1997, 61.

¹⁰⁴⁵ Vgl. VK Bund, Beschluss v. 14. Januar 2003, VK 1-97/02.

¹⁰⁴⁶ Vgl. OLG Naumburg, ZfBR 2003, 182.

¹⁰⁴⁷ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 5 Oktober 2000, Verg 14/00.

¹⁰⁴⁸ Vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2003, 60.

Der konkrete Inhalt der Leistungsbeschreibung ist abhängig vom Gegenstand des PPP. Unabhängig vom angestrebten Vertragsmodell sollte zumindest ein grobes Konzept über die technische und ästhetische Gestaltung des Hochbaus, über eine u. U. gemeinsame Gesellschaft von Auftraggeber und –nehmer, die Finanzierung, die Überführung des bisherigen in den angestrebten Zustand sowie das Projektmanagement samt dazugehörigem qualifizierten Personal kreiert werden. Bei der Ausschreibung eines PPP-Projekts im Hochbau erscheint es sinnvoll wenn nicht sogar notwendig, um eine substantielle Prüfung der Angebote zu ermöglichen bzw. erleichtern und die Vertragspraxis im Hinblick auf möglicherweise notwendige Anpassungen zu erleichtern, die Bieter zu verpflichten, zusätzlich zur Angabe des Gesamtpreises für die Durchführung des PPP-Projekts, welcher der Wertungsentscheidung zugrunde zu legen ist, in ihrem Angebot auch eine Aufgliederung dieses Preises nach den einzelnen Leistungsphasen (Planung, Bau, Betrieb, Übertragung) und ggf. Leistungsbestandteilen sowie Einzelleistungen vorzunehmen. Denn bei Angabe lediglich eines Gesamtpreises wäre dem Auftraggeber die ihm obliegende Überprüfung der Plausibilität, Realisierbarkeit und Wirtschaftlichkeit der einzelnen Aufgabendurchführung (auch im Vergleich zur Eigendurchführung) nicht möglich.

Über eine Rahmgestaltung kann die Leistungsbeschreibung nicht hinausgehen. Dafür spricht der durch den Dialog mit den Bietern zu gewinnende konkrete Inhalt des am Ende des Vergabeverfahrens stehenden Projekts. Außerdem würde bereits die Möglichkeit einer detaillierten Gestaltung der Leistungsbeschreibung gegen die Durchführung eines für den Auftraggeber erstrebenswerten Verhandlungsverfahrens sprechen¹⁰⁴⁹. Letztlich muss für die funktionale Leistungsbeschreibung damit der Grundsatz gelten: Bezüglich der Eckdaten so detailliert und konkret wie möglich und im Hinblick auf die Nutzung von Innovationspotential der Bieter so offen wie nötig.

7.7.5.3 Eignungskriterien

Gemäß § 25 Nr. 2 VOB/A muss die Vergabestelle die Eignung der Bieter überprüfen. Im Offenen Verfahren geschieht das erst im Zeitpunkt der Gesamtwertung der eingegangenen Angebote nach § 25 VOB/A. Im Nichtoffenen Verfahren und Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb erfolgt diese Prüfung bereits zeitlich vorgeschaltet im Teilnahmewettbewerb und führt zur Entscheidung darüber, welche Bieter überhaupt zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden. Der Bieter ist geeignet, wenn er die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzt und über ausreichende technische

¹⁰⁴⁹ Vgl. Kap. 7.5.2.

und wirtschaftliche Mittel verfügt (vgl. § 2 Nr. 1 VOB/A). Fachkundig ist der Bieter, der über die in dem betreffenden Fachgebiet notwendigen technischen Kenntnisse verfügt, um die für die Vorbereitung und Ausführung erforderliche Leistung zu erbringen¹⁰⁵⁰. Der Bieter ist leistungsfähig, wenn sein Betrieb in technischer, kaufmännischer, personeller und finanzieller Hinsicht so ausgestattet ist, dass er die Gewähr und die Sicherheit für eine fach- und fristgerechte Ausführung der zu erbringenden Bau- und weiterer Leistungen bietet¹⁰⁵¹. Der Bieter ist zuverlässig, wenn er seinen gesetzlichen Verpflichtungen – auch zur Entrichtung von Steuern und sonstigen Abgaben - nachgekommen ist und eine sorgfältige und einwandfreie Ausführung der ausgeschriebenen und vom Bieter angebotenen Bauleistungen bzw. anderer Leistungen entsprechend den rechtlichen und technischen Normen (einschließlich Gewährleistung) erwarten lässt¹⁰⁵². Die Art und der Umfang der Nachweise, die der Auftraggeber zwecks Eignungsprüfung vom Bieter verlangen kann, sind in § 8 Nr. 3 VOB/A festgelegt und müssen sich im Rahmen des objektiv gebotenen, sachlichen Informationsbedürfnisses halten¹⁰⁵³.

7.7.5.4 Zuschlagskriterien

Gemäß § 10a VOB/A sind in dem Anschreiben, sofern nicht in der Bekanntmachung angegeben (§ 17a Nr. 2 bis 4 VOB/A), die maßgebenden Wertungskriterien für den Zuschlag möglichst in der Reihenfolge der Ihnen zuerkannten Bedeutung aufzuführen. Nach § 25 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A soll der Zuschlag auf das Angebot erteilt werden, das unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte als das wirtschaftlichste erscheint. Es ist zu ermitteln, bei welchem Angebot die Ausführung der ausgeschriebenen Leistung und der Angebotspreis unter Berücksichtigung aller Wertungskriterien im bestmöglichen Verhältnis zueinander stehen¹⁰⁵⁴. Neben technischen und wirtschaftlichen Kriterien (z. B. Angebotspreis, Unterhaltungs- und Betriebskosten) können für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit auch besondere Kriterien maßgeblich sein, die sich durch Bezug auf das einzelne Projekt ergeben (z.B. gestalterische und funktionsbedingte Gesichtspunkte, Nutzungsdauer und Ausführungsfrist)¹⁰⁵⁵. Bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit i.S. des § 25 Nr. 3 VOB/A bzw. VOL/A dürfen grundsätzlich nur

¹⁰⁵⁰ Vgl. VÜA Bund, Beschl. v. 17. Dezember 1997, 1 VÜ 23/97.

¹⁰⁵¹ Vgl. OLG Karlsruhe, NZBau 2002, 109.

¹⁰⁵² Vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2000, 540.

¹⁰⁵³ Vgl. Prieß/Hausmann, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 8 Rn. 69.

¹⁰⁵⁴ Vgl. Brinker/Ohler, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 25 Rn. 78.

¹⁰⁵⁵ Vgl. EuGH, Urteil v. 20. September 1988, Rs. 31/87, Slg. 1988, 4635.

unmittelbar auftragsbezogene Gesichtspunkte berücksichtigt werden¹⁰⁵⁶. Außerhalb des Auftrags angesiedelte Bedingungen oder Merkmale eines Unternehmens (sog. „vergabefremde Aspekte“) sind nicht als Zuschlagskriterien einzustufen, da sie weder auftragsbezogen sind, noch ein taugliches Mittel darstellen, das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ zu ermitteln. Vergabefremde Kriterien sind von (in die Wertung einzubeziehenden) leistungsbeschreibenden Merkmalen, wie beispielsweise dem Erfordernis umweltgerechter Produkte oder umweltfreundlicher Herstellungsweisen zum Ziel der Energieersparnis in einem konkreten Projekt, abzugrenzen¹⁰⁵⁷.

Der Auftraggeber darf die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots lediglich anhand der in den Bekanntmachung oder dem Anschreiben genannten Kriterien durchführen¹⁰⁵⁸. Die Kriterien dürfen nicht erst in der Leistungsbeschreibung genannt werden¹⁰⁵⁹. Es ist ausgeschlossen, dass der Auftraggeber nachträglich von den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien abweicht¹⁰⁶⁰. Die Berücksichtigung von anderen Kriterien als dem Preis ist möglich. Sie müssen aber in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden¹⁰⁶¹ und sich in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht auf das ausgeschriebene Gesamtprojekt des PPP beziehen¹⁰⁶².

Für PPP ergibt sich wegen der finanziellen Rechtfertigung im Sinne des haushaltsrechtlichen Sparsamkeitsgebots mit einiger Wahrscheinlichkeit ein Vorrang des Preis-Kriteriums. Darüber hinaus sollten es abhängig von der einzelnen im Wege des PPP zu vergebenden Leistung quantifizierbare Größen sein, die zu belastbaren Aussagen bei der Rechtfertigung der Wertung führen. Wenn z.B. die technische Innovationsfähigkeit als Kriterium aufgeführt wird, ist zu bedenken, dass sich gleichzeitig gegenüber bewährten Verfahren ein höheres technisches Risiko in Fragen der Funktionsfähigkeit und Langlebigkeit ergibt. Städtebauliche oder

¹⁰⁵⁶ EG-Kommission, Mitteilung KOM (2001) 566 endg., S. 14; Rusam, in: Heiermann/Riedel/Rusam, VOB/A und B, § 25 Rn. 64; Boesen, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 149.

¹⁰⁵⁷ Im Rahmen des EU-Legislativpakets strebte das Parlament eine prinzipielle Berücksichtigung des Umweltschutzes sogar ohne Auftragsbezug (vergabefremdes Kriterium als Zuschlagskriterium) an, während die Kommission zwar ebenfalls ausdrücklich Umwelteigenschaften stärker berücksichtigt wissen will, diese aber als Kriterien bei der Ermittlung der Wirtschaftlichkeit des Einzelangebots versteht. Vgl. Änderungsvorschläge EP v. 17.1.2002, A5/2001/378; KOM (2002) 236 endg., S. 54 bei 2 zu 3b (neu). Nach der zweiten Lesung scheint auch das Europäische Parlament einen Auftragsbezug zu fordern (2000/0115 COD Recital 27).

¹⁰⁵⁸ Vgl. EuGH, NZBau 2001, 693; BGH, NJW 2000, 137; OLG Naumburg, VergabeR 2002, 520. OLG Hamburg, NZBau 2002, 519.

¹⁰⁵⁹ Vgl. OLG Thüringen, VergabeR 2002, 160.

¹⁰⁶⁰ Vgl. BayObLG, NZBau 2003, 105.

¹⁰⁶¹ Vgl. OLG Schleswig, VergabeR 2001, 214.

¹⁰⁶² Vgl. Brinker/Ohler, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 25 Rn. 15.

architektonische Aspekte hinsichtlich des Hochbaus führen aufgrund ihrer subjektiven Qualität zu einem größeren Beurteilungsspielraum des Auftraggebers. Die Gefahr bei einem nicht näher bestimmten Kriterium ist, dass die Angebote im größerem Umfang divergieren können, was ihre Vergleichbarkeit erschweren kann. Dennoch können, um auch bezüglich der architektonischen Gestaltung von der Kreativität und der Innovationsbereitschaft Privater zu profitieren, durchaus gewisse architektonische Anforderungen gestellt und deren kreative und überzeugende Erfüllung zu einem Zuschlagskriterium gemacht werden. Um eine sachgerechte Bewertung der Qualität architektonischer Vorschläge der Bieter zu gewährleisten, bietet sich die Gründung eines Gremiums für die Bewertung dieses Zuschlagskriterium an, das sich z.B. aus Vertretern des Auftraggebers sowie Fachleuten und ggf. politischen Interessenvertretern zusammensetzen könnte. Die Durchführung eines traditionellen, der eigentlichen Vergabe vorgeschalteten Architektenwettbewerbs, dessen Ergebnis zur Grundlage der Leistungsbeschreibung für die spätere Vergabe der Bau- und Betriebsleistungen gemacht wird, erscheint bei PPP-Modellen nicht unproblematisch. Denn gerade die weitgehende Freiheit der Bieter bei Planung und Bau sowie dem sich anschließenden Betrieb der Gebäude, durch die ihnen wirtschaftliche Optimierungspotentiale eröffnet werden, ermöglichen die Erzielung von Effizienzvorteilen in diesen Projekten. Ein vorgeschalteter Architektenwettbewerb ist bei Vergabe eines PPP-Projekts daher nur in Ausnahmefällen denkbar. Letztlich muss der Auftraggeber jedoch im Einzelfall entscheiden, durch welche Verfahrensausgestaltung die architektonische Qualität des Hochbauvorhabens sichergestellt werden kann, d.h. ob ein vorgeschalteter oder von den Bieter durchzuführender Architektenwettbewerb sinnvoll erscheint oder eine Festlegung von architektonischen Qualitätsanforderungen als von einer interdisziplinären Jury zu bewertendes Zuschlagskriterium.

Je nach Fallgestaltung könnten auch Punkte wie Nutzergebühren, Refinanzierungsdauer, Sponsoren des Auftragnehmers oder die Leistungsqualität eine Rolle spielen. Letztlich bleibt die Bestimmung der Kriterien aber dem konkreten Projekt und dem jeweiligen Auftraggeber überlassen.

Auch die Gewichtung der Kriterien sollte vor Beginn des Vergabeverfahrens festgelegt und bekannt gemacht werden¹⁰⁶³. Dadurch wird den Bieter die Erstellung ihrer Angebote erleichtert und gleichzeitig deren Vergleichbarkeit erhöht. Zudem wird durch eine vorherige Bekanntgabe der Gewichtung eine objektive und transparente Zuschlagsentscheidung vorbe-

¹⁰⁶³ Im Rahmen des EU-Legislativpakets wird eine Pflicht der Auftraggeber zur Angabe der genauen Gewichtung bereits in der Bekanntmachung angestrebt, vgl. Art. 53 II RillE, Abl. EG vom 24.6.2003, C 147 E/20; Politische Einigung des Rates v. 21.5.2002, Dok.-Nr. 9270/02. OLG Stuttgart, Beschluss v. 16. September 2002, 2 Verg 12/02 verneinte einen Zwang zur Angabe einer Gewichtung.

reitet, die weniger angreifbar ist als eine auf nachträglichen Gewichtungen beruhende und dadurch eher manipulierbare Entscheidung. Der EuGH hat jedenfalls für den Fall, dass vor der Veröffentlichung bereits eine Entscheidung über die Gewichtung durch die Vergabestelle gefallen ist, eine Bekanntmachungspflicht bejaht¹⁰⁶⁴. Bewährt hat sich eine im Ermessen des Auftraggebers liegende Erstellung eines Punktsystems, in dem die Kriterien und deren relative Gewichtung zueinander festgelegt wird (Bewertungsmatrix)¹⁰⁶⁵. Die Bewertungsmatrix muss die zulässigen und gebotenen Wertungskriterien in ein nach Sachgesichtspunkten sinnvolles Verhältnis zueinander bringen und eine sachbezogene Ausfüllung zulassen¹⁰⁶⁶. Eine sinnvolle Bewertung ergibt sich nicht allein daraus, dass/ob die Darstellung der Einzelbewertungen in den Matrix-Tabellen der Wertungsstufen Punkt für Punkt unwiderleglich ist¹⁰⁶⁷. Vielmehr muss in einer Gesamtbetrachtung klar sein, auf welchen tragenden konkreten Erwägungen eine Wertungsentscheidung innerhalb des Beurteilungsspielraums beruht¹⁰⁶⁸. Der Preis darf jedenfalls nicht bis zur Bedeutungslosigkeit marginalisiert werden¹⁰⁶⁹. Erfüllen alle in die Wertung einbezogenen Angebote die nach den Verdingungsunterlagen maßgebenden Zuschlagskriterien gleichermaßen, so ist dem preiswertesten Gebot der Zuschlag zu erteilen¹⁰⁷⁰.

7.7.5.5 Zulassung von Nebenangeboten

Wenn der Auftraggeber Änderungsvorschläge oder Nebenangebote wünscht oder nicht zulassen will, so hat er das in den Vergabebedingungen anzugeben¹⁰⁷¹. Ebenso ist anzugeben, wenn Nebenangebote ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots ausgeschlossen werden sollen (§ 10 Nr. 5 Abs. 4 Satz 1 VOB/A). Nebenangebote und Änderungsvorschläge, die inhaltlich und von der rechtlichen Behandlung im Grunde nicht divergieren, müssen als solche vom Bieter deutlich gekennzeichnet werden (§ 21 Nr. 3 VOB/A). Sie könnten von der

¹⁰⁶⁴ Vgl. EuGH, EUZW 2003, 147.

¹⁰⁶⁵ Vgl. Noch, in: Müller-Wrede, VOB/A, § 25 Rn. 90; OLG Rostock, NZBau 2000, 479; VK Sachsen, Beschluss v. 13. Mai 2002, 1/SVK/027-02; nur eine Einzelmeinung zur angeblichen Pflicht der Erstellung einer Beurteilungsmatrix vgl. VK Lüneburg, Beschluss v. 13. Juli 2001, 203-VgK-14/2001.

¹⁰⁶⁶ Vgl. OLG Dresden, Beschluss v. 23. Juli 2002, WVerG 7/02.

¹⁰⁶⁷ Vgl. VK Bremen, Beschluss v. 11. November 2002, 810-VK 4/02.

¹⁰⁶⁸ Vgl. OLG Dresden, Beschluss v. 6. Juni 2002, WVerG 4/02.

¹⁰⁶⁹ Vgl. VK Bund, Beschluss v. 12. Dezember 2002, VK 2-92/02; Beachte OLG Düsseldorf, VergR 2002, 267, wonach es keinen Grundsatz gäbe, wonach der Preis mit wenigstens 30% in die Angebotswertung einzufließen habe (gegen OLG Dresden, NZBau 2001, 459).

¹⁰⁷⁰ Vgl. OLG Koblenz, BauR 2001, 1968.

¹⁰⁷¹ Vgl. Kap. 7.7.5.

weiteren Wertung gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A ausgeschlossen werden, falls der Auftraggeber ein Nebenangebot oder einen Änderungsvorschlag als solche nicht erkennt¹⁰⁷².

Für den Auftraggeber bieten Änderungsvorschläge und Nebenangebote die Chance, Kenntnis von anderen, ihm möglicherweise unbekanntem Ausführungsvarianten zu erhalten. Sie dienen dazu, „Schwächen des Staates als Marktteilnehmer“ zu kompensieren¹⁰⁷³. Der Auftraggeber sollte deshalb bestimmen, dass er Nebenangebote wünscht, diese immer zusammen mit dem Hauptangebot abgegeben werden sollen oder die Abgabe von Nebenangeboten ohne gleichzeitige Abgabe eines Hauptangebots möglich ist. Die Abgabe von Nebenangeboten bei einer solchen Vorgehensweise wird besonders für Bieter aus dem Mittelstand in Betracht kommen, die technisch und wirtschaftlich nicht in der Lage sind, die in dem Hauptangebot (z.B. vollständige Erbringung der in einem bestimmten PPP-Modell vorgestellten Leistungen) zu erbringen, andererseits aber ein gleichwertiges alternatives Verfahren (u. U. innerhalb einer Arbeitsgemeinschaft) anbieten könnten¹⁰⁷⁴.

7.7.5.6 Angebotswertung

Die Wertung der Angebote erfolgt gemäß § 25 VOB/A in vier Stufen: Stufe 1 betrifft den zwingenden oder fakultativen Ausschluss von Angeboten aus formalen Gründen, Stufe 2 die Eignungsprüfung der Bieter, Stufe 3 die Wertung der Angebote nach ihrem sachlichen Gehalt und schließlich Stufe 4 die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots.

Ein zwingender Ausschluss von Angeboten aus formalen Gründen nach § 25 Nr. 1 VOB/A ergibt sich u.a., wenn Nebenangebote abgegeben werden, obwohl der Auftraggeber erklärt hat, dass er diese nicht zulässt oder wenn der Bieter Änderungen an den Verdingungsunterlagen vorgenommen hat¹⁰⁷⁵. Angebote können ausgeschlossen werden, wenn sich ein Unternehmen z.B. in einem Insolvenzverfahren befindet (vgl. § 8 Nr. 5 VOB/A) oder falls Änderungsvorschläge oder Nebenangebote nicht auf einer besonderen Anlage gemacht und nach der äußeren Gestaltung deutlich gekennzeichnet wurden¹⁰⁷⁶.

Auf der zweiten Stufe erfolgt nach § 25 Nr. 2 VOB/A die Prüfung der Eignung der Bieter. Das Ergebnis dieser Prüfung ist eine bedeutende Weichenstellung für den weiteren Verlauf der

¹⁰⁷² Vgl. Gröning, NZBau 2003, 86.

¹⁰⁷³ Vgl. Pietzcker, ZHR 1998, 427 (432).

¹⁰⁷⁴ Vgl. Hertwig, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 10 Rn. 22.

¹⁰⁷⁵ Vgl. BGH, NJW 2002, 2558.

¹⁰⁷⁶ Vgl. Kratzenberg, in: Ingenstau/Korbion, VOB/A, § 21 Rn. 27a.

Wertung. Die Vergabestelle ist verpflichtet, die Eignung eines Bieters für ein konkretes Vergabeverfahren anhand der Kriterien Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit vollumfänglich zu überprüfen. Da im Nichtoffenen Verfahren und im Verhandlungsverfahren die Eignungsprüfung bereits im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe erfolgen muss, bleibt im Rahmen der Angebotswertung nach § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A dann nur noch Raum für die Berücksichtigung solcher Umstände, die nach der Angebotsaufforderung zur Angebotsabgabe Zweifel an der Eignung des Bieters begründen¹⁰⁷⁷.

Auf der dritten Wertungsstufe gemäß § 25 Nr. 3 Abs. 1, 2 VOB/A wird überprüft, ob ungewöhnlich niedrige Angebotspreise geboten wurden. Zur Feststellung eines konkreten, außerhalb anerkannter fachlicher Maßstäbe liegenden Missverhältnisses zwischen Preis und Leistung ist grundsätzlich das Angebot mit seinem Gesamtpreis heranzuziehen¹⁰⁷⁸. Ein offenkundiges Missverhältnis zwischen dem Preis und der Leistung ist gegeben, wenn der Angebotspreis nach den Erfahrungs- und Marktwerten so grob von der wettbewerblichen Preisbildung abweicht, dass es sofort ins Auge fällt oder dass es einer genauen Prüfung bedarf¹⁰⁷⁹. Allerdings können Niedrigpreise auch durch den Wettbewerb begründet sein. Ein Bieter ist auszuschließen, wenn er ein Unterkostenangebot abgibt, das andere Mitbewerber vom Markt verdrängen soll und das im konkreten Einzelfall den Bieter selbst in wirtschaftliche Schwierigkeiten bringt, so dass er den Auftrag nicht mehr vertragsgerecht durchführen kann¹⁰⁸⁰.

Die vierte Wertungsstufe betrifft die Wertung im engeren Sinne. Im Rahmen des § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A werden die in die engere Wahl kommenden Angebote verglichen und anhand der bekannt gemachten Kriterien das wirtschaftlichste Angebot festgestellt. Dabei hat die Vergabestelle einen Beurteilungsspielraum. Der Beurteilungsspielraum ist in einem Nachprüfungsverfahren daraufhin überprüfbar, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten wurde, von einem zutreffenden und vollständigen Sachverhalt ausgegangen wurde und sachliche Erwägungen für die Entscheidung verantwortlich waren sowie die Entscheidung sowohl im Rahmen der Gesetze als auch im Rahmen der Beurteilungsermächtigung zutreffend war¹⁰⁸¹.

¹⁰⁷⁷ Vgl. Brinker/Ohler, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 25 Rn. 23.

¹⁰⁷⁸ Vgl. BGH, MDR 1977, 216.

¹⁰⁷⁹ Vgl. OLG Celle, NZBau 2000, 105.

¹⁰⁸⁰ Vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2002, 626.

¹⁰⁸¹ Vgl. BGH, NZBau 2000, 35; OLG Saarbrücken, Beschluss v. 13. November 2002, 5 Verg 1/02; VK Hessen, Beschluss v. 3. Februar 2003, 69 d VK 74/2002.

7.7.5.7 Zuschlag, Vertragsschluss und Informationspflicht nach § 13 VgV

Der Zuschlag gemäß § 28 VOB/A ist die zivilrechtliche Annahme eines vom Bieter abgegebenen Angebotes, die den Regelungen der §§ 145ff. BGB unterliegt und den Zuschlags- und Vertragsgegenstand, die Vertragsparteien und den Vertragspreis enthalten muss¹⁰⁸². Als empfangbedürftige Willenserklärung wird der Zuschlag nach § 130 BGB im Zeitpunkt des Zugangs beim Auftragnehmer wirksam¹⁰⁸³. Der Zuschlag ist nicht formbedürftig und kann deshalb auch durch ein Fax erfolgen, das jedoch aus Beweisgründen durch eine Gegenfax mit Empfangsbestätigung durch den Auftragnehmer beantwortet werden sollte¹⁰⁸⁴.

Die Kenntnis des § 13 VgV und die dort geregelte Vorabinformation ist für (erfolgreiche wie erfolglose) Bieter von großer Bedeutung, denn nach ihr bestimmt sich, ob ein wirksamer Vertrag geschlossen oder bis wann Rechtsschutz gegen rechtswidrige Entscheidungen einer Vergabestelle in Anspruch genommen werden kann¹⁰⁸⁵. Der Auftraggeber wiederum hat der Vorschrift wegen der Nichtigkeitsfolge einer fehlenden Information (§ 13 Satz 6 VgV) genaue Beachtung zu schenken. Die Pflicht zur Vorabinformation nach § 13 VgV geht auf eine Entscheidung des EuGH¹⁰⁸⁶ und der VK Bund¹⁰⁸⁷ zurück. Der Auftraggeber wird durch die Vorabinformation nach § 13 VgV verpflichtet, seine Entscheidung über die Annahme eines bestimmten Angebots als Zuschlagabsicht den nicht berücksichtigten Bietern mitzuteilen und eine Frist verstreichen zu lassen, bis der Zuschlag bzw. der Vertragsschluss erfolgt, um den informierten erfolglosen Bietern die Chance für ein Nachprüfungsverfahren zu lassen¹⁰⁸⁸.

Für den Erhalt der Vorabinformation muss der Bieter im Gegensatz zur Information nach dem erfolgtem Zuschlag (§§ 27, 27a VOL/A) keinen Antrag stellen¹⁰⁸⁹. Nach § 13 VgV ist der nicht berücksichtigte „Bieter“ Adressat der Vorabinformation. Bieter ist derjenige Unternehmer, der ein Angebot abgibt¹⁰⁹⁰. Um einen umfassenden Primärrechtsschutz zu gewähren, unterfallen auch die Teilnehmer an einem Verhandlungsverfahren dem Schutzbereich des

¹⁰⁸² Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 14 März 2001, Verg 30/00; Kuß, VOB/A, § 28 Rn. 2; ein Zuschlag unter Vorbehalt (z.B. einer verbindlichen Finanzierungszusage der vom Bieterkonsortium angegebenen Bank) ist wohl nicht möglich.

¹⁰⁸³ Vgl. VK Sachsen, Beschluss v. 26. Juli 2001, 1/SVK/73-01.

¹⁰⁸⁴ Vgl. OLG Thüringen, NZBau 2002, 526.

¹⁰⁸⁵ Vgl. Prieß, Der Syndikus, Heft März/April 2002, 56.

¹⁰⁸⁶ Vgl. EuGH, NJW 2000, 569.

¹⁰⁸⁷ Vgl. VK Bund, NJW 2000, 151.

¹⁰⁸⁸ Vgl. Marx, in: Müller-Wrede, VOL/A, §§ 13, 14 VgV Rn. 3.

¹⁰⁸⁹ Vgl. VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 30. August 2002, 1 VK 41/02.

¹⁰⁹⁰ Vgl. VK Sachsen, Beschluss v. 2. August 2001, 1-SVK/70/01.

§ 13 VgV, d.h. auch derjenige Bieter ist vorab zu informieren, der am Verfahren hätte beteiligt werden müssen¹⁰⁹¹.

Der Auftraggeber muss die Information in Textform spätestens 14 Kalendertage vor dem Vertragsschluss absenden (§ 13 Satz 2 VgV). Nach § 13 Satz 3, 4 VgV beginnt die Frist am Tage nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber. Auf den Tag des Zugangs der Information beim Bieter kommt es nicht an. Die Fristberechnung erfolgt nach dem § 187ff. BGB. Die Absendung der Information ist der Ereignistag i.S.d. § 187 Abs. 1 BGB und Beginn der 14-tägigen Frist. Fristende ist nach § 188 Abs. 1 BGB der Ablauf des letzten Tages der Frist um 24 Uhr. § 193 BGB, wonach bei fristgebundenen Willenserklärungen anstelle eines Sonnabends, Sonn- oder anerkannten Feiertages als Ende der Frist der nächst Werktag gilt, findet keine Anwendung. Die Vorabinformation ist keine Willenerklärung, denn die Information ist nicht darauf gerichtet, zwischen Vergabestelle und erfolglosen Bietern ein Rechtsverhältnis zu begründen, inhaltlich zu ändern oder zu beenden¹⁰⁹².

Die Information soll seit der Neufassung des § 13 Satz 2 VgV statt in Schrift- in Textform erfolgen. Die Anforderungen an die Textform ergeben sich aus § 126b BGB. Damit kann die Vorabinformation auch per Fax übermittelt werden.

Inhaltlich hat die Information den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll, zu enthalten. Außerdem ist jeweils individuell gegenüber dem nichtberücksichtigten Bieter anzugeben, warum der Zuschlag nicht an ihn erfolgen soll. Dafür ist ein Standardtext ausreichend, der eine für den jeweiligen Einzelfall tragende Begründung enthalten sollte¹⁰⁹³. Übertriebene Anforderungen an die Informationspflicht sind nicht zu stellen¹⁰⁹⁴. Als ausreichende Information wird eine kurze, verständliche und präzise Benennung dafür erachtet, weshalb das Angebot des zu informierenden Bieters erfolglos geblieben ist¹⁰⁹⁵. Die Grenze für den Umfang der Information ist die Geheimhaltungspflicht gegenüber den Mitbewerbern¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹¹ Vgl. OLG Dresden, VergabeR 2002, 142.

¹⁰⁹² Vgl. Gesterkamp, NZBau 2002, 481 (482).

¹⁰⁹³ Vgl. Antweiler, DB 2001, 1975.

¹⁰⁹⁴ Vgl. OLG Düsseldorf, VergabeR 2001, 429.

¹⁰⁹⁵ Vgl. BayObLG, NZBau, 2003, 105.

¹⁰⁹⁶ Vgl. Erdl, VergabeR 2001, 10 (18).

Hält ein Bieter die erteilte Information für nicht ausreichend, so muss er dies unverzüglich gemäß § 107 Abs. 3 GWB rügen¹⁰⁹⁷. Die strenge Folge der Nichtigkeit gilt nach überwiegender Ansicht nicht für eine unzureichende Information, die jedenfalls den Grund der Ablehnung enthält und ohne weiteres ergänzt werden kann; das Ziel einer ausreichenden Begründung der Ablehnung für den Antragsteller bliebe gewahrt und vor einem Rechtsverlust würde er zudem durch das Zuschlagsverbot des § 115 Abs. 1 GWB geschützt¹⁰⁹⁸. Die Nichtigkeitsfolge kann nur von demjenigen geltend gemacht werden, der zum Adressatenkreis der in § 13 VgV begründeten Informationspflicht gehört; im Übrigen ist ein allein auf den Verstoß gegen § 13 VgV gestütztes Nachprüfungsverfahren nicht zulässig¹⁰⁹⁹.

7.8 Zulässigkeit von Parallelausschreibungen

Die Zulässigkeit und sachliche Rechtfertigung von Parallelausschreibungen oder Doppelausschreibungen ist in der Rechtsprechung bisher nicht eindeutig beantwortet worden¹¹⁰⁰. Eine eindeutige gesetzgeberische Klarstellung zu diesem Fragenkomplex wäre wünschenswert, um für zukünftige PPP-Projekte Rechtssicherheit bezüglich der zulässigen Ausschreibungsformen zu schaffen.

Der Begriff der „Parallelausschreibung“ wird in Literatur und Rechtsprechung auf verschiedene Konstellationen angewandt. Die Ausschreibung einer Bauleistung nach VOB/A und derselben Bauleistung mit Finanzierung nach VOL/A in einem anderen Verfahren wird ebenso als Parallelausschreibung bezeichnet wie das sog. ABC-Modell, d.h. die Ausschreibung von Bau, Finanzierung und Betreibermodell als drei Lose eines einheitlichen Vergabeverfahrens, oder eine Ausschreibung mit dem Vorbehalt der losweisen Vergabe. Zunächst sollte zwischen sogenannten Parallelausschreibungen und Doppelausschreibungen unterschieden werden. Parallelausschreibungen werden im Schrifttum und in der Entscheidungspraxis üblicherweise als gleichzeitige Ausschreibung unterschiedlicher Leistungen, z.B. einer Bau- und einer Dienstleistung, in getrennten Vergabeverfahren nach VOL/A und VOB/A bezeichnet. Dagegen sind sogenannte Doppelausschreibungen Verfahren, in denen in ein und demselben Vergabeverfahren alternative Varianten für ein bestimmtes Vorhaben, also z.B.

¹⁰⁹⁷ Vgl. Putzier, DÖV 2002, 520.

¹⁰⁹⁸ Vgl. VK Münster, Beschluss v. 14. November 2002, VK 16/02; OLG Koblenz NZBau 2002, 526.

¹⁰⁹⁹ Vgl. OLG Dresden, NZBau 2002, 351.

¹¹⁰⁰ Zu diesem Schluss kommt auch VK Thüringen, Beschluss vom 20.3.2001, 216-4003.20-001/01-SHL-S; vgl. Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Vergaberecht, § 99 Rn. 109 ff.

als eine Variante der Bau, als eine weitere Variante der Bau und die private Finanzierung eines bestimmten Projektes ausgeschrieben werden.

In den Bundesländern divergiert die Praxis der „Parallelausschreibungen“. In Thüringen sind seit 1993 mehrere Vorhaben nach dem „ABC-Modell“ ausgeschrieben worden. In Baden-Württemberg sind seit 1996 ebenfalls mehrere ABC-Verfahren durchgeführt worden. Das Baden-Württembergische Finanzministerium ist der Auffassung, dass sich die ABC-Ausschreibung zur Ermittlung der wirtschaftlichsten Realisierungsform bewährt habe. Daher sei nach Angaben des Finanzministeriums beabsichtigt, auch in Zukunft bei geeigneten größeren Bauprojekten Parallelausschreibungen durchzuführen¹¹⁰¹. In Bayern wird den Kommunen lediglich zu einer Parallelausschreibung in dem Grundmodell Los- und Gesamtvergabe geraten¹¹⁰². In Niedersachsen soll zwar grundsätzlich nach Teillosen ausgeschrieben werden; die Zulassung von Gesamtangeboten als Summe aller Fachlose kann aber in den Verdingungsunterlagen vorgesehen werden¹¹⁰³. In Nordrhein-Westfalen wird in geeigneten Fällen (d.h. v.a. großen Neubauvorhaben) eine alternative Ausschreibung von schlüsselfertigem Bauen zum Pauschalpreis und Realisierung durch einen privaten Investor im Wege des Mietkaufs, Leasing o.ä. als sinnvolle Vorgehensweise vorgeschlagen¹¹⁰⁴. In Rheinland-Pfalz soll nach einer Phase der parallelen Ausschreibung von Einzelgewerken, Generalunternehmerangeboten und Leasingangeboten in Zukunft regelmäßig nach Einzelgewerken ausgeschrieben und auf einen Vergleich mit einem Leasingverfahren verzichtet werden¹¹⁰⁵.

Bei der Diskussion über die Zulässigkeit von Parallel- und Doppelausschreibungen ist zu berücksichtigen, dass die öffentliche Hand häufig nicht über Mittel und Möglichkeiten verfügt, die Wirtschaftlichkeit verschiedener technischer oder wirtschaftlicher Alternativen für Bauvorhaben zu evaluieren. Diese Defizite der öffentlichen Verwaltung dürfen nicht als unüberwindliches Investitionshindernis wirken. Gleichzeitig darf die Kompensation solcher Mängel allerdings auch nicht dazu führen, dass Vergabeverfahren willkürlich entschieden werden

¹¹⁰¹ Vgl. Rechnungshof Baden-Württemberg, Denkschrift des Jahres 2000, Beitrag Nr. 13, Alternative Ausschreibungs- und Finanzierungsmodelle für Hochbaumaßnahmen, S. 4.

¹¹⁰² Vgl. Besondere Formen der Zusammenarbeit mit Privaten bei der Erfüllung kommunaler Aufgaben, Gemeinsame Bekanntmachung der Bayerischen Staatministerien des Innern, der Finanzen und für Landesentwicklung und für Umweltfragen vom 20.3.2001, AllMBI. Nr. 4/2001, S. 148, Ziff. 5.4.1 Absatz 3 (S. 153).

¹¹⁰³ Vgl. Runderlass des Nds. Ministerium für Wirtschaft und Verkehr v. 15.11.1996 („Schlüsselfertiges Bauen“), Ministerialblatt 1996, S. 1904.

¹¹⁰⁴ Bekanntmachung der baupolitischen Ziele des Landes NRW, Rd.Erl. d. Ministeriums für Städtebau und Wohnen, Kultur und Sport v. 19.10.2002, Ministerialblatt NRW, Nr. 57 v. 8.11.2002.

¹¹⁰⁵ Rechnungshof Rheinland-Pfalz, Jahresbericht 2000, S. 125.

können, ein echter Wettbewerb nicht gewährleistet ist und den Bietern hohe Angebots- und Planungskosten aufgebürdet werden, die der Verwaltung nutzen, aber in keiner Weise vergütet werden.

Parallele Ausschreibung nach VOB/A und VOL/A in zwei getrennten Verfahren

Der Vergabeüberwachungsausschuss des Bundes hat in einer älteren Entscheidung die parallele Ausschreibung des Baus (in einem Verfahren nach VOB/A) und des Baus und Betriebs (in einem Verfahren nach VOL/A) eines Kraftwerks für zulässig erachtet, da im konkreten Fall das berechtigte Interesse der Bieter im Hinblick auf einen zumutbaren Angebotsaufwand gewahrt worden sei¹¹⁰⁶. Allerdings begegnen in der gegenwärtigen Rechtsprechung Parallelausschreibungen, d.h. mehrere parallele Vergabeverfahren über denselben Auftragsgegenstand, aus vergaberechtlicher Sicht erheblichen Bedenken. Die VK Thüringen erklärte eine parallele Ausschreibung des Baus einer Abfallbehandlungsanlage (VOB/A) und der Abfallentsorgung in bestehenden oder zu errichtenden Anlagen (VOL/A) in getrennten Verfahren für unzulässig¹¹⁰⁷. Aufgrund der unterschiedlichen Ansätze der beiden Verdingungsordnungen bestehe nicht die erforderliche Transparenz der Verfahren für die Bieter. Die Durchführung zweier getrennter Ausschreibungen bei nur einem zu vergebenden Auftrag setze notwendig die Aufhebung eines der beiden Verfahren voraus – dies sei jedoch nicht durch § 26 VOB/A bzw. VOL/A gedeckt. Im Übrigen stelle eine solche Ausschreibung eine unzulässige Verlagerung der zwingend vor Beginn des Vergabeverfahrens durchzuführenden Markterkundung und Wirtschaftlichkeitsbetrachtung in das Vergabeverfahren dar (§ 16 VOB/A bzw. VOL/A).

Getrennte Vergabeverfahren führen dazu, dass sich Bieter im Vertrauen darauf, dass ihre Angebote eine Chance auf den Zuschlag haben, in Aufwendungen für die Angebotsbearbeitung stürzen, die Ausschreibung jedoch dann aufgrund rechtlich nicht nachprüfbarer Kriterien, die letztlich aus einer anderen Ausschreibung herrühren, aufgehoben wird und die Angebote damit ins Leere laufen. Zugleich ist bei solchen Parallelausschreibungen nicht sichergestellt, dass die Auswahl zwischen den parallel ausgeschriebenen Realisierungsmodellen in nichtdiskriminierender und wettbewerblicher Art und Weise erfolgt. Aufgrund dieser Argumente und in Anbetracht des Anfechtungsrisikos nach der Entscheidung der VK Thüringen sollten Ausschreibungen nach VOB/A und VOL/A in getrennten Vergabeverfahren vermieden werden.

¹¹⁰⁶ VÜA Bund, Beschluss vom 14.04.1997 - 1 VÜ 24/96, 25/96 und 27/96.

¹¹⁰⁷ Beschluss vom 20.03.2001 (Az. 216-4003.20-001/01-SHL-S); ähnlich OLG Düsseldorf, VergR 2001, 234.

Ausschreibung sich überschneidender Lose in einem Verfahren

Die nach den bisherigen europaweiten Erfahrungen mit der Ausschreibung von PPP im Hochbau am häufigsten gewählten Varianten sind jedoch nicht Ausschreibungen verschiedener Leistungen in getrennten Verfahren, sondern parallele Ausschreibungen in einem Verfahren (nach ABC-Modell oder C-Verfahren). Auftraggeber schätzten in der Vergangenheit insbesondere das ABC-Verfahren zur Ermittlung der Wirtschaftlichkeit von PPP-Projekten im Vergleich zu Modellen der konventionellen Vergabe der Leistungen. Eine „Doppelausschreibung“ nach dem „ABC-Modell“ (dem sogenannten Thüringer Modell) besteht aus mindestens den Teilen A (Bauleistung als Generalunternehmerangebot), B (Finanzierung) und C (Bau und Finanzierung aus einer Hand, sog. Investorenmodell). Bei Teil C handelt es sich um einen privat finanzierten und realisierten Bau, der unter Einräumung von Erwerbsoptionen langfristig an die öffentliche Hand zur Nutzung überlassen wird. Ist zusätzlich der Betrieb zu vergeben, muss dieser gesondert und zusätzlich als Element einer Einzel- und Gesamtleistung ausgewiesen werden (ABCD)¹¹⁰⁸. Wegen der Überschneidung der Lose ist der Begriff „Doppelausschreibung“ für dieses Modell treffender als der häufig verwendete Begriff der Parallelausschreibung¹¹⁰⁹.

Bei einer „Doppelausschreibung“ bestehen die für eine „Parallelausschreibung“ ausgeführten Risiken nicht in der gleichen Weise. Zwar werden auch hier tatsächlich häufig Planungs- und Vorbereitungsmängel für ein Vorhaben zunächst auf Kosten der Bieter kompensiert. Aber es besteht zumindest die Möglichkeit, die Angebote zu den sich überschneidenden Varianten nach wettbewerblichen und nicht diskriminierenden Kriterien zu vergleichen und zu bewerten. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass der Auftraggeber diese Kriterien im Vorhinein festlegt und auch verlässlich und nachvollziehbar in den Vergabeunterlagen bzw. in der Bekanntmachung veröffentlicht.

Von der Rechtsprechung wird die Durchführung einer Doppelausschreibung dann nicht von vornherein als unzulässig angesehen, wenn die berechtigten Interessen der Bieter im Hinblick auf einen zumutbaren Arbeitsaufwand gewahrt werden¹¹¹⁰, das Verfahren für die

¹¹⁰⁸ Eschenbruch, Beilage zu BB 2000, 8 (19).

¹¹⁰⁹ Vgl. Prieß, VergabeR 2001, 392, 400, Anm. zu KG, Beschluss vom 22.8.2001.

¹¹¹⁰ Dies kann möglicherweise durch eine Klarstellung in den Verdingungsunterlagen erfolgen, dass Bietern für Lose, auf die kein Zuschlag erteilt wird, die Angebotserstellungskosten erstattet werden, vgl. Prieß, VergabeR 2001, 392 (400), Anm. zu KG, Beschluss vom 22.8.2001; so wohl auch VUA Bund, Beschluss vom 14.4.1997, 1 VÜ 24/96 –27/96, in: Fischer/Noch, Entscheidungspraxis europäisches Vergaberecht, III, 33, S. 8.

Beteiligten hinreichend transparent ist¹¹¹¹ und sichergestellt ist, dass die wirtschaftlichste Verfahrensweise zum Zug kommt¹¹¹². Da die Rechtsprechung bereits mehrfach darauf hingewiesen hat, dass durch derartige Verfahren den Bieter kein ungebührlicher Angebotsaufwand auferlegt werden darf¹¹¹³, sollte (zumindest) eine eindeutige Kompensationsregelung vorgesehen werden, die den Unternehmen eine Erstattung der zur Kompensation von Planungs- und Vorbereitungsdefiziten der öffentlichen Hand aufgewendeten Angebotskosten garantiert.

Im Gegensatz zur bereits dargestellten Entscheidung der VK Thüringen hat das Kammergericht eine dort als Parallelausschreibung bezeichnete, aber dem herkömmlichen Begriff der Doppelausschreibung entsprechende Ausschreibung sich überschneidender Lose für zulässig gehalten¹¹¹⁴. Voraussetzung für eine zulässige ABC-Ausschreibung ist nach dem Urteil des KG, dass eine Vergabe einzelner Lose nicht von vornherein nicht beabsichtigt oder gar nicht möglich ist, weil z.B. die Eigenfinanzierung des Baus vom öffentlichen Auftraggeber nicht geleistet werden kann (§ 16 Nr. 2 VOB/A). Das OLG Celle wies in seiner Entscheidung vom 8.11.2001¹¹¹⁵ zudem nochmals ausdrücklich darauf hin, dass eine Parallelausschreibung in der Form der Abfrage mehrerer Einzellöse (auf die als Nebenangebot grundsätzlich auch ein Gesamtangebot erfolgen könnte) dann unzulässig sei, wenn die Vergleichbarkeit der Angebotsvarianten und die Transparenz der Bewertungskriterien nicht gegeben ist¹¹¹⁶. Fehlende Vergleichbarkeit eröffnet Manipulationsmöglichkeiten, weshalb zugleich das Gleichbehandlungsgebot des § 97 Abs. 2 GWB verletzt sein kann¹¹¹⁷.

Die Rechtsprechung scheint somit – bei aller Uneinheitlichkeit – davon auszugehen, dass Doppelausschreibungen zwar nicht grundsätzlich unzulässig sind, aber gewisse Mindestkriterien, namentlich der Transparenz, der Zumutbarkeit des Angebotsaufwands für die Bieter und der Herstellung und Überprüfbarkeit der Vergleichbarkeit der Angebote durch Offenlegung der Wertungskriterien erfüllen müssen. Denn Doppelausschreibungen dürfen nicht

¹¹¹¹ Z.B. durch Offenlegung der Wertung der einzelnen Alternativen und deren Verknüpfung.

¹¹¹² KG, Beschluss vom 22.8.2001, KartVerg 3/01; OLG Celle, Beschluss vom 8.11.2001, 13 Verg 9/01; VÜA Bund, 1 VÜ 24/96.

¹¹¹³ Vgl. bereits VÜA Bund, Beschluss vom 14.04.1997 - 1 VÜ 24/96, 25/96 und 27/96; OLG Schleswig, NZBau 2000, 207

¹¹¹⁴ Beschluss vom 22.08.2001, KartVerg 3/01.

¹¹¹⁵ 13 Verg 9/01.

¹¹¹⁶ Vgl. OLG Celle, VergabeR 2002, 154 ff; eine Steigerung der Vergleichbarkeit und Transparenz kann u.U. durch die Verpflichtung der Bieter zur Offenlegung ihrer Kalkulationsgrundlagen für die einzelnen Leistungsbestandteile auch bei Abgabe eines Gesamtangebots erreicht werden.

¹¹¹⁷ Vgl. Kaiser, NZBau 2002, 553 (554).

dazu dienen, eine unzureichende Verfahrensvorbereitung durch den Auftraggeber auszugleichen¹¹¹⁸: Markterkundungsverfahren oder Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen müssen (schon nach zwingendem Haushaltsrecht) der Ausschreibung der (Bau-)Maßnahme vorausgehen. Angesichts der uneinheitlichen Rechtsprechung verbleibt für Ausschreibungen mehrerer sich überschneidender Lose in einem Vergabeverfahren ein Anfechtungsrisiko.

Unabhängig von der (umstrittenen) vergaberechtlichen Zulässigkeit von Parallelausschreibungen stellt sich die Frage, ob eine ABCD-Ausschreibung bei PPP-Modellen in der Praxis überhaupt als sinnvolle Vorgehensweise erscheint. Ein solches Verfahren bedeutet einen hohen Aufwand für die Bieter und bereitet erhebliche Probleme bei der Vergleichbarkeit der Angebote – aus diesen Gründen hat die Bereitschaft von Bietern, sich an solchen Verfahren zu beteiligen, in den letzten Jahren deutlich abgenommen.

Bei komplexen PPP-Projekten, die naturgemäß verschiedene Leistungen enthalten, die untrennbar miteinander verbunden sind, erscheint u.U. eine Ausschreibung lediglich als Gesamtangebot sinnvoller. Vorteil einer solchen Ausschreibung ist, dass bei einem Wettbewerb der Gesamtlösungen die Anbieter bereits bei der Angebotserstellung ihr spezifisches Know-how in eine ganzheitliche Lösung einbringen, Schnittstellen definieren und Risiken einschätzen können. Einer solchen Gesamtvergabe muss ein grundsätzlicher Beschaffungsvariantenvergleich voraus gehen, in dem eine sorgfältig kalkulierte konventionelle Beschaffungsvariante einer ebenso sorgfältig geschätzten PPP-Beschaffungsvariante gegenübergestellt wird. Nur wenn die PPP-Variante auf belastbarer Grundlage wirtschaftlicher erscheint, wird diese bekannt gemacht und in den Wettbewerb gegeben. Durch diesen vorgeschalteten Vergleich, der ergänzt wird durch den dauernden Vergleich der eingehenden Angebote mit der zuvor definierten PPP-Beschaffungsvariante bzw. der konventionellen Beschaffungsvariante, kann eine genauere Wirtschaftlichkeitsanalyse bei geringerem Aufwand für die Bieter erfolgen als mit einer Parallelausschreibung nach dem Thüringer Modell. Voraussetzung für einen sinnvollen Vergleich wäre allerdings die Verpflichtung der Bieter zur Offenlegung der für die einzelnen Leistungsteile (Planung, Bau, Finanzierung, Betrieb) angesetzten Preise.

Im Rahmen einer solchen Gesamtausschreibung erscheint eine parallele Ausschreibung einzelner definierter PPP-Modelle (PPP-Erwerbermodell, PPP-FMLeasingmodell, etc.) nicht notwendig oder sinnvoll. Die Flexibilität einer konzeptoffenen Leistungsbeschreibung sollte dazu genutzt werden, innovative Gesamtangebote (mit unterschiedlichen Finanzierungsvarianten, Risikoverteilungen und Betreiberregelungen) einzuholen. Dabei ist allerdings auf die

¹¹¹⁸ Vgl. VK Thüringen, Beschluss v. 20.3.2001, 216-4003.20-001/01-SHL-S; Portz, in: Ingenstau/Korbion, VOB/A, § 16 Rn. 9; Sterner, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 16 Rn. 27.

Vergleichbarkeit anhand vorher festgelegter Kriterien und ermittelter Vergleichskosten zu achten.

7.9 Behandlung von Konsortien

Konsortien sind vorübergehende Vereinigungen von Unternehmen. Im Rahmen der komplexen PPP-Modelle für den Hochbau, die in diesem Gutachten betrachtet werden, ist die Bildung von Konsortien nahezu unumgänglich, da kein Einzelunternehmen sämtliche vom Auftragnehmer geforderten Leistungen (Planung, Bau, Finanzierung, Betrieb, sonstige Dienstleistungen) erbringen können wird¹¹¹⁹. In einem Konsortium kann sowohl fachliches als auch finanzielles Potential gebündelt werden.

Im Vergaberecht werden Konsortien in der Regel mit dem Begriff der Bietergemeinschaft gleichgesetzt. Die Bietergemeinschaft ist eine Mehrzahl von Unternehmen, die gemeinschaftlich ein Angebot mit dem Ziel abgibt, einen bestimmten Auftrag zu erhalten¹¹²⁰. Die regelmäßig als GbR¹¹²¹ konstituierte Bietergemeinschaft wandelt sich im Falle der Auftragserteilung in eine Arbeitsgemeinschaft (ARGE) um, deren Ziel die gemeinsame Ausführung des erhaltenen Auftrags ist¹¹²². Bietergemeinschaften sind grundsätzlich Einzelbieter gleichzusetzen, wenn sie die Arbeiten im eigenen Betrieb oder in den Betrieben der Mitglieder ausführen (§ 25 Nr. 6 VOB/A). Sie müssen eines ihrer Mitglieder als bevollmächtigten Vertreter für den Abschluss und die Durchführung des Vertrags, spätestens bis zur Zuschlagserteilung, bezeichnen (§ 21 Nr. 5 Abs. 1 VOB/A)¹¹²³. Einzelne Mitglieder haben keine eigene Antragsbefugnis in einem Nachprüfungsverfahren, denn nur die Bietergemeinschaft als solche nimmt am Vergabeverfahren teil¹¹²⁴.

Die in einer solchen Gemeinschaft zusammengefassten technischen und wirtschaftlichen Kapazitäten sind bei der Beurteilung der Geeignetheit der Bietergemeinschaft als Gesamt-

¹¹¹⁹ Eine andere Möglichkeit ist die Gründung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens, das die einzelnen Leistungen untervergibt.

¹¹²⁰ Vgl. VK Lüneburg, Beschluss v. 14. Januar 2002, 203-VgK-22/2001.

¹¹²¹ Vgl. Prieß, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 21, Rn. 16; Lotz, ZfBR 1996, 233 (237); Korbion, in: Ingenstau/Korbion, VOB/A, Anhang 1, Rn. 115a.

¹¹²² Vgl. VK Südbayern, Beschluss v. 11.07.2001, 21-06/01; die kartellrechtliche Behandlung der Bietergemeinschaft kann an dieser Stelle nicht näher beleuchtet werden, vgl. hierzu u.a. OLG Celle, Beschluss v. 23. März 2000, 13 Verg 1/00; OLG Naumburg, WuW/E Verg 493 (495 f.).

¹¹²³ Erklärungen des bevollmächtigten Geschäftsführers gelten für alle Mitglieder der Bietergemeinschaft, wenn dies aus der Sicht eines verständigen Empfängers nur so verstanden werden konnte, OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.4.2003, Verg 9/03.

¹¹²⁴ Vgl. OLG Saarbrücken, Beschluss v. 13. November 2002, 5 Verg 1/02.

heit, d.h. addiert, zu berücksichtigen¹¹²⁵. Falls die Bietergemeinschaft tatsächlich eine GbR ist muss jedoch - wegen der gesamtschuldnerischen Haftung eines jeden BGB-Gesellschafters in vollem Umfang für alle eingegangenen Verpflichtungen und Verbindlichkeiten¹¹²⁶ - bei jedem einzelnen Unternehmen die volle Zuverlässigkeit gegeben sein¹¹²⁷. Umgekehrt muss sich die Bietergemeinschaft das Verhalten aller beteiligten Unternehmen zurechnen lassen, so z.B. die Abgabe einer falschen Erklärung über die Fachkunde, Leistungsfähigkeit¹¹²⁸.

Aus vergaberechtlicher Sicht treten bei Bietergemeinschaften besonders dann Probleme auf, wenn sich verschiedene Unternehmen erst nach Beginn des Vergabeverfahrens zu Bietergemeinschaften zusammenschließen oder aber bestehende Bietergemeinschaften auseinanderbrechen. Insbesondere letzteres ist bei großen Bietergemeinschaften, wie sie für die komplexen PPP-Modelle i.S. dieses Gutachten erforderlich sein werden, nicht unüblich. Weder die europäischen Vergaberichtlinien noch die Verdingungsordnungen enthalten hierüber Regelungen. Der EuGH hat kürzlich entschieden, dass mangels entsprechender Regelung auf europäischer Ebene das Gemeinschaftsrecht einem nationalen Verbot der nachträglichen Bildung von Bietergemeinschaften jedenfalls nicht entgegen steht¹¹²⁹. 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 kann¹¹³⁰.

Nach bisher überwiegender Ansicht in Deutschland sind nachträglich entstehende oder sich verändernde Bietergemeinschaften und deren Vereinbarkeit mit dem Vergaberecht im einzelnen Fall danach zu beurteilen, ob die Grundsätze der Gleichbehandlung, des Wettbewerbs sowie der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit beachtet wurden¹¹³¹. Bei Vergabeverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb wurde entschieden, 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 sind¹¹³². Ansonsten müsste eine neuerliche Überprüfung der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit stattfin-

¹¹²⁵ Vgl. Ax/Schneider/Nette, Handbuch Vergaberecht, Kap. 14 Rn. 15.

¹¹²⁶ Vgl. Korbion, in: Ingenstau/Korbion, VOB/A, Anhang 1 Rn. 49.

¹¹²⁷ VK Niedersachsen, Beschluss v. 12.3.2001, Vgk 1/2001.

¹¹²⁸ VK Arnsberg, Beschluss v. 22.10.2001, VK 1-13/2001.

¹¹²⁹ Vgl. EuGH, VergabeR 2003, 155.

¹¹³⁰ So aber Krist, VergabeR 2003, 162.

¹¹³¹ Vgl. VÜA Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 6. Dezember 1995, VÜ 3/95; Brinker/Ohler, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 25 Rn. 148 ff.

¹¹³² Vgl. VK Brandenburg, Beschluss v. 18.7.2001, 1 VK 55/01.

den, was den Sinn des Teilnahmewettbewerbs aushöhlen würde¹¹³³. Zudem könnte eine weitere Eignungsprüfung außerhalb des Teilnahmewettbewerbs eine Ungleichbehandlung gegenüber anderen Bietern darstellen. Man könnte jedoch argumentieren, dass zumindest in Fällen einer nachträglichen Änderung der Zusammensetzung der Bietergemeinschaft, in denen die Bietergemeinschaft auch in ihrer neuen Form die Eignungskriterien erfüllte, eine Überprüfung anhand der Eignungsnachweise auch nach Durchführung des Teilnahmewettbewerbs noch erfolgen könnte und ein Ausschluss der Bietergemeinschaft ohne Berücksichtigung ihrer Eignung nach Änderung ihrer Zusammensetzung formalistisch wäre¹¹³⁴. In der Praxis wird ein solches Vorgehen bereits genutzt und die Aufnahme weiterer Bieter in ein bereits präqualifiziertes Konsortium dann zugelassen, wenn eine mindestens gleich gute Eignung der verändert zusammengesetzten Bewerbungsgemeinschaft nachgewiesen wird¹¹³⁵. Von der Rechtsprechung ist diese Auffassung allerdings bisher soweit ersichtlich nicht *expressis verbis* vertreten worden.

Letztlich kommt es auf den Einzelfall an, ob ein nachträglicher Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft mit den Grundsätzen des Vergaberechts nach Abgabe des Angebots vereinbar ist¹¹³⁶. Eine Klarstellung dahingehend, dass auch nach einem Teilnahmewettbewerb noch Änderungen in der Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft erfolgen können, sofern auch bezüglich der neu zusammengesetzten Bietergemeinschaft die Eignung zu bejahen wäre (anhand der geforderten Eignungsnachweise) und Wettbewerbs- und Nichtdiskriminierungsgrundsatz nicht verletzt werden, wäre wünschenswert.

Von Bedeutung kann im Zusammenhang mit Bietergemeinschaften auch die Frage sein, unter welchen Umständen deren Umwandlung in eine Projektgesellschaft nach Erhalt des Zuschlags vergaberechtlich zulässig ist. In der Regel bewerben sich bei komplexen Ausschreibungen mit großen Auftragsvolumina und Integration verschiedener Leistungsbestandteile (wie den vorliegend betrachteten PPP-Projekten) mehrere Bieter als Bietergemeinschaft in der Form einer GbR und gründen dann nach Erhalt des Zuschlags eine Projektgesellschaft zur Durchführung des Auftrags. Soll der mit Zuschlag auf ein Angebot mit der betreffenden Bietergemeinschaft geschlossene Vertrag nach Gründung der Projektge-

¹¹³³ Vgl. Malotki, BauR 1997, 564 (566).

¹¹³⁴ Vgl. Arrowsmith, Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict?, in: CMLR Vol 37 No. 3, 2000, 709-737.

¹¹³⁵ Vgl. VK Bund, Beschluss v. 25.7.2001, VK 2-20/01, in dem die materielle Zulässigkeit dieser Vorgehensweise jedoch wegen Präklusion des entsprechenden Vorbringens der Ast. durch verspätete Rüge nicht geklärt wurde.

¹¹³⁶ Vgl. VK Brandenburg, Beschluss v. 1. Februar 2002, 2 VK 119/01.

sellschaft auf diese übergehen, so sollte dies im Vertrag bereits vorgesehen werden¹¹³⁷. Mit einem Wechsel der Gesellschaftsform gehen erhebliche Veränderungen der Haftungsstruktur einher. Um abzusichern, dass die spätere Vertragspartnerin „Projektgesellschaft“ in gleicher Weise wie die den Zuschlag erhaltende Bietergemeinschaft den vergaberechtlichen Anforderungen an die Eignung entspricht, sollten detaillierte Anforderungen an die Rechtsform, Mitglieder und Struktur der Projektgesellschaft gestellt werden¹¹³⁸. U.U. kann es sinnvoll sein, auch eine Verpflichtung der Bieter(-gemeinschaft) zur Absicherung der finanziellen Leistungsfähigkeit der (in der Regel nur beschränkt haftenden) Projektgesellschaft aufzunehmen¹¹³⁹. In den Verdingungsunterlagen kann (je nach den Umständen des Einzelfalls) festgelegt werden, in welchem Umfang „der Bieter,“ haften soll. Diese Voraussetzungen müssen sowohl die Bietergemeinschaft als auch die Projektgesellschaft erfüllen.

7.10 Bieterkonferenzen

Bieterkonferenzen sind von der Vergabestelle einberufene Zusammenkünfte von Bieter bzw. Bewerbern. In der Regel finden Bieterkonferenzen nach Versendung der Vergabeunterlagen (zusätzlich zur Möglichkeit, schriftliche Fragen an den Auftraggeber zu richten) statt¹¹⁴⁰. Im Rahmen einer Bieterkonferenz erhalten alle Unternehmen im Sinne des Transparenzprinzips die Möglichkeit, sachdienliche Fragen zu stellen (vgl. § 17 Nr. 7 VOB/A)¹¹⁴¹.

Der Vorteil einer Bieterkonferenz besteht darin, dass der Auftraggeber seiner Pflicht zur Gleichbehandlung aller Bieter im Hinblick auf die zugänglich gemachten Informationen durch die einmalige öffentliche Beantwortung der Fragen der Bieter nachkommen kann. Genau diese Öffentlichkeit ist auf der anderen Seite aber nur schwer mit dem Grundsatz des Geheimwettbewerbs zu vereinbaren¹¹⁴². Die Bieter erfahren auf einer Bieterkonferenz nicht nur,

¹¹³⁷ Ohne eine solche Klausel könnte der „Wechsel des Auftragnehmers“ wegen der damit typischerweise verbundenen Beschränkung der Haftung etc. u.U. als wesentliche Änderung des Vertragsinhalts angesehen werden, die eine Neuausschreibung erforderlich machte.

¹¹³⁸ Vgl. VK Lüneburg, Beschluss v. 14.1.2002, 203-VgK-22/2001 (dort wurde allerdings nur eine Darlegung der geplanten Struktur durch die Bieter gefordert worden, ohne konkrete Mindestkriterien aufzustellen).

¹¹³⁹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 19.12.2001, Verg 42/01.

¹¹⁴⁰ Problematisch sein können sog. „Bietergespräche“ (besser: Unternehmergespräche mit potentiellen Bietern) vor Fertigstellung der Leistungsbeschreibung mit dem Ziel, die Beschaffung durch die Erkenntnisse aus den Gesprächen zur Ausschreibungsreife bringen zu können (vgl. Berger, NVwZ 2001, 730). Denn dadurch können potentielle Bieter u.U. Einfluss auf die Erstellung der Vergabeunterlagen nehmen, was einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung gegenüber nicht anwesenden späteren Bietern hervorrufen würde. Vgl. hierzu ausführlich unter Kap. 7.7.1, 7.5.3, 7.7.3.

¹¹⁴¹ Vgl. VK Lüneburg, Beschl. v. 13.10.2000, 203-Vgk-11/2000.

¹¹⁴² Vgl. VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 8.11.2000, 1 VK 23/00.

wer ihre Konkurrenten sind, sondern können möglicherweise aus deren Fragen auch Rückschlüsse auf ihre Angebote ziehen. Somit müssen die Rechtspflichten zur Herstellung von Transparenz gegen die vergaberechtlichen Geheimhaltungspflichten abgewogen werden¹¹⁴³:

Für den Vorrang des Geheimnisschutzes spricht nicht nur, dass die Identität der Bieter/Bewerber vor Angebotsabgabe Teil der geheimhaltungsbedürftigen Fakten (Geheimwettbewerb) ist, sondern darüber hinaus, dass die Kenntnis der Unternehmen über ihre Mitbieter der wettbewerbswidrigen Kartellbildung Vorschub leisten könnte. Nicht nur für PPP-Vergaben scheint dieses Mittel der Kommunikation zwischen Auftraggeber und Bietern somit wenig geeignet.

Zur Ausräumung von Zweifeln und Unklarheiten ist daher – gerade bei dem zu erwartenden engen Bieterkreis bei PPP-Projekten – zu Einzelgesprächen mit den Bietern zu raten, deren Protokolle – anonymisiert – jedem einzelnen Bieter zugesandt werden. Auf diese Weise wird gerade bei komplexeren Fragestellungen die Gefahr von Missverständnissen oder unvollständigen Antworten minimiert und zugleich die Transparenz des Verfahrens und die Gleichbehandlung der Bieter/Bewerber gewährleistet.

7.11 Änderung der Leistungsbeschreibung im Verhandlungsverfahren

Grundsätzlich kann im Verhandlungsverfahren – mit den jeweils ausgewählten Bietern - über sämtliche Bestandteile ihrer Angebote verhandelt werden. Anders als im Offenen oder Nicht-offenen Verfahren gilt kein grundsätzliches Nachverhandlungsverbot gemäß § 24 Nr. 3 VOB/A bzw. § 24 Nr. 2 VOL/A nach Angebotsabgabe. Vielmehr beginnt mit der Angebotsabgabe ein dynamischer Prozess, in dem sich sowohl auf Nachfrage- als auch auf Angebotsseite Veränderungen ergeben können¹¹⁴⁴. Begrenzt werden kann diese umfassende Freiheit durch zwei Grundsätze: Zum einen ist der Auftraggeber auch in diesem Prozess dem Wettbewerbsgrundsatz und dem Gleichbehandlungsgrundsatz unterworfen¹¹⁴⁵. Zum anderen darf er sich nicht letztlich andere Leistungen beschaffen als zuvor angekündigt. Denn grundlegende Änderungen gegenüber den ursprünglich in der Leistungsbeschreibung geforderten Leistungsinhalten führten u.U. dazu, dass eine nicht ausgeschriebene Leistung vergeben würde. Die Nichtausschreibung ausschreibungspflichtiger Beschaffungen kann entsprechend

¹¹⁴³ Vgl. Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 97 Rn. 43; VÜA Bayern, WuW/E VergAL 92 (100).

¹¹⁴⁴ OLG Celle, VergabeR 2002, 299 ff.; VK Sachsen, Beschluss vom 13.5.2002, 1/SVK/027-02.

¹¹⁴⁵ OLG Celle, VergabeR 2002, 299 ff.; BayObIG, Beschluss vom 5.11.2002, Verg 22/02.

§ 13 VgV wegen de facto Vergabe ohne Vorabinformation die Nichtigkeit des „neuen“ Vertrages zur Folge haben.

Auch ein Verhandlungsverfahren darf nur auf der Grundlage der ursprünglichen Leistungsbeschreibung betrieben werden; werden hieran grundlegende Änderungen im weiteren Verlauf vorgenommen, muss das Verhandlungsverfahren beendet werden¹¹⁴⁶. Wird der Zuschlag nach einem Verhandlungsverfahren letztlich auf ein Angebot erteilt, das einen völlig anderen Inhalt hat als in der Leistungsbeschreibung vorgesehen, droht die Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrages, da die neue Leistung dann nicht ordnungsgemäß ausgeschrieben worden ist¹¹⁴⁷. Wann innovative Finanzierungsmodelle, neue zivilrechtliche Vertragskonstruktionen oder Risikoverteilungen eine grundlegende Änderung der Verdingungsunterlagen darstellen, hängt zum einen natürlich vom Konkretisierungsgrad der Leistungsbeschreibung ab – lässt diese mehrere Alternativen zu, so liegt schon keine Abweichung vor; zum anderen wird in jedem Einzelfall zu beurteilen sein, ob die Abweichung „grundlegend“ ist¹¹⁴⁸. Eine gewisse Leitlinie kann hierbei die neuere vergaberechtliche Rechtsprechung geben¹¹⁴⁹. Danach ist beispielsweise die Veränderung einer Minderheitsbeteiligung um 0,99 Prozentpunkte von 49 auf 49,99% als ein durch das Verhandlungsverfahren gedecktes Verhandlungsergebnis anzusehen, das den Vertragsgegenstand unberührt lässt¹¹⁵⁰; bei einer deutlichen Verschiebung der finanziellen Risikoverteilung zu Lasten des Auftraggebers im Rahmen einer ausgeschriebenen Baukonzession wurde hingegen eine grundlegende Änderung der Verdingungsunterlagen bejaht¹¹⁵¹. Wohl nicht zulässig sind nach der Rechtsprechung Abweichungen von Mindestanforderungen, die die Vergabestelle in der Ausschreibung als bindend festgelegt hat, zu Gunsten eines Bieters¹¹⁵²; auch bzw. insbesondere die Zuschlagskriterien sollen nach Bekanntgabe nicht mehr geändert werden können¹¹⁵³.

¹¹⁴⁶ VK Berlin, Beschluss vom 31.5.2000, VK-B2-15/00.

¹¹⁴⁷ OLG Celle, VergabeR 2002, 299 ff.

¹¹⁴⁸ VK Berlin, Beschluss vom 31.5.2000, VK-B2-15/00.

¹¹⁴⁹ Auf EU-Ebene hat die Kommission am 30.4.2003 bezüglich des Vertrages über den Bau der Metro in Thessaloniki klargestellt, dass die Änderung der Tiefe des Tunnels (in der verhandelten Version des Vertrages) gegenüber der in den Verdingungsunterlagen angegebenen Tiefe keine inakzeptable Abänderung darstellt, Procurement News, 30.4.2003.

¹¹⁵⁰ VK Lüneburg, Beschluss vom 26.4.2002, 203-VgK – 06/2002.

¹¹⁵¹ VK Berlin, Beschluss vom 31.5.2000, VK-B2-15/00.

¹¹⁵² VK Bund, Beschluss vom 10.12.2002, VK 1 – 93/02 (wegen Transparenzgebot und Gleichbehandlungsgrundsatz hat die Selbstbindung der Vst. durch Aufstellung der Mindestkriterien zugleich bieterschützende Wirkung).

¹¹⁵³ VK Köln, Beschluss vom 11.12.2001, VK 20/2001 (Verdopplung des Mindestkaufpreises und nunmehr obligatorischer Grundstückserwerb in sehr spätem Verfahrensstadium = grundlegende Änderung).

Eine Diskriminierung der nicht als „preferred bidder“¹¹⁵⁴ ausgewählten Bieter durch die Tatsache, dass jener nach Abschluss der Verhandlungen möglicherweise ein etwas anderes PPP-Modell anbieten kann, ihnen aber diese Möglichkeit nicht gegeben wird, ist zumeist zu verneinen. Die sukzessive Beschränkung auf immer weniger Verhandlungspartner mit dem Ergebnis, dass am Ende nur noch ein Bieter verbleibt, mit dem über den endgültigen Vertragsinhalt verhandelt wird, ist für sich genommen noch keine Diskriminierung, sondern entspricht dem Wesen und dem üblichen Ablauf eines Verhandlungsverfahrens¹¹⁵⁵. Dennoch sollte darauf geachtet werden, möglichst mit mehreren Bietern zu verhandeln. Auch nach einer „preferred bidder“-Entscheidung sollten die übrigen Bieter nicht endgültig vom Verfahren ausgeschlossen werden, um den Wettbewerbsdruck auf den/die Bieter, mit denen vorrangig verhandelt wird, aufrecht zu erhalten. Außerdem darf keine ungleiche Wettbewerbssituation dadurch geschaffen werden, dass einzelnen Bietern unterschiedlich weitgehende Informationen erteilt werden oder einseitig Gelegenheiten zur Nachbesserung gegeben werden¹¹⁵⁶.

Angebote mit Abweichungen von der Leistungsbeschreibung können möglicherweise als Nebenangebote gemäß § 25 Nr. 5 VOB/A bzw. § 25 Nr. 4 VOL/A gewertet werden. Die Wertung eines Nebenangebots setzt jedoch voraus, dass das Nebenangebot mit den vom Auftraggeber geforderten Leistungen gleichwertig ist. Andernfalls kann es zu Wettbewerbsverzerrungen kommen, weil andere Bieter bei entsprechend veränderten Leistungsanforderungen möglicherweise günstigere Angebote abgegeben hätten¹¹⁵⁷. Die Gleichwertigkeit kann nur bejaht werden, wenn das Nebenangebot geeignet ist, dem objektiven Bestellerwillen des Auftraggebers in allen wirtschaftlichen Einzelheiten gerecht zu werden¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁴ Das Gebot der Gleichbehandlung gilt natürlich in gleicher Weise auch für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens nach der „parallelen Strategie“ (s.o. unter 7.5.2.2).

¹¹⁵⁵ OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 10.4.2001, 11 Verg 1/01.

¹¹⁵⁶ Vgl. OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 10.4.2001, 11 Verg 1/01 betont, dass auch bei intensiven Verhandlungen mit einem Bieter eine vergaberechtswidrige Benachteiligung eines anderen Bieters allenfalls dann denkbar sei, wenn dieser darlege, dass und wodurch er gerade aufgrund der (nur) mit dem ersten Bieter geführten Verhandlungen daran gehindert wurde, ein noch besseres Angebot abzugeben; vgl. auch OLG Celle, Beschluss vom 16.1.2002, 13 Verg 1/ 02; BayObLG, Beschluss vom 5.11.2002, Verg 22/02.

¹¹⁵⁷ Vgl. VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 21.09.1999, 1 VK 11/99; Prieß, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 21, Rn. 53.

¹¹⁵⁸ VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 20.09.2001, 1 VK 26/01; OLG Naumburg, ZVgR 2000, S. 68 ff.

7.12 Vergaberechtliche Einflüsse auf die Leistungsphase

Angesichts der sehr langen Laufzeiten der vorgestellten PPP-Modelle erscheint es durchaus denkbar und sogar wahrscheinlich, dass während der Gesamtleistungsphase Änderungsbedarf bezüglich einzelner Vertragselemente entsteht: Möglicherweise wollen einzelne Vertragspartner aussteigen oder neu einsteigen, veränderte Umstände oder durch die Leistungserbringung erworbene Kenntnisse lassen eine Änderung der zu erbringenden Leistung erforderlich erscheinen oder der ursprünglich vereinbarte Preis erscheint nicht mehr als angemessen. Aus Sicht des Vergaberechts stellt sich dann die Frage, ob eine solche Änderung ohne erneute Ausschreibung vorgenommen werden kann. Der nachträgliche Austausch des Auftragnehmers (z.B. auf der Grundlage von in PPP-Projekten üblichen „step-in-Rechten“ der Banken) als Änderung der beteiligten Vertragsparteien oder auch sonstige spätere Änderungen des Inhalts oder der Laufzeit des Vertrages könnten grundsätzlich einen erneut ausschreibungspflichtigen Vergabevorgang darstellen.

Die Tendenz in Rechtsprechung¹¹⁵⁹ und Literatur¹¹⁶⁰ geht dahin, dass kleinere Änderungen bestehender Verträge regelmäßig keine vergaberechtlich beachtlichen Handlungen darstellen. Entscheidend für die Überschreitung der Schwelle zum ausschreibungspflichtigen Vorgang soll letztlich der Grad der Veränderung sein, d.h. ob die Änderungen so wesentlich sind, dass sie einem Neuabschluss gleichkommen. Ob dies der Fall ist, muss im Einzelfall nach Betrachtung sämtlicher Umstände beurteilt werden. Der bloße Austausch des Auftragnehmers ohne jegliche Veränderung des Vertragsinhalts bedarf wohl keiner erneuten Ausschreibung¹¹⁶¹. Anders ist eine nachträgliche Änderung des Leistungsumfangs in erheblicher Weise zu beurteilen¹¹⁶². Von einer solchen wird ausgegangen, wenn wesentliche Vertragselemente einer Neuregelung unterzogen werden¹¹⁶³ und die Änderungen in der

¹¹⁵⁹ VG Frankfurt/Oder, AbfallPrax 2000, 124, 126; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.2.2001 – Verg 13/00; VK Münster, Beschluss vom 9.3.2001 – VK 1/01 bis 8/01.

¹¹⁶⁰ Prieß, in: Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe, S. 49; Schröder, NJW 2002, 1831 (1832 ff.); Gnittke/Siederer, ZVgR 2000, 236 (241).

¹¹⁶¹ VK Bund, Beschluss vom 7.4.1999, VK A – 19/99: der Auftrag wurde bereits bei seiner ersten Ausschreibung in den Wettbewerb gegeben.

¹¹⁶² Vgl. insofern OLG Düsseldorf, VergabeR 4/2001, 336 m. Anm. Hausmann/Krohn; Beschluss vom 14.2.2001, Verg 13/00 (Reduzierung des Auftragsvolumens um einzelne Abfallentsorgungsbereiche, Reduzierung der zu zahlenden Entgelte und mehrjährige Prolongation = erhebliche Veränderung des Auftragsgegenstandes); Jasper, FAZ vom 14.2.2001, 30; Marx unterschied bei seinem Vortrag auf dem Düsseldorfer Vergaberechtstag 200 zwischen ausschreibungsfrei zulässigen „Vertragmodifizierungen“ und ausschreibungspflichtigen „Vertragsänderungen“ anhand einer im Einzelfall zu überprüfenden „Relevanzschwelle“.

¹¹⁶³ VK Münster, Beschluss vom 9.3.2001, VK 1/01-8/01 (VG Frankfurt/Oder, AbfallPrax 2000, 124, 126).

Sache einer Neuvergabe von Leistungen gleichkommen¹¹⁶⁴. Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Vertrages, deren Änderung einen Neuabschluss bedeutet, zählt nach wohl herrschender Auffassung jedenfalls der Preis¹¹⁶⁵. Preisänderungen können allenfalls dann als vergaberechtlich neutral angesehen werden, wenn sie aufgrund einer im Ursprungsvertrag angelegten Option erfolgen¹¹⁶⁶. Eine Vergütungsanpassung nach Vertragsabschluss ohne eine erneute Ausschreibung ist nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des zwingend in den Vertrag einzubeziehenden § 2 VOB/B bzw. VOL/B zulässig. Vertragsverlängerungen können u.U. ebenfalls eine wesentliche Vertragsänderung darstellen, die neue Ausschreibungspflichten auslöst – allerdings nach der Rechtsprechung dann nicht, wenn sie aufgrund einer im Vertrag bereits vorgesehenen, zulässigen Verlängerungsoption erfolgen¹¹⁶⁷.

7.13 Aufhebung des Vergabeverfahrens

Die Aufhebung eines Vergabeverfahrens ist nach deutschem Recht grundsätzlich nur unter den abschließend aufgezählten Voraussetzungen des § 26 Nr. 1 VOB/A bzw. VOL/A rechtmäßig¹¹⁶⁸. Nach der relativ strikten Rechtsprechung des BGH kann eine Aufhebung nur „Ultima ratio“ sein, wenn Maßnahmen innerhalb des Verfahrens den anvisierten Erfolg nicht mehr erreichen können¹¹⁶⁹. Teilweise wird vertreten, dass im Rahmen eines

¹¹⁶⁴ Inwiefern ein „Refinancing“ während der Vertragslaufzeit als wesentliche Änderung anzusehen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab: von einer Ausschreibungspflichtigkeit dürfte nur dann auszugehen sein, wenn dadurch der Preis, die Risikoverteilung oder ein sonstiger wesentlicher Bestandteil der von AG und AN vertraglich vereinbarten Leistung erheblich verändert wird.

¹¹⁶⁵ 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 zu liefernden Waren eine Neuausschreibungspflicht begründet (bestimmter Wert der geänderten Waren?, Änderung des Lieferanten und zugleich Änderung der Eigenschaften der Ware?).

¹¹⁶⁶ Vgl. VK Münster, Beschluss vom 9.3.2001, VK 1/01-8/01; Müller-Wrede, in: Ingenstau/Korbion, VOB/A und B, § 99 Rn. 2.

¹¹⁶⁷ OLG Celle, NZBau 2002, 53; VK Bund, Beschluss vom 26.5.2000, VK 2 8/00, wies dagegen auf die mögliche Unzulässigkeit einer Verlängerungsoption wegen der durch sie drohenden wiederholten Vertragsverlängerung unter Ausschluss des Wettbewerbs hin, ließ die Option letztlich jedoch wegen sachlicher Rechtfertigung im konkreten Fall zu; vgl. auch Gnittke/Siederer, ZVgR 2000, 236 (240 f.).

¹¹⁶⁸ § 26 Nr. 1 VOB/A : die Ausschreibung kann aufgehoben werden:
a) wenn kein Angebot eingegangen ist, das den Ausschreibungsunterlagen entspricht
b) wenn die Verdingungsunterlagen grundlegend geändert werden müssen
c) wenn andere schwerwiegende Gründe bestehen.

¹¹⁶⁹ BGH, Urteil vom 12.6.2001, NJW 2001, 3698; Beschluss vom 18.2.2003, X ZB 43/02; der EuGH, Urteil vom 18.6.2002, Rs. C-92/00, Hospital Ingenieure stellt hingegen klar, dass aus Sicht des Gemeinschaftsrechts die Befugnis des öffentlichen Auftraggebers zur Aufhebung nicht auf Ausnahmefälle begrenzt sei und auch nicht auf schwerwiegende Gründe gestützt werden müsse; vgl. jedoch den (von der Kommission abgelehnten) Vorschlag des Parlaments

Verhandlungsverfahrens – welches bei PPP-Projekten häufig gewählt werden wird – die Vorschrift des § 26 nicht einschlägig sei¹¹⁷⁰. Angesichts einiger gegenteiliger Entscheidungen in der Rechtsprechung¹¹⁷¹ sollte jedoch vorsichtshalber nur bei Vorliegen der Aufhebungsgründe des § 26 VOB/A bzw. VOL/A aufgehoben werden. Dies gilt insbesondere deshalb, weil der BGH jüngst (in einem obiter dictum) entschieden hat, dass auch Aufhebungsentscheidungen grundsätzlich der Überprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen unterliegen¹¹⁷² - damit wurde der früher herrschenden Auffassung von der Beendigung des Rechtsschutzes nach Aufhebung des Verfahrens¹¹⁷³ eine Absage erteilt.

Bei PPP-Projekten dürften als Aufhebungsgründe insbesondere § 26 Nr. 1 b) und c) VOB/A von Bedeutung sein. Der Tatbestand des § 26 Nr. 1b VOB/A ist erfüllt, wenn sich nach der Einleitung des Vergabeverfahrens rechtliche, technische oder wirtschaftliche Schwierigkeiten ergeben, durch die eine Durchführung des Auftrags in der ursprünglich vorgesehenen Form nicht mehr möglich oder unzumutbar erscheint - und somit eine wesentliche Änderung der Ausschreibungsgrundlagen erforderlich wäre. Solcher Änderungsbedarf kann z.B. bestehen, wenn die ursprünglich etatmäßig eingesetzten Mittel nachträglich gekürzt oder gestrichen werden. Im Rahmen der Vergabe von PPP-Projekten im Verhandlungsverfahren kann eine Aufhebung u.U. auch deshalb geboten sein, weil sich aufgrund der Verhandlungen herauskristallisiert hat, dass der „preferred bidder“ (inzwischen) eine Leistung anbietet, die in keiner Weise mehr den ursprünglich ausgeschriebenen Parametern genügt¹¹⁷⁴. Für das Vorliegen des Aufhebungsgrundes ist der Auftraggeber darlegungs- und beweisbelastet. Eine Aufhebung des Vergabeverfahrens aufgrund dieser Vorschrift kommt dann nicht in Betracht, wenn die Tatsachen, die eine wesentliche Änderung der Ausschreibungsgrundlagen erforderten,

i.R. des EU-Legislativpakets zur Einführung abschließender Aufhebungsgründe auch auf EU-Ebene (Änderungsvorschlag EP v. 17.1.2002, A5/2001/379, Abänderung 38.

¹¹⁷⁰ Vgl. VK Bund, Beschluss vom 28.4.2003, VK 1-19/03, tendierte in einem obiter dictum zur Nichtanwendbarkeit des § 26 VOL/A; OLG Düsseldorf, BauR 1993, 597; Rusam, in: Heiermann/Riedel/Rusam, VOB/A, § 26 Rn. 1; Portz, in: Ingenstau/Korbion, VOB Teile A und B, § 26 Rn. 4.

¹¹⁷¹ VK Brandenburg, Beschluss vom 17.9.2002, VK 50/02, Beschluss vom 30.7.2002, VK 38/02 (noch offen gelassen, aber „zumindest lässt sich vertreten, dass § 26 VOL/A [...] entsprechend anzuwenden ist“); VK Köln, Beschluss vom 11.12.2001, VK 20/2001.

¹¹⁷² BGH, Beschluss vom 18.2.2003, X ZB 43/02; EuGH, Urteil vom 18.6.2002, Rs. C-92/00, Hospital Ingenieure, hatte bereits zuvor die grundsätzliche Überprüfbarkeit von Aufhebungsentscheidungen festgestellt – allerdings ohne den Prüfungsmaßstab zu nennen.

¹¹⁷³ Wie der BGH bereits zuvor OLG Hamburg, Beschluss vom 4.11.2002, 1 Verg 3/02; a.A.: OLG Dresden, Beschluss vom 3.12.2002, WVerG 0015/02 (Vorlage wegen Divergenz); vgl. insgesamt zum Meinungsstand vor Erlass des BGH-Urteils: Meier, NZBau 2003, 137; Kling, NZBau 2003, 23 (28 ff.).

¹¹⁷⁴ Im Einzelnen vgl. hierzu die Ausführungen unter Kap. 7.11.

dem Auftraggeber bereits bei Beginn des Vergabeverfahrens bekannt waren oder jedenfalls bekannt sein konnten¹¹⁷⁵. Davon dürfte bei einer von Anfang an unsicheren Finanzierung und in der Regel auch bei organisationsrechtlichen Gründen, wie z.B. der günstigeren und beeinflussbareren Projektdurchführung durch eine Eigengesellschaft („In House Vergabe“)¹¹⁷⁶, auszugehen sein¹¹⁷⁷. Erwägungen zu Eigendurchführung oder Fremddurchführung sollen grundsätzlich auf der Basis eines sorgfältigen Beschaffungsvariantenvergleichs bereits vor Beginn des Vergabeverfahrens angestellt werden¹¹⁷⁸.

§ 26 Nr. 1 c) VOB/A ist als Generalklausel für die Aufhebung eines Vergabeverfahrens im Lichte der Rechtsprechung des BGH und der vergaberechtlichen Literatur äußerst restriktiv auszulegen¹¹⁷⁹. So ist die Aufhebung einer Ausschreibung nicht schon dann gerechtfertigt, wenn die eingegangenen Angebote wirtschaftlich den Vorstellungen des Auftraggebers nicht entsprechen. Voraussetzung ist vielmehr, dass nach der Prüfung und Wertung der Angebote überhaupt kein angemessenes oder annehmbares Angebot vorliegt¹¹⁸⁰. Unter dem Aspekt der völligen Unwirtschaftlichkeit sämtlicher von den Bietern vorgelegten PPP-Modell-Angebote könnte u.U. ein Verfahren aufgehoben werden, wenn, gemessen an einer vorab ordnungsgemäß vorgenommenen „vertretbaren Kostenschätzung“ für die PPP-Beschaffungsvariante, die sich in der Praxis häufig an den Kosten der konventionellen Beschaffungsvariante orientieren wird, alle PPP-Modelle entgegen der begründeten Erwartung vor Einleitung des Vergabeverfahrens (Beschaffungsvariantenvergleich) als wesentlich unwirtschaftlicher erscheinen. Um einen sinnvollen Wirtschaftlichkeitsvergleich zu ermöglichen, müssen allerdings auch während des Verfahrens als falsch erkannte bzw. geänderte Leistungsbestandteile in den iterativen Vergleichsprozess mit einbezogen werden. Auch für die absolute Unwirtschaftlichkeit aller PPP-Angebote trägt der Auftraggeber die Darlegungs- und Beweislast. Umstritten ist, ob auch dann ein schwerwiegender wirtschaftlicher Grund zur Auf-

¹¹⁷⁵ BGH, BauR 1998, 1232 (1234) (dass die Finanzierung des Bauvorhabens entgegen § 16 VOB/A vor Einleitung des Vergabeverfahrens nicht gesichert war, war bekannt – mit dem Fehlen der Mittel im Verfahren verfestigte sich lediglich ein von Anfang an bestehender Mangel); Jasper, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, 2001, § 26 Rn. 76.

¹¹⁷⁶ VÜA Bund, Beschluss vom 14.4.1997, 1 VÜ 24/96 führt ausdrücklich aus, dass die „Erkenntnis“, dass der bisherige Energielieferant nun doch zu günstigeren Preise als bisher liefern wolle/könne, kein nachträglicher Grund sei und deshalb die Aufhebung nicht rechtfertigen könne.

¹¹⁷⁷ VK Brandenburg, Beschluss vom 17.9.2002, VK 50/02.

¹¹⁷⁸ Insbesondere liegt eine - berechnete - Aufhebung dann nicht vor, wenn der Auftraggeber etwa nur aus Gründen bloßer Markterkundung „ausschreibt“; vgl. hierzu Kap. 7.7.1.

¹¹⁷⁹ Vgl. VÜA Bund, 1 VÜ 6/95, ZfBR 1996, 271; VÜA Bund 1 VÜ 19/96, WuW/E Verg 55; Jasper, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 26 Rn. 31; Portz, in: Ingenstau/Korbion, VOB/A und B, § 26 Rn. 12.

¹¹⁸⁰ Vgl. VÜA Bund, 1 VÜ 6/95, ZfBR 1996, 271 (272).

hebung anzunehmen ist, wenn der Vergabestelle aufgrund eines nicht zugelassenen Nebenangebotes erst erkennbar wird, dass die ausgeschriebene Leistung in einer grundlegend anderen und insbesondere auch kostengünstigeren Form erbracht werden könnte¹¹⁸¹. Insofern verbleibende Unsicherheiten über die zulässige Vorgehensweise können weitgehend vermieden werden, wenn der Spielraum für alternative Lösungsmöglichkeiten durch eine konzeptoffene Leistungsbeschreibung und die Zulassung von Nebenangeboten von Anfang an relativ weit gefasst wird.

Erfolgt eine Aufhebung ohne dass die Gründe des § 26 VOB/A bzw. VOL/A vorlagen, so kann zumindest derjenige Bieter, der bei Fortführung des Verfahrens eine reelle Chance auf den Zuschlag gehabt hätte, Schadensersatzansprüche in Höhe des negativen Interesses (Kosten der Angebotserstellung) geltend machen. Ein auf das Erfüllungsinteresse gerichteter Schadensersatzanspruch kommt allenfalls dann in Betracht, wenn der Auftraggeber das Verfahren missbräuchlich aufhebt und den bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise identischen Auftrag dann einem anderen Bieter überträgt¹¹⁸².

Inwiefern nach der neuen Rechtsprechung des BGH zur Überprüfbarkeit der Aufhebungsentscheidung die Vergabekammern auf Antrag eines Bieters auch eine Verpflichtung zur Wiederaufnahme des Verfahrens¹¹⁸³ oder gar zur Erteilung des Zuschlags aussprechen werden bzw. überhaupt können, ist noch nicht endgültig geklärt. Allerdings bestehen insofern zumindest bezüglich der Verpflichtung zur Erteilung des Zuschlags Zweifel an der Vereinbarkeit mit der bisherigen ständigen Rechtsprechung des EuGH und des BGH¹¹⁸⁴, dass es dem Auftraggeber grundsätzlich freistehe, jederzeit von einem Vergabeverfahren endgültig Abstand zu nehmen.

¹¹⁸¹ Pro: Portz, in: Ingestau/Korbion, VOB/A und B, § 26 Rn. 16; Rusam, in: Heiermann/Riedel/Rusam, VOB/ A und B, § 26 Rn. 11; auch BGH, BauR 1993, 214 (216), scheint von der Möglichkeit einer Aufhebung in einem solchen Fall (wegen des Erfordernisses sparsamer Haushaltsführung) auszugehen; OLG Nürnberg, NJW 1986, 437; BGH NJW 1993, 520; Contra: Jasper, in: Motzcke/Pietzcker/Prieß, VOB/A, § 26 Rn. 31.

¹¹⁸² BGH NJW 1998, 3636 (3639) sowie 3640 (3643); BGH, Urteil vom 5.11.2002, X ZR 232/00 (kein Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses, da nicht der identische Auftrag vergeben wurde); Portz, in: Ingestau/Korbion, VOB/A und B, § 26 Rn. 43.

¹¹⁸³ VK Bund, Beschluss vom 28.4.2003, VK 1-19/03, gab der Vergabestelle auf, das Verhandlungsverfahren fortzusetzen.

¹¹⁸⁴ EuGH, Rs. C-27/98, Metalmeccanica Fracasso, Slg. 1999, I-5697; auch EuGH, Urteil vom 18.6.2002, Rs. C-92/00, Hospital Ingenieure betonte nochmals, dass eine Verpflichtung des Auftraggebers, das Verfahren zu Ende zu führen, nicht bestehe; BGH, Urteil vom 5.11.2002, X ZR 232/00.

7.14 Nachprüfungsverfahren/Bieterrechtsschutz

Das im 4. Teil des GWB (§§ 102 ff.) geregelte Nachprüfungsverfahren gilt ausschließlich für Beschaffungen oberhalb der Schwellenwerte, die bei der Vergabe von PPP-Modellen regelmäßig erreicht werden¹¹⁸⁵. Bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen¹¹⁸⁶ und Beschaffungen unterhalb der Schwellenwerte besteht derzeit kein Primärschutz nach dem GWB¹¹⁸⁷.

Die Überprüfung der Vergabeverfahren für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte erfolgt nach dem GWB in erster Instanz durch die Vergabekammern. Gegen Entscheidungen der Vergabekammern können die bei den örtlichen OLG eingerichteten Vergabesenate im Wege der sofortigen Beschwerde angerufen werden.

Bevor ein Unternehmen einen Nachprüfungsantrag stellt, kann es die zuständige Vergabeprüfstelle (vgl. § 103 GWB) in einem ersten Schritt anrufen, sofern das zuständige Bundesland oder die Vergabestelle des Bundes von der Möglichkeit, eine solche einzurichten, Gebrauch gemacht hat¹¹⁸⁸. Die Vergabeprüfstelle kann nach § 103 Abs. 2 GWB auch von Amts wegen tätig werden. Die Anrufung einer Vergabeprüfstelle ist aber keine Voraussetzung für einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer. Deshalb und wegen der mangelnden Befugnis der Vergabeprüfstelle, unmittelbar in das Vergabeverfahren einzugreifen (z.B. Maßnahmen ggf. selbst zu treffen und das Vergabeverfahren auszusetzen) wird von der Möglichkeit nach § 103 GWB in der Praxis kaum Gebrauch gemacht¹¹⁸⁹.

Das Nachprüfungsverfahren¹¹⁹⁰ vor der Vergabekammer wird gem. §§ 107 Abs. 1, 108 GWB auf schriftlichen Antrag bei der örtlich und sachlich zuständigen Vergabekammer eingeleitet. Das Vergabeverfahren darf noch nicht durch Vertragsschluss abgeschlossen sein (vgl. 114 Abs. 2 GWB). Nach Beendigung des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung kommt daher kein Primärrechtsschutz in Betracht¹¹⁹¹. Vielmehr wird das Verfahren gemäß §§ 114

¹¹⁸⁵ Vgl. Kap. 7.3.1.3.

¹¹⁸⁶ Vgl. Kap. 7.3.1.2; die EG-Richtlinien erfassen keine Dienstleistungskonzessionen, vgl. EuGH, Rs. C-324/98, Telaustria, Slg. 2000, I-10745; EuGH, Rs. C-358/00, Verlagsvertrag, Urteil v. 30.05.2002, WuW/E Verg 601

¹¹⁸⁷ Vgl. den instruktiven Aufsatz von Dreher, NZBau 2002, 419 ff.

¹¹⁸⁸ Vgl. die Übersicht der eingerichteten Vergabeprüfstellen in: NZBau 2000, 324 (325).

¹¹⁸⁹ Vgl. Stockmann, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 103 Rn. 10.

¹¹⁹⁰ Vgl. zu diesem Verfahren ausführlich Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, S. 196 ff.; ebenso Byok, NZW 1998, 2774 ff., Witte, DStR 1998, 1684 ff.

¹¹⁹¹ Es sei denn, der Zuschlag ist nichtig, vgl. OLG Thüringen, VergabeR 2002, 631; VK Bund, 20.1.2003, VK 1 – 99/02; OLG Dresden, NZBau 2002, 351.

Abs. 2, 123 GWB auf Antrag in ein Feststellungsverfahren übergeleitet¹¹⁹². Die Aufhebung einer Ausschreibung berührt die Zulässigkeit des Antrages nach neuester obergerichtlicher Auffassung nicht¹¹⁹³. Der Beginn eines Vergabeverfahrens als notwendige Voraussetzung zur Einlegung eines Nachprüfungsantrags wird nach herrschender Auffassung materiell bestimmt; über dieses Problem soll der EuGH in einem kürzlich eingelegten Antrag auf Vorabentscheidung befinden¹¹⁹⁴.

Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse an dem betreffenden Auftrag hat und gemäß § 107 Abs. 2 GWB darlegt, dass es in seinen Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt ist und dass ihm durch die behauptete Rechtsverletzung ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Bereits durch die Abgabe eines Hauptangebots oder mehrerer Nebenangebote hat der Antragsteller sein Interesse am Auftrag dokumentiert; das gilt auch dann, wenn ein potentieller Bieter die Ausschreibungsunterlagen angefordert hat, später aber kein Angebot abgibt¹¹⁹⁵. Bieterschützende Regelungen im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB sind z. B. Mindestbedingungen in den Verdingungsunterlagen¹¹⁹⁶ oder § 25 Nr. 3 Abs. 1 und 2 VOB/A (ungewöhnlich niedrige Angebote)¹¹⁹⁷.

Besondere praktische Relevanz hat die Rügepflicht gemäß § 107 Abs. 3 GWB. Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig, falls der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich (möglich auch in mündlicher Form¹¹⁹⁸) gerügt hat. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die bereits aufgrund der Vergabebekanntmachung erkennbar waren, sind spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewertung zu rügen.

¹¹⁹² Vgl. Gröning, ZIP 1999, 52.

¹¹⁹³ Vgl. EuGH, NZBau 2002, 458, sowie dazu Prieß, NZBau 2002, 433 ff.; BGH, Beschl. v. 18.2.2003, X ZB 43/02; zur Spruchpraxis der Vergabekammern s. die Ausführungen v. Meier, NZBau 2003, 137 ff.; weiterhin OLG Hamburg, Beschl. v. 4.11.2002, 1 Verg 3/02; OLG Dresden, Beschl. v. 3.12.2002, WVerG 15/02; OLG Brandenburg, Beschl. v. 19.12.2002, Verg W 9/02; KG, Beschl. v. 10.12.2002, KartVerg 16/02.

¹¹⁹⁴ Vgl. zum Problemkreis „Beginn des Vergabeverfahrens“ Kap. 7.7.3.

¹¹⁹⁵ Vgl. OLG Düsseldorf, NJW 2000, 145.

¹¹⁹⁶ Vgl. OLG Saarbrücken, ZVgR 2000, 181.

¹¹⁹⁷ Vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2002, 626.

¹¹⁹⁸ Vgl. VK Lüneburg, Beschluss v. 10. September 2002, 203 VgK 15/2002.

Das betroffene Unternehmen hat unverzüglich (ohne schuldhaftes Zögern), d.h. so bald zu rügen, wie es ihm nach den Umständen des Einzelfalls möglich und zumutbar ist¹¹⁹⁹. Positive Kenntnis über den Vergabeverstoß umfasst die Tatsachen und entsprechende rechtliche Schlussfolgerungen, so dass ein Bieter, der auch aufgrund von Fahrlässigkeit einen Verstoß gegen Vergabevorschriften nicht erkannt hat, ohne Rüge einen Nachprüfungsantrag stellen kann¹²⁰⁰. Mangelt es im umgekehrten Fall jedoch an einer Rüge, ist der Bieter für das Nachprüfungsverfahren präkludiert und ein trotzdem gestellter Antrag würde als unzulässig verworfen.

Ein entscheidendes Merkmal des Nachprüfungsverfahrens ist das beschleunigte Verfahren. Die Vergabekammer soll regelmäßig innerhalb von fünf Wochen ihre Entscheidung treffen und begründen (§ 113 Abs. 1 Satz 1 GWB). Dadurch sollen Investitionsblockaden verhindert werden. Gerade im Bereich des finanzintensiven PPP ist das bemerkenswert. Selbst wenn es zu einem Nachprüfungsverfahren käme, das ein Zuschlagsverbot auslöst (vgl. § 115 Abs. 1 VgV), würde im Vergleich zu Verfahren vor Zivil- oder Verwaltungsgerichten eine wesentlich schnellere Entscheidung stattfinden. Die Vergabekammer entscheidet in Form eines vollstreckbaren Verwaltungsakts, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist und trifft geeignete Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern (§ 114 GWB). Auf Antrag des Bieters kann sogar der Zuschlag erteilt werden, wenn das Interesse am Abschluss des Verfahrens so stark ist, dass nicht weiter zugewartet werden kann¹²⁰¹.

Der Beschwerderechtszug zum OLG umfasst neben dem Verfahren der Wiederherstellung des Suspensiveffektes (§ 115 Abs. 2 GWB) drei weitere Verfahren: Sofortige Beschwerde (§ 116 GWB), Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung (§ 118 Abs. 1 Satz 3 GWB) und die Vorabentscheidung über den Zuschlag. Auch vor dem OLG findet ein Eilverfahren statt (vgl. § 118 GWB). Hält das OLG die Beschwerde für begründet, so hebt es die Entscheidung der Vergabekammer auf. In diesem Fall entscheidet das Gericht in der Sache selbst oder spricht die Verpflichtung der Vergabekammer aus, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichtes über die Sache neu zu entscheiden (§ 122 GWB).

¹¹⁹⁹ Der Zeitraum, innerhalb dessen eine Rüge noch unverzüglich erhoben ist, kann einzelfallabhängig nur 3-4 Tage (vgl. Boesen, § 107 Rn. 163), aber auch bis zu zwei Wochen umfassen (vgl. OLG Düsseldorf, ZVgR 1999, 61).

¹²⁰⁰ Vgl. Bechtold, GWB, § 108 Rn. 2.

¹²⁰¹ Vgl. Witte, DStR 1998, 1684.

Insgesamt hat sich das seit 1. Januar 1999 bestehende Rechtsschutzsystem für Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte bewährt. Von der Möglichkeit der Einlegung von Nachprüfungsanträgen wird rege Gebrauch gemacht. Von insgesamt etwa 102 Anträgen im Jahre 1999 stieg die Anzahl von Verfahren auf ca. 1300 im Jahre 2002 an¹²⁰². Im Rahmen von komplexen PPP-Projekten erscheint deswegen eine begleitende vergaberechtliche Beratung erforderlich, um bereits vor und während des Vergabeverfahrens mögliche Fehler zu vermeiden.

7.15 Vertragsnichtigkeit bei sog. de-facto-Vergaben

Wie bereits erörtert wurde, ist es aus Gründen eines effektiven Primärrechtsschutzes nicht hinzunehmen, dass die Vergabestelle einen öffentlichen Auftrag ohne jedes förmliche Verfahren vergibt (sog. de-facto-Vergabe). Problematisch ist gerade der im kommunalen Bereich nicht seltene Fall, dass ein Konkurrent erst nach Vertragsschluss von der Vergabe eines Auftrags erfährt, ohne dass zuvor ein den EG-Vergaberichtlinien angepasstes Vergabeverfahren durchgeführt wurde.

Gemäß § 114 Abs. 2 GWB kann die Vergabekammer einen bereits erteilten Zuschlag nicht aufheben¹²⁰³. Im deutschen und österreichischen Vergaberecht fallen - anders als etwa in Frankreich - der Zuschlag und der Vertragsschluss zusammen (sog. Germanisches Modell)¹²⁰⁴. Nach der Konzeption des GWB sind vergaberechtswidrige Verträge also grundsätzlich wirksam¹²⁰⁵. Der Gesetzgeber hat damit das Vertrauen der Vertragsparteien in den Bestand abgeschlossener Verträge grundsätzlich höher bewertet als das Interesse unterlegener Bieter an der Rückabwicklung des unter Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften zustande gekommenen Rechtsgeschäfts¹²⁰⁶. Ausnahmen von diesem Grundsatz hat der Gesetzgeber ausdrücklich zu gestatten¹²⁰⁷.

¹²⁰² Vgl. die bei der Tagung des forum vergabe e.V. „Entscheidungen der Vergabekammern und Oberlandesgerichte in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren 2002“ vom 10. April 2003 in Berlin vorgestellte Statistik.

¹²⁰³ Entsprechend ist auch im Verfahren der sofortigen Beschwerde die Aufhebung eines erteilten Zuschlags durch das OLG gem. § 123 S. 4 i. V. m. § 114 Abs. 2 GWB ausgeschlossen.

¹²⁰⁴ Vgl. Wegmann, NZBau 2001, 475; Kleinhenz, ZfBR 2001, 75; Berrisch/Nehl, DB 2001, 184 (185).

¹²⁰⁵ Vgl. BGH, NZBau 2001, 151 (152).

¹²⁰⁶ Vgl. Antweiler, DB 2001, 1975.

¹²⁰⁷ Vgl. Müller-Wrede/Kaelble, VergabeR 2002, 1 (5 f.).

§ 13 S. 6 VgV (i. V. m. § 97 Abs. 6 GWB) bestimmt als hinreichende Rechtsgrundlage¹²⁰⁸ die Nichtigkeit eines Vertrages, wenn der öffentliche Auftraggeber die unterlegenen Bieter nicht vorab in einer den Anforderungen des § 13 S. 1 u. 2 VgV genügenden Weise informiert hat¹²⁰⁹. Wenngleich der Verordnungsgeber das förmliche Verfahren der Vergabe zu regeln beabsichtigte (vgl. § 1 VgV), trifft die Nichtigkeitsfolge des § 13 S. 6 VgV nach zutreffender Auffassung auch die im Zuge einer de-facto-Vergabe geschlossenen Verträge¹²¹⁰.

Bereits aus dem Wortlaut von § 114 Abs. 2 GWB i. V. m. § 13 VgV folgt, dass der öffentliche Auftraggeber eine Informationspflicht hat. Erfüllt er die Pflicht nicht, darf ein Vertrag nicht geschlossen werden; ein dennoch geschlossener Vertrag ist nichtig¹²¹¹. Eine isolierte Betrachtung des § 13 VgV ist nicht sachgerecht¹²¹². § 13 VgV normiert die zentrale Verfahrenspflicht der Vorabinformation, die bei vollständigem Unterlassen des obligatorisch durchzuführenden Vergabeverfahrens akzessorisch verletzt ist¹²¹³.

Nach anderer Auffassung könne der öffentliche Auftraggeber oftmals nicht mit letzter Sicherheit feststellen, ob er dem Vergaberechtsregime der EG-Vergaberichtlinien unterliegt oder nicht¹²¹⁴. Das vermag angesichts des mittlerweile etablierten Vergaberechtsregimes nicht zu überzeugen. Gleiches gilt für die Behauptung, eine Ausdehnung des Anwendungsbereiches von § 13 VgV würde dessen Regelungsrahmen sprengen¹²¹⁵.

Eine letztlich akademische Frage ist es, ob die Nichtigkeitsfolge der de-facto-Vergabe aus § 13 VgV oder den §§ 134 oder 138 BGB abzuleiten ist¹²¹⁶. Sachnäher erscheint § 13 VgV¹²¹⁷.

¹²⁰⁸ Vgl. Burgi, NZBau 2003, 16 (20); a. A. Antweiler, DB 2001, 1975 (1979).

¹²⁰⁹ Siehe dazu Kap. 7.7.5.7.

¹²¹⁰ Vgl. VK Bund, Beschluss vom 12.12.2002, Az.: VK 1-83/02; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 26.03.2002, Az.: 1 VK 7/02; Otting, VergabeR 2002, 11 (18); Hertwig, NZBau 2001, 241 (242); Dreher, NZBau 2001, 244 (245).

¹²¹¹ Vgl. Dreher, NZBau 2001, 244 (245).

¹²¹² So aber VK Lüneburg, NZBau 2002, 295; Dieckmann, NZBau 2001, 481 (482).

¹²¹³ Vgl. Burgi, NZBau 2003, 16 (21).

¹²¹⁴ Einige Fälle sind exemplarisch aufgeführt bei Burgi, NZBau 2003, 16 (17), Dieckmann, NZBau 2001, 481.

¹²¹⁵ Vgl. VK Lüneburg, NZBau 2002, 295.

¹²¹⁶ Vgl. VK Südbayern, Beschluss vom 08.10.2001, Az.: 28-08/01; Müller-Wrede/Kaelble, VergabeR 2002, 1 (7 ff.); differenzierend: Putzier, DÖV 2002, 517 (519); Heuvels/Kaiser, NZBau 2001, 479 (480 f.); Wegmann, NZBau 2001, 475 (478).

¹²¹⁷ Kritisch hierzu: Burgi, NZBau 2003, 16 (20).

Eine zur Präklusion führende Rügeobliegenheit (§ 107 Abs. 3 GWB) besteht im Falle von de-facto-Vergaben grundsätzlich nicht¹²¹⁸. Erst die Einleitung eines förmlichen Vergabeverfahrens begründet das die Präklusionswirkung rechtfertigende intensiviertere Pflichtenverhältnis zwischen öffentlichem Auftraggeber und potenziellem Auftragnehmer¹²¹⁹. Nach dem Prinzip von Treu und Glauben zur Abwehr unnötiger Nachprüfungsverfahren ist vom Interessenten eine unverzügliche Rüge jedoch zumindest dann zu verlangen, wenn er sichere positive Kenntnis von der Rechtswidrigkeit des unterbliebenen Verfahrens hat. Verzögert er dennoch die Rüge, ist sein Verhalten treuwidrig und ein späterer Nachprüfungsantrag unzulässig¹²²⁰.

Bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession ist zwar das gemeinschaftliche Primärrecht, insbesondere das Transparenzgebot, zu beachten¹²²¹. Eine etwaige Informationspflicht zugunsten nicht berücksichtigter Interessenten ist aber nicht derjenigen aus § 13 VgV gleichzusetzen. Dienstleistungskonzessionen sind vom Anwendungsbereich der EG-Vergaberichtlinien ausgenommen¹²²². Deshalb kann bei Dienstleistungskonzessionen der durch das Europarecht geschaffene Rechtsschutzstandard, den § 13 VgV unterstützen soll, nicht gelten¹²²³. Weder aus § 13 VgV noch nach den §§ 134, 138 BGB kann sich aufgrund dessen die Nichtigkeit der Vergabe einer Dienstleistungskonzession ohne vorherige Vorabinformation ergeben¹²²⁴.

¹²¹⁸ BayObLG, Beschluss v. 27.02.2003 – Verg 1/03.

¹²¹⁹ BayObLG, VergabeR 2002, 244 (247).

¹²²⁰ VK Magdeburg, Beschluss v. 03.02.2003 – 33-32571/07 VK 18/02 MD; vgl. BayObLG, VergabeR 2002, 244 (248).

¹²²¹ Vgl. EuGH, Slg. 2000 I-10745 (10794) Rn. 60-62.

¹²²² Siehe dazu Kap. 7.3.1.2.

¹²²³ Vgl. Gröning, NZBau 2001, 123 (125).

¹²²⁴ Vgl. BayObLG, VergabeR 2002, 55 (59).

8. Steuerrecht

8.1 Ausgangssituation und methodisches Vorgehen

8.1.1 Funktionaler PPP-Ansatz als Ausgangspunkt

Unter PPP verstehen wir 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 Privaten zum gegenseitigen Nutzen in einen gemeinsamen Organisationszusammenhang eingestellt und vorhandene Projektrisiken sachgerecht entsprechend der Risikomanagementkompetenz der Projektpartner optimal verteilt werden. Das Merkmal dieser steuerlichen Untersuchung zugrundeliegenden funktionalen PPP-Beschaffungsansatzes für öffentliche Hochbaumaßnahmen ist die integrierte Erbringung der einzelnen Leistungsbestandteile Planung, Finanzieren, Bauen und Betreiben von einem privaten Partner für die öffentliche Hand und seine Verantwortlichkeit für die Bereitstellung einer entsprechend vereinbarten Funktionalität (Output-Spezifikation) über die gesamte Vertragsdauer (Lebenszyklus-Ansatz). Die weitere Verwertung einer Immobilie kann nach Ablauf der Vertragsdauer entweder durch den Privaten oder durch die öffentliche Hand erfolgen - insoweit hängt dies vom gewählten Vertragstyp ab. In der Regel wird der Eigentümer die Immobilie weiter verwerten, so dass bei der vertraglichen Regelung der Frage, wem das zivilrechtliche und wirtschaftliche Eigentum an der Immobilie zuzuordnen ist, maßgebliche Bedeutung zukommt.

Mit der Anwendung von PPP's werden insbesondere Effizienzvorteile bei der Umsetzung von Hochbaumaßnahmen angestrebt. Darüber hinaus ist mit PPP's auch die Zielsetzung verbunden, die Investitionsplanung stärker an der Bedarfs- statt an der jeweils zu einem bestimmten Zeitpunkt gegebenen Haushaltssituation zu orientieren. Somit kommt einer Verstetigung der Ausgaben der öffentlichen Hand auch aus diesem Grunde eine wichtige Bedeutung zu. Dies lässt sich in der Praxis dadurch erreichen, dass die öffentliche Hand über die Laufzeit eines PPP-Vertrages für die Bereitstellung von Hochbauten in einem festgelegten Zustand und weiteren mit deren Errichtung zusammenhängenden Dienstleistungen regelmäßige Zahlungen an den Privaten tätigt¹²²⁵. Daher ist die öffentliche Hand bei allen innerhalb der steuerrechtlichen Untersuchung behandelten PPP-Vertragstypen zur ratenweisen Zahlung eines Entgelts verpflichtet, welches bei Vertragsabschluss festgesetzt wird und die Kompo-

¹²²⁵ Analog zu der in Großbritannien von der öffentlichen Hand bei PFI-Projekten zu tragenden "Annual Unitary Charge".

nennten Planung, Bauen (bzw. ggf. Sanierung), Finanzieren und Betreiben (Instandsetzung und Instandhaltung, weiteres Facility Management sowie sonstige Dienstleistungen) umfasst.

8.1.2 Entscheidungsorientierter Untersuchungsansatz

Diese Untersuchung bedient sich eines entscheidungsorientierten Analyseansatzes und untersucht den Einfluss von Steuern auf eine Vergabeentscheidung bei PPP-Projekten aus der Perspektive der jeweils beteiligten Partner. Auf der Seite der öffentlichen Hand steht die ausschreibende Stelle für ein Hochbauvorhaben, z.B. eine Kommune oder eine andere Gebietskörperschaft und auf der anderen Seite der private Partner, der eine integrierte Leistung zu erbringen hat.

Für die ausschreibende Stelle stellt dabei ein günstiges Preis-/Leistungsverhältnis das primäre Entscheidungskriterium für die Vergabe eines Auftrages dar, während der private Partner Unsicherheiten bei der Einschätzung der steuerlichen Ausgangslage als Risikokosten in sein Angebot ebenso einpreist wie steuerbedingte Mehrkosten. Es geht in unserer Untersuchung deshalb einerseits darum, bestehende Rechtsunsicherheiten und ggf. Unzulänglichkeiten im Steuersystem darzulegen, die Einfluss auf die Preisbildung bei einem PPP-Hochbauvorhaben haben und andererseits darum, eventuell bestehende Wettbewerbsverzerrungen im Vergleich zu einer konventionellen Beschaffungsvariante zu identifizieren sowie für beide Aspekte Lösungsvorschläge zu unterbreiten.

8.1.3 Steuerneutralität als Ziel beim Wirtschaftlichkeitsvergleich

Volkswirtschaftlich wäre es wünschenswert, wenn sich Steuern bei der Auswahl einer geeigneten Beschaffungsvariante für ein konkretes Projekt (konventionelle Beschaffung oder eine in einer bestimmten Weise ausgestaltete PPP-Beschaffungsvariante) möglichst wettbewerbsneutral auswirken. Es sollte sich diejenige Beschaffungsvariante durchsetzen, die sich betriebswirtschaftlich (d.h. ohne die Betrachtung von Steuern) nach einem wettbewerblich organisierten Vergabeverfahren als am effizientesten darstellt.

Da Steuern in der Praxis eine bedeutende Rolle spielen, sind Wege zu suchen, wie mit unterschiedlichen Steuerbelastungen verschiedener Beschaffungsvarianten umzugehen ist. Im Rahmen unserer Abhandlung zielen unsere Vorschläge darauf ab, Verbesserungen im Steuersystem zu erreichen. Da sich realistischer Weise hierdurch jedoch nicht sämtliche steuerbedingten Probleme beseitigen lassen werden, stellt sich die Frage, ob und wenn ja

wie ggf. Steuern beim Wirtschaftlichkeitsvergleich zu berücksichtigen sind¹²²⁶. Hierzu gibt es in verschiedenen Ländern, in denen Hochbauvorhaben bereits in Form von PPP's durchgeführt werden (z.B. UK, Australien, Niederlande) unterschiedliche Ansätze.

Die Frage einer Behandlung im Wirtschaftlichkeitsvergleich soll an dieser Stelle jedoch zunächst ausgeklammert bleiben. Sie soll aber auf der Grundlage dieser Stellungnahme im entsprechenden Band III (Wirtschaftlichkeitsuntersuchung - Technik des Vergleichens) als Schnittstellenbereich thematisiert werden.

8.1.4 Aufbau der Untersuchung und methodisches Vorgehen

Die vorliegende Untersuchung beschreibt in einem ersten Schritt die grundsätzlichen steuerlichen Rahmenbedingungen bei PPP-Maßnahmen im öffentlichen Hochbau und beleuchtet bereits einige ausgewählte Problembereiche. Aufbauend hierauf werden die gängige konventionelle Beschaffungsvariante sowie gemeinsam mit dem Auftraggeber definierte zivilrechtliche PPP-Vertragsmodelle auf ihre bilanzsteuerrechtliche, umsatz-, grunderwerbssowie grundsteuerliche Behandlung hin analysiert. Wir weisen dabei auf aus unserer Sicht bestehende Unzulänglichkeiten im Steuersystem hin, die ggf. die Umsetzung bestimmter Vertragsformen erschweren. Außerdem identifizieren wir mögliche steuerlich bedingte Wettbewerbsverzerrungen, die mit Durchführung von PPP-Hochbauprojekten innerhalb des bestehenden rechtlichen Rahmens verbunden sind und stellen mögliche Lösungsansätze zu deren Überwindung dar. Die Untersuchung beinhaltet diesbezüglich auch Handlungsempfehlungen für die öffentliche Hand.

Zum Abschluss unserer Untersuchung führen wir schließlich noch überschlägige steuerliche Belastungsvergleiche (Modellrechnungen) verschiedener Vertragsmodelle bzw. Modellvarianten anhand ausgewählter vereinfachter Grundvarianten durch.

¹²²⁶ Vgl. hierzu auch Christen/Utech: Steuerliche Effekte bei privater Hochbaufinanzierung - Eigenbau, Mietkauf, Leasing und Miete im Vergleich, S. 40.

8.2 Darstellung der grundsätzlichen steuerlichen Rahmenbedingungen und Probleme bei PPP-Maßnahmen im öffentlichen Hochbau

8.2.1 Grundsätzliche ertragsteuerliche Rahmenbedingungen eines PPP-Projektes

8.2.1.1 Vorbemerkungen

Die Untersuchung der ertragsteuerlichen Rahmenbedingungen für ein PPP-Projekt erfolgt vornehmlich aus der Sicht des Privaten, da sich die von ihm zu zahlenden Ertragsteuern auf die Kosten einer Hochbaumaßnahme direkt auswirken.

Die öffentliche Hand als Besteller einer Hochbauleistung ist in aller Regel nicht körperschaftsteuerpflichtig, da sie mit einer solchen Tätigkeit grundsätzlich keinen Betrieb gewerblicher Art gemäß § 4 KStG begründet. Sie agiert als Besteller von Hochbauleistungen (z.B. Schulen oder JVA) gewöhnlich aus dem hoheitlichen Bereich und erzielt dabei keine Einnahmen. Die öffentliche Hand kann sich jedoch an einer privaten Projektgesellschaft beteiligen, wobei ggf. zu erzielende Gewinne bei der Gesellschaft der Ertragsteuer unterliegen würden. Die öffentliche Hand als Gesellschafterin wiederum wird auf Erträge aus einer Projektgesellschaft in der Form einer Kapitalgesellschaft mit 10% Kapitalertragsteuer zuzüglich 5,5% Solidaritätszuschlag darauf belastet.

Ein privater Leistungserbringer setzt sich häufig aus mehreren unterschiedlichen Unternehmen zusammen, die sich gesellschaftsrechtlich so organisieren, wie dies betriebswirtschaftlich und steuerlich am zweckmäßigsten erscheint. Grundsätzlich liegt es nahe, dass sich die beteiligten Partner für die Durchführung einer integrierten PPP-Hochbaumaßnahme im Rahmen einer Projektgesellschaft in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft oder einer Personengesellschaft zusammenschließen. Eine häufig auftretende Gesellschaftsstruktur ist auch, dass zwei Projektgesellschaften - eine Besitz- und eine Betriebsgesellschaft - gegründet werden (wird im Rahmen dieser Untersuchung nicht weiter thematisiert).

Bei der Erstellung einer bestimmten Leistung durch eine private Projektgesellschaft für die öffentliche Hand entsteht grundsätzlich eine zusätzliche Einkommen- oder Körperschaftsteuer- sowie Gewerbebeertragsteuerbelastung auf den Faktor Kapital. Eine ertragsteuerliche Mehrbelastung wirkt sich dann auf den Preis der angebotenen Leistung aus.

Allerdings ist es auch denkbar, dass - insbesondere in der Anfangsphase eines Projektes - Anlaufverluste bei der privaten Projektgesellschaft anfallen. In diesem Fall hängt deren steuerliche Nutzung von der Rechtsform der Projektgesellschaft sowie der Rechtsform der Anteilseigner ab. Umgekehrt besteht das Problem, dass bilanzsteuerrechtlich bei Projektbe-

ginn steuerpflichtige Erträge entstehen können, während der Liquiditätszufluss erst pro rata temporis erfolgt.

Bei einer Projektgesellschaft in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft ist eine Nutzung der steuerlichen Verluste auf der Ebene der Anteilseigner grundsätzlich nicht möglich. Laufende Verluste verbleiben auf der Ebene der Kapitalgesellschaft und werden im Gegensatz zur Rechtsform der Personengesellschaft nicht den einzelnen Anteilseignern zugerechnet. Eine Verlustnutzung auf Ebene der Anteilseigner kommt aber ausnahmsweise im Rahmen von Teilwertabschreibungen bei Personengesellschaften in Betracht. Teilwertabschreibungen auf Anteile an Kapitalgesellschaften im Betriebsvermögen der Personengesellschaft dürfen zur Hälfte vom Einkommen abgezogen werden, jedoch nur, wenn die Anteilseigner der Personengesellschaft natürliche Personen sind. Ferner wäre körperschaftsteuerlich eine Verlustzurechnung im Rahmen einer Organschaft möglich. Dabei ist zu beachten, dass kürzlich die körperschaftsteuerliche "Mehrmütter-Organschaft" abgeschafft wurde (§ 14 Abs. 1 Nr. 2 KstG n.F.)¹²²⁷.

Hat die Projektgesellschaft die Rechtsform einer Personengesellschaft, wird den einzelnen Gesellschaftern im Rahmen der Gewinnermittlung das von der Projektgesellschaft erzielte Ergebnis (hier: Verluste) entsprechend ihren Beteiligungen zugerechnet. Steuerlich sind jedoch diese Verluste nur in bestimmtem Umfang nutzbar (z.B. ist § 15 a EstG für Kommanditisten zu beachten, deren Verluste nur bis zur Höhe ihrer Kommanditeinlage berücksichtigt werden können).

Insgesamt ist die Rechtsform einer Personengesellschaft im Grundsatz geeigneter als die einer Kapitalgesellschaft, um Verluste der Projektgesellschaft auf der Ebene der Anteilseigner geltend machen zu können. Allerdings sind die Möglichkeiten, Verluste aus Investitionen steuerlich geltend zu machen, in den letzten Jahren grundsätzlich eingeschränkt worden (Wegfall von Sonderabschreibungen).

8.2.1.2 Zeitpunkt der Gewinnrealisierung und bilanzsteuerrechtliche Behandlung in Abhängigkeit der Vertragsausgestaltung

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 anzuneh-

¹²²⁷ Mit Wirkung vom VZ 2003 durch Gesetz vom 16. Mai 2003, BGBl., Teil I, S. 660.

men 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 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, sind damit unterschiedliche Folgen verbunden. 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.

8.2.1.3 Ertragsteuerliche Auswirkungen der Finanzierung eines Vorhabens

Ertragsteuerliche Auswirkungen können sich bei einem PPP-Projekt schließlich auch aus der Art der Finanzierung einer Hochbaumaßnahme ergeben. Während die öffentliche Hand beim konventionellen Beschaffungsansatz für diesen Zweck häufig einen Kommunalkredit in Anspruch nimmt, wird die Investitionsmaßnahme innerhalb einer PPP-Struktur grundsätzlich von privater Seite vorfinanziert. Die Refinanzierung erfolgt über die periodischen Zahlungen der öffentlichen Hand. Die für das in der Regel aufgenommene Fremdkapital anfallenden Dauerschuldzinsen sind nach § 8 Nr. 1 GewStG bei der Ermittlung des Gewerbeertrags wieder zur Hälfte hinzuzurechnen.

Für den Fall, dass die private Projektgesellschaft eine bestehende oder zukünftige Entgeltforderung für ihre Leistungen gegenüber der öffentlichen Hand zu Beginn der Laufzeit an eine Bank veräußert, stellt sich die Frage, welche gewerbsteuerliche Auswirkungen dies haben würde. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob es sich bei dem zugrundeliegenden Forderungsverkauf um eine echte oder unechte Forfaitierung handelt.

Im Falle einer unechten Forfaitierung kauft die Bank zwar die Forderungen an, übernimmt jedoch nicht das Risiko für die Einbringlichkeit (Bonitätsrisiko) der eingekauften Forderungen. Die Zahlung des Kaufpreises stellt dann nur eine Vorfinanzierung dar, bei der sich lediglich auf der Aktivseite der Bestand an flüssigen Mitteln ändert, während die Darlehensverbindlichkeit auf der Passivseite bestehen bleibt. Somit sind mit einer unechten Forfaitierung keine positiven gewerbsteuerlichen Effekte verbunden.

Unter einer echten Forfaitierung versteht man demgegenüber, wenn die Bank das Ausfallrisiko der Forderungen übernimmt, wobei der Veräußerer lediglich hinsichtlich der erbrachten bzw. zu erbringenden Leistungen in der Verantwortung verbleibt¹²²⁸. Wie im Fall der unechten Forfaitierung erhöht sich durch den Verkauf der Forderungen bei der Projektgesellschaft der Bestand an flüssigen Mitteln. Die ehemalige Darlehensverbindlichkeit auf der Passivseite besteht hingegen nicht mehr. Aufgrund des handelsrechtlichen Realisationsprinzips (§ 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB) ist stattdessen bei der Projektgesellschaft ein passiver Rechnungsabgrenzungsposten in Höhe des für die Forderungsabtretung erzielten Kaufpreises zu bilden, der entsprechend der Laufzeit des PPP-Vertrages linear aufgelöst wird. Die hälftige Hinzurechnung von Dauerschuldzinsen zum Gewerbeertrag entfällt somit, was sich für die Projektgesellschaft entlastend auswirkt. In der Praxis lässt sich eine Bank bisher allerdings häufig nur auf eine echte Forfaitierung ein, wenn sie einredefreie Forderungen gegenüber der öffentlichen Hand erwerben kann. Insofern würde hierdurch ein wesentlicher Vorteil einer PPP-Gestaltung, bei der die öffentliche Hand von Risiken befreit wird, wieder verloren gehen. Wir erwarten jedoch, dass sich die Banken im Zuge einer zunehmenden Weiterentwicklung von PPP-Vertragsstrukturen auch vermehrt bereit finden werden, das Risiko einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung des privaten Partners zu tragen.

Ein weiteres steuerliches Problem im Hinblick auf die Finanzierung einer Investition im Hochbaubereich kann sich bei Projektgesellschaften mit Beteiligung der öffentlichen Hand¹²²⁹ aufgrund von § 8 a Abs. 1 Nr. 2 KStG ergeben. Von den Finanzierungsbedingungen her könnte es sich im Einzelfall als günstig erweisen, wenn die öffentliche Hand als Gesellschafter der Projektgesellschaft einen Kredit zu Kommunalkonditionen aufnimmt und diesen an die Projektgesellschaft weiterleitet. Die Regelung des § 8 a Abs. 1 Nr. 2 KStG zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung beeinträchtigt jedoch eine solche Art der Finanzierung, da die öffentliche Hand außerhalb von Betrieben gewerblicher Art steuerlich nicht veranlagt wird. Soweit das Fremdkapital das Eineinhalbfache des anteiligen Eigenkapitals übersteigt, würden die Zinszahlungen im Grundsatz als verdeckte Gewinnausschüttungen gewertet werden, was dazu führen würde, dass die Projektgesellschaft sie nicht als Betriebsausgaben abziehen könnte und sich damit das zu versteuernde Einkommen der Gesellschaft entspre-

¹²²⁸ Unter echter Forfaitierung versteht man einen Forderungsverkauf, bei dem der Veräußerer nur noch für den rechtlichen Bestand, nicht für die Bonität haftet, vgl. Schmidt, Einkommensteuergesetz, § 5 Rn. 270.

¹²²⁹ Dabei würde es sich allerdings um eine Abwandlung der sonstigen, im Rahmen dieser Stellungnahme von uns behandelten PPP-Modell-Strukturen handeln, bei denen wir durchgängig von rein privaten Gesellschaften als Vertragspartner der öffentlichen Hand ausgehen. Allerdings ist der Aspekt der Beteiligung der öffentlichen Hand an einer Projektgesellschaft Gegenstand von Vertragsmodell VII.

chend erhöhen würde. Ferner wäre auf die verdeckte Gewinnausschüttung grundsätzlich Kapitalertragsteuer abzuführen. Eine verdeckte Gewinnausschüttung ist nicht anzunehmen, soweit die Gesellschaft die Mittel zu sonst gleichen Umständen von einem fremden Dritten hätte erhalten können.

Ferner ist Folgendes zu bemerken: Im Zusammenhang mit einer Gesellschafter-Fremdfinanzierung durch ausländische Gesellschaften stellte der EuGH in der sog. Lankhorst-Hohorst-Entscheidung¹²³⁰ fest, dass sich § 8 a Abs. 1 im Widerspruch zu Art. 43 des EG-Vertrags befindet. Eine Entscheidung des deutschen Gesetzgebers, welche Konsequenzen aus der Entscheidung des EuGH gezogen werden, steht gegenwärtig noch aus. Nach einem Kabinettsbeschluss vom 13. August 2003 zur Umsetzung der Protokollerklärung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz (sog. Korb II) soll sich der Anwendungsbereich von § 8 a KStG künftig jedoch auf alle Kapitalgesellschaften erstrecken. Damit würden zukünftig alle Kapitalgesellschaften den gleichen Belastungen nach § 8 a KStG unterworfen.

Unter Kap. 8.3 wird für einzelne definierte PPP-Vertragstypen die jeweilige bilanzrechtliche und ertragsteuerliche Behandlung dargestellt.

8.2.2 Grundsätzliche umsatzsteuerliche Rahmenbedingungen eines PPP-Projektes

8.2.2.1 Grundsätzliche umsatzsteuerliche Behandlung eines PPP-Projektes

Umsatzsteuerlich sind PPP-Projekte grundsätzlich wie folgt zu beurteilen:

Nach dem dieser Untersuchung zugrundeliegenden funktionalen PPP-Begriffsverständnis tritt die öffentliche Hand als Besteller von Leistungen des öffentlichen Hochbaus auf, wobei es einem privaten Partner obliegt, innerhalb einer vorgegebenen Output-Spezifikation und einer vertraglich festgelegten Risikoverteilung die Bereiche Planung, Errichtung (bzw. ggf. Sanierung), Finanzierung und Betrieb als integrierte Leistung zu erbringen. Ggf. wird in diesem Zusammenhang der öffentlichen Hand zudem auch das zivilrechtliche bzw. wirtschaftliche Eigentum an einer Immobilie verschafft. Insofern kommt es zwischen öffentlicher Hand und dem privaten Partner zu Leistungsbeziehungen, die umsatzsteuerlich relevant sind.

§ 1 UStG bestimmt, dass Lieferungen und sonstige Leistungen, die ein Unternehmer im Inland gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens durchführt, der Umsatzsteuer unter-

¹²³⁰ EuGH, Urteil vom 12. Dezember 2002 – Rs C-324/00.

liegen. Der Regelsteuersatz bei der Umsatzsteuer beträgt derzeit gemäß § 12 Abs. 1 UStG 16%. Unternehmer im Sinne von § 2 Abs. 1 UStG ist, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig ausübt. Das Unternehmen umfasst die gesamte gewerbliche oder berufliche Tätigkeit des Unternehmers. Gewerblich oder beruflich ist jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehlt. Im Rahmen dieser Abhandlung wird davon ausgegangen, dass der private Partner als Unternehmer gegenüber der öffentlichen Hand grundsätzlich steuerbare Leistungen erbringt. Diese Leistungen sind auch steuerpflichtig, es sei denn, sie sind nach § 4 UStG steuerbefreit.

Der private Unternehmer kann Umsatzsteuer, die von einem anderen Unternehmen für gegenüber ihm erbrachte Leistungen in Rechnung gestellt worden sind, grundsätzlich als Vorsteuer geltend machen. Vom Vorsteuerabzug ausgeschlossen sind jedoch Lieferungen und sonstige Leistungen an ihn, die er zur Ausführung steuerfreier Umsätze verwendet (§ 15 Abs. 2 UStG).

Die öffentliche Hand wiederum als Empfänger der Leistung ist eine juristische Person des öffentlichen Rechtes (z.B. eine Kommune). Als solche erfüllt sie nach § 2 Abs. 3 UStG nur im Rahmen ihrer Betriebe gewerblicher Art gemäß § 4 KStG und ihrer land- und forstwirtschaftlichen Betriebe die Unternehmereigenschaft.

Innerhalb dieser Abhandlung wird von Hochbaumaßnahmen ausgegangen, die von der öffentlichen Hand als Besteller zur Erfüllung von Aufgaben, die ihr aufgrund ihrer hoheitlichen Gewalt¹²³¹ obliegen, initiiert werden (z.B. Schulen, Gefängnisse oder Verwaltungsgebäude). § 4 Abs. 5 KStG stellt fest, dass zu den Betrieben gewerblicher Art nicht Betriebe gehören, die überwiegend der Ausübung öffentlicher Gewalt dienen. Die öffentliche Hand wird damit in vorstehenden Sachverhalten regelmäßig nicht unternehmerisch im Sinne des UStG tätig. Insofern erfüllt die öffentliche Hand als Besteller von Hochbauleistungen nicht die Unternehmereigenschaft. Sie führt in dieser Funktion zwar selbst keine steuerbaren Tätigkeiten aus, ist damit jedoch auch nicht zum Vorsteuerabzug nach § 15 UStG berechtigt.

Führt also ein privater Unternehmer im Rahmen eines PPP-Projektes eine Leistung an die öffentliche Hand durch und ist die Leistung steuerpflichtig, hat letztendlich die öffentliche

¹²³¹ Nach ständiger Rechtsprechung des BFH wird öffentliche (=hoheitliche) Gewalt im Sinne des § 4 Abs. 5 Satz 1 KStG durch Tätigkeiten ausgeübt, die den juristischen Personen des öffentlichen Rechtes als Träger der öffentlichen Gewalt "eigentümlich und vorbehalten" sind (vgl. z.B. BFH, Urteile vom 30. Juni 1988, BStBl 1988, Teil II, S. 910, oder vom 21. September 1989, BStBl 1990, Teil II, S. 95).

Hand als Nutzer diese Steuer zu tragen, da sich die Leistung des Privaten dementsprechend verteuert. Handelt es sich andererseits nach § 4 UStG bei der Leistung um einen steuerfreien Umsatz, steht dem Privaten wiederum kein Vorsteuerabzug zu (§ 15 Abs. 2 UStG). Es ist ihm auch nicht möglich, die Option nach § 9 Abs. 1 UStG wahrzunehmen und auf eine Steuerbefreiung zu verzichten. Ein solcher Verzicht ist nur dann zulässig, wenn Leistungen an andere Unternehmer ausgeführt werden (§ 9 Abs. 1 UStG). Diese Voraussetzung ist mit der öffentlichen Hand als Leistungsempfänger nicht gegeben. Insofern wird der Private in seiner Kalkulation berücksichtigen, dass er keinen Vorsteuerabzug vornehmen kann.

Die umsatzsteuerliche Behandlung der einzelnen Leistungen hängt von der jeweiligen Ausgestaltung der einzelnen PPP-Vertragstypen ab. Hierauf wird in einem späteren Abschnitt eingegangen.

8.2.2.2 Bedeutung eines Personalübergangs von der öffentlichen Hand auf eine private Projektgesellschaft für die Umsatzsteuerbelastung

In der Regel ist mit der Durchführung einer Hochbaumaßnahme durch einen privaten Partner verbunden, dass während der Laufzeit des PPP-Vertrages einzelne Betreiberleistungen nicht mehr durch öffentliche Bedienstete, sondern durch Personal oder Nachunternehmer des privaten Partners erfüllt werden. Dies führt grundsätzlich zu einer Mehrbelastung durch Umsatzsteuer auf Leistungsbestandteile (Wertschöpfung durch Einsatz des Faktors Arbeit), die nicht mehr von der öffentlichen Hand selbst erbracht werden.

Es ist aber zu erwarten, dass die öffentliche Hand bei der Vergabe einer Leistung über einen PPP-Vertrag in vielen Fällen einem Privaten auferlegen wird, auch bisher von ihr beschäftigtes Personal einzusetzen. Wird das Personal arbeitsrechtlich auf den Privaten übertragen und von diesem entlohnt, erhöht sich das Entgelt für die Betriebsleistungen. Dies führt im Fall steuerpflichtiger Leistungen zu einer entsprechenden Mehrbelastung der öffentlichen Hand mit Umsatzsteuer. Aus umsatzsteuerlicher Sicht könnte es daher vorteilhaft sein, wenn dieses Personal weiterhin bei der öffentlichen Hand verbleibt und von ihr auch entlohnt wird, jedoch dem Privaten bei der Erstellung seiner Leistung zur Seite steht (sog. Beistellung). Die Personalbeistellung wäre nicht Bestandteil des umsatzsteuerlichen Leistungsaustausches, so dass sie zu keiner Mehrbelastung für die öffentliche Hand führt. Ein solches Vorgehen erfordert auch eine genaue Prüfung der vergabe-¹²³², dienst- und arbeitsrechtlichen Aspekte.

¹²³² Vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. April 2003 - Verg 67/02.

Was die umsatzsteuerliche Behandlung anbetrifft, hat sich das BMF kürzlich in einem Schreiben vom 30.1.2003 zur Frage der Beistellung von Personal zu sonstigen Leistungen geäußert¹²³³. Danach setzt eine nicht steuerbare Beistellung von Personal des Auftraggebers voraus, dass das Personal nur im Rahmen der Leistung des Auftragnehmers für den Auftraggeber eingesetzt wird. Der Einsatz von Personal des Auftraggebers für Umsätze des Auftragnehmers an Drittkunden muss vertraglich und tatsächlich ausgeschlossen sein. Der Auftragnehmer hat dies sicherzustellen und trägt hierfür die objektive Beweislast. Die Entlohnung des überlassenen Personals muss weiterhin ausschließlich durch den Auftraggeber erfolgen. Ihm allein muss auch grundsätzlich das Weisungsrecht obliegen. Dies kann nur in dem Umfang eingeschränkt und auf den Auftragnehmer übertragen werden, soweit es zur Erbringung der Leistung erforderlich ist.

Insofern ist im konkreten Einzelfall jeweils zu überprüfen, ob sich eine Beistellung von Personal des Auftraggebers öffentliche Hand so gestalten lässt, dass sie zu den gewünschten umsatzsteuerlichen Ergebnissen führt und gleichzeitig den Ansprüchen einer effizienten PPP-Projektstrukturierung genügt. Von besonderer Bedeutung ist, dass dabei nicht die originären Vorteile einer PPP (Effizienzgewinne) verloren gehen. Dies impliziert ggf. auch, dass der Private in dem Maße, in dem sich der bestehende Personalbestand bei der öffentlichen Hand durch natürliche Fluktuation reduziert, eigenes Personal einstellt oder Dritte beauftragt, auch wenn sich hierdurch die Umsatzsteuerbelastung im Zeitablauf wieder erhöht. Letztendlich soll die Entscheidung für ein Organisationsmodell nicht hauptsächlich nach steuerlichen, sondern nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten getroffen werden. Zu den betriebswirtschaftlichen Aspekten zählt allerdings auch die Steuerbelastung.

8.2.2.3 Umsatzsteuerliche Auswirkungen in Abhängigkeit von der gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung auf Seiten des privaten Leistungserstellers

Aus organisatorischer Sicht bietet es sich bei PPP-Vorhaben an, dass der private Partner seine Leistungserstellung über eine Projektgesellschaft (Einzweckgesellschaft, auch Special Purpose Company "SPC" genannt) abwickelt. Dies ist insbesondere dann sinnvoll, wenn sich mehrere Private, die unterschiedliche Kernkompetenzen der gegenüber der öffentlichen Hand zu erbringenden Leistungsbestandteile abdecken, zusammenschließen. Durch einen solchen Zusammenschluss wird der eingangs dargestellte integrative PPP-Ansatz erst ermöglicht. In diesem Fall erbringen die Gesellschafter ihre einzelnen Leistungen gegenüber

¹²³³ Veröffentlicht in UR 2003, S. 152.

der Projektgesellschaft, während die Projektgesellschaft die (integrierte PPP-) Leistung an die öffentliche Hand erbringt.

Die Leistungsbeziehungen zwischen der Projektgesellschaft und den einzelnen Gesellschaftern sind jedoch grundsätzlich umsatzsteuerbar und umsatzsteuerpflichtig. Dies wirkt sich insbesondere dann aus, wenn die Projektgesellschaft gegenüber der öffentlichen Hand steuerbefreite Leistungen (z.B. Vermietung und Verpachtung eines Grundstücks) erbringt und sie deshalb nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt ist. In einem solchen Fall kommt es zu einer definitiven Belastung des Projektes mit der auf Umsätze zwischen den Gesellschaftern und der Projektgesellschaft anfallenden Umsatzsteuer. Wirtschaftlich entsteht hierdurch eine Mehrbelastung auf die nicht mit Vorsteuer belasteten Kosten (insbesondere Personalkosten).

8.2.2.3.1 Anwendung einer umsatzsteuerlichen Mehrmütter-Organschaft

Es stellt sich die Frage, ob nicht durch eine umsatzsteuerliche Organschaft das vorstehend dargestellte Problem gelöst werden kann.

Nach § 2 Abs. 2 UStG liegt eine Organschaft vor, wenn eine juristische Person eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit, durch die eine umsatzsteuerliche Unternehmereigenschaft begründet wird, nicht selbständig ausübt und nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in das Unternehmen eines Organträgers eingegliedert ist. Der Leistungsaustausch zwischen Organträger und Organgesellschaft unterliegt nicht der Umsatzsteuer. Der sich hieraus ergebende Vorteil ist, dass lediglich für bezogene Leistungen außerhalb der internen Wertschöpfungskette eine Umsatzsteuerbelastung stattfindet.

Finanzielle Eingliederung bedeutet in diesem Zusammenhang, dass der Organträger über eine entscheidende kapitalmäßige Beteiligung an der Organgesellschaft verfügt, die es ihm ermöglicht, im Rahmen der Willensbildung der Organgesellschaft seinen eigenen Willen durchzusetzen¹²³⁴. Eine wirtschaftliche Eingliederung wiederum liegt vor, wenn die Organgesellschaft gemäß dem Willen des Unternehmers im Rahmen des Gesamtunternehmens, und zwar in engem wirtschaftlichen Zusammenhang mit diesem, es fördernd und ergänzend, wirtschaftlich tätig ist¹²³⁵. Das Erfordernis der organisatorischen Eingliederung soll sicherstellen, dass das Organ den Willen des Unternehmers auch tatsächlich durchführt.

¹²³⁴ Vgl. BFH, Urteil vom 14. Dezember 1978, BStBl 1979, Teil II, S. 288.

¹²³⁵ Vgl. BFH, Urteil vom 22. Juni 1967, BStBl 1967, Teil III, S. 715.

Inwieweit die einzelnen Voraussetzungen für die Eingliederung im Einzelfall tatsächlich erfüllt sind, lässt sich nur individuell anhand des jeweiligen Einzelfalls beurteilen. Es ist aber auch nicht erforderlich, dass alle drei Eingliederungsmerkmale gleichermaßen ausgeprägt sind. Eine Organschaft kann auch gegeben sein, wenn die Eingliederung auf einem dieser drei Gebiete nicht vollkommen, dafür aber auf den anderen Gebieten um so eindeutiger ist, so dass sich die Eingliederung aus "dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse" (§ 2 Abs. 2 UStG) ergibt (vgl. auch UStR, Abschnitt 21, Abs. 1).

Ist eine Projektgesellschaft Tochter nur eines Unternehmens, das steuerbare Leistungen erbringt, kann durch eine umsatzsteuerliche Organschaft erreicht werden, dass zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft nur Innenumsätze vorliegen, die nicht mit Umsatzsteuer belastet sind.

Schließen sich jedoch mehrere Unternehmen zur Umsetzung eines PPP-Projektes gesellschaftsrechtlich zusammen, halten die einzelnen Unternehmen nur entsprechende quotale Anteile an der Projektgesellschaft, d.h. die einzelnen Unternehmen verfügen in der Regel nicht alleine über die Mehrheit der Stimmrechte an einer Kapitalgesellschaft. Wie oben dargestellt, käme es dann im Verhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft zu einer definitiven Belastung mit Umsatzsteuer. Für einen solchen Fall kommt eine sog. "umsatzsteuerliche Mehrmütter-Organschaft" zur Minderung der Umsatzsteuerbelastung in Betracht.

In der Literatur wird die Mehrmütter-Organschaft teilweise im Umsatzsteuerrecht anerkannt¹²³⁶. Die umsatzsteuerliche Mehrmütter-Organschaft lässt sich durch den Zusammenschluss mehrerer (Gesellschafter-) Unternehmen im Rahmen einer GbR zur gemeinsamen Beherrschung einer Kapitalgesellschaft erreichen. Allerdings kann nach bisheriger Auffassung die umsatzsteuerliche Organschaft nur zwischen der GbR als Organträger und der Organgesellschaft erreicht werden, wobei nicht erforderlich ist, dass die GbR selbst Gesellschafter der Organgesellschaft wird. Somit finden nur die Umsätze zwischen der GbR und der Organgesellschaft innerhalb des Organkreises statt und sind als Innenumsätze nicht steuerbar. Die Gesellschafter der Organgesellschaft stehen dabei jedoch außerhalb des Organkreises. Umsätze zwischen den Gesellschaftern und der GbR oder den Gesellschaftern und der Organgesellschaft bleiben dann steuerbare und im Zweifel steuerpflichtige Außenumsätze, womit das oben dargestellte Problem ungelöst bleibt. Ein betriebswirtschaftlich sinnvolles Organisationsmodell mit der Etablierung einer Kernkompetenzen verschiede-

¹²³⁶ Menner/Broer, Umsatzsteuerberater 2000, S. 241.

ner Gesellschafter bündelnden Projektgesellschaft (integrativer PPP-Ansatz) würde sich damit aus umsatzsteuerlicher Sicht als nicht vorteilhaft herausstellen.

Menner/Broer vertreten demgegenüber die Ansicht, dass mit der Rechtsprechung des BFH aus dem Jahre 1999 zur gewerbesteuerlichen Mehrmütter-Organschaft¹²³⁷ auch entsprechende Schlussfolgerungen für die Umsatzsteuer verbunden sind¹²³⁸. In dem genannten Urteil hat sich der BFH auf den Standpunkt gestellt, dass die Beteiligungen der lediglich zur einheitlichen Willensbildung in einer GbR zusammengeschlossenen Gesellschaften an der nachgeschalteten Organgesellschaft unmittelbar den Muttergesellschaften (auch wenn deren Einzelbeteiligungen unter 50% liegen) zuzurechnen sind (sog. Lehre von der mehrfachen Abhängigkeit). Die Organschaft bestehe sonach zu den Muttergesellschaften und nicht zu der GbR. Aus Sicht von Menner/Broer sprächen der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte und der Zweck der Organschaftsregelungen dafür, dass die vom BFH entwickelten Grundsätze auch im Umsatzsteuerrecht gelten. Die Regelungen über die Organschaft seien, soweit sich aus den Normtexten nichts anderes ergebe, grundsätzlich gleich auszulegen¹²³⁹.

Eine Übertragung der BFH-Rechtsprechung auf die Umsatzsteuer würde grundsätzlich eine unmittelbare Mehrmütter-Organschaft zwischen Organgesellschaft und deren Gesellschaftern ermöglichen. Die Innenumsätze zwischen den einzelnen Gesellschaftern (Organträgern) und der Organgesellschaft wären dann nicht steuerbar. 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.

Allerdings muss festgestellt werden, dass die von den Autoren genannte Auffassung bisher in der Rechtsprechung noch nicht explizit bestätigt worden ist. Auch die Finanzverwaltung hat zur Frage der umsatzsteuerlichen Mehrmütterorganschaft im Umsatzsteuerrecht noch nicht Stellung genommen. Ein Verwaltungsschreiben, dass das vorgenannte BFH-Urteil für die umsatzsteuerliche Beurteilung entsprechend gilt, würde daher zu mehr Rechtsicherheit beitragen.

¹²³⁷ Vgl. BFH, Urteil vom 9. Juni 2000, BStBl 2000, Teil II, S. 695.

¹²³⁸ Menner/Broer, Umsatzsteuerberater 2000, 241 ff. Vgl. auch Schumann: Die Organschaft - Körperschaftsteuer, Umsatzsteuer, Gewerbesteuer, einzelne Steuern, S. 120, der ebenfalls davon spricht, dass sich durch das Urteil "sicher auch Auswirkungen auf die Umsatzsteuer ergeben".

¹²³⁹ Menner/Broer, Umsatzsteuerberater 2000, 241 (247).

8.2.2.3.2 Beiträge der Gesellschafter an die Projektgesellschaft

Aufgrund der beschriebenen Unsicherheiten bezüglich einer Gestaltung einer umsatzsteuerlichen "Mehrmütter-Gesellschaft" stellt sich die Frage nach Alternativen, wie eine Umsatzsteuerbelastung der Transaktionen zwischen der Projektgesellschaft und ihren Gesellschaftern soweit als möglich vermieden werden kann. Hierbei kommt insbesondere in Betracht, dass die Gesellschafter Gegenstände im Wege der Sacheinlage in die Gesellschaft einlegen oder der Gesellschaft Arbeitsmittel, Personal oder sonstige Leistungen zur Verfügung stellen und hierfür entweder eine feste Beteiligung am Gewinn oder eine sich am Umfang der tatsächlich erbrachten Leistungen orientierende Vergütung erhalten.

Sacheinlagen eines Gesellschafters sind nach Verwaltungsauffassung dann umsatzsteuerbar, wenn es sich um Lieferungen und Leistungen im Rahmen seines Unternehmens handelt und keine Geschäftsveräußerung im Sinne des § 1 Abs. 1 a UStG vorliegt (UStR Abschnitt 6 Abs. 2). Nach dieser Ansicht würde der Gesellschafter Umsatzsteuer schulden, die Gesellschaft dürfte diese aber nicht als Vorsteuer abziehen, sofern sie steuerfreie Leistungen an die öffentliche Hand erbringt. Allerdings ist gegenwärtig beim EuGH ein Verfahren anhängig, in dem es grundsätzlich darum geht, ob Sacheinlagen tatsächlich als umsatzsteuerbare Leistungen anzusehen sind¹²⁴⁰. Insofern bleibt abzuwarten, in welche Richtung die weitere Entwicklung in diesem Bereich gehen wird.

Nach ständiger Rechtsprechung des BFH richtet sich die umsatzsteuerliche Behandlung von Leistungen der Gesellschafter an die Gesellschaft danach, ob es sich um Leistungen handelt, die gegen Entgelt ausgeführt werden und damit auf einen Leistungsaustausch gerichtet sind, oder um Leistungen, die als Gesellschafterbeitrag durch die Beteiligung am Gewinn und Verlust der Gesellschaft abgegolten werden¹²⁴¹. Steuerbare entgeltliche Leistungen sind gegeben, wenn sie auf konkreten Leistungsbeziehungen der Gesellschafter zur Gesellschaft beruhen, die auf den Austausch der Gesellschafterleistungen gegen Entgelt gerichtet sind¹²⁴². Zwischen der erbrachten Leistung und dem hierfür erhaltenen Gegenwert muss ein unmittelbarer Zusammenhang bestehen. So stellen z.B. nach einem jüngsten BFH-Urteil vom 6. Juni 2002¹²⁴³ auch Geschäftsführungs- und Vertretungsleistungen der Gesellschafter

¹²⁴⁰ Vorlagebeschluss des BFH vom 27. September 2001, BFH/NV 2002, S. 143.

¹²⁴¹ Vgl. BFH, Urteil vom 8. November 1995, BStBl 1996, Teil II, S. 114, und UStR Abschnitt 6 Abs. 3.

¹²⁴² Vgl. BFH, Urteil vom 10. Mai 1990, BStBl 1990, Teil II, S. 757, bei dem eine Gewinnverteilung, die sich nach der Menge der jeweils gelieferten Kartoffeln bemisst, als Entgelt für die Lieferungen der Gesellschafter angesehen wurde.

¹²⁴³ Vgl. BFH, Urteil vom 06. Juni 2002, BFH/NV 2002, S. 1268.

an die Gesellschaft umsatzsteuerbare Leistungen dar, wenn die Leistungen gegen (Sonder-)Entgelt ausgeführt werden.

Fehlt dieser Zusammenhang, handelt es sich um einen nicht steuerbaren Gesellschafterbeitrag. Insbesondere selbständige Arbeitsgemeinschaften im Baugewerbe organisieren sich häufig so, dass gesellschaftsrechtlich festgelegt wird, welche Leistungen (z.B. Vermietung von Geräten und Maschinen, Gestellung von Arbeitnehmern) durch welche Partner zu erbringen sind, die dann lediglich durch anteilmäßige Beteiligung am Gewinn und Verlust abgegolten werden. Da ein Bauunternehmer als Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft dieser in der Regel aus unternehmerischen Gründen unentgeltlich Baumaschinen zur Verfügung stellt (vgl. UStR Abschnitt 6, Abs. 4 Nr. 2), dürfte es sich bei der unentgeltlichen Nutzungsüberlassung auch nicht um eine unentgeltliche Wertabgabe nach § 3 Abs. 9 a UStG handeln, d.h. die Leistung ist mangels Entgelt nicht steuerbar.

Kommt es jedoch gegenüber einer Projektgesellschaft nach § 3 Abs. 1b Nr. 3 UStG zu einer unentgeltlichen Zuwendung eines Gegenstandes, der in der Vergangenheit zum Vorsteuerabzug berechtigt hat, wird eine solche Zuwendung wie eine entgeltliche Leistung behandelt. Die Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer ermittelt sich in diesem Fall nach § 10 Abs. 4 Nr. 1 UStG. Die vorstehenden Ausführungen dürften grundsätzlich auch auf die hier behandelten Projektgesellschaften Anwendung finden. Allerdings bedarf es hierzu einer sorgfältigen Gestaltung, die auch mit entsprechenden Transaktionskosten verbunden sein kann.

8.2.2.4 Zuwendungen an die Projektgesellschaft

Ein weiteres wichtiges Thema ist, wie Zuwendungen an den PPP-Auftragnehmer umsatzsteuerlich zu behandeln sind. Zuwendungen können an den Auftragnehmer vom Auftraggeber oder einem Dritten gewährt werden. Zahlungen unter den Bezeichnungen "Zuwendung, Zuschuss, Beihilfe, Prämie, Ausgleichsbetrag u.ä." (Zuschüsse) können umsatzsteuerrechtlich

1. Entgelt für eine Leistung an den Zuschussgeber (den Zahlenden),
2. (zusätzliches) Entgelt eines Dritten oder
3. ein echter, nicht steuerbarer Zuschuss sein.

Maßgeblich ist, ob die Zuwendung - unabhängig davon, ob diese vom Auftraggeber oder von Dritter Seite erfolgt - bei wertender Betrachtung die Gegenleistung für eine vom Auftragnehmer zu erbringende Leistung darstellt. In diesem Fall wäre die Zuwendung als Entgelt zu

werten und bei der Ermittlung der umsatzsteuerlichen Bemessungsgrundlage zu berücksichtigen. Wird dagegen die Zuwendung zwar zur Förderung eines bestimmten Zwecks geleistet, aber steht es dem Empfänger frei, wie er die Zahlung zur Förderung des Zweckes einsetzt, so ist ein Leistungs-Gegenleistungsverhältnis in der Regel zu verneinen. Es liegt in diesen Fällen ein echter Zuschuss und damit ein nicht steuerbarer Zuschuss vor. Die Finanzverwaltung geht in Abschnitt 150 UStR näher auf die Abgrenzung zwischen Entgelt, Entgelt von dritter Seite und Zuschuss ein. Eine abschließende umsatzsteuerliche Beurteilung der jeweiligen Zuwendung ist erst im konkreten Einzelfall möglich.

8.2.3 Grundsätzliche Behandlung von Grundsteuer und Grunderwerbsteuer

8.2.3.1 Grundsätzliche Behandlung von Grundsteuer¹²⁴⁴

Steuergegenstand der Grundsteuer ist nach § 2 GrStG der Grundbesitz im Sinne des Bewertungsgesetzes, wobei hierunter bei PPP-Projekten im Hochbaubereich insbesondere Grundstücke im Sinne der §§ 68, 70 BewG zu subsumieren sind (diesen stehen die in § 99 Abs. 1 Nr. 1 des Bewertungsgesetze bezeichneten Betriebsgrundstücke gleich). Der grundsteuerlichen Behandlung eines PPP-Projektes kommt im Hinblick auf dessen Wirtschaftlichkeit im Vergleich zum konventionellen Beschaffungsansatz Bedeutung zu¹²⁴⁵. Dies ergibt sich aus der unterschiedlichen grundsteuerlichen Beurteilung, ob der Grundbesitz einem Privaten oder der öffentlichen Hand zur Erfüllung ihrer Aufgaben zuzurechnen ist.

Die Bemessungsgrundlage für die Grundsteuer bildet nach § 13 Abs. 1 Satz 2 GrStG der vom Lagefinanzamt (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 AO) gesondert festgestellte Einheitswert des Grundbesitzes. Der Einheitswert wird in den alten Bundesländern nach den Bewertungsgrundsätzen des Ertragswertverfahrens (§ 78 - § 82 BewG) festgelegt, wenn der gemeine Wert auf Grundlage einer Jahresrohmiete (Wertverhältnisse zum 1.1.1964) ermittelt werden kann. Der Wert eines Grundstücks ist gemäß § 76 Abs. 1 BewG für Mietwohn-, Geschäfts- und gemischt genutzte Grundstücke sowie bei Ein- und Zweifamilienhäuser grundsätzlich nach dem Ertragswertverfahren zu ermitteln.

Da die charakteristischen Wertmerkmale bebauter Grundstücke zwischen den einzelnen Grundstücksarten sehr unterschiedlich sind, kann das Ertragswertverfahren nicht auf alle Grundstücke angewandt werden. Für die sonstigen bebauten Grundstücke ist deshalb nach § 76 Abs. 2 BewG der Wert im Wege des Sachwertverfahrens (§ 83 - § 90 BewG) zu ermit-

¹²⁴⁴ Zum Thema vgl. auch Tipke/Lang: Steuerrecht, S. 544 - 552.

¹²⁴⁵ Im Hinblick auf die Bedeutung der Grundsteuer, vgl. auch Christen/Utech, Steuerliche Effekte bei privater Hochbaufinanzierung, S. 39.

teln. Beim Sachwertverfahren werden nach § 83 BewG der Bodenwert (§ 84 BewG), der Gebäudewert (§ 85 - 88 BewG) und der Wert der Außenanlagen (§ 89 BewG) zusammengesetzt. Der sich so ergebende Ausgangswert ist durch Anwendung einer Wertzahl gemäß § 90 BewG dem gemeinen Wert anzugleichen. Bei der Ermittlung des Gebäudewerts und des Werts der Außenanlagen wird aber von den durchschnittlichen Herstellkosten nach den Baupreisverhältnissen von 1958 ausgegangen, beim Bodenwert von den entsprechenden Richtwerten zum 1.1.1964.

Bei einigen PPP-Hochbaumaßnahmen (z.B. Schulen, JVA) dürfte nach der gegebenen Rechtslage eher das Sachwertverfahren zur Anwendung kommen, während bei Verwaltungsgebäuden in der Regel mehr für die Anwendung des Ertragswertverfahrens spricht. Welches Verfahren Anwendung findet, ist deshalb von Bedeutung, da eine Bewertung nach dem Sachwertverfahren in der Regel zu höheren Werten führt als diejenige nach dem Ertragswertverfahren.

Für das Grundvermögen in den neuen Bundesländern sind gemäß § 129 BewG die Einheitswerte nach den Wertverhältnissen vom 1.1.1935 maßgebend. Weitere Detailvorschriften finden sich unter §§ 129 - 133 BewG. Die Einheitswerte werden sowohl in den alten als auch in den neuen Bundesländern in der Regel einmalig und nur im Falle eines Neubaus oder bei Veränderungen am Grundstück (wie bei PPP-Hochbaumaßnahmen regelmäßig der Fall) neu festgestellt bzw. fortgeschrieben.

Als Basis für die grundsteuerliche Belastung haben die Lagefinanzämter nach § 13 Abs. 1 GrStG in Verbindung mit § 184 Abs. 1 Satz 1 AO einen Grundsteuermessbetrag festzusetzen. Die auf PPP-Hochbauprojekte anzuwendende Steuermesszahl beträgt gemäß § 15 Abs. 1 GrStG 3,5 von Tausend. Den Grundsteuermessbescheid gibt das Lagefinanzamt sowohl dem Adressaten (Steuerschuldner) als auch der Hebesatzberechtigten Gemeinde (siehe § 184 Abs. 3 AO) bekannt.

§ 25 GrStG räumt den Gemeinden das Recht ein, die Hebesätze für die Grundsteuer jährlich oder für mehrere Jahre zu bestimmen. Durch Anwendung des Hebesatzes auf den vom Lagefinanzamt festgesetzten Steuermessbetrag setzt die Gemeinde nach § 27 Abs. 1 Satz 1 GrStG die Grundsteuer fest.

Steuerschuldner der Grundsteuer ist nach § 10 Abs. 1 GrStG in Verbindung mit § 19 Abs. 3 Satz 2 BewG diejenige Person, der das Steuerobjekt bei der Feststellung des Einheitswerts

zugerechnet wird. Dabei ist § 39 AO zu beachten¹²⁴⁶. Danach erfolgt die Zurechnung im Regelfall auf den bürgerlich-rechtlichen Eigentümer. Fallen das bürgerlich-rechtliche Eigentum und das wirtschaftliche Eigentum jedoch auseinander, ist für die Zurechnung des Einheitswerts eines Grundstücks das wirtschaftliche Eigentum maßgeblich¹²⁴⁷. Wird ein Erbbaurecht an einem Grundstück eingeräumt, schuldet der Erbbauberechtigte die Grundsteuer nicht nur für das ggf. von ihm errichtete Gebäude, sondern für das gesamte Grundstück (§ 10 Abs. 3 GrStG). Anders als im Fall des Erbbaurechts bleibt der Grundstückseigentümer auch dann Schuldner der gesamten Grundsteuer, wenn das Grundstück mit einem Nießbrauch (§§ 1030 ff. BGB) belastet ist. Im Innenverhältnis zum Eigentümer hat der Nießbraucher die Grundsteuer allerdings zu tragen (§ 1047 BGB) und haftet dementsprechend gemäß § 11 Abs. 1 GrStG im Außenverhältnis persönlich für die Grundsteuer.

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 GrStG ist jedoch der Grundbesitz, der von einer inländischen juristischen Person des öffentlichen Rechts für einen öffentlichen Dienst oder Gebrauch benutzt wird, steuerbefreit. Unter öffentlichem Dienst oder Gebrauch wird dabei die hoheitliche Tätigkeit oder der bestimmungsgemäße Gebrauch durch die Allgemeinheit verstanden (§ 3 Abs. 2 GrStG)¹²⁴⁸. Der Grundbesitz muss dabei jedoch nach § 3 Abs. 1 Satz 2 GrStG der öffentlichen Hand als juristische Person des öffentlichen Rechts, die ihn für die begünstigten Zwecke benutzt, auch zuzurechnen sein. Insofern kommt bei Hochbauprojekten grundsätzlich nur dann eine Grundsteuerbefreiung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 GrStG zum Tragen, wenn der öffentlichen Hand das wirtschaftliche Eigentum am Grundbesitz zugeordnet werden kann.

Dies gilt bei den von uns betrachteten PPP-Modellen auch für Grundbesitz, der für Zwecke der Wissenschaft, des Unterrichts oder der Erziehung benutzt wird (relevant z.B. beim Neubau von Schulen), wenn der Benutzungszweck im Rahmen der öffentlichen Aufgaben liegt. Eine Grundsteuerbefreiung erfolgt nach § 4 Nr. 5 GrStG auch in diesem Fall nur dann, wenn der Grundbesitz ausschließlich demjenigen, der ihn benutzt (in den betrachteten PPP-Modellen ist dies regelmäßig die öffentliche Hand als Vertragspartner) oder einer juristischen Person des öffentlichen Rechts zuzurechnen ist.

¹²⁴⁶ Rössler/Troll, Bewertungsgesetz - Kommentar, § 19, Rn. 49.

¹²⁴⁷ Vgl. Troll, Grundsteuergesetz, § 3, Rn. 2, oder Tipke/Lang: Steuerrecht, S. 547.

¹²⁴⁸ Öffentlicher Dienst oder Gebrauch wäre nach § 3 Abs. 3 GrStG nicht anzunehmen bei Betrieben gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Sinne des Körperschaftsteuergesetzes.

Inwieweit also bei den unter Kap. 8.3. behandelten PPP-Vertragstypen Grundsteuer anfällt, hängt von der jeweiligen Vertragsstruktur und damit der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums am Grundvermögen ab. Lässt sich das wirtschaftliche Eigentum der öffentlichen Hand zuordnen, ist die zugrundeliegende Hochbaumaßnahme grundsteuerbefreit. Hält demgegenüber der Private neben dem zivilrechtlichen auch das wirtschaftliche Eigentum am Grundbesitz einer Hochbaumaßnahme, würde dies zu einer entsprechenden Grundsteuerbelastung führen.

8.2.3.2 Grundsätzliche Behandlung von Grunderwerbsteuer

Im Zusammenhang mit der Untersuchung der steuerrechtlichen Rahmenbedingungen von PPP-Hochbauprojekten im Vergleich zur konventionellen Realisierung einer Hochbaumaßnahme kommt einer Belastung mit Grunderwerbsteuer dann Bedeutung zu, wenn es im Hinblick auf das zugrunde liegende Grundstück zu einem Erwerbsvorgang zwischen der öffentlichen Hand und dem privaten Partner kommt. Grunderwerbsteuer fällt zwar auch an, wenn die öffentliche Hand oder ein Privater sich zunächst ein Grundstück von einem Dritten beschaffen müssen, doch sind solche Erwerbsvorgänge nicht als PPP-spezifisch zu betrachten und werden deshalb im Rahmen dieser Untersuchung nicht näher analysiert.

Ein Erwerbsvorgang im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG ist der Abschluss eines Kaufvertrags oder eines anderen Rechtsgeschäfts, das den Anspruch auf Übereignung begründet. Ein grunderwerbsteuerlicher Erwerbsvorgang liegt hier aber nur dann vor, wenn aus dem Vertrag auf die Erklärung der Auflassung (dingliche Einigung, §§ 873, 925 BGB) geklagt werden kann¹²⁴⁹. Geht der Auflassung hingegen kein Rechtsgeschäft voraus, das den Anspruch auf Übereignung begründet, stellt die Auflassung gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG selbst einen Erwerbsvorgang dar. Weiter unterliegen der Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 2 GrEStG auch Rechtsvorgänge, die es ohne Begründung eines Anspruchs auf Übereignung einem anderen rechtlich oder wirtschaftlich ermöglichen, ein inländisches Grundstück auf eigene Rechnung zu verwerten.

Unter Grundstücken versteht das Grunderwerbsteuergesetz dabei Grundstücke im Sinne des BGB (§ 2 Abs. 1 GrEStG). Erbbaurechte oder Gebäude auf fremden Boden stehen Grundstücken gleich (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 und 2 GrEStG).

Schließlich können auch gesellschaftsrechtliche Veränderungen einen grunderwerbsteuerlichen Tatbestand auslösen (bei Veränderung von 95% des Gesellschafterbestandes einer

¹²⁴⁹ Vgl. Hofmann/Hofmann: Grunderwerbsteuergesetz, § 1, Rn. 27.

Personengesellschaft innerhalb von 5 Jahren nach § 1 Abs. 2 a GrEStG oder bei einem Rechtsgeschäft zur Übertragung oder bei Vereinigung oder Übergang von Anteilen an einer Gesellschaft entsprechend den Bestimmungen von § 1 Abs. 3 GrEStG, wobei Voraussetzung für die Besteuerung die unmittelbare oder mittelbare Vereinigung von mindestens 95% der Anteile ist).

Die Grunderwerbsteuer beträgt nach § 11 GrEStG 3,5%. Die Steuer bemisst sich im Grundsatz nach dem Wert der Gegenleistung (§ 8 GrEStG). Bei einem Kauf ist dies gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG der Kaufpreis einschließlich der vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen und der dem Verkäufer vorbehaltenen Nutzungen. Gegenleistung für die Verpflichtung zur Bestellung eines Erbbaurechts ist die dafür vereinbarte Leistung, also der Kapitalwert (§ 13 BewG) der vereinbarten Erbbauzinsen und bei Bestellung gegen Einmalzahlung deren Wert. Zur Gegenleistung kann aber auch die Verpflichtung des Erbbauberechtigten gehören, ein Gebäude zu errichten und instand zu halten oder ein bestehendes Gebäude zu restaurieren, wenn die Substanz der aufstehenden Gebäude letztendlich dem Erbbaurechtsbesteller zugute kommen soll¹²⁵⁰.

Im Falle eines Erwerbsvorgangs im Sinne von § 1 Abs. 2 a und Abs. 3 GrEStG bestimmt sich die Bemessungsgrundlage nach § 138 Abs. 3 BewG. Für die Zwecke der Grunderwerbsteuer ist für bebaute Grundstücke eine gesonderte Bedarfswertermittlung nach § 146 BewG (Ertragswertverfahren)¹²⁵¹ oder bei nicht vermietungsfähigen Grundstücken (z.B. bei Spezialnutzungen) nach § 147 BewG (vereinfachtes Sachwertverfahren)¹²⁵² vorzunehmen.

Inwieweit und in welcher Höhe eine Grunderwerbsteuerliche Belastung bei einer PPP-Hochbaumaßnahme zum Tragen kommt, hängt von der konkreten Ausgestaltung des Projektes ab. Im Rahmen dieser Untersuchung analysieren wir in diesem Zusammenhang unter Kap. 8.3 einzelne PPP-Vertragsmodelle. Wir behandeln dort die Grunderwerbsteuer zum einen in ihrer Wechselwirkung zur Umsatzsteuer und zum anderen noch einmal gesondert.

¹²⁵⁰ Vgl. Hofmann/Hofmann: Grunderwerbsteuergesetz, § 9, Rn. 67.

¹²⁵¹ **Grundbesitzwert** = Jahres-Nettokaltmiete (oder ggf. übliche Miete) x Vervielfältiger 12,5 ./.. Alterswertminderung 0,5% p.a. seit Bezugsfertigkeit (max. 25%) + Zuschlag 20% für Ein-/Zweifamilienhäuser.

¹²⁵² Beim Sachwertverfahren sind der Wert des Grund und Bodens und der Wert des Gebäudes getrennt zu berechnen und anschließend zu addieren. **Wert Grund und Boden** = Bodenrichtwert (zum 1. Januar 1996) ./.. Abschlag 30%; **Wert des Gebäudes** = Bei Betriebsvermögen Steuerbilanzwert und bei Privatvermögen Anschaffungs- und Herstellungskosten ./.. AfA.

8.2.4 Klärung steuerrechtlicher Fragen im Prozessablauf unter Beachtung des Vergaberechts und des steuerlichen Verfahrensrechts

Steuerliche Fragestellungen haben auch Einfluss auf die Kalkulation und Vergabe von Angeboten für ein PPP-Projekt. Für einen Bieter ist es grundsätzlich nicht möglich, sein Angebot innerhalb eines Vergabeverfahrens im Hinblick auf die Anerkennung einer bestimmten steuerlichen Behandlung eines zugrundeliegenden Sachverhalts durch die Finanzbehörden unter Vorbehalt zu stellen. Ein Angebot hat vielmehr verbindlich zu erfolgen. Aus diesem Grunde kommt einer zuverlässigen steuerlichen Einschätzung des Sachverhaltes aus der Sicht des Bieters eine wesentliche Bedeutung zu. Da jedoch, wie insbesondere in der Folge unter Kap. 8.3. dargelegt wird, die steuerrechtliche Behandlung einzelner Vertragstypen nicht immer ohne die Unsicherheit einer abweichenden Einschätzung durch die Finanzbehörden möglich ist, stellt sich die Frage, inwieweit ein Bieter durch die Einholung einer verbindlichen Auskunft bei der für ihn zuständigen Finanzbehörde eine berechenbare Entscheidungsgrundlage für sein Angebot erlangen kann.

Das BMF hat in zwei Schreiben¹²⁵³ geregelt, dass die Finanzämter nach Maßgabe der einschlägigen Rechtsprechung nicht nur im Anschluss an steuerliche Außenprüfungen verbindliche Auskünfte über die steuerliche Beurteilung von genau bestimmten Sachverhalten erteilen können, wenn daran im Hinblick auf die erheblichen steuerlichen Auswirkungen ein besonderes Interesse besteht. Der Antrag auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft ist schriftlich bei dem Finanzamt zu stellen, das bei Verwirklichung des Sachverhalts voraussichtlich zuständig sein würde.

Die Erteilung einer verbindlichen Auskunft ist nur möglich, wenn der Sachverhalt genau bestimmt ist sowie umfassend und in sich abgeschlossen dargestellt wurde. Dabei muss es sich um einen ernsthaft geplanten Sachverhalt handeln. Die Erteilung einer verbindlichen Auskunft ist demgegenüber ausgeschlossen, wenn der Sachverhalt bereits verwirklicht ist. Inwieweit vor bzw. während eines Vergabeprozesses von den einzelnen Bietern verbindliche Auskünfte eingeholt werden können, wird in den Schreiben des BMF nicht thematisiert. Es ist daher in der Praxis nicht sicher, ob die Finanzbehörden eine verbindliche Auskunft bereits auf Basis eines Angebots im Vergabeverfahren erteilen. Dies gilt insbesondere für Angebote im Verhandlungsverfahren, die nicht abschließend beschreibbare Leistungen (z.B. bei einem "Ideenwettbewerb") betreffen. In diesen Fällen kann sich im Rahmen des Vergabeverfahrens der Leistungsumfang und damit der umzusetzende Sachverhalt ändern. Es ist daher fraglich,

¹²⁵³ Vgl. BMF-Schreiben vom 24. Juni 1987, BStBl 1987, Teil I, S. 474, geändert durch das Schreiben vom 21. Februar 1990, BStBl 1990, Teil I, S. 146.

ob die Finanzbehörden einem Antrag auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft stets entsprechen.

Dies ist insofern problematisch, als die kommunalaufsichtsrechtlichen Regelungen verschiedener Länder vorsehen, dass z.B. die Genehmigung von Kommunal-Leasingverträgen nur dann erfolgt, wenn der Leasingvertrag von der Finanzverwaltung steuerrechtlich überprüft wurde¹²⁵⁴. Folglich wäre es im Hinblick auf die Umsetzung von PPP-Vertragstypen hilfreich, wenn entsprechende steuerrechtliche Regelungen zur Erteilung einer verbindlichen Auskunft und das Vergaberecht aufeinander abgestimmt werden.

Bisher stehen noch Verfahrensregeln einer solchen Vorgehensweise entgegen. In einem Merkblatt des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen bezüglich der Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums beim Kommunalleasing (vgl. Kap. 8.3.3), das inhaltlich mit den obersten Finanzbehörden des Bundes und anderer Länder abgestimmt ist¹²⁵⁵ und vom Bayerischen Staatsministerium veröffentlicht wurde¹²⁵⁶, wird die Zuständigkeit für die Entscheidung der Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums im konkreten Einzelfall dem Finanzamt zugewiesen, das für den Leasing-Geber (also einem privaten Partner) zuständig ist - wobei die Beurteilung durch dieses Finanzamt grundsätzlich Vorrang hat gegenüber einer vom Finanzamt des Leasing-Nehmers (der öffentlichen Hand) möglicherweise vertretenen anderweitigen Auffassung. Das Prüfverfahren kann jedoch erst eingeleitet werden, sobald die Vertragsparteien die Durchführung eines Leasingprojektes vereinbart haben. Vor Abschluss einer Ausschreibung und Erteilung eines Zuschlags ist eine steuerliche Beurteilung also nicht möglich. Die Teilnahme an einer Ausschreibung reiche alleine nicht aus.

Insofern besteht für einen Bieter das Problem, dass er erst dann Klarheit in bezug auf offene steuerliche Fragen erhält, wenn er sich bereits verpflichtet hat, eine bestimmte Leistung gegenüber der öffentlichen Hand zu erbringen. Diese Unsicherheit führt zu Risikokosten, die er in seiner Kalkulation berücksichtigen wird und die sein Angebot verteuern können. Aus unserer Sicht wäre es daher sinnvoll, wenn zum einen ein Anspruch besteht, bereits vor Einreichung des ersten Angebots innerhalb einer bestimmten Frist eine verbindliche Auskunft zu erhalten. Zum anderen wäre es hilfreich, bei etwaigen Modifizierungen des Ange-

¹²⁵⁴ Vgl. ISM Mecklenburg-Vorpommern, Bekanntmachung vom 28. Juni 1993, AmtsBl. Mecklenburg-Vorpommern 1993, S. 1278, 1280, Ziff. 3.2. sowie Christen, in: Kroll, Leasinghandbuch für die öffentliche Hand, S. 27.

¹²⁵⁵ Christen, in: Kroll, Leasinghandbuch für die öffentliche Hand, S. 27.

¹²⁵⁶ Bayerisches Staatsministerium des Innern, Bekanntmachung vom 28. Januar 1993, AllMBL. 1993, S. 291.

bots im Rahmen des Vergabeprozesses bei Bedarf kurzfristig eine weitere verbindliche Auskunft erlangen zu können.

Da es mit relativ hohen Kosten für die öffentliche Hand verbunden wäre, wenn sie für jeden Bieter ggf. mehrere Auskünfte abgeben müsste, sollte geprüft werden, inwieweit ggf. für eine solche besondere Dienstleistung eine entsprechende Gebühr erhoben werden könnte, um die zusätzlichen Kosten der Finanzverwaltung abzudecken.

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 gewährleisten¹²⁵⁷.

Das Vergaberecht könnte das Steuerrecht diesbezüglich insoweit flankieren, als die ausschreibende Stelle zu Beginn des Verfahrens und jeweils bei einer Veränderung der Bedingungen innerhalb eines Verhandlungsverfahrens, die von ihr selbst initiiert sind, verpflichtet wäre, den Bietern ausreichend Zeit zur Klärung steuerlicher Fragen zu gewähren. Dies wäre jedoch nur dann realisierbar, wenn die Frist zur Erstellung einer verbindlichen Auskunft einen gewissen zeitlichen Rahmen nicht überschreitet.

8.3 Steuerrechtliche Untersuchung und Optimierung unter Berücksichtigung der zivilrechtlichen und betriebswirtschaftlichen Strukturierung der Leistungserbringung

Zwischen den Konsortialpartnern und dem Auftraggeber wurden die zu behandelnden Modellvarianten für die weitere Bearbeitung (PPP-Vertragsmodelle) festgelegt. Eine solche Festlegung sollte einem einheitlichen Grundverständnis und einer klaren Abgrenzbarkeit der einzelnen Vertragsmodelle sowie als Untersuchungsraster für den rechtlichen Leistungsteil

¹²⁵⁷

In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass es bereits seit dem 1. Februar 1995 eine Prüfkommission Kommunal-Leasing gibt, wobei die obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder 1998 die Verfahrensgrundsätze der Prüfkommission geändert haben. Danach erfolgt eine Erörterung von Einzelfällen unter der Voraussetzung, dass ihnen grundsätzliche Bedeutung zukommt, weil die Zurechnungsfrage anhand der vorliegenden Verwaltungsanweisungen und der bisher getroffenen Einzelfallentscheidungen nicht eindeutig gelöst werden kann, vgl. Christen, in: Kroll, Leasing-Handbuch für die öffentliche Hand, S. 27.

dienen. Da die jeweils beschriebene vertragliche Grundstruktur jedoch weder starr noch hinsichtlich der Leistungselemente als abschließend zu bewerten ist, werden teilweise auch einzelne Strukturelemente variiert, um auf die individuellen Gesichtspunkte des Steuerrechts einzugehen.

Die vertragliche Ausgestaltung eines PPP-Projektes ist also Ausgangspunkt für die steuerliche Beurteilung, da mit unterschiedlichen Modellvarianten auch unterschiedliche steuerliche Konsequenzen verbunden sind.

Von der gesamten Projektstruktur (zivilrechtliche, finanzielle und betriebswirtschaftliche Ausgestaltung) hängt insbesondere ab, wem das wirtschaftliche Eigentum an den unbeweglichen Wirtschaftsgütern in Zusammenhang mit Hochbaumaßnahmen zuzuordnen ist. Die Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums beeinflusst entscheidend die ertrags-, umsatz- und grundsteuerliche sowie in den Fällen des § 1 Abs. 2 GrEStG ggf. auch die Grunderwerbsteuerliche Belastung der Projektbeteiligten eines jeweiligen Vorhabens und damit die Wirtschaftlichkeit des Projektes.

In § 39 Abs. 2 Satz 1 AO wird ausgeführt: "Übt ein anderer als der Eigentümer die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise aus, dass er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann, so ist ihm das Wirtschaftsgut zuzurechnen." Die Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums erfolgt also in Abhängigkeit des jeweiligen PPP-Vertragstyps. Maßgeblich ist in der Praxis die Beurteilung des konkreten Einzelfalls auf Grundlage einer jeweiligen normspezifischen Einzelfallprüfung. Dabei können bei der Zuordnung vorgegebene Leitlinien, insbesondere die Leasingerlasse, angewandt werden.

Die im Folgenden durchgeführte Untersuchung der mit einzelnen exemplarischen Beschaffungsvarianten verbundenen steuerlichen Auswirkungen bezieht sich zunächst auf die konventionelle Beschaffungsmethode und anschließend auf die vordefinierten PPP-Vertragstypen.

8.3.1 Konventionelle Realisierung von Hochbauprojekten

Im Rahmen des konventionellen Beschaffungsansatzes werden die einzelnen Leistungsbe-
reiche Planen, Finanzieren, Bauen, Betreiben und Verwerten getrennt voneinander durch-
geführt. Die Privaten werden dabei regelmäßig mit dem Bau der Immobilie beauftragt. Die
Planung hierfür wird häufig zu einem großen Teil von der öffentlichen Hand übernommen.
Die öffentliche Hand finanziert Hochbaumaßnahmen zumeist über die Aufnahme eines

Darlehens und/oder durch einen Lieferantenkredit. Die mit einer Hochbaumaßnahme verbundenen grundlegenden Leistungen während der Betriebsphase wie das Facility-Management, aber auch weitergehende Serviceleistungen wie den Betrieb einer Kantine oder einer Wäscherei oder die Bereitstellung von Ausbildungsangeboten werden vielfach durch eigene Ressourcen der öffentlichen Hand erbracht, jedoch fallweise auch an private Dienstleister fremdvergeben. Eine ggf. notwendige Verwertung einer Immobilie nach Beendigung der vorgesehenen Nutzung fällt in der Regel in den Aufgabenbereich der öffentlichen Hand.

8.3.1.1 Bilanzsteuerrechtliche Behandlung

Bei langfristigen Werk- und Werklieferungsverträgen, wie sie in Verbindung mit der konventionellen Bauausführung öffentlicher Hochbaumaßnahmen auftreten, dürfen Gewinne nach dem Realisationsprinzip (§ 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB) erst dann ausgewiesen werden, wenn sie verwirklicht worden sind (Completed-Contract-Methode). Der Gewinn des eine Immobilie erstellenden privaten Bauunternehmens ist erst als verwirklicht anzusehen, wenn das Werk in Anerkennung der vertragsgemäßen Herstellung von der öffentlichen Hand als Besteller abgenommen worden ist, denn mit der Abnahme wird der Anspruch des Herstellers auf die Vergütung fällig (§§ 640, 641 BGB). Bis dahin hat der private Bauunternehmer die im Bau befindlichen Anlagen zu den bis zum Bilanzstichtag angefallenen Herstellungskosten gemäß § 255 Abs. 2 HGB zu bilanzieren.

§ 255 Abs. 2 HGB definiert die Herstellungskosten als "die Aufwendungen, die durch den Verbrauch von Gütern und Inanspruchnahme von Diensten für die Herstellung eines Vermögensgegenstands, seiner Erweiterung oder für eine über seinen ursprünglichen Zustand hinausgehende wesentliche Verbesserung entstehen". Abs. 2 zählt darüber hinaus die Bestandteile der Herstellungskosten erschöpfend auf und unterscheidet dabei zwischen aktivierungspflichtigen Bestandteilen der Herstellungskosten und solchen, die zwar aktivierungsfähig, aber nicht aktivierungspflichtig sind. Nach § 255 Abs. 3 HGB dürfen auch die auf den Zeitraum der Herstellung entfallenen Zinsen für zweckgebundenes Fremdkapital aktiviert werden.

Die steuerliche Abgrenzung von aktivierungspflichtigen, aktivierungsfähigen und nicht aktivierungsfähigen Herstellungskosten behandelt Abschnitt 33 EStR. Unterschiede zum Handelsrecht bestehen dabei bei den variablen und fixen Material- und Fertigungsgemeinkosten sowie beim Wertverzehr des Anlagevermögens, wobei handelsrechtlich jeweils ein Aktivie-

rungswahlrecht und steuerlich eine Aktivierungspflicht besteht. Sowohl steuer- als auch handelsrechtlich gilt das Prinzip der verlustfreien Bewertung¹²⁵⁸.

Nach Abnahme und der damit verbundenen Gewinnrealisierung¹²⁵⁹ des privaten Partners ist dann in der Bilanz eine Forderung aus Lieferungen und Leistungen auszuweisen¹²⁶⁰. Wurde die Investition der öffentlichen Hand nicht mit einem Kommunalkredit finanziert, sondern stattdessen vom privaten Bauunternehmer ein langfristiger Lieferantenkredit gewährt, könnte - sofern die Forderung unverzinslich oder niedrig verzinslich ist - steuerlich eine Teilwertminderung geltend gemacht werden. Die Verwaltung und Rechtsprechung wenden für eine entsprechende Abzinsung, entgegen einer weitläufigen Literaturmeinung, die grundsätzlich eher den Marktzins für angemessen hält, vielfach vereinfachend einen Zinssatz gemäß § 12 Abs. 3 BewG in Höhe von 5,5% an¹²⁶¹.

Werden im Rahmen des konventionellen Beschaffungsansatzes einzelne Betreiberleistungen durch Private erbracht, entstehen bei diesen entsprechende laufende Erträge und Aufwendungen.

8.3.1.2 Umsatzsteuerliche Behandlung

8.3.1.2.1 Errichtung und Finanzierung einer Immobilie im Rahmen des konventionellen Beschaffungsansatzes

8.3.1.2.1.1 Bau des Gebäudes aufgrund eines Werkvertrages auf dem Grundstück der öffentlichen Hand

Bei der konventionellen Beschaffung eines Hochbaus kommt es regelmäßig zu einem Verpflichtungsgeschäft in Form eines Werkvertrages nach §§ 631 ff. BGB. Damit liegt in der Regel umsatzsteuerlich eine Werklieferung vor. Nach § 3 Abs. 4 UStG ist eine Werklieferung

¹²⁵⁸ Rückstellungen für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften, die handelsrechtlich zu bilden wären, werden hingegen steuerrechtlich nach § 5 Abs. 4 a EStG nicht anerkannt. Bei der Abgrenzung, ob bei halfertigen Bauten eine Teilwertabschreibung vorzunehmen oder eine Drohverlustrückstellung zu bilden ist, ist die Teilwertabschreibung grundsätzlich vorrangig. Fraglich ist aber, ob Verluste in der erwarteten Gesamthöhe oder nur anteilig nach dem Fertigstellungsgrad antizipiert werden dürfen. Grenze ist in jedem Fall die Höhe des bisherigen Ansatzes der Herstellungskosten (Berger/Ring, in: Beck'scher Bilanzkommentar, § 249, Rn. 68).

¹²⁵⁹ Eine Gewinnrealisierung kann statt im Zeitpunkt einer Abnahme des Werkes auch durch die Veräußerung eines Gebäudes, das sich zum Zeitpunkt der Fertigung noch im Eigentum des Privaten befindet, an die öffentliche Hand erfolgen.

¹²⁶⁰ Ellrott/ Ring, in: Beck'scher Bilanzkommentar, § 247, Rn. 95.

¹²⁶¹ Vgl. Glanegger, in: Schmidt, Einkommensteuergesetz - Kommentar, § 6, Rn. 371.

anzunehmen, wenn ein Werkunternehmer im Auftrag eines Bestellers einen Liefergegenstand herstellt, be- oder verarbeitet und das hierfür erforderliche Material (Hauptstoffe) ganz oder zum Teil selbst beschafft.

Von einem Unternehmer im Rahmen eines Werkvertrages erbrachte Leistungen sind grundsätzlich umsatzsteuerpflichtig. Die Steuer für die Werklieferung entsteht nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 a UStG mit Ablauf des Voranmeldungszeitraums, in dem die Bauleistungen ausgeführt worden sind. Dies gilt auch für Teilleistungen, wenn sie vorliegen. Eine Werklieferung ist umsatzsteuerrechtlich ausgeführt, sobald dem Auftraggeber die Verfügungsmacht am erstellten Werk verschafft worden ist. Verschaffung der Verfügungsmacht bedeutet, den Auftraggeber zu befähigen, im eigenen Namen über das auftragsgemäß fertig gestellte Werk zu verfügen. In der Regel setzt die Verschaffung der Verfügungsmacht die Übergabe und Abnahme des fertig gestellten Werks voraus. Auf die Form der Abnahme kommt es dabei nicht an.

Bei Vorauszahlungen bzw. Abschlagszahlungen entsteht die Umsatzsteuer jedoch bereits vor Ausführung der Leistung (Teilleistung) mit Ablauf des Voranmeldungszeitraums, in dem die Zahlung dem Unternehmer zugeflossen ist.

8.3.1.2.1.2 Errichtung eines Gebäudes auf dem Grundstück des privaten Auftragnehmers mit anschließendem Verkauf des Gebäudes an die öffentliche Hand

Der Private kann auch ein Gebäude auf einem in seinem Eigentum befindlichen Grundstück errichten und das gesamte Grundstück nach Fertigstellung an die öffentliche Hand veräußern. Dies kann umsatzsteuerlich dann von Vorteil sein, wenn der Leistungsempfänger - wie vorliegend der Fall die öffentliche Hand - nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt ist und der Private einen großen eigenen Wertschöpfungsanteil hat (z.B. Personalkosten) und relativ wenig fremde Leistungen bezieht, die mit Umsatzsteuer belastet sind.

Da der Verkauf eines Grundstücks regelmäßig der Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 1 GrEStG unterliegt, würde es aufgrund § 4 Nr. 9 a UStG zu einer Befreiung der Grundstückslieferung von der Umsatzsteuer kommen. Da der Steuersatz für die Grunderwerbsteuer gemäß § 11 GrEStG nur 3,5% des Kaufpreises beträgt, ergäbe sich hierdurch gegenüber der Umsatzsteuer mit einem Regelsteuersatz in Höhe von 16% (§ 12 Abs. 1 UStG) ein entsprechender Vorteil.

Eine solche Gestaltungsalternative ist gegenüber einem konventionellen Werkvertrag vorteilhaft, solange dieser Unterschied nicht durch die Höhe des möglichen Vorsteuerabzugs des Privaten als Erbringer der Bauleistungen vollständig kompensiert wird. Ein solcher Vorsteuerabzug wäre nach § 15 Abs. 2 Nr. 1 UStG nicht möglich, wenn die Grundstückslieferung gemäß § 4 Nr. 9 a UStG von der Umsatzsteuer befreit wäre. Insoweit hängt die Vorteilhaftigkeit dieser Gestaltungsvariante von der konkreten Wertschöpfungskette im Einzelfall ab.

Allerdings gibt es nach Ansicht von Grünwald/Pogodda für eine tatbestandliche Verknüpfung der Steuerbefreiung des § 4 Nr. 9 a UStG mit dem Vorliegen eines grunderwerbsteuerlichen Vorgangs im Gemeinschaftsrecht der EU keine Rechtsgrundlage¹²⁶². Art. 13 Teil B, Buchstaben g und h der Sechsten EG-Richtlinie¹²⁶³ verpflichtet die Mitgliedstaaten, die Lieferung von unbebauten Grundstücken bzw. Gebäuden oder Gebäudeteilen und dem dazugehörigen Grund und Boden von der Umsatzsteuer zu befreien, mit Ausnahme allerdings der in Art. 4 Abs. 3, Buchstaben a und b bezeichneten Gegenstände. Es sei deshalb für eine umsatzsteuerliche Befreiung unerheblich, ob zugleich ein grunderwerbsteuerbarer Vorgang vorliege oder nicht. Dies bedeutet, dass bei Umsetzung der Vorgaben der 6. Richtlinie die Lieferung von neuerrichteten Gebäuden und den dazugehörigen Grund und Boden im Grundsatz umsatzsteuerpflichtig wäre.

Wenn bei der Gestaltung eines Beschaffungsvorgangs die Steuerbefreiung nach § 4 Nr. 9 a UStG gilt und dies von den beteiligten Parteien als vorteilhaft angesehen wird, können sie sich aber dennoch auf den Text des deutschen Umsatzsteuerrechts berufen. Eine direkte Anwendung der Sechsten EG-Richtlinie zu Lasten des Steuerpflichtigen kommt jedenfalls nicht in Betracht¹²⁶⁴.

8.3.1.2.1.3 Kreditaufnahme durch die öffentliche Hand

Die Gewährung und Vermittlung von Krediten ist nach § 4 Nr. 8 a UStG eine steuerbefreite sonstige Leistung, weshalb der öffentlichen Hand als Kreditnehmer auf die anfallenden Zinsen keine Umsatzsteuer in Rechnung gestellt wird.

¹²⁶² Grünwald/Pogoda, UR 2003, 189 (190), Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 16.1.2003 - Rs. C-315/00 - Rudolf Maierhofer.

¹²⁶³ Sechste Richtlinie 77/388/EWG zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über die Umsatzsteuern - Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerliche Bemessungsgrundlage; im Folgenden als Sechste Richtlinie bezeichnet.

¹²⁶⁴ Vgl. Reiß, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 14 Rn. 8, der sich auf die Rechtsprechung des EuGH bezieht, wonach Richtlinien für den Bürger keine Verpflichtung begründen können.

8.3.1.2.1.4 Exkurs: Bau des Gebäudes auf dem Grundstück der öffentlichen Hand und Lieferantenkredit an die öffentliche Hand

Die öffentliche Hand kann, anstatt einen gewöhnlichen Kommunalkredit in Anspruch zu nehmen, auch mit einem privaten Bauunternehmer einen Lieferantenkredit zur Vorfinanzierung der gegenüber der öffentlichen Hand zu erbringenden Leistung vereinbaren. Im Rahmen des konventionellen Beschaffungsansatzes erfolgen dabei die Planung teilweise und der Grundstückserwerb regelmäßig durch die öffentliche Hand. Die Erstellung und Finanzierung obliegen einem privaten Bauunternehmer.

Nach der Fertigstellung des Objektes kommt es zu einer Übergabe an die öffentliche Hand. Die Investitionskosten des privaten Bauunternehmens werden durch nutzungsabhängige Entgeltzahlungen über einen bestimmten Zeitraum von der öffentlichen Hand abgegolten. In der Praxis werden bei diesem Modellansatz erzielte Baufortschritte per Testat von der öffentlichen Hand als Auftraggeber bestätigt, wobei die Bauunternehmen aufgrund dieser Bautestate die zugrundeliegenden Forderungen gegenüber der öffentlichen Hand einredefrei an eine Bank verkaufen können. Hierdurch ist eine Zwischenfinanzierung zu kommunalähnlichen Konditionen möglich¹²⁶⁵.

Steuerlich ist der Bau in Kombination mit einem Lieferantenkredit ein Ratenkauf (Kombination Werklieferung bei Abnahme und Kredit). Bezüglich der Werklieferung verweisen wir auf unsere Ausführungen unter Kap. 8.3.1.2.1.1.). Soweit der Finanzierungsanteil des vereinbarten Kaufpreises nicht offen ausgewiesen wird, stellt das gesamte Entgelt die Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer dar. Wird dagegen zwischen Kauf und Kreditgeschäft unterschieden und das Entgelt für die Kreditgewährung im Rahmen des Lieferantenkredits gesondert ausgewiesen, kann in der Kreditgewährung eine selbständige Leistung gesehen werden. Die für die Kreditgewährung aufzuwendenden Entgelte müssen bei Abschluss des Umsatzgeschäfts je für sich gesondert vereinbart werden. Die Entgelte für die beiden Leistungen müssen anschließend getrennt abgerechnet werden. Eine Kreditgewährung wäre dann nach § 4 Nr. 8 a UStG umsatzsteuerbefreit. Andernfalls greift für den Zinsanteil eines (Gesamt-)Kaufpreises nicht die Umsatzsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 8 a UStG¹²⁶⁶. Dies würde dazu führen, dass sich der umsatzsteuerpflichtige Teil der Lieferung erhöht.

¹²⁶⁵ Vgl. hierzu auch die Ausführungen zum Mogendorfer Modell oben Kap. 4.5.1.8.

¹²⁶⁶ Vgl. BFH, Urteil vom 18. Dezember 1980, BStBl 1981, Teil II, S. 197, sowie Abschnitt 29 a Abs. 1 und 2 UStR.

8.3.1.2.2 Betreiberleistungen

Während der Betriebsphase sind nach dem PPP-Grundverständnis vom Privaten die Instandsetzung und Instandhaltung, das weitere Facility Management sowie sonstige Dienstleistungen zu erbringen. Im Rahmen des konventionellen Beschaffungsansatzes werden diese Leistungen häufig von der öffentlichen Hand jedenfalls weitgehend selbst erstellt. Insoweit werden keine Leistungen bezogen. Eine Umsatzsteuerbelastung scheidet aus.

Allerdings gewinnt auch das sog. Outsourcing von einzelnen Leistungsbereichen im Rahmen des konventionellen Beschaffungsansatzes insbesondere bei den sonstigen Dienstleistungen (z.B. Betrieb einer Kantine, Handwerkertätigkeiten) an Bedeutung. Der Bezug von sonstigen Leistungen von privaten Dienstleistern ist nach § 1 Abs. 1 UStG i.V. mit § 3 Abs. 9 UStG grundsätzlich umsatzsteuerpflichtig. Sofern die Betreiberleistungen Dienstleistungen darstellen, wird im Regelfall vereinbart, dass das Entgelt periodisch (monatlich, vierteljährlich etc.) zu zahlen ist. In diesen Fällen entsteht die Umsatzsteuer mit Ablauf des Voranmeldezeitraums, in dem eine Teilleistung erbracht bzw. das Entgelt gezahlt wird.

8.3.1.3 Belastung durch Grundsteuer und Grunderwerbsteuer

8.3.1.3.1 Belastung durch Grundsteuer

Beim konventionellen Beschaffungsansatz verbleibt der Grundbesitz, der bei einer Hochbaumaßnahme zum Einsatz kommt, bei der öffentlichen Hand. Benutzt die öffentliche Hand den Grundbesitz für einen öffentlichen Dienst oder Gebrauch im Sinne von § 3 Abs. 2 GrStG, wird der Grundbesitz und damit die Hochbaumaßnahme von der Grundsteuer befreit.

8.3.1.3.2 Belastung durch Grunderwerbsteuer

Eine Belastung mit Grunderwerbsteuer tritt bei der konventionellen Beschaffung lediglich auf, wenn ein Gebäude auf dem Grundstück des privaten Auftraggebers errichtet und anschließend an die öffentliche Hand verkauft wird (vgl. Kap. 8.3.1.2.1.2). In diesem Fall wäre allerdings die Bauleistung nach § 4 Nr. 9 a UStG umsatzsteuerbefreit.

8.3.2 Vertragsmodell I

Im Gegensatz zur konventionellen Beschaffung wird bei dem sog. Vertragsmodell I 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 (z.B. Instandsetzung & Instandhaltung des Gebäudes, weiteres Facility Management und sonstige Dienstleistungen). Er 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. Bei diesem Vertragsmodell wird der Kaufpreis für die Immobilie entweder schon mit den einzelnen Entgeltraten abgegolten oder zum Zeitpunkt der Übertragung entrichtet (in einer bereits zum Vertragsabschluss festgelegten Höhe). Aus steuerlichen Erwägungen wird auch in Abwandlung von Vertragsmodell I alternativ die Übertragung der Immobilie gegen Zahlung eines Betrages geprüft, der am Ende der Vertragslaufzeit auf Basis des Verkehrswerts ermittelt wird. In diesem Fall verbliebe jedoch das Verwertungsrisiko faktisch weiterhin beim Privaten.

8.3.2.1 Bilanzsteuerrechtliche Behandlung

8.3.2.1.1 Bilanzsteuerrechtliche Behandlung bei vorzeitiger Gewinnrealisierung

Gehen, wie Vertragsmodell I voraussetzt, Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten nach Übergabe eines Gebäudes auf die öffentliche Hand über, wird diese bereits zu diesem Zeitpunkt wirtschaftlicher Eigentümer¹²⁶⁷ - auch wenn das zivilrechtliche Eigentum erst am Ende der Laufzeit des PPP-Vertrages übertragen wird. Es kommt dabei bei Abnahme des Bauwerks zu einem festen Entgelt zu einer sofortigen Gewinnrealisierung beim Privaten. Die jährlichen Zahlungen ("Annuitäten") der öffentlichen Hand und ggf. eine vor Übergang des zivilrechtlichen Eigentums noch zusätzlich zu entrichtende (Rest-)Kaufpreiszahlung der öffentlichen Hand als Auftraggeberin sind in diesen Fällen aufzuteilen auf eine ab Abnahme des Grundstücks sofort zu aktivierende Kaufpreisforderung und auf ein für die Dienstleistungen pro rata temporis als Ertrag zu vereinnahmendes Dauerschuldentgelt. Ferner ist zu prüfen, ob und inwieweit im Kaufpreis Finanzierungskosten enthalten sind. In Betracht kommen hier insbesondere eine Aufteilung in Kaufpreis und Finanzierungskosten bzw. bei einer nicht oder nur niedrig verzinsten Kaufpreisforderung, die Abzinsung der Kaufpreisforderung (siehe Kap. 8.3.1.1).

8.3.2.1.2 Bilanzsteuerrechtliche Behandlung bei Übertragung zum Verkehrswert

In den Fällen, in denen in Abwandlung zum Vertragsmodell I alternativ die zivilrechtliche Übertragung des Gebäudes gegen Zahlung des zum Zeitpunkt der Vertragsbeendigung zu

¹²⁶⁷ Vgl. BFH, Urteile vom 2. März 1990, BStBl 1990, Teil II, S. 735, vom 2. Mai 1984, BStBl 1984, Teil II, S. 822 und vom 13. Oktober 1973, BStBl 1973, Teil II, S. 210.

ermittelnden Verkehrswerts erfolgt und zuvor (lediglich) jährliche Zahlungen in Höhe eines marktüblichen Nutzungsüberlassungsentgeltes geleistet werden, trägt der Private bis zum Vertragsende insbesondere das Preisrisiko. Ihm ist daher das wirtschaftliche Eigentum am Gebäude bis zu diesem Zeitpunkt zuzurechnen. Er hat damit insbesondere als Aufwendungen die Absetzungen für Abnutzung, die laufenden Kosten sowie die Finanzierungskosten zu berücksichtigen. Als Erträge realisiert er steuerlich Miet- bzw. Pachtzinsen sowie zum Vertragsende einen Veräußerungserlös. Die laufenden Zahlungen der öffentlichen Hand sind steuerlich als Miet- bzw. Pachtzinsen zu behandeln, da sie bis zur Übertragung des zivilrechtlichen Eigentums nur Entgelt für die Nutzungsüberlassung darstellen. Eine Behandlung der Zahlungen als Anzahlungen scheidet daher aus.

8.3.2.1.3 Bilanzsteuerrechtliche Behandlung bei Vereinbarung einer Gesamtleistung (Vertrag sui generis)

Es stellt sich jedoch trotz eines bei diesem Vertragsmodell bereits vor der Errichtung des Gebäudes abgeschlossenen schuldrechtlichen Kaufvertrages zur Übertragung des Grundstücks nach Ende der Vertragslaufzeit gegen ein bereits fest vereinbartes Entgelt und der Eintragung einer entsprechenden Auflassungsvormerkung ins Grundbuch (§ 883 BGB) die Frage, ob eine Gewinnrealisierung bereits vor Beginn der Betriebsphase wirtschaftlich gerechtfertigt ist. Wird eine einheitliche Gesamtleistung vereinbart, schuldet der Private der öffentlichen Hand, gegen ein periodisches Entgelt eine bestimmte Funktionalität (Output-Spezifikation) über die gesamte Vertragsdauer kontinuierlich bereitzustellen (Lebenszyklus-Ansatz, damit zeitraumbezogene Leistungserbringung) sowie das Eigentums am Grundstück zum Ende der Vertragslaufzeit zu übertragen. Dazu gehört auch, ein Gebäude sowie Grund und Boden in einem vertraglich definierten Zustand zu halten und es so der öffentlichen Hand zur Nutzung zu überlassen. Es wäre auch möglich, dass der nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen mit der Übergabe bzw. Abnahme des Gebäudes an die öffentliche Hand vorgesehene Gefahr- und Lastenübergang von den Partnern vertraglich abbedungen¹²⁶⁸ und erst nach Beendigung der Vertragslaufzeit vorgesehen wird¹²⁶⁹. Erfüllt der Private die vereinbarten Vertragsbedingungen nicht oder nur unvollständig, hat er ggf. mit Pönalen und weiteren Sanktionen zu rechnen, die unter Umständen auch zu einer deutlichen Verminderung des Gesamtentgeltes führen können. Maßgeblich für die Erzielung des

¹²⁶⁸ Putzo, in: Palandt, BGB, § 446, Rn. 3.

¹²⁶⁹ Nach dem dieser Untersuchung zugrundeliegenden funktionalen PPP-Ansatz sollte derjenige Partner ein jeweiliges Risiko tragen, der hierfür die bessere Risikomanagementkompetenz besitzt. Dies spricht je nach konkretem Einzelfall häufig dafür, dass der Private bis zur zivilrechtlichen Übertragung der Immobilie die gesamten materiellen Eigentümergepflichten übernimmt.

vereinbarten Entgeltes ist nämlich die Einhaltung des vereinbarten Standards und der Zustand des Gebäudes bei Übertragung.

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 hat¹²⁷⁰. Forderungen aus einem schwebenden Geschäft dürfen wiederum weder handels- noch steuerrechtlich bilanziert werden¹²⁷¹. Die Realisation eines Gewinns scheidet insoweit aus. Eine Aktivierung ist in solchen Fällen erst dann zulässig, wenn der Gläubiger seine Verpflichtungen aus dem zunächst schwebenden Vertrag im wesentlichen erfüllt hat¹²⁷². Je nach vertraglicher Ausgestaltung bedeutet dies, dass aus einem PPP-Vertrag ein Dauerschuldverhältnis resultiert.

Nach Auffassung des BFH kommt es im Hinblick auf den genauen Zeitpunkt der Vertragserfüllung bei einem Grundstücksgeschäft entscheidend auf den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Erwerber an¹²⁷³. Wie ausgeführt, ist dabei der Zeitpunkt, in dem Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten übergehen, maßgebend. "Daneben wird aber auch der Zeitpunkt für entscheidend gehalten, zu dem die Gefahr des zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung (die sog. "Preisgefahr") auf den Erwerber übergeht (§ 446 BGB)"¹²⁷⁴. Wenn bei einem PPP-Vertrag die Sach- und Preisgefahr und die Lasten des Grundstücks nicht vor der Übertragung des zivilrechtlichen Eigentums auf die öffentliche Hand übergehen, spricht dies unabhängig vom Zeitpunkt des Übergangs von Besitz und Nutzungen dafür, dass bis dahin auch das wirtschaftliche Eigentum beim Privaten verbleibt mit der Folge, dass er Grund und Boden und Gebäude weiterhin zu bilanzieren hat. Eine vollständige Gewinnrealisierung für die Errichtung der Immobilie ist dann erst zum Ende der Vertragslaufzeit nach Beendigung des Dauerschuldverhältnisses möglich¹²⁷⁵. Bilanziell entstehen beim Privaten für die im Rahmen des Modells von ihm erbrachten Leistungen entsprechende laufende Erträge und Aufwendungen (inklusive Abschreibungen auf Ge-

¹²⁷⁰ BFH, Urteil vom 2. März 1990, BStBl 1990, Teil II, S. 733.

¹²⁷¹ Vgl. Weber-Grellert, in: Schmidt, Einkommensteuergesetz - Kommentar, § 5, Rn. 76.

¹²⁷² Vgl. Ellrott/Ring, in: Beck'scher Bilanzkommentar, § 247, Rn. 80 und BFH, BStBl 1987, Teil II, S. 797 ff.

¹²⁷³ BFH, Urteil vom 2. März 1990, BStBl 1990, Teil II, S. 735.

¹²⁷⁴ BFH, Urteil vom 2. März 1990, BStBl 1990, Teil II, S. 735.

¹²⁷⁵ Für den Fall, dass die Finanzverwaltung entgegen unserer Ansicht bei entsprechenden Vertragsgestaltungen davon ausgeht, dass das wirtschaftliche Eigentum auf die öffentliche Hand übergegangen ist, wäre zu prüfen, dass der Private anstelle einer Forderung lediglich einen aktiven Rechnungsabgrenzungsposten in Höhe der Anschaffungs- und Herstellungskosten zu bilanzieren hätte.

bäude). Soweit Teile von Entgeltzahlungen bis zur dinglichen Übertragung der Immobilie nach Beendigung der Vertragslaufzeit auf den insgesamt zu entrichtenden Kaufpreis der Immobilie angerechnet werden, sind diese jedoch lediglich als Anzahlungen (Vorleistung) gewinnneutral zu verbuchen¹²⁷⁶. Dabei ist für die Bemessung des Kaufpreisanteils der Entgeltzahlungen auf den voraussichtlichen Wert der Immobilie zum Zeitpunkt der Vertragsbeendigung abzustellen.

8.3.2.2 Umsatzsteuerliche Behandlung

Geht die wirtschaftliche Substanz (vgl. Abschnitt 24 Abs. 2 Satz 1 UStR) 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 eines bebauten Grundstücks aus. Nachfolgend erbringt er weitere Dienstleistungen, die in der Verpflichtung zur Instandhaltung der Gebäude, im weiteren Facility Management und der Erbringung sonstiger Dienstleistungen sowie ggf. in der Finanzierung für den Auftraggeber bestehen (siehe hierzu nachfolgend Kap. 8.3.2.2.1.1).

Verbleibt das wirtschaftliche Eigentum demgegenüber bis zur Übertragung des zivilrechtlichen Eigentums an einer Immobilie nach Beendigung der Laufzeit eines PPP-Vertrages beim Privaten, ergibt sich eine andere umsatzsteuerliche Behandlung (siehe hierzu nachfolgend Kap. 8.3.2.2.1.2).

8.3.2.2.1 Regelfall eines Vertragsmodells I

8.3.2.2.1.1 Wirtschaftliches Eigentum des Grundstücks bei der öffentlichen Hand

Wie bereits dargestellt, liegt in dem Fall, in dem die wirtschaftliche Substanz des Gebäudes unmittelbar nach seiner Errichtung auf die öffentliche Hand übergeht, zu diesem Zeitpunkt eine Lieferung des bebauten Grundstücks vom Auftragnehmer an die öffentliche Hand vor. Die Lieferung eines Gebäudes kann sowohl umsatzsteuerpflichtig als auch umsatzsteuerfrei erfolgen. Maßgeblich ist insbesondere, ob Umsätze vorliegen, die unter das Grunderwerbsteuergesetz fallen. Diese wären nach § 4 Nr. 9 a UStG von der Umsatzsteuer befreit.

Bei einem "Vertragsmodell I" kann grundsätzlich angenommen werden, dass bereits bei Beginn der Bauphase ein Kaufvertrag oder ein anderes schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG besteht, das den Anspruch der öffentlichen Hand auf spätere Übereignung des Grundstücks begründet. In diesem Fall wäre die Liefere-

¹²⁷⁶ BFH, Urteil vom 22. August 1984, BStBl 1984, Teil II, S. 128.

zung des bebauten Grundstücks gemäß § 4 Nr. 9 a UStG von der Umsatzsteuer befreit. Die Grunderwerbsteuer entsteht allerdings erst dann, wenn alle Bedingungen für die anschließende Wirksamkeit eines Erwerbsvorgangs erfüllt sind (§ 14 Abs. 1 GrEStG), d.h. im Regelfall bei Ablauf des Vertrages. Insoweit werden dadurch Liquiditätsvorteile erzielt.

Bei dem von uns eingangs erläuterten PPP-Vertragsansatz ist der private Partner gewöhnlich im Rahmen des Facility Managements auch für die Instandsetzung und Instandhaltung eines Gebäudes verantwortlich. Die an ihn zu leistenden regelmäßigen Zahlungen beinhalten auch diesen Leistungsbestandteil, der während der Betriebsphase erbracht wird. Ggf. kann die Zusicherung eines jederzeit instandgehaltenen Gebäudes zu einem Teil als eine Garantieleistung im Sinne von § 4 Nr. 8 g UStG betrachtet werden. Nach § 4 Nr. 8 g UStG ist die Übernahme von Verbindlichkeiten, von Bürgschaften und anderen Sicherheiten sowie die Vermittlung dieser Umsätze umsatzsteuerfrei. Zur Übernahme anderer Sicherheiten gehört dabei insbesondere die Übernahme von Garantien.

Der BFH hat in einem Fall entgegen der Auffassung der Finanzverwaltung eine von einem Autoverkäufer im Rahmen einer Garantievereinbarung gewährte Eigengarantie als eine eigenständige - nach § 4 Nr. 8 g UStG steuerfreie Hauptleistung - bewertet¹²⁷⁷. Die Garantieleistung des Verkäufers habe neben der Fahrzeuglieferung einen eigenen Zweck. Für einen Käufer mache es einen Unterschied, "ob er lediglich einen Neuwagen mit einjähriger Werksgarantie kauft, oder ob er gegen Zahlung eines Aufpreises noch nach Ablauf der Werksgarantie zwei Jahre lang Reparaturansprüche gegenüber dem Verkäufer ... erhält."

Unseres Erachtens können die im vorgenannten Urteil aufgestellten Grundsätze auch auf den von uns betrachteten Sachverhalt "Garantie eines instandgehaltenen Gebäudes" übertragen werden, so dass sich Instandhaltungsgarantieleistungen als selbständige Leistung im Sinne des UStG ebenfalls unter § 4 Nr. 8 g UStG subsumieren lassen. Dies setzt voraus, dass die Garantie über die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche hinausgeht und hierfür ein angemessenes, gesondertes Entgelt vereinbart worden ist. Die abschließende Beurteilung entsprechender Sachverhalte ist jedoch von der Ausgestaltung der Verträge im Einzelfall abhängig und sollte mit der Finanzverwaltung vorab abgestimmt werden.

Die übrigen Betreiberleistungen (insbesondere das weitere Facility Management und sonstige Dienstleistungen) sind umsatzsteuerpflichtig. Die Umsatzsteuer entsteht in dem Voranmeldungszeitraum, in dem diese Leistungen ausgeführt werden (siehe Darstellung Kap. 8.3.2.2.1).

¹²⁷⁷ BFH, Urteil vom 16. Januar 2003, BFH/NV 2003, 734.

Im Hinblick auf die Leistung einer Kreditgewährung wird auf Kap. 8.3.1.2.1.4 verwiesen. Bei separatem Ausweis des Finanzierungsentgeltes ist diese Leistung steuerfrei.

8.3.2.2.1.2 Wirtschaftliches Eigentum bis zur Übertragung des Grundstücks beim Privaten

Verbleibt das wirtschaftliche Eigentum an einer Immobilie bis zur Übertragung des zivilrechtlichen Eigentums nach Beendigung der Laufzeit eines PPP-Vertrages beim Privaten, liegt bis dahin im Hinblick auf die Überlassung der Immobilie steuerlich entweder eine reine Vermietung und Verpachtung eines Grundstücks, die nach § 4 Nr. 12 a UStG von der Umsatzsteuer befreit wäre, ein gemischter Vertrag oder ein Vertrag besonderer Art vor. Im Hinblick auf weitere Ausführungen diesbezüglich verweisen wir auf Kap. 8.3.3.2.1.1.

Mit Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf die öffentliche Hand bei Ablauf des Vertrages liegt nach § 3 Abs. 1 UStG schließlich eine Grundstückslieferung vor. Da es sich hierbei um einen Grunderwerbsteuerlichen Vorgang handelt, ist die Lieferung nach § 4 Nr. 9 a UStG von der Umsatzsteuer befreit.

8.3.2.2.2 Vertragsmodell I bei "Mietverträgen mit Kaufoption"¹²⁷⁸

Ein "Vertragsmodell I" kann von seinem wirtschaftlichen - nicht zivilrechtlichen - Gehalt her auch dann vorliegen, wenn die öffentliche Hand als Mieterin einer Immobilie eine Kaufoption innehat, die kein Verpflichtungsgeschäft im Sinne von § 1 Abs. 1 GrEStG begründet. In diesen Fällen liegt nach Auffassung der Finanzverwaltung (vgl. Abschnitt 25 Abs. 4 UStR) eine umsatzsteuerliche Lieferung vor, wenn eine zu zahlende Miete deutlich den entsprechenden Nutzungswert überschreitet und man davon ausgehen kann, dass der Mieter bei wirtschaftlicher Betrachtung seine Kaufoption wahrnimmt, wenn ihm die bis dahin gezahlten Mieten auf den Kaufpreis angerechnet werden¹²⁷⁹.

Gemäß § 4 Abs. 9 a UStG sind Lieferungen, die unter das Grunderwerbsteuergesetz fallen, umsatzsteuerbefreit. 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.

¹²⁷⁸ Vgl. BFH, Urteil vom 27. Januar 1955, BStBl 1955, Teil III, S. 94.

¹²⁷⁹ Vgl. BFH, Urteil vom 27. Januar 1955, BStBl 1955, Teil III, S. 94.

Laut einem BFH-Urteil aus dem Jahre 1975 ist dabei für die Annahme eines Vorgangs im Sinne des § 1 Abs. 2 GrEStG ausreichend, wenn der Berechtigte etwaige Wertsteigerungen des Grundstücks gesichert realisieren kann. Nicht erforderlich ist, dass ihn Wertverluste belasten. Es müssen auch nicht alle einem Eigentümer zustehenden Rechte eingeräumt werden¹²⁸⁰. Die Einwirkungsmöglichkeiten, aus denen die Verwertungsbefugnis auf eigene Rechnung hervorgeht, müssen hingegen gleichzeitig und in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise bestehen¹²⁸¹. Der Berechtigte muss nicht nur besitz- und nutzungsberechtigt sein, sondern auch an der ganzen Substanz des Grundstücks dem Wert nach derartig beteiligt sein, dass er im Innenverhältnis bereits wie der Eigentümer behandelt wird¹²⁸².

In einem Urteil vom 17.1.1996¹²⁸³ hat der BFH einen Übergang der Verwertungsbefugnis nach § 1 Abs. 2 GrEStG bejaht. Das Urteil betraf einen Mietkaufvertrag, bei dem der Leasing-Nehmer nach Zahlung aller Raten zum symbolischen Preis von 1 DM den Leasing-Gegenstand erwerben konnte. Durch das ihr vertraglich eingeräumte und dinglich abgesicherte Recht, jederzeit auch eine Übereignung des Grundstücks verlangen zu können, ist die Klägerin nach Auffassung des BFH in der Lage gewesen, letztlich über das Grundstück uneingeschränkt zu verfügen. Vor diesem Hintergrund wäre es ggf. ratsam, im Zweifelsfall eine bestehende Kaufoption durch eine entsprechende Auflassungsvormerkung auch dinglich abzusichern.

Allerdings lässt sich das Urteil von 1996 in seiner Aussage nicht vollständig auf den hier behandelten Sachverhalt übertragen, da dort die Klägerin (Käuferin) auch die Kosten der Instandhaltung zu tragen hatte, was bei einem Vertragsmodell I nicht der Fall ist. Insofern lässt sich u.E., soweit ersichtlich, aus der bisherigen Rechtsprechung nicht abschließend der Schluss ziehen, dass der von uns betrachtete Sachverhalt tatsächlich unter den Tatbestand des § 1 Abs. 2 GrEStG subsumiert werden kann. Aus unserer Sicht spricht jedoch einiges für diese Annahme, v.a. wenn es für den Inhaber einer Kaufoption bei einer entsprechenden Gestaltung des Vertrages wirtschaftlich geradezu nahe liegt, die Kaufoption zu einem geeigneten Zeitpunkt auch auszuüben.

Lägen die Voraussetzungen für einen grunderwerbsteuerbaren Vorgang zu Beginn eines PPP-Vertrages jedoch noch nicht vor, wäre nach Verwaltungsmeinung stattdessen die Lieferung des bebauten Grundstücks umsatzsteuerpflichtig. Dies bedeutet, dass die gesamte

¹²⁸⁰ Vgl. BFH, Urteil vom 19. Juni 1975, BStBl 1976, Teil II, S. 27.

¹²⁸¹ Vgl. BFH, Urteil vom 27. Januar 1965, BStBl 1965, Teil III, S. 265.

¹²⁸² Vgl. BFH, Urteil vom 27. Januar 1972, BStBl 1972, Teil II, S. 496.

¹²⁸³ Vgl. BFH, Urteil vom 17. Januar 1996, BFH/NV 1996, 579 ff.

Umsatzsteuer, die sich auf diesen Vorgang bezieht, in den Voranmeldungszeiträumen während bzw. zum Abschluss der Bauzeit entstehen würde.

Bei einem Eigentumsübergang des Grundstücks zum Ende der Vertragslaufzeit würde die Grunderwerbsteuer dann erst mit Ende der Vertragslaufzeit anfallen. Aus diesem Grund stellt sich die Frage, ob die Belastung der Lieferung des Gebäudes (und Grundstücks) mit Umsatzsteuer nach § 165 Nr. 1 AO bis zum Ende der Vertragslaufzeit offen gehalten werden kann. Die Lieferung unterliegt - sofern das Grundstück auf die öffentliche Hand übergeht - der Grunderwerbsteuer und wäre damit gem. § 4 Nr. 9 a UStG steuerfrei. Wäre eine nachträgliche Entlastung nicht möglich, käme es im Ergebnis zu einer doppelten Belastung für das Projekt.

Im Hinblick auf eine Verknüpfung der Umsatzsteuer mit dem Vorliegen eines grunderwerbsteuerlichen Vorgangs sei auf die Anmerkungen unter Kap. 8.3.1.2.1.2 verwiesen.

8.3.2.3 Belastung durch Grundsteuer und Grunderwerbsteuer

8.3.2.3.1 Belastung durch Grundsteuer

Soweit das wirtschaftliche Eigentum am Grundstück einer Hochbaumaßnahme beim Vertragsmodell I bei der öffentlichen Hand liegt, ist der Grundbesitz ausnahmsweise abweichend von der zivilrechtlichen Betrachtung dem öffentlichen Auftraggeber zuzurechnen. Eine Befreiung von der Grundsteuer liegt dann nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 GrStG vor. Verbleibt der Private hingegen bis zur zivilrechtlichen Übertragung des Grundstücks auch wirtschaftlicher Eigentümer, unterliegt der Grundbesitz der Hochbaumaßnahme bis zu diesem Zeitpunkt auch der Grundsteuer.

8.3.2.3.2 Belastung durch Grunderwerbsteuer

Im Regelfall besteht bei einem Vertragsmodell I bereits bei Beginn der Bauphase ein Kaufvertrag oder ein anderes schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG. Da dieser Rechtsvorgang der Grunderwerbsteuer unterliegt, ist damit auch die Durchführung der Bauleistung gemäß § 4 Nr. 9 a UStG von der Umsatzsteuer befreit. Bei dem beschriebenen Mietkauf liegt ggf. ein grunderwerbsteuerlicher Vorgang nach § 1 Abs. 2 GrEStG vor.

8.3.3 Vertragsmodell II

Im Vertragsmodell II besteht eine Vertragsbeziehung zwischen dem privaten Auftragnehmer und der öffentlichen Hand, wobei der Private in der Regel auf seinem Grundstück oder auf Basis eines eingeräumten Erbbaurechts eine Immobilie errichtet. Während einer festgelegten Vertragslaufzeit überlässt der private Auftragnehmer der öffentlichen Hand das Grundstück auf Basis eines Vertrages, der in Anlehnung an einen Leasingvertrag verfasst wurde und erbringt für die öffentliche Hand mit der Immobilie und deren Betrieb verbundene Leistungen (z.B. Instandsetzung und Instandhaltung des Gebäudes, weiteres Facility Management und sonstige Dienstleistungen). Das Entgelt für die mit der Immobilie verbundenen Dienstleistungen ist prorätierlich zu vereinnahmen. Es besteht so lange keine Verpflichtung seitens des privaten Partners zur Übertragung des Gebäudeeigentums, solange der öffentlichen Hand keine Kaufoption eingeräumt wurde oder eine solche nicht ausgeübt wird.

8.3.3.1 Bilanzsteuerrechtliche Behandlung in Abhängigkeit von der zivilrechtlichen Ausgestaltung und der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums

8.3.3.1.1 Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums beim Leasing

8.3.3.1.1.1 Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums beim Finanzierungsleasing

Im Hinblick auf die bilanzsteuerliche Behandlung der Leistungskomponente "Nutzungsüberlassung" in Anlehnung an einen Leasingvertrag stellt sich zunächst die Frage nach der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an dem zugrundeliegenden Leasing-Gegenstand. Hiervon hängt sowohl die Bilanzierung und Abschreibung des Leasing-Gutes als auch die Behandlung der Leasingraten ab. Im Hinblick auf Zurechnungsregeln gibt es für unbewegliche Wirtschaftsgüter zwei Erlasse der Finanzverwaltung, auf die in der Regel Bezug genommen wird¹²⁸⁴. In der Folge werden die Leasingerlasse kurz skizziert. Ergänzend wird auf die Erlasse selbst verwiesen. Vorab ist bei der steuerlichen Beurteilung eines PPP-Vertragswerkes jedoch immer zu prüfen, ob die Leasing-Erlasse einschlägig sind oder ob ein Vertrag sui generis mit einem einheitlichen Leistungsgegenstand vorliegt, auf den die Leasing-Erlasse nicht Anwendung finden können.

¹²⁸⁴ BMF-Schreiben vom 21. März 1972, Ertragsteuerliche Behandlung von Finanzierungsleasing-Verträgen über unbewegliche Wirtschaftsgüter, BStBl 1972, Teil I, S. 188, sowie BMF-Schreiben vom 23. Dezember 1991, Ertragsteuerliche Behandlung von Teilamortisations-Leasing-Verträgen über unbewegliche Wirtschaftsgüter, BStBl 1992, Teil I, S. 13.

Der Erlass von 1972 behandelt Finanzierungs-Leasingverträge, bei denen ein Vertrag über eine bestimmte Zeit (Grundmietzeit) abgeschlossen wird, in der dieser bei vertragsgemäßer Erfüllung von beiden Vertragsparteien nicht gekündigt werden kann. Der Leasing-Nehmer hat beim Finanzierungsleasing mit den in der Grundmietzeit zu entrichtenden Raten mindestens die Anschaffungs- und Herstellungskosten sowie alle Nebenkosten einschließlich der Finanzierungskosten des Leasing-Gebers abzudecken. Die Zurechnung des unbeweglichen Leasing-Gegenstandes ist von der von den Parteien gewählten Vertragsgestaltung und deren tatsächlicher Durchführung abhängig. Unter Würdigung der gesamten Umstände ist im Einzelfall zu entscheiden, wem der Leasing-Gegenstand zuzurechnen ist, wobei eine Zuordnung für Gebäude und Boden getrennt zu prüfen ist.

Das BMF hat in den Leasingerlassen betreffend die ertragsteuerliche Behandlung von unbeweglichen Wirtschaftsgütern Entscheidungskriterien für eine Zuordnung vorgegeben, die in der Praxis für die Ausgestaltung von Leasingverträgen zu beachten sind. Nach den Leasingerlassen gilt insbesondere das Folgende:

Bei Finanzierungs-Leasing-Verträgen ohne Kauf- oder Verlängerungsoption und Finanzierungs-Leasing-Verträgen mit Mietverlängerungsoption ist der Grund und Boden grundsätzlich dem Leasing-Geber zuzurechnen, bei Finanzierungs-Leasing-Verträgen mit Kaufoption dagegen regelmäßig dem Leasing-Nehmer in den Fällen, in denen auch das Gebäude dem Leasing-Nehmer zugerechnet wird. Für die Zurechnung des Grund und Bodens in Fällen des Spezial-Leasings ist entsprechend zu verfahren.

Was die Zurechnung der Gebäude anbetrifft, werden diese dem Leasing-Nehmer zugerechnet, wenn die Grundmietzeit kürzer als 40% (Annahme eines Ratenkaufs) oder länger als 90% (wenn der Leasing-Geber bei normalem Verlauf auf Dauer von der Einwirkung auf den Leasinggegenstand ausgeschlossen ist) der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer ist. Hat der Leasing-Nehmer dem Leasing-Geber an dem Grundstück, das Gegenstand eines Finanzierungs-Leasing-Vertrages ist, ein Erbbaurecht eingeräumt und ist der Erbbaurechtszeitraum kürzer als die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer des Gebäudes, so tritt an die Stelle der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des Gebäudes der kürzere Erbbaurechtszeitraum.

Bei Verträgen mit einer Laufzeit von mehr als 40%, aber weniger als 90% der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer ist der Leasing-Geber auch wirtschaftlicher Eigentümer des Leasinggegenstandes, es sei denn, er hat dem Leasing-Nehmer eine Kauf- oder Mietverlängerungsoption zu Bedingungen eingeräumt, die lediglich als Anerkennungsgebühr und nicht als echte Gegenleistung anzusehen sind. Bei Finanzierungs-Leasing-Verträgen mit Kaufoption wird das Gebäude dem Leasing-Geber zugerechnet, wenn der für den Fall der

Ausübung des Optionsrechts vorgesehene Gesamtkaufpreis nicht niedriger ist als der unter Anwendung der linearen AfA ermittelte Buchwert des Gebäudes zuzüglich des Buchwertes für den Grund und Boden oder der niedrigere gemeine Wert des Grundstücks im Zeitpunkt der Veräußerung.

Bei Finanzierungs-Leasing-Verträgen mit Mietverlängerungsoption wird das Gebäude dann dem Leasing-Geber zugerechnet, wenn die Anschlussmiete mehr als 75% des Mietentgeltes beträgt, das für ein nach Art, Lage und Ausstattung vergleichbares Grundstück üblicherweise gezahlt wird.

In Fällen des Spezial-Leasings ist das Gebäude stets dem Leasing-Nehmer zuzuordnen.

8.3.3.1.1.2 Exkurs zum Spezialleasing

Von Spezial-Leasing spricht man, wenn das Leasingobjekt in einem solchen Maße auf die speziellen Anforderungen und Verhältnisse des Leasing-Nehmers zugeschnitten ist, dass eine wirtschaftlich sinnvolle anderweitige Nutzung oder Verwertung nicht möglich ist¹²⁸⁵. Nach Meinung von Bordewin sind an den speziellen Zuschnitt strenge Bedingungen zu stellen. Entscheidend sei, ob für das Gebäude in seiner konkreten Beschaffenheit und Lage ein Wechsel des Leasingnehmers und Benutzers denkbar ist und ob das Gebäude ohne größere Umbaumaßnahmen von einem anderen Leasingnehmer genutzt werden kann. Spezial-Leasing dürfte hiernach gegeben sein, wenn bei Fertigstellung des Objekts ein Markt für Gebäude dieser Art nicht vorhanden ist und daher ein Wechsel des Leasingnehmers ausgeschlossen erscheint¹²⁸⁶.

Während vor diesem Hintergrund im gewerblichen Bereich äußerst selten Spezial-Leasing angenommen wird¹²⁸⁷, liegt im öffentlichen Bereich eine andere Situation vor. Nach einer Bekanntmachung des Bayerischen Innenministeriums¹²⁸⁸ und einem Erlass des Sächsischen Staatsministeriums¹²⁸⁹ sei ein Wechsel des Leasingnehmers insbesondere dann ausgeschlossen, wenn mit der kommunalen Einrichtung eine nach geltendem Recht

¹²⁸⁵ Vgl. BFH, Urteil vom 26. Januar 1970, BStBl 1970, Teil II, S. 264, das später durch weitere Urteile bestätigt wurde.

¹²⁸⁶ Bordewin, Leasingverträge in der Handels- und Steuerbilanz, NWB Fach 17, S. 1435-1462 - Abschnitt C VII 2 c.

¹²⁸⁷ Vgl. Kroll, in: Leasing- Handbuch für die öffentliche Hand, S. 17.

¹²⁸⁸ Vgl. Bekanntmachung des Bayrischen Innenministeriums vom 28. Januar 1993, AIIMBL. 1993, S. 291.

¹²⁸⁹ Vgl. Erlass des Sächsischen Staatsministeriums der Finanzen und Sächsisches Staatsministeriums des Innern vom 25. Februar 1993, Sächs.ABL. 1997, S. 73 ff.

hoheitliche, im Verhältnis zum Bürger nicht privatisierbare Aufgabe durch die Kommune erfüllt wird. Das BMF vertritt inzwischen aber¹²⁹⁰, dass die alleinige Tatsache, dass der Leasing-Nehmer die öffentliche Hand ist, nicht automatisch zur Annahme von Spezial-Leasing führt.

Nach 1995 wurden in diesem Zusammenhang Einzelprüfungen von einer Bund-Länder-Prüfkommission "Kommunal-Leasing" der Finanzministerien vorgenommen, die v.a. eine einheitliche Bewertung steuerlicher Zurechnungsfragen gewährleisten sollte. Nach Ansicht von Christen¹²⁹¹ zeigt die Praxis der Prüfkommission jedoch, "dass die Frage des Spezial-Leasing grundsätzlich nicht pauschal, sondern nur anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls entschieden werden kann". Relevant werde die Frage insbesondere bei Leasingverträgen mit Kaufoption oder Andienungsrecht. Hier stelle sich die Frage, ob sich aus der Art des Leasingobjekts ein Indiz dafür ergibt, dass der Leasing-Nehmer (beim Leasingvertrag mit Kaufoption) bzw. der Leasing-Geber (beim Leasingvertrag mit Andienungsrecht) zur Optionsausübung gezwungen sein wird. Dieser Rechtsansicht ist zuzustimmen. Eine Beurteilung kann nur anhand der konkreten Ausgestaltung des Einzelfalls erfolgen. Eine pauschale Beurteilung kann dem Einzelfall nicht gerecht werden.

Von großem Vorteil zur Erhöhung der Rechtsicherheit für potenzielle Bieter wäre es damit auch, wenn die Prüfkommission eine Sammlung der Beurteilung von gängigen Fallkonstellationen aus der Praxis, die ihr zur Prüfung vorgelegt wurden, öffentlich zugänglich machen könnte. Dies würde eine Einschätzung bezüglich der Behandlung durch die Finanzverwaltung erleichtern.

8.3.3.1.1.3 Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums beim Teilamortisations-Leasing

Im o.g. zweiten Immobilien-Erlass aus dem Jahre 1991 nahm das BMF zur ertragsteuerlichen Behandlung von Teilamortisations-Leasing-Verträgen Stellung. Bei Teilamortisations-Leasing werden die Anschaffungs- und Herstellungskosten sowie alle Nebenkosten einschließlich der Finanzierungskosten des Leasing-Gebers mit den in der Grundmietzeit vom Leasing-Nehmer zu entrichtenden Raten nur zum Teil abgedeckt.

Bei Teilamortisations-Leasing-Verträgen über unbewegliche Wirtschaftsgüter erfolgt keine getrennte Zurechnung von Grund und Boden und Gebäude. Der Leasing-Gegenstand ist

¹²⁹⁰ Vgl. Kroll, in: Kroll, Leasing-Handbuch für die öffentliche Hand, S. 17.

¹²⁹¹ Christen, in: Kroll, Leasing-Handbuch für die öffentliche Hand, S. 32.

grundsätzlich dem Leasing-Geber zuzurechnen. Die Ausnahmefälle von dieser Regel sind im Erlass dargelegt. Darunter fällt zunächst wiederum das Spezial-Leasing, bei dem regelmäßig dem Leasing-Nehmer das wirtschaftliche Eigentum zugeordnet wird. Bei Verträgen mit Kaufoption bzw. Mietverlängerungsoption gilt der Leasing-Nehmer dann als wirtschaftlicher Eigentümer, wenn die Grundmietzeit länger als 90% (die 40%-Grenze entfällt hier, da die typisierende Annahme eines Ratenkaufes hier entfällt) beträgt oder der vorgesehene Kaufpreis geringer ist als der Restwert des Leasing-Gegenstandes nach Ablauf der Grundmietzeit bzw. die Anschlussmiete nicht mindestens 75% des Mietentgelts beträgt, das für ein nach Art, Lage und Ausstattung vergleichbares Grundstück üblicherweise gezahlt wird.

Zu beachten ist, dass der Immobilien-Erlass von 1991 auch die Verteilung von Eigentümerrisiken bei der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums berücksichtigt. Dem Leasing-Nehmer ist demnach ein Leasing-Gegenstand stets zuzurechnen, wenn ihm eines der dort aufgezählten typischen Eigentümerrisiken aufgebürdet wird¹²⁹². Vor dem Hintergrund, dass solche Risiken im Rahmen einer PPP häufig von dem privaten Partner getragen werden, stellt sich die Frage, ob in einer solchen Situation der Umkehrschluss gilt, dass der private Partner wirtschaftlicher Eigentümer bleibt, wenn er diese Risiken auch nach Übergabe einer Immobilie zur Gebrauchsüberlassung an die öffentliche Hand weiterhin trägt¹²⁹³. Aus dem Immobilien-Erlass jedenfalls ergibt sich ein solcher Umkehrschluss nicht. Wenn der Private bei einem PPP-FMLeasing-Vertrag innerhalb einer individuellen Vertragsgestaltung zahlreiche Risiken zugeordnet bekommt, hat dies unseres Erachtens auch Auswirkungen darauf, inwieweit es handels- und steuerrechtlichen Grundsätzen entspricht, ob eine Gewinnrealisierung bereits nach Übergabe eines Gebäudes stattfindet oder erst pro rata temporis über die Vertragslaufzeit (vgl. auch Kap. 8.3.3.1.2.1).

8.3.3.1.2 Bilanzsteuerrechtliche Behandlung des Vertragsmodells II in Abhängigkeit von der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums¹²⁹⁴

Der Immobilien-Erlass von 1972 regelt sowohl für Finanzierungs-Leasing-Verträge als auch für Teilamortisations-Verträge die bilanzsteuerrechtliche Behandlung.

¹²⁹² Unter II. dd) des Immobilien-Erlasses sind dort u.a. als Risiken die Gefahr des zufälligen ganzen oder teilweisen Untergangs bzw. der ganzen oder teilweisen Zerstörung des Leasing-Gegenstandes, des Ausschlusses der Nutzungsmöglichkeit sowie des allgemeinen Vertragsrisikos genannt.

¹²⁹³ Vgl. auch das im Zusammenhang mit Vertragsmodell I ausführlich erörterte BFH, Urteil vom 2. März 1990, BStBl 1990, Teil II, S. 733.

¹²⁹⁴ Vgl. BMF-Schreiben vom 21. März 1972, Ertragsteuerliche Behandlung von Finanzierungs-Leasing-Verträgen über unbewegliche Wirtschaftsgüter, BStBl 1972, Teil I, S. 189.

8.3.3.1.2.1 Das wirtschaftliche Eigentum am Leasing-Gegenstand befindet sich beim Leasing-Geber

Liegt das wirtschaftliche Eigentum an den im Rahmen einer Hochbaumaßnahme erstellten Gebäuden beim Privaten als Leasing-Geber, hat dieser den Leasing-Gegenstand mit seinen Anschaffungs- und Herstellungskosten nach § 255 HGB und im Einklang mit Abschnitt 33 EStR zu aktivieren. In seiner GuV sind die Leasing-Raten als laufende Erträge und die laufenden betrieblichen Aufwendungen sowie Abschreibungen auf die von ihm zu bilanzierenden Gebäude nach Maßgabe von § 7 Abs. 4 EStG auszuweisen.

8.3.3.1.2.2 Das wirtschaftliche Eigentum am Leasing-Gegenstand befindet sich beim Leasing-Nehmer

Liegt das wirtschaftliche Eigentum an den im Rahmen einer Hochbaumaßnahme erstellten Gebäuden bei der öffentlichen Hand als Leasing-Nehmer, aktiviert der Private eine Kaufpreisforderung an den Leasing-Nehmer in Höhe der den Leasing-Raten zugrunde gelegten Anschaffungs- und Herstellungskosten. Dieser Betrag ist grundsätzlich mit der vom Leasing-Nehmer ausgewiesenen Verbindlichkeit identisch. Die Leasing-Raten sind in einen ertragswirksamen Zins- und Kostenanteil sowie in einen Anteil Tilgung der Kaufpreisforderung aufzuteilen.

8.3.3.2 Umsatzsteuerliche Behandlung

Umsatzsteuerlich geht es in der Folge insbesondere um die Beurteilung der Zur-Verfügung-Stellung von Gebäuden, Instandhaltungsarbeiten, weiteren Facility Management- und sonstigen Dienstleistungen.

Werden Gegenstände im Leasingverfahren überlassen, ist nach Auffassung der Finanzverwaltung die Übergabe des Leasing-Gegenstandes durch den Leasing-Geber an den Leasing-Nehmer eine Lieferung, wenn der Leasing-Gegenstand einkommensteuerrechtlich dem Leasing-Nehmer zuzurechnen ist (UStR, Abschnitt 25 Abs. 4). Dabei wird auf ein BFH-Urteil vom 1.10.1970¹²⁹⁵ verwiesen, dass sich auf Leasingverträge über Anlagen (bewegliche Wirtschaftsgüter) bezog. Verbleibt das wirtschaftliche Eigentum des Leasingguts hingegen beim Leasinggeber, liegt in der Regel eine Nutzungsüberlassung vor. Umsatzsteuerrechtlich ist darin eine sonstige Leistung im Sinne von § 3 Abs. 9 UStG zu sehen.

¹²⁹⁵ Vgl. BFH, Urteil vom 1. Oktober 1970, BStBl 1971, Teil II, S. 34.

Im Folgenden wird zunächst die umsatzsteuerliche Behandlung eines Leasinggeschäfts dargestellt, bei dem das wirtschaftliche Eigentum am Grundstück beim Leasing-Geber verbleibt. Anschließend betrachten wir den Fall, bei dem das wirtschaftliche Eigentum des Gebäudes bzw. ggf. auch von Grund und Boden auf den Leasing-Nehmer übergeht. In beiden Fällen wird angenommen, dass ein Gebäude auf Grundlage eines Erbaurechts oder auf dem eigenen Grundstück des privaten Auftragnehmers durch diesen errichtet werden soll.

8.3.3.2.1 Wirtschaftliches Eigentum des Grundstücks beim Leasing-Geber

Befindet sich das wirtschaftliche Eigentum am Grundstück beim Leasing-Geber, stellt der Leasingvertrag grundsätzlich eine nach § 4 Nr. 12 a UStG (Vermietung und Verpachtung eines Grundstücks) von der Umsatzsteuer befreite Vermietungsleistung dar. Im Hinblick auf die umsatzsteuerliche Behandlung des Vertragsmodells II mit der öffentlichen Hand sind jedoch zusätzlich auch die einzelnen Leistungsbestandteile Planung und Bau sowie die unterschiedlichen Betreiberleistungen (insbesondere das Facility Management einschließlich Instandsetzung und Instandhaltung sowie sonstige Dienstleistungen) mit zu berücksichtigen. Je nach unterschiedlicher Ausgestaltung der Wertschöpfungskette eines PPP-Vorhabens ergeben sich für den Einzelfall unterschiedliche steuerliche Folgen.

Nach bürgerlichem Recht liegt eine Grundstücksvermietung vor, wenn dem Mieter zeitweise der Gebrauch eines Grundstücks gewährt wird (§ 535 BGB). Gebrauchsüberlassung heißt, dass der Mieter während der Mietzeit das ausschließliche Nutzungsrecht am gemieteten Grundstück hat und Dritte von Einwirkungen auf das Grundstück abhalten kann. Nach der Auffassung des BGH sind auch Finanzierungsleasingverträge hauptsächlich nach den mietvertraglichen Bestimmungen der §§ 535 ff. BGB zu behandeln¹²⁹⁶. Die Vermietung und Verpachtung von Grundstücken ist nach § 4 Nr. 12a UStG grundsätzlich steuerbefreit. Diese Befreiung steht auch im Einklang mit Art. 13 Teil B Buchstabe b der Sechsten EG-Richtlinie.

Es stellt sich nun die Frage, wie die über reine Mietleistungen hinausgehende Leistungsbestandteile umsatzsteuerlich zu klassifizieren sind und welche Folgen sich hieraus ergeben. Von der Beantwortung dieser Fragen hängt im Einzelfall ab, welche Leistungsbestandteile steuerbare und steuerpflichtige Umsätze darstellen und welche Leistungsteile von der Umsatzsteuer insbesondere als unselbständige Nebenleistung zur steuerbefreiten Vermietung und Verpachtung befreit sind.

¹²⁹⁶ Vgl. BGH, Urteil von 9. Oktober 1985, BGHZ 96, 103 ff.

8.3.3.2.1.1 Umfang der steuerfreien Nebenleistungen

Zu den steuerfreien Vermietungsleistungen gehören aus umsatzsteuerlicher Sicht auch Nebenleistungen, die üblicherweise in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Vermietung stehen (sog. unselbständige Nebenleistungen). Dabei kommt der Grundsatz der Einheitlichkeit der Leistung zum Tragen, wonach ein einheitlicher Vorgang im wirtschaftlichen Sinne umsatzsteuerlich nicht in Einzelbestandteile aufgeteilt werden darf, d.h. die Nebenleistungen teilen das Schicksal der Hauptleistung. Als Nebenleistung anzusehen sind z.B. die Lieferung von Wärme, die Versorgung mit Wasser, auch mit Warmwasser, die Flur- und Treppenreinigung sowie die Treppenbeleuchtung (vgl. Abschnitt 78 Abs. 5 Satz 3 UStR).

In der Praxis ist die Abgrenzung, ob eine Leistung als unselbständig anzusehen ist und eine Nebenleistung darstellt abhängig von einer Vielzahl unterschiedlicher Faktoren sowie von den Umständen des Einzelfalls. So können z.B. Instandhaltungsleistungen eines Hausmeisters, wie die Ausführung kleiner Reparaturen oder der Schutz der Wasserleitung und Heizung vor Frostschäden in der Regel als Nebenleistungen gewertet werden, wenn diese nicht gesondert berechnet werden, während andere im Rahmen eines PPP-Projektes wahrzunehmenden Aufgaben, wie z.B. die Überwachung eines Schulgebäudes oder die Ausführung kleinerer Reparaturen an Einrichtungen des Schuldienstes eher nicht mehr als Nebenleistungen zur Vermietung und Verpachtung zu betrachten sind. Diese Abgrenzungsfragen können jedoch im Hinblick auf die umsatzsteuerlichen Auswirkungen von maßgeblicher Bedeutung sein.

Bei Projekten, bei denen - in Abwandlung zum Grundfall des Vertragsmodells II - neben einer Bauleistung tiefgreifende Sanierungsleistungen (vgl. Vertragsmodell IV) über einen gewissen Zeitraum erbracht werden (z.B. neben dem Neubau auch Sanierungsleistungen für Schulen über einen bestimmten Zeitraum), lässt sich eine Klassifizierung der Sanierungsleistung als eine bestimmte Umsatzart nicht pauschal vornehmen. Der BFH hat es bislang als eine Nebenleistung zu einer Vermietungstätigkeit angesehen, wenn der Vermieter eine Bauleistung erbringt, um den Vermietungsgegenstand in einen zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu bringen und hierfür ein gesondertes Entgelt erhält. So hat der BFH sowohl die Entschädigung zum Abbruch eines Gebäudes¹²⁹⁷ als auch verlorene Baukostenzuschüsse¹²⁹⁸ als steuerfrei qualifiziert. Insofern könnte entsprechend argumentiert werden, dass Sanierungsleistungen als Umsätze im Sinne von § 4 Nr. 12 a UStG zu

¹²⁹⁷ Vgl. BFH, Urteil vom 13. März 1987, BStBl 1987, Teil II, S. 465.

¹²⁹⁸ Vgl. BFH, Urteil vom 19. März 1988, BStBl 1988, Teil II, S. 848.

qualifizieren sind, wobei eine abschließende Beurteilung nur für den konkreten Einzelfall vorgenommen werden kann.

Werden im Zusammenhang mit einer Vermietung von Grundstücken nur Nebenleistungen erbracht, spricht man noch von reinen Grundstücksmietverträgen. Die Leistungen des Vermieters sind vollumfänglich erbracht und gem. § 4 Nr. 12 a UStG von der Umsatzsteuer befreit. Davon sind solche Fälle zu unterscheiden, in denen neben der Vermietung von Grundstücken (einschließlich der dazu gehörigen Nebenleistungen) noch weitere Leistungen erbracht werden, die keine (bloßen) Nebenleistungen sind. Insbesondere Leistungen wie das Facility Management (soweit diese nicht im Rahmen der Instandhaltung und Instandsetzung den Vermieterpflichten zuzuordnen sind) oder sonstige Dienstleistungen, wie z.B. die Übernahme von Catering-Leistungen, lassen sich grundsätzlich nicht mehr unter die reine Grundstücksvermietung subsumieren. Als Folge von integrierten PPP-Leistungspaketen ergeben sich somit Verträge, die entweder als gemischte Verträge oder als Verträge besonderer Art zu bewerten sind.

Ein gemischter Vertrag im Sinne des Umsatzsteuerrechts liegt vor, wenn er sowohl die Merkmale einer Vermietung als auch Merkmale anderer Leistungen aufweist, ohne dass ein so starkes Zurücktreten der Merkmale der einen oder anderen Gruppe gegeben ist, dass sie umsatzsteuerlich nicht mehr zu beachten wären¹²⁹⁹. Bei einem gemischten Vertrag ist das Entgelt für die Gesamtleistung in einen auf die steuerfreie Grundstücksvermietung und einen auf die steuerpflichtige Leistung anderer Art entfallenen Teil - erforderlichenfalls durch Schätzung - aufzuteilen. Insofern wäre für ein gesamtes PPP-Leistungspaket eine solche Aufteilung nach plausiblen, am konkreten Einzelfall festzulegenden Kriterien vorzunehmen.

Ist eine solche Aufteilung jedoch nicht möglich und tritt die Gebrauchsüberlassung des Grundstücks gegenüber anderen wesentlichen Leistungen zurück, ist die gesamte Leistung steuerpflichtig. Es handelt sich dabei um einen sog. Vertrag besonderer Art, bei dem das Vertragsverhältnis ein einheitliches, unteilbares Ganzes darstellt.

Besondere Bedeutung kommt der umsatzsteuerlichen Behandlung von Betriebsvorrichtungen zu. Zu den Betriebsvorrichtungen gehören alle Anlagen, die, ohne Teil des Gebäudes zu sein, in besonderer und unmittelbarer Beziehung zu dem auf dem Grundstück ausgeübten Betrieb stehen. Werden bei der Vermietung und Verpachtung von Grundstücken auch Betriebsvorrichtungen mitvermietet, werden sie von der Steuerbefreiung des § 4 Nr. 12 a UStG nicht erfasst - es sei denn, sie treten so deutlich in den Hintergrund, dass sie im Sinne der

¹²⁹⁹ Vgl. BFH, Urteil vom 07. April 1960, BStBl 1960, Teil III, S. 261.

Einheitlichkeit der Leistung eine unselbständige Nebenleistung zur Vermietung und Verpachtung eines Grundstücks darstellen.

Geht man davon aus, dass Betriebsvorrichtungen im Rahmen eines gemischten Vertrages vermietet werden, ist eine Aufteilung hinsichtlich der Zuordnung einzelner Komponenten zu den Grundstücksteilen bzw. Betriebsvorrichtungen vorzunehmen¹³⁰⁰. Für Sportanlagen hat die Finanzverwaltung Richtlinien aufgestellt (Abschnitt 86, Abs. 1 Satz 5 UStR), nach denen eine solche Aufteilung in diesem Bereich zumindest bis zum 31.12.2003 vorgenommen werden kann (vgl. § 27 Abs. 6 UStG).

Es ist jedoch auch denkbar, dass die Vermietung der Betriebsvorrichtungen so deutlich im Vordergrund steht, dass die Vermietung und Verpachtung eines Grundstücks in seiner Bedeutung entsprechend zurücktritt. So ist z.B. der Europäische Gerichtshof¹³⁰¹ von einer einheitlichen steuerpflichtigen Leistung ausgegangen, wenn die Zurverfügungstellung von Sportstätten (im zugrundeliegenden Fall ein Golfplatz) mit entsprechenden Verwaltungsleistungen als Gesamtheit eine Dienstleistung ergibt, die mit Sport- und Körperbetätigung zusammenhängt. Bei einem solchen Vertrag besonderer Art kommt die Steuerbefreiung nach § 4 Nr. 12 a UStG weder für die gesamte Leistung noch für einen Teil der Leistung in Betracht.

Bei Leasingverträgen über "öffentliche Immobilien, wie zum Beispiel Schulen, Gefängnisse oder Verwaltungsgebäude ist also nach vorstehend Gesagtem stets zu prüfen, ob es sich um reine Grundstücksmietverträge, ggf. zuzüglich weiterer unselbständiger Nebenleistungen oder um die Überlassung eines Gebäudes und von Betriebsvorrichtungen sowie ggf. zuzüglich weiterer Hauptleistungen (gemischter Vertrag) oder um eine einheitliche Dienstleistung handelt (Vertrag besonderer Art). Abhängig vom Ergebnis wären die Leistungen des Auftragsnehmers ganz oder nur teilweise steuerfrei oder im vollen Umfang umsatzsteuerpflichtig.

Im Hinblick auf die Unterscheidung zwischen reinen Grundstücksmietverträgen, gemischten Verträgen und Verträgen besonderer Art wäre ein entsprechendes Verwaltungsschreiben mit Kriterien bezüglich der umsatzsteuerrechtlichen Abgrenzung zwischen unselbständigen Nebenleistungen und selbständigen Leistungen im Rahmen des Facility Managements hilfreich. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob ein PPP-Vertrag sui generis mit einheitlicher Leistungserstellung umsatzsteuerlich ein Vertrag besonderer Art darstellen kann.

¹³⁰⁰ Vgl. BFH, Urteil vom 16. Mai 1995, BStBl 1995, Teil II, S. 750.

¹³⁰¹ Vgl. EuGH, Urteil vom 18. Januar 2001, ABL EG, C 150, S. 5.

8.3.3.2.1.2 Kreditgewährung nach § 4 Nr. 8 a UStG

Die Kreditgewährung wäre nur dann als selbständige Hauptleistung neben der Lieferung anzusehen, wenn für die Kreditgewährung ein gesondertes Entgelt vereinbart und berechnet worden ist. Dies ist bei erlasskonformen Leasingverträgen in der Regel nicht der Fall.

8.3.3.2.2 Wirtschaftliches Eigentum beim Leasing-Nehmer

Wie oben bereits dargestellt, ist nach Verwaltungsmeinung die Übergabe eines Leasing-Gegenstandes durch den Leasing-Geber an den Leasing-Nehmer dann umsatzsteuerlich eine Lieferung, wenn der Leasing-Gegenstand einkommenssteuerrechtlich dem Leasing-Nehmer zuzuordnen ist. Bei einer solchen Lieferung stellt die Summe der Leasingraten, bei einer Kaufoption zuzüglich des vereinbarten Kaufpreises und bei einer Mietverlängerungsoption zuzüglich der vereinbarten Leasingverlängerungsraten bis zum Ablauf der voraussichtlichen Nutzungsdauer die Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer dar¹³⁰². Das in den Umsatzsteuerrichtlinien erwähnte Gerichtsurteil aus dem Jahre 1970 bezieht sich allerdings nicht auf unbewegliche Wirtschaftsgüter. In den Richtlinien werden aber für unbewegliche Wirtschaftsgüter auch keine gesonderten Aussagen getroffen, die von der Behandlung bei beweglichen Wirtschaftsgütern abweichen. Aus unserer Sicht können sich hingegen mit der Anwendung der Verwaltungsmeinung in der Praxis erhebliche Probleme ergeben.

So ist es denkbar, dass bei unbeweglichen Wirtschaftsgütern das wirtschaftliche Eigentum an Grund und Boden beim Leasing-Geber verbleiben kann, während das wirtschaftliche Eigentum am Gebäude auf den Leasing-Nehmer übergeht (vgl. Leasing-Erlass von 1972). Ob umsatzsteuerlich für die Annahme einer Lieferung nicht eine einheitliche Leistung, die sowohl Grund und Boden als auch das Gebäude erfasst, erforderlich ist, ist zumindest umstritten¹³⁰³. Geht man davon aus, dass nur eine Lieferung des Gebäudes stattfindet, stellt sich die Frage, ob es nach Beendigung des Leasingvertrages zu einer automatischen Rücklieferung des Gebäudes kommt, die umsatzsteuerpflichtig wäre. Das bürgerlich-rechtliche Eigentum am Gebäude lässt sich jedenfalls nicht ohne das Grundstück aufrechterhalten.

Unabhängig davon kann der Leasing-Nehmer auch in dem Fall, dass das wirtschaftliche Eigentum am Grund und Boden und dem Gebäude bei ihm zusammenfällt, das Grundstück

¹³⁰² Vgl. BFH vom 01. Oktober 1970, BStBl 1971, Teil II, S. 34; OFD Hamburg, Verfügung vom 15. September 1991, UR 1991, S. 327.

¹³⁰³ Vgl. Kempke, BB 1986, 641, der davon spricht, dass eine Aufteilung in Grund und Boden einerseits und Gebäude andererseits für die umsatzsteuerliche Lieferung nach herrschender Ansicht nicht möglich ist.

nach Ablauf des Leasing-Vertrags an den Leasing-Geber zurückgeben und eine eventuell bestehende Kaufoption nicht wahrnehmen. In diesen Fällen käme in Betracht, dass entweder eine Rücklieferung des Gebäudegrundstücks vom Leasingnehmer an den Leasinggeber vorliegt oder dass die ursprüngliche Lieferung des Leasinggebers an den Leasingnehmer als rückgängig gemacht anzusehen ist. Im letztgenannten Fall läge für die vergangene Vertragslaufzeit eine Nutzungsüberlassung vor und das Leasing wäre im nachhinein als sonstige Leistung, insbesondere als Vermietung und Verpachtung i.S.v. § 4 Nr. 12 a UStG zu beurteilen, wobei die Frage jedoch offen bleibt, mit welchen verfahrensrechtlichen Mitteln die Aufhebung der früheren Steuer zu erreichen ist.

Nimmt man allerdings eine Rücklieferung der öffentlichen Hand an, stellt sich weiter die Frage, ob diese nicht dadurch unter bestimmten Konstellationen die Unternehmereigenschaft annehmen würde (Stichwort Grundstückshandel). Dies dürfte insbesondere dann der Fall sein, wenn damit zu rechnen ist, dass die öffentliche Hand mehr als eine der ihr von Privaten zur Verfügung gestellten Immobilien nicht übernehmen möchte.

Schließlich besteht das Problem, dass mit der Einräumung einer Kaufoption an den Leasingnehmer für das Ende der Grundmietzeit noch kein Rechtsgeschäft abgeschlossen wurde, das einen Anspruch auf Übereignung des Leasing-Gegenstandes begründet. Es würde sich also hier nicht um einen grunderwerbsteuerbaren Tatbestand nach § 1 Abs. 1 GrEStG handeln. Dies hätte zur Folge, dass die Lieferung des privaten Leasinggebers an die öffentliche Hand nicht gem. § 4 Nr. 9 a UStG von der Umsatzsteuer befreit wäre.

Nach Auffassung von Bordewin¹³⁰⁴ soll jedoch ein Übergang der Verfügungsmacht an einem Grundstück im Sinne von § 1 Abs. 2 GrEStG vorliegen, wenn eine Kaufoption mit einem festen, vom Leasing-Geber nicht mehr erhöhbareren Preis vereinbart worden¹³⁰⁵ und im Übrigen ertragsteuerlich das Grundstück dem Leasing-Nehmer zuzurechnen ist und umsatzsteuerlich eine Lieferbeziehung vorliegt. Der Leasing-Nehmer könne zwar vor Eintritt des Zeitpunkts, in dem er sein Optionsrecht ausüben kann, noch nicht über das Grundstück durch Veräußerung oder Belastung verfügen. Die fehlende Verfügungsmöglichkeit während der Grundmietzeit sei aber nicht entscheidend, da der Immobilien-Leasing-Nehmer in dieser Phase das Grundstück und Gebäude selbst nutzen und nicht veräußern möchte.

¹³⁰⁴ Bordewin, Leasing im Steuerrecht, S. 123.

¹³⁰⁵ Der Leasing-Nehmer könnte etwaige Wertsteigerungen des Grundstücks nach Beendigung der Grundmietzeit realisieren.

Folgt man dieser Meinung, würde eine Doppelbelastung durch Grunderwerbsteuer einerseits und Umsatzsteuer andererseits nicht entstehen. Da der Vorgang der Grunderwerbsteuer unterliegen würde, wäre die Lieferung nach § 4 Nr. 9 a UStG umsatzsteuerfrei. Bordewin meint jedoch, dass seine Auffassung wahrscheinlich im Widerspruch zur Rechtsprechung des BFH zur Auslegung des § 1 Abs. 2 GrEStG steht¹³⁰⁶. Er zitiert dabei das bereits unter Kap. 8.3.2.2.2 erwähnte Urteil des BFH aus dem Jahre 1972¹³⁰⁷.

Verneint man demnach die Anwendung des § 1 Abs. 2 GrEStG, fällt bei Annahme einer Lieferung im Rahmen des Leasings mit Überlassung des Grundstücks Umsatzsteuer an, denn die Voraussetzungen für eine Umsatzsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 9a UStG lägen nicht vor. Würde später das Grundstück in Ausübung einer vorhandenen Kaufoption bürgerlich-rechtlich übertragen, käme es dann nach einer zusätzlichen Belastung durch Grunderwerbsteuer grundsätzlich zu einer Doppelbelastung. Diese könnte vermieden werden, wenn die Umsatzsteuerfestsetzung gemäß § 165 Abs. 1 Satz 1 AO bis zum Ende der Vertragslaufzeit nur vorläufig erfolgt.

Vor dem Hintergrund der dargestellten Probleme stellt sich die Frage, ob sich die Verwaltungsmeinung, die davon ausgeht, dass durch die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums des Leasingnehmers an den zugrundeliegenden Wirtschaftsgütern umsatzsteuerlich eine Lieferung erfolgt, tatsächlich aufrecht halten lässt.

Aus unserer Sicht steht die Bezugnahme der Verwaltung auf einkommensteuerrechtliche Zuordnungsregeln auch im Widerspruch zur ständigen EU-Rechtsprechung, insbesondere auch zum aktuellen EuGH-Urteil vom 16.1.2003¹³⁰⁸. Der EuGH hat darin auch einige Ausführungen zum Begriff Vermietung von Grundstücken im Sinne von Art. 13 Teil B Buchstabe b der Sechsten EG-Richtlinie vorgenommen. Der EuGH äußerte, dass die in Art. 13 der Sechsten EG-Richtlinie vorgesehenen Umsatzsteuerbefreiungen nach ständiger Rechtsprechung eigenständige Begriffe des Gemeinschaftsrechts darstellen und daher eine gemeinschaftsrechtliche Definition erfordern würden. Mithin könne die Auslegung des Begriffs Vermietung von Grundstücken nicht von einer Auslegung abhängen, die ihm im Zivilrecht eines Mitgliedsstaates gegeben wird.

¹³⁰⁶ A.a.O., S. 122.

¹³⁰⁷ Vgl. BFH, Urteil vom 27. Januar 1972, BStBl 1972, Teil II, S. 496.

¹³⁰⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 16. Januar 2003, ABI. EG C 315/00.

Wenn dies für alle zivilrechtlichen Begriffe gelte, schließen Grünwald und Pogodda¹³⁰⁹ aus diesem Urteil, bedürften auch alle Begriffe ertragsteuerlichen Ursprungs, die im Umsatzsteuerrecht verwendet werden, einer Überprüfung vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts. Ob eine Lieferung oder eine Dienstleistung vorliegt, entscheide sich für Leasingfälle dort abschließend nach Art. 5 Abs. 4 Buchstabe b der Sechsten EG-Richtlinie.

Wir halten es vor dem Hintergrund der mit der Umsetzung der Verwaltungsmeinung verbundenen Probleme und der europarechtlichen Gegebenheiten für systematisch konsistenter, wenn Immobilien-Leasing umsatzsteuerlich als eine Mischung aus Vermietungs- und Finanzierungsleistungen angesehen wird.

8.3.3.3 Belastung durch Grundsteuer und Grunderwerbsteuer

8.3.3.3.1 Belastung durch Grundsteuer

8.3.3.3.1.1 Zurechnung des Grundbesitzes beim Leasing-Geber

Wenn beim PPP-Leasingmodell das wirtschaftliche Eigentum am Grundbesitz für eine Hochbaumaßnahme beim privaten Partner der öffentlichen Hand liegt, wird das Grundstück ihm zugerechnet und es fällt auf den Grundbesitz für die Hochbaumaßnahme Grundsteuer an.

8.3.3.3.1.2 Zurechnung des Grundbesitzes beim Leasing-Nehmer

Verbleibt beim PPP-FMLeasingmodell das wirtschaftliche Eigentum am Grundbesitz für eine Hochbaumaßnahme bei der öffentlichen Hand und wird ihr das Grundstück zugerechnet, ist der Grundbesitz für die Hochbaumaßnahme nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 GrStG von der Grundsteuer befreit.

8.3.3.3.2 Belastung durch Grunderwerbsteuer

8.3.3.3.2.1 Wirtschaftliches Eigentum beim Leasing-Geber

Eine Belastung mit Grunderwerbsteuer tritt nur dann ein, wenn die öffentliche Hand als Leasing-Nehmer nach Beendigung der Grundmietzeit eine Kaufoption besitzt und diese tatsächlich auch ausübt. In diesem Fall käme es zu einem grunderwerbsteuerbaren Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 GrEStG.

¹³⁰⁹ Grünwald/Pogodda, UR 2003, 189.

8.3.3.3.2.2 Wirtschaftliches Eigentum beim Leasing-Nehmer

Aus unserer Sicht liegt auch bei einem Leasingvertrag, bei dem das wirtschaftliche Eigentum dem Leasing-Nehmer zuzuordnen ist, in der Regel noch kein grunderwerbsteuerbarer Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 2 GrEStG vor. Eine Belastung mit Grunderwerbsteuer tritt dann ebenfalls nur auf, wenn die öffentliche Hand als Leasing-Nehmer nach Beendigung der Grundmietzeit eine Kaufoption besitzt und diese tatsächlich auch ausübt. In diesem Fall käme es zu einem grunderwerbsteuerbaren Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 GrEStG.

8.3.4 Vertragsmodell III (Variante mit vorzeitiger Kündigungsmöglichkeit)

In der Folge werden wesentliche steuerliche Auswirkungen des Vertragsmodells III (Nutzungsüberlassung auf Basis eines an einen Mietvertrag angelehnten Vertrages) mit einer abweichend zum Grundtypus von Vertragsmodell III vorzeitigen Kündigungsmöglichkeit erörtert. Die Variante "vorzeitige Kündigungsmöglichkeit" wurde gewählt, um ertragsteuerlich eine Abgrenzung zum Leasing vornehmen zu können. Ein entsprechender Vertrag kommt wirtschaftlich insbesondere in den Fällen in Betracht, in denen eine Hochbaumaßnahme, d.h. ein Gebäude, nicht nur durch den öffentlichen Auftraggeber, sondern auch durch Private genutzt werden kann.

8.3.4.1 Bilanzsteuerrechtliche Behandlung

Im Rahmen des Vertragsmodells III verbleibt sowohl das zivilrechtliche als auch das wirtschaftliche Eigentum am Grundstück beim Privaten. Dieser hat den Grund und Boden und das Gebäude in seiner Bilanz mit den Anschaffungs- und Herstellungskosten nach § 255 HGB bzw. im Einklang mit Abschnitt 33 EStR zu bewerten und das Gebäude anschließend nach Maßgabe von § 7 Abs. 4 EStG abzuschreiben. Die Mietzahlungen der öffentlichen Hand, die auch die Instandhaltung und Instandsetzung umfassen, gehen beim Privaten als Ertrag in die GuV ein.

Für das Facility Management und die sonstigen Dienstleistungen entstehen bei der Projektgesellschaft laufende Aufwendungen und Erträge.

8.3.4.2 Umsatzsteuerliche Behandlung

Grundsätzlich können wir bei einem PPP-Mietvertrag auf die Ausführungen zum Leasingvertrag, bei dem das wirtschaftliche Eigentum am Grundstück beim Leasing-Geber verbleibt, verweisen (siehe Kap. 8.3.3.2.1).

8.3.4.3 Belastung durch Grundsteuer und Grunderwerbsteuer

8.3.4.3.1 Belastung durch Grundsteuer

Der private Partner ist beim Vertragsmodell III sowohl zivilrechtlicher als auch wirtschaftlicher Eigentümer des zu vermietenden Grundstücks. Aus diesem Grund unterliegt der Grundbesitz der Hochbaumaßnahme der Grundsteuer.

8.3.4.3.2 Belastung mit Grunderwerbsteuer

Da es beim Vertragsmodell III während und zum Ende der Vertragslaufzeit nicht zu einem Eigentumsübergang vom privaten Partner auf die öffentliche Hand kommt, fällt bei diesem Modell keine Grunderwerbsteuer an.

8.3.5 Vertragsmodell III (Variante mit vorzeitiger Kündigungsmöglichkeit durch Ausübung einer Kaufoption)

Der im Vertragsmodell III in der Variation mit vorzeitiger Kündigungsmöglichkeit durch Ausübung einer Kaufoption behandelte Mietkauf unterscheidet sich vom unter Kap. 8.3.2.2.2 dargestellten Mietkauf, der steuerlich wie ein Ratenkauf zu behandeln ist. Von einem Mietkauf wird hier gesprochen, wenn die öffentliche Hand als Mieter eines Grundstücks die Option hat, einen im Rahmen eines PPP-Projektes mit einem Privaten abgeschlossenen Mietvertrag zu kündigen und das Grundstück zu einem im Zeitpunkt der Optionsausübung anhand des Verkehrswertes zu ermittelnden Preises zu erwerben.

8.3.5.1 Bilanzrechtliche Behandlung in Abhängigkeit von der zivilrechtlichen Ausgestaltung und der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums

Unter Mietkaufverträgen versteht man Vereinbarungen, in denen Elemente eines Mietvertrages (§§ 535 ff. BGB) mit denen eines Kaufvertrages (§§ 433 ff. BGB) verbunden sind. Diese Verträge können so gestaltet sein, dass sie bei wirtschaftlicher Betrachtung von Anfang an als Kaufverträge anzusehen sind. Ein Anhaltspunkt für das Vorliegen eines Kaufvertrages kann - in Verbindung mit einem Kaufoptionsrecht - meist schon darin gesehen werden, dass die Mietzahlungen als solche unangemessen hoch sind. Ein weiteres Merkmal ist die Gestaltung des Kaufpreises im Falle der späteren Annahme des Kaufangebots. Von einem Kauf geht die Rechtsprechung auch dann aus, wenn dem Mieter eine Kaufoption zu

einem bereits festgelegten Kaufpreis eingeräumt wird und die Mietzahlungen bis zur Annahme des Verkaufsangebots durch den Mieter in voller Höhe angerechnet werden¹³¹⁰.

Da in dem hier behandelten PPP-Vermietungsvertrag in der Variante mit vorzeitiger Kündigungsmöglichkeit von einer marktgerechten Miete ausgegangen wird und ein Kaufpreis erst zum Zeitpunkt der Ausübung der Kaufoption anhand des aktuellen Verkehrswerts ermittelt wird, liegt aus unserer Sicht bis zur Beendigung des Mietverhältnisses sowohl das zivilrechtliche als auch das wirtschaftliche Eigentum am Grundstück beim Privaten (siehe auch unsere Ausführungen unter Kap. 8.3.2.1.2). Dieser hat dann folgerichtig sowohl Grund und Boden als auch das Gebäude zu bilanzieren und erzielt Mieterträge, die grundsätzlich auch das Entgelt für Instandhaltung und Instandsetzung umfassen. Soweit nicht ausdrücklich geregelt, werden die Kosten für Instandhaltung und Instandsetzung durch die Miete abgedeckt. Gleichzeitig hat der Private das von ihm bilanzierte Gebäude nach Maßgabe von § 7 Abs. 4 EStG abzuschreiben. Für das Facility Management und die sonstigen Dienstleistungen entstehen bei der Projektgesellschaft laufende Aufwendungen und Erträge.

Sowohl das zivilrechtliche als auch das wirtschaftliche Eigentum am Grundstück gehen erst nach Ausübung der Kaufoption auf die öffentliche Hand über. Der Private realisiert dann einen Veräußerungsgewinn(-verlust) in Höhe der Differenz zwischen dem Veräußerungserlös für das Grundstück (Verkehrswert) und dem Buchwert des Gebäudes sowie des Grund und Bodens. Nach Kaufabschluss kann der Private ggf. weiterhin die Instandhaltung & Instandsetzung (vorher in der Miete enthalten), das Facility Management sowie sonstige Dienstleistungen für die öffentliche Hand erbringen, wobei hiermit betriebliche Erträge und Aufwendungen verbunden wären.

8.3.5.2 Umsatzsteuerliche Behandlung

Bei der umsatzsteuerlichen Behandlung ist ebenfalls zu prüfen, ob es sich bei dem zugrundeliegenden Geschäft um einen Mietkauf handelt. Weichen bei einem Mietvertrag mit Recht zum Kauf die getroffenen Vereinbarungen wesentlich von denen ab, die bei einer bloßen Gebrauchsüberlassung üblich sind, liegt in der Regel wirtschaftlich ein Kauf auf Abzahlung vor, der eine Lieferung darstellt (vgl. Anmerkungen zum Vertragsmodell I unter Kap. 8.3.2.2.2.).

Was den dargestellten Mietkauf anbetrifft, kann, solange die öffentliche Hand ihre Kaufoption nicht wahrnimmt, auf die Ausführungen zum PPP-Mietvertrag verwiesen werden. Nimmt die

¹³¹⁰ Vgl. BFH, Urteil vom 12. September 1991, BStBl 1992, Teil II, S. 182 sowie BFH, Urteil vom 18. November 1970, BStBl 1971, Teil II, S. 133.

öffentliche Hand hingegen ihre Kaufoption wahr, liegt von diesem Moment ab umsatzsteuerlich eine Lieferung im Sinne des § 3 Abs. 1 UStG vor. Da der Kaufvorgang jedoch nach § 1 Abs. 1 GrEStG der Grunderwerbsteuer unterliegt, wäre die Lieferung aufgrund von § 4 Nr. 9 a UStG steuerbefreit.

8.3.5.3 Belastung durch Grundsteuer und Grunderwerbsteuer

Der private Partner als Vermieter hält beim echten Mietkauf sowohl das zivilrechtliche als auch das wirtschaftliche Eigentum an dem zu vermietenden Grundstück, solange die öffentliche Hand ihre Kaufoption nicht wahrnimmt. Aus diesem Grund unterliegt der Grundbesitz einer Hochbaumaßnahme bis zu diesem Zeitpunkt der Grundsteuer. Nach Übergang des Eigentums der Immobilie an die öffentliche Hand wäre der Grundbesitz nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 GrStG grundsteuerbefreit. Die Übertragung des Eigentums unterliegt der Grunderwerbsteuer. Die mit dem Eigentumsübergang verbundene Lieferung wäre dann gemäß § 4 Nr. 9 a UStG steuerbefreit.

8.3.6 Vertragsmodell IV (Grundfall)

Im Vertragsmodell IV (Grundfall) 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) gegen ein periodisch zu leistendes Entgelt der öffentlichen Hand. Je nach dem wie das Vertragsverhältnis ausgestaltet wird, ergeben sich unterschiedliche Folgen für die Besteuerung. Maßgeblich im Hinblick auf die Sanierungsleistungen bzw. die Errichtung von Gebäuden ist insbesondere, ob Werkleistungen vorliegen oder ob (jedenfalls teilweise) von Dauerschuldverhältnissen auszugehen ist. Dies lässt sich hingegen nur anhand des konkreten Einzelfalls beurteilen.

8.3.6.1 Bilanzsteuerrechtliche Behandlung

8.3.6.1.1 Bau- und Sanierungsleistungen

Als Gegenleistung für einen Anteil des von der öffentlichen Hand zu zahlenden regelmäßigen Entgelts hat der Private im Laufe eines bestimmten Zeitraums Sanierungsleistungen an die öffentliche Hand zu erbringen oder ein Gebäude zu errichten. Je nachdem, ob die Umsetzung des Vertragsmodells IV über im Verhältnis zu den übrigen Leistungsbestandteilen separat zu erfüllende Werkverträge oder über einen einheitlichen, alle Leistungsbe-

standteile integrierenden Vertrag sui generis erfolgt, sind damit aus unserer Sicht unterschiedliche ertragsteuerliche Folgen verbunden.

Bei einem Werkvertrag bilanziert der Private den in einer bestimmten Periode erbrachten Erhaltungs- oder Herstellungsaufwand zunächst unter "unfertige Leistungen". Der Teil des regelmäßig von der öffentlichen Hand zu zahlenden Entgelts, der sich konkret auf die Sanierungsleistungen bzw. die Errichtung des Gebäudes bezieht, ist bis zur Abnahme der Leistung erfolgsneutral als erhaltene Anzahlungen zu buchen. Nimmt die öffentliche Hand als Auftraggeber nach Durchführung einer Sanierung die erbrachte Leistung nach § 640 BGB ab, kommt es beim privaten Partner zu einer entsprechenden Gewinnrealisierung und zur Entstehung einer Forderung, die in der Bilanz zu berücksichtigen und ggf. abzuzinsen wäre (nähere Erläuterung hierzu, vgl. Kap. 8.3.1.1). Die jährlichen Zahlungen der öffentlichen Hand erfolgen in diesem Fall einerseits für die Begleichung ihrer Verbindlichkeit gegenüber dem Privaten (Zins und Tilgung) sowie für die vom Privaten im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses erbrachten sonstigen Betreiberleistungen (routinemäßige Instandhaltung und Instandsetzung, weiteres Facility Management und die sonstigen Dienstleistungen). Hierfür entstehen bei diesem laufende Aufwendungen und Erträge.

8.3.6.1.2 Bau- und Sanierungsleistungen innerhalb eines Vertrages mit einheitlichem Vertragsgegenstand (Vertrag sui generis)

Vor dem Hintergrund des unter Kap. 8.1.1. dargestellten funktionalen PPP-Ansatzes können PPP-Verträge hingegen auch so ausgestaltet werden, dass der Private der öffentlichen Hand im Rahmen eines Vertrages mit einheitlichem Vertragsgegenstand (Vertrag sui generis) eine zeitraumbezogene (Lebenszyklus-Ansatz), einheitliche Leistung zur Verfügung stellt - nämlich die Bereitstellung eines definierten Standards mit einer entsprechenden Funktionalität des Gebäudes. In diesem Fall erhält der Private von der öffentlichen Hand nur dann das vereinbarte Entgelt, wenn die vertraglich festgelegte Leistung in jeder Periode auch tatsächlich (neu) erbracht wird. Erfüllt der Standard nicht die vereinbarten Eigenschaften, könnten für diesen Fall einerseits vertraglich Pönalen vorgesehen werden. Andererseits sind auch Boni denkbar, wenn sich das Gebäude in einem besonders guten Zustand befindet. Im Rahmen eines solchen Vertragskonzeptes sind für die Bau- und Sanierungsleistungen also nur Teilgewinnrealisierungen für vergangene Zeiträume, in denen sich die Gebäudesubstanz tatsächlich bewährt hat, auszuweisen. Eine Gewinnrealisierung zu einem vorangegangenen Zeitpunkt direkt nach Durchführung einer Sanierungsmaßnahme bzw. nach Errichtung eines Gebäudes ist dann nicht möglich, da der Private den Vertrag wirtschaftlich noch nicht erfüllt

hat. Insofern würde bis zum Ende der Vertragslaufzeit ein schwebendes Geschäft bzw. ein Dauerschuldverhältnis vorliegen.

Hieran anknüpfend, stellt sich die Frage, wie unter diesen Voraussetzungen die Erbringung der Bau- und Sanierungsleistungen durch den Privaten bilanziell zu behandeln sind. Zunächst ist zu prüfen, ob vom Privaten durchgeführte Sanierungsleistungen als Anschaffungskosten für das vertragliche Recht, gegenüber der öffentlichen Hand seine Leistungen gegen ein Entgelt erbringen zu können, zu bewerten sind. Um in der Steuerbilanz ein solches vertragliches Recht als immaterielles Wirtschaftsgut ausweisen zu können, muss dieses nach ständiger BFH-Rechtsprechung¹³¹¹ einen wirtschaftlichen Wert verkörpern. Bei immateriellen Vorteilen wie Belieferungsrechten ist dies regelmäßig der Fall, wenn sie ein in einer Konzession ähnliches Recht oder einen ähnlichen Wert im Sinne des § 266 Abs. 2 A.I.1. des Handelsgesetzbuches verkörpern¹³¹². Davon ist nach Ansicht des BFH auszugehen, wenn sie auf einer vereinbarten oder sonst rechtlich begründeten Absatzmöglichkeit beruhen¹³¹³.

In zwei Entscheidungen hat der BFH im Zusammenhang mit vertraglichen Rechten in einem Zwei-Personen-Verhältnis die Auffassung vertreten, dass diese bilanzierungsfähig sind. Hierbei handelte es sich um Bierlieferungsrechte und bestimmte Vertreterrechte¹³¹⁴. In der Entscheidung vom 26. Februar 1975 erwarb eine Brauerei von Gastwirten das Recht, die Abnahme einer bestimmten Menge Bier zu verlangen. Dabei anerkannte der BFH nicht nur die Vergabe von Zuschüssen an die Gastwirte als Anschaffungskosten für ein vertragliches Recht, sondern stellte auch ausdrücklich fest, dass von der Brauerei zugunsten der Gastwirte übernommene Reparaturaufwendungen in den von ihnen gepachteten Räumlichkeiten als Entgelt für die eingeräumten Bierlieferungsrechte angesehen werden könnten¹³¹⁵.

Aus unserer Sicht lassen sich jedoch die Erkenntnisse aus diesem BFH-Urteil nicht auf den hier behandelten Grundfall des Vertragsmodells IV übertragen. Leistet eine Brauerei Zuschüsse oder Reparaturarbeiten, gehört dies anerkanntermaßen nicht zum Herstellungsprozess für die Produktion von Bier. Die Brauerei unternimmt diese Aufwendungen vielmehr einzig und allein deshalb, um das von ihr produzierte Bier absetzen zu können. Diese

¹³¹¹ Z.B. BFH, Urteil vom 17. Februar 1999, BStBl 1998, Teil II, S. 505 oder vom 08. April 1992, BStBl 1992, Teil II, S. 893.

¹³¹² Vgl. dazu auch das BFH, Urteil vom 03. August 1993, BStBl 1994, Teil II, S. 444, oder das BFH, Urteil vom 26. August 1992, BStBl 1992, Teil II, S. 977.

¹³¹³ BFH, Beschluss vom 03. September 2002, BFH/NV 2003, S. 154.

¹³¹⁴ BFH, Urteil vom 26. Februar 1975, BStBl 1976, Teil II, S. 13 ff., und BFH, Urteil vom 18. Januar 1988, BStBl 1989, Teil II, S. 549 ff.

¹³¹⁵ BFH, Urteil vom 26. Februar 1975, BStBl 1976, Teil II, S. 15.

Aufwendungen stellen daher Anschaffungskosten für Bierlieferungsrechte dar. Demgegenüber kann eine private Projektgesellschaft überhaupt nur dann gegenüber der öffentlichen Hand ihr gesamtes Leistungspaket erfüllen (Bereitstellung einer Infrastruktur), wenn sie vorher entsprechende Sanierungsmaßnahmen vornimmt bzw. ein Gebäude errichtet. Diese Bau- und Sanierungsleistungen sind damit als Bestandteil der Wertschöpfungskette selbst ein Teil des einheitlichen Leistungsbündels und können somit nicht als gesondertes Entgelt angesehen werden, damit der Private dieses Leistungsbündel erbringen darf.

Auf der anderen Seite müssen die für Sanierungsleistungen getätigte Aufwendungen periodengerecht abgegrenzt werden, wenn die von dem Privaten erbrachte Leistung und die hierfür erhaltene Gegenleistung zeitlich auseinanderfallen. In solchen Fällen hat aus unserer Sicht eine Abgrenzung mit Hilfe eines Rechnungsabgrenzungspostens zu erfolgen. Als Rechnungsabgrenzungsposten sind nach § 250 Abs. 1 HGB auf der Aktivseite Ausgaben vor dem Abschlussstichtag auszuweisen, soweit sie Aufwand für eine bestimmte Zeit nach diesem Tag darstellen. Nach dem BFH sind Ausgaben im Allgemeinen als Aufwand für eine Zeit nach dem Abschlussstichtag zu werten, wenn der "wirtschaftliche Grund" für die Ausgaben in der Zukunft liegt und soweit die Ausgaben durch erst künftig zu erwartende Gegenleistungen wirtschaftlich verursacht sind¹³¹⁶. Im vorliegenden Fall werden die Ausgaben für die Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten getätigt, um zukünftig Erträge aus dem Betrieb der Hochbaumaßnahme und der Vereinnahmung der Leistungsentgelte der öffentlichen Hand erzielen zu können.

Weiter ist auch das Kriterium für die Bildung eines aktiven Rechnungsabgrenzungspostens der "bestimmten Zeit" erfüllt, da Anfang und Ende des Zeitraums, für den die Ausgaben getätigt wurden, mit der Fertigstellung der einzelnen Baumaßnahmen und dem Ende des Vertragszeitraums kalendermäßig genau bestimmbar sind.

Die Höhe des Rechnungsabgrenzungspostens bemisst sich grundsätzlich nach dem "rechtlichen, insbesondere schuldrechtlichen Verhältnis von Leistung und Gegenleistung"¹³¹⁷ bzw. nach dem Verhältnis der noch ausstehenden Gegenleistung zur gesamten Gegenleistung¹³¹⁸. Ggf. ist die Höhe des Rechnungsabgrenzungspostens im Schätzwege zu ermitteln¹³¹⁹.

¹³¹⁶ Vgl. auch BFH, Urteil vom 12. August 1982, BStBl 1982, Teil II, S. 696.

¹³¹⁷ BFH, BStBl 1982, Teil II, S. 696.

¹³¹⁸ Vgl. auch BFH, Urteil vom 17. Juli 1974, BStBl 1974, Teil II, S. 684.

¹³¹⁹ Vgl. BFH, Urteil vom 03. Mai 1983, BStBl 1983, Teil II, S. 572, und Berger/Bartels-Hetzler, in: Beck'scher Bilanzkommentar, § 250, Rn. 11.

Würden Sanierungsleistungen vom Eigentümer eines Gebäudes vorgenommen, so wären sie bei ihm steuerlich entweder zu aktivierender Herstellungsaufwand oder würden Erhaltungsaufwand darstellen¹³²⁰. Bei der Errichtung eines neuen Gebäudes hätte der Eigentümer seine Anschaffungs- und Herstellungskosten in jedem Fall zu bilanzieren. Unseres Erachtens kommt es jedoch im Zusammenhang mit der periodengerechten Abgrenzung von im Rahmen eines Vertragsverhältnisses mit der öffentlichen Hand zu leistenden Sanierungsleistungen auf die Unterscheidung zwischen Herstellungs- und Erhaltungsaufwand nicht primär an. Entscheidend für die bilanzielle Behandlung ist beim hier behandelten Grundfall vielmehr, ob es sich um routinemäßige Instandhaltungsarbeiten, die kontinuierlich im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses und in der Regel relativ gleichmäßig zu erbringen und daher als laufender Aufwand zu behandeln sind, oder um umfangreiche Modernisierungsmaßnahmen handelt. Umfangreiche Modernisierungsaufwendungen sind aus unserer Sicht dann gegeben, wenn sie ein Gebäude in einen bestimmten gewünschten Zustand versetzen, der dann nach Abschluss aller Sanierungsarbeiten bis zum Ende der Vertragslaufzeit bereitzustellen ist.

Im Rahmen dieser Untersuchung unterstellen wir, dass der Private den Gesamtaufwand für seine während der Vertragslaufzeit zu tätigen Bau- und Sanierungsleistungen ungefähr abschätzen kann. Wir gehen weiter davon aus, dass die Ausgaben für grundlegende Bau- und Sanierungsleistungen (z.B. für ein Portfolio einer bestimmten Anzahl von Gebäuden) in den ersten Jahren höher als in späteren Jahren liegen dürften, der Private allerdings häufig zum Ende der Vertragslaufzeit verpflichtet ist, der öffentlichen Hand die Gebäude wiederum in einem entsprechend sanierten Zustand zu überlassen.

Unter Zugrundelegung dieser Annahmen hat der Private im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses bei einheitlicher Leistungserstellung (Bereitstellung einer Infrastruktur) unseres Erachtens für den in bestimmten Perioden im Verhältnis zur Gesamtvertragsdauer erbrachten überproportionalen Bau- und Sanierungsaufwand zunächst einen aktiven Rechnungsabgrenzungsposten zu aktivieren¹³²¹ (die periodengerechten Ausgaben gehen direkt als Aufwand in die GuV), der dann in Perioden mit unterproportionalem Sanierungsaufwand wieder aufgelöst wird. Im Hinblick auf die in der Regel zum Ende der Vertragslaufzeit zu erbringen-

¹³²⁰ Zur Abgrenzung von Erhaltungs- und Herstellungsaufwand bei Modernisierung von Gebäuden, vgl. BMF, Schreiben vom 16. Dezember 1996, BStBl 1996, Teil I, S. 1442.

¹³²¹ Aus unserer Sicht hätte der Vertragspartner öffentliche Hand - sofern er ausnahmsweise bilanzierungspflichtig wäre - als fiktive Anschaffungskosten die Herstellungskosten des Privaten zu aktivieren und einen Rechnungsabgrenzungsposten in der Höhe zu passivieren, der dem gebildeten aktiven Rechnungsabgrenzungsposten des Privaten für diesen Herstellungsaufwand entspricht.

den 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 bilden¹³²².

Exkurs: Insolvenzrechtliche Beurteilung des aktiven Rechnungsabgrenzungspostens:

Ergänzend sei Folgendes zur insolvenzrechtlichen Beurteilung des vorstehend dargestellten bilanziellen Ausweises eines aktiven Rechnungsabgrenzungspostens ausgeführt: Unter der Annahme, dass der private Auftraggeber sich zum großen Teil fremdfinanziert, könnte sich das Problem ergeben, dass eine Überschuldung dadurch auftritt, dass er nach Abschluss der Sanierungsarbeiten bzw. der Errichtung von Gebäuden in seiner Bilanz bei den Passiva ganz überwiegend Verbindlichkeiten ausweist, denen als Aktiva im Wesentlichen nur der aktive Rechnungsabgrenzungsposten gegenübersteht. Nach § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO liegt eine Überschuldung vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei einer Überschuldungsprüfung käme man unter Berücksichtigung der Vermögensgegenstände und Schulden bei einer Projektgesellschaft, die ein PPP-Vertragsmodell IV als Auftragnehmer betreibt, grundsätzlich tendenziell zu einer Überschuldung, da aktive Rechnungsabgrenzungsposten lediglich eine Bilanzierungshilfe und keine Vermögensgegenstände darstellen. Unseres Erachtens scheidet jedoch in den hier untersuchten PPP-Sanierungsmodellen eine Überschuldung in Sinne von § 19 InsO deswegen grundsätzlich aus, weil als Vermögen auch ein selbstgeschaffener Firmenwert als stille Reserve in Höhe des aktiven Rechnungspostens zu berücksichtigen wäre. Nach herrschender Meinung sind zwar Firmenwerte bei der Überschuldungsprüfung grundsätzlich nicht zu berücksichtigen¹³²³. Andere fordern für eine Berücksichtigung, dass eine Veräußerungsfähigkeit nachgewiesen werden kann¹³²⁴. Da in der hier vorliegenden Konstellation ein

¹³²² Nach der Rechtstprechung des BFH (vgl. z.B. BFH, Urteil vom 17. Februar 1998, BStBl 1998, Teil II, S. 506, und vom 21. Dezember 1965, BStBl 1966, Teil III, S. 148) hat demgegenüber ein Pächter hinsichtlich einer übernommenen Substanzerhaltungsverpflichtung von Pachtgegenständen eine Rückstellung zu bilden, deren Höhe nach der Entscheidung von 1965 durch die Abnutzung der gepachteten Wirtschaftsgüter während der Pachtzeit und durch die Wiederbeschaffungskosten am jeweiligen Bilanzstichtag bestimmt wird. Die Bildung eines passiven Rechnungsabgrenzungspostens kommt in diesen Fällen nicht in Betracht, weil der Pächter für seine Verpflichtung keine Einnahmen erhält und es deshalb auch nicht um eine passive Leistungsabgrenzung geht. Insofern unterscheiden sich diese Fälle von dem hier behandelten Vertragsmodell IV.

¹³²³ Vgl. Pape, in: Kübler/Prütting: InsO, § 19, Rz. 11.

¹³²⁴ So u.a. Kind, in: Braun: InsO, § 19, Rz. 27.

Vertragsverhältnis des privaten Auftragnehmers mit der öffentlichen Hand begründet wird, sollte unseres Erachtens jedoch ausnahmsweise ein selbstgeschaffener Firmenwert bei der Überschuldungsprüfung berücksichtigt werden. Dies ergibt sich daraus, dass bei PPP-Sanierungsmodellen der Auftragnehmer aufgrund der Verpflichtung der öffentlichen Hand zur Zahlung von festen Annuitäten mit sicheren Erträgen rechnen kann. Dieser Position würde ein fremder Dritter beim Erwerb des Unternehmens des Auftragnehmers als konkreten Vermögensvorteil und damit als firmenwertbegründend ansehen. Der Vermögensvorteil ist damit konkret nachweisbar und damit bei der Überschuldungsprüfung als Vermögen zu berücksichtigen. Eine Überschuldung einer Projektgesellschaft aus dem Grund, dass in der Handels- und Steuerbilanz "nur" ein aktiver Rechnungsabgrenzungsposten - und kein Vermögensgegenstand - zu aktivieren ist, scheidet unseres Erachtens demzufolge grundsätzlich aus.

Das Entgelt, das der private Partner innerhalb eines Vertrages mit einem einheitlichen Leistungsgegenstand am Ende einer jeweiligen Periode erhält, hat er - mit Ausnahme des Teils, für den wegen eines insbesondere zum Ende der Vertragslaufzeit hin ggf. noch bestehenden Erfüllungsrückstands ein passiver Rechnungsabgrenzungsposten zu bilden ist - ertragswirksam zu verbuchen, da er hierfür der öffentlichen Hand die zugesagte periodische 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. Die weiteren innerhalb des Dauerschuldverhältnisses erwirtschafteten sonstigen Erträge (für routinemäßige Instandhaltung und Instandsetzung, weiteres Facility Management und sonstige Dienstleistungen) sowie die hiermit verbundenen Aufwendungen werden entsprechend periodengerecht in der GuV berücksichtigt.

Wir regen an, dass die Finanzverwaltung zur Erhöhung der Rechtssicherheit dazu Stellung nimmt, wie die verschiedenen dargestellten PPP-Vertragsgestaltungen für das Vertragsmodell IV bilanzsteuerrechtlich unterschiedlich abzubilden sind.

8.3.6.2 Umsatzsteuerliche Behandlung

8.3.6.2.1 Bau- und Sanierungsleistungen

Werden die Sanierungsmaßnahmen bzw. die Errichtung von Gebäuden über Verträge, die umsatzsteuerlich als eigenständige Leistungen anzusehen sind, abgewickelt, sind die hierbei erbrachten Leistungen grundsätzlich umsatzsteuerpflichtig. Hinsichtlich der konkreten umsatzsteuerlichen Behandlung verweisen wir diesbezüglich auf Kap. 8.3.1.2.1.1. Soweit sich das spätere Entgelt auf einen Finanzierungsanteil bezieht, handelt es sich um eine

Darlehensgewährung. Diese ist aber nur dann nach § 4 Nr. 8 a UStG steuerbefreit, wenn sie bei Abschluss des Umsatzgeschäftes für sich gesondert vereinbart und anschließend getrennt abgerechnet wird (vgl. Kap. 8.3.1.2.1.4). Die Umsatzsteuer für die periodischen Betreiberleistungen entsteht mit Ablauf des Voranmeldungszeitraums, in dem die Teilleistungen erbracht bzw. die Zahlungen für das Entgelt von der öffentlichen Hand entrichtet werden. Ggf. kann die Zusicherung eines auch bei diesem Modellansatz aufrecht zu erhaltenen Standards zum Teil als selbständige Hauptleistung bewertet werden, die nach § 4 Nr. 8 g UStG steuerbefreit wäre (vgl. auch die Anmerkungen zum Vertragsmodell I).

8.3.6.2.2 Bau- und Sanierungsleistungen bei einem Vertrag mit einheitlichem Vertragsgegenstand (Vertrag sui generis)

Werden Bau- und Sanierungsleistungen auf Grund eines Vertrages sui generis im Rahmen eines einheitlichen Vertragsgegenstands "Bereitstellung einer bestimmten Funktionalität für einen bestimmten Zeitraum" auf Basis eines Dauerschuldverhältnisses erbracht, ist auch die Frage zu beantworten, wie dieses umsatzsteuerlich zu behandeln ist. Die Bau- und Sanierungsleistungen können unseres Erachtens in diesem Fall unter Umständen unselbständige Nebenleistungen der Hauptleistung "Bereitstellung einer bestimmten Funktionalität über eine bestimmte Zeit", die mit der Hauptleistung verbunden sind, darstellen. Die Umsatzsteuer würde dann über die Vertragslaufzeit mit Erbringung der Leistung (Dauerschuld) bzw. mit (vorzeitiger) Zahlung der Entgelte entstehen.

Der Umstand, dass die Bau- und Sanierungsleistungen am Anfang der Vertragslaufzeit erbracht und zivilrechtliches Eigentum an den neuen Gebäuden verschafft bzw. die Sanierungsleistungen erbracht werden, steht dem nicht entgegen. Es ist vielmehr auf den Inhalt der (einheitlichen Leistung) abzustellen. Eine Leistung ist dann als eine Nebenleistung zu einer Hauptleistung anzusehen, wenn sie im Vergleich zur Hauptleistung nebensächlich ist, mit ihr zusammenhängt und üblicherweise in ihrem Gefolge auftritt¹³²⁵. Anerkannt ist im Grundsatz auch, dass auch die Lieferung von Gegenständen eine unselbständige Leistung darstellen kann¹³²⁶. Allerdings kommt es auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an, ob die Bau- bzw. Sanierungsleistungen nebensächlich sind.

Wir empfehlen jedoch - um Unsicherheiten zu verringern - dass sich die Finanzverwaltung zu der von uns vorgeschlagenen Beurteilung äußert.

¹³²⁵ Vgl. BFH, Urteil vom 10. September 1992, BStBl 1993, Teil II, S. 316 ff., und BFH, Urteil vom 8. Oktober 1991, BStBl 1992, Teil II, S. 368 ff.

¹³²⁶ Vgl. Abschnitt 29 Abs. 3 Satz 4 UStR und Reiß/Kraeusel/Langer, UStG, § 3 Rn. 648.

8.3.6.3 Belastung durch Grundsteuer und Grunderwerbsteuer

Da sowohl das zivilrechtliche als auch das wirtschaftliche Eigentum am zugrundeliegenden Grundstück bei diesem PPP-Vertragsmodell bei der öffentlichen Hand verbleibt, ist der Grundbesitz bei diesem Modell nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 GrStG von der Grundsteuer befreit. Grunderwerbsteuer fällt mangels eines Grundstückserwerbs nicht an.

8.3.7 Vertragsmodell IV - Lease/Lease back

Als Lease/Lease-back bezeichnen wir im Zusammenhang mit Vertragsmodell IV in Abwandlung zum Grundmodell eine Vertragskonstruktion, bei der von der öffentlichen Hand einem privaten Partner ein Grundstück verpachtet oder ein dingliches Recht an einem Grundstück in Form eines Nießbrauchs (§§ 1030 ff. BGB) durch Einigung und Eintragung gemäß § 873 BGB eingeräumt wird. Dem Privaten wird auferlegt, auf Basis dieses Nutzungsrechts die in seinem Verantwortungsbereich liegenden Aufgaben (Sanierungsleistungen bzw. die Erstellung eines Gebäudes, weiteres Facility Management, Instandhaltung sowie sonstige Dienstleistungen) gegenüber der öffentlichen Hand zu erfüllen. Er vermietet also die Immobilie an die öffentliche Hand zurück, wobei er zusätzliche Leistungen erbringt.

8.3.7.1 Bilanzsteuerrechtliche Behandlung

Miet- und Pachtverhältnisse begründen gewöhnlich kein wirtschaftliches Eigentum, denn der Eigentümer wird hierdurch in der Regel nicht dauerhaft von den einem Eigentümer typischerweise zustehenden Rechten ausgeschlossen. Dies gilt auch bei der Bestellung eines Nießbrauchs. Der Nießbraucher ist grundsätzlich nicht wirtschaftlicher Eigentümer des seiner Nutzung unterliegenden Wirtschaftsguts¹³²⁷.

Der Nießbraucher kann jedoch ausnahmsweise doch wirtschaftlicher Eigentümer des Wirtschaftsguts sein, wenn zusätzliche Umstände hinzutreten, die dazu führen, dass die dem Nießbraucher eingeräumten Rechte erheblich über die Rechte des gesetzlichen Nießbrauchs hinausgehen¹³²⁸ bzw. wenn der Nießbrauchsberechtigte im Innenverhältnis zum Eigentümer für eigene Rechnung über die Substanz verfügen darf oder auch wenn die Dauer des Nießbrauchs so bemessen ist, dass das belastete Wirtschaftsgut vor dem Erlöschen des

¹³²⁷ Vgl. BFH, Urteil vom 24. Juli 1991, BStBl 1991, Teil II, S. 909.

¹³²⁸ Vgl. BFH, Urteil vom 26. November 1998, BStBl 1999, Teil II, S. 263.

Nießbrauchs technisch oder wirtschaftlich abgenutzt ist und deshalb der Herausgabeanspruch des Eigentümers keinen wirtschaftlichen Wert mehr hat¹³²⁹.

In der Regel bleibt jedoch die öffentliche Hand bei der hier behandelten Lease/Lease-back-Konstruktion wirtschaftlicher Eigentümer des Grundstücks. Eine Bilanzierung des Grundstücks beim Privaten scheidet dann aus. Maßgeblich ist jeweils das Ergebnis der Prüfung des konkreten Einzelfalls.

Es stellt sich die Frage, ob bei Gestaltungen mit einem Nießbrauch ein dingliches Nutzungsrecht zu aktivieren ist. Ferner kommt die Aktivierung eines aktiven Rechnungsabgrenzungspostens in Betracht.

Zur Beantwortung dieser Frage gelten die allgemeinen Grundsätze. Entscheidend ist zum einen, ob das Nutzungsrecht einen Vermögensgegenstand (§§ 252, 253 HGB) bzw. ertragsteuerlich ein Wirtschaftsgut (§§ 5, 6 EStG, § 8 Abs. 1, Satz 1 KStG, § 7 Satz 1 GewStG) bildet, das zu aktivieren ist. Vermögensgegenstände bzw. Wirtschaftsgüter können sowohl Gegenstände als auch tatsächliche Zustände sein, die sich der Kaufmann etwas kosten lässt, die nach der Verkehrsauffassung einer selbständigen Bewertung zugänglich sind und die in der Regel einen Nutzen für mehrere Wirtschaftsjahre bringen. Nach dieser Definition stellen dingliche oder obligatorische Nutzungsrechte grundsätzlich immaterielle Wirtschaftsgüter dar¹³³⁰.

Nutzungsrechte sind allerdings nicht zu bilanzieren, wenn ihnen ein schwebendes Geschäft zugrunde liegt, das nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung nicht in die Bilanz aufzunehmen ist. Hiervon sind insbesondere Dauerschuldverhältnisse betroffen, die wie ein Mietverhältnis auf einen fortwährenden Leistungsaustausch gerichtet sind. Ein auf die Nutzung entfallenes Entgelt kann daher grundsätzlich nicht als Anschaffungskosten aktiviert werden¹³³¹. Bei Entgeltvorauszahlungen wäre aber ein aktiver Rechnungsabgrenzungsposten zu bilden¹³³². Wir nehmen für das zugrundeliegende Vertragsmodell IV jedoch an, dass der Nießbraucher der öffentlichen Hand als Nießbrauchbesteller keine einmaligen oder laufenden Entgelte zu bezahlen hat, sondern dass der Nießbraucher mit der Nutzungsüberlassung seine im Rahmen des PPP-Sanierungsvertrages eingegangenen Verpflichtun-

¹³²⁹ Vgl. BFH, Urteil vom 02. Juni 1978, BStBl 1978, Teil II, S. 507, sowie das BMF, Schreiben vom 15. November 1984, BStBl 1984, Teil I, S. 561.

¹³³⁰ Vgl. BFH, Beschluss vom 20. August 1986, BStBl 1988, Teil II, S. 348.

¹³³¹ Vgl. BFH, Urteil vom 19. Juni 1997, BStBl 1997, Teil II, S. 808.

¹³³² Vgl. Ellrott/Schmidt-Wendt, in: Beck'scher Bilanzkommentar, § 255 Rn. 325 oder auch Weber-Grellert, in: Schmidt, Einkommensteuergesetz - Kommentar, § 5 Rn. 176.

gen zu erfüllen hat. Das im Rahmen der Vertragsbeziehung eingegangene schwebende Geschäft ist nicht zu bilanzieren.

Es stellt sich nun die Frage, wie die von der Projektgesellschaft übernommenen Sanierungsmaßnahmen bzw. die Errichtung von Gebäuden bilanziell zu behandeln sind. Wäre die Projektgesellschaft Eigentümer der Gebäude, hätte man im Hinblick auf den Sanierungsaufwand wieder eine Abgrenzung zwischen Herstellungskosten und sofort abziehbaren Erhaltungsaufwendungen vorzunehmen (vgl. entsprechende Anmerkungen zum Grundmodell).

Als Herstellungsaufwand gelten danach v.a. Aufwendungen für Erweiterungen, Aufwendungen, die ein Gebäude in einen betriebsbereiten Zustand versetzen und Aufwendungen, die zu über den ursprünglichen Zustand hinausgehenden wesentlichen Verbesserungen des Gebäudes führen. Darüber hinaus entstehen Herstellungskosten, wenn die Sanierungsmaßnahmen zu neuen, eigenständigen Wirtschaftsgütern führen. Dies könnten insbesondere Betriebsvorrichtungen oder Mietereinbauten sein. Liegen Herstellungskosten vor, sind diese beim Eigentümer zu bilanzieren.

Trägt nun der private Partner als Nießbraucher den Sanierungsaufwand, ist zunächst ebenso zu unterscheiden, ob Herstellungskosten oder sofort abzugsfähiger Erhaltungsaufwand vorliegen. Die Sanierungsmaßnahmen bzw. die Errichtung von Gebäuden führen dann zu selbständigen Wirtschaftsgütern beim privaten Partner, wenn durch sie Scheinbestandteile im Sinne von § 95 BGB bzw. Mietereinbauten hergestellt werden¹³³³.

Allerdings müssen dabei diese Wirtschaftsgüter der Projektgesellschaft zuzurechnen sein, d.h. die Projektgesellschaft muss wirtschaftliches Eigentum an ihnen haben. Da wir im Rahmen dieses Vertragsmodells IV annehmen, dass der private Partner im Hinblick auf die errichteten Gebäude bzw. eingebauten Sachen gegenüber der öffentlichen Hand keinen Herausgabeanspruch bzw. nach Beendigung des Nießbrauchsvertrags auch keinen Anspruch auf entsprechende Entschädigung hat und die Gebäude bzw. eingebauten Sachen bis dahin auch technisch und wirtschaftlich noch nicht verbraucht sind, fehlt es unserer Ansicht nach an den Voraussetzungen für ein wirtschaftliches Eigentum zugunsten der Projektgesellschaft. Es entsteht insofern bei der Projektgesellschaft kein aktivierungsfähiges Wirtschaftsgut.

¹³³³ Vgl. BMF, Schreiben vom 15. Januar 1976, sog. "Mietereinbautenerlass", BStBl 1976, Teil I, S. 66, Rn. 6.

Unter Rückgriff auf das BFH-Urteil vom 30.1.1995¹³³⁴ zum Herstellungsaufwand, der aufgewandt wird für ein fremdes Wirtschaftsgut, das der Steuerpflichtige unentgeltlich zur Einkunftserzielung nutzen darf, könnte das hergestellte Wirtschaftsgut ggf. dennoch "wie ein materielles Wirtschaftsgut" (bilanztechnisch gesehen, nicht bilanzrechtlich) behandelt werden. Die Herstellungskosten könnten dann nach den für das materielle Wirtschaftsgut geltenden AfA-Regeln abgeschrieben werden.

Unserer Meinung nach entspricht es jedoch dem hier dargestellten Sachverhalt wirtschaftlich am ehesten, wenn er bilanzsteuerrechtlich wie der unter Kap. 8.3.6 dargestellte Grundfall eines Sanierungsmodells behandelt wird (Bildung eines Rechnungsabgrenzungspostens bei einem Vertrag mit einheitlichem Vertragsgegenstand, Gewinnrealisierung bei gesonderten Abnahmen nach § 640 BGB von einzelnen Werkvertragsteilleistungen). Dies gilt auch für die Betreiberleistungen Instandhaltung und Instandsetzung, weiteres Facility Management sowie für die sonstigen Dienstleistungen.

Im Hinblick auf die bilanzsteuerrechtliche Behandlung des "Lease/Lease back"-Modells würde ein klärendes Verwaltungsschreiben auch für diese Fallgestaltung hilfreich sein.

8.3.7.2 Umsatzsteuerliche Behandlung

Zu einer umsatzsteuerlichen Beurteilung im Rahmen einer Lease-and-Lease-back-Konstruktion hat der BFH bislang nicht Stellung genommen. Eine höchstrichterliche Entscheidung liegt bisher auch nicht zur umsatzsteuerlichen Beurteilung des Sale-and-lease-back-Verfahrens vor¹³³⁵. In der jüngeren Rechtsprechung haben lediglich die Finanzgerichte Berlin¹³³⁶ und München¹³³⁷ Sale-and-lease-back-Konstruktionen umsatzsteuerrechtlich gewürdigt. Die Gerichte tendierten bei diesen Entscheidungen dazu, die Sale-and-lease-back-Konstruktion als einheitliche Lieferung bzw. sonstige Leistung zu würdigen und nicht den Verkauf und die anschließende Zurückvermietung als unterschiedliche umsatzsteuerliche Tätigkeiten zu beurteilen. Die Gerichte kommen in ihren Entscheidungen bei einer solchen einheitlichen Betrachtung mit unterschiedlichen Begründungen zu dem Ergebnis, dass eine "Sale-and-lease-back"-Struktur als eine Darlehensgewährung qualifiziert werden könnte.

¹³³⁴ Vgl. BFH, Urteil vom 30. Januar 1995, BStBl 1995, Teil II, S. 281.

¹³³⁵ Vgl. EFG 2002 Nr. 12, S. 791.

¹³³⁶ Vgl. Finanzgericht Berlin, EFG 2002, S. 789.

¹³³⁷ Vgl. Finanzgericht München, UVR 2000, S. 461.

Die Entscheidungen der Finanzgerichte werden in der Literatur breit diskutiert. So sind Grünwald und Pogodda der Meinung, dass die im Rahmen eines Sale-and-lease-back-Vertrages bewirkten Lieferungen oder sonstigen Leistungen umsatzsteuerlich je einzeln nach ihrem wirtschaftlichen Gehalt zu beurteilen seien. Regelmäßig werde bei typischer Vertragsgestaltung vom Vorliegen einer Lieferung vom Verkäufer/Leasing-Nehmer und einer weiteren Lieferung vom Leasing-Geber an den Leasing-Nehmer auszugehen sein¹³³⁸. Liebgott¹³³⁹ unterstützt hingegen uneingeschränkt die Auffassung des Finanzgerichts Berlin, wonach die Verschaffung der Verfügungsmacht über einen Gegenstand voraussetze, dass der Unternehmer dem Abnehmer wirtschaftliche Substanz, Wert und Ertrag des Gegenstandes einverständlich zuwende. Die wirtschaftliche Substanz müsse unbedingt und endgültig auf den Abnehmer übergehen, so dass dieser mit dem Gegenstand nach Belieben verfahren könne. Der Mietkäufer habe jedoch in dem vorliegenden Fall sein wirtschaftliches Eigentum an den Anlagen nie verloren, weshalb überhaupt keine Lieferung erfolgt sei.

Folgt man den Finanzgerichten in ihren Entscheidungen, stellt sich die Frage, inwieweit die aus den Urteilen gewonnenen Ergebnisse auf eine "Lease/Lease back"-Konstruktion übertragbar sind. Nach Auffassung beider Gerichte tritt bei den dargestellten "Sale-and-lease-back"-Fällen als eigentlicher Inhalt des Leasinggeschäfts die Darlehensgewährung in den Vordergrund - letztendlich deswegen, weil aus wirtschaftlicher Sicht den Lieferungen keine Bedeutung zukam. Für den Fall des "Lease-and-Lease back" könnte entsprechend hierzu argumentiert werden, dass die Bau- und Sanierungsleistungen bzw. die Bereitstellung einer einheitlichen Leistung die ausschlaggebende Leistung darstellt und eine Vermietungstätigkeit nach wirtschaftlicher Betrachtung vollständig zurücktritt (Vertrag besonderer Art).

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 ein 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 lässt sich aber - trotz der dargestellten Argumente - nicht ausschließen, dass die Finanzverwaltung in den im Rahmen von "Lease/Lease back" erbrachten Leistungen doch eine

¹³³⁸ Grünwald/Pogodda, UR 2001, 140.

¹³³⁹ Liebgott, UR 2003, 114.

Vermietung und Verpachtung von Grundstücken sieht¹³⁴⁰. Da die umsatzsteuerliche Behandlung eines Sanierungsmodells, das auf einer "Lease/Lease back"-Konstruktion beruht, für PPP-Projekte von maßgeblicher Bedeutung ist, und da einschlägige Gerichtsurteile hierzu uns nicht bekannt sind, wäre auch hier ein entsprechend klarstellendes Verwaltungsschreiben hilfreich.

8.3.7.3 Belastung durch Grundsteuer und Grunderwerbsteuer

8.3.7.3.1 Belastung durch Grundsteuer

Da sowohl das zivilrechtliche als auch das wirtschaftliche Eigentum am zugrundeliegenden Grundstück bei diesem PPP-Vertragsmodell bei der öffentlichen Hand verbleibt, ist der Grundbesitz bei diesem Modell nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 GrStG von der Grundsteuer befreit.

8.3.7.3.2 Belastung durch Grunderwerbsteuer

Nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG werden Gebäude auf fremden Grund und Boden einem Grundstück gleichgestellt. Daher kann auch die Erlangung der wirtschaftlichen Verwertungsbefugnis an einem Gebäude nach § 1 Abs. 2 GrEStG steuerbar sein. Das wäre der Fall, wenn der Nutzungsberechtigte ein Gebäude auf eigene Kosten herstellt und bei Beendigung eine Entschädigung vom Grundstückseigentümer für das Gebäude erhält. Die Grunderwerbsteuer würde im Zeitpunkt der Beendigung des Nutzungsverhältnisses entstehen, da zu diesem Zeitpunkt die Entschädigungspflicht des Grundstückseigentümers ausgelöst wird.

Nicht ausreichend ist hierfür jedoch die Befugnis des privaten Nutzungsberechtigten ein vorhandenes Gebäude auszubauen (in diesem Fall: Sanierungsleistungen), wenn der Nutzungsberechtigte nicht zugleich das Recht erhält, das Gebäude abzureißen oder zu veräußern¹³⁴¹. Eine Verwertungsbefugnis wird aus unserer Sicht v.a. auch dann nicht begründet, soweit, wie in dem hier behandelten PPP-Modell, der Nutzungsberechtigte verpflichtet ist, das Gebäude im Interesse des Eigentümers nach dessen Weisungen zu errichten.

¹³⁴⁰ Es wäre dann eventuell des weiteren zu prüfen, inwieweit die Bestellung des Nießbrauchs durch die öffentliche Hand in den Leistungsaustausch einzubeziehen wäre (Erhöhung der Bemessungsgrundlage).

¹³⁴¹ Vgl. Borutta, Grunderwerbsteuergesetz, Rn. 786.

8.3.8 Vertragsmodell V

Das Vertragsmodell V befasst sich mit Contracting-Verträgen. Der Abschluss von Contracting-Verträgen über bestimmte, vom Privaten für die öffentliche Hand zu erbringende Leistungen entspricht zwar nicht dem dieser Untersuchung zugrunde gelegten funktionalen PPP-Begriff. Während unter dem funktionalen PPP-Begriff die integrierte Erbringung der Leistungen Planung, Bau, Betrieb und Verwertung einer gesamten Hochbaumaßnahme durch einen Privaten verstanden wird, hat ein Contracting-Vertrag nur die Erbringung eines eingeschränkten Leistungsspektrums (z.B. Energieversorgung) durch Private zum Gegenstand. Man kann jedoch die Vergabe von Contracting-Verträge als Vorstufe für eine umfangreichere Hochbaumaßnahme betrachten. Die steuerlichen Auswirkungen dieses Vertragsmodells entsprechen unter der Annahme, dass ggf. in ein Gebäude eingebaute Teile (z.B. bestimmte Werkstoffe zur Wärmedämmung) keine Scheinbestandteile nach § 95 BGB darstellen, im Wesentlichen denjenigen des Vertragsmodells IV - Grundfall bei Sanierungsleistungen (bei Scheinbestandteilen wären die entsprechenden Vermögensgegenstände beim privaten Partner zu bilanzieren).

8.3.9 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. Bau- und Dienstleistungskonzessionen zeichnen sich dadurch aus, dass eine Aufgabe, deren Erfüllung grundsätzlich einem öffentlichen Auftraggeber obliegt, auf einen Privaten übertragen wird¹³⁴².

Bei Baukonzessionen handelt es sich um Verträge über die Erbringung von Bauleistungen, bei denen die Gegenleistung der öffentlichen Hand 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. Mit der Vergabe einer Konzession erfüllt der Konzessionsgeber eine ihm obliegende Pflicht durch die Einschaltung privater Dritter, die nach seinen Vorgaben den Bau und im Anschluss auch den Betrieb übernehmen und sich dabei durch die Erhebung von Nutzerentgelten von dritter Seite refinanzieren.

Dienstleistungskonzessionen lassen sich grundsätzlich durch die gleichen Elemente der drittnutzungsabhängigen Finanzierung und Risikoverteilung charakterisieren wie Baukonzes-

¹³⁴² Reidt/Stickler/Glahs, in: Vergaberecht - Kommentar, § 99, Rn. 27a.

sionen. Eine Dienstleistungskonzession liegt vor, wenn der Unternehmer das Recht hat, gegenüber Dritten bestimmte Dienstleistungen zu erbringen, die über ein Nutzungsentgelt finanziert werden, hierbei jedoch die damit verbunden unternehmerischen Risiken zu tragen hat.

Neben reinen Bau- oder Dienstleistungskonzessionen kann es auch gemischte Verträge zwischen der öffentlichen Hand und dem Privaten geben, in denen beide Typen berücksichtigt sind. Dies dürfte vor dem Hintergrund unseres integrierten PPP-Ansatzes bei den von uns zu betrachteten Fallkonstellationen in der Regel zutreffen¹³⁴³.

In der Praxis wird aktuell insbesondere die ertrag- und umsatzsteuerliche Behandlung von Konzessionsmodellen für Tiefbaumaßnahmen (Fernstraßenbau) diskutiert. In der Folge wird auf die steuerlichen Fragestellungen bei Konzessionsmodellen für Hochbaumaßnahmen eingegangen, wobei Erkenntnisse hieraus sich ggf. auch auf andere Projekttypen übertragen lassen.

8.3.9.1 Bilanzsteuerrechtliche Behandlung

Von besonderer Bedeutung für den Konzessionsnehmer ist die bilanzielle Behandlung des Konzessionsvertrages und wie die häufig zu Beginn hohen Ausgaben für die Errichtung einer Hochbaumaßnahme in der Bilanz zu berücksichtigen sind.

Wir nehmen dabei im Folgenden an, dass das Eigentum an dem vertraglich zu errichtenden Bauwerk zivilrechtlich bereits nach §§ 946, 94 BGB bei der Errichtung in das Eigentum der öffentlichen Hand übergeht, da diese Eigentümer des Grundstücks ist und zudem dem Privaten auch kein Erbbaurecht eingeräumt wurde. Der Private sei auch sonst nicht nach den gesamten Umständen als wirtschaftlicher Eigentümer anzusehen. Unter diesen Annahmen wäre es dem Privaten nicht möglich, das Gebäude gemäß § 266 Abs. 2, A. 1.1. HGB unter Bauten auf fremden Grundstücken zu bilanzieren, so dass andere Alternativen der bilanziellen Behandlung zu erörtern sind.

Dabei wäre zu überlegen, ob der Konzessionsnehmer zunächst die unfertigen Bauleistungen auf fremden Grund und Boden handels- und steuerrechtlich als Forderung eigener Art zu aktivieren hat. Diese Forderung wäre dann mit den Herstellungskosten der unfertigen

¹³⁴³ Der Text zur Bau- und Dienstleistungskonzession wurde weitgehend den entsprechenden Stellen des vergaberechtlichen Teils der Untersuchung entnommen.

Erzeugnisse zu bewerten¹³⁴⁴. Die Aktivierung einer Forderung und damit die Realisation eines Gewinns wäre handels- und steuerrechtlich jedoch erst dann zulässig, wenn der Gläubiger seine Verpflichtungen aus dem zunächst schwebenden Vertrag im Wesentlichen erfüllt hat. Der zur Lieferung und Leistung Verpflichtete muss den Vertrag soweit erfüllt haben, dass ihm die Forderung auf Gegenleistung "so gut wie sicher" ist¹³⁴⁵. Dies wäre regelmäßig nach Abnahme eines Werkes nach § 640 BGB der Fall.

Dabei stellt sich die Frage, inwieweit der Teil der Gegenleistung, der nicht die Anschubfinanzierung darstellt, in seiner Höhe hinreichend bestimmbar ist. Es entspricht zwar der herrschenden Auffassung im Bilanzrecht, dass "Forderungen, deren Höhe nicht feststeht, im allgemeinen mit dem geschätzten Betrag anzusetzen" sind. "Eine solche Schätzung hat jedoch dann zu unterbleiben, wenn es an jeglichem Anhaltspunkt für die Bemessung fehlt"¹³⁴⁶. Bei Unbestimmbarkeit der Gegenleistung und fehlenden Schätzungsmöglichkeiten muss also auf eine Gewinnrealisierung im Zeitpunkt der Leistungserbringung verzichtet werden¹³⁴⁷. Eine dem Vorsichtsprinzip genügende Gewinnermittlung setzt nicht nur eine im Ansatz (dem Grunde nach) sichere Forderung voraus. Die Forderung muss zudem bewertbar sein - im Sinne von "greifbar werthaltig"¹³⁴⁸. Inwieweit diese Voraussetzungen im Einzelfall gegeben sind, ist vom Einzelfall abhängig.

Bei Infrastrukturinvestitionen wird die Gegenleistung maßgeblich durch die Höhe der Erlöse beeinflusst, die bei einem langfristigen Vertrag häufig von den wirtschaftlichen Gegebenheiten in der entfernten Zukunft (z.B. in 20-30 Jahren) abhängen und selten mit hinlänglicher Genauigkeit prognostiziert werden können. Nach Abnahme eines Bauwerkes trägt der Konzessionär zudem weiterhin umfassende Betriebs- und Unterhaltungspflichten einschließlich der damit verbundenen Risiken (z.B. Beschädigung, Zerstörung), die bei einem typischen Bauauftrag nicht bestehen¹³⁴⁹. Wir unterstellen in diesem Zusammenhang, dass PPP-Hochbaumaßnahmen einerseits für den Privaten insbesondere dann vorteilhaft sind, wenn er im Rahmen eines Lebenszyklus-Ansatzes tätig ist. Dies bedingt, dass wirtschaftlich gewollt ist, eine einheitliche Leistung zu erbringen. Für den öffentlichen Auftraggeber andererseits kommt es nach dem PPP-Ansatz ebenfalls auf eine Gesamtbetrachtung an. So strebt die

¹³⁴⁴ BMF, Schreiben vom 14. November 2000, BStBl 2000, Teil I, S. 1514, und BFH, Urteil vom 28. November 1974, BStBl 1975, Teil II, S. 398.

¹³⁴⁵ Vgl. BFH, Urteil vom 26. April 1989, BStBl 1991, Teil II, S. 213.

¹³⁴⁶ BFH, Urteil vom 04. April 1968, BStBl 1968, Teil II, S. 411.

¹³⁴⁷ Vgl. zustimmend Woerner, BB 1988, 777.

¹³⁴⁸ Moxter, BB 1987, 1850.

¹³⁴⁹ Reidt/Stickler, in: Motzke/Pietzcker/Prieß, VOB Teil A, § 32, Rn. 28.

öffentliche Hand an, dass die insgesamt wirtschaftlichste Lösung erzielt wird. Nicht gewollt ist, dass vermeintliche günstige Baukosten durch hohen Unterhaltungsaufwand aufgezehrt werden. Insofern kommt es für beide Vertragspartner auf den Gesamterfolg an. Da wir unterstellen, dass die öffentliche Hand periodisch die Bereitstellung einer Funktionalität fordert, kommt es insoweit zu einer Ertragsrealisierung pro rata temporis und ein Gewinn kann nach Erstellung des Bauwerkes noch nicht als realisiert gelten.

Schließlich entspricht es - wie auch bereits im Zusammenhang mit Vertragsmodell IV ausführlich dargestellt - einem funktionalen PPP-Ansatz mehr, wenn die Erfüllung des Konzessionsvertrages von Seiten des Privaten gegenüber der öffentlichen Hand nicht primär durch eine zeitpunktbezogene Abnahme eines Bauwerkes, sondern vielmehr durch die Zurverfügungstellung einer bestimmten Leistung oder Funktionalität über einen definierten Zeitraum an die Nutzer erfolgt. Schließlich hat bei Konzessionsverträgen der Private häufig die Pflicht, das Bauwerk am Ende der Vertragslaufzeit der öffentlichen Hand wieder in einem entsprechend erneuerten Zustand zu übergeben. Die Erstellung des Bauwerkes wäre somit lediglich Teil einer insgesamt einheitlich geschuldeten Leistung für eine einheitliche Gegenleistung.

Liegt ein solches Verständnis einer einheitlichen Leistungserstellung einem Konzessionsvertrag zugrunde, scheidet die Aktivierung eines "immateriellen Betreiberrechtes" in Höhe der Herstellungskosten des Bauwerkes, wie von der Gutachtergruppe zur Erarbeitung der Muster eines Konzessionsvertrages und Regelungen für die Ausschreibung/Vergabe von Konzessionen für das Betreibermodell für den mehrstreifigen Autobahnausbau ("A-Modell") vorgeschlagen,¹³⁵⁰ aus - unabhängig davon, ob der Private als Verwaltungshelfer (beim A-Modell) oder Beliehener (beim F-Modell) agiert. 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.

Sollte dagegen aufgrund des Konzessionsvertrages die Baumaßnahme errichtet worden sein, um das Betreiberrecht zu erhalten, würden jedoch auch wir - und zwar sowohl beim

¹³⁵⁰ Clifford Chance Pünder/Dresdner Bank Kleinwort Wasserstein/Bung/Aviso, Gutachten zur Erarbeitung der Muster eines Konzessionsvertrages und Regelungen für die Ausschreibung/Vergabe von Konzessionen für das Betreibermodell für den mehrstreifigen Autobahnausbau („A-Modell“), S. 38 ff., wobei die Gutachtergruppe ausdrücklich betont, dass der Ausbau der Konzessionsstrecke nur dann als selbständiges Recht aktiviert werden kann, wenn der Ausbau der Konzessionsstrecke nicht Teil einer insgesamt einheitlich geschuldeten Leistung für eine einheitliche Gegenleistung wäre, siehe a.a.O. S. 39. Damit befinden wir uns mit unserer Argumentation in Übereinstimmung mit der Gutachtergruppe.

Zwei-Personen-Verhältnis (wenn der Private nur Verwaltungshelfer ist und die Einnahmen eines Projektes von der öffentlichen Hand weitergeleitet bekommt) als auch bei einem direkten Leistungsrecht gegenüber Dritten - die Aktivierung eines immateriellen Wirtschaftsgutes für sachgerecht halten. Wir stimmen insoweit mit der im Gutachten zum A-Modell angeführten Argumentation weitgehend überein.

Im Hinblick auf die Behandlung eines die ganze Konzessionslaufzeit und damit die einzelnen Projektphasen als integriertes Leistungspaket umfassenden PPP-Vertrages gehen wir hingegen davon aus, dass in der Regel eine einheitliche Leistung vorliegt und deshalb die Aufwendungen als aktiver Rechnungsabgrenzungsposten periodengerecht abzugrenzen sind. Im Gegensatz zum Vertragsmodell IV erzielt der Private einen Ertrag gewöhnlich erst nach Realisierung des Bauwerkes, wenn eine Vermarktung des Bauwerkes möglich ist. Bei einem solchen typischen Verlauf hätte der Private zunächst einen aktiven Rechnungsabgrenzungsposten in Höhe seiner Anschaffungs- und Herstellungskosten zu bilden und über die Laufzeit des Konzessionsvertrages abzuschreiben¹³⁵¹. 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 HGB¹³⁵² zu bilden, deren Höhe von der Abschreibung auf das Gebäude und von den Wiederbeschaffungskosten abhängt¹³⁵³.

8.3.9.2 Umsatzsteuerliche Behandlung

Beim 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

¹³⁵¹ Beim Sanierungsmodell mit kontinuierlichen und konstanten Einnahmen ging es demgegenüber darum, überproportionale Sanierungsleistungen zu Beginn des Projektes aktiv und Verpflichtungen gegenüber dem Leistungsempfänger zum Ende des Projektes passiv abzugrenzen.

¹³⁵² Die Anwendung eines passiven Rechnungsabgrenzungspostens wie im Sanierungsmodell wäre hier nicht möglich, da die Projektgesellschaft beim Konzessionsmodell ihre Einnahmen nicht von der öffentlichen Hand als Vertragspartner, sondern von den Nutzern der Infrastruktur bezieht.

¹³⁵³ Vgl. BFH, Urteil vom 21. Dezember 1965, BStBl 1966, Teil III, S. 148.

zwischen dem privaten Partner und den Nutzern, die eine Infrastruktur, ggf. einschließlich dazugehöriger Dienstleistungen, in Anspruch nehmen.

Was die Beziehung zwischen dem Konzessionsgeber und dem Konzessionsnehmer anbelangt, errichtet der Konzessionsnehmer ein Bauwerk und verpflichtet sich, dieses zu erhalten und regelmäßig zu erneuern sowie den Nutzern die von ihm geschaffene Infrastruktur unter Einhaltung eines gewissen Standards (einschließlich der Dienstleistungen) gegen Gebühr oder Entgelt bereitzustellen (d.h. der Private ist verantwortlich für den Betrieb). Nach Ablauf des Vertrages ist er verpflichtet, dem Konzessionsgeber das Grundstück samt der von ihm geschaffenen Anlagen zurückzugeben. Der Konzessionsgeber seinerseits stellt dem Konzessionsnehmer ggf. eine Anschubfinanzierung zur Verfügung und überlässt ihm das Grundstück während der Laufzeit des Konzessionsvertrages.

In einem ersten Schritt sollte geprüft werden, inwieweit es sich bei der Realisierung eines Hochbauvorhabens nach Vertragsmodell VI im Einzelfall um einen steuerbaren Leistungsaustausch zwischen einem Privaten und der öffentlichen Hand handelt oder inwieweit der Private ggf. (lediglich) echte, nicht steuerbare, Zuschüsse (das Grundstück als Sachzuschuss) seitens der öffentlichen Hand erhält.

Geht man von einem Leistungsaustausch aus, tätigt der Konzessionsnehmer mit dem Betrieb der Einrichtung gemäß den vertraglich näher festgelegten Konditionen sowie der Übergabe des Gebäudes nach Ablauf des Vertrages¹³⁵⁴ steuerbare Umsätze (Lieferungen und Leistungen an den Konzessionsgeber). Der Wert der Anschubfinanzierung und einer Vermietung und Verpachtung des Grundstücks stellen die Gegenleistung hierfür dar und sind damit nach § 10 Abs. 2 Satz 2 UStG Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer. Die Zahlung der Anschubfinanzierung unterliegt damit der Ist-Besteuerung. Die Höhe des Wertes der Gegenleistung einer Vermietung und Verpachtung des Grundstücks an den Privaten ist im Wege der Schätzung zu ermitteln. Die Umsatzsteuer auf den Betrag der Anschubfinanzierung entsteht im Zeitpunkt der Vereinnahmung durch den Konzessionsnehmer. Die Umsatzsteuer auf den Wert der Überlassung des Grundstücks entsteht - je nachdem, ob sie als Gegenleistung für den Betrieb der Einrichtung oder als Gegenleistung für die Lieferung der Gebäude anzusehen ist, pro rata temporis oder bei Ablauf des Vertrages.

Zwar schuldet der Konzessionsnehmer Umsatzsteuer auf seine Leistung, doch kann er unter den in § 15 UStG genannten Voraussetzungen von seiner Umsatzsteuerschuld Vorsteuer-

¹³⁵⁴ Vgl. BMF, Schreiben vom 23. Juli 1986, , Umsatzsteuerliche Fragen bei der Errichtung von Gebäuden auf fremden Boden, BStBl 1986, Teil I, S. 433 (Punkt C).

beträge aus seinen Eingangsumsätzen abziehen. Da es sich im Hinblick auf die Gegenleistung der öffentlichen Hand "Vermietung und Verpachtung eines Grundstücks" um einen tauschähnlichen Umsatz handelt (§ 3 Abs. 12 UStG), wäre diese Gegenleistung grundsätzlich ebenfalls eine umsatzsteuerbare Leistung und dem Privaten in Rechnung zu stellen. Da die öffentliche Hand annahmegemäß jedoch in diesem Zusammenhang in aller Regel nicht die Unternehmereigenschaft besitzt und da darüber hinaus die Vermietung und Verpachtung eines Grundstücks nach § 4 Nr. 12 a UStG grundsätzlich steuerbefreit ist, kommt es somit zu keinem steuerbaren bzw. steuerpflichtigen Umsatz.

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.

Hat der Konzessionsnehmer lediglich die Stellung eines Verwaltungshelfers inne, erbringt er seine Leistungen nur gegenüber dem Konzessionsgeber und stellt diese auch nur ihm in Rechnung. Dieser belastet in der Regel denselben Betrag an die Nutzer weiter. Wenn der Konzessionsgeber dabei nicht im Rahmen eines Betriebes gewerblicher Art oder einer Tochtergesellschaft in privatrechtlicher Form handelt, fällt insoweit auf den weiterbelasteten Betrag keine Umsatzsteuer an, doch die öffentliche Hand kann dann in diesen Fällen auch keine Vorsteuer geltend machen (dies führt somit zu einer Weiterbelastung der an den Konzessionsnehmer zu zahlenden Umsatzsteuer auf den Nutzer). Nachteilig würde sich dies auswirken, wenn die Nutzer - wie beim oben genannten A-Modell von den dortigen Gutachtern beschrieben¹³⁵⁵ - Unternehmer sind und auf die Maut keine Vorsteuer mehr geltend machen könnten. Leistet der Konzessionsnehmer hingegen direkt an einen Unternehmer als Nutzer einer Infrastruktur, könnte dieser demgegenüber die Vorsteuer abziehen.

8.3.9.3 Belastung durch Grundsteuer und Grunderwerbsteuer

Unter der von uns getroffenen Annahme, dass beim Vertragsmodell VI nicht der Private, sondern die öffentliche Hand als wirtschaftlicher Eigentümer anzusehen ist, ist der Grundbesitz bei diesem Modell nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 GrStG von der Grundsteuer befreit.

Im Hinblick auf die Belastung mit Grunderwerbsteuer verweisen wir auf unsere Aussagen zu Vertragsmodell IV - Lease/Lease back unter Kap. 8.3.7.3.2.

¹³⁵⁵ Vgl. Clifford Chance Pünder/Dresdner Bank Kleinwort Wasserstein/Bung/Aviso, Gutachten zur Erarbeitung der Muster eines Konzessionsvertrages und Regelungen für die Ausschreibung/Vergabe von Konzessionen für das Betreibermodell für den mehrstreifigen Autobahnausbau („A-Modell“), S. 51.

8.3.10 Vertragsmodell VII

Vertragsmodell VII beschreibt kein eigenständiges Vertragsmodell. Vielmehr handelt es sich um eine Variante der Vertragsmodelle I bis VI in Gestalt der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung der öffentlichen Hand als Mitgesellschafter an einer mit der Planung, dem Bau bzw. der Sanierung, der Finanzierung sowie dem Betrieb beauftragten Projektgesellschaft. Aus steuerrechtlicher Sicht sind wir in unserer Untersuchung auf die Auswirkungen einer Beteiligung der öffentlichen Hand an einer privaten Projektgesellschaft bereits unter Kap. 8.2.1.3 eingegangen. Eine gesonderte steuerliche Betrachtung haben wir deshalb für Vertragsmodell VII nicht mehr durchgeführt.

8.4 Identifizierung möglicher steuerlicher Wettbewerbsverzerrungen innerhalb des bestehenden rechtlichen Rahmens und mögliche Lösungsansätze

8.4.1 Ertragsteuerliche Wettbewerbsverzerrungen und mögliche Lösungsansätze durch Gesetzesänderungen

Wird eine bestimmte Leistung von einem Privaten statt von der öffentlichen Hand bereit gestellt, entsteht zusätzliche Einkommen- oder Körperschaftsteuer sowie Gewerbeertragsteuer für den Faktoranteil des Kapitals. Im Rahmen dieser Untersuchung haben wir die bilanzsteuerrechtliche Behandlung der Durchführung einer Hochbaumaßnahme bei dem privaten Partner der öffentlichen Hand für die definierten PPP-Vertragstypen dargestellt. Eine ertragsteuerliche Mehrbelastung des Privaten wirkt sich zwar auch auf den Preis der angebotenen Leistung aus, doch lässt sich in der Regel eine solche Wettbewerbsverzerrung nicht beseitigen, da die Ertragsbesteuerung ein wesentliches Element unseres Wirtschaftssystems darstellt. Aus diesem Grunde existieren auch in Großbritannien keine speziellen PFI-Regelungen zur Einkommen und Körperschaftsteuer¹³⁵⁶.

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 solcher Vergünstigungen im Zusammenhang mit dieser Untersuchung nicht empfohlen werden.

¹³⁵⁶ Jacob/Kochendörfer: Private Finanzierung öffentlicher Bauinvestitionen - ein EU-Vergleich, Berlin 2000, S. 68.

Was die unter Kap. 8.2.1. angesprochene Finanzierungsproblematik (Stichwort Gewerbeertragsteuer) anbetrifft, kann eine echte Forfaitierung, die auf einen Einredeverzicht der öffentlichen Hand beruht, zwar die Dauerschulden einer Projektgesellschaft reduzieren. Es ist dabei jedoch im Einzelfall abzuwägen, ob hierdurch nicht ein wesentlicher Vorteil einer PPP-Gestaltung, bei der die öffentliche Hand von Risiken befreit wird, wieder verloren geht. Deswegen plädieren wir dafür, dass eine echte Forfaitierung nicht auf Grundlage eines Einredeverzichts vorgenommen werden sollte.

Schließlich sollte der deutsche Gesetzgeber im Hinblick § 8 a KStG, der nach der sog. Lankhorst-Entscheidung des EuGH zu modifizieren ist, eine Lösung anstreben, die auch eine Benachteiligung einer Projektgesellschaft ausschließt, an der die öffentliche Hand als Gesellschafter beteiligt ist. Der Kabinettsbeschluss vom 13. August 2003 zur Umsetzung der Protokollerklärung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz (sog. Korb II) erfüllt diese Forderung. Nach der Protokollerklärung soll sich der Anwendungsbereich künftig auf alle Kapitalgesellschaften erstrecken. Damit würden zukünftig alle Kapitalgesellschaften den gleichen Belastungen nach § 8 a KStG unterworfen werden.

8.4.2 Umsatzsteuerliche Wettbewerbsverzerrungen und mögliche Lösungsansätze durch Gesetzesänderungen

8.4.2.1 Identifizierung von Wettbewerbsverzerrungen

Eine umsatzsteuerliche Wettbewerbsverzerrung bei 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 auf steuerbare Lieferungen und sonstige Leistungen 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.

Bezieht die öffentliche Hand beim konventionellen Beschaffungsansatz aber steuerbare und steuerpflichtige Leistungen von Dritten (z.B. bezogene Bauleistungen oder outgesourcete Dienstleistungen), gibt es hinsichtlich der umsatzsteuerlichen Behandlung dieser Leistungen grundsätzlich keinen Unterschied zu einem PPP-Projekt.

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 einem 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.

8.4.2.2 Vorschläge für Gesetzesänderungen zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen bei PPP-Projekten

8.4.2.2.1 Rückgriff auf Erfahrungen aus UK (de lege lata und de lege ferenda)

In Großbritannien werden von Regierungseinrichtungen im Rahmen des im Jahre 1992 eingeführten sog. PFI-Programms (Private Finance Initiative) entsprechende PPP-Projektvorhaben an private Unternehmen zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben vergeben. Dabei bestanden in Großbritannien bezüglich der definitiven Endbelastung der öffentlichen Hand mit der Umsatzsteuer grundsätzlich dieselben Probleme, wie sie von uns im Rahmen dieser Abhandlung herausgearbeitet wurden. Das ehemals vom englischen "Treasury" zu Förderung von PFI gegründete "Private Finance Panel" umschrieb die Ausgangssituation folgendermaßen:

"The alternative for the public sector entity to taking out a PFI services contract would usually be to carry out the services in-house. Some of the components of the costs would not be subject to VAT, either being exempt or zero rated sup-

plies. In most cases the largest cost component would be in-house salary costs which are outside the scope of VAT. This distorts the comparison of costs between in-house and PFI alternatives, as VAT may be charged on the full amount of services under PFI, but only on some of the costs on the in-house option."¹³⁵⁷

Um diesem Problem zu begegnen, wurde in Großbritannien im Rahmen des VAT Act von 1994 ein Mehrwertsteuererstattungsverfahren für öffentliche Einrichtungen eingeführt, die nicht der Steuerpflicht im Sinne von Art. 4 Abs. 5 der Sechsten EG-Richtlinie unterliegen. Nach Auffassung des EuGH ist nach Art. 4 Abs. 5 der Sechsten EG-Richtlinie die öffentliche Hand grundsätzlich nicht Unternehmer für "Tätigkeiten im Rahmen der öffentlichen Gewalt" - jedenfalls solange es hierdurch nicht zu größeren Wettbewerbsverzerrungen¹³⁵⁸ kommt¹³⁵⁹. Die für nichtwirtschaftlichen Aktivitäten bezogenen Leistungen vom privaten Sektor unterliegen aufgrund Art. 2 der Sechsten EG-Richtlinie aber grundsätzlich der Mehrwertsteuer. Die einschlägigen Vorschriften für das Mehrwertsteuererstattungsverfahren des VAT Act 1994 finden sich für "government departments" unter Abschnitt 41 sowie für "local authorities" (definiert unter Abschnitt 96 Abs. 4) unter Abschnitt 33 des VAT Act 1994.

Diese Regelungen geben den betreffenden öffentlichen Einrichtungen eine rechtliche Grundlage, Mehrwertsteuer, die bei Ausübung von bestimmten definierten nichtwirtschaftlichen Aktivitäten angefallen ist, zurückerstattet zu bekommen. Für "government departments" werden diejenigen Dienstleistungen, auf die das Mehrwertsteuererstattungsverfahren Anwendung findet, in den HM Treasury Directions festgelegt. Sie werden also durch Verordnung vom Finanzministerium bestimmt. Von der Erstattung ausgenommen ist für "government departments" der Bau von Gebäuden.

Für "local authorities" werden unter Abschnitt 33 Abs. 1 des VAT Act 1994 alle Lieferungen und Leistungen in das Mehrwertsteuererstattungsverfahren einbezogen¹³⁶⁰. Einer gesonderten Verordnung von Seiten des Finanzministeriums bedarf es insoweit nicht mehr.

Vom Verfahren her reichen die öffentlichen Einrichtungen einen Antrag auf Erstattung von Mehrwertsteuer, die ihnen im Rahmen von bezogenen PFI-Leistungen belastet wurde, bei

¹³⁵⁷ Private Finance Panel, VAT on PFI service payments, 1996.

¹³⁵⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 17. Oktober 1989. Eine Ausnahme sind die in Art. 4 Abs. 5 Unterabsatz 3 der Sechsten Richtlinie aufgeführten Tätigkeiten (Verweis dort auf Anhang D).

¹³⁵⁹ Obwohl sich das deutsche Recht in seiner Bezugnahme auf das Körperschaftsteuerrecht für den Betrieb gewerblicher Art nicht vollständig als EU-rechtskonform erweist (vgl. Grünwald, Ulrich/Pogodda, Annette, UR 2003, 189), bleibt das Ergebnis für die öffentliche Hand als Besteller von Hochbaumaßnahmen dasselbe.

¹³⁶⁰ "Where VAT is chargeable on the supply of goods or services to a body to which this section applies ... and the supply ... is not for the purpose of any business carried on by the body, the Commissioners shall ... refund to it the amount of the VAT so chargeable".

HM Customs and Excise ein¹³⁶¹. Liegen die erforderlichen Voraussetzungen vor, erfolgt die Auszahlung von HM Customs and Excise mit Mitteln von HM Treasury. Entscheidend dabei ist, dass die öffentlichen Einrichtungen Mehrwertsteuererstattungen im Rahmen der Steuerregelungen des VAT Act 1994 erlangen können. Der VAT Act 1994 bezeichnet solche Erstattungen als sog. "Refund".

Nach Ansicht von Schiehser und Petzolt¹³⁶² handelt es sich buchungstechnisch bei der Erstattung um ein "off balance sheet event" des "UK governmental accounting". Ein solcher "Refund" sei mit einem Zuschuss öffentlicher Mittel zu den Projektkosten vergleichbar. Schiehser und Petzolt beschreiben das Verfahren wie folgt:¹³⁶³

- Mit der Ausschreibung des PFI-Projekts liefert der private Sektor eine Aufstellung der anfallenden Kosten inklusive aller enthaltenen Steuern.
- Wenn die Voraussetzungen des VAT Act 1994 Abschnitt 33 bzw. 41 bezüglich eines "Refund" der in Form von Mehrwertsteuer enthaltenen Kosten vorliegen, bucht die öffentliche Einrichtung den Nettobetrag des vereinbarten Festpreises als Ausgabe bzw. Mittelabfluss.
- Die Rechnung wird in voller Höhe inklusive Mehrwertsteuer bezahlt, so dass zunächst eine Differenz zwischen dem Bankkonto und dem cash accounting entsteht.
- Sobald der "Refund" von HM Customs and Excise geleistet wird, sind Bankkonto und cash accounting wieder ausgeglichen.

Aufgrund der Behandlung der Mehrwertsteuer für PFI-Projekte als "off balance sheet item", so Schiehser und Petzolt weiter, liege kein Verstoß gegen die Sechste EG-Richtlinie vor. Es handele sich beim "Refund" nicht um eine Vorsteuererstattung im Sinne des Abschnitt XI der Sechsten EG-Richtlinie, sondern um eine Sonderform der Erstattung, die somit nicht im Widerspruch zur EU-Gesetzgebung stehe.

Aus unserer Sicht ist es zumindest nicht zweifelsfrei, dass das "Refund-Verfahren" - unabhängig von seiner Bezeichnung - im Widerspruch zur 6. EG-Richtlinie steht. Es wird jedoch bereits einige Jahre von der EU-Kommission geduldet - dies wohl auch deshalb, da sich hierdurch nicht die Bemessungsgrundlage für den Beitrag Großbritanniens für seinen Beitrag

¹³⁶¹ Vgl. auch Schiehser/Petzolt, BB 2000, 336.

¹³⁶² Schiehser/Petzolt, BB 2000, 336-337.

¹³⁶³ A.a.O., S. 337.

an die Europäische Union in unzulässiger Weise vermindert. Dies ist deshalb bedeutsam, da ein bestimmter Teil des Mehrwertsteueraufkommens Großbritanniens als Teil seines EU-Beitrages an Brüssel abgeführt wird. Deshalb wird das Steueraufkommen um die geleisteten "Refund-Erstattungen" korrigiert. Das Aufkommen wird dabei so ermittelt, als hätte es keine "Refunds" gegeben.

Dennoch bleibt festzuhalten, dass die Europäische Union die Praxis des "Refunds" gemäß dem VAT Act 1994 bisher jedenfalls nicht offiziell genehmigt hat. Insofern lässt sich diesbezüglich ein Restrisiko, dass sich dies im Zeitverlauf ändern könnte (wodurch das Konzept des "Refund" nicht mehr durchführbar wäre), nicht gänzlich ausschließen.

8.4.2.2.2 Ableitung von Vorschlägen für Gesetzesänderungen

- 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,¹³⁶⁴ liegt es nahe, eine Übertragbarkeit auf die Bundesrepublik Deutschland zu überprüfen. Mit Hilfe des "Refund" für steuerpflichtige Leistungen könnte diesbezüglich eine erhebliche Benachteiligung von PPP-Projekten beseitigt werden. Um jedoch auch eine Benachteiligung von konventionellen Beschaffungsvarianten zu vermeiden, 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 beantragt werden können (entsprechend den Regelungen für "local authorities" in Großbritannien).
- Besondere Bedeutung bei der Einführung eines "Refund-Systems" kommt dessen konkreter Ausgestaltung zu. Aus diesem Grund empfehlen wir, eine ggf. geplante Einführung gut vorzubereiten und mit den praktischen Erfordernissen des Umsatzsteuerrechts sorgfältig abzustimmen.
- 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 Beschaffungs-

¹³⁶⁴ Ministry of Finance (der Niederlanden), PPP Knowledge Center, in: Public Sector Comparator, Module 4, August 2002, S. 61.

variante (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.

8.4.3 Wettbewerbsverzerrungen durch grund- und grunderwerbsteuerliche Mehrbelastungen von PPP-Projekten und mögliche Lösungsansätze durch Gesetzesänderungen

8.4.3.1 Wettbewerbsverzerrungen durch grundsteuerliche Mehrbelastungen von PPP-Projekten und mögliche Lösungsansätze durch Gesetzesänderungen

8.4.3.1.1 Identifizierung von grundsteuerlichen Wettbewerbsverzerrungen

Eine grundsteuerliche Wettbewerbsverzerrung tritt bei denjenigen PPP-Vertragstypen auf, bei denen das wirtschaftliche Eigentum beim privaten Vertragspartner liegt (z.B. Leasingmodell 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 diskriminiert, da auch diese Projekte von der Grundsteuerbefreiung profitieren.

8.4.3.1.2 Vorschläge für Gesetzesänderungen

Ziel von Gesetzesänderungen muss sein, dass die einzelnen denkbaren Beschaffungsvarianten für PPP-Hochbaumaßnahmen grundsteuerlich dieselbe Behandlung erfahren. Zur Beseitigung der Ungleichbehandlung sind aus unserer Sicht grundsätzlich zwei Varianten denkbar:

- Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 GrStG ist Grundbesitz, der von einer inländischen Person des öffentlichen Rechts für einen öffentlichen Dienst oder Gebrauch benutzt wird von der

Grundsteuer befreit. Nach § 3 Abs. 1 Satz 2 GrStG muss der Grundbesitz aber ausdrücklich demjenigen, der ihn für die begünstigten Zwecke benutzt, zuzurechnen sein. Das Problem einer grundsteuerlichen Diskriminierung 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 hierzu wäre auch denkbar, die öffentliche Hand per se als grundsteuerpflichtig zu behandeln.

8.4.3.2 Identifizierung von grunderwerbsteuerlichen Wettbewerbsverzerrungen und mögliche Lösungsansätze

Eine grunderwerbsteuerliche Belastung tritt bei denjenigen PPP-Vertragstypen auf, bei denen es zu Beginn, während oder am Ende der Vertragslaufzeit zu einem grunderwerbsteuerbaren Erwerbsvorgang zwischen dem privaten Partner und der öffentlichen Hand kommt. Die Ursache einer solchen Belastung liegt dabei jedoch nicht, wie z.B. bei der Umsatzsteuer oder der Grundsteuer, in einer unterschiedlichen steuerlichen Behandlung der öffentlichen Hand und privater Marktteilnehmer. Es kann aus unserer Sicht also nicht von einer wettbewerbsverzerrenden Diskriminierung gesprochen werden. Eine jeweilige grunderwerbsteuerliche Behandlung hängt auch innerhalb der Privatwirtschaft immer von der individuellen falltypischen Gestaltung eines Projektes ab. Daher empfehlen wir keine gesetzlichen Änderungen, sondern lediglich eine betriebswirtschaftliche und steuerliche Optimierung im Rahmen einer durchzuführenden Hochbaumaßnahme.

8.5 Überschlägige steuerliche Belastungsvergleiche (Modellrechnungen) verschiedener Modellvarianten bzw. Vertragsmodelle anhand ausgewählter vereinfachter Grundvarianten

Zum Abschluss unserer steuerrechtlichen Untersuchung führen wir im Folgenden überschlägige Vergleichsrechnungen durch, um die betriebswirtschaftlichen Folgen einzelner behandelte Problembereiche anhand von vereinfachten Grundvarianten aufzuzeigen. In diesem Zusammenhang erfolgt zunächst eine Betrachtung der wesentlichen steuerlichen Auswirkungen verschiedener Gewinnrealisierungszeitpunkte bei einem privaten Vertragspartner am Beispiel des Vertragsmodells IV. Anschließend gehen wir darauf ein, inwieweit umsatzsteuerliche Wettbewerbsverzerrungen den Angebotspreis eines privaten Bieters gegenüber der

öffentlichen Hand beeinflussen können. Eine Analyse einer durch die unterschiedliche Belastung einzelner Vertragsmodelle mit Grundsteuer verursachten erheblichen Wettbewerbsverzerrung wurde bereits in einem vorangegangenen Gutachten vorgenommen¹³⁶⁵.

8.5.1 Ertragsteuerliche und umsatzsteuerliche Auswirkungen verschiedener Vertragsgestaltungen (Modellvarianten) bei Vertragsmodell IV

Wir stellen die unterschiedlichen umsatz- und ertragsteuerlichen Auswirkungen eines Typenkombinationsvertrages denen eines Vertrages mit einheitlichem Vertragsgegenstand (Vertrag sui generis) auf Grundlage des Vertragsmodells IV (als Sanierungsmodell) gegenüber. Ziel ist ein überschlägiger Barwertvergleich der Umsatzsteuerbelastung und der Ertragsteuerbelastung sowie die Berechnung und Analyse der Eigenkapitalrentabilität beim Privaten in den beiden Modellvarianten. Für eine unterstellte Ziel-Eigenkapitalrendite (von hier 13%) werden weiter die jeweiligen Brutto-Angebotspreise der einzelnen Varianten gegenübergestellt. Außerdem erfolgt eine Abschätzung des jeweils benötigten Kapitalbedarfs. Dabei werden Annahmen zur Reduzierung der Komplexität des Modells getroffen. Die hiermit verbundenen Ungenauigkeiten werden von uns in Kauf genommen, da das Ziel der Belastungsvergleiche im Aufzeigen eines generellen Trends liegt und nicht in einer numerisch exakten Rechnung.

Das Vertragsmodell IV (vgl. Kap. 8.3.6) ist gekennzeichnet durch Errichtung oder Sanierung einer Hochbauimmobilie auf einem Grundstück der öffentlichen Hand sowie durch die Erbringung weiterer Leistungen durch den Privaten während einer bestimmten Vertragslaufzeit (Instandsetzung und Instandhaltung, weiteres Facility Management und sonstige Dienstleistungen) gegen ein periodisch zu leistendes Entgelt.

Als Modellvariante von Vertragsmodell IV zeichnet sich der Typenkombinationsvertrag dadurch aus, dass er verschiedenste Leistungselemente (Vertragsgegenstände) beinhaltet, die jeweils separaten Vertragsregimen zugeordnet werden können.

Bei einem Vertrag mit einheitlichem Vertragsgegenstand (Vertrag sui generis) schuldet der Private demgegenüber das langfristige Bereitstellen einer Funktionalität als einheitliches Leistungspaket - in diesem Fall einer Immobilie mit festdefinierten Qualitätsstandards - über eine bestimmte Zeit. Diese Leistung muss in jeder Periode neu erbracht werden, wobei sich die tatsächliche Höhe der Entgelte stark qualitätsorientiert bestimmt.

¹³⁶⁵ Vgl. Christen/Utech, Steuerliche Effekte bei privater Hochbaufinanzierung, S. 31, nach deren Berechnungen die Grundsteuerbelastung bei Miete und Leasing in West-Deutschland über 10% der Nutzungskosten im Vergleich zum Eigenbau ausmachen kann.

8.5.1.1 Modellannahmen

Das Modell unterstellt eine einjährige Sanierungsleistung auf einem Grundstück der öffentlichen Hand einschließlich der Finanzierung. Der Betrieb, ebenfalls vom Privaten erbracht, wird bereits zu Beginn von Jahr 1 aufgenommen, da davon ausgegangen wird, dass mehrere Immobilien sukzessiv zu sanieren sind und folglich mit dem Betrieb parallel begonnen werden kann. Die Vertragslaufzeit beträgt 20 Jahre.

Die Erträge aus dem Typenkombinationsvertrag lassen sich aufteilen in Erträge aus Sanierungsleistungen, Betreiberleistungen und Finanzierungsleistungen. Bei dem Vertrag mit einheitlichem Vertragsgegenstand fallen nur Erträge aus der Bereitstellung einer Funktionalität an. Somit bestehen signifikante Unterschiede in den Realisierungszeitpunkten der Erträge aus Sanierungsleistungen.

Nimmt die öffentliche Hand im Rahmen eines Typenkombinationsvertrages als Auftraggeber nach Durchführung einer Sanierung die erbrachte Leistung nach § 640 BGB ab, kommt es bei dem privaten Partner zu einer entsprechenden Gewinnrealisierung und zur Entstehung einer Forderung, die in der Bilanz zu berücksichtigen ist, die ebenfalls die vom Privaten vorzufinanzierende Umsatzsteuer beinhaltet¹³⁶⁶. Diese Forderung wird mit dem Refinanzierungssatz des Privaten verzinst (WACC: Weighted average cost of capital). Dabei gehen wir nicht von einer Forfaitierung einer einredefreien Forderung aus. Diese Forderung begründet den ebenfalls geschlossenen Darlehensvertrag und wird über jährliche, annuitätische Zahlungen getilgt.

Bei einem Vertrag mit einheitlichem Vertragsgegenstand (Vertrag sui generis) wird demgegenüber ein Gewinn auf die Errichtungs-, bzw. Sanierungsleistung nicht, wie bei einem Werkvertrag nach Abnahme, sondern am Ende jeden Jahres als Bestandteil eines einheitlichen Leitungsentgeltes für die erfolgreiche Bereitstellung einer Funktionalität realisiert. Überproportionale Errichtungs-, bzw. Sanierungsleistungen (siehe auch Kap. 8.3.6.1.2) als Vorleistung des Privaten zu Beginn der Vertragslaufzeit werden mittels eines aktiven Rechnungsabgrenzungspostens periodengerecht abgegrenzt.

Die Netto-Entgeltzahlungen der öffentlichen Hand für Sanierung, Betrieb und Finanzierung (Typenkombinationsvertrag) bzw. für die Bereitstellung einer Funktionalität (einheitlicher Vertrag) sind in beiden Varianten unter ceteris paribus Gesichtspunkten konstant angesetzt

¹³⁶⁶ Die Umsatzsteuer ist vorzufinanzieren, da die umsatzsteuerpflichtige Leistung in der Anfangsphase des Vertrages erbracht wird, während Zahlungen der öffentlichen Hand pro rata temporis über die Vertragslaufzeit erfolgen.

worden (die Zinsen auf die Umsatzsteuer werden nicht beim Netto-Entgelt, sondern bei der Ermittlung des Brutto-Angebotspreises berücksichtigt).

Die Aufwendungen sind für beide Vertragstypen deckungsgleich. Es fließen Aufwendungen für Sanierungsleistungen und Betreiberleistungen (Eigen- und Fremdleistungen) sowie Zinsaufwendungen in die Gewinn- und Verlustrechnung ein.

Die von der öffentlichen Hand entrichteten Leistungsentgelte und die vom Privaten getätigten Aufwendungen für Betreiberleistungen werden jährlich zur Anpassung an die Inflationsentwicklung mit einem Prozentsatz von 2% p.a. eskaliert.

Die Zahlungsströme im Rahmen der Cashflow-Rechnung entsprechen bei Verträgen mit einheitlichem Vertragsgegenstand den Erträgen, die im Rahmen der Gewinn- und Verlustrechnung identifiziert wurden. Abweichend davon verläuft bei dem Typenkombinationsvertrag der Einzahlungsstrom aus Sanierungsleistungen, also die Tilgung der Verbindlichkeit aus Sanierungsleistungen inkl. Umsatzsteuer in Form einer annuitätischen Reihe aus Zins- und Tilgungszahlungen. Die Zahllasten aus dem Saldo von abzugsfähiger Vor- und zu entrichtender Umsatzsteuer werden gemäß der 11/12-Methode bestimmt. Darüber hinaus wird eine maximale Dividendenausschüttung angestrebt (Ausschüttung des Gewinns, solange ein festes Finanzierungsverhältnis zwischen Eigen- und Fremdkapital beibehalten wird, siehe unten), um die Gewinnrücklagen minimal zu halten und so eine aussagekräftige Rentabilitätsbetrachtung zu ermöglichen. In der privaten Unternehmung verbleibende flüssige Mittel werden mit 3% p.a. verzinst.

Die Finanzierung erfolgt in beiden Modellvarianten einheitlich zu 20% mit Eigenkapital und zu 80% mit Fremdkapital. Die entsprechenden Zinssätze sind in der unten dargestellten Tabelle zu entnehmen. Die Höhe der erforderlichen Kapitalaufnahme orientiert sich am Kapitalbedarf in der ersten Periode einschließlich einer einheitlich festgelegten Liquiditätsreserve von Euro 10. In diesem Fall gelten nicht die ceteris paribus Prinzipien, da die Kapitalbedarfsdifferenz aus einer unterschiedlichen ertragsteuerlichen und umsatzsteuerlichen Behandlung der Vertragstypen resultiert. Wichtige betriebswirtschaftliche Erkenntnisse finden also bereits Berücksichtigung.

Der Schuldendienst des Privaten, der gemäß der Fremdkapitalkosten des Privaten verzinst wird, wird ebenfalls in einer Annuität abgebildet.

Die Bilanz der ersten Realisierungsvariante (Typenkombinationsvertrag) beinhaltet eine Forderung aus Werklohn zuzüglich der vorzufinanzierenden Umsatzsteuer. Die Tilgung verläuft gemäß einer bereits beschriebenen annuitätischen Reihe. Bei dem Vertrag mit

einheitlichem Vertragsgegenstand (Vertrag sui generis) wird stattdessen ein Rechnungsabgrenzungsposten in Höhe der bereits erbrachten Vorleistung gebildet und über 20 Jahre abgeschrieben. Ein passiver Rechnungsabgrenzungsposten wird in diesem Modell nicht benötigt, da aus Vereinfachungsgründen von keiner erheblichen Sanierungsleistung am Ende der Vertragslaufzeit ausgegangen wird.

Die Ertragsteuern (Körperschaftsteuer und Solidaritätszuschlag sowie Gewerbesteuer) werden in beiden Varianten gleichermaßen ermittelt. Die Gewerbesteuer wird mit Hilfe der Divisor-Methode bestimmt, wobei von einer einheitlichen Steuermesszahl von 5% und einem Hebesatz von 430% ausgegangen wird. Die Gewerbesteuer ist als Aufwand gewinnmindernd zu verbuchen und verringert somit die Bemessungsgrundlage der Körperschaftsteuer.

Sowohl in der Modellvariante Typenkombinationsvertrag als auch beim Vertrag mit einheitlichem Vertragsgegenstand ist die komplette Vorsteuer voll abzugsfähig. Dem Grundsatz der Soll-Besteuerung folgend, fällt im Rahmen des Typenkombinationsvertrages die Umsatzsteuer auf die Werkleistung mit deren Erbringung nach Abnahme des Werkes in voller Höhe an. Die Betreiberleistung wird prorätierlich besteuert, die Finanzierungsleistung ist umsatzsteuerfrei. Bei dem Vertrag mit einheitlichem Vertragsgegenstand ist das gesamte einheitliche Entgelt umsatzsteuerpflichtig.

Beratergruppe – „PPP im öffentlichen Hochbau“

Die wesentlichen Annahmen des Modells werden in folgender Tabelle dargestellt:

Projektdaten:		
Laufzeit PPP-Vertrag		20 Jahre
<i>Sanierungsbeginn</i>		01.01.2004
<i>Sanierungsende</i>		31.12.2004
<i>Betriebsbeginn</i>		01.01.2004
<i>Betriebsende</i>		31.12.2023
Bau / Sanierung:		
Sanierungskosten		1.000,00 €
<i>Eigenleistung</i>		60%
<i>Fremdleistung</i>		40%
Gewinn		180,00 €
Förderung - netto		1.180,00 €
Umsatzsteuer		188,80 €
Betrieb:		
Entgelte für Betreiberleistungen (operativ)		70,00 €
Betreiberaufwand		64,00 €
<i>Eigenleistung</i>		60%
<i>Fremdleistung</i>		40%
		38,40 €
		25,60 €
	p.a. - 1. Betriebsjahr, danach jährliche Preisanpassung	
Finanzierung:		
Kapital-Verhältnis		
Eigenkapital		20%
Fremdkapital		80%
a) Gewinnrealisierung in To		
Eigenkapital		245,63 €
<i>Verzinsung</i>		13,0%
Fremdkapital		982,53 €
<i>Zinssatz</i>		5%
GESAMTKAPITAL		1.228,16 €
	WACC	6,60%
b) Gewinnrealisierung pro rata temporis		
Eigenkapital		194,86 €
<i>Verzinsung</i>		13,0%
Fremdkapital		779,42 €
<i>Zinssatz</i>		5%
GESAMTKAPITAL		974,28 €
	WACC	6,60%
Forderungsverzinsung - "Marktüblich"		6,6%
Liquiditätsreserve		10,00 €
Guthabenzins		3%
Steuern:		
Umsatzsteuer		16%
Körperschaftsteuer		25%
Solidaritätszuschlag		5,50%
Gewerbsteuer		
<i>Steermesszahl</i>		5%
<i>Hebesatz</i>		430%
Sonstiges:		
Dividende - Ausschüttung		100,00%
Diskontierungszins (Refinanzierungszins öffentliche Hand)		4,30%
Eskalator (Inflation)		2%
RAP-Abschreibung		20 Jahre

8.5.1.2 Ergebnisse

Im Folgenden sind zunächst die Barwerte der von der öffentlichen Hand zu leistenden Entgeltzahlungen für Sanierung, Betrieb und Finanzierung dargestellt, die, um ceteris paribus Bedingungen zu erfüllen, einheitlich angesetzt worden sind.

Allg. Projektdaten:	a) Gewinnrealisierung in To		b) Gewinnrealisierung pro rata temporis	
	Netto-barwert		Netto-barwert	
Entgeltströme (Cashflow-Rechnung):				
Entgelte für Sanierungsleistungen (Forderung)	714,87 €	<i>einheitliches Leistungsentgelt</i>	714,87 €	
Entgelte für Finanzierungsleistungen (Zins)	713,93 €		713,93 €	
Entgelte für Betreiberleistungen (operativ)	1.095,04 €		1.095,04 €	
Netto - Angebotspreis	2.523,83 €		2.523,83 €	
Verhältnis - Barwerte				
Sanierungsleistung	28%	<i>einheitliches Leistungsentgelt</i>	28%	
Finanzierung	28%		28%	
<i>Summe</i>	57%		57%	
Betreiberleistung	43%		43%	
Gesamt	100%		100%	

Die Umsatzsteuerbelastung wird mit Refinanzierungskosten der öffentlichen Hand abdiskontiert, da diese Betrachtung die Sichtweise der öffentlichen Hand widerspiegelt.

Sichtweise öffentl. Hand:	a) Gewinnrealisierung in To		b) Gewinnrealisierung pro rata temporis	
	Barwert Vorsteuer (voll abzugsfähig)	125,44 €		125,44 €
Barwert Umsatzsteuer - TOTAL - Zahllast öffentl. Hand	289,58 €		403,81 €	
Barwert Entgelt für USt - Sanierungsleistung	114,38 €	<i>einheitliches Leistungsentgelt</i>	114,38 €	
Barwert Umsatzsteuer - Betreiberleistung	175,21 €		175,21 €	
Barwert Umsatzsteuer - Finanzierung	0,00 €		114,23 €	
Barwert Zinsbelastung auf Umsatzsteuer	114,23 €		0,00 €	
Brutto - Angebotspreis	2.927,64 €		2.927,64 €	

Bei einem Vergleich der ertragsteuerlichen Belastung (Barwerte) der beiden Vertragsvarianten lässt sich bei dem Typenkombinationsvertrag auf Grundlage der getroffenen Annahmen eine deutlich höhere Belastung des Privaten feststellen. Diese Diskrepanz lässt sich in erster Linie auf die divergierenden Gewinnrealisierungszeitpunkte zurückführen. Während bei dem Typenkombinationsvertrag eine Gewinnrealisierung der Sanierungsleistung in T_0 erfolgt, wird bei einem Vertrag mit einheitlichem Leistungsgegenstand (Vertrag sui generis), der wirtschaftlichen Realität folgend, der Gewinn prorätierlich erfolgswirksam verbucht. Im

Beratergruppe – „PPP im öffentlichen Hochbau“

zweiten Fall wirkt sich die Auflösung des Rechnungsabgrenzungspostens erfolgsmindernd und damit ertragsteuerreduzierend aus.

<i>Sichtweise Privater:</i>	a) Gewinnrealisierung in To	b) Gewinnrealisierung pro rata temporis
Barwert des Gesamtertrages nach Steuern	330,32 €	241,58 €
Barwert der Ertragsteuern	255,34 €	189,25 €
Abweichung der Ertragsteuerbelastung	34,9%	<i>Benchmark</i>
Eigenkapitalrendite	12,38%	14,79%
<i>Erforderliche Eigenkapitalverzinsung</i>	13,00%	13,00%
	-0,62%	1,79%
Eingesetztes Kapital zu Beginn	1.228,16 €	974,28 €
Eigenkapital	245,63 €	194,86 €
Fremdkapital	982,53 €	779,42 €

Die Ertragsteuerbelastung wird mit dem WACC des Privaten abdiskontiert, da dieser die Ertragsteuern refinanzieren muss. Die Eigenkapitalrendite wurde auf Basis ausgeschütteter Cash-Flows berechnet.

Wie aus oben abgebildeter Tabelle ersichtlich, liefert das Projekt, wenn es auf Basis eines Vertrages mit einheitlichem Vertragsgegenstand umgesetzt wird, eine höhere Eigenkapitalrendite. Der Private wird also bei einem Typenkombinationsvertrag sein Angebotspreis erhöhen, um seine angestrebte Eigenkapitalrendite (von hier 13%) trotz höherer Ertragsteuerbelastung realisieren zu können, während er bei einem einheitlichen Vertragsgegenstand (Vertrag sui generis) noch eine zusätzliche Marge von 1,79% für Preissenkungen nutzen kann. Die Brutto-Angebotspreise, die bei den beiden Varianten anzusetzen sind, um eine Eigenkapitalrendite von 13% zu erzielen, fallen, je nachdem, ob eine Anpassung über den kalkulierten Preis für die Sanierungsleistung oder denjenigen der Betreiberleistung erfolgt, unterschiedlich aus:

<i>Vergleichsrechnung:</i>	a) Gewinnrealisierung in To	b) Gewinnrealisierung pro rata temporis	<i>Abweichung</i>
Brutto- Angebotspreis bei Eigenkapitalrendite von 13%			
Bei Anpassung über Baupreis	2.969,78 €	2.853,20 €	4,09%
Bei Anpassung über Betreiberentgelt	2.962,12 €	2.853,20 €	3,95%

In diesem Beispiel ist davon auszugehen, dass die Eigenkapitalrentabilität des Vertrages mit einheitlichem Vertragsgegenstand noch signifikant höher wäre, wenn der gesamte Kassen-

bestand ausgeschüttet werden könnte. Wir haben jedoch ein Finanzierungsverhältnis Eigenkapital zu Fremdkapital von 20 zu 80 über die gesamte Vertragslaufzeit unterstellt.

8.5.2 Umsatzsteuerliche Auswirkungen verschiedener Vertragsmodelle

Im Rahmen der nachfolgenden Rechnungen werden in einem weiteren Modellfall die konventionelle Beschaffungsvariante und 5 PPP-Vertragstypen modelliert und deren modelltypischen vor- und umsatzsteuerlichen Auswirkungen auf den Brutto-Angebotspreis eines Privaten für einen PPP-Vertrag gegenüber gestellt. Ziel ist die Bestimmung der umsatzsteuerlichen Einflüsse auf den Brutto-Angebotspreis ausgehend von identischen Netto-Preisen.

8.5.2.1 Modellierte Vertragsmodelle

Dargestellt werden insgesamt sechs vereinfachte Grundvarianten, die auf den im Weiteren beschriebenen Grundannahmen basieren.

8.5.2.1.1 Konventionelle Beschaffung

Die konventionelle Beschaffungsvariante stellt den Referenzfall dar. Es wird lediglich der Bau von einem Privaten erstellt, alle sonstigen Betreiberleistungen werden intern von der öffentlichen Hand erbracht. Nach Abnahme der Werkleistung kommt es zu einer definitiven Belastung von 16% auf die erbrachte Werkleistung. Der Betrieb führt aufgrund der Annahme, dass keine Fremdleistungen eingekauft werden, mit Ausnahme des Materialbezugs der öffentlichen Hand für ihre eigene interne Leistungserstellung zu keiner Mehrbelastung aus Umsatzsteuer.

8.5.2.1.2 Variante 1 - angelehnt an Typenkombinationsvertrag Vertragsmodell IV

Der Private erbringt in Variante 1 auf einem Grundstück der öffentlichen Hand eine Sanierungsleistung. Diese Werklieferung wird bei Abnahme mit 16% Umsatzsteuer belastet. Die Werklohnforderung wird marktüblich wie ein Darlehen prorätierlich verzinst. Die Zinszahlungen sind nach § 4 Nr. 8 a UStG umsatzsteuerfrei. Weiterhin betreibt der Private die Immobilie. Diese Betreiberleistung ist ebenfalls mit 16% Umsatzsteuer pro rata temporis zu besteuern.

8.5.2.1.3 Variante 2 - angelehnt an Typenkombinationsvertrag Vertragsmodell I

Der Private erstellt in Variante 2 auf seinem eigenen Grundstück eine Immobilie und liefert diese nebst Grund und Boden nach Abnahme an die öffentliche Hand. Zu diesem Zeitpunkt geht das wirtschaftliche Eigentum auf die öffentliche Hand über. Aufgrund des schuldrechtli-

chen Vertrages über die Übertragung des Grundstücks liegt ein Grunderwerbsteuerbarer Vorgang vor. Folglich ist die Lieferung gem. § 4 Nr. 9 a UStG umsatzsteuerfrei. Auf Material und bezogene Fremddienstleistungen im Rahmen der Bauwerkserstellung fällt für den Privaten Umsatzsteuer an, die er nicht als Vorsteuer geltend machen kann. Die Grunderwerbsteuer in Höhe von 3,5% ist am Ende der Vertragslaufzeit bei Übertragung des zivilrechtlichen Eigentums auf den vollen Kaufpreis (da Ratenkauf) zu entrichten. Die Kaufpreisforderung wird marktüblich wie ein Darlehen prorätierlich verzinst. Diese Zinszahlungen sind gemäß § 4 Nr. 8 a UStG umsatzsteuerfrei. Die Betreiberleistungen sind pro rata temporis mit 16% Umsatzsteuer zu belasten.

8.5.2.1.4 Variante 3 - angelehnt an Typenkombinationsvertrag Vertragsmodell II mit wirtschaftlichem Eigentum bei der öffentlichen Hand

Der Private erstellt in Variante 3 eine Immobilie auf seinem eigenen Grundstück und stellt diese während einer festen Grundmietzeit der öffentlichen Hand zur Verfügung, wobei der öffentlichen Hand eine Kaufoption zu einem festen Preis (Restwert) eingeräumt wird. Es handelt sich um Spezial-Leasing. Demzufolge ist der öffentlichen Hand das wirtschaftliche Eigentum gemäß der Leasing-Erlasse zuzurechnen. Umsatzsteuerlich liegt in diesem Fall eine Lieferung vor. Wir gehen davon aus, dass zu Vertragsbeginn kein Grunderwerbsteuerbarer Vorgang vorliegt. Grunderwerbsteuer fällt jedoch an, wenn am Ende der Vertragslaufzeit die Kaufoption wahrgenommen wird. Dies führt zu einer kumulativen Doppelbelastung mit Umsatzsteuer und Grunderwerbsteuer. Die Werklohnforderung wird marktüblich wie ein Darlehen prorätierlich verzinst. Die Zinszahlungen sind gem. § 4 Nr. 8 a UStG umsatzsteuerbefreit. Die Betreiberleistungen unterliegen der Umsatzsteuer pro rata temporis.

8.5.2.1.5 Variante 4 - angelehnt an einheitlichen Vertrag (Vertrag sui generis) für Vertragsmodelle I & IV

Aufgrund der Erbringung einer einheitlichen Leistung und der zeitraumbezogenen Bereitstellung einer Funktionalität entsteht in Variante 4 die Umsatzsteuer pro rata temporis auf das Leistungsentgelt.

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

In Variante 5 wird die Immobilie zunächst vermietet. Zum Ende der Vertragslaufzeit wird sie dann an die öffentliche Hand übertragen. Die Vermietung und Verpachtung eines Grund-

stücks ist gemäß § 4 Nr. 12 a UStG von der Umsatzsteuer befreit. Umsatzsteuerlich gehören zur Vermietung und Verpachtung auch die Instandhaltung und Instandsetzung, die in diesem Zusammenhang unselbständige Nebenleistungen darstellen. Aus diesem Grund ist die Umsatzsteuer auf die zur Erbringung dieser Leistungen angefallenen Material- und Fremddienstleistungskosten nicht als Vorsteuer abzugsfähig. Die übrigen Betreiberleistungen (weiteres Facility Management und sonstige Dienstleistungen) sind pro rata temporis mit Umsatzsteuer belastet. Um die Vergleichbarkeit mit anderen PPP-Varianten herzustellen, wird angenommen, dass die öffentliche Hand am Ende der Vertragslaufzeit die Immobilie zum Verkehrswert (bei Vertragsmodell III) bzw. Restwert (bei Vertragsmodell II) erwirbt. Am Ende der Vertragslaufzeit liegt somit ein Grunderwerbsteuerbarer Vorgang vor. Die Grunderwerbsteuer in Höhe von 3,5% wird zu diesem Zeitpunkt auf den Verkehrswert bzw. Restwert erhoben. Im Modell nehmen wir an, dass der nach Abzug der vorzunehmenden Abschreibungen ermittelte Restwert der Verkehrswert bzw. Restwert darstellt.

8.5.2.2 Allgemeine Modellannahmen

Abgebildet wird sowohl in den 5 PPP-Modellvarianten, bei denen die Leistungserstellung durch den Privaten erfolgt, als auch bei der konventionellen Beschaffung durch die öffentliche Hand eine zweijährige Bau- bzw. Sanierungsphase mit anschließend 20 Jahren Betrieb. Die wichtigsten Annahmen werden im Folgenden zusammengefasst:

Projektdaten:		
Laufzeit Betreibervertrag	20	Jahre
Bauzeit	2	Jahre
<i>Bau-, Sanierungsbeginn</i>	01.01.2004	
<i>Bau-, Sanierungsende</i>	31.12.2005	
<i>Betriebsbeginn</i>	01.01.2006	
<i>Betriebsende</i>	31.12.2025	
Bauphase:		
Angebotspreis - netto	1.500 €	
Investitionskosten	1.200 €	
Gewinn	300 €	
zzgl. Umsatzsteuer	240 €	
Bau-, Sanierungskosten	80%	des Angebotspreises - netto
Gewinn	20%	des Angebotspreises - netto
Betriebsphase:		
Betreiberentgelt	110 €	p.a.
Betreiberkosten	88 €	p.a.
Gewinn	22 €	p.a.
Angaben für 1. Jahr, danach eskaliert (Inflation).		

Das Modell basiert auf Bau- und Sanierungskosten von 1200 € und Betreiberentgelten, die von einem Barwert-Verhältnis Bau inklusive Finanzierung zu Betrieb von 50:50 ausgehen. Diese Annahmen sind, um ceteris paribus Bedingungen zu erfüllen, für alle Varianten identisch. Darüber hinaus ist die Finanzierungsstruktur ebenfalls in allen Rechnungen gleich. Das Verhältnis Eigen- zu Fremdkapital beträgt 20 zu 80.

Was die Wertschöpfungskette für die Erbringung der Bau- und Sanierungs- sowie der einzelnen Betreiberleistungen anbetrifft, haben wir hinsichtlich der Höhe der bezogenen Fremddienstleistungen und des Materialbezugs (Vorsteuer fällt an) und des eigenen Personaleinsatzes (keine Vorsteuer) jeweils unterschiedliche Annahmen getroffen.

Kosten in der Bauphase teilen sich in:	
<i>Material</i>	20%
<i>Fremddienstleistungen</i>	40%
<i>Personal</i>	40%
Kosten in der Betriebsphase teilen sich in:	
Instandhaltung	30%
Facility Management	50%
Sonst. Dienstleistungen	20%
Instandhaltung	
<i>Material</i>	20%
<i>Fremddienstleistungen</i>	30%
<i>Personal</i>	50%
Facility Management	
<i>Material</i>	10%
<i>Fremddienstleistungen</i>	30%
<i>Personal</i>	60%
Sonst. Dienstleistungen	
<i>Material</i>	20%
<i>Fremddienstleistungen</i>	30%
<i>Personal</i>	50%

Der Diskontierungssatz zur Ermittlung der Steuer-Barwerte für die öffentliche Hand wurde mit 4,3% angesetzt. Die aus der Investitionsphase resultierenden Forderungen aus Bau- bzw. Sanierungsleistungen werden gegenüber der öffentlichen Hand marktüblich mit 6,6% p.a. prorätierlich verzinst.

Dabei sind wir davon ausgegangen, dass es nicht zu einer Forfaitierung einer einreddefreien Forderung kommt und stattdessen der Private seine eigenen Refinanzierungskosten, die auch einen Risikoaufschlag beinhalten, an die öffentliche Hand weitergibt.

Finanzierung:	
Forderungsverzinsung - "Marktüblich"	6,6%
Liquiditätsreserve	10,00 €
Gesamtkapitalbedarf	1.350,00 €
Eigenkapital	20%
Eingezahltes EK	270 €
Verzinsung EK	13%
Fremdkapital	80%
Aufgenommenes FK	1.080 €
Verzinsung FK	5,0%
Kapitalbedarf in:	
2004	330 €
2005	750 €
Steuern:	
Umsatzsteuer	16%
Körperschaftsteuer	25%
Solidaritätszuschlag	5,5%
Gewerbsteuer	
<i>Steuermesszahl</i>	5%
<i>Hebesatz</i>	430%
Grunderwerbsteuer	3,5%
Sonstiges:	
Eskalator	2%
Diskontierungszins (Refinanzierungszins öffentliche Hand)	4,3%

8.5.2.3 Ergebnisse

Aufbauend auf der Modellierung der oben beschriebenen Vertragstypen wird zunächst nach der grundsätzlich gleichen Methode, wie am Beispiel der ertragsteuerlichen Analyse der unterschiedlichen Ausgestaltungen des Vertragsmodells IV dargestellt, für alle Modellvarianten ein gleich hoher Netto-Angebotspreis ermittelt.

Sodann werden entsprechend der modellierten Vertragsmodelle die Bestandteile der Umsatzsteuer auf bezogene Leistungen, für die der Private nicht vorsteuerabzugsberechtigt ist und die daher vom Privaten in seinem Angebotspreis der öffentlichen Hand weiterbelastet werden, sowie die gegenüber der öffentlichen Hand direkt in Rechnung gestellte Umsatzsteuer und eine ggf. anfallende Grunderwerbsteuer ermittelt. Diese Komponenten müssen als Barwert (mit dem Diskontierungsfaktor der öffentlichen Hand) auf den Netto-Angebotspreis addiert werden, um den von der öffentlichen Hand zu finanzierenden Brutto-

Angebotspreis zu bestimmen. Folglich haben die umsatzsteuerlichen Charakteristika der verschiedenen Vertragstypen signifikanten Einfluss auf die Kosten, die der öffentlichen Hand durch ihre Realisierung entstehen.

Die nicht als Vorsteuer abzuziehende Umsatzsteuer fällt zum einen bei der konventionellen Beschaffung auf Materialkosten im Rahmen der Betreiberleistungen an. Darüber hinaus ist sie bei den Varianten 2 und 5 von Bedeutung.

Die gegenüber der öffentlichen Hand in Rechnung gestellte Umsatzsteuer und die Grunderwerbsteuer wird, wie in den Modellbeschreibungen erläutert, berechnet. Zu beachten ist, dass die Bestandteile der Umsatzsteuer (Entgelte für Bau-, Finanzierungs- und Betreiberleistungen) bei dem Vertrag sui generis und der Vermietung nur der Anschaulichkeit halber auch einzeln dargestellt sind, um die Unterschiede zu den verschiedenen Varianten des Typenkombinationsvertrages aufzuzeigen. Die Steuer wird in diesen beiden Fällen auf das einheitliche Leistungsentgelt bzw. auf die Vermietungsleistung (wobei es sich um einen steuerbefreiten Umsatz handelt) erhoben. Der Barwert, der sich aus den dargestellten steuerlichen Belastungen ergibt, ist in der oben abgebildeten Tabelle dargestellt.

Der Brutto-Angebotspreis wird als Summe aus Netto-Angebotspreis, Umsatzsteuer, die nicht als Vorsteuer abzugsfähig ist, der öffentlichen Hand gegenüber direkt in Rechnung gestellte Umsatzsteuer und Grunderwerbsteuer bestimmt. Auf diesem Ergebnis aufbauend haben wir die Angebotspreisabweichungen der einzelnen Vertragsvarianten von der konventionellen Beschaffung als Benchmark ermittelt. Die Verteuerungen sind v.a. auf umsatzsteuerliche Ungleichbehandlungen der Vertragsmodelle zurückzuführen:¹³⁶⁷

¹³⁶⁷

Die Grunderwerbsteuer wurde in die Betrachtung mit einbezogen, da sie, wie in der Untersuchung dargestellt, über § 4 Nr. 9 a UStG in enger Beziehung zur Umsatzsteuer steht. In der vorliegenden steuerlichen Untersuchung haben wir für die Grunderwerbsteuer jedoch ansonsten grundsätzlich keine Wettbewerbsverzerrungen identifiziert.

Beratergruppe – „PPP im öffentlichen Hochbau“

Umsatzsteuerliche Effekte (ohne Ertragssteuer)								
Allg. Projektdaten:		Konventionelle Beschaffung	Variante 1 - Typenkombinationsvertrag VM IV	Variante 2 - Typenkombinationsvertrag VM I	Variante 3 - Typenkombinationsvertrag VM II (Spezial-Leasing)	Variante 4 - Einheitslicher Vertrag - VM I & IV	Variante 5 - Miete/Leasing mit Kaufoption - VM II und III	
Entgeltströme (Cashflow-Rechnung):		Nettoarwert	Nettoarwert	Nettoarwert	Nettoarwert	Nettoarwert	Nettoarwert	
Entgelte für Bau-, Sanierungs-, Vermietungsleistungen		835,35 €	835,35 €	835,35 €	835,35 €	<i>einheitliches Leistungs-entgelt</i>	835,35 €	1.612,42 €
Entgelte für Finanzierungsleistungen		834,24 €	834,24 €	834,24 €	834,24 €		834,24 €	558,04 €
Entgelte für Betreiberleistungen		1.669,59 €	1.669,59 €	1.669,59 €	1.669,59 €	<i>einheitliches Leistungs-entgelt</i>	1.669,59 €	1.168,71 €
Netto - Angebotspreis		3.339,18 €	3.339,18 €	3.339,18 €	3.339,18 €		3.339,18 €	3.339,18 €
Verhältnis - Barwerte								
Sanierungsleistung		25,0%	25,0%	25,0%	25,0%	<i>einheitliches Leistungs-entgelt</i>	25,0%	33,3%
Finanzierung des Baus		25,0%	25,0%	25,0%	25,0%		25,0%	16,7%
<i>Summe</i>		50,0%	50,0%	50,0%	50,0%	<i>einheitliches Leistungs-entgelt</i>	50,0%	50,0%
Betreiberleistung		50,0%	50,0%	50,0%	50,0%		50,0%	50,0%
Gesamt		100%	100%	100%	100%	100%	100%	
Sichtweise öffentl. Hand:								
		Konventionelle Beschaffung	Variante 1 - Typenkombinationsvertrag VM IV	Variante 2 - Typenkombinationsvertrag VM I	Variante 3 - Typenkombinationsvertrag VM II	Variante 4 - Einheitslicher Vertrag - VM I & IV	Variante 5 - Miete mit Kaufoption - VM III	
Barwert nicht-abzugsfähiger Vorsteuer, anbotserhöhend		0,00 €	0,00 €	107,72 €	0,00 €	0,00 €	139,77 €	
Barwert Umsatzsteuer - TOTAL - Zahllast öffentl. Hand		165,71 €	400,79 €	267,13 €	400,79 €	534,27 €	186,99 €	
Barwert Umsatzsteuer - Sanierungsleistung		133,66 €	133,66 €	0,00 €	133,66 €	<i>einheitliches Leistungs-entgelt</i>	133,66 €	0,00 €
Barwert Umsatzsteuer - Betreiberleistung		0,00 €	267,13 €	267,13 €	267,13 €		267,13 €	186,99 €
Barwert Umsatzsteuer - Materialbezug öffentliche Hand		32,06 €	0,00 €	0,00 €	0,00 €	<i>einheitliches Leistungs-entgelt</i>	0,00 €	0,00 €
Barwert Umsatzsteuer - Finanzierung		0,00 €	0,00 €	0,00 €	0,00 €		133,48 €	0,00 €
Barwert Zinsbelastung auf Umsatzsteuer		133,48 €	133,48 €	0,00 €	133,48 €	0,00 €	0,00 €	
Grunderwerbsteuer		0,00 €	0,00 €	20,79 €	12,36 €	0,00 €	12,36 €	
Brutto - Angebotspreis		3.638,37 €	3.873,45 €	3.734,82 €	3.885,81 €	3.873,45 €	3.678,31 €	
Abweichung der Brutto-Angebotspreise von dem Preis der konventionellen Beschaffung aufgrund steuerlicher Einflüsse		Benchmark	6,46%	2,65%	6,80%	6,46%	1,10%	

Alle PPP-Realisierungsvarianten verursachen bei der öffentlichen Hand im Hinblick auf die Umsatzsteuer zumindest geringfügig höhere Beschaffungskosten. Dies erklärt sich insbesondere vor dem Hintergrund der umsatzsteuerbefreiten Beschaffung interner Leistungen bei der öffentlichen Hand, stellt aber in dieser Form eine ernsthafte Wettbewerbsverzerrung alternativer Beschaffungsvarianten dar (vgl. Kap. 8.4.2).

Bei dem Vergleich der verschiedenen PPP-Vertragsformen und deren umsatzsteuerlicher (und damit in Verbindung stehender grunderwerbsteuerlicher) Belastung sind die umsatzsteuerbefreite Werklieferung gemäß Vertragsmodell I und die umsatzsteuerbefreite Miete mit Kaufoption bei Vertragsmodell III vorteilhaft. Bei den beiden Varianten 1 und 4, die Vertragsmodell IV abbilden, wird eine gleich hohe Belastung ermittelt. Die Barwertvorteile, die sich aus der prorätierlichen Belastung mit Umsatzsteuer ergeben, werden durch die Besteuerung der Finanzierungsleistung aufgehoben. Die höchste Belastung entsteht bei Vertragsmodell II mit einer ggf. auftretenden Doppelbelastung aus Umsatzsteuer und Grunderwerbsteuer.

9. Recht der öffentlichen Förderung

Vorhaben im öffentlichen Hochbau werden häufig nicht allein aus dem allgemeinen Haushalt des Vorhabenträgers finanziert, sondern zusätzlich auch durch zweckgebundene Mittel anderer Hoheitsträger gefördert. Die dabei in Betracht kommenden Arten der Förderung, die an der Förderung aktiv oder passiv Beteiligten, die Rechtsgrundlagen, die von einer öffentlichen Förderung erfassten Vorhaben, der Gegenstand der Förderung, die förderungsfähigen Kosten sowie die Finanzierungsarten sind vielfältig. Grundsätzlich kommen folgende Varianten in Betracht:

Hochbauvorhaben der öffentlichen Hand können im Wege von Zuwendungen, also unmittelbaren Zahlungen, auf die der Empfänger vor der Bewilligung keinen Anspruch hat, gefördert werden. Eine Förderung kann ferner durch besonders günstige Kredite staatlicher oder halbstaatlicher Banken erfolgen. Denkbar ist zudem, dass durch die Stellung von Bürgschaften die Finanzierung des Vorhabens auf dem privaten Kreditmarkt günstiger wird.

Fördergeber können alle Ebenen der staatlichen Gliederung sein, also vor allem Bund und Länder, gemeinsam und separat, die teilweise ihrerseits wieder auf EU-Mittel zurückgreifen können. Darüber hinaus ist es auch denkbar, dass die jeweilige kommunale Körperschaft (Gemeinden und Kreise) Vorhaben fördern. Empfänger der Förderung können sowohl die Verwaltungsträger sein, die eine Hochbaumaßnahme später nutzen wollen oder für ihre Errichtung verantwortlich sind, als auch der private Investor. Ferner ist denkbar, dass zunächst der zuständige Verwaltungsträger Fördermittel erhält (Erstempfänger) und dabei berechtigt ist, diese als Fördermittel (regelmäßig als Zuwendung) an den privaten Investor (Letztempfänger) auf der Grundlage eines Bewilligungsbescheids oder eines Zuwendungsvertrags weiter zu reichen.

Gegenstand der Förderung ist überwiegend die Investition in ein Vorhaben. Die Kosten der Nutzung oder des Betriebs sind schon viel seltener förderfähig. Eine funktionale Betrachtung (langfristige Nutzungsmöglichkeit durch die öffentliche Hand) ist bisher kaum Gegenstand der öffentlichen Förderung¹³⁶⁸.

Auch die Finanzierungsart unterscheidet sich von Fall zu Fall. Grundsätzlich wird unterschieden zwischen Vollfinanzierung, also Übernahme von 100% der Kosten, und Teilfinanzierung, letztere wiederum gliedert sich auf in Anteilsfinanzierung, also Förderung zu einer bestimmten Quote, Festbetragsfinanzierung, also Förderung mit festen und zahlenmäßig bestimmten

¹³⁶⁸ Anders die Schulbauförderung in Nordrhein-Westfalen. Siehe hierzu Kap. 9.3.2.

Betrag, und Fehlbetragsfinanzierung, also Förderung in dem Umfang, in dem der Zuwendungsempfänger die Kosten nicht durch andere Mittel decken kann¹³⁶⁹.

Die Förderung beruht zum Teil auf (bundes- oder landes-) gesetzlichen Grundlagen, die beispielsweise bei der Förderung des Hochschulbaus wiederum verfassungsrechtliche Vorgaben umsetzt. Überwiegend sind – vor allem im Bereich des Schul- und Krankenhausbaus – die landesgesetzliche Vorschriften nicht verfassungsrechtlich determiniert. Mehrheitlich beruhen Fördermöglichkeiten jedoch auf Richtlinien, also Verwaltungsvorschriften, deren Ermächtigungsgrundlagen allein §§ 23, 44 der jeweiligen Haushaltsordnungen sowie der Haushaltsplan sind. Ein allgemeines Recht der öffentlichen Förderung, gar ein "Subventionsgesetzbuch", gibt es nicht.

Die nachfolgenden Ausführungen sollen grundsätzliche Hinweise darauf geben, wie die öffentliche Förderung bei PPP-Vorhaben behandelt wird und wie Fördergrundlagen gegebenenfalls zu ändern sind, um die spezifischen Belange von PPP-Vorhaben im öffentlichen Hochbau zu berücksichtigen.

Vorhaben im öffentlichen Hochbau werden häufig nicht allein aus dem allgemeinen Haushalt des Vorhabenträgers finanziert, sondern zusätzlich auch durch zweckgebundene Mittel anderer Hoheitsträger gefördert. Die dabei in Betracht kommenden Arten der Förderung, die an der Förderung aktiv oder passiv Beteiligten, die Rechtsgrundlagen, die von einer öffentlichen Förderung erfassten Vorhaben, der Gegenstand der Förderung, die förderungsfähigen Ausgaben sowie die Finanzierungsarten sind vielfältig. Grundsätzlich kommen folgende Varianten in Betracht:

Hochbauvorhaben der öffentlichen Hand können im Wege von Zuwendungen, also unmittelbaren Zahlungen, auf die der Empfänger vor der Bewilligung keinen Anspruch hat, gefördert werden. Eine Förderung kann ferner durch besonders günstige Kredite staatlicher oder halbstaatlicher Banken erfolgen. Denkbar ist zudem, dass durch die Stellung von Bürgschaften die Finanzierung des Vorhabens auf dem privaten Kreditmarkt günstiger wird.

Fördergeber können alle Ebenen der staatlichen Gliederung sein, also vor allem Bund und Länder, gemeinsam und separat, die teilweise ihrerseits wieder auf EU-Mittel zurückgreifen können. Darüber hinaus ist es auch denkbar, dass die jeweilige kommunale Körperschaft (Gemeinden und Kreise) Vorhaben fördern. Empfänger der Förderung können sowohl die Verwaltungsträger sein, die eine Hochbaumaßnahme später nutzen wollen oder für ihre

¹³⁶⁹ Siehe Nr. 2.2 VV zu § 44 der Haushaltsordnungen.

Errichtung verantwortlich sind, als auch der private Investor. Ferner ist denkbar, dass zunächst der zuständige Verwaltungsträger Fördermittel erhält (Erstempfänger) und dabei berechtigt ist, diese als Fördermittel (regelmäßig als Zuwendung) an den privaten Investor (Letztempfänger) auf der Grundlage eines Bewilligungsbescheids oder eines Zuwendungsvertrags weiter zu reichen.

Gegenstand der Förderung ist überwiegend die Investition in ein Vorhaben. Die Ausgaben für die Nutzung oder den Betrieb sind schon viel seltener förderfähig. Eine funktionale Betrachtung (langfristige Nutzungsmöglichkeit durch die öffentliche Hand) ist bisher kaum Gegenstand der öffentlichen Förderung¹³⁷⁰.

Auch die Finanzierungsart unterscheidet sich von Fall zu Fall. Grundsätzlich wird unterschieden zwischen Vollfinanzierung, also Übernahme von 100% der Ausgaben, und Teilfinanzierung, letztere wiederum gliedert sich auf in Anteilsfinanzierung, also Förderung zu einer bestimmten Quote, Festbetragsfinanzierung, also Förderung mit festen und zahlenmäßig bestimmten Betrag, und Fehlbetragsfinanzierung, also Förderung in dem Umfang, in dem der Zuwendungsempfänger die Ausgaben nicht durch andere Mittel decken kann¹³⁷¹.

Die Förderung beruht zum Teil auf (bundes- oder landes-) gesetzlichen Grundlagen, die beispielsweise bei der Förderung des Hochschulbaus wiederum verfassungsrechtliche Vorgaben umsetzt. Überwiegend sind – vor allem im Bereich des Schul- und Krankenhausbaus – die landesgesetzliche Vorschriften nicht verfassungsrechtlich determiniert. Mehrheitlich beruhen Fördermöglichkeiten jedoch auf Richtlinien, also Verwaltungsvorschriften, deren Ermächtigungsgrundlagen allein §§ 23, 44 der jeweiligen Haushaltsordnungen sowie der Haushaltsplan sind. Ein allgemeines Recht der öffentlichen Förderung, gar ein "Subventionsgesetzbuch", gibt es nicht.

Die nachfolgenden Ausführungen sollen grundsätzliche Hinweise darauf geben, wie die öffentliche Förderung bei PPP-Vorhaben behandelt wird und wie Fördergrundlagen gegebenenfalls zu ändern sind, um die spezifischen Belange von PPP-Vorhaben im öffentlichen Hochbau zu berücksichtigen.

9.1 Begriffsbestimmungen

Unter dem Begriff der öffentlichen Förderung werden verschiedene Förderinstrumente zusammen gefasst. Hervorzuheben ist zunächst der Begriff der Zuwendungen, der eine

¹³⁷⁰ Anders die Schulbauförderung in Nordrhein-Westfalen. Siehe hierzu Kap. 9.3.2.

¹³⁷¹ Siehe Nr. 2.2 VV zu § 44 der Haushaltsordnungen.

gesetzliche Definition in §§ 23, 44 der jeweiligen Haushaltsordnungen erfährt. Danach sind Zuwendungen Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Leistungen an Stellen außerhalb des jeweiligen Zuwendungsgebers (Bund oder Land), auf die der Zuwendungsnehmer vor der Bewilligung keinen Anspruch hat. In diesem Sinne stehen Gemeinden außerhalb des Zuwendungsgebers Land¹³⁷². Nach dem Empfänger werden sie unterschieden in Zuschüsse an Private und Zuweisungen an Empfänger des öffentlichen Bereichs¹³⁷³. Der Gesamtbegriff der Zuwendung erstreckt sich sowohl auf nicht rückzahlbare Leistungen ("verlorene Zuschüsse") als auch auf unbedingt oder bedingt rückzahlbare Kredite¹³⁷⁴.

Öffentliche Sicherheiten wie Bürgschaften fallen nicht unter den Zuwendungsbegriff, sie unterliegen den Regelungen von § 39 der jeweiligen Haushaltsordnung.

9.2 Rechtsgrundlagen der öffentlichen Förderung

Wie bereits ausgeführt, sind die Rechtsgrundlagen für die öffentliche Förderung weit gestreut. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der vielfältigen Förderprogramme, die als Verwaltungsvorschrift ("Förderrichtlinien") erlassen werden. Darüber hinaus bestehen weitere spezialgesetzliche Grundlagen, die eine Förderung unmittelbar ermöglichen oder zum Erlass der Förderrichtlinien ermächtigen.

9.2.1 Allgemeine Regelung, §§ 23, 44 der Haushaltsordnungen

Soweit keine besondere gesetzliche Rechtsgrundlage besteht, beruhen Förderrichtlinien auf §§ 23, 44 der jeweiligen Haushaltsordnungen¹³⁷⁵. Danach können Zuwendungen gewährt werden, wenn der Zuwendungsgeber an der Erfüllung der geförderten Aufgabe ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendung nicht oder nicht in dem notwendigen Umfang befriedigt werden kann. Die Konkretisierung dieser Vorschrift erfolgt durch Verwaltungsvorschriften. Hierzu sind einmal allgemeine Verwaltungsvorschriften, vor allem die Verwaltungsvorschriften zu § 44 der jeweiligen Haushaltsordnungen, erlassen. Diese Verwaltungsvorschriften sehen beispielsweise vor, in die Bewilligungsbescheide als Nebenbestimmung die sogenannten "Allgemeinen Nebenbestimmungen für die Projektförderung – ANBestP"

¹³⁷² Müskens, der gemeindehaushalt 1999, 73 (73).

¹³⁷³ Zur Definition: Dommach, in: Heuer, Kommentar zum Haushaltsrecht, § 23 BHO Rn. 4; Müskens, der gemeindehaushalt 1999, 73 (73). Diese Terminologie wird jedoch bei den Förderrichtlinien sowie in der Literatur nicht immer stringent beachtet.

¹³⁷⁴ Müskens, der gemeindehaushalt 1999, 73 (73).

¹³⁷⁵ Abhängig vom Fördergeber entweder die Bundshaushaltsordnung oder die Landshaushaltsordnung. Die Vorschriften sind insoweit wortgleich.

aufzunehmen, welche wiederum Einzelheiten der Förderung, das Verfahren und weitere Bedingungen regeln. Sie gelten jedoch nicht unmittelbar, sondern sind von den Bewilligungsbehörden ausdrücklich in den Bewilligungsbescheid als Nebenbestimmung aufzunehmen.

Unbeschadet dessen steht den Zuwendungsgebern ein großer Gestaltungsspielraum zu bei der Bestimmung von Art und Umfang der Förderung, der geförderten Maßnahmen, der möglichen Zuwendungsempfänger und weiteren Einzelheiten. Dementsprechend variieren die Förderbedingungen von Förderprogramm zu Förderprogramm.

9.2.2 Hochschulbauförderung

Der Bereich der Hochschulbauförderung ist hingegen spezialgesetzlich in Art. 91a Abs. 1 Nr. 1 GG geregelt. Die Einzelheiten finden sich im Hochschulbauförderungsgesetz – HBFG¹³⁷⁶.

Die Finanzierung des Hochschulbaus ist Aufgabe der sogenannten Mischfinanzierung, bei der Bund und Länder eine Aufgabe gemeinsam finanzieren.

Die staatsrechtliche Ordnung der Bundesrepublik geht von dem Grundsatz aus, dass mit der Verwaltungskompetenz auch die Finanzierungskompetenz und –last zugewiesen ist¹³⁷⁷. Soweit also das Grundgesetz dem Bund oder den Ländern bestimmte Verwaltungsaufgaben zuweist, haben sie die mit der Erfüllung der Aufgaben verbundenen Ausgaben zu tragen. Umgekehrt ist es aber der jeweils anderen staatlichen Ebene verwehrt, Aufgaben zu finanzieren, für die sie nicht die Verwaltungskompetenz haben und damit auch nicht die Finanzierungslast tragen.

Ausnahmen sind nur zulässig, wenn und soweit sie das Grundgesetz ausdrücklich vorsieht, Art. 104a Abs. 1 GG¹³⁷⁸. So sieht das Grundgesetz an verschiedenen Stellen vor, dass Bund und Länder bestimmte einzelne Verwaltungs- und Finanzierungskompetenzen (und -lasten) gemeinsam wahrnehmen. Zu nennen sind insbesondere die Bestimmungen in Art. 104a

¹³⁷⁶ Vom 1. September 1969, BGBl. I, S. 1556, in der Fassung vom 10. November 2001, BGBl. I, S. 2992.

¹³⁷⁷ Ipsen, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. IV, § 98 Rn. 50; Blümel, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. IV, § 101 Rn. 7; von Arnim, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts Bd. IV, § 103 Rn. 41 ff.

¹³⁷⁸ Siehe hierzu auch Brockmeyer, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 104a Rn. 8.

Abs. 4, 91a und 91b GG¹³⁷⁹. Im Rahmen dieser Vorschriften können der Bund und die Länder bestimmte Vorhaben gemeinsam finanzieren.

Die Bereiche, die Gegenstand einer Mischfinanzierung sein können, sind abschließend in den Art. 91a, 91b, 104a GG aufgeführt. Diese Bestimmungen stellen auf unterschiedliche Regelungsbereiche ab. Gemäß Art. 104a Abs. 4 GG kann der Bund auf der Grundlage eines Gesetzes oder einer Verwaltungsvereinbarung aus gesamtwirtschaftlichen Gründen bedeutungsvolle Investitionen der Länder oder Kommunen (Gemeinden und Gemeindeverbände) fördern. Hingegen ist es dem Bund gemäß Art. 91a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GG eröffnet, im Rahmen der so genannten Gemeinschaftsaufgaben gezielt den „Ausbau und Neubau von Hochschulen und einschließlich der Hochschulkliniken“ zu fördern¹³⁸⁰. Art. 91b GG ermöglicht darüber hinaus die Zusammenarbeit und Kofinanzierung von Bund und Ländern im Hinblick auf – soweit für die Finanzierung von öffentlichen Hochbaumaßnahmen einschlägig – „Einrichtungen und Vorhaben der wissenschaftlichen Forschung von überregionaler Bedeutung“. Die Bereiche Schulen und sonstige Krankenhäuser¹³⁸¹ sind in den zitierten grundgesetzlichen Bestimmungen nicht erwähnt. Nach dem allgemeinen Grundsatz, dass der jeweilige Verwaltungsträger (hier also die Länder) die mit der Erfüllung dieser Aufgaben erforderlichen Ausgaben zu tragen haben, ist eine Kofinanzierung durch den Bund in diesen Bereichen deswegen nicht möglich.

Die Gemeinschaftsaufgabe nach Art. 91a Abs. 1 Nr. 1 GG erstreckt sich auf den "Ausbau und Neubau von Hochschulen einschließlich der Hochschulkliniken". Die Gemeinschaftsaufgabe verfolgt in dieser Hinsicht einen der Regelung in Art. 104a Abs. 4 GG vergleichbaren Ansatz. Nach dieser Bestimmung ist der Bund unter bestimmten Voraussetzungen ermächtigt, Investitionen der Länder und Kommunen finanziell zu fördern. Die Förderung des Betriebs einer Einrichtung oder der mit ihrer Nutzung verbundenen Ausgaben im Rahmen einer Kofinanzierung wird von diesen Bestimmungen nicht gedeckt¹³⁸². Wie noch zu zeigen ist, ergeben sich hieraus Konsequenzen für alternative Formen einer Realisierung solcher Vorhaben unter Einbeziehung.

¹³⁷⁹ Einen ersten Überblick bietet Goroncy, DVBl. 1970, 310 ff.

¹³⁸⁰ Die übrigen Fallformen in Art. 104a GG sind für den hier in Rede stehenden Bereich des öffentlichen Hochbaus nicht relevant.

¹³⁸¹ Also solche Krankenhäuser, die nicht Hochschulkliniken im Sinne von Art. 91a Abs. 1 Nr. 1 GG sind.

¹³⁸² Maunz, in: ders./Dürig, GG, Art. 104a Rn. 43.

9.2.3 Schulbauförderung

Ebenso wie die Hochschulbauförderung beruht die Schulbauförderung der Länder regelmäßig auf einer gesetzlichen Grundlage. Da Schulbau jedoch in die ausschließliche Kompetenz der Länder fällt und nicht Gegenstand einer Gemeinschaftsaufgabe ist, fehlt es an einer bundeseinheitlichen Regelung. Der Bau und Ausbau von Schulen ist landesgesetzlich geregelt, überwiegend in den Finanzausgleichsgesetzen, die Leistungen des Staates an die Kommunen festlegen.

Die Schulbauförderung ist dabei regelmäßig als Zuweisung ausgestaltet. Sie ist also eine zweckgebundene Leistung des Landes an die Kommune, auf die kein Anspruch besteht. Im übrigen weisen die Fördersysteme starke Unterschiede auf.

Ergänzend zu den Anforderungen nach dem jeweiligen Finanzausgleichsgesetzen sind noch die haushaltsrechtlichen Maßgaben anzuwenden, also die Bestimmungen der §§ 23, 44 LHO sowie die jeweiligen allgemeinen Verwaltungsvorschriften zu diesen Bestimmungen¹³⁸³. Soweit es sich um eine Projektförderung handelt, sind auch die ANBestP zu beachten.

9.3 PPP und öffentliche Förderung

Bei den oben dargestellten Vertragsmodellen¹³⁸⁴ übernimmt der private Vorhabenträger die Finanzierung, die Planung und den Bau der öffentlichen Hochbauten. Im Gegenzug ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, dem Auftragnehmer ein laufendes Entgelt zu zahlen. In dieser Gegenleistung des öffentlichen Auftraggebers ist nicht nur der Investitions-Anteil und der Finanzierungs-Anteil, sondern auch der Nutzungs-Anteil enthalten¹³⁸⁵. Bei manchen Vertragsgestaltungen kommen zu den laufenden Entgeltzahlungen auch noch Zahlungen zu Beginn und/oder am Ende der Vertragsdauer hinzu. Zudem ist bei einigen Vertragsmodellen der Eigentumsübergang am Ende der Vertragslaufzeit bereits rechtlich vereinbart oder als Option für den Auftraggeber ausgestaltet¹³⁸⁶.

Die öffentliche Förderung von öffentlichen Hochbauten stellt im Gegensatz zu der einheitlichen Entgeltstruktur überwiegend darauf ab, dem öffentlichen Zuwendungsempfänger den

¹³⁸³ Für die nordrhein-westfälische Rechtslage Müskens, der gemeindehaushalt 1999, 73 (74).

¹³⁸⁴ Siehe Kap. 4.1.

¹³⁸⁵ Anteile für Dienstleistungen können im Zusammenhang mit der öffentlichen Förderung zunächst unberücksichtigt bleiben, sie sind grundsätzlich nicht förderfähig.

¹³⁸⁶ Siehe hierzu die Ausführungen bei der Diskussion des Einflusses der öffentlichen Förderung auf die einzelnen Vertragsmodelle unter Kap. 9.5.

Bau oder Ausbau, in manchen Fällen auch die Sanierung zu finanzieren. Gegenstand der Förderung ist jedenfalls eine einmalige Ausgabe des Zuwendungsempfängers. Den Aufwand für die Nutzung der Gebäude soll der öffentliche Zuwendungsempfänger hingegen aus seinem allgemeinen Haushalt zahlen. Hinzu kommt, dass der Zuwendungsgeber häufig daneben noch beabsichtigt, dem Zuwendungsempfänger beim Aufbau eines eigenen Vermögens zu unterstützen. So heißt es in einer Verwaltungsvorschrift aus Nordrhein-Westfalen¹³⁸⁷:

"Landeszuweisungen an Kommunen sollen unter anderem der kommunalen Vermögensbildung dienen. Die Förderung kommunaler Investitionen mit staatlichen Zuwendungen setzt daher grundsätzlich voraus, dass die Kommune Eigentümer des zu fördernden Projekts wird. (...)"

An diesem Beispiel wird deutlich, in welchem Spannungsfeld sich die öffentliche Förderung von PPP-Vorhaben befindet. Einerseits stellt die öffentliche Förderung typischerweise auf den Eigentumserwerb oder Übernahme von Baukosten ab, andererseits ist Kern von PPP-Modellen häufig die einheitliche Betrachtung von Investition und Nutzung eines Vorhabens über einen bestimmten Zeitraum, eine Betrachtung, die sich nicht zuletzt in der Entgeltstruktur widerspiegelt.

9.3.1 Hochschulbauförderung nach Art. 91a GG

Besonders intensiv ist dieses Spannungsverhältnis für die Hochschulbauförderung diskutiert worden¹³⁸⁸. Die Gemeinschaftsaufgabe nach Art. 91a Abs. 1 Nr. 1 GG erstreckt sich auf den "Ausbau und Neubau von Hochschulen einschließlich der Hochschulkliniken". Die Gemeinschaftsaufgabe verfolgt in dieser Hinsicht einen der Regelung in Art. 104a Abs. 4 GG vergleichbaren Ansatz. Nach dieser Bestimmung ist der Bund unter bestimmten Voraussetzungen ermächtigt, Investitionen der Länder und Kommunen finanziell zu fördern. Die Förderung des Betriebs einer Einrichtung oder der mit ihrer Nutzung verbundenen Ausgaben im Rahmen einer Kofinanzierung wird von diesen Bestimmungen nicht gedeckt¹³⁸⁹, da solche Nutzungsentgelte haushaltsrechtlich als Miete zu veranschlagen sind. Wie noch zu zeigen ist, ergeben sich hieraus Konsequenzen für alternative Formen einer Realisierung solcher Vorhaben unter Einbeziehung Privater.

¹³⁸⁷ Runderlass des Innenministeriums Nordrhein-Westfalen vom 9. Februar 1998, MBl. NW Nr. 16 vom 15. März 1998, S. 229.

¹³⁸⁸ Christen, Öffentliche Zuschüsse und Leasing, in: Kroll, Leasing-Handbuch für die öffentliche Hand, S. 285 (287 f.); Thieme, WissR 1998, 33 (33); Wlasak, Vor- und Nachteile des Leasing - Leasing und andere private Finanzierungsmodelle öffentlicher Infrastruktur aus der Sicht des Bundes, in: Kroll, Leasing-Handbuch für die öffentliche Hand, S. 170 (173).

¹³⁸⁹ Maunz, in: ders./Dürrig, GG, Art. 104a Rn. 43.

9.3.1.1 Förderfähige Vorhaben

Die Befugnis und der Verfassungsauftrag zur gemeinsamen Finanzierung des Neu- und Ausbaus von Hochschulen durch Bund und Länder wird abschließend in Art. 91a GG geregelt. Danach bestimmen die Länder und der Bund gemeinsam in einem Rahmenplan den Umfang der Gemeinschaftsaufgabe Hochschulbau. Die von diesem Rahmenplan erfassten Vorhaben finanzieren das Land und der Bund jeweils zu Hälfte, Art. 91a Abs. 4 Satz 1 GG. Neben den Hochschulen kann auch der Neu- und Ausbau der Hochschulkliniken entsprechend gefördert werden. Zu den Hochschulkliniken zählen nach umstrittener Auffassung auch Lehrkrankenhäuser, die nicht unmittelbar den Universitätskliniken angegliedert sind¹³⁹⁰. Auch insoweit sind jedoch allein Ausbau und Neubau, nicht hingegen der Betrieb förderfähig. In der Praxis werden allein die Mehrkosten gefördert, die durch die Lehrtätigkeit des Krankenhauses entstehen¹³⁹¹.

9.3.1.2 Förderfähige Maßnahmen

Nach dem Wortlaut von Art. 91a Abs. 1 Nr. 1 GG ist Gegenstand der Gemeinschaftsaufgabe der "Ausbau und Neubau von Hochschulen einschließlich der Hochschulkliniken". Nach stark verbreiteter Auffassung in der Literatur sind von dieser Vorschrift nur die Investitionen in die Sachanlagen (Bauinvestitionen und Beschaffungsinvestitionen¹³⁹²) der Hochschule von der Gemeinschaftsaufgabe erfasst. Der Finanzierungsbeitrag des Bundes soll nicht dafür verwendet werden dürfen, den Betrieb und den Unterhalt der Hochschule zu bestreiten¹³⁹³.

Demgegenüber lässt Art. 91b GG bei der gemeinsamen Finanzierung von bestimmten Forschungseinrichtungen¹³⁹⁴ auch die Mitfinanzierung des Betriebs solcher Einrichtungen zu¹³⁹⁵. Gemäß Art. 91b GG wirken der Bund und die Länder auch bei der Förderung von Einrichtungen und Vorhaben der wissenschaftlichen Forschung von überregionaler Bedeutung zusammen. Im Gegensatz zu der Förderung des Hochschulbaus im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe nach Art. 91a GG legt das Grundgesetz insoweit jedoch nicht die Quoten der jeweiligen Kostentragung fest, sondern überlässt sie einer Vereinbarung zwi-

¹³⁹⁰ Maunz, in: ders./Dürig, GG, Art. 91a Rn. 31; vgl. hierzu auch Anhang 11 zum 32. Rahmenplan für den Hochschulbau vom 20. September 2002.

¹³⁹¹ Interne Stellungnahme des BMBF vom 11.7.2003.

¹³⁹² Heun, in: Dreier, GG, Art. 91a Rn. 15.

¹³⁹³ Pieroth, in: Jarass/ders., GG, Art. 91a Rn. 3; Stern, Staatsrecht II, § 41 VIII 3 a).

¹³⁹⁴ Beispielsweise der Max-Planck-Gesellschaft, der Fraunhofer-Gesellschaft etc., Nachweise bei Brockmeyer, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 91b Rn. 6.

¹³⁹⁵ Maunz, in: ders./Dürig, GG, Art. 91b Rn. 30, 42; Heun, in: Dreier, GG, Art. 91b Rn. 13.

schen den Beteiligten. Bei der Forschungsförderung können die Beteiligten auch die Förderung von Gesamtvorhaben einschließlich des Betriebs vereinbaren¹³⁹⁶.

Im Rahmen von Art. 91a Abs. 1 GG ist – neben der Förderfähigkeit des Betriebs von Hochschuleinrichtungen – auch die Frage diskutiert worden, ob Leasing-Modelle im Hochschulbau förderfähig sind. Die einschlägige Literatur hatte überwiegend angenommen, dass Leasing-Modelle im Hochschulbau nicht förderfähig seien¹³⁹⁷.

Demgegenüber hatte bereits Heun darauf hingewiesen, dass die mehrheitliche Auffassung in der Literatur nicht überzeuge¹³⁹⁸. Ausgehend von der Trennung zwischen den Kosten für Ausbau und Neubau, die Gegenstand der Gemeinschaftsaufgabe und damit auch der Kofinanzierung durch Bund und Länder sind, und den Folgelasten für den Betrieb, die nach der Verfassung allein die Länder finanzieren sollen, hält er es durchaus für möglich, auch Projekte im Wege des Leasings unter die Gemeinschaftsaufgabe zu fassen. Hierzu führt er aus:

"Kosten für den Aus- und Neubau umfassen nämlich neben den unmittelbaren Investitions- und Anschaffungskosten auch die Finanzierungskosten, so dass im Falle eines zwingend vorgeschriebenen späteren Erwerbs der vorfinanzierten Bauten sich der Bund sowohl durch eine Vorauszahlung von 50% des Investitionsteils als auch durch Erstattung von 50% des Investitionsteils der Raten bei Mietkauf, Ratenkauf oder des Leasings mit Erwerbsabsicht an den Ausgaben des Landes beteiligen kann."¹³⁹⁹

Nicht die rechtliche Struktur einer Baumaßnahme, sondern allein der Zweck des Mittelflusses sei entscheidend für die Frage, ob die Zahlung im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe Förderung des Neu- und Ausbaus von Hochschulen erfolge. Ob eine Investition konventionell als Planungs-, Grunderwerbs- und Baukosten anfallt oder im Rahmen einer Verwirklichung des Projekts als PPP-Modell über die Zeit mit bestimmten Raten abgegolten werde, mache verfassungsrechtlich keinen Unterschied. Ebenso sei es nach verfassungsrechtlichen

¹³⁹⁶ Maunz, in: ders./Dürig, GG, Art. 91b Rn. 30, 42; Schlegel, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 91b Rn. 21.

¹³⁹⁷ Maunz, in: ders./Dürig, GG, Art. 91a Rn. 33; Krüger, in: Sachs, GG, Art. 91a Rn. 9; Schlegel, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 91a Rn. 50. Insgesamt drängt sich bei der Behandlung dieses Themas in der älteren verfassungsrechtlichen Literatur der Eindruck auf, dass die Bedeutung dieser Frage nicht gesehen wird und daher eine intensive Auseinandersetzung mit diesem Thema nicht stattfindet.

¹³⁹⁸ Heun, in: Dreier, GG, Art. 91a Rn. 15.

¹³⁹⁹ Heun, in: Dreier, GG, Art. 91a Rn. 15. a.E.

Maßstäben unerheblich, wie eine Zahlung der öffentlichen Hand im Haushalt zu verbuchen ist¹⁴⁰⁰.

Auf die Besonderheiten von Leasing-Modellen im Hochschulbau in Folge der Regelungen in §§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7, Abs. 2, 12 HBFVG gehen wir unten näher ein¹⁴⁰¹.

9.3.1.3 Hochschulbauförderungsgesetz

Gemäß Art. 91a Abs. 2 GG sind die Einzelheiten der Gemeinschaftsaufgaben in einem Bundesgesetz zu bestimmen. Für die Gemeinschaftsaufgabe Ausbau und Neubau von Hochschulen und Hochschulkliniken gemäß Art. 91a Abs. 1 Nr. 1 GG hat der Bund diesen Regelungsauftrag im Hochschulbauförderungsgesetz (HBFVG) umgesetzt. § 3 Abs. 1 Satz 1 HBFVG bestimmt die Maßnahmen, die grundsätzlich förderfähig sind¹⁴⁰². Die Bestimmung lautet in der derzeit geltenden Fassung¹⁴⁰³:

- (1) Zum Ausbau und Neubau von Hochschulen gehören im Sinne dieses Gesetzes die Ausgaben für folgende Zwecke:
 1. Gesamtplanung, einschließlich der gesondert im Rahmenplan ausgewiesenen Vorstudien sowie Einzelplanungen, Ausgaben für die Gesamtplanung und die Vorstudien können auch dann berücksichtigt werden, wenn sich die Gesamtplanung auf neue Hochschulen oder Hochschuleinrichtungen bezieht, die noch nicht in die Anlage gemäß § 4 aufgenommen sind;
 2. Erwerb der für die einzelnen Bauvorhaben erforderlichen bebauten und unbebauten Grundstücke, einschließlich der Kosten für ihre Freimachung; die Grundstücksfläche ist nach dem zulässigen Maß der baulichen Nutzung zu bemessen; bei nicht erschlossenem Bauland werden zusätzlich höchstens 25 von Hundert der Grundstücksfläche als Erschließungsteil für öffentliche Straßen, Wege und Versorgungsleistungen berücksichtigt;
 3. Bauten sowie Erschließung und Entschädigung an Dritte in dem für die Baumaßnahmen erforderlichen Umfang, Ersteinrichtung, Außenan-

¹⁴⁰⁰ Vgl. Thieme, WissR 1998, 33 (40). Der Bundesrechnungshof hat in seiner Beratenden Äußerung vom 24.1.1997 auf die haushaltsrechtliche Verbuchung abgestellt. Vor diesem Hintergrund erhob er verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Zulässigkeit von Leasing-Modellen im Rahmen von Art. 91a Abs. 1 Nr. 1 GG.

¹⁴⁰¹ Vgl. dazu unten Kap. 9.5.2.1.

¹⁴⁰² An dieser Stelle soll nicht im einzelnen auf die Vorgaben und Verfahrensweisen der Einbringung eines Projekts in den Hochschulrahmenplan und der Entscheidung über die Förderfähigkeit eingegangen werden. Vielmehr konzentrieren sich die Ausführungen allein darauf, ob Maßnahmen des Hochschulbaus in PPP-Projekten nach dem Hochschulbauförderungsgesetz förderfähig sind.

¹⁴⁰³ § 3 neugefasst und § 12 Abs. 4 eingefügt durch Gesetz vom 20. August 1996 – BGBl. I, S. 1328 (Zweites Gesetz zur Änderung des Hochschulbauförderungsgesetzes).

lagen, Baunebenleistungen, besondere Betriebseinrichtungen und Zubehör, wenn die Investitionskosten für das jeweilige Vorhaben 1,5 Millionen EUR übersteigen;

4. Beschaffung der gesondert im Rahmenplan ausgewiesenen Großgeräte für Ausbildung und Forschung, wenn die Kosten für das einzelne Gerät einschließlich Zubehör an Universitäten 125.000 EUR, an anderen Hochschulen 75.000 EUR übersteigen;

5. Beschaffungen im Rahmen von Vorhabenprogrammen nach § 6 Nr. 2;

6. Erwerb von Grundstücken innerhalb des in dem Rahmenplan ausgewiesenen Hochschulgeländes, deren Verwendungszeitpunkt beim Erwerb noch nicht endgültig feststeht (vorsorglicher Grunderwerb);

7. Vorhaben im Sinne der Nr. 3 einschließlich der für sie erforderlichen Grundstücke, bei denen dem Land über das Nutzungsrecht hinaus eine Option auf den Erwerb des Eigentums eingeräumt ist.

Das Hochschulförderungsgesetz stellt an verschiedenen Stellen auf den Ausbau und Neubau von Hochschulen unter Beteiligung von Privaten ab. Neben der Beschreibung förderfähiger Maßnahmen vor allem in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 HBFVG ist hier § 3 Abs. 2 HBFVG zu nennen. Dieser lautet in der derzeit geltenden Fassung¹⁴⁰⁴:

"Bei Vorhaben im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 3 und 7, die unter Einschaltung Dritter finanziert werden und im Einzelfall wirtschaftlicher (§ 7 Bundeshaushaltsordnung) als eigenfinanzierte Vorhaben sind, gehören zu den mitfinanzierungsfähigen Ausgaben auch die Finanzierungskosten." (Klammerzusatz im Original)

Zudem stellt die Bestimmung in § 12 Abs. 4 HBFVG auf alternative Realisierungsformen ab, bei denen der Eigentumserwerb nur eine Option darstellt. Diese Bestimmung lautet:

(4)
Übt das Land bei den in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 genannten Vorhaben die Option nicht innerhalb der vertraglich vorgesehenen Frist, spätestens jedoch innerhalb von 25 Jahren oder einer von dem Planungsausschuss bestimmten längeren Frist aus, sind die nach Absatz 1 und 2 für dieses Vorhaben geleisteten Zahlungen des Bundes vom Land zu erstatten.

Die Einschaltung von Dritten in die Finanzierung erfolgt unter anderem durch Leasing, ohne jedoch auf diese Finanzierungsvariante beschränkt zu sein¹⁴⁰⁵. Somit sind nach dem Hochschulbauförderungsgesetz Leasing-Modelle grundsätzlich förderfähig.

¹⁴⁰⁴ BGBl. I 1996, S. 1327.

¹⁴⁰⁵ Thieme, WissR 1998, 33 ff.

Die Förderung von Vorhaben, die unter Einschaltung von Dritten finanziert werden, setzt nach dem Hochschulbauförderungsgesetz voraus, dass sie wirtschaftlicher als eigenfinanzierte Vorhaben sind. Ein gleiches Ausmaß an Wirtschaftlichkeit reicht nicht aus¹⁴⁰⁶.

Eine Einschränkung enthält das Gesetz jedoch insoweit, als es allein die Finanzierung für eine Drittbeteiligung öffnet. Reine PPP-Vermietungsmodelle oder andere Varianten von PPP-Projekten, die vor allem auf die Nutzung abstellen, sollen nicht förderfähig sein. Gleiches wird nach der Bezugnahme in § 3 Abs. 2 auf § 3 Abs. 1 Nr. 3 und 7 HBFG für die Förderfähigkeit von Finanzierungen für Unterhaltungsmaßnahmen anzunehmen sein.

9.3.2 Schulbauförderung in Nordrhein-Westfalen

Im Rahmen der Schulbauförderung spielt Nordrhein-Westfalen eine Vorreiterrolle. § 18 des Gemeindefinanzierungsgesetzes in der Fassung vom 31. Dezember 2002¹⁴⁰⁷ regelt die pauschalen Zuweisungen des Landes für den Schulbau an die kommunalen Schulträger. Dort heißt es:

- "(1) Für pauschale Zuweisungen zur Unterstützung kommunaler Aufwendungen im Schulbereich werden 420.000.000 EUR zur Verfügung gestellt. Die Mittel können von den Gemeinden und Gemeindeverbänden im Rahmen des § 30 Schulverwaltungsgesetz (SchVG) für den Bau, die Modernisierung und Sanierung, den Erwerb, Miete und Leasing von Schulgebäuden sowie die Einrichtung und Ausstattung von Schulgebäuden eingesetzt werden.
- (2) Die Verteilung der Mittel erfolgt gemäß § 43 Abs. 2 auf der Basis der Schülerzahl der Schulstatistik 2001 für die allgemeinbildenden und der berufsbildenden Schulen.
- (3) Bei der Verteilung der Mittel nach Abs. 2 ist zu berücksichtigen, dass jeder Gemeinde, die Schulträger ist, ein Mindestbetrag von 175.000 EUR, jedem Kreis, der Schulträger ist, ein Mindestbetrag von 300.000 EUR und jedem Landschaftsverband als Schulträger ein Mindestbetrag von 1.500.000 EUR gewährt wird."

Gemäß § 30 SchVG ist der Schulträger verpflichtet, die für einen ordnungsgemäßen Unterricht erforderlichen Schulanlagen bereitzustellen und ordnungsgemäß zu unterhalten.

§ 18 Abs. 1 GFG 2003 ist - soweit ersichtlich - die erste gesetzliche Regelung bundesweit, die eine pauschale Schulbauförderung zulässt und dabei ausdrücklich auch auf die Möglichkeit verweist, Schulgebäude auf der Grundlage auch von Miete oder Leasing zu nutzen,

¹⁴⁰⁶ Die Frage der Wirtschaftlichkeit und des Wirtschaftlichkeitsvergleichs wird ausführlich in Band III erörtert.

¹⁴⁰⁷ Gemeindefinanzierungsgesetz - GFG 2003, GVBl. NRW 2002, 671 ff.

ohne dass dies Einfluss auf die öffentliche Förderung hat. Diese neu eingeführte Förderung unterscheidet weder nach der Art der zu refinanzierenden Maßnahmen (altersbedingte Renovierung, Reparatur, Beseitigung von PCB- oder Asbestbelastungen usw.), noch dem finanziellen Volumen der Maßnahme, noch nach der hierfür gefundenen Finanzierungsmöglichkeit. Selbst der Fördergegenstand ist denkbar weit gefasst. Denn auch Einrichtungsgegenstände wie Mobiliar, PC-Ausstattung, Kopier- und andere Vervielfältigungsgeräte können erworben werden, ohne sich hierbei auf die Erstausrüstung zu beschränken. Allein die Anschaffung von beweglichen Gegenständen, die kein Anlagevermögen darstellen, wie beispielsweise Papier, Verbrauchsmaterialien und andere geringwertige Güter können nicht durch die Schulpauschale gefördert werden. Ebenso wenig sind Maßnahmen und Aufwendungen im laufenden Betrieb (Reinigung, Personalkosten, Kosten für Energie, Wasser, Abwasser etc.), die nicht auf die Unterhaltung der Schulanlagen oder der förderfähigen Einrichtungsgegenstände entfallen, mit Mitteln der Schulpauschale finanzierbar.

Mit der Einführung einer Schulpauschale ersetzt das Land Nordrhein-Westfalen die bisherige projektbezogene Förderung durch eine pauschalierte Zuweisung. Damit entfällt der Verwaltungsaufwand einer Vorwegprüfung von Anträgen und die Bestimmung der Höhe von Fördermitteln. Die Empfänger der Schulpauschale haben lediglich sicher zu stellen, dass sie die empfangenen Mittel für den im Gemeindefinanzierungsgesetz festgelegten Zweck, also den "Bau, die Modernisierung und Sanierung, den Erwerb, Miete und Leasing von Schulgebäuden sowie die Einrichtung und Ausstattung von Schulgebäuden" verwenden. Zudem ist mit dieser Zweckbestimmung der Umfang der durch die Pauschale abgedeckten Maßnahmen gegenüber der früheren Regelung deutlich erweitert. Nicht mehr allein der Bau von Schulen, sondern auch deren Modernisierung, Instandhaltung, Sanierung und sogar der Erwerb der Ausstattung ist Gegenstand der neuen Schulförderung. Auf der anderen Seite ist es nicht mehr erforderlich – wie die ausdrückliche Erwähnung von Miete und Leasing im Gesetz deutlich macht – dass der Schulträger Eigentum an den Schulgebäuden oder Einrichtungsgegenständen erwirbt¹⁴⁰⁸. Im Gegenzug fallen die besonderen Mittel für den Bau von Schulen fort, derartige Maßnahmen sind künftig aus der Schulpauschale und mit Eigenmitteln zu finanzieren¹⁴⁰⁹. Damit setzt sich das Land auch von seiner früheren

¹⁴⁰⁸ Üblicherweise setzt die staatliche Förderung ansonsten den Eigentumserwerb durch den kommunalen Auftraggeber voraus, wie Binus, Handbuch des Leasings, S. 254 (268), zu Recht hervorhebt.

¹⁴⁰⁹ Hebborn, Eildienst Städtetag, Heft 12/2001.

Verwaltungsvorschrift ab, nach der "Landeszuweisungen an Kommunen unter anderem der kommunalen Vermögensbildung dienen" sollen¹⁴¹⁰.

Die Frage, ob auch Finanzierungskosten mit Mitteln der Schulpauschale bestritten werden können, ist in § 18 GFG 2003 nicht ausdrücklich angesprochen. Im Ergebnis wird man jedoch davon ausgehen können, dass auch derartige Kosten Gegenstand von Finanzierungen aus der Pauschale sein können. Denn § 18 Abs. 1 Satz 2 GFG 2003 spricht ausdrücklich Leasing als Möglichkeit zur Beschaffung von Schulraum an. Leasingraten decken aber typischerweise auch die Finanzierung ab. Es wäre daher widersinnig, wenn der Gesetzgeber zwar einen bestimmten Vertragstypen ermöglichen wollte, gleichzeitig aber dem Schulträger die Erfüllung der sich aus dem Vertrag ergebenden Pflichten unmöglich macht. Zudem war einer der Beweggründe für die Novellierung des Gemeindefinanzierungsgesetzes es zu ermöglichen, dass die Renovierung und den Neubau von Schulen auch unter Beteiligung privater Dritter vorgenommen werden kann. Deswegen ergibt eine am Sinn und Zweck des Gesetzes orientierte Auslegung, dass auch Finanzierungskosten durch die Schulpauschale gedeckt werden können.

Leasing wird im Kommunalhaushaltsrecht als kreditähnliches Geschäft eingestuft¹⁴¹¹. Deshalb hat die Gemeinde unabhängig von der Förderung im Rahmen des Gemeindefinanzierungsgesetzes den kommunalhaushaltsrechtlichen Grundsatz zu beachten, dass sie Kredite nur dann aufnehmen darf, wenn eine andere Finanzierung nicht möglich oder wirtschaftlich unzumutbar wäre, § 76 Abs. 3 GO NRW. Zudem richtet sich die Beantwortung der Frage, ob und ggf. in welchem Umfang für Leasingraten Verpflichtungsermächtigungen zu veranschlagen sind, nach den allgemeinen Regeln des kommunalen Haushaltsrechts, § 84 GO NRW.

Es ist hervorzuheben, dass mit dem umfassenderen Katalog von Maßnahmen, die zur Herstellung von Schulbauten führen, eine deutliche Vereinfachung des Verfahrens einhergeht. Dies erleichtert auch die Gestaltung von modernen privatrechtlichen Modellen bei der Errichtung und Unterhaltung sowie Ausstattung von Schulen, da nicht mehr zwischen Bau und Sanierung getrennt zu werden braucht und auch die Miete von Schulgebäuden ausdrücklich als förderfähig im Gesetz festgeschrieben ist. Somit können für die Schaffung von zeitgemäßen Schulgebäuden, sei es durch Umbau und Modernisierung, sei es durch Neuerichtung oder sei es im Wege einer vertraglichen Konstruktion, bei der ein Dritter die Schule

¹⁴¹⁰ Runderlass des nordrhein-westfälischen Innenministeriums vom 9. Februar 1998, MBl. NW Nr. 16 vom 5. März 1998, S. 229, zitiert nach Müskens, der gemeindehaushalt 1999, 73 (90).

¹⁴¹¹ Siehe oben Kap. 6.2.2.2.3.

errichtet und seinen Aufwand durch ein über einen langen Zeitraum vom Schulträger zu entrichtendes "Nutzungsentgelt" finanziert, neue und innovative Wege beschritten werden. Selbst bei der Ausstattung mit modernen Lehr- und Lernmitteln wie beispielsweise der Einrichtung einer EDV-Anlage können Mittel der Schulbauförderung eingesetzt werden.

Eine Grenze finden solche innovativen Wege jedoch in dem Fall, in dem das Entgelt für die Nutzung auch den Betrieb abdeckt. Das ist beispielsweise der Fall, wenn auch die Gebäudereinigung Gegenstand der vertraglichen Leistung des Auftragnehmers ist und damit vom Entgelt des Auftraggebers vergütet wird. Andererseits dürften Aufgaben des Facility-Managements wie Instandhaltung bereits von der weiten Zweckbestimmung erfasst sein. Vor diesem Hintergrund ist die Neuregelung offen für eine Vielzahl von Möglichkeiten der Beteiligung Privater an der Errichtung und Unterhaltung von Schulen¹⁴¹².

9.3.3 Einzelne förderrechtliche Anforderungen an PPP-Vorhaben

In verschiedenen untergesetzlichen Vorschriften werden besondere Anforderungen an die Förderung öffentlicher Vorhaben durch PPP-Modelle gestellt. Einige dieser Vorschriften sollen nachfolgend kurz dargestellt werden, die Beschreibung kann wiederum nur exemplarisch erfolgen, ein Anspruch auf Vollständigkeit besteht nicht.

9.3.3.1 Bayerischer Erlass zum Leasing

In einem gemeinsamen Erlass der Bayerischen Staatsministerien des Innern, der Finanzen und für Landesentwicklung und Umweltfragen vom 20. März 2001¹⁴¹³ geben die Ministerien "Hinweise zu besonderen Formen der Zusammenarbeit mit Privaten bei der Erfüllung kommunaler Aufgaben". Diese sprechen auch zuwendungsrechtliche Fragen an.

So heißt es in dem Erlass unter Nr. 3.2.4:

"Kommunale Projekte unter Einsatz privaten Kapitals sind nach Maßgabe der jeweils geltenden Förderrichtlinien grundsätzlich dann förderfähig, wenn der Einsatz privaten Kapitals weder für den Bürger noch für den Staat zu höheren Belastungen als bei einer herkömmlichen Kreditfinanzierung führt und auch bei dieser Gestaltungsform ein zuverlässiger Aufgabenvollzug dauerhaft gewährleistet ist. **Aufwendungen, die nicht auf Eigentumserwerb gerichtet sind, können nicht gefördert werden. Die Förderung von Leasing wird hierdurch weitgehend ausgeschlossen.**" (Hervorhebung durch Verfasser)

Der Erlass bewertet unter Nr. 4.1 die Grundzüge des Leasings wie folgt:

¹⁴¹² Siehe hierzu näher unten Kap. 9.5.

¹⁴¹³ AMBl. 4/2001, S. 148.

"(...) Grundsätzlich besteht beim Leasing kein unternehmerisches Engagement des Kapitalgebers, der lediglich auf eine regelmäßige und gute Verzinsung bedacht ist."

Diese Einschätzung berücksichtigt nicht die Übernahme von unternehmerischen Risiken des Auftragnehmers, die gerade PPP-Vorhaben zu eigen ist.

Der Erlass geht nicht darauf ein, dass Leasing typischerweise die Möglichkeit des Eigentumserwerbs durch den Leasingnehmer nach Ablauf der Leasingzeit (als Option oder Andienungsrecht) vorsieht. Nach dem Erlass wären allenfalls die Aufwendungen förderfähig, die der Leasingnehmer am Ende der Vertragszeit für die Ausübung einer Erwerbsoption leistet, da sie auf Eigentumserwerb gerichtet sind. Die aus dem Hochschulbauförderungsgesetz seit 1996 bekannte Konstruktion, die Förderung auch für den auf die Investition entfallenden Anteil der Leasing-Raten zunächst zu gewähren und die Rückforderung der Förderung für den Fall vorzubehalten, dass der Zuwendungsnehmer das Eigentum nicht erwirbt, sieht der Erlass nicht vor.

9.3.3.2 Sächsischer Erlass zu kommunalen Investorenvorhaben

In einem gemeinsamen Erlass der Sächsischen Staatsministerien der Finanzen und des Innern "zur kommunal- und haushaltsrechtlichen Beurteilung von Investorenvorhaben im kommunalen Bereich"¹⁴¹⁴ geht der Freistaat Sachsen einige Schritte weiter als der bayerische Erlass zum Leasing. Gegenstand des Erlasses sind "Investorenvorhaben, (...) insbesondere Leasing-, Mietkauf-, Betreiber- und Kooperationsmodelle". Investorenvorhaben bei zuwendungsfinanzierten Gebäuden und Anlagen werden unter Nr. 4 des Erlasses geregelt. Danach sind bestimmte Modelle völlig von der Förderung ausgeschlossen wie beispielsweise Sale-and-lease-back-Modelle oder Betreiber- und Kooperationsmodelle über weitgehend fertiggestellte Anlagen, wenn der Betreiber seinerseits wiederum die öffentliche Hand mit der Betriebsführung beauftragt.

Hingegen sind nach dem Erlass sogar bei bereits begonnenen Vorhaben noch PPP-Modelle ("Investorenvorhaben") möglich, wenn das Vorhaben bereits im konventionellen Weg gefördert ist und sich erst im Laufe der Realisierung herausstellt, dass ein Investorenvorhaben sinnvoll sein könnte. In diesem Fall soll der Zuwendungsbescheid an die Kommune dahingehend geändert werden, dass die Kommune berechtigt ist, den erhaltenen Betrag als

¹⁴¹⁴ Sogen. KommlInvestVwV vom 18. Dezember 1996, ABl. 1997, S. 73.

Zuwendung an den Investor weiter zu reichen. Durch die zweckbestimmte Weiterreichung erfüllt die Kommune als Erstempfänger den Zweckungszweck¹⁴¹⁵.

In Sachsen sollen grundsätzlich staatliche Zuwendungen von der Bewilligungsbehörde an den kommunalen Auftraggeber ausgereicht und von diesem, soweit durch Zuwendungsbescheid der Bewilligungsbehörde gestattet, in Form eines verlorenen Zuschusses an den Investor ebenfalls durch Zuwendungsbescheid weitergereicht werden. Nach dem Erlass ist der Zuwendungsbescheid gegenüber dem Investor so zu fassen, dass sich dadurch beim Investor die steuerliche Bemessungsgrundlage für AfA oder Sonderabschreibung schon zu Beginn des Abschreibungszeitraums um die Zuwendung verringert (Nr. 4.6 des Erlasses). Diese Regelung soll eine Doppelförderung durch zusätzliche Steuereffekte einerseits und öffentliche Fördermittel andererseits vermeiden.

PPP-Modelle können auf Grundlage dieses Erlasses in Sachsen sehr weitgehend gefördert werden. Mit der Ermächtigung an den öffentlichen Zuwendungsnehmer, eine erhaltene Förderung als Zuwendung an den Investor weiter zu reichen, löst der Freistaat nicht nur steuerrechtliche Fragen, sondern kann auch bei Leasing-Modellen unmittelbar den Erwerb fördern. Offen bleibt jedoch dabei die Frage, wie diese Zuwendungen behandelt werden sollen, wenn der kommunale Leasingnehmer bei Ablauf des Vertragsdauer das Eigentum nicht erwirbt.

9.3.3.3 Förderprogramm KfW

Die Kreditanstalt für Wiederaufbau – KfW – fördert im Rahmen ihres Sonderfonds "Wachstumsimpulse" mit ihrem Programmen 135 und 235 (früher 114 a und 114 b) Investitionen im Bereich der kommunalen Infrastruktur. Gegenstand der Förderung sind auch Vorhaben der "sozialen Infrastruktur", unter anderem Schulen¹⁴¹⁶.

Förderfähig sind Investitionen in Infrastrukturmaßnahmen, die der Aufgabenerfüllung von Gebietskörperschaften dienen. Die förderfähigen Ausgaben umfassen insbesondere die Kosten des Grunderwerbs, Baukosten und Planungskosten. Die Förderung von laufenden Entgelten im Rahmen von PPP-Modellen ist unter den derzeit aufgelegten Programmen der KfW nicht möglich. In Gesprächen hat die KfW jedoch bereits angedeutet, dass diesbezügliche Überlegungen derzeit angestellt werden und der Bedarf einer Aufweitung von Program-

¹⁴¹⁵ Nr. 12.1 Vorl.VV zu § 44 SÄHO.

¹⁴¹⁶ Die Förderung durch die KfW wird in Band III, Arbeitspapier Nr. 6, unter Kap. 6.2.3 näher beschrieben.

men zugunsten der öffentlichen Hand auch im Hinblick auf etwa Leasing- oder andere Modelle derzeit geprüft werde.

Die KfW fördert durch die Vergabe von zinsgünstigen Krediten. Diese vergibt die KfW an Kommunen unmittelbar, während Kredite an Private über die Hausbanken ausgereicht werden.

9.3.3.4 Förderprogramm EIB

Neben der KfW, die zur Umsetzung nationaler Programme auf nationaler Ebene Kredite gewährt, fördert auch die Europäische Investitionsbank - EIB - Infrastrukturprojekte von der europäischen Ebene. Gegenstand der Finanzierung sind neben Krediten für gewerbliche Investitionen die Förderung von Infrastruktur- und Umweltschutzvorhaben von Gebietskörperschaften und Zweckverbänden. Dabei spielt die EIB auch bei der innovativen Finanzierung von Infrastrukturvorhaben im Rahmen von PPP-Modellen eine wichtige Rolle. Für die Gewährung von Krediten ist es unerheblich, ob ein Vorhaben konventionell oder im Wege eines PPP-Modells verwirklicht wird. Vielmehr kommt es darauf an, dass das jeweilige Vorhaben zu einer nachhaltigen städtischen oder regionalen Entwicklung beiträgt und somit die Regionalentwicklung unterstützt. Kreditnehmer können sowohl die öffentlichen Auftraggeber als auch die privaten Auftragnehmer sein¹⁴¹⁷.

Die EIB fördert durch die Vergabe von zinsgünstigen und langfristigen Krediten (bei öffentlichen Infrastrukturvorhaben bis zu 25 Jahren). Größere Vorhaben von mehr als 25 Mio. EUR Investitionsvolumen fördert die Bank unmittelbar, für kleinere Vorhaben reicht sie Mittel im Wege von Globaldarlehen über Geschäftsbanken an die Kreditnehmer weiter. Globaldarlehen sind Kreditlinien, die die EIB anderen Finanzierungsinstituten oder Geschäftsbanken einräumt. Diese Partnerinstitute können im Rahmen dieser Kreditlinien sowie des Förderzwecks Vorhaben von lokalen oder regionalen Gebietskörperschaften finanzieren. Die EIB finanziert bis zu 50% des Gesamtvolumens von Vorhaben.

9.4 Gebot der Wirtschaftlichkeit

Ausgaben im öffentlichen Haushaltswesen müssen dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit entsprechen. Dieser Grundsatz gilt auch im Bereich der öffentlichen Förderung. Darüber hinaus hängt die öffentliche Förderung oft davon ab, dass die PPP-Variante günstiger ist als die konventionell errichtete Variante.

¹⁴¹⁷ Die Förderung durch die EIB wird in Band III, Arbeitspapier Nr. 6, unter Kap. 6.3.3 näher beschrieben.

PPP-Modelle im öffentlichen Hochbau beruhen im Regelfall auf einer Entgeltstruktur, die sowohl die Werkleistung zu Beginn als auch die Betriebskosten, in einigen Fällen darüber hinaus auch noch (teilweise) den Eigentumserwerb, finanzieren soll. Der private Auftragnehmer wird deswegen bereits bei Beginn darauf achten, die Werkleistung so zu erbringen, dass die Betriebskosten gering ausfallen. Beispielsweise wird er Mehraufwand bei der Errichtung betreiben, um während des Betriebs besonders geringe Energiekosten zu haben. Auch kann durch die Bauweise der für die Instandhaltung und Instandsetzung erforderliche Aufwand maßgeblich mit beeinflusst werden (sogenannte "Lebenszyklus-Betrachtung").

Gegenstand der Förderung ist aber überwiegend nicht der Betrieb, sondern die Errichtung oder Sanierung von Hochbauten. Dies kann dazu führen, dass nach einer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, die allein die Kosten hierfür betrachtet, das PPP-Vorhaben unwirtschaftlicher erscheint als die konventionell finanzierte Errichtung oder Sanierung, obwohl bei einer Betrachtung der Kosten über die gesamte Nutzungsdauer für Errichtung und Sanierung sowie den Betrieb die PPP-Variante wirtschaftlicher ist. So sieht etwa der Wirtschaftlichkeitsvergleich nach dem Hochschulbauförderungsgesetz nur die Einbeziehung von Bau- und Ersteinrichtungskosten vor, da allein diese Kosten zu den "HBFÜ-fähigen Kosten" zählen¹⁴¹⁸. Unterschiedliche Betriebskosten sind nicht Gegenstand des Wirtschaftlichkeitsvergleichs.

Diese Betrachtung greift jedoch zu kurz. Da letztlich Vorteile für die öffentlichen Haushalte generiert werden können, wenn die Gesamtkosten in den Wirtschaftlichkeitsvergleich einbezogen werden, ist die hergebrachte Trennung von Bau und Ersteinrichtung im Hochschulbau oder von Bau und Sanierung bei anderen Förderbereichen nicht mehr zeitgemäß. Wir schlagen deswegen vor, die Wirtschaftlichkeit eines Vorhabens auch dann nach den Gesamtkosten über die ganze Nutzungsdauer zu ermitteln, wenn nur die Errichtung oder die Sanierung Gegenstand der Förderung ist, um auf dieser Grundlage die Wirtschaftlichkeit zu vergleichen. Damit wird nicht das Ziel verfolgt, gleichsam auf Umwegen die Förderung auch auf den Betrieb zu erstrecken. Die Gesamtkostenbetrachtung soll weiterhin allein dem Ziel dienen, die wirtschaftlichste Variante auszuwählen. Das kann jedoch dazu führen, dass die Errichtung aufwändiger wird und Kosten erst später im Betrieb eingespart werden mit der Folge, dass der Zuwendungsgeber Mehraufwand zu tragen hat. Dies ist jedoch wegen der insgesamt wirtschaftlicheren Erfüllung der Verwaltungsaufgabe hinzunehmen.

Diesen Ansatz verfolgt bereits derzeit der Sächsische Runderlass. Dort heißt es unter Nr. 4.5.1:

¹⁴¹⁸ 32. Rahmenplan für den Hochschulbau nach dem Hochschulbauförderungsgesetz 2003 – 2006 vom 20. September 2002 – Allgemeiner Teil, S. 108.

"Der kommunale Aufgabenträger erbringt den Nachweis, dass die Bereitstellung öffentlicher Güter und Dienstleistungen mit einem Investorenvorhaben **insgesamt** günstiger ist als eine herkömmliche Finanzierung über Eigenmittel beziehungsweise Kommunalkredit und gegebenenfalls Betreibung in eigener Verantwortung. Hierzu ist als Nachweis ein Wirtschaftlichkeitsvergleich mit den Mitteln der dynamischen Investitionsrechnung vorzulegen (vergleiche Nr. 3 der Anlage ...)." (Hervorhebung durch Verfasser)

Unter Nr. 3 der Anlage werden bei den einem Investorenvorhaben gegenüber zu stellenden Kosten ausdrücklich auch

"Nebenkosten einschließlich Unterhaltungskosten, laufende Betriebskosten"

aufgeführt.

Den gleichen Ansatz verfolgt der Bayerische Runderlass. Dort heißt es unter Nr. 3.2.1 – Wirtschaftlichkeitsvergleich:

"Das Gebot der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung verlangt, dass die Wahl einer besonderen Finanzierungs- oder Betriebsform ein mindestens ebenso wirtschaftliches Ergebnis erwarten lässt wie das herkömmliche Verfahren. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Einrichtung bei gleichem Leistungsumfang und gleicher Leistungsqualität zumindest ebenso wirtschaftlich erichtet **und betrieben** werden kann." (Hervorhebung durch Verfasser)

Im kommunalen Bereich wird die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung nicht nur unter Berücksichtigung der Investitionskosten, sondern auch der Betriebskosten über den voraussichtlichen Nutzungszeitraum durchgeführt. Es spricht deswegen viel dafür, dies als Grundsatz zu betrachten und auch bei der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung auf der Grundlage des Hochschulbauförderungsgesetzes anzuwenden. Dies erfordert eine Änderung der Vorgaben für die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung im Rahmenplan für den Hochschulbau.

9.5 Anwendung auf die Vertragsmodelle

Ebenso wie die vorstehenden Ausführungen nur exemplarischer Natur sein können, weil die Förderung öffentlicher Hochbauten Gegenstand der unterschiedlichsten Rechtsgrundlagen ist, kann auch die nachfolgende Subsumtion unter die eingangs vorgestellten Vertragsmodelle¹⁴¹⁹ nur beispielhaft sein. Sie soll vor allem anhand der Bereiche Hochschulbau und Schulbau erfolgen. Der Schulbau ist alleiniger Gegenstand der Landesgesetzgebung, deswegen sind hier im Einzelfall Abweichungen möglich. Nordrhein-Westfalen hat mit dem Gemeindefinanzierungsgesetz 2003 – soweit ersichtlich als einziges Land – einen neuen

¹⁴¹⁹ Siehe Kapitel 4.

Weg mit Schulbaupauschalen entwickelt, die für einen nur noch funktional umschriebenen Zweck eingesetzt werden darf. Deswegen wird dieser Weg gesondert dargestellt.

9.5.1 Vertragsmodell I

Bei diesem Vertragsmodell errichtet und betreibt der Auftragnehmer das Objekt für eine bestimmte Zeit, um am Ende das Eigentum auf den Auftraggeber zu übertragen. Der Auftraggeber zahlt ein monatliches Entgelt. Außerdem übernimmt der Auftragnehmer die Unterhaltung und bestimmte gebäudebezogene Dienstleistungen.

9.5.1.1 Hochschulbauförderung

Die auf den Erwerb und die Finanzierung entfallende Teile der Vergütung des Auftragnehmers sind förderfähig, da der Auftraggeber am Ende der Vertragsdauer Eigentum an dem Objekt erwirbt, § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Abs. 2 HBFG.

9.5.1.2 Schulbauförderung

Die Mittel der herkömmlichen Schulbauförderung sind auf den Bau, teilweise auch auf die Erstausrüstung von Schulen zu verwenden. Eine Finanzierung allein der Nutzung und des Betriebs mit diesen Mitteln ist deswegen nicht möglich. Hingegen sprechen keine Erwägungen dagegen, den auf den Erwerb entfallenden Teil der Kosten mit Mitteln der Schulbauförderung zu finanzieren.

9.5.1.3 Schulbauförderung in Nordrhein-Westfalen

Die Schulpauschale deckt die Entgelte des Schulträgers, der ein Schulgebäude im Wege des Vertragsmodells I beschafft, ab. Eine Einschränkung ist insoweit zu machen, als auch nicht auf den Unterhalt oder die Instandsetzung des Gebäudes sowie der Außenanlagen gerichtete Dienstleistungen (Hausmeister, Betrieb einer Schulküche etc.) Gegenstand des Vertrags sind. Da es sich aber insoweit um deutlich und klar abgrenzbare Leistungen handelt, sollte die Aufteilung eines Vertrags oder wenigstens die Aufteilung des vom Schulträger zu entrichtenden Entgelts keine Probleme bereiten.

9.5.2 Vertragsmodell II

Bei diesem Modell plant, baut und finanziert der Auftragnehmer das Objekt und übernimmt bestimmte Unterhaltungsarbeiten und objektbezogene Dienstleistungen. Er räumt dem Auftraggeber eine Option ein, das Objekt am Ende des Vertrages dann zu erwerben. Der

Auftraggeber zahlt ein Nutzungsentgelt, das auch die Annuität abdeckt. Den Erwerb hat der Auftraggeber gesondert zu vergüten.

9.5.2.1 Hochschulbauförderung

Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 HBFG sind derartige PPP-Vorhaben grundsätzlich förderfähig. § 3 Abs. 2 HBFG ordnet zudem die Finanzierungskosten für diese Modell der Förderfähigkeit zu. Somit besteht zunächst die Möglichkeit, dass das Land Fördermittel auch für diese Vertragsgestaltung erhält. Nach § 12 Abs. 4 HBFG setzt das Recht, diese Mittel auch dauerhaft behalten zu dürfen, voraus, dass das Land die Option auf Eigentumserwerb innerhalb der vertraglich vorgesehenen Frist, spätestens jedoch innerhalb von grundsätzlich 25 Jahren, auszuüben hat. Für Leasing-Modelle bedeutet dies folgendes:

Die auf den Erwerb und die Finanzierung entfallende Teile der Vergütung des Auftragnehmers sind gemäß §§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7, Abs. 2, 12 HBFG förderfähig¹⁴²⁰, wenn der Auftraggeber am Ende der Vertragslaufzeit seine Option ausübt und das Objekt zu Eigentum erwirbt. Es dürften auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken dagegen bestehen, Vorhaben von Beginn an zu fördern, wenn die Förderung unter dem Vorbehalt der Rückforderung für den Fall steht, dass der Auftraggeber die Option nicht ausübt und kein Eigentum an dem Objekt erwirbt, wie es § 12 Abs. 4 HBFG nun vorsieht.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob bei langlaufenden Leasing-Verträgen, Fördermittel nach dem Hochschulbauförderungsgesetz – wenigstens anteilig – verbleiben können, wenn der Leasingnehmer die Erwerbsoption nicht ausübt¹⁴²¹.

Rechtlicher Ausgangspunkt für die Frage, ob im Wege des Leasings durchgeführte Hochschulbauvorhaben auch dann – jedenfalls anteilig – förderfähig sind, wenn der Hochschulträger mit Ablauf der Vertragslaufzeit kein Eigentum erwirbt, ist § 12 HBFG mit folgendem Wortlaut:

"§ 12 Erstattung

- (1) Der Bund erstattet vorbehaltlich der Bestimmung des Artikels 91a Abs. 4 Satz 4 des Grundgesetzes jedem Land aufgrund der Abrechnungen für die in § 6 Nr. 3 und 4 genannten Vorhaben die Hälfte der dem Land

¹⁴²⁰ So grundsätzlich auch Wlasak, Wlasak, Vor- und Nachteile des Leasing - Leasing und andere private Finanzierungsmodelle öffentlicher Infrastruktur aus der Sicht des Bundes, in: Kroll, Leasing-Handbuch für die öffentliche Hand, S. 170 (173).

¹⁴²¹ Christen, Öffentliche Zuschüsse und Leasing, in: Kroll, Leasing-Handbuch für die öffentliche Hand, S. 285 (286).

nach Maßgabe des Rahmenplans entstandenen Ausgaben. Bei Vorhaben mit einer verbindlichen Kostenobergrenze ist die Erstattung des Bundes auf die Hälfte des Betrages der Kostenobergrenze beschränkt.

- (2) Der Bund leistet bis zur voraussichtlichen Höhe des nach Absatz 1 von ihm zu erstattenden Betrages entsprechend dem Stand der Maßnahmen und den bereitgestellten Haushaltsmitteln Vorauszahlungen an das Land. Zur Feststellung des Mittelbedarfs und des Baufortschritts teilt die zuständige Landesbehörde dem Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft, Forschung und Technologie die Höhe der verausgabten Mittel sowie Stand und voraussichtliche Entwicklung der Vorhaben mit. Bei den in § 3 Abs. 2 genannten Vorhaben leistet der Bund unter den in Satz 1 genannten Voraussetzungen Vorauszahlungen entsprechend den vom Land zu zahlenden Raten.
- (3) Soweit die in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 genannten Grundstücke innerhalb von zehn Jahren nach Erwerb oder einer von dem Planungsausschuss bestimmten längeren Frist nicht für die Gemeinschaftsaufgabe gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 in Anspruch genommen werden, zahlt das Land an den Bund einen Betrag in Höhe der Hälfte des Verkehrswertes zurück. Das gleiche gilt, wenn ein aufgrund des Rahmenplans durchgeführtes Vorhaben zweckentfremdet wird, es sei denn, der Planungsausschuss billigt eine andere Verwendung im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe Hochschulbau oder für die gemeinsame Forschungsförderung nach Artikel 91b des Grundgesetzes. Die Verwendung eines Vorhabens für die gemeinsame Forschungsförderung bedarf der Einwilligung des Deutschen Bundestages, wenn der Betrag der Bundesförderung 5 Millionen Euro übersteigt.
- (4) Übt das Land bei den in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 genannten Vorhaben die Option nicht innerhalb der vertraglich vorgesehenen Frist, spätestens jedoch innerhalb von 25 Jahren oder einer von dem Planungsausschuss bestimmten längeren Frist aus, sind die nach Absatz 1 und 2 für dieses Vorhaben geleisteten Zahlungen des Bundes vom Land zu erstatten."

Nach dem Wortlaut von § 12 Abs. 4 HBFG hat das jeweilige Land dem Bund die gewährten Zuschüsse zu erstatten, wenn das Land die Erwerbsoption nach der vertraglich bedungenen Zeit, spätestens jedoch nach 25 Jahren, nicht ausübt. Man könnte jedoch daran denken, den Gedanken von § 12 Abs. 3 Satz 1 HBFG, nach dem nur eine zehnjährige Zweckbindungsfrist bestehen soll, entsprechend heranzuziehen¹⁴²². Allerdings bezieht sich § 12 Abs. 3 Satz 1 HBFG allein auf die zweckentsprechende Verwendung sogenannter Vorbehaltsgrundstücke, also solcher Grundstücke, die vorsorglich für künftige Hochschul-Bauvorhaben erworben worden sind. Für die Übertragung des Rechtsgedankens in § 12 Abs. 4 HBFG ist auch daran zu denken, dass die dort genannte Frist keine Zweckbindungsfrist ist, wie sie aus dem

¹⁴²² Christen, Öffentliche Zuschüsse und Leasing, in: Kroll, Leasing-Handbuch für die öffentliche Hand, S. 285 (286).

allgemeinen Zuwendungsrecht¹⁴²³ bekannt ist. Vielmehr sind nach § 12 Abs. 3 HBFG solche Grundstücke, die zu Beginn der Frist nicht zweckentsprechend genutzt waren (Vorbehaltsgrundstücke gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 HBFG) grundsätzlich spätestens nach 10 Jahren erstmals zweckentsprechend zu nutzen.

Gleichwohl erscheint es aus verfassungsrechtlicher Sicht möglich, die Rückzahlungspflicht nach § 12 Abs. 4 HBFG einschränkend dahingehend auszulegen, dass bei fehlendem Eigentumserwerb jedenfalls für die Zeit der zweckentsprechenden Verwendung des Objekts eine Rückzahlungspflicht nicht entsteht¹⁴²⁴. Zwar steht nach Art. 91a Abs. 2 GG dem Bund die Aufgabe und das Recht zu, die Gemeinschaftsaufgabe durch Gesetz näher zu bestimmen¹⁴²⁵. Dieser Spielraum ist durch den Wortlaut von Art. 91a Abs. 1 GG begrenzt. Er wird weiter determiniert durch das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot, Art. 3 Abs. 1 GG. Eine vollständige Rückzahlungspflicht würde nicht berücksichtigen, dass ein Leasingobjekt über einen lang andauernde Zeitraum dem Förderzweck entsprechend verwendet wurde und infolge dessen zu einer sachlich nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung gegen über den konventionellen Verfahren führen kann. Immerhin verbleibt zwischen dem konventionellen Verfahren und dem Leasingverfahren der Unterschied in der Eigentümerposition. Diesem Unterschied wäre in sachgerechter Weise Genüge getan, wenn die Rückzahlungsregelung in diesem Falle auf eine anteilige Rückzahlungspflicht beschränkt wäre¹⁴²⁶.

9.5.2.2 Schulbauförderung

Eine Pauschale Beurteilung des Vertragsmodells II ist für die Schulbauförderung nicht möglich. So werden nach dem Bayerischen Finanzausgleichsgesetz 2003 "Zuweisungen zum Bau von Schulen" gewährt (Art. 10 Abs. 1 Nr. 1 bayFAG 2003). Hierzu heißt es in der vom Bayerischen Staatsministerium der Finanzen herausgegebenen Erläuterungsbroschüre:

"Nach den derzeitigen gesetzlichen Vorgaben (Art. 10 FAG: 'Zuwendungen zum Bau von ...') ist eine Förderung von Nutzungsentgelten (Leasingraten oder Miete) grundsätzlich ausgeschlossen."¹⁴²⁷ (Hervorhebung im Original)

¹⁴²³ Siehe hierzu Nr. 4.2.3 der VV § 44 BHO.

¹⁴²⁴ Christen, Öffentliche Zuschüsse und Leasing, in: Kroll, Leasing-Handbuch für die öffentliche Hand, S. 285 (286).

¹⁴²⁵ Volkmann, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 91a Rn. 21; Mager, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 91a Rn. 38.

¹⁴²⁶ Vergleiche dazu Christen, Öffentliche Zuschüsse und Leasing, in: Kroll, Leasing-Handbuch für die öffentliche Hand, S. 285 (286 f.).

¹⁴²⁷ Der kommunale Finanzausgleich in Bayern – Die Finanzierung der bayerischen Gemeinden, Landkreise und Bezirke, S. 44.

Förderfähig wären somit allenfalls die Zahlungen, die im Zusammenhang mit der Ausübung der Erwerbsoption nach Ablauf der Vertragsdauer anfallen.

9.5.2.3 Schulbauförderung in Nordrhein-Westfalen

Auch das Vertragsmodell II, in dem der Auftraggeber nicht verpflichtet ist, das Gebäude zum Abschluss der Vertragsdauer zu erwerben, kann mit Mitteln der Schulpauschale finanziert werden. Leasingmodelle sind ausdrücklich im Gesetz genannt. Gleichwohl ist die Grenze – ebenso wie bei dem Vertragsmodell I – bei denjenigen Dienstleistungen des Auftragnehmers erreicht, die sich nicht auf die Erhaltung oder Unterhaltung des Schulgebäudes oder der Außenanlagen bezieht. Wie sich aus dem Zusammenhang der Vorschrift ergibt, ist der im Gesetz verwendete Begriff des "Leasings" nur auf solche Konstellationen anwendbar, die dazu dienen, Schulgebäude oder deren Einrichtung und Ausstattung zur Verfügung zu stellen.

Da die Schulbaupauschale gesetzlich geregelt ist, geht diese Bestimmung dem Erlass des Innenministeriums vom 9.2.1998¹⁴²⁸ vor. Dieser bestimmt ausdrücklich:

"Investitionen der Kommunen, die über Leasingverträge finanziert werden, können (...) in der Regel nicht mit Landesmitteln gefördert werden; dies gilt auch für zu zahlende Leasingraten."

Nach Auskunft des Innenministeriums Nordrhein-Westfalen gilt der Erlass noch immer.

9.5.3 Vertragsmodell III

Bei diesem Modell errichtet und betreibt der Auftragnehmer das Objekt und stellt es dem Auftraggeber langfristig (20 bis 30 Jahre) zur Nutzung zur Verfügung. Der Vertrag ist gelegentlich unter bestimmten Bedingungen kündbar. Der Übergang des Eigentums (fest oder als Option) ist regelmäßig nicht Gegenstand der vertraglichen Regelung.

9.5.3.1 Hochschulbauförderung

Bei dieser Vertragsgestaltung zahlt der Auftraggeber allein für die Nutzung des Projekts, eine Übernahme in das Eigentum ist nicht vorgesehen. Aus diesem Grunde sind Zahlungen des Auftraggebers an den Auftragnehmer bei dieser Variante nicht förderfähig.

¹⁴²⁸ MBl. NRW vom 5. März 1998, S. 229.

9.5.3.2 Schulbauförderung

Die Schulbauförderung der Länder zielt darauf ab, die Errichtung von Schulgebäuden zu finanzieren. Eine bloße Nutzung von Schulgebäuden soll nach den Regelungen der Finanzausgleichsgesetze nicht unterstützt werden. Modell III ist deswegen nach den herkömmlichen Schulbauförderungen nicht förderfähig.

9.5.3.3 Schulbauförderung in Nordrhein-Westfalen

Unter den gleichen Randbedingungen wie bei Vertragsmodell II bestehen ebenso wenig Bedenken, die Mittel der Schulpauschale zur Finanzierung eines auf der Grundlage des Vertragsmodells III zur Verfügung gestellten Schulgebäudes zu verwenden. Denn wegen der ausdrücklich im Gesetz genannten Möglichkeit, auch Nutzungsrechte an Schulgebäuden im Wege der Miete oder des Leasings zu beschaffen, kommt es nicht darauf an, ob der Schulträger aus rechtlichen oder wirtschaftlichen Gründen am Ende der Vertragsdauer Eigentum an dem vertragsgegenständlichen Schulgebäude erwirbt.

9.5.4 Vertragsmodell IV

Bei diesem Modell plant, baut und finanziert der Auftragnehmer ein Vorhaben auf dem Grundstück des Auftraggebers, der deswegen unmittelbar Eigentümer wird. Außerdem übernimmt der Auftragnehmer Unterhalts- und Dienstleistungen. Der Auftraggeber vergütet dies durch eine fest vereinbarte regelmäßige Zahlung, die den gesamten Aufwand abdeckt.

9.5.4.1 Hochschulbauförderung

Der auf Planung, Bau und Durchführung von Sanierungsarbeiten sowie deren Finanzierung entfallende Teil der Vergütung (Annuitäten), die der Auftraggeber an den Auftragnehmer zahlt, ist grundsätzlich förderfähig. Hingegen sind die auf das Facility Management, die für die laufende Instandhaltung und Instandsetzung sowie die auf sonstige Dienstleistungen entfallenden Teile der Vergütung nicht förderfähig. Bei diesen Modellen ist besonders sorgfältig zu prüfen, ob es sich um Vorhaben des Aus- oder Neubaus von Hochschulen handelt oder ob nicht vielmehr deren Instandsetzung in Rede steht. Letztere ist allenfalls ausnahmsweise dann förderfähig, wenn es sich um einen qualitativen Ausbau handelt¹⁴²⁹, der strukturelle Verbesserungen bewirkt und nicht allein eine notwendige Anpassung beste-

¹⁴²⁹ Volkmann, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 91a Rn. 16.

hender Einrichtungen an den Stand der Technik darstellt¹⁴³⁰. Die Grenze zwischen den beiden Bereichen kann im Einzelfall schwer zu bestimmen sein.

9.5.4.2 Schulbauförderung

Die herkömmliche Schulbauförderung beschränkt sich auf den Bau, also die Errichtung von Schulgebäuden. Andererseits beziehen einige Länder auch Bauunterhaltungsmaßnahmen in die Förderung ein. Ob diese dann auch Konstruktionen wie Vertragsmodell IV erfassen, ist jeweils im Einzelfall zu prüfen.

9.5.4.3 Schulbauförderung in Nordrhein-Westfalen

Der Schulträger kann die Schulpauschale ebenso für Sanierungsarbeiten auf der Grundlage eines über eine monatliche Zahlung des Schulträgers als Auftraggebers zu entgeltende (Teil-) Sanierung verwenden. Denn die Schulpauschale kann sowohl für Sanierungsmaßnahmen eingesetzt werden als auch für Vertragskonstellationen, die moderne Finanzierungsinstrumente umfassen.

9.5.5 Vertragsmodell V

Beim Vertragsmodell V ist der Auftragnehmer dafür verantwortlich, dass bestimmte Bereiche des Betriebs von Hochbauten, wie beispielsweise die Energie- oder Wärmeversorgung, die Telekommunikation, gewährleistet sind. Typischerweise hat der Auftragnehmer dazu Anlagen einzubauen oder zu modernisieren.

9.5.5.1 Hochschulbauförderung

Gegenstand der Leistungen unter diesem Vertragsverhältnis können solche Investitionsmaßnahmen an Hochschulen und Hochschulkliniken sein, die sich auf den Betrieb beziehen. Maßgeblich ist jedoch, dass es sich dabei um Ausbaumaßnahmen handelt. Unter dieser Prämisse sind PPP-Vorhaben nach dem Hochschulbauförderungsgesetz förderfähig.

9.5.5.2 Schulbauförderung

Eine allgemeine Aussage, ob Vorhaben wie unter Vertragsmodell V zusammengefasste Maßnahmen nach der Schulbauförderung förderfähig sind, ist nicht möglich. Zu sehr unterscheiden sich hier die verschiedenen Rechtsgrundlagen. Die Länder mit einer sehr restriktiven Regelung fördern ohnehin nur die Errichtung von Gebäuden, nicht aber deren Ertüchti-

¹⁴³⁰ Schlegel, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 91a Rn. 51.

gung. Dies wird teilweise dadurch besonders betont, dass auch die Erstausrüstung gefördert ist. Es ist deswegen auch gleichgültig, in welcher Form und vertraglichen Gestaltung eine solche Maßnahme durchgeführt wird.

9.5.5.3 Schulbauförderung in Nordrhein-Westfalen

Aus den gleichen Erwägungen, aus denen das Entgelt für den Vertrag nach dem Modell IV durch Mittel der Schulpauschale finanziert werden kann, mag auch das Entgelt für das so genannte "Contracting-Modell" grundsätzlich mit diesen Mitteln bestritten werden. Einschränkungen sind hingegen insoweit angebracht, als auch bestimmte, nicht auf die Sanierung oder das Gebäude bezogene Leistungen Gegenstand eines solchen Vertrages sind. So wäre zum Beispiel der Betrieb einer Heizzentrale nicht mehr aus Mitteln der Schulpauschale zu finanzieren, da es sich bei dieser Leistung um so genannte sonstige Unterhaltungsleistungen handelt. In soweit müsste der Vertrag das Entgelt den verschiedenen Maßnahmen zuordnen, beispielsweise durch die Vereinbarung eines Arbeitspreises und eines Leistungspreises. Dies spricht nicht gegen die Realisierung von Maßnahmen nach diesem Modell, es bedarf allerdings einer differenzierten Vergütungsregelung.

9.5.6 Sonderregelung im Bayerischen und dem Baden-Württembergischen Haushaltsgesetz

Für Contracting-Modelle sieht das Bayerische Haushaltsgesetz 2003/2004 (HG 2003/04) eine Sonderregelung vor. Nach Art. 8 Abs. 2 HG 2003/04 wird das Staatsministerium der Finanzen ermächtigt,

"für Pilotvorhaben zur Durchführung von Energiesparmaßnahmen in bestehenden staatlichen Gebäuden dem Abschluss von Performance-Contracting-Verträgen mit einem Gesamtvolumen von bis zu 5 Mio. Euro jährlich zuzustimmen, wenn sämtliche entstehenden Kosten (einschließlich Zins- und Tilgungsaufwand) innerhalb einer Vertragslaufzeit von maximal 7 Jahren aus den erwarteten Energieeinsparungen getragen werden können und die Wirtschaftlichkeit gegeben ist."

Diese Ermächtigung ist erstmals im Haushaltsgesetz 1999/2000 aufgenommen und seitdem fortgeführt worden¹⁴³¹. Sie ist nicht durch konkretisierende Förderrichtlinien unterlegt¹⁴³². Die Regelung vollzieht eine Bestimmung des Baden-Württembergischen Haushalts nach, die

¹⁴³¹ Amtliche Erläuterung zum Bayerischen Staatshaushalt – Doppelhaushalt 2003/2004, Begründung S. 38.

¹⁴³² Mündliche Auskunft aus dem Bayerischen Staatsministerium der Finanzen.

jedoch allein von einer "Vorfinanzierung" spricht¹⁴³³, die jedoch Contracting-Modelle einschließt. Baden-Württemberg reicht zudem eine Amortisationszeit durch Energieeinsparung von 10 Jahren aus.

9.6 Förderung des privaten Auftragnehmers

Nach den gesetzlichen Regelungen der Hochschulbauförderung sind die Länder Zuwendungsempfänger. Ähnlich sehen die gesetzlichen Regelungen der Schulförderung die Gemeinden oder Gemeindeverbände als Zuwendungsempfänger vor. Soweit jedoch kommunale Hochbauvorhaben auf der Grundlage von Förderrichtlinien unterstützt werden, besteht die Möglichkeit der Zuwendung an den privaten Auftragnehmer. Gemäß Nr. 12 VV zu § 44 der Haushaltsordnungen kann die Bewilligungsbehörde im Zuwendungsbescheid vorsehen, dass der Zuwendungsempfänger als Erstempfänger die Zuwendung ganz oder teilweise weiterleiten kann¹⁴³⁴. Durch die zweckbestimmte Weiterleitung erfüllt der Erstempfänger den Zuwendungszweck. Die Weiterleitung kann auch in öffentlich-rechtlicher Form, vor allem als Zuwendung, erfolgen, Nr. 12.4 VV § 44 der Haushaltsordnungen. Dabei hat der Erstempfänger sicher zu stellen, dass die Auflagen aus dem Zuwendungsbescheid auch für den Letztempfänger gelten. Ausdrücklich spricht beispielsweise der Bayerische Leasing-Erlass diese Möglichkeit für Betreiber-Modelle an¹⁴³⁵.

Umsatzsteuerrechtlich wird eine solche Zuwendung an den privaten Auftragnehmer als Entgelt beurteilt und ist deswegen umsatzsteuerbar¹⁴³⁶. Wegen der übrigen steuerrechtlichen Fragen, insbesondere die Auswirkungen auf die Bemessungsgrundlage für AfA, verweisen wir auf die Ausführungen unter Kap. 9.3.3.2.

In den Fällen, in denen der Erwerb nach Ablauf der Vertragsdauer nicht sicher gestellt ist, kann der Bescheid an den Letztempfänger eine Regelung vorsehen, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die Zuwendung zurück zu gewähren ist, wenn der das geförderte Vorhaben dauerhaft behält.

¹⁴³³ § 4 Abs. 14 Haushaltsgesetz 2002/03 Baden-Württemberg.

¹⁴³⁴ Das schlägt auch der Bundesrechnungshof in seiner Beratenden Äußerung zum Hochschulbauförderungsgesetz vom 24. Januar 1997 unter Nr. 4.2 (S. 10) vor. Danach könnte das Land die HBFM-Mittel beim Investorenbau per Zuwendung an den Investor weiterreichen, wobei der Investor die Leasingraten dann auf der Grundlage der um die Zuwendung reduzierten Investitionsbedarfs errechnet.

¹⁴³⁵ Siehe Nr. 5.6 des Erlasses, weiter dazu Kap. 9.3.3.1.

¹⁴³⁶ Nr. 150 Abs. 6 UStRL, so auch der bayerische Leasing-Erlass unter Nr. 5.8.1.2, siehe hierzu auch oben Kap. 9.3.3.1.

9.7 Vergaberechtliche Anforderungen

Bewilligungsbescheide erlegen dem Zuwendungsempfänger gemäß Nr. 3 der jeweiligen ANBestP häufig auf, die Vertrags- und Vergabeordnungen für Bauleistungen und Leistungen (VOB und VOL) anzuwenden. Teilweise hängt dies von der Höhe der gewährten Zuwendungen ab, bei kleinen Beträgen kann darauf verzichtet werden.

Soweit diese Regelungen unanfechtbar werden, hat der Zuwendungsnehmer die Leistungen auch dann nach Teil A der Vertrags- und Vergabeordnungen zu vergeben, wenn die Aufträge die Schwellenwerte nach § 2 VgV nicht überschreiten und der Zuwendungsnehmer kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 GWB ist. Soweit die in Rede stehenden Beschaffungen weder öffentliche Aufträge¹⁴³⁷ sind noch die Auftragsvolumina die Schwellenwerte überschreiten, unterliegt er nicht der Gefahr eines Nachprüfungsverfahrens gemäß §§ 102 ff. GWB. Im Falle der Nichtbeachtung der Vergabepflicht droht dem Zuwendungsnehmer jedoch der partielle oder vollständige Widerruf der Bewilligung und die Rückforderung der gewährten Zuwendung einschließlich Zinsen.

Rechtsgrundlage für diese Anordnung ist das Gebot der wirtschaftlichen Verwendung von öffentlichen Mitteln in Verbindung mit § 55 der jeweiligen Haushaltsordnungen. Zudem sieht Nr. 3 der ANBestP vor, dem Zuwendungsempfänger die Beachtung der Vergabe- und Vertragsordnungen aufzugeben. Europarechtliche Bedenken bestehen dagegen nicht, denn das Budgetrecht sollte weiterhin in der Kompetenz der Mitgliedstaaten bleiben¹⁴³⁸. Die entsprechenden Richtlinien wollten demnach nicht eine nationale Regelung des Vergaberechts unterhalb des Schwellenwerte ausschließen.

In der Praxis ergeben sich aus der Anordnung, auch auf der Sekundärebene (Verhältnis von Auftragnehmer zu Nachunternehmer) das Vergaberecht anzuwenden, bisweilen Hindernisse. Es ist fraglich, ob es dieser Anordnung auch dann bedarf, wenn der Auftragnehmer bereits in einem transparenten Wettbewerbsverfahren ausgewählt wurde. In diesem Fall halten wir es für vertretbar, dem Auftragnehmer von der für die Projektförderung grundsätzlich vorgesehene Vergabepflicht auch auf der Sekundärebene zu entbinden. Denn die Leistung ist bereits auf der Primärebene im Wettbewerb vergeben worden. Außerdem wird dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit dadurch Rechnung getragen, dass auf der Primärebene der öffentliche Auftraggeber dem privaten Auftragnehmer ein bestimmtes

¹⁴³⁷ Zu den Anforderungen an öffentliche Aufträge siehe oben, Kap. 7.3.

¹⁴³⁸ Marx/Prieß, in: Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe, S. 16, mit ausdrücklichem Bezug auf die Anordnung der Vergabepflicht in Zuwendungsverträgen oder Bewilligungsbescheiden.

Entgelt schuldet. Regelmäßig trägt dabei der Auftragnehmer das Risiko seiner Beschaffungskosten. Unwirtschaftliche Verträge mit Nachunternehmern gehen deswegen allein zu Lasten des privaten PPP-Partners. Dieser Besonderheit bei PPP-Vorhaben sollte auch der Zuwendungsgeber berücksichtigen. Hierfür wird eine Änderung der entsprechenden Förderrichtlinien, vor allem eine Öffnungsklausel in Nr. 3 ANBestP¹⁴³⁹, ausreichen. Von den Bestimmungen der §§ 97 ff. GWB und der Vergabeverordnung kann der Zuwendungsgeber jedoch nicht befreien, da diese allgemein gelten und zwingendes Europäisches Recht umsetzen.

Der Zuwendungsnehmer unterliegt daneben den allgemeinen vergaberechtlichen Anforderungen, auch wenn diese nicht gesondert im Bewilligungsbescheid genannt sind. Ist er – etwa gemäß § 98 Nr. 5 GWB – öffentlicher Auftragnehmer und überschreitet sein Vorhaben die Schwellenwerte nach § 2 VgV, so unterliegt er kraft Gesetzes dem Vergaberecht, eine zusätzliche Anordnung durch Bescheid ist dann nicht mehr erforderlich.

9.8 Beihilferechtliche Anforderungen

Die öffentliche Förderung von PPP-Modellen kann einen nach dem Europäischen Beihilferecht relevanten Tatbestand darstellen. Nach Art. 87 ff. EG sind Beihilfen, die den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt möglicherweise beeinträchtigen können, zu notifizieren. Die Kommission prüft dann die Beihilfen darauf, ob sie mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind. Sie kann dem Mitgliedsstaat aufgeben, Beihilfen, die bereits geleistet und nicht mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind, zurückzuverlangen.

Zur Vermeidung von Verzögerungen sind PPP-Modelle nach Möglichkeit so zu strukturieren, dass Zuwendungen, die im Rahmen dieser Vorhaben ausgereicht werden, nicht der beihilferechtlichen Notifizierungspflicht nach Art. 88 Abs. 3 EG unterfallen. Beihilfen sind gemäß Art. 87 EG

- Maßnahmen, die bestimmten Unternehmen einen einseitigen Vorteil verschaffen,
- der Vorteil unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln generiert wird,
- die den Wettbewerb tatsächlich oder potentiell bedrohen und
- die geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen¹⁴⁴⁰.

¹⁴³⁹ In einigen Ländern kann die Bewilligungsbehörde in Anwendung von Nr. 5.1.5 VV der jeweiligen Haushaltsordnungen im Einzelfall von der Anwendung der Vergabepflicht auf der zweiten Ebene absehen.

¹⁴⁴⁰ Schlussantrag des Generalanwalts in Sachen Altmark Trans GmbH, RP Magdeburg gegen Nahverkehrsgesellschaft Altmark, Rs C 280/00.

Die Voraussetzung des Beihilfetatbestands müssen kumulativ erfüllt sein¹⁴⁴¹. Eine Beihilfe im Sinne von Art. 87 EG liegt danach nur vor, wenn Unternehmen oder bestimmte Produktionszweige begünstigt werden. Staatliche Begünstigung im gemeinschaftsrechtlichen Sinne sind solche Maßnahmen, die eine Leistung zugunsten eines Unternehmens ohne angemessene, also marktübliche, Gegenleistung gewähren¹⁴⁴². Eine Begünstigung liegt nach Auffassung der Kommission hingegen nicht vor, wenn sie auf einer Vereinbarung beruht, die auf der Grundlage eines transparenten Beauftragungsverfahrens im Wettbewerb zustande gekommen ist¹⁴⁴³. In diesem Fall ist infolge der Ausschreibung im Wettbewerb definitionsgemäß davon auszugehen, dass die Gegenleistung marktüblich ist und deswegen keine Bevorzugung des Zuwendungsempfängers vorliegt¹⁴⁴⁴. Bei Zuwendungen ist der Tatbestand der gemeinschaftsrechtlichen Beihilfe jedoch nur in dem Fall ausgeschlossen, in dem jeder andere Wettbewerber die Zuwendungen ebenfalls erhalten hätte¹⁴⁴⁵. In diesem Fall sind die Bedingungen für alle Marktteilnehmer gleich, eine Begünstigung nur eines Teilnehmers liegt nicht vor.

In einem jüngst erschienenen Papier schlägt die Kommission vor, auch die Höhe der erforderlichen öffentlichen Unterstützung von PPP-Projekten durch Ausschreibung zu ermitteln¹⁴⁴⁶. Soweit also der private Auftragnehmer im Wege eines transparenten Verfahrens im Wettbewerb den Auftrag erhalten hat und die öffentliche Förderung allen Bietern in gleichem Maße zur Verfügung gestanden hätte, handelt es sich nicht um einen beihilferechtlich zu beanstandenden Vorgang.

Ferner sind solche Zuwendungen unschädlich, die einen Betrag von 100.000 EUR nicht überschreiten. Von ihnen geht per se – also ohne weitere Prüfung – keine Gefahr für den gemeinsamen Markt aus. Für Zuwendungen im Zusammenhang mit PPP-Modellen dürfte dieser Schwellenwert jedoch allenfalls geringe Bedeutung erfahren.

¹⁴⁴¹ Darsow, LKV 2002, 1 (2).

¹⁴⁴² Koenig/Kühling, DVBl. 2003, 289 (290).

¹⁴⁴³ Im Rahmen des so genannten "Private-Investor-Test" von der Entscheidung der Kommission vom 25.3.1992 *Hilaturas y Tejidos Andaluces*, ABl. Nr. L 171, S. 54 unter Nr. IV hervorgehoben.

¹⁴⁴⁴ EuGH, Rs. C-390/98, Slg. 2001, I-6147, Textziffer 77 für den Fall einer Beihilfe im Rahmen einer Unternehmenstransaktion; Entscheidung der Kommission vom 25.11.21998 – ABl. 1999 Nr. L 260, S. 1, 9 ff.

¹⁴⁴⁵ Siehe hierzu auch Koenig/Kühling, DÖV 2001, 881 (888 f.).

¹⁴⁴⁶ Europäische Kommission – Generaldirektion Regionalpolitik, *Guidelines für successful public-private partnerships*, März 2003, S. 61.

Rechtsprechungs- und Literaturverzeichnis

1. Rechtsprechung

1.1 Europäischer Gerichtshof

- EuGH, Urteil v. 09. Juli 1987 – Rs. 27 bis 29/86 –, Slg. 1987, 3347 ff.
- EuGH, Urteil v. 20. September 1988 – Rs. 31/87 –, Slg. 1988, 4635 ff.
- EuGH, Urteil v. 14. April 1994 – Rs. C-389/92 –, Slg. 1994 I, 1289 ff.
- EuGH, Urteil v. 19. April 1994 – Rs. C-331/92 –, Slg. 1994 I, 1329 ff.
- EuGH, Urteil v. 28. März 1996 – Rs. C-318/94 –, Slg. 1996 I, 1949 ff.
- EuGH, Urteil v. 18. Dezember 1997 – Rs. C-5/97 –, Slg. 1997 I, 7549 ff.
- EuGH, Urteil v. 15. Januar 1998 – Rs. C-44/96 –, Slg. 1998 I, 73 ff.
- EuGH, Urteil v. 10. November 1998 – Rs. C-360/96 –, Slg. 1998 I, 6821 ff.
- EuGH, Urteil v. 16. September 1999 – Rs. C-27/98 –, Slg. 1999 I, 5697 ff.
- EuGH, Urteil v. 28. Oktober 1999 – Rs. C-81/98 –, Slg. 1999 I, 7671 ff. = NJW 2000, S. 569 ff.
- EuGH, Urteil v. 18. November 1999 – Rs. C-107/98 –, Slg. 1999 I, 8121 ff.
- EuGH, Urteil v. 2. Dezember 1999 – Rs. C-176/98 –, NZBau 2000, S. 149 f.
- EuGH, Urteil v. 26. September 2000 – Rs. C-225/98 –, Slg. 2000 I, 7445 ff. = EWS 2000, S. 509 ff.
- EuGH, Urteil v. 3. Oktober 2000 – Rs. C-380/98 –, Slg. 2000 I, 8035 ff. = WuW/E Verg, 371 ff.
- EuGH, Urteil v. 7. Dezember 2000 – Rs. C-94/99 –, NZBau 2001, S. 99 ff.
- EuGH, Urteil v. 7. Dezember 2000 – Rs. C-324/98 –, Slg. 2000 I, 10745 ff. = NZBau 2001, S. 148 ff. = WuW/E Verg, 385 ff.
- EuGH, Urteil v. 18. Januar 2001, ABL EG, C-150/09, S. 5 ff.
- EuGH, Urteil v. 18. Oktober 2001 – Rs. C-19/00 –, NZBau 2001, S. 693 ff.
- EuGH, Urteil v. 30. März 2002 – Rs. C-358/00 –, NZBau 2003, S. 50 f.
- EuGH, Urteil v. 18. Juni 2002 – Rs. C-92/00 –, NZBau 2002, S. 458 ff.
- EuGH, Urteil v. 12. Dezember 2002 – Rs. C-470/99 –, EuZW 2003, S. 147 ff.
- EuGH, Urteil v. 12. Dezember 2002 – Rs. C-324/00.
- EuGH- Urteil v. 16. Januar 2003 - Rs. C-315/00.
- EuGH, Urteil v. 23. Januar 2003 – Rs. C-57/01 –, NZBau 2003, S. 219 ff.
- EuGH, Urteil v. 23. Januar 2003 – Rs. C-57/01 –, VergabeR 2003, S. 155 ff.
- EuGH, Urteil v. 27. Februar 2003 – Rs. C-373/00 –, IBR 2003, S. 261.

1.2 Gerichte des Bundes

1.2.1 Bundesverfassungsgericht

BVerfG, Beschluss v. 8. Juli 1982 – 2 BvR 1187/80 –, BVerfGE 61, 82 ff.

BVerfG, Beschluss v. 17. September 1988 – 2 BvK 1/98 –, NVwZ 1999, S. 173 ff.

BVerfG, Beschluss v. 23. November 1988 – 2 BvR 1619, 1628/83 –, BVerfGE 79, 127 ff.

BVerfG, Urteil v. 18. April 1989 – 2 BvF 1/82 –, BVerfGE 79, 311 ff.

BVerfG, Beschluss v. 26. Oktober 1994 - 2 BvR 445/91 -, BVerfGE 91, 228 ff.

1.2.2 Bundesgerichtshof

BGH, Urteil v. 28. Juni 1952 – II ZR 263/51 -, LM § 611 BGB Nr. 3.

BGH, Urteil v. 16. Mai 1956 – V ZR 146/54 -, LM PreisstopVO Nr. 7.

BGH, Urteil v. 27. Mai 1959 – V ZR 173/57 -, NJW 1959, S. 1487 ff.

BGH, Urteil v. 26. Oktober 1961 - KZR 1/61 -, BGHZ 36, 91 ff.

BGH, Urteil v. 5. Juli 1965 – VII ZR 89/63 -, WM 1965, S. 1181 ff.

BGH, Urteil v. 10. Juli 1969 – VII ZR 87/67 -, NJW 1970, S. 94 f.

BGH, Urteil v. 25. Februar 1975 - III ZR 12/83 -, BGHZ 91, 84 ff.

BGH, Urteil v. 12. Mai 1976 – VIII ZR 26/75 -, NJW 1976, S. 1539 f.

BGH, Urteil v. 21. Oktober 1976 - VII ZR 327/74 -, MDR 1977, S. 216.

BGH, Urteil v. 9. März 1977 – VIII ZR 192/75 -, NJW 1977, S. 1058 ff.

BGH, Urteil v. 5. April 1978 – VIII ZR 42/77 -, NJW 1978, S. 1383 ff.

BGH, Urteil v. 5. April 1978 – VIII ZR 49/77 -, NJW 1978, S. 1432 ff.

BGH, Urteil v. 20. November 1980 – VII ZR 289/79 -, NJW 1981, S. 757 ff.

BGH, Urteil v. 16. September 1981 – VIII ZR 265/80 -, NJW 1982, S. 105 ff.

BGH, Urteil v. 3. November 1983 - III ZR 227/82 -, MDR 1984, S. 558

BGH, Urteil v. 4. Juli 1984 – VIII ZR 270/83 -, NJW 1984, S. 2878 ff.

BGH, Urteil v. 9. Oktober 1985 – VIII ZR 217/84 -, NJW 1986, S. 179 ff.

BGH, Urteil v. 9. Oktober 1985 - VIII ZR 217/84

BGH, Urteil v. 21. November 1985 – VII ZR 366/83 -, NJW 1986, S. 925 f.

BGH, Urteil v. 19.02.1986 - VIII ZR 91/85 -, NJW 1986, S. 1744 f.

BGH, Urteil v. 19.03.1986 - VIII ZR 81/85, NJW 1986, S. 1746 ff.

BGH, Urteil v. 30. September 1987 – VIII ZR 226/86 -, NJW 1988, S. 198 ff.

BGH, Urteil v. 25. Januar 1989 – VIII ZR 302/87 -, NJW 1989, S. 1279 ff.

BGH, Urteil v. 25. Oktober 1989 – VIII ZR 105/88 -, ZIP 1990, S.175 ff.

BGH, Urteil v. 29. November 1989 – VIII ZR 323/88 -, NJW 1990, S. 829 ff.

BGH, Urteil v. 13. März 1991 – VIII ZR 34/90 -, ZIP 1991, S. 519 ff.

- BGH, Urteil v. 10. Oktober 1991 - III ZR 100/90 -, NJW 1992, S. 171 ff.
- BGH, Urteil v. 10. Oktober 1991 - III ZR 100/90 -, BGHZ 115, 311 ff.
- BGH, Urteil v. 17. Oktober 1991 – III ZR 352/89 -, NJW-RR 1992, S. 560 ff.
- BGH, Urteil v. 25. November 1992 – VIII ZR 170/91 -, NJW 1993, S. 520 ff. = BauR 1993, S. 214 ff.
- BGH, Urteil v. 30. Juni 1994 – VII ZR 116/93 -, NJW 1994, S. 2825 ff.
- BGH, Urteil v. 10. Oktober 1994 - II ZR 220/93 -, NJW 1995, S. 197 f.
- BGH, Urteil v. 17. November 1994 – VII ZR 245/93 -, BGHZ 101, 357 = NJW 1995, S. 526.
- BGH, Urteil v. 22. Dezember 1995 – V ZR 334/94 -, NJW 1996, S. 916 ff.
- BGH, Urteil v. 27. Juni 1996 -VII ZR 59/95 -, NJW 1997, S. 61 f.
- BGH, Urteil v. 20. November 1997 – III ZR 310/95 -, NJW 1998, S. 680 ff.
- BGH, Urteil v. 08. September 1998 – X ZR 99/96 -, ZVgR 1998, S. 565 ff.
- BGH, Urteil v. 08. September 1998 – X ZR 48/97 -, BGHZ 139, 259 ff. = NJW 1998, S. 3636 ff. = BauR 1998, S. 1232 ff.
- BGH, Urteil v. 08. September 1998 - X ZR 99/96-, NJW 1998, S. 3640 ff.
- BGH, Urteil v. 17. Februar 1999 - X ZR 101/97 -, NJW 2000, S. 137 ff.
- BGH, Urteil v. 10. Juni 1999 – VII ZR 215/98 -, NJW 1999, S. 3118 ff.
- BGH, Urteil v. 26. Oktober 1999 - X ZR 30/98 -, NZBau 2000, S. 35 ff.
- BGH, Beschluss v. 19. Dezember 2000 – X ZB 14/00 -, NZBau 2001, S. 151 ff. = VergabeR 2001, S. 71 ff.
- BGH, Urteil v. 29. 1. 2001 - II ZR 331/00 -, NJW 2001, S. 1056 ff.
- BGH, Urteil v. 12. Juni 2001 – X ZR 150/99 -, NJW 2001, S. 3698 ff.
- BGH, Urteil v. 18. Februar 2002 – II ZR 331/00 -, ZIP 2002, S. 614 ff.
- BGH, Urteil v. 16. April 2002 - X ZR 67/00 -, NJW 2002, S. 2558 f.
- BGH, Urteil v. 25. April 2002 - I ZR 250/00 -, NJW 2002, S. 2645 ff.
- BGH, Urteil v. 5. November 2002 - X ZR 232/00 -, VergabeR 2003, S. 163 ff.
- BGH, Urteil v. 12. Dezember 2002 - II ZR 201/01 -, NJW 2003, S. 1318 ff.
- BGH, Urteil v. 25. April 1966 – VII ZR 120/65 -, BGHZ 45, 223 ff.
- BGH, Urteil v. 12. Oktober 1978 – VII ZR 288/77 -, BGHZ 72, 229 ff.
- BGH, Urteil v. 5. April 1979 – VII ZR 308/77 -, BGHZ 74, 204 ff.
- BGH, Urteil v. 10. Mai 1979 – VII ZR 30/78 -, BGHZ 74, 258 ff.
- BGH, Urteil v. 22. Oktober 1981 – VII ZR 310/79 -, BGHZ 82, 100 ff.
- BGH, Urteil v. 12. Juli 1984 – VII ZR 268/83-, BGHZ 92, 123 ff.
- BGH, Urteil v. 21. November 1985 – VII ZR 366/83 -, BGHZ 96, 275 ff.
- BGH, Urteil v. 25. Januar 1989 – VIII ZR 302/87 -, BGHZ 106, 304 ff.
- BGH, Urteil v. 7. Januar 2003 - X ZR 50/01 -.
- BGH, Beschluss v. 18. Februar 2003 – X ZB 43/02 -.

1.2.3 Bundesverwaltungsgericht

- BVerwG, Beschluss v. 5. Januar 1972 - 8 CB 120/71 -, BVerwGE 39, 229 ff.
BVerwG, Urteil v. 22. Februar 1972 - 1 C 24/69 -, BVerwGE 39, 329 ff.
BVerwG, Beschluss v. 19. September 1983 - 8 B 117/82 -, NVwZ 1984, S. 239 ff.
BVerwG, Beschluss v. 10. April 1986 – GmS-OGB 1/85 -, BVerwGE 74, 368 ff.
BVerwG, Beschluss v. 21. März 1995 - 1 B 211/94 -, NJW 1995, S. 2938 ff.
BVerwG, Beschluss v. 23. November 1998 - 8 B 173/98 -, NVwZ 1999, S. 653
BVerwG, Beschluss v. 4. Dezember 1998 - 8 B 184/98 -, NVwZ-RR 1999, S. 336 ff.

1.2.4 Bundesfinanzhof

- BFH, Urteil v. 27. Januar 1955, BStBl 1955, Teil III, S. 94.
BFH, Urteil v. 7. April 1960, BStBl 1960, Teil III, S. 261.
BFH, Urteil v. 27. Januar 1965, BStBl 1965, Teil III, S. 265.
BFH, Urteil v. 21. Dezember 1965, BStBl 1966, Teil III, S. 148.
BFH, Urteil v. 22. Juni 1967, BStBl 1967, Teil III, S. 715.
BFH, Urteil v. 4. April 1968, BStBl 1968, Teil II, S. 411.
BFH, Urteil v. 26. Januar 1970, BStBl 1970, Teil II, S. 264.
BFH, Urteil v. 1. Oktober 1970, BStBl 1971, Teil II, S. 34.
BFH, Urteil v. 18. November 1970, BStBl 1971, Teil II, S. 133.
BFH, Urteil v. 27. Januar 1972, BStBl 1972, Teil II, S. 496.
BFH, Urteil v. 13. Oktober 1973, BStBl 1973, Teil II, S. 210.
BFH, Urteil v. 17. Juli 1974, BStBl 1974, Teil II, S. 684.
BFH, Urteil v. 28. November 1974, BStBl 1975, Teil II, S. 398.
BFH, Urteil v. 26. Februar 1975, BStBl 1975, Teil II, S. 445.
BFH, Urteil v. 26. Februar 1975, BStBl 1976, Teil II, S. 13 ff.
BFH, Urteil v. 19. Juni 1975, BStBl 1976, Teil II, S. 27.
BFH, Urteil v. 2. Juni 1978, BStBl 1978, Teil II, S. 507.
BFH, Urteil v. 14. Dezember 1978, BStBl 1979, Teil II, S. 288.
BFH, Urteil v. 18. Dezember 1980, BStBl 1981, Teil II, S. 197.
BFH, Urteil v. 12. August 1982, BStBl 1982, Teil II, S. 696.
BFH, Urteil v. 3. Mai 1983, BStBl 1983, Teil II, S. 572.
BFH, Urteil v. 2. Mai 1984, BStBl 1984, Teil II, S. 822.
BFH, Urteil v. 22. August 1984, BStBl 1984, Teil II, S. 128.
BFH, Beschluss v. 20. August 1986, BStBl 1986, Teil II, 1988, S. 348.
BFH, Urteil v. 13. März 1987, BStBl 1987, Teil II, S. 465.
BFH, Urteil v. 29. April 1987, BStBl 1987, Teil II, S. 797 ff.

BFH, Urteil v. 18. Januar 1988, BStBl 1989, Teil II, S. 549 ff.
BFH, Urteil v. 19. März 1988, BStBl 1988, Teil III, S. 848.
BFH, Urteil v. 30. Juni 1988, BStBl 1988, Teil II, S. 910.
BFH, Urteil v. 26 April 1989, BStBl 1991, Teil II, S. 213.
BFH, Urteil v. 21. September 1989, BStBl 1990, Teil II, S. 95.
BFH, Urteil v. 02. März 1990, BStBl 1990, Teil II, S. 733, 735.
BFH, Urteil v. 10. Mai 1990, BStBl 1990, Teil II, S. 757.
BFH, Urteil v. 24. Juli 1991, BStBl 1991, Teil II, S. 909.
BFH, Urteil v. 12. September 1991, BStBl 1992, Teil II, S. 182.
BFH, Urteil v. 8. Oktober 1991, BStBl 1992, Teil II, S. 368 ff.
BFH, Urteil v. 8. April 1992, BStBl 1992, Teil II, S. 893.
BFH, Urteil v. 26. August 1992, BStBl 1992, Teil II, S. 977.
BFH, Urteil v. 10. September 1992, BStBl 1993, Teil II, S. 316 ff.
BFH, Urteil v. 3. August 1993, BStBl 1994, Teil II, S. 444.
BFH, Urteil v. 30. Januar 1995, BStBl 1995, Teil II, S. 281.
BFH, Urteil v. 16. Mai 1995, BStBl 1995, Teil II, S. 750.
BFH, Urteil v. 8. November 1995, BStBl 1996, Teil II, S. 114.
BFH, Urteil v. 17. Januar 1996, BFH/NV 1996, S. 579 ff.
BFH, Urteil v. 19. Juni 1997, BStBl 1997, Teil II, S. 808.
BFH, Urteil v. 17. Februar 1998, BStBl 1998, Teil II, S. 506.
BFH, Urteil v. 26. November 1998, BStBl 1999, Teil II, S. 263.
BFH, Urteil v. 17. Februar 1999, BStBl 1999, Teil II, S. 505.
BFH, Urteil v. 9. Juni 2000, BStBl 2000, Teil II, S. 695.
BFH, Urteil v. 27. September 2001 – BFH/NV 2002, S. 143.
BFH, Urteil v. 6. Juni 2002, BFH/NV 2002, S. 1268.
BFH, Urteil v. 3. September 2002, BFH/NV 2003, S. 154.
BFH, Urteil v. 17. Januar 1996, BFH/NV 1996, S. 579 ff.
BFH, Urteil v. 16. Januar 2003, BFH/NV 2003, S. 734.

1.3 Gerichte der Länder

1.3.1 Zivilgerichte

1.3.1.1 Baden-Württemberg

OLG Karlsruhe, Beschluss v. 25. Juni 2001 - 9 U 203/00 -, NZBau 2002, S. 109 f.
OLG Stuttgart, Beschluss v. 9. August 2001 – 2 Verg 3/01 -, NZBau 2002, S. 292 ff.
OLG Stuttgart, Beschluss v. 16. September 2002 - 2 Verg 12 -.

1.3.1.2 Bayern

- BayObLG, Beschluss v. 10. November 1999 – Verg 8/99 -, NZBau 2000, S. 94 f.
- BayObLG, Beschluss v. 20. Dezember 1999 – Verg 8/99 -, NZBau 2000, S. 259 ff.
- BayObLG, Beschluss v. 12. April 2000 – Verg 1/00 -, NZBau 2000, S. 481 ff.
- BayObLG, Beschluss v. 21. Dezember 2000 – Verg 13/00 -, VergabeR 2001, S. 131 ff.
- BayObLG, Beschluss v. 20. August 2001 – Verg 11/01 -, VergabeR 2002, S. 77 ff.
- BayObLG, Beschluss v. 11. Dezember 2001 - Az: Verg 15/01 -, VergabeR 2002, S. 55 ff.
- BayObLG, Beschluss v. 22. Januar 2002 – Verg 18/01 -, VergabeR 2002, S. 244 ff.
- BayObLG, Beschluss v. 19. März 2002 – Verg 2/02 -, VergabeR 2002, S. 252 ff.
- BayObLG, Beschluss v. 29. April 2002 – Verg 10/02 -, VergabeR 2002, S. 504 f.
- BayObLG, Beschluss v. 3. Juli 2002 - Verg 13/02 -, NZBau 2003, S. 105 ff = VergabeR 2002, S. 637 ff.
- BayObLG, Beschluss v. 17. Juni 2002 – Verg 14/02 -, VergabeR 2002, S. 485 ff.
- BayObLG, Beschluss v. 28. August 2002 – Verg 20/02 -, VergabeR 2003, S. 76 f.
- BayObLG, Beschluss v. 5. November 2002 - Verg 22/02 -, ZfBR 2003, S. 205 ff. = VergabeR 2003, S. 186 ff.
- BayObLG, Beschluss v. 10. September 2002 – Verg 23/02 -.
- BayObLG, Beschluss v. 8. November 2002 – Verg 27/02 -.
- BayObLG, Beschluss v. 27. Februar 2003 - Verg 1/03 -.
- OLG München, Urteil v. 28. Januar 1981 – 27 U 516/80 -, NJW 1981, S. 1104 ff.
- OLG Nürnberg, Urteil v. 18. September 1985 - 4 U 3597/84 -, NJW 1986, S. 437 f.

1.3.1.3 Berlin

- KG, Beschluss v. 05. September 2000 - KartVerg 15/00.
- KG, Beschluss v. 22. August 2001 - KartVerg 3/01, VergabeR 2001, S. 392 ff.
- KG, Beschluss v. 04. April 2002 - KartVerg 5/02 -, VergabeR 2002, S. 235 ff.
- KG, Beschluss v. 15. April 2002 - KartVerg 3/02 -, VergabeR 2002, S. 398 ff.
- KG, Beschluss v. 10. Dezember 2002 - KartVerg 16/02 -, VergabeR 2003, S. 180 ff.

1.3.1.4 Brandenburg

- OLG Brandenburg, Beschluss v. 03. August 1999 - 6 Verg 1/99 -, DB 1999, S. 1793 ff. NZBau 2000, S. 39.
- OLG Brandenburg, Beschluss v. 03. August 2001 – Verg 3/01 -, NZBau 2001, S. 645 ff. = MMR 2001, 818 ff.
- OLG Brandenburg, Beschluss v. 19. Dezember 2002 - Verg W 9/02 -, NZBau 2003, S. 229 ff. = VergabeR 2003, S. 168 ff.

1.3.1.5 Bremen

OLG Bremen, Beschluss v. 20. Juli 2000 - Verg 1/2000 -, BauR 2001, S. 94 ff.

1.3.1.6 Hamburg

OLG Hamburg, Beschluss v. 12. Dezember 2000 – 1 Verg 1/00 -, NZBau 2001, S. 460 ff.

OLG Hamburg, Beschluss v. 25. Februar 2002 - 1 Verg 1/01 -, NZBau 2002, S. 519 ff.

OLG Hamburg, Beschluss v. 4. November 2002 - 1 Verg 3/02 -, VergabeR 2003, S. 40 ff. = ZfBR 2003, S. 186 ff.

1.3.1.7 Hessen

OLG Frankfurt am Main, Beschluss v. 16. Mai 2000 - 11 Verg 1/99 -, NZBau 2001, S. 101 ff.

OLG Frankfurt am Main, Beschluss v. 10. April 2001 - 11 Verg 1/01 -, VergabeR 2001, S. 299 ff.

1.3.1.8 Mecklenburg-Vorpommern

OLG Rostock, Beschluss v. 29. September 1999 - 17 WVerG 1/99 -, NZBau 2000, S. 479 ff.

1.3.1.9 Niedersachsen

OLG Celle, Beschluss v. 30. April 1999 - 13 Verg 1/99 -, NZBau 2000, S. 105 ff.

OLG Celle, Beschluss v. 23. März 2000 – 13 Verg 1/00 00 -, OLGR Celle 2001, S. 55 ff.

OLG Celle, Beschluss v. 23. Februar 2001 - 13 Verg 3/01 -, VergabeR 2001, S. 252 ff.

OLG Celle, Beschluss v. 04. Mai 2001 - 13 Verg 5/00 -, NZBau 2002, S. 53 f. = VergabeR 2001, S. 325 ff.

OLG Celle, Beschluss v. 08. November 2001 - 13 Verg 9/01 -, VergabeR 2002, S. 154 ff.

OLG Celle, Beschluss v. 08. November 2001 - 13 Verg 12/01 -, VergabeR 2002, S. 176 ff.

OLG Celle, Beschluss v. 16. Januar 2002 - 13 Verg 1/02 -, VergabeR 2002, S. 299 ff.

LG Hannover, Urteil v. 17. April 1997 – 21 O 38/97 (Kart) -, EuZW 1997, S. 638 ff.

1.3.1.10 Nordrhein-Westfalen

OLG Düsseldorf, Urteil v. 05. März 1993 – 22 U 220/92 -, BauR 1993, S. 597 ff.

OLG Düsseldorf, Urteil v. 12. Oktober 1995 - 13 U 134/94 -, NWVBl. 1996, S. 277 ff.

OLG Düsseldorf, Urteil v. 26. September 1997 – 22 U 10-97 -, NJW-RR 1998, S. 454 ff.

OLG Düsseldorf, Urteil v. 13. April 1999 - Verg 1/99 -, ZVgR 1999, S. 61 ff =NJW 2000, S. 145 ff.

OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12. Januar 2000 - Verg. 3/99 -, NVwZ 2000, S. 714 ff.

OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12. Januar 2000 - Verg 4/99 -, NZBau 2000, S. 391 ff.

OLG Düsseldorf, Beschluss v. 10. Mai 2000 - Verg 5/00 -, NZBau 2000, S. 540 ff.

- OLG Düsseldorf, Beschluss v. 15. Juni 2000 - Verg 6/00 -, NZBau 2000, S. 440 ff.
- OLG Düsseldorf, Beschluss v. 05. Juli 2000 – Verg 5/99 -, NZBau 2001, S. 106 ff.
- OLG Düsseldorf, Beschluss v. 05. Oktober 2000 - Verg 14/00 - (Zwischenentscheidung zu NZBau 2003, S. 60).
- OLG Düsseldorf, Beschluss v. 18. Oktober 2000 - Verg 3/00 -, NZBau 2001, S. 155 ff.
- OLG Düsseldorf, Beschluss v. 14. Februar 2001 - Verg 13/00 -, VergabeR 2001, S. 210 ff.
- OLG Düsseldorf, Beschluss v. 14. Februar 2001 - Verg 14/00 -, NZBau 2003, S. 60.
- OLG Düsseldorf, Beschluss v. 14. März 2001 - Verg 30/00 -, VergabeR 2001, S. 226 ff.
- OLG Düsseldorf, Beschluss v. 20. Juni 2001 – Verg 3/01 -, NZBau 2001, S. 696 ff. = VergabeR 2001, S. 329 ff.
- OLG Düsseldorf, Beschluss v. 16. August 2001 - Verg 28/01 -, VergabeR 2001, S. 429 ff.
- OLG Düsseldorf, Beschluss v. 19. Dezember 2001 - Verg 42/01 -, NZBau 2002, S. 287 ff.
- OLG Düsseldorf, Beschluss v. 29. Dezember 2001 - Verg 22/01 -, VergabeR 2002, S. 267 ff.
- OLG Düsseldorf, Beschluss v. 28. Februar 2002 - Verg 40/01 -, NZBau 2003, S. 173 ff.
- OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11. März 2002 - Verg 43/01 -, NZBau 2003, S. 55 ff. = VergabeR 2002, S. 404 ff.
- OLG Düsseldorf, Beschluss v. 30. April 2003 - Verg 67/02 -.
- OLG Düsseldorf, Beschluss v. 08. Mai 2002 - Verg 5/02 -, NZBau 2002, S. 697 ff. = VergabeR 2002, S. 655 ff.
- OLG Düsseldorf, Beschluss v. 17. Juni 2002 - Verg 18/02 -, NZBau 2002, S. 626 ff. = VergabeR 2002, S. 471 ff.
- OLG Düsseldorf, Beschluss v. 25. Juli 2002 - Verg 33/02 -, VergabeR 2003, S. 105 ff.
- OLG Düsseldorf, Beschluss v. 26. Juli 2002 - Verg 22/02 -, VergabeR 2002, S. 607 ff.
- OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11. April 2003 – Verg 9/03 -.
- OLG Hamm, Urteil v. 10. März 1981 – 4 U 247/80 -, DB 1981, S. 885 f.
- OLG Hamm, Urteil v. 27. September 1991 – 26 U 31/91 -, NJW-RR 1992, S. 153 ff.
- OLG Hamm, Beschluss v. 4. März 1993 – 15 W 295/92 -, NJW-RR 1993, S. 845 ff.
- OLG Köln, Urteil v. 20. September 1996 – 19 U 23/96 -, NJWE-MietR 1997, S. 63 ff.

1.3.1.11 Rheinland-Pfalz

- OLG Koblenz, Beschluss v. 10. August 2000 – 1 Verg 2/00 -, NZBau 2000, S. 534 ff.
- OLG Koblenz, Beschluss v. 15. März 2001 - 1 Verg 1/01 -, BauR 2001, S. 1968 ff. = VergabeR 2002, S. 445 ff.
- OLG Koblenz, Beschluss v. 25. März 2002 - 1 Verg 1/02 -, NZBau 2002, S. 526 ff. = VergabeR 2002, S. 384 ff.
- OLG Koblenz, Beschluss v. 5. September 2002 – 1 Verg 2/02 -, NZBau 2002, S. 699 ff. = VergabeR 2002, S. 617 ff.

1.3.1.12 Saarland

- OLG Saarbrücken, Urteil v. 24. Januar 1999 – 5 Verg 1/99-, ZVgR 2000, S. 181 ff.
OLG Saarbrücken, Beschluss v. 29. Mai 2002 - 5 Verg 1/01 -, VergabeR 2002, S. 493 ff.
OLG Saarbrücken, Beschluss v. 13. November 2002 - 5 Verg 1/02 -, IBR 2003, S. 42 (red. Leitsatz).

1.3.1.13 Sachsen

- OLG Dresden, Urteil v. 27. Juli 1998 - 7 U 443/98 -, NVwZ 1998, S. 1331 ff.
OLG Dresden, Beschluss v. 10. Januar 2000 - WVerG 01/99 -, BauR 2000, S. 1582 f.
OLG Dresden, Beschluss v. 5. Januar 2001 - WVerG 11/00 und 12/00 -, NZBau 2001, S. 459 ff. = VergabeR 2001, S. 41 ff.
OLG Dresden, Beschluss v. 16. Oktober 2001 - W Verg 07/01 -, VergabeR 2002, S. 142 ff.
OLG Dresden, Beschluss v. 9. November 2001 - WVerG 09/01 -, NZBau 2002, S. 351 f. = VergabeR 2002, S. 138 ff.
OLG Dresden, Beschluss v. 6. Juni 2002 - WVerG 5/02 -, VergabeR 2003, S. 64 ff.
OLG Dresden, Urteil v. 11. Juli 2001 - 6 U 254/01 -, SächsVBl. 2002, S. 63 ff.
OLG Dresden, Beschluss v. 23. Juli 2002 - WVerG 7/02 -, WuW 2003, S. 106 ff. = WuW/E Verg I, S. 694 ff. = SächsVBl. 2002, S. 274 ff.
OLG Dresden, Beschluss v. 3. Dezember 2002 - WVerG 15/02 -, NZBau 2003, S. 169 ff. = VergabeR 2003, S. 45 ff.

1.3.1.14 Sachsen-Anhalt

- OLG Naumburg, Beschluss v. 27. Dezember 1999 – Verg 4/99 -, ZVgR 2000, S. 68 ff.
OLG Naumburg, Beschluss v. 21. Dezember 2000 – Verg 10/00 –, WuW/E Verg S. 493 ff.
OLG Naumburg, Beschluss v. 7. Mai 2002 - 1 Verg 19/01 -, VergabeR 2002, S. 520 ff.
OLG Naumburg, Beschluss v. 16. September 2002 - 1 Verg 2/02 -, ZfBR 2003, S. 182 ff.
OLG Naumburg, Vorlagebeschluss v. 08. Januar 2003 – 1 Verg 7/02 -, NZBau 2003, S. 224 ff. = VergabeR 2003, S. 196 ff.

1.3.1.15 Schleswig-Holstein

- OLG Schleswig, Beschluss v. 6. Juli 1999 - 6 U KArt. 22/99 -, NZBau 2000, S. 100 ff.
OLG Schleswig, Beschluss v. 13. Februar 2001 - 6 Verg 1/01 -, VergabeR 2001, S. 214 ff.

1.3.1.16 Thüringen

- Thüringer OLG, Beschluss v. 22. November 2000 – 6 Verg 8/00 -, VergabeR 2001, S. 52 ff.
Thüringer OLG, Beschluss v. 14. November 2001 - 6 Verg 6/01 -, VergabeR 2002, S. 165 ff.
Thüringer OLG, Beschluss v. 5. Dezember 2001 - 6 Verg 3/01 -, VergabeR 2002, S. 160 ff.
Thüringer OLG, Beschluss v. 5. Dezember 2001 – 6 Verg 4/01 -, VergabeR 2002, S. 256 ff.

Thüringer OLG, Beschluss v. 29. Mai 2002 - 6 Verg 2/02 -, NZBau 2002, S. 526 = VergabeR 2002, S. 543 f.

Thüringer OLG, Beschluss v. 30. Mai 2002 – 6 Verg 3/02 -, VergabeR 2002, S. 488 ff.

Thüringer OLG, Beschluss v. 9. September 2002 - 6 Verg 4/02 -, VergabeR 2002, S. 631 ff.

Thüringer OLG, Beschluss v. 24. Februar 2003 – 6 Verg 1/03.

1.3.2 Verfassungsgerichte

BerlVerfGH, Urteil v. 21 Oktober 1999 - VerfGH 42/99 -, NVwZ 2000, S. 794 ff.

BerlVerfGH, Urteil v. 21 März 2003 - VerfGH 6/01 -, Quelle:
<http://www.berlin.de/SenJust/Gerichte/LVerfGH/presse/archiv/12000/index.html>.

NdsStGH, Urteil v. 10. Juli 1997 – StGH 10/95 -, NVwZ 1998, S. 1288 ff.

RhPfVerfGH, Urteil v. 20. November 1996 - VGH N 3/96 -, NVwZ-RR 1998, S. 145 ff.

RhPfVerfGH, Urteil v. 28. März 2000 - VGH N 12/98 -, NVwZ 2000, S. 801 ff.

1.3.3 Verwaltungsgerichte

OVG Greifswald, Urteil v. 7. November 1996 - 4 K 11/96 -, DVBl. 1997, S. 1072 f.

OVG Greifswald, Urteil v. 25. Februar 1998 - 4 K 8/97 -, NordÖR 1998, S. 256 ff.

VGH Kassel, Beschluss v. 27. April 1999 - 5 N 3909/98 -, NVwZ-RR 2000, S. 243 ff.

OVG Koblenz, Urteil v. 9. Mai 1984 - 2 A 64/83 -, DVBl. 1985, S. 176 f.

OVG Koblenz, Urteil v. 1. Dezember 1994 - 12 A 11892/92 -, NVwZ-RR 1996, S. 230 ff.

OVG Lüneburg, Urteil v. 11. Juli 1989 - 9 L 39/89 -, NVwZ 1990, S. 91 ff.

OVG Lüneburg, Urteil v. 24. Juni 1998 - 9 L 2722/96 -, NdsVBl. 1998, S. 289 ff.

OVG Lüneburg, Urteil v. 22. Januar 1999 - 9 L 1803/97 -, NVwZ 1999, S. 1128 ff.

VGH München, Urteil v. 2. März 2000 - 4 N 99/68 -, NVwZ-RR 2001, S. 120 ff.

OVG Münster, Urteil v. 26. Februar 1982 - 2 A 1667/79 -, Gemeindehaushalt 1983, S. 113.

OVG Münster, Urteil v. 5. August 1982 - 15 A 1634/81 -, NJW 1983, S. 2517 ff.

OVG Münster, Urteil v. 28. November 1986 - 22 A 1206/81 -, NVwZ 1987, S. 727 ff.

OVG Münster, Urteil v. 23. Mai 1990 – 13 A 1342/88 -, NJW 1991, S. 61 ff.

OVG Münster, Urteil v. 5. August 1994 - 9 A 1248/92 -, NVwZ 1995, S. 1233 ff.

OVG Münster, Teilurteil v. 15. Dezember 1994 - 9 A 2251/93 -, NVwZ 1995, S. 1238 ff.

OVG Münster, Urteil v. 24. Juli 1995 - 9 A 2251/93 -, NVwZ-RR 1996, S. 695 ff.

OVG Schleswig, Urteil v. 24. Juni 1998 - 2 L 113/97 -, NordÖR 1998, S. 314 ff.

VG Düsseldorf, Urteil v. 3. März 1999 -16 KA 6550/95 -.

VG Frankfurt/Oder, Beschluss v. 23. Februar 2000 – 1 L 826/99 -, AbfallPrax 2000, S. 124 ff.

VG Frankfurt/Oder, Beschluss v. 22. Januar 2001 – 1 L 1250/99 -, LKV 2002, S. 99 ff.

VG Gera, Beschluss v. 5. Februar 2002 - 2 E 38/02 -, ThürVBl. 2002, S. 216 ff.

1.3.4 Finanzgerichte

FG Berlin, Beschluss vom 15. März 2002

FG Brandenburg, Urteil v. 25. Februar 2002, - 1 K 767/00, nrkr.

FG München, Beschluss vom 15. Mai 2000, - 3 V 560/00

1.4 Vergabekammern

1.4.1 Bund

VK Bund, Beschluss v. 7. April 1999 – VK A-19/99 -.

VK Bund, Beschluss v. 29. April 1999 - VK 1 7/99 -, NJW 2000, S. 151 ff.

VK Bund, Beschluss v. 26. Mai 2000 – VK 2-8/00 -.

VK Bund, Beschluss v. 27. Juli 2001 – VK 2-20/01 -.

VK Bund, Beschluss v. 10. Juli 2002 - VK 2-24/02 -.

VK Bund, Beschluss v. 10. Juli 2002 - VK 2-34/02 -.

VK Bund, Beschluss v. 19. Juli 2002 - VK 1-37/02 -.

VK Bund, Beschluss v. 11. September 2002 - VK 2-42/02 -.

VK Bund, Beschluss v. 10. Dezember 2002 - VK 1-93/02 -.

VK Bund, Beschluss v. 12. Dezember 2002 - VK 1-83/02 -.

VK Bund, Beschluss v. 12. Dezember 2002 - VK 2-92/02 -.

VK Bund, Beschluss v. 14. Januar 2003 - VK 1-97/02 -.

VK Bund, Beschluss v. 20. Januar 2003 – VK 1-99/02 -.

VK Bund, Beschluss v. 30. Januar 2003 – VK 1-01/03 -.

VK Bund, Beschluss v. 28. April 2003 – VK 1-19/03 -.

1.4.2 Baden-Württemberg

VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 8. November 2000 - 1 VK 23/00 -.

VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 19. Dezember 2000 – 1 VK 32/00 -.

VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 24. Januar 2001 - 1 VK 34/00 und 1/01 -.

VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 20. September 2001 - 1 VK 26/01 -.

VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 26. März 2002 -1 VK 7/02 -.

VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 3. Juni 2002 - 1 VK 20/02 -.

VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 20. Juni 2002 - 1 VK 27/02 -.

VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 30. August 2002 - 1 VK 41/02 -.

VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 26. März 2003 – 1 VK 7/02 -.

1.4.3 Bayern

VK Nordbayern, Beschluss v. 15. Februar 2002 - 320.VK-3194-02/02 -.

VK Nordbayern, Beschluss v. 14. Januar 2003 - 320.VK-3194-46/02 -.

VK Nordbayern, Beschluss v. 23. Januar 2003 - 320.VK-3194-47/02 -.

VK Nordbayern, Beschluss v. 6. Februar 2003 – 320.VK-3194-01/03 -.

VK Südbayern, Beschluss v. 11. Juli 2001 - 21-06/01 -.

VK Südbayern, Beschluss v. 8. Oktober 2001 - 28-08/01 -.

VK Südbayern, Beschluss v. 23. Oktober 2001 - 32-09/01 -.

1.4.4 Berlin

VK Berlin, Beschluss v. 31. Mai 2000 – VK-B2-15/00 -.

1.4.5 Brandenburg

VK Brandenburg, Beschluss v. 18. Juli 2001 - 1 VK 55/01 -.

VK Brandenburg, Beschluss v. 1. Februar 2002 - 2 VK 119/01 -.

VK Brandenburg, Beschluss v. 12. Februar 2002 - 2 VK 123/01 -.

VK Brandenburg, Beschluss v. 17. Mai 2002 - VK 23/02 -.

VK Brandenburg, Beschluss v. 30. Juli 2002 - VK 38/02 -.

VK Brandenburg, Beschluss v. 17. September 2002 – VK 50/02 -.

VK Brandenburg, Beschluss v. 1. Oktober 2002 – VK 53/02 -.

1.4.6 Bremen

VK Bremen, Beschluss v. 23. August 2001 - VK 1/01 -.

VK Bremen, Beschluss v. 11. November 2002 - 810 VK 4/02 -.

1.4.7 Hessen

VK Hessen, Beschluss v. 12. September 2001 - 69 d VK 30/2001 -.

VK Hessen, Beschluss v. 18. Februar 2002 – 69 d-VK-49/2001 -.

VK Hessen, Beschluss v. 3. Februar 2003 - 69 d VK 74/2002 -.

1.4.8 Mecklenburg-Vorpommern

VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss v. 21. September 1999 – 1 VK 11/99 -.

1.4.9 Niedersachsen

VK Lüneburg, Beschluss v. 10. August 1999 - 203-VgK-6/1999 -, NZBau 2001, S. 51 ff.

VK Lüneburg, Beschluss v. 2. Februar 2000 - 203-VgK-01/2000 -.

VK Lüneburg, Beschluss v. 13. Oktober 2000 - 203-Vgk-11/2000 -.
VK Lüneburg, Beschluss v. 13. Juli 2001 – 203-VgK-14/2001 -.
VK Lüneburg, Beschluss v. 14. Januar 2002 – 203-VgK-22/2001 -.
VK Lüneburg, Beschluss v. 15. Januar 2002 – 203-VgK-24/2001 -, NZBau 2002, S. 295 f.
VK Lüneburg Beschluss v. 26. April 2002 - 203-VgK-06/2002 -.
VK Lüneburg Beschluss v. 10. September 2002, 203-VgK-15/2002 -.
VK Lüneburg Beschluss v. 8. November 2002 - 203-VgK-24/2002 -.
VK Lüneburg, Beschluss v. 21. Januar 2003 - 203-VgK-30/2002 -.

1.4.10 Nordrhein-Westfalen

VK Arnsberg, Beschluss v. 23. August 1999 - VK 11/99 -.
VK Arnsberg, Beschluss v. 22. Oktober 2001 – VK 1-13/2001 -.
VK Düsseldorf, Beschluss v. 7. Juli 2000 – VK-12/2000-L -, NZBau 2001, S. 46 ff.
VK Köln, Beschluss v. 14. Mai 2001 - VK 04/2001 -.
VK Köln, Beschluss v. 11. Dezember 2001 - VK 20/2001 -.
VK Münster, Beschluss v. 9. März 2001 – VK 1/01 bis 8/01 -.
VK Münster, Beschluss v. 22. August 2002 – VK 07/02 -.
VK Münster, Beschluss v. 14. November 2002 - VK 16/02 -.

1.4.11 Rheinland-Pfalz

VK Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 30. April 2002 - VK 6/02 -.

1.4.12 Sachsen

VK Sachsen, Beschluss v. 9. März 2000 – 1/SVK/71-00 -.
VK Sachsen, Beschluss v. 14. August 2000 - 1/SVK/71-00 -, AbfallPrax 2000, S. 199 ff.
VK Sachsen, Beschluss v. 26. Juli 2001 - 1/SVK/73-01 -.
VK Sachsen, Beschluss v. 2. August 2001 - 1/SVK/70/01 -.
VK Sachsen, Beschluss v. 2. Oktober 2001 – 1/SVK/88/01 -.
VK Sachsen, Beschluss v. 29. November 2001 - 1/SVK/109-01 -.
VK Sachsen, Beschluss v. 1. Februar 2002 - 1/SVK/131-01 -.
VK Sachsen, Beschluss v. 13. Mai 2002 - 1/SVK/027-02 -.
VK Sachsen, Beschluss v. 5. Juli 2002 - 1/SVK/064-02 -.
VK Sachsen, Beschluss v. 15. August 2002 - 1/SVK/075-02 -, IBR 2002, S. 63 ff.
VK Sachsen, Beschluss v. 13. September 2002 - 1/SVK/082-02 -.
VK Sachsen, Beschluss v. 30. September 2002 - 1/SVK/87-02 -.

1.4.13 Sachsen-Anhalt

VK Halle, Beschluss v. 3. Mai 2002 - VK Hal 03/02 -.

VK Magdeburg, Beschluss v. 6. Juni 2002 - 33-32571/07 VK 05/02 MD -.

VK Magdeburg, Beschluss v. 3. Februar 2003 – 33-32571/07 VK 18/02 MD -.

1.4.14 Thüringen

VK Thüringen, Beschluss v. 20. März 2001 - 216-4003.20-001/01-SHL-S -.

VK Thüringen, Beschluss v. 17. April 2002 - 216-4002.20-008/02-SHL-S -, IBR 2002, S. 499 ff.

1.4.15 Vergabeüberwachungsausschüsse

1.4.15.1 Bund

VÜA Bund, Beschluss v. 13. Dezember 1995 – 1 VÜ 6/95 -, ZfBR 1996, S. 271 ff. = Fischer/Noch, EzEG-VergabeR, III 10a.

VÜA Bund, Beschluss v. 24. Mai 1996 – 1 VÜ 2/96 -, WuW/E VergAB, S. 79 ff. = Fischer/Noch, EzEG-VergabeR, III 17.

VÜA Bund, Beschluss v. 30. Oktober 1996 – 1 VÜ 19/96 -, WuW/E Veg, S. 55 ff. = Fischer/Noch, EzEG-VergabeR, III 26.

VÜA Bund, Beschluss v. 17. Dezember 1997 - 1 VÜ 23/97 -, Fischer/Noch, EzEG-VergabeR, III 50.

VÜA Bund, Beschluss v. 9. Juni 1998 - 2 VÜ 22/98 -.

1.4.15.2 Baden-Württemberg

VÜA Baden-Württemberg, Beschluss v. 31. August 1998 – 1 VÜ 4/98 -, Fischer/Noch, EzEG-VergabeR, IV 2.13.

VÜA Baden-Württemberg, Beschluss v. 28. Mai 1999 - 1 VÜ 7/99 -.

1.4.15.3 Bayern

VÜA Bayern, Beschluss v. 09. Februar 1996 – VÜA 8/95 –, WuW/E VergAL S. 92 ff. = Fischer/Noch, EzEG-VergabeR, IV 1.6.

VÜA Bayern, Beschluss v. 28. Februar 1997 – VÜA 14/96 -, Fischer/Noch, EzEG-VergabeR, IV 1.15.

VÜA Bayern, Beschluss v. 17. April 1997 – VÜA 20/96 -, Fischer/Noch, EzEG-Vergaberecht, IV 1.17.

VÜA Bayern, Beschluss v. 28. August 1998 – VÜA 16/97 -, ZVgR 1998, S. 584 ff. = Fischer/Noch, EzEG-VergabeR, IV 1.31.

VÜA Bayern, Beschluss v. 22. Juni 1999 – VÜA 31/98 -, Fischer/Noch, EzEG-VergabeR, IV 1.51.

VÜA Bayern, Beschluss v. 09. Februar 1996 – VÜA 8/95 –, WuW/E VergAL S. 92 ff. = Fischer/Noch, EzEG-VergabeR, IV 1.6.

VÜA Bayern, Beschluss v. 28. Februar 1997 – VÜA 14/96 -, Fischer/Noch, EzEG-VergabeR, IV 1.15.

VÜA Bayern, Beschluss v. 17. April 1997 – VÜA 20/96 -, Fischer/Noch, EzEG-Vergaberecht, IV 1.17.

VÜA Bayern, Beschluss v. 28. August 1998 – VÜA 16/97 -, ZVgR 1998, S. 584 ff. = Fischer/Noch, EzEG-VergabeR, IV 1.31.

VÜA Bayern, Beschluss v. 22. Juni 1999 – VÜA 31/98 -, Fischer/Noch, EzEG-VergabeR, IV 1.51.

VÜA Brandenburg, Beschluss v. 9. Mai 1996 – VÜA 3/96 -, WuW/E VergAL, S. 39 ff. = Fischer/Noch, EzEG-VergabeR, IV 4.2.

1.4.15.4 Hessen

VÜA Hessen, Beschluss v. 3. Februar 1997 – VÜ 4/96 -, Fischer/Noch, EzEG-VergabeR, IV 7.4.

VÜA Hessen, Fischer/Noch, EzEG-VergabeR, IV 7.10.

1.4.15.5 Niedersachsen

VÜA Niedersachsen, Beschluss v. 1. September 1997 - Tgb-Nr. 11/97 -, ZVgR 1998, S. 407 ff.

1.4.15.6 Rheinland-Pfalz

VÜA Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 6. Dezember 1995 - VÜ 3/95 -, Fischer/Noch, EzEG-VergabeR, IV 11.2.

VÜA Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 30. März 1999 – VÜ 6/98 -, Fischer/Noch, EzEG-VergabeR, IV 11.8.

2. Verwaltungsvorschriften und sonstige Stellungnahmen der öffentlichen Hand

Arbeitsgruppe „Private Finanzierung Öffentlicher Infrastruktur“: Bericht, Schriftenreihe des BMF, (Heft 44) 1991.

Bayerischer Oberster Rechnungshof: Jahresbericht 1994, Auszug Nr. 17 „Privatfinanzierung staatlicher Bauaufgaben“.

Bayerischer Oberster Rechnungshof: Jahresbericht 1999, Auszug Nr. 19 „Private Vorfinanzierung staatlicher Baumaßnahmen“.

Bayerisches Staatsministerium des Innern: Bekanntmachung vom 28.1.1993, AllMBL. 1993, S. 291

Bayerischen Staatministerien des Innern, der Finanzen und für Landesentwicklung und für Umweltfragen: Gemeinsame Bekanntmachung. Besondere Formen der Zusammenarbeit mit Privaten bei der Erfüllung kommunaler Aufgaben, 20.3.2001, AllMBL. Nr. 4/2001, S. 148.

- Bayerischen Staatsregierung: Mittelstandsrichtlinien Öffentliches Auftragswesen der Bayerischen Staatsregierung, AllMBl., S. 667.
- Bund/Länder-Arbeitsausschusses „Haushaltsrecht und Haushaltssystematik“: Ergebnis der Sitzung vom 8./9. Mai 1996 zum Thema „Private Vorfinanzierung öffentlicher Investitionen.
- Bundesministerium der Finanzen: Schreiben v. 21. März 1972, BStBl 1972, Teil I, S. 188.
- Bundesministerium der Finanzen: Schreiben v. 15. Januar 1976, BStBl 1976, Teil I, S. 66, Rn. 6.
- Bundesministerium der Finanzen: Schreiben v. 15. November 1984, BStBl 1984, Teil I, S. 561.
- Bundesministerium der Finanzen: Schreiben v. 23. Juli 1986, BStBl 1986, Teil I, S. 433 (Punkt C).
- Bundesministerium der Finanzen: Schreiben v. 24. Juni 1987, BStBl 1987, Teil I, S. 474.
- Bundesministerium der Finanzen: Schreiben v. 21. Februar 1990, BStBl 1990, Teil I, S. 146.
- Bundesministerium der Finanzen: Schreiben v. 23. Dezember 1991, BStBl 1992, Teil I, S. 13.
- Bundesministerium der Finanzen: Schreiben v. 16. Dezember 1996, BStBl 1996, Teil I, S. 1442.
- Bundesministerium der Finanzen: Schreiben v. 14. November 2000, BStBl 2000, Teil I, S. 1514.
- Bundesministerium der Finanzen: Schreiben v. 30. Januar 2003 - IV B7 -S7100 - 13/3 -, in: Umsatzsteuer- Rundschau 03/2003, S. 152.
- Bundesministerium der Finanzen: RdSchr. d. BMF v. 31.8.1995-II A 3-H 1005-22/95, GMBI. 1995 S. 764.
- Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit: Umweltpolitik, rechtliche und wirtschaftliche Aspekte bei der Einbeziehung privater Dritter in dem Bereich der Abwasserbeseitigung, Bonn 1997.
- Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen: Allg. Rundschreiben Straßenbau Nr. 31/1997 vom 30. Juni 1997 - StB 12/70.10.00/17 Va 97 I -.
- Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen: Gutachten und Erläuterungsbericht zu einem Musterkonzessionsvertrag, einer Mustermautverordnung und Ausschreibungs- und Verdingungsunterlagen nach dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz, Forschung, Straßenbau und Straßenverkehrstechnik, Heft 822, Bonn 2001.
- Bundesrechnungshof: Bemerkungen zur Haushalts- und Wirtschaftsführung 1999, BT-Drs. 14/1667 vom 11. Oktober 1999.
- Bundesregierung: Moderner Staat - Moderne Verwaltung. Das Programm der Bundesregierung, 1999.
- Deutscher Bundesrat: BR-Drs. 455/00, Beschluss vom 10. November 2000.
- Deutscher Bundestag: BT-Drs. 13/9340, S. 18.
- Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss (DVA): Papier zu den Möglichkeiten und Grenzen der Zusammenfassung von Fach- und Teillosten bei der Vergabe von Bauleistungen nach der VOB/A, in: NZBau 2000, S. 555 ff.

- Europäische Kommission: Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, Mitteilung v. 11. März 1998 - KOM/98/0143 endgültig -, S. 21.
- Europäische Kommission: Geänderter Vorschlag der Kommission für eine BLD-RL vom 6. Mai 2002, KOM (2002) 236 endgültig, S. 11.
- Europäische Kommission: Guidelines for successful Public Private Partnerships, Brüssel 2003.
- Europäische Kommission: Mitteilung der EU-Kommission zu Auslegungsfragen bei Konzessionen, 2000/C 121/02, ABI. EG vom 29.4.2001; Entwurf vom 24.2.1999, 1999/C 94/04, Abl. EG C 94 vom 7.4.1999; vgl. auch Abl. EG 1998/C 21/53-54.
- Europäische Kommission: Stellungnahme gem. Art 228 EG-Vertrag gegenüber der Bundesrepublik Deutschland vom 30. Januar 2001, in: Monatsinfo des forum vergaberecht e.V., Heft 2/2001.
- Europäische Kommission: Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2000) 275 endgültig, S. 6.
- Europäisches Parlament: Legislative EntschlieÙung des Europäischen Parlaments zu dem Gemeinsamen Standpunkt des Rates in Bezug auf den Erlass einer Richtlinie des Parlaments und des Rates zur Koordination der Verfahren für die Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen (vom 2.7.2003), 11029/3/2002 – C5 – 0141/2003 – 2000/0115 (COD).
- Europäisches Parlament: Stellungnahme und legislative EntschlieÙung des Europäischen Parlaments vom 17.01.2002, Az.: A5/2001/378.
- Eurostat: Handbuch zum ESVG 1995. Defizit und Schuldenstand, 2002.
- Hessisches Ministerium des Innern und für Landwirtschaft, Forsten und Naturschutz: Erlass zu Leasing-Finanzierungen im kommunalen Bereich, vom 7. Juli 1997, in: Hess StAnz. 1997, S. 2174 f.
- Hessisches Ministerium für Umwelt, Energie, Jugend, Familie und Gesundheit: Contracting-Leitfaden für öffentliche Liegenschaften in Hessen, Juli 1998.
- ISM Mecklenburg-Vorpommern: Bekanntmachung vom 28. Juni 1993, AmtsBl. Mecklenburg-Vorpommern 1993, S. 1278.
- Landesrechnungshof Sachsen-Anhalt: Jahresbericht 1995, S. 117 ff.
- Landesrechnungshof Schleswig-Holstein: Bemerkungen 2002, Beitrag Nr. 21 „Privat finanzierte Bauvorhaben“.
- Ministerium des Innern des Landes Brandenburg: Erlass zum Kreditwesen der Kommunen, vom 17. November 2000 (unveröffentlicht).
- Ministerium des Innern des Landes Brandenburg: Runderlass III Nr. 61/1994, vom 30. Dezember 1994 (unveröffentlicht).
- Ministerium des Innern des Landes Brandenburg: Runderlass 02/2002 vom 14. Januar 2002.
- Ministerium des Innern des Landes Brandenburg: Verwaltungsvorschriften zur Gemeindehaushaltsverordnung Brandenburg, vom 28. Juni 2002, in: Amtsblatt für Brandenburg 2002, S. 718 ff.
- Ministerium des Innern des Saarlandes: Erlass zur Kreditwirtschaft der Gemeinden, vom 21. August 1990, Gem. MinBl. Saar., S. 238.

- Ministeriums für Städtebau und Wohnen, Kultur und Sport des Landes Nordrhein-Westfalen: Runderlass – III.3 –B 1013 – v. 19.10.2002, Ministerialblatt Nr. 57 v. 08.11.2002, S. 1148 ff.
- Ministerium für Wirtschaft und Verkehr des Landes Niedersachsen: Runderlass v. 15.11.1996 – 34.2-32573-0-7 („Schlüsselfertiges Bauen“) -, Ministerialblatt 47/1996, S. 1904.
- Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz: Verwaltungsvorschriften v. 21. November 2001, MBl. Nr. 17, S. 475.
- Ministry of Finance (der Niederlande): PPP Knowledge Center, in: Public Sector Comparator, Module 4, August 2002, S. 61.
- OFD Hamburg: Verfügung vom 15. September 1991, in: UR 1991, S. 327.
- Planungsausschuss für den Hochschulbau: 32. Rahmenplan für den Hochschulbau nach dem Hochschulbauförderungsgesetz 2003-2006, Allgemeiner Teil und Anhang, v. 20. September 2002.
- Präsidentinnen und Präsidenten der Rechnungshöfe des Bundes und der Länder: Leitlinien für die Beurteilung von Immobilien-Leasing vom 8. Mai 1996.
- Projektarbeitsgruppe „Public Private Partnerships“ der SPD-Bundestagsfraktion: Positionspapier „Öffentlich Private Partnerschaften“, dokumente Nr. 4/2002.
- Rat der Europäischen Union: Entwurf der Begründung des Rates zum Gemeinsamen Standpunkt des Rates vom 20.03.2003, 11029/3/02 REV 3 ADD 1.
- Rat der Europäischen Union: Gemeinsamer Standpunkt des Rates vom 20.03.2003 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, Dok.-Nr.: 11029/3/02 REV 3.
- Rat der Europäischen Union: Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge.
- Rechnungshof Baden-Württemberg: Denkschrift des Jahres 2000, Beitrag Nr. 13 „Alternative Ausschreibungs- und Finanzierungsmodelle für Hochbaumaßnahmen“.
- Rechnungshof Rheinland-Pfalz, Jahresbericht 2000.
- Sächsisches Ministerium des Innern: Verwaltungsvorschrift Gliederung und Gruppierung, v. 8. Januar 2002, Sächs.ABl., Sonderdruck 4/2002, v. 18. Februar 2002.
- Sächsischer Rechnungshof: Jahresbericht 1996, Beitrag Nr. 12 „Behördenunterbringung“.
- Sächsisches Staatsministerium der Finanzen und Sächsisches Staatsministerium des Innern: KomInvestVwV, in: Sächs.ABl. 1997, S. 73 ff.
- Senatsverwaltung für Finanzen des Landes Berlin: Ausführungsvorschriften zur Landeshaushaltsordnung (AV LHO) vom 12. November 1997 Staatsbetrieb Sächsisches Immobilien- und Baumanagement: Leitfaden für Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, 2003.

3. Literatur (Buchbeiträge, Aufsätze, Monographien)

- Antweiler, Clemens: Vergaberechtsverstöße und Vertragsnichtigkeit, in: DB 2001, S. 1975 ff.
- von Arnim, Hans Herbert: Finanzzuständigkeit, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul: Handbuch des Staatsrechts, Band IV, 2. Aufl. Heidelberg 1999, § 103.

- Arrowsmith, Sue: Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict ?, in: Common Market Law Review, Vol. 37, No. 3, June 2000, S. 709 ff.
- Ax, Thomas/Schneider, Matthias/Nette, Alexander: Handbuch Vergaberecht, VOB Teil A, VOL Teil A, VOF, Rechtsschutz, München 2002.
- Axer, Peter: Die Widmung als Grundlage der Nutzung kommunaler öffentlicher Einrichtungen, in: NVwZ 1996, S. 114 ff.
- Badura, Peter: Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze, in: DÖV 1998, S. 818 ff.
- Bechtold, Rainer: Kartellgesetz - Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Kommentar, 3. Aufl. München 2002.
- Becker, Joachim: Rechtsrahmen für Public Private Partnership - Regelungsbedarf für neue Kooperationsformen zwischen Verwaltung und Privaten?, in: ZRP 2002, S. 303 ff.
- Benedict, Christoph: Kommentar zu EuGH- *Nord-Pas-de-Calais* - C-225/98 -, in: EWS 2000, S. 514 f.
- Berger, Axel/Ellrott, Helmut/Förschle, Gerhart/Hense, Burkhard: Beck'scher Bilanzkommentar, 5. Auflage München 2003
- Berger, Matthias: Die Anwendung der Verdingungsordnung bei der Beschaffung von Unternehmensberatungsleistungen, in: NVwZ 2001, S. 730 ff.
- Berrisch, Georg/Nehl, Hanns Peter: Novellierung der Vergabeverordnung, in: DB 2001, S. 184 ff.
- Binus, Karl-Heinz: Leasing im Haushaltsrecht der Kommunen, in: Kroll, Michael: Leasinghandbuch für die öffentliche Hand, 8. Aufl. Lichtenfels 2002, S. 254 ff.
- Blasius, Hans: Prüfungs- und Erhebungskompetenzen des Bundesrechnungshofs im Länderbereich? – Zugleich ein Beitrag zur Finanzverfassung im Bundesstaat, in: DÖV 1992, S. 18 ff.
- Blümel, Willi: Verwaltungszuständigkeit, in: Isensee, Josef/ Kirchhof, Paul: Handbuch des Staatsrechts, Band IV, 2. Aufl. Heidelberg 1999, § 101.
- Boesen, Arnold: Vergaberecht, Kommentar zum 4. Teil des GWB, Köln 2000.
- Bordewin, Arno: Leasing im Steuerrecht, Wiesbaden 1989.
- Bordewin, Arno: Leasingverträge in der Handels- und Steuerbilanz, NWB Fach 17, S. 1435-1462.
- Boruttau, Ernst-Paul: Grunderwerbsteuergesetz, München 2002.
- Braun, Eberhard: Insolvenzordnung, München 2002.
- Braun, Christian: Neue Tendenzen im Europäischen Vergaberecht – Ein Ausblick, in: NZBau 7/2002 Online-Beilage, S. 2 ff.
- Brenner, Michael: Die Neugestaltung gemeindlicher Einwirkungs- und Kontrollrechte auf privatrechtliche Unternehmen in Thüringen und die kommunale Selbstverwaltungsgarantie, in: LKV 2002, S. 7 ff.
- Britz, Gabriele: Funktion und Funktionsweise öffentlicher Unternehmen im Wandel: Zu den jüngsten Entwicklungen im Recht der kommunalen Wirtschaftsunternehmen, in: NVwZ 2001, S. 380 ff.
- Bröcker, Klaus T.: Grenzen staatlicher Verschuldung im System des Verfassungsstaats, Berlin 1997.

- Brüning, Christoph: Der Verwaltungsmittler - eine neue Figur bei der Privatisierung kommunaler Aufgaben, in: NWVBl. 1997, S. 286 ff.
- Bundesvereinigung Mittelständischer Bauunternehmen e.V.: Private Vorfinanzierung öffentlicher Baumaßnahmen. Ein praxisorientierter Leitfaden, Bonn 1999.
- Burgi, Martin: Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung, in: NVwZ 2001, S. 601 ff.
- Burgi, Martin: Rechtsschutz ohne Vergabeverfahren?, in: NZBau 2003, S. 16 ff.
- Büschgen, Hans E.: Praxishandbuch Leasing, 1. Aufl. München 1998.
- Byok, Jan: Das neue Vergaberecht, in: NJW 1998, S. 2774 ff.
- Byok, Jan/Jaeger, Wolfgang: Kommentar zum Vergaberecht, Heidelberg 2000.
- Christen, Jörg: Immobilien-Leasing und Steuerrecht, in: Kroll, Michael: Leasinghandbuch für die öffentlichen Hand, 8. Aufl. Lichtenfels 2002, S. 27 ff.
- Christen, Jörg: Öffentliche Zuschüsse und Leasing, in: Kroll, Michael: Leasing-Handbuch für die öffentliche Hand, 8. Aufl. Lichtenfels 2002, S. 285 ff.
- Christen, Jörg/Utech, Hans: Steuerliche Effekte bei privater Hochbaufinanzierung - Eigenbau, Mietkauf, Leasing und Miete im Vergleich, Berlin 2001, S. 39 f.
- Clifford Chance Pünder/Dresdner Bank Kleinwort Wasserstein/Bung/Aviso: Gutachten zur Erarbeitung der Muster eines Konzessionsvertrages und Regelungen für die Ausschreibung/Vergabe von Konzessionen für das Betreibermodell für den mehrstreifigen Autobahnausbau („A-Modell“), 2002.
- Cromme, Franz: Das Wirtschaftlichkeitsprinzip bei öffentlichen Gebühren und bei der staatlichen Genehmigung privater Entgelte - Zum Ermessens- und Beurteilungsspielraum und zur gerichtlichen Kontrolldichte im Wirtschaftsverwaltungsrecht -, in: DVBl. 2001, S. 757 ff.
- Danckwerts, Rolf Nikolas: Widerlegbarkeit der Befangenheitsvermutung: Hat der Bundesrat bei der letzten Änderung des § 16 VgV die Lehren aus der „Flughafen Berlin-Schönefeld“-Entscheidung des OLG Brandenburg schon wieder vergessen?, in: NZBau 2001, S. 242 ff.
- Darsow, Thomas: Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Subventionierung kommunaler Unternehmen, in: LKV 2002, S. 1 ff.
- Daub, Walter/Eberstein, Hans Hermann: Kommentar zur VOL/A: Verdingungsordnung für Leistungen, 5. Auflage Düsseldorf 2000.
- Dieckmann, Martin: Nichtigkeit des Vertrages gem. § 13 VgV bei unterlassener Ausschreibung?, in: NZBau 2001, S. 481 ff.
- Di Fabio, Udo: Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: VVDStRL 56 (1997), S. 237 ff.
- Dreher, Meinhard: Doppelmandatierung und Doppelmandate im Kartellvergaberecht, in: NZBau 2000, S. 280 ff.
- Dreher, Meinrad: Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, In-house-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater, in: NZBau 2002, S. 245 ff.
- Dreher, Meinhard: Rechtsschutz nach Zuschlag, in: NZBau 2001, S. 244 ff.
- Dreher, Meinrad: Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, in: NZBau 2002, S. 419 ff.

- Dreier, Horst: Grundgesetz Kommentar, 1. Aufl. Tübingen 2002.
- Driehaus, Hans-Joachim: Kommunalabgabenrecht. Berlin, Stand: 27. Ergänzungslieferung September 2002.
- Ehlers, Dirk: Empfiehlt es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln?, Gutachten E zum 64. DJT, München 2002.
- Ehlers, Dirk: Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft, in: DVBl. 1998, S. 497 ff.
- Eifert, Martin: Die rechtliche Sicherung öffentlicher Interessen in Public Private Partnerships, in: VerwArch 2002, S. 561 ff.
- Endler, Jan: Privatisierungen und Vergaberecht, in: NZBau 2002, S. 125 ff.
- Engel, Johanna: Grundzüge des Immobilienleasing, in: NZM 1998, S. 785 ff.
- Erdl, Cornelia, Rechtliche und praktische Fragen zur Informationspflicht des § 13 Vergabeverordnung, in: VergabeR 2001, S. 10 ff.
- Eschenbruch, Klaus/Niebuhr, Frank: Immobilienleasing und öffentliche Vergabe, in: BB 1996, S. 2417 ff.
- Eschenbruch, Klaus: Immobilienleasing und neues Vergaberecht, in: Beilage zu BB 2000, S. 8 ff.
- Fabry, Beatrice/Augsten, Ursula: Handbuch Unternehmen der öffentlichen Hand, Baden-Baden 2002.
- Falk, Bernd: Fachlexikon Immobilienwirtschaft, 2. Aufl. Köln 2000.
- Fischer, Georg/Noch, Rainer/Münkemüller, Uwe: Entscheidungssammlung zum deutschen und europäischen Vergaberecht: Vorgängersammlung, in: Fischer, Georg: Entscheidungssammlung Europäisches Vergaberecht 1996-2002 (EzEG), Köln 2002.
- Gern, Alfons: Deutsches Kommunalrecht, 2. Aufl. Baden-Baden 1997.
- Gern, Alfons: Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden außerhalb des Gemeindegebiets, in: NJW 2002, S. 2593 ff.
- Gesterkamp, Stefan, Das Schriftformerfordernis des § 13 VgV, in: NZBau 2002, S. 481 ff.
- Gnittke, Katja/Siederer, Wolfgang: Ausschreibungspflichten im Zusammenhang mit gemischtwirtschaftlichen Entsorgungsunternehmen, in: ZVgR 2000, S. 236 ff.
- Gondert, Heinz-Günter/Gach, Bernt/Biagosch, Patrick/Jacob, Ulrich: Immobilienleasing, in: Usinger, Wolfgang: Immobilien – Recht und Steuern, 1. Aufl. Köln 1996, S. 641 ff.
- Goroncy, Robert: Das Zusammenwirken von Bund und Ländern bei den Gemeinschaftsaufgaben nach Artikel 91b des Grundgesetzes – Zugleich ein Beitrag zu Artikel 91a GG, in: DVBl. 1970, S. 310 ff.
- Graf von Westphalen, Friedrich: Der Leasingvertrag, 5. Aufl. Köln 1998.
- Gröning, Jochem, Spielräume für die Auftraggeber bei der Wertung von Angeboten, NZBau 2003, S. 86 ff.
- Gröning, Jochem: Public Private Partnerships bei Dienstleistungskonzessionen – Vergaberechtliche Konsequenzen aus dem „Teleaustria“-Urteil des EuGH, in: NZBau 2001, S. 123 ff.
- Gröpl, Christoph: Das Haushaltsrechts-Fortentwicklungsgesetz, in: NVwZ 1998, S. 1251 ff.
- Gröpl, Christoph: Haushaltsrecht und Reform, Tübingen 2001.

- Gröpl, Christoph: Neue Wege zur Verwaltung staatlichen Vermögens?, in: DStZ 1999, S. 113 ff.
- Groth, Andy: Sinn und Unsinn kommunalaufsichtsrechtlicher Genehmigungsvorbehalte am Beispiel der Vorschrift des § 105 IV SachsAnhGO, in: LKV 2002, S. 460 ff.
- Grünwald, Ulrich/Pogodda, Annette: Steuerbefreiungen, in: UR 2003, S. 189 ff.
- Grünwald, Ulrich/Pogodda, Annette: Sale and lease back - ein umsatzsteuerliches Problem?, in: UR 2001, S. 140 ff.
- Grupp, Klaus: Haushaltsrecht, in: Achterberg, Norbert/Püttner, Günter/Würtenberger, Thomas: Besonderes Verwaltungsrecht, Band 2, 2. Aufl. Heidelberg 2000, S. 153 ff.
- Grupp, Klaus: Privatfinanzierung von Verkehrsprojekten, in: DVBl. 1994, S. 140 ff.
- Grupp, Klaus: Wirtschaftlichkeit im schlanken Staat, Saarbrücker Bibliothek, <http://www.jura.uni-sb.de/projekte/Bibliothek>.
- Gundlach, Ulf: Das Gesetz zur Änderung kommunalwirtschaftlicher Vorschriften der Gemeindeordnung Sachsen-Anhalt, in: LKV 2001, S. 354 ff.
- Hausmann, Friedrich Ludwig: Public Private Partnerships and the Award of Concessions, in: Public Procurement Law Review 1999, No. 6, S. 269 ff.
- Hebborn, Klaus: Schaffung einer Schulpauschale, Eildienst Städtetag NRW, Heft 12/2001 (zitiert nach www.staedtetag-nrw.de).
- Heiermann, Wolfgang: Handkommentar zur VOB: Teile A und B Rechtsschutz im Vergabeverfahren, 10. Aufl. Wiesbaden 2003.
- Heiermann, Wolfgang/Riedl, Richard/Rusam, Martin: Handkommentar zur VOB Teile A und B, 9. Auflage Wiesbaden 2000.
- Heiermann, Wolfgang/Ax, Thomas: Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge: Ein Leitfaden für die Praxis, Wiesbaden 1997.
- Hennecke, Hans-Günter: Öffentliches Finanzwesen Finanzverfassung, Heidelberg 2000.
- Hertwig, Stefan: Ist der Zuschlag ohne Vergabeverfahren nichtig?, in: NZBau 2001, S. 241 f.
- Hertwig, Stefan: Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe (VOB/VOL/VOF), 2. Aufl., München 2001.
- Heuer, Ernst: Kommentar zum Haushaltsrecht, Neuwied, Loseblatt, Stand: September 2002.
- Heun, Werner: Staatsverschuldung und Grundgesetz, in: Die Verwaltung 1985, S. 1 ff.
- Heuvels, Klaus/Kaiser, Cristoph: Die Nichtigkeit des Zuschlags ohne Vergabeverfahren, in: NZBau 2001, 479 ff.
- Höfler, Heiko/Bert, Birgit: Rechtsfragen der Vergabe von Versicherungsdienstleistungen, in: NVersZ 2001, S. 197 ff.
- Höfling, Wolfram: Staatsschuldenrecht, Heidelberg 1993.
- Höfling, Wolfram: Private Vorfinanzierung öffentlicher Verkehrsinfrastrukturprojekte – ein staatsschuldenrechtliches Problem?, in: DÖV 1995, S. 141 ff.
- Hölzl, Josef/Hien, Eckart: GO mit LKO und BezirksO für den Freistaat Bayern, Kommentar, Stand: 16. Erg-Lief, München 1984.
- Hofmann, Ruth/Hofmann, Gerda: Grunderwerbsteuergesetz - Kommentar, 7. Aufl., Berlin 2001.
- Horn, Lutz: Public/Private Partnerships im Immobilienbereich aus vergaberechtlicher Sicht, in: LKV 1996, S. 81 ff.

- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB-, 3. Aufl. München 2001.
- Ingenstau, Heinz/Korbion, Hermann: VOB-Kommentar, 14. Aufl. Düsseldorf 2000.
- Ingenstau, Heinz/Korbion, Hermann: VOB Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teile A und B - Kommentar, 14. Aufl. Düsseldorf 2001.
- Ipsen, Hans Peter: Subventionen, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul: Handbuch des Staatsrechts, Band IV, 2. Aufl. Heidelberg 1999, § 92.
- Isensee, Josef: Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: ders./Kirchhof, Paul: Handbuch des Staatsrechts, Band IV, 2. Aufl. Heidelberg 1999, § 98.
- Jacob, Dieter/Kochendörfer, Bernd: Private Finanzierung öffentlicher Bauinvestitionen - ein EU-Vergleich, Berlin 2000.
- Jaeger, Wolfgang: Die Rechtsprechung der OLG Vergabesenate im Jahre 2000, Teil 3: Einzelfragen zu materiell-rechtlichen Vergabevorschriften, in: NZBau 2001, 427.
- Jaeger, Wolfgang: Public Private Partnership und Vergaberecht, in: NZBau 2001, S. 6 ff.
- Jahndorf, Christian: Alternative Finanzierungsformen des Staates - Leasingmodelle, Liegenschaftsmodelle, Parklösungen: Verwaltungsschulden, Veräußerungserlöse oder Krediteinnahmen? Zur Auslegung des Kreditbegriffs i.S. Art. 115 I GG, in: NVwZ 2001, S. 620 ff.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6. Aufl. München 2002.
- Jäschke, Dirk-Markus: Kommunale Leasing- und Betreibermodelle, Verfahren, kommunal- und zuwendungsrechtliche Beurteilung in Sachsen, in: Finanzwirtschaft 1997, S. 81 ff.
- Jasper, Ute: Auch für Vertragsänderungen kann das Vergaberecht gelten, in: FAZ vom 14. Februar 2001, S. 30.
- Jessen, Stephanie: Die Privatisierung der Abwasserbeseitigung aus gebührenrechtlicher Sicht, Berlin 2001.
- Jestaedt, Thomas/Kemper, Klaus/Marx, Fridhelm/Prieß, Hans-Joachim: Das Recht der Auftragsvergabe: Auftraggeber ausschreibungspflichtige Aufträge Vergabeverfahren Sektoren Rechtsschutz, Neuwied 1999.
- Jünger, Heiko/Walter, Jochen: Finanzierungsformen bei kommunalen Investitionen, Köln 1987.
- Kaiser, Christoph: Die Zulässigkeit von Parallelausschreibungen, in: NZBau 2002, S. 553 ff.
- Kämmerer, Jörn Axel: Daseinsvorsorge als Gemeinschaftsziel oder: Europas "soziales Gewissen", in: NVwZ 2002, S. 1041 ff.
- Kämmerer, Jörn Axel: Privatisierung, Tübingen 2001.
- Kapellmann, Klaus D./Schiffers, Karl-Heinz: Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag, Band 2, 3. Aufl. Düsseldorf 2000.
- Kapellmann, Klaus: Zeitliche und geldliche Folgen eines nach Verlängerung der Bindefrist erteilten Zuschlags, NZBau 2003, S. 1 ff
- Kempke, Jürgen: Immobilien-Leasing im Umsatzsteuerrecht, in: BB 1986, S. 641 ff.
- Kilian, Michael: Nebenhaushalte des Bundes, Berlin 1993.
- Kübler, Bruno/Prütting, Hanns: Kommentar zur Insolvenzordnung, Köln 2003.

- Kirchhof, Ferdinand: Abgabenrecht, in: Achterberg, Norbert/Püttner, Günter/Würtenberger, Thomas: Besonderes Verwaltungsrecht, Band 2, 2. Aufl. Heidelberg 2000, S. 253 ff.
- Kirchmer, Manfred: Fortentwicklung des Gemeindewirtschaftsrechts in Sachsen-Anhalt, in: LKV 1999, S. 446 ff.
- Kleiber, Wolfgang: Verkehrswertermittlung von Grundstücken, Kommentar, 3. Aufl. 1998.
- Klein, Franz: Öffentliches Finanzrecht, 2. Aufl. Neuwied 1993.
- Kleinhenz, Bernhardine: Informationspflicht des Auftraggebers vor Zuschlagerteilung im Vergabeverfahren - § 13 Vergabeverordnung -, in: ZfBR 2001, S. 75 ff.
- Kling, Michael: Vorbeugender Rechtsschutz im Kartellvergaberecht? – Ein Überblick über die jüngere Rechtsprechung und Spruchpraxis der Vergabesenate und Vergabekammern zur Frage des Primärrechtsschutzes der Bieter im Nachprüfungsverfahren, in: NZBau 2003, S. 23 ff.
- Knemeyer, Franz-Ludwig/Kempen, Bernhard: Kommunales Wirtschaftsrecht, in: Achterberg, Norbert/Püttner, Günter/Würtenberger, Thomas: Besonderes Verwaltungsrecht, Band 2, 2. Aufl. Heidelberg 2000, S. 54 ff.
- von Köckritz, Sieghardt/Ermisch, Günther/Dittrich, Norbert/Lamm, Christel: Bundeshaushaltsordnung, Kommentar, München, Loseblatt Stand: Januar 2002.
- Koenig, Christian/Kühling, Jürgen: EG-beihilferechtliche Beurteilung mitgliedstaatlicher Infrastrukturförderung im Zeichen zunehmender Privatisierung, in: DÖV 2001, S. 881 ff.
- Koenig, Christian/Kühling, Jürgen: Infrastrukturförderung im Ausschreibungsverfahren - EG-beihilferechtlicher Königsweg der Kompensation von gemeinwirtschaftlichen Pflichten, in: DVBl. 2003, S. 289 ff.
- Kratzenberg, Rüdiger: Die Neufassung der Vergabeverordnung, in: NZBau 2001, S. 119 ff.
- Krist, Matthias: Anmerkung zu EuGH, Rs. 57/01 v. 23.1.2003, in: VergabeR 2003, S. 162 ff.
- Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich: Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl. München 2000.
- Krämer, Erwin/Schmidt, Jürgen: Zuwendungsrecht Zuwendungspraxis, Kommentar zu den zuwendungsbezogenen haushaltsrechtlichen Vorschriften des Bundes und der Länder, Loseblatt Stand September 2002.
- Kratzer, Jost/Kreuzmair, Benno: Leasing in Theorie und Praxis, 2. Aufl. Wiesbaden 2002.
- Kroll, Michael: Leasing-Handbuch für die öffentliche Hand, 8. Aufl., Lichtenfels 2002.
- Kroll, Michael: Vertragsgestaltung im Leasing mit der öffentlichen Hand, in: Kroll, Michael: Leasing-Handbuch für die öffentliche Hand, 8. Aufl. Lichtenfels 2002, S. 2 ff.
- Kühling, Jürgen: Verfassungs- und kommunalrechtliche Probleme grenzüberschreitender Wirtschaftsberätigung der Gemeinden, in: NJW 2001, S. 177 ff.
- Kumanoff, Anton/Schwarzkopf, Anett/Fröse, Armin: Die Verwaltungshilfe als Variante der Hoheitsverwaltung durch die Gemeinde, in: SächsVBl. 1997, S. 73 ff.
- Kuß, Horst: Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) Teile A und B – Kommentar, 3. Aufl. München 2002.
- Lampe-Helbig, Gudrun/Wörmann, Klaus: Handbuch der Bauvergabe, 2. Aufl. München 1995.
- Larek, Emil/Steins, Ulrich: Leasing, Factoring und Fortfaitierung als Finanzierungssurrogate, Köln 1999.

- Lichtenberg, Peter/Burckhardt, Jürgen/Elchlepp, Dietrich: Gemeinschaftsaufgabe Hochschulbau, Erläuterungen und Materialien zum Hochschulbauförderungsgesetz sowie Entwicklungen im Hochschulbaubereich, 1971.
- Liebrott, Wendelin: Sale and lease back - (nicht nur) ein umsatzsteuerliches Problem?, in: UR 2003, S. 114 ff.
- Locher, Horst/Koebler, Wolfgang: Baubetreuungs- und Bauträgerrecht, 4. Aufl. Düsseldorf 1985.
- Lotz, Burkard: Der Konsortialvertrag des Anlagenbaus im In- und Ausland, in: ZfBR 1996, S. 233 ff.
- Maier, Walter/Schmitt, Jürgen: Bürgerliches Recht und Steuerrecht, Stuttgart 2001.
- Malotki, Anja: Ausschluss von Angeboten einer nach Angebotsaufforderung geschlossenen Bietergemeinschaft bei beschränkter Ausschreibung, in: BauR 1997, S. 564 ff.
- von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian: Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl. München 2001.
- Mann, Thomas: Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb, in: JZ 2002, S. 819 ff.
- Masing, Tobias: Die Beteiligung Privater an kommunalen Gesellschaften und das öffentliche Vergaberecht, in: ZfBR 2002, S. 450 ff.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter: Grundgesetz Kommentar, München, Loseblattsammlung, Stand: Oktober 2002.
- Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. München 2002.
- Mayen, Thomas: Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Rechtliche Grenzen und rechtliche Möglichkeiten, in: DÖV 2001, S. 110 ff.
- Meier, Achim: Primärrechtsschutz bei der Aufhebung einer Ausschreibung? – Rechtsentwicklung nach der EuGH-Entscheidung vom 18.6.2002, in: NZBau 2003, S. 137 ff.
- Menner, Stefan/Broer, Frank: Die umsatzsteuerliche Mehrmütter-Organschaft - Auswirkungen der Rechtsprechungsänderung zur Gewerbesteuer auf die Umsatzsteuer, in: Umsatzsteuerberater 8/2000, S. 241 ff.
- Meyer, Hubert: Wettbewerbsrecht und wirtschaftliche Betätigung der Kommunen, in: NVwZ 2002, S. 1075 ff.
- Motzke, Gerd/Pietzcke, Jost/Prieß, Hans-Joachim: Beck'scher VOB-Kommentar – Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A, 1. Aufl. München 2001.
- Moxter, Adolf: Selbständige Bewertbarkeit als Aktivierungsvoraussetzung, in: BB 1987, S. 1850 ff.
- Müller, Welf: Der Gesellschafter, in: Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, 2. Aufl. München 2002, S. 275 ff.
- Müller-Wrede, Malte: Verdingungsordnungen für Leistungen, VOL/A, Kommentar, Köln 2001.
- Müller-Wrede, Malte/Kaelble, Hendrik: Primärrechtsschutz, Vorabinformation und die Rechtsfolgen einer De-facto-Vergabe, in: VergabeR 2002, S. 1 ff.
- von Münch, Ingo/Kunig, Philip: Kommentar zum Grundgesetz, Band III, 3. Aufl. München 1996.
- Münchener Kommentar: BGB-Kommentar, 4. Aufl. München 2001.
- Müskens, Egon: Zuwendungsrecht des Freistaats Sachsen I, in: Finanzwirtschaft 1998, S. 133, 149 ff. (Fortsetzung).

- von Mutius, Albert/Groth, Andy: Amtshaftung bei fehlerhafter kommunalaufsichtsbehördlicher Genehmigung privatrechtlicher Rechtsgeschäfte, in: NJW 2003, S. 1278 ff.
- Niebuhr, Frank/Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/Portz, Norbert: Kommentar zum Vergaberecht, Neuwied 2000.
- Noch, Rainer: Vergaberecht kompakt – Verfahrensablauf und Entscheidungspraxis, 2. Aufl., Düsseldorf 2002.
- Noelle, Thomas: Absteigerungen auf Internet-Marktplätzen und Vergaberecht, in: NZBau 2002, S. 197 ff.
- Obermayer, Klaus: Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. Neuwied 1999.
- Opitz, Marc: Die Entwicklung des EG-Vergaberechts in den Jahren 2001 und 2002 - Teil 1 - Die Rechtstatsachen und der Rechtsrahmen, in: NZBau 2003, S. 183 ff.
- Opitz, Marc: Kontraktive Privatisierung und Kartellvergaberecht – zugleich ein Beitrag zur Auslegung des § 99 GWB, in: ZVgR 2000, 97, S. 106
- Oster, Rudolf: Genehmigungskriterien der Kommunalaufsichtsbehörden für Kommunalfinanzierung, in: Gemeinde und Stadt, Beilage 14/1995 zu Heft 8/1995.
- Otting, Olaf: Neueres Steuerungsmodell und rechtliche Beurteilungsspielräume der Kommunen, Köln 1997.
- Otting, Olaf: Privatisierung und Vergaberecht, in: VergabeR 2002, S. 11 ff.
- Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Aufl. München 2003.
- Pegatzky, Claus: Oderwitz und die Folgen - Haftung der Kommunalaufsicht für begünstigende Maßnahmen, in: LKV 2003 (im Erscheinen).
- Piduch, Erwin Adolf: Bundeshaushaltsrecht, 2. Aufl. Stuttgart 2001.
- Pietzcker, Jost: Die neue Gestaltung des Vergaberechts, in: ZHR 1998, S. 427 ff.
- Popitz, Johannes: Der künftige Finanzausgleich zwischen Reich, Ländern und Gemeinden, Berlin 1932.
- Preussner, Mathias: Das neue Werkvertragsrecht im BGB 2002, in: BauR 2002, S. 231 ff.
- Preußner, Joachim: Risikomanagement im Beteiligungsbereich der Öffentlichen Hand – Zur Konkretisierung von haushaltsrechtlichen Prüfungs- und Überwachungspflichten am Beispiel der Landeshaushaltsordnung Berlin, in: LKV 2003, S. 210 ff.
- Prieß, Hans-Joachim: Anmerkung zum Beschluss des KG Berlin, in: VergabeR 2001, S. 399 ff.
- Prieß, Hans-Joachim: Bedeutung und Auswirkungen der Vorabinformation gemäß § 13 VgV im Vergaberecht, Der Syndikus, Heft März/April 2002, S. 56 f.
- Prieß, Hans-Joachim: EuGH locuta, causa finita: Die Aufhebung ist aufhebbar, in: NZBau 2002, S. 433 ff.
- Prieß, Hans-Joachim: Handbuch des europäischen Vergaberechts, 2. Aufl., Köln u.a. 2001.
- Prieß, Hans Joachim: Welche Aufträge sind auszuschreiben?, in: Jestaedt, Thomas/Kemper, Klaus/Marx, Fridhelm/Prieß, Hans Joachim: Das Recht der Auftragsvergabe, 1. Aufl. Neuwied, Kriftel 1999, S. 44 ff.
- Private Finance Panel: VAT on PFI services payments, 1996.
- Püttner, Günter: Die Privatfinanzierung öffentlicher Vorhaben – Weg oder Irrweg ? in: Wendt, Rudolf: Staat-Wirtschaft-Steuern, Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1996.

- Putzier, Eckart: Die Informationspflicht nach dem neuen § 13 Vergabeverordnung, in: DÖV 2002, S. 517 ff.
- Quaas, Michael: Aktuelle Rechtsfragen des Benutzungsgebührenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Privatisierung kommunaler Infrastruktureinrichtungen, in: NVwZ 2002, S. 144 ff.
- Quilisch, Tobias/Fietz, Eike H.: Die Voreingenommenheit bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, in: NZBau 2001, S. 540 ff.
- Reidt, Olaf/Stickler, Thomas/Glahs, Heike: Vergaberecht Kommentar, 2. Aufl. Köln 2002.
- Reiners, Theo: Einführung in das kommunale Haushaltsrecht, München 1993.
- Reiß, Wolfram/Krausel, Jörg/Langer, Michael: Umsatzsteuergesetz (UStG), Kommentar, Berlin, Bonn, Stand: Mai 2003.
- Rengeling, Hans-Werner: Grundlagen des Subventionsrechts und Kompetenzen aus der Sicht von Bund und Ländern, in: ZHR 152 (1988), S. 455 ff.
- Rössler, Rudolf/Troll, Max: Bewertungsgesetz, Kommentar, München 2002.
- Ruffert, Matthias: Kommunalwirtschaft und Landes-Wirtschaftsverfassung, in: NVwZ 2000, S. 763 ff.
- Sachs, Michael: Grundgesetz, 3. Aufl. München 2003.
- Sächsischer Rechnungshof: Beratende Äußerung gem. § 88 Abs. 2 i.V.m. § 96 Abs. 1 S. 3 SächsHO: Alternative Finanzierungsformen Kommunaler Investitionen, 2000.
- Scheel, Werner/Steub, Johannes/Schneider, Theo/Lienen, Annette: Gemeindehaushaltsrecht Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 5. Aufl. Köln 1997.
- Schellhammer, Kurt: Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, 4. Aufl. Heidelberg 2002.
- Schiehser, Armin F./Petzolt, Bernd: Die umsatzsteuerliche Behandlung von PFI-Projekten in Großbritannien und Deutschland, in: BB 2000, S. 336 ff.
- Schink, Alexander: Wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen, in: NVwZ 2002, S. 129 ff.
- Schmahl, Stefanie: Umfang und Grenzen wirtschaftlicher Betätigung von Gemeinden in Brandenburg, in: LKV 2000, S. 47 ff.
- Schmidt, Ludwig: Einkommensteuergesetz, Kommentar, München, 21. Auflage, 2002.
- Schmiegelt, Karl-Heinz: Der Gesellschafter, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, 3. Aufl. München 2002.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz: Kommentar zum Grundgesetz, 9. Aufl. Neuwied u.a. 1999.
- Schneider, Gerhard/Dreßler, Ulrich/Lüll, Jürgen: Hessische Gemeindeordnung, Loseblatt, Stand: 15. Ergänzungslieferung Oktober 2002.
- Schoch, Friedrich: Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: DVBl. 1994, S. 962 ff.
- Schreiber, Klaus: Eigentumserwerb an Heizungsanlagen bei gewerblicher Wärmelieferung (Contracting), in: NZM 2002, S. 320 ff.
- Schröder, Holger: Vergaberechtliche Probleme bei der Public-Private-Partnership in Form der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung, in: NJW 2002, S. 1831 ff.
- Schumann, Helmut: Die Organschaft - Körperschaftsteuer, Umsatzsteuer, Gewerbesteuer, einzelne Steuern, Bielefeld, 3. Auflage 2001.

- Schuppert, Gunnar Folke: Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung - Erscheinungsformen von Public Private Partnership als Herausforderung an Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft, in: Budäus, Dietrich/Eichhorn, Peter: Public Private Partnership, Baden-Baden 1997, S. 93 ff.
- Schuppert, Gunnar Folke: Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts, Regelungsbedarf und Handlungsoptionen eines Rechtsrahmens für Public Private Partnership, Rechts- und Verwaltungswissenschaftliches Gutachten erstellt im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, Juni 2001 (unveröffentlicht).
- Schützenmeister, Hans-Oskar: Die kommunal- und haushaltsrechtlichen Voraussetzungen für die Aufnahme von Kommunalkrediten, in: LKV 1992, S. 80 ff.
- Schwarz, Kyrill-A.: Voraussetzungen und Grenzen staatlicher Kreditaufnahme, in: DÖV 1998, S. 721 ff.
- Schweisfurth, Tilmann/Christen, Jörg: Leasing im Haushaltsrecht der Länder in: Kroll, Michael: Leasing-Handbuch für die öffentliche Hand, 8. Aufl. Lichtenfels 2000, S. 273 ff.
- Schwenker, Hans Christian/Heintze, Florian: Vergaberechtliche Aspekte der Modernisierung von Fußballstadien, in: VergabeR 2001, S. 96 ff.
- Seibel, Claudia: Vertragsgestaltung im Immobilien-Leasing, in: NZM 1999, S. 197 ff.
- Sienz, Christian: Die Neuregelungen im Werkvertragsrecht nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: BauR 2002, S. 181 ff.
- Soergel, Hans Th.: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 13. Aufl. Stuttgart, Berlin, Köln 1999 ff.
- Staudinger, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Buch, 13. Aufl. Berlin 1995, 2. Buch, 13. Aufl. Berlin 1995, 14. Aufl. Berlin 2001.
- Stelkens, Paul/Bonk, Hans-Joachim/Sachs, Michael: Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl. München 2001.
- Stern, Klaus: Das Staatsrecht für die Bundesrepublik Deutschland, Band 2, München 1980.
- Stern, Klaus: Das Staatsrecht für die Bundesrepublik Deutschland, Band 3, 2. Halbband, München 1994.
- Sternel, Friedemann: Mietrecht, 3. Aufl. Köln 1988.
- Stober, Rolf: Neuregelung des Rechts der öffentlichen Unternehmen?, in: NJW 2002, S. 2357 ff.
- Stölben, Hans-Peter: Verfassungs- und haushaltsrechtliche Bedeutung des Begriffs „öffentliche Investition“, in: SächsVBl. 2002, S. 13 ff.
- Tettinger, Peter J.: Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership, in: DÖV 1996, S. 764 ff.
- Tettinger, Peter J.: Entgelte in der Entsorgungswirtschaft, in: NWVBl. 1996, S. 81 ff.
- Tettinger, Peter J.: Grundlinien des Konzessionsvertrages, in: DVBl. 1991, S. 786 ff.
- Tettinger, Peter J.: Rechtsschutz gegen kommunale Wettbewerbsteilnahme, in: NJW 1998, S. 3473 ff.
- Thiele, Robert: Niedersächsische Gemeindeordnung, Kommentar, 5. Aufl. Hannover 1999.
- Thieme, Werner: Die Zulässigkeit der Finanzierung von Hochschulbauten aus Drittmitteln, in: WissR 1998, S. 33 ff.

- Thode, Reinhold: Die wichtigsten Änderungen im BGB-Werkvertragsrecht: Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und erste Probleme – Teil 2, in: NZBau 2002, S. 360 ff.
- Tiefenbacher, Ernst Georg: Einführung von Wärmecontracting in bestehenden Mietverhältnisse bei bislang vermierterseitig beheizter Wohnung, in: NZM 2000, S. 161 ff.
- Tipke, Klaus/Lang, Joachim: Steuerrecht, 17. Aufl. Köln 2002.
- Tomerius, Stephan: Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen zwischen Gemeindegewirtschafts- und Wettbewerbsrecht, in: LKV 2000, S. 41 ff.
- Troll, Max: Grundsteuergesetz, München 1997.
- Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas: Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Band II, 1. Aufl. Heidelberg 2002.
- Voigt, Andreas: Diskussionsbeitrag, in: VergabeR 2003, S. 116.
- Wegmann, Winfried: Die Vorabinformation über den Zuschlag bei der öffentlichen Auftragsvergabe, in: NZBau 2001, S. 475 ff.
- Weihrauch, Oliver: Diskussionsbeitrag, in: VergabeR 2003, S. 115
- Weiß, Wolfgang: Öffentliche Monopole, kommunaler Anschluß- und Benutzungszwang und Art. 12 GG, in: VerwArch 1999, S. 415 ff.
- Wendt, Rudolf: Haushaltsrechtliche Probleme der Kapitalbeteiligung Privater an öffentlichen Infrastrukturinvestitionen in: Ipsen, Jörn: Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Köln 1994, S. 37 ff.
- Werner, Michael/Freitag, Martin: „Wettbewerblicher Dialog“ - Vorschlag für eine neue Form des Verhandlungsverfahrens, in: NZBau 2000, S. 551 f.
- Wiesemann, Hermann: Benutzungsgebühren und Privatisierung, in: NWVBI. 1998, S. 257 ff.
- Wiesner, Herbert: Das staatliche Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen, 6. Aufl. Heidelberg 2000.
- Wilkens, Joachim: Kommunalverfassungsrechtliche Probleme und Risiken beim Abschluss von Leasing-Geschäften, in: LKV 2002, S. 169 ff.
- Winnes, Michael: Das Verbot von Doppelmandaten bei Ausschreibungen im ÖPNV-Bereich, in: NZBau 2002, S. 371 ff.
- Witte, Jürgen: Die Neuregelung des Vergaberechtes, in: DStR 1998, S. 1684 ff.
- Wlasak, Peter: Leasing im Haushaltsrecht des Bundes in: Kroll, Michael: Leasing-Handbuch für die öffentliche Hand, 8. Aufl. Lichtenfels 2000, S. 270 ff.
- Woerner, Lothar: Die Gewinnrealisierung bei schwebenden Geschäften - Vollständigkeitsgebot, Vorsichts- und Realisationsprinzip, in: BB 1988, S. 777 ff.
- Wolfers, Benedikt: Privatisierung unter Wahrung der öffentlich-rechtlichen Rechtsform: Der Modellfall Berliner Wasserbetriebe, in: NVwZ 2000, S. 765 ff.
- Zacharias, Diana: Privatisierung der Abwasserbeseitigung, in: DÖV 2001, S. 454 ff.
- Ziekow, Jan: Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz, Wissenschaftliches Gutachten erstattet für das Bundesministerium des Innern, Juni 2001 (unveröffentlicht).