



PPP

Public Private
Partnership
zur Realisierung
öffentlicher
Baumaßnahmen
in Bayern

Teil 2
Rechtliche
Rahmenbedingungen
und Finanzierung

Impressum:

Herausgeber:

„Gesprächsrunde PPP“ (Federführung Oberste
Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Innern)
und die von ihr eingerichteten PPP-Arbeitskreise
(Geschäftsführung Bayerischer Bauindustrieverband)

Teilnehmer:

Oberste Baubehörde im Bayerischen
Staatsministerium des Innern

Bayerisches Staatsministerium der Finanzen

Bayerisches Staatsministerium für
Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie

Bayerischer Oberster Rechnungshof

Bayerischer Kommunalen Prüfungsverband

Bayerischer Städtetag

Bayerischer Gemeindetag

Bayerischer Landkreistag

Verband der Bayerischen Bezirke

Bayerischer Bankenverband
vertreten durch die HypoVereinsbank

Sparkassenverband Bayern
vertreten durch die BayernLB

Genossenschaftsverband Bayern
auch vertreten durch die DZ Bank

Bayerische Baugewerbeverbände

Bayerischer Bauindustrieverband

Kontaktadresse und weitergehende Informationen:
www.ppp.bayern.de

Konzept & Gestaltung:
Franz Leander Neubauer
82547 Beuerberg

Satz & Litho:
LaySa Mediendienstleister, Augsburg

Druck: Rittel-Offset, Planegg

Erschienen im März 2006

Public Private Partnership zur Realisierung öffentlicher Baumaßnahmen in Bayern

Teil 2 Rechtliche Rahmenbedingungen und Finanzierung

Einleitung	3
Alphabetische Zusammenstellung der Rechtsvorschriften und der Abkürzungen	5
Rechtliche Rahmenbedingungen für PPP-Projekte in Bayern (Kurzfassung)	7
Rechtliche Rahmenbedingungen für PPP-Projekte in Bayern	11
1. Kommunales Vermögensrecht ..	11
2. Kommunales Haushaltsrecht	11
3. Förderrecht (Art. 10 FAG)	16
4. Vergaberecht	18
5. Steuerrecht	22
Finanzierung	25
1. Die Rolle der Banken bei PPP	25
2. Problemstellung für die Banken ..	25
3. Finanzierungsphasen	25
4. Betriebsphase	28
5. Tragung des Zinsänderungsrisikos	28
6. Checkliste zu finanzierungs- relevanten Rahmenbedingungen für Ausschreibungen	28
7. Ergänzende Erläuterungen	30
Anhang: Offene Fragen	31



Einleitung für den PPP-Leitfaden Teil 2

Im Juli 2005 hat Herr Staatsminister Dr. Beckstein den 1. Teil des bayerischen PPP-Leitfadens – ein Gemeinschaftsprojekt von Freistaat, Verbänden und kommunalen Spitzenverbänden – der Öffentlichkeit vorgestellt. Seitdem ist das Echo durchwegs positiv, und zwar nicht nur in Bayern, sondern auch in anderen Bundesländern. Vor allem der Projekteignungstest, den es in dieser Form bislang nur in Bayern gibt, stieß auf lebhaftes Interesse. Darüber hinaus ist es für das Gelingen eines PPP-Modells notwendig, die rechtlichen Rahmenbedingungen zu kennen. Die dafür von der OBB-Gesprächsrunde eingesetzten Arbeitskreise haben sich diesem Thema intensiv gewidmet.

Daraus ist nun der 2. Teil des bayerischen PPP-Leitfadens entstanden, der die rechtlichen Rahmenbedingungen in der aktuellen Fassung darstellt und damit die vielleicht bislang bestehenden Informationslücken schließt.

Dabei haben wir die neuen Regeln des so genannten ÖPP-Beschleunigungsgesetzes, das im Sommer 2005 von Bundestag und Bundesrat verabschiedet wurde, eingearbeitet. Ebenso haben wir die Änderungen landesrechtlicher Regelungen berücksichtigt, die in Bayern auf Verwaltungsebene, also ohne Gesetzesänderungen, möglich waren und die letztlich das Ergebnis der intensiven Diskussionen in den Arbeitskreisen sind.

Die bisher durchgeführten Projekte, die zumindest PPP-Elemente enthalten und die als Beispiele im 1. Teil des Leitfadens erwähnt sind, haben aber gezeigt, dass es bereits unter den gegebenen Umständen sehr wohl möglich ist, öffentliche Infrastrukturaufgaben mit PPP zu realisieren.

Ein komplexes Thema wie PPP, das mehrere Rechtsgebiete berührt, entwickelt sich weiter und wird immer wieder Anpassungen erforderlich machen. Dennoch halten wir es für wichtig, den Kommunen jetzt diese in Deutschland bislang einmalige Zusammenstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen zur Verfügung zu stellen, wohl wissend, dass dies nicht der letzte Stand sein kann.

Kommunen, die für konkrete Projekte Unterstützung haben möchten, laden wir ein, unsere Internetseite zu besuchen (www.ppp.bayern.de) und sich mit ihren Anliegen an die PPP-AG Bayern (Public-Private-Partnership-Arbeitsgruppe Bayern) zu wenden (ppp@stmi.bayern.de).

Die Herausgeber



Alphabetische Zusammenstellung der in diesem PPP-Leitfaden Teil 2 zitierten Rechtsvorschriften und der nachfolgend verwendeten Abkürzungen (in der am 1.1.2006 jeweils geltenden Fassung)

ANBest-K

Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung an kommunale Körperschaften

■ Nr. 3

AO

Abgabenordnung

- § 204 Voraussetzung der verbindlichen Zusage
- § 205 Form der verbindlichen Zusage
- § 206 Bindungswirkung
- § 207 Außerkrafttreten, Aufhebung und Änderung der verbindlichen Zusage

BayHO

Haushaltsordnung des Freistaates Bayern (Bayerische Haushaltsordnung)

■ Art. 7 Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, Kosten- und Leistungsrechnung

BayKiBiG

Bayerisches Gesetz zur Bildung, Erziehung und Betreuung von Kindern in Kindergärten, anderen Kindertageseinrichtungen und in Tagespflege (Bayerisches Kinderbildungs- und -betreuungsgesetz)

■ Art. 27 Investitionskostenförderung

BezO

Bezirksordnung für den Freistaat Bayern (Bezirksordnung)

■ Art. 64 Kreditähnliche Verpflichtungen; Sicherheiten

EGV

Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft

■ Art. 87 Unzulässigkeit von Beihilfen; Ausnahmen

EStG

Einkommensteuergesetz

■ § 42e Anrufungsauskunft

FAG

Gesetz über den Finanzausgleich zwischen Staat, Gemeinden und Gemeindeverbänden (Finanzausgleichsgesetz)

■ Art. 10 Zuweisungen zum kommunalen Hochbau

Gem.Bek.

„Besondere Formen der Zusammenarbeit mit Privaten bei der Erfüllung kommunaler Aufgaben“

Gemeinsame Bekanntmachung der Bayerischen Staatsministerien des Innern, der Finanzen und für Landesentwicklung und Umweltfragen vom 20.3.2001

GewStG

Gewerbesteuerengesetz

- § 2 Steuergegenstand
- § 8 Hinzurechnungen
- § 9 Kürzungen

GO

Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern (Gemeindeordnung)

- Art. 32 Aufgaben der Ausschüsse
- Art. 61 Allgemeine Haushaltsgrundsätze
- Art. 67 Verpflichtungsermächtigungen
- Art. 71 Kredite
- Art. 72 Kreditähnliche Verpflichtungen; Sicherheiten
- Art. 75 Veräußerung von Vermögen

GrEStG

Grunderwerbsteuergesetz

- § 4 Besondere Ausnahmen von der Besteuerung
- § 19 Anzeigepflicht der Beteiligten

GrStG

Grundsteuergesetz

■ § 3 Steuerbefreiung für Grundbesitz bestimmter Rechtsträger

GWB

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

- § 99 Öffentliche Aufträge
- § 101 Arten der Vergabe

KAG

Kommunalabgabengesetz

- Art. 5 Beiträge
- Art. 8 Benutzungsgebühren

KommHV

Verordnung über das Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen der Gemeinden, der Landkreise und der Bezirke (Kommunalhaushaltsverordnung)

- § 1 Inhalt des Haushaltsplans
- § 2 Bestandteile des Haushaltsplans, Anlagen
- § 9 Verpflichtungsermächtigungen
- § 10 Investitionen

KWG

Gesetz über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz)

LKrO

Landkreisordnung für den Freistaat Bayern (Landkreisordnung)

■ Art. 66 Kreditähnliche Verpflichtungen; Sicherheiten

Mittelstandsrichtlinien Öffentliches Auftragswesen

ÖPP-Beschleunigungsgesetz

Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich-Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich-Private Partnerschaften

Verordnung über die Genehmigungsfreiheit von Rechtsgeschäften des kommunalen Kreditwesens

VgV

Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung)

- § 4 Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen
- § 6 Vergabe von Bauleistungen
- § 6a Wettbewerblicher Dialog
- § 16 Ausgeschlossene Personen

VOB/A, VOB/B

Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teile A und B

- § 3 Arten der Vergabe
- § 3a Arten der Vergabe
- § 7 Mitwirkung von Sachverständigen
- § 26 Aufhebung der Ausschreibung
- § 4 VOB/B Ausführung

VOL/A

Verdingungsordnung für Leistungen Teil A

- § 3a Arten der Vergabe
- § 6 Mitwirkung von Sachverständigen
- § 7 Teilnehmer am Wettbewerb
- § 26 Aufhebung der Ausschreibung

VVK

Verwaltungsvorschriften für Zuwendungen des Freistaates Bayern an kommunale Körperschaften

■ Nr. 1, Nr. 12

VV-MuKommHV

Verwaltungsvorschrift zur Musterkommunalhaushaltsverordnung



Rechtliche Rahmenbedingungen für PPP-Projekte in Bayern (Kurzfassung)

Die Kurzfassung soll einen schnellen Überblick über die in Kapitel 1 – Rechtliche Rahmenbedingungen – behandelten Themen bieten. Sie soll den Einstieg in die komplexe Materie erleichtern und helfen, den wesentlichen Inhalt der ausführlichen Darlegungen in der Langfassung besser zu verstehen. Maßgebend ist jedoch allein der Text der Langfassung.

Die Nummerierung der beiden Fassungen stimmt überein. Sie finden also die Ausführungen zu einem bestimmten Thema jeweils unter der gleichen Ziffer.

1. Kommunales Vermögensrecht

■ Grundsätzlich besteht für eine Gemeinde die Möglichkeit, eine ihr gehörende Immobilie zu verkaufen, wenn das Eigentum daran zur Erfüllung einer gemeindlichen Aufgabe nicht gebraucht wird (so z.B. während der Laufzeit eines Betreibervertrages). Allerdings sollte im PPP-Vertrag bereits eine Rückübertragung der Anlage nach Vertragsende vereinbart werden.

2. Kommunales Haushaltsrecht

2.1 Grundsätze der Haushaltsführung

Der Grundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung und das daraus abgeleitete Risikominimierungsgebot verlangen u.a.,

- dass eine Einrichtung nach dem PPP-Konzept bei gleichem Leistungsumfang und gleicher Leistungsqualität mindestens ebenso wirtschaftlich errichtet und betrieben werden kann wie nach dem herkömmlichen Verfahren,
- einen Vergleich der jeweiligen Anschaffungs- und Herstellungskosten sowie der Folgekosten (Gesamtkosten), wobei auf den jeweiligen Einzelfall abzustellen ist,

■ eine angemessene Risikoverteilung zwischen den Beteiligten entsprechend den jeweiligen Verantwortungsbereichen und Stärken.

2.2 Vorgaben für Kreditaufnahmen

■ Die Aufnahme von Krediten durch die Kommune ist zulässig, wenn diese für Investitionen und Investitionsfördermaßnahmen verwendet werden. Dies darf allerdings nur im Rahmen einer geordneten Haushaltswirtschaft erfolgen und die dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinde nicht beeinträchtigen.

2.3 Kreditähnliche kommunale Rechtsgeschäfte

■ Kreditähnliche kommunale Rechtsgeschäfte sind genehmigungspflichtig.

■ Einige solcher Geschäfte sind von der Genehmigungspflicht befreit bzw. nur dann genehmigungspflichtig, wenn ein bestimmter Höchstbetrag überschritten wird.

■ Für die Genehmigung ist Voraussetzung, dass das Rechtsgeschäft der Erfüllung kommunaler Aufgaben dient und die dauerhafte Leistungsfähigkeit bzw. eine geordnete Haushaltswirtschaft sichergestellt ist. Wo die Haushaltslage einer Kommune eine Kreditaufnahme nicht zulässt, sind daher in aller Regel auch kreditähnliche Rechtsgeschäfte im Rahmen von PPP-Modellen nicht zulässig.

■ Die Genehmigungsfähigkeit einer kommunalen Forfaitierung kann auf Grund der unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten nur bezogen auf den konkreten Einzelfall beurteilt werden. Die Wirtschaftlichkeitsbetrachtung einer Forfaitierung muss neben den Transaktionskosten, längerfristigen Belastungen, Zinsen usw. vor allem auch die Kosten berücksichtigen, die sich im Angebotspreis nicht niederschlagen, und

die Projektrisiken quantitativ bewerten bzw. die jeweiligen Risiken und ihre Konsequenzen im Rahmen einer qualitativen Beurteilung detailliert beschreiben.

■ Bei der Vertragsgestaltung ist auf eine angemessene Risikoverteilung zwischen Kommune und Privatem zu achten, die die längerfristige Leistungsfähigkeit der Kommune berücksichtigt.

2.4 Verpflichtungsermächtigungen

■ Unter bestimmten Voraussetzungen kann bei PPP-Konzepten im Kommunalhaushalt auf die Veranschlagung von Verpflichtungsermächtigungen verzichtet werden.

2.5 Veranschlagung im kommunalen Haushalt

■ Ist eine Unterscheidung zwischen investiven und konsumtiven Ausgaben nicht möglich, sind die PPP-Zahlungsverpflichtungen der Kommune in der Regel konsumtiv zu veranschlagen.

2.6 Gebührenrecht

■ Die Einbeziehung angemessener Gewinne Privater in die Gebührenkalkulation ist zulässig.

■ Hinsichtlich der Investitionskosten ist eine Refinanzierung durch Beiträge nur dann möglich, wenn der Betreiber diese gesondert in Rechnung stellt.

■ Bei der Refinanzierung durch Gebühren können dagegen auch die Investitionskosten im Entgelt enthalten sein.

2.7 Europäisches Beihilferecht

■ Eine kommunale Forfaitierung bzw. eine kommunale Bürgschaft zugunsten eines privaten Unternehmens verstößt dann nicht gegen EU-Beihilferecht, wenn eine hinreichend publizierte, allgemeine und diskriminierungsfreie Ausschreibung des Vorhabens sicherstellt, dass der Leistungsaustausch wirtschaftlich angemessen ist.

Rechtliche Rahmenbedingungen für PPP-Projekte in Bayern (Kurzfassung)

3. Förderrecht (Art. 10 FAG)

■ Die Förderung kommunaler Hochbaumaßnahmen nach dem Finanzausgleichsgesetz ist an folgende Voraussetzungen geknüpft:

3.1 Eigentum

■ Das Investitionsobjekt muss sich im Eigentum der Kommune befinden.

■ Leasing- und Mietmodelle sind nicht förderfähig.

■ Zur Möglichkeit der Förderung eines so genannten Baukostenzuschusses vgl. Ziff. 3.1 der nachfolgenden Langfassung.

3.2 Wirtschaftlichkeitsvergleich

■ Des Weiteren ist Voraussetzung für eine Förderung, dass das PPP-Modell ein mindestens ebenso wirtschaftliches Ergebnis erzielen muss wie eine herkömmliche Realisierung.

3.3 Einhaltung von Vergabevorschriften

■ Voraussetzung für die Förderung ist ferner die Einhaltung der Vergabevorschriften. Zur Besonderheit bei Baukostenzuschüssen vgl. Ziff. 3.3 der nachfolgenden Langfassung.

3.4 Mindestnutzungszeit zur Erreichung des Förderzwecks

■ Die geförderten Maßnahmen müssen für eine Mindestnutzungszeit dem Förderzweck dienen (z.B. bei Schulen 25 Jahre).

3.5 Verbot des vorzeitigen Maßnahmebeginns

■ Zuwendungen für Projektförderungen an Kommunen dürfen nur für solche Vorhaben bewilligt werden, die noch nicht begonnen worden sind. Auf die Möglichkeit einer Unbedenklichkeitsbescheinigung wird unter Ziff. 3.5 der nachfolgenden Langfassung näher eingegangen.

3.6 Schwellenwert für die Förderung von Generalsanierungen im Bereich des kommunalen Hochbaus

■ Generalsanierungen können derzeit gefördert werden, wenn die zuwendungsfähigen Kosten mindestens ein Viertel der vergleichbaren Neubaukosten betragen und die Maßnahme nicht durch mangelhaften Bauunterhalt veranlasst ist. Bei einer Generalsanierung nach 25 Jahren seit Inbetriebnahme eines Gebäudes ist ohne Prüfung davon auszugehen, dass diese nicht auf einem mangelhaften Bauunterhalt beruht.

4. Vergaberecht

4.1 Abgrenzung des Anwendungsbereichs von VOB und VOL bei gemischten Aufträgen

■ Diese Abgrenzung ist anhand des qualitativen Schwerpunkts vorzunehmen: Beträgt der Anteil der Bauleistung ein Viertel der Gesamtleistung oder mehr, liegt in der Regel ein Bauauftrag vor. Die Gesamtleistung errechnet sich aus der Summe aller voraussichtlichen Zahlungen.

4.2 Wahl der Vergabeart

■ Grundsätzlich besteht ein Vorrang des Offenen Verfahrens.

4.2.1 Zulässigkeit des Nichtoffenen Verfahrens

■ Das Nichtoffene Verfahren ist zulässig, wenn die Bearbeitung des Angebots wegen der Eigenart der Leistung einen außergewöhnlich hohen Aufwand erfordert.

■ Das Nichtoffene Verfahren kann nur angewendet werden, wenn die zu beauftragende Leistung ausreichend genau beschrieben werden kann, so dass dazu keine weiteren Erklärungen und Verhandlungen notwendig sind. Der Auftraggeber muss selbst eine genaue Risikozuweisung vornehmen.

4.2.2 Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens

■ Das Verhandlungsverfahren ist 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 möglich ist.

4.2.3 Zulässigkeit des Wettbewerblichen Dialogs

■ Der durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz neu eingeführte Wettbewerbliche Dialog ist ein Verfahren zur Vergabe besonders komplexer Aufträge, z.B. großer Computernetzwerke.

4.3 Vergabe an Generalunternehmer bzw. Generalübernehmer im Zuge von PPP-Projekten

■ Bei dem Nachweis seiner Eignung für alle ausgeschriebenen Leistungsbereiche kann sich der Generalunternehmer bzw. Generalübernehmer auf andere Unternehmen (z.B. Konzerngesellschaften, benannte Nachunternehmer) beziehen.

4.4 Anwendung der VOB auf der sog. zweiten Ebene

■ Der Auftragnehmer hat bei einer Weitervergabe von Leistungen lediglich die VOB/B anzuwenden. Eine Verpflichtung zur Anwendung der VOB/A bei der Weitervergabe von Bauleistungen besteht nur für die Auftragnehmer, die selbst als öffentliche Auftraggeber einzustufen sind.

4.5 Sog. Projektantenproblematik

■ Auftraggeber haben beim Einsatz von so genannten Projektanten sicherzustellen, dass der Wettbewerb nicht verfälscht wird. Nur wenn keine geeigneten Maßnahmen in Betracht kommen, um dies zu verhindern, kommt ein Ausschluss des Projektanten vom Vergabeverfahren in Betracht.

4.6 Änderung der Zusammensetzung von Bietergemeinschaften bzw. Vertragspartnern

■ Die Änderung einer Bietergemeinschaft nach dem Teilnahmewettbewerb bzw. nach der Angebotsabgabe bis zur Auftragsvergabe ist in der Regel unzulässig.

4.7. Keine zwingende Vorgabe für Bieterrechtsform

■ Eine bestimmte Rechtsform kann erst für den Fall der Auftragserteilung verlangt werden, wenn dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages notwendig ist.

5. Steuerrecht

5.1 Grunderwerbsteuer

PPP-Projekte sind unter folgenden Voraussetzungen von der Grunderwerbsteuer befreit:

■ Das Grundstück wird dem privaten Unternehmer von der öffentlichen Hand zu Beginn des Vertragszeitraums übertragen.

■ Das Grundstück wird im Rahmen der Öffentlich-Privaten Partnerschaft für einen öffentlichen Dienst oder Gebrauch im Sinne des § 3 Abs. 2 GrStG benutzt.

■ Die Rückübertragung des Grundstücks an die öffentliche Hand am Ende des Vertragszeitraums ist zwingend vereinbart.

Die Anzeigepflichten der Beteiligten nach § 19 Abs. 2 Nr. 5 GrEStG sind zu beachten.

5.2 Grundsteuer

PPP-Projekte sind dann von der Grundsteuer befreit, wenn im Eigentum von Privaten befindliche Grundstücke

■ einer Körperschaft des öffentlichen Rechts während des Vertragszeitraums zur Nutzung für einen öffentlichen Dienst oder Gebrauch überlassen werden und

■ die Rückübertragung des Grundstücks an diesen Nutzer am Ende der Vertragslaufzeit zwingend vereinbart wird.

Wem das Grundstück vor Beginn der Partnerschaft gehörte, ist für die Grundsteuerbefreiung ohne Bedeutung. Grundstücke im Sinne des Grundsteuerrechts – und bei Vorliegen der Voraussetzungen auch grundsteuerbefreit – sind auch die auf einem Erbbaurecht oder aufgrund eines anderen Rechts auf fremdem Grund und Boden errichteten Gebäude. Gehört in einem solchen Fall das dienende Grundstück nicht der öffentlich-rechtlichen Körperschaft, entfällt unter Umständen die Steuerbefreiung, weil die Übertragungspflicht am Ende der Vertragslaufzeit und das Heimfallrecht kollidieren.

Die Nutzung für den öffentlichen Dienst oder Gebrauch muss durch die öffentlich-rechtliche Körperschaft erfolgen. Betreibermodelle, bei denen der private Partner auch die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben ganz oder teilweise übernimmt (z.B. als beliehener Unternehmer), unterliegen nicht der Steuerbefreiung.

5.3 Gewerbesteuer

Bei der Finanzierung von PPP-Projekten mittels Forfaitierung künftig gegenüber der öffentlichen Hand entstehender Mietforderungen ist aus gewerbesteuerlicher Sicht zu unterscheiden:

■ Haftet die private Projektgesellschaft (Forderungsverkäufer) nur für den rechtlichen Bestand und die Einredefreiheit der veräußerten Forderungen (Veritätshaftung), handelt es sich um einen Forderungskauf (echte Forfaitierung). Eine hälftige Hinzurechnung von Dauerschuldentgelten nach § 8 Nr. 1 GewStG ist nicht vorzunehmen.

■ Haftet die private Projektgesellschaft (Forderungsverkäufer) zumindest teilweise auch für das wirtschaftliche Risiko der Verwertbarkeit der verkauften Forderungen (Bonitätshaftung), ist der Forderungsverkauf steuerlich als Darlehensgewährung zu beurteilen (unechte Forfaitierung) und regelmäßig eine hälftige Hinzurechnung von Dauerschuldentgelten nach § 8 Nr. 1 GewStG vorzunehmen.

Die Beurteilung, ob das Bonitätsrisiko vollständig auf den Forderungskäufer übergegangen oder noch zumindest teilweise beim Forderungsverkäufer verblieben ist, folgt der zivilrechtlichen Auslegung der konkreten Vertragsgestaltung im Einzelfall.

5.4 Verbindliche Auskünfte zu steuerlichen Problemen bei PPP-Modellen

■ Die (zuständigen) Finanzämter können auf schriftlichen Antrag verbindliche Auskünfte über die steuerliche Beurteilung von bestimmten künftigen (im Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht verwirklichten) Sachverhalten erteilen, wenn daran im Hinblick auf die erheblichen steuerlichen Auswirkungen für den PPP-Partner ein besonderes Interesse besteht.



Rechtliche Rahmenbedingungen für PPP-Projekte in Bayern¹⁾

1. Kommunales Vermögensrecht (Art. 75 GO)

Die Gemeinde darf Vermögensgegenstände, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt, nicht veräußern (Umkehrschluss aus Art. 75 Abs. 1 Satz 1 GO). Entsprechendes gilt für Landkreise und Bezirke. Diese Regelung soll eine dauerhafte, ordnungsgemäße Erfüllung gemeindlicher Aufgaben gewährleisten. Ob die Gemeinde das Eigentum an dem Vermögensgegenstand zur Erfüllung ihrer Aufgaben braucht, kann nur im jeweiligen Einzelfall entschieden werden.

Auf die grundsätzliche Möglichkeit einer Veräußerung geht Nr. 5.1 der Gem.Bek. ein. Danach kann eine Gemeinde die Durchführung einer gemeindlichen Aufgabe durch den Bau und den Betrieb einer Anlage in einem sog. Betreibermodell einem in der Rechtsform des Privatrechts tätigen Dritten übertragen. Bei der Ausgestaltung solcher Betreibermodelle kann auch vorgesehen werden, dass der Betreiber von der Kommune eine bestehende Altanlage, z.B. eine Kläranlage, erwirbt. Die Veräußerung der Anlage verstößt hier nicht gegen Art. 75 Abs. 1 Satz 1 GO, weil die Gemeinde das Eigentum der Anlage während der Laufzeit des Betreibervertrags nicht zur Erfüllung ihrer Aufgabe braucht. Nach Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO darf die Anlage nur zu ihrem vollen Wert veräußert werden. Der dabei erzielte Veräußerungserlös ist in der Regel dem Gebührenhaushalt gutzubringen. Im Betreibervertrag sollte jedoch bereits der Rückkauf der Anlage bei Vertragsende geregelt werden. Die Aufwendungen beim Rückkauf gehören zu den beitrags- bzw. gebührenfähigen Anschaffungskosten.

Auch im Falle einer Einrichtungsprivatisierung hindert das Kommunalrecht eine Gemeinde nicht, ihre Anlagen an einen

Privaten zu veräußern, der die Versorgung selbst übernimmt (vgl. Nr. 8.1 der Gem.Bek). Anders als im Fall eines Betreibervertrags wird der Private hier gegenüber dem Abnehmer nicht als Erfüllungsgehilfe der Gemeinde, sondern im eigenen Namen tätig. Entsprechendes gilt bei Nutzungsüberlassungen.

2. Kommunales Haushaltsrecht (Art. 61 Abs. 2 Satz 2 GO)

Nach Art. 61 Abs. 2 Satz 2 GO sollen die Gemeinden ihre Aufgaben in geeigneten Fällen daraufhin untersuchen, ob und in welchem Umfang sie durch nichtkommunale Stellen, insbesondere durch private Dritte oder unter Heranziehung Dritter, mindestens ebenso gut erledigt werden können. Soweit keine besonderen gesetzlichen Vorschriften bestehen, können die Kommunen grundsätzlich eigenverantwortlich über die Finanzierung, Ausführung und Organisationsform ihrer Einrichtungen entscheiden. In der Gem.Bek wird das unter Nr. 3.2 ausdrücklich klargestellt.

2.1 Grundsätze der Haushaltsführung (Art. 61 Abs. 2, Abs. 3 GO, § 10 KommHV)

Der Grundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung (Art. 61 Abs. 2 Satz 1 GO) und das daraus abgeleitete Risikominimierungsgebot (Art. 61 Abs. 3 GO) verlangen, dass ein PPP-Modell 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 errichtet und betrieben werden kann. Die Belastung des Haushalts der Kommune ist möglichst gering zu halten, was durch einen Wirtschaftlichkeitsvergleich zu belegen ist. Die erforderliche Leistung muss

qualitativ und quantitativ gewährleistet sein und den Bürgern im notwendigen Umfang zur Verfügung stehen. Der in die Aufgabenerfüllung einbezogene Private muss außerdem die nach dem Inhalt der Aufgabe erforderlichen persönlichen und fachlichen Voraussetzungen (z.B. Zuverlässigkeit, fachliche Eignung, finanzielle Leistungsfähigkeit) mitbringen.

Dieses Gebot gilt für die Finanzierung und die Ausführung ebenso wie für die Organisationsform. Für kommunale Planungen ist dies in § 10 KommHV konkretisiert.

Gemäß § 10 Abs. 2 KommHV soll vor dem Beschluss über Investitionen von erheblicher finanzieller Bedeutung die wirtschaftlich günstigste Lösung unter mehreren in Betracht kommenden Möglichkeiten ermittelt werden; dabei sind Anschaffungs- und Herstellungskosten sowie die Folgekosten, d.h. die Gesamtkosten, miteinander zu vergleichen.

Nach § 10 Abs. 3 KommHV dürfen Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Baumaßnahmen erst dann veranschlagt werden, wenn Bauunterlagen vorliegen, aus denen die Art der Ausführung, die Kosten der Maßnahme, des Grunderwerbs und der Einrichtung im Einzelnen ersichtlich sind. Den Unterlagen sind

- Angaben über die Kostenbeteiligung Dritter,
 - ein Bauzeitenplan mit Angaben der voraussichtlichen Jahresraten und
 - eine Schätzung der nach Fertigstellung der Maßnahme entstehenden jährlichen Haushaltsbelastungen (Folgekosten)
- beizufügen.

¹⁾ Die nachfolgenden Regelungen sind allgemeingültig und nicht nur auf PPP-Modelle bezogen.

Rechtliche Rahmenbedingungen für PPP-Projekte in Bayern

Wenn es im Einzelfall nicht möglich ist, die geforderten Unterlagen rechtzeitig fertig zu stellen und aus einer späteren Veranschlagung ein Nachteil erwachsen würde, lässt § 10 Abs. 4 KommHV für das frühe Planungsstadium Ausnahmen zu.

Die Ausnahmeregelung entbindet die Kommune aber nicht von einem Wirtschaftlichkeitsvergleich. Ob ein PPP-Modell ein mindestens ebenso wirtschaftliches Ergebnis erwarten lässt wie eine herkömmliche Finanzierung, lässt sich nur anhand eines Vergleichs hinreichend konkretisierter Modelle feststellen (siehe hierzu Ziff. 3.2).

Das aus dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit abgeleitete Risikominimierungsgebot (Art. 61 Abs. 3 GO) erfordert eine angemessene Risikoverteilung zwischen den Beteiligten und damit eine Risikoverteilung entsprechend den jeweiligen Verantwortungsbereichen und Stärken der beteiligten Partner, d.h. die Partner müssen in der Lage sein, die Risiken, die sie tragen sollen, zu bewältigen.

Das Risikominimierungsgebot steht PPP-Modellen nicht entgegen, soweit eine Risikoverteilung entsprechend diesen Grundsätzen stattfindet. Sondervereinbarungen zu Lasten der Kommune (Rückübertragung von Risiken) sollten die gefundene Risikoverteilung im Einzelfall nicht wieder in Frage stellen, z.B. durch Forfaitierung.

Die Kommunen haben einen nicht unerheblichen Entscheidungs- und Ermessensspielraum, was Planung, Finanzierung, Ausführung und Organisationsform ihrer Einrichtungen angeht. Deshalb beschränkt sich die Rolle der Aufsicht auf eine Überprüfung der Einhaltung des Gebots der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit einschließlich des Risikominimierungsgebots und der Plausibilität des Wirtschaftlichkeitsvergleichs.

2.2 Vorgaben für Kreditaufnahmen (Art. 71 GO)

Kommunen können Finanzierungsmittel zumindest ebenso einfach und günstig beschaffen wie Private. Die Aufnahme von Krediten ist i.d.R. zulässig

- für Investitionen und Investitionsfördermaßnahmen sowie zur Umschuldung (Art. 71 Abs. 1 GO),
- im Rahmen einer geordneten Haushaltswirtschaft,
- soweit die Kreditverpflichtungen mit der dauernden Leistungsfähigkeit in Einklang stehen (Art. 71 Abs. 2 GO).

Die Aufnahme von Krediten für (voll) kostenrechnende Einrichtungen steht grundsätzlich mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde in Einklang. Gegen die Gesamtgenehmigung der Kreditaufnahme im Rahmen des Art. 71 Abs. 2 GO bestehen insoweit keine Bedenken. Das gilt vor allem deshalb, weil es die Regelungen des Kommunalabgabengesetzes ermöglichen, dass allgemeine Haushaltsmittel allenfalls zeitweise beansprucht werden müssen.

Denn die Kommune kann

- die Gebühren für die Benutzung der Einrichtung gemäß Art. 8 Abs. 2 Satz 1 KAG so bemessen, dass die so genannten kalkulatorischen Kosten (angemessene Abschreibungen und angemessene Verzinsung des Anlagekapitals) voll gedeckt werden, und gleichzeitig den Schuldendienst so festlegen, dass er aus den Gebührenerlösen für die kalkulatorischen Kosten erbracht werden kann (insbesondere Laufzeitkongruenz), und
- Beiträge und Vorauszahlungen auf Beiträge erheben (Art. 5 KAG).

2.3 Kreditähnliche kommunale Rechtsgeschäfte (Art. 72 GO)

PPP-Modelle umfassen vielfach kreditähnliche Verpflichtungen und Sicherheiten nach Art. 72 GO.

■ Genehmigungspflicht

Soweit PPP-Modelle

- Rechtsgeschäfte, die der Kreditaufnahme wirtschaftlich gleichkommen (Art. 72 Abs. 1 GO),
- Bürgschaften, Gewährverträge und Verpflichtungen aus verwandten Rechtsgeschäften nach Maßgabe von Art. 72 Abs. 2 GO (die nicht im Rahmen der laufenden Verwaltung abgeschlossen werden) und die
- Bestellung von Sicherheiten (Art. 72 Abs. 3 GO)

umfassen, sind sie nicht schlechthin genehmigungspflichtig. Mit Verordnung über die Genehmigungsfreiheit von Rechtsgeschäften des kommunalen Kreditwesens wurde – unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Finanzkraft und personellen Ressourcen der Kommunen – eine Reihe solcher Geschäfte von der Genehmigungspflicht völlig befreit bzw. nur dann der Genehmigungspflicht unterworfen, wenn ein bestimmter Höchstbetrag überschritten wird, der sich nach der Einwohnerzahl richtet (§ 1 der o.a. Verordnung). Weitere Voraussetzungen einer Genehmigungsfreiheit enthalten die §§ 2 und 3 der Verordnung.

■ Genehmigungsvoraussetzungen

Nach Art. 72 Abs. 4 GO gelten für die Genehmigung kreditähnlicher Rechtsgeschäfte die Vorschriften des Art. 72 Abs. 2 Sätze 2 und 3 GO entsprechend. Auch kreditähnliche Rechtsgeschäfte sind nur zulässig

■ zur Erfüllung kommunaler Aufgaben (Art. 72 Abs. 2 GO),

■ im Rahmen einer geordneten Haushaltswirtschaft,

■ soweit die Verpflichtungen mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Kommune in Einklang stehen und

■ soweit sie nicht auf die Erzielung wirtschaftlicher Vorteile dadurch gerichtet sind, dass die Kommune einem Dritten steuerliche Vorteile verschafft, ohne damit einen Investitionszweck zu verfolgen (Art. 72 Abs. 4 GO).

Eine geordnete Haushaltswirtschaft erfordert nicht nur, dass die Kommune ihre Kosten reduziert; sie erfordert auch eine angemessene Risikoverteilung zwischen der Kommune und ihren privaten Vertragspartnern im Rahmen des PPP-Modells. Das aus dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit abgeleitete Risikominimierungsgebot (Art. 61 Abs. 3 GO) konkretisiert diesen Grundsatz. Gerade die vielfach den Kommunen abverlangten Einrede-, Einwendungs- bzw. Aufrechnungsverzichtserklärungen sind daraufhin zu überprüfen, inwieweit eine Risikoverteilung entsprechend den jeweiligen Verantwortungsbereichen und Stärken der beteiligten Partner stattfindet. Diese Gesichtspunkte müssen auch bei der Beurteilung von Forfaitierungsfällen Anwendung finden.

Wo die Haushaltslage einer Kommune eine Kreditaufnahme nicht zulässt, sind in aller Regel auch kreditähnliche Rechtsgeschäfte im Rahmen von PPP-Modellen nicht möglich. Rechtsgeschäfte, die einer Kreditaufnahme wirtschaftlich gleichkommen, stellen eine indirekte Form der Kreditaufnahme dar, die ähnliche Lasten wie Zins und Tilgung nach sich ziehen können. Sie entlasten den Kommunalhaushalt nicht, sondern

verschieben die Finanzierungslast in die Zukunft. Wie bei Kreditaufnahmen werden die Genehmigungsvoraussetzungen für ein kreditähnliches Rechtsgeschäft bei kostenrechnenden Einrichtungen eher erfüllt sein als bei Einrichtungen, deren Abfinanzierung aus allgemeinen Haushaltsmitteln aufgebracht werden muss und die zudem Defizite erwirtschaften, die den Haushalt zusätzlich belasten.

■ Kommunale Forfaitierung (vgl. dazu im Abschnitt Finanzierung Ziff. 3.2.2)

Die Genehmigungspflicht und -fähigkeit kommunaler Forfaitierung kann nur bezogen auf den konkreten Einzelfall beurteilt werden. Dies gilt vor allem, weil Forfaitierungsgeschäften in aller Regel ein komplexes Vertragswerk (Grund- bzw. Leistungsvertrag, Finanzierungsrahmenvertrag, Ergänzungsvereinbarungen und Einzelforderungskaufverträge u.a.m.) zugrunde liegt, die vertraglichen Konstrukte ständig weiterentwickelt werden und ganz unterschiedliche Leistungen (Leasingraten, Mietzahlungen, Betreiberentgelte, Werklohn, Dienstleistungsentgelte usw.) forfaitiert werden können; daraus entstehen ganz unterschiedliche Grund- bzw. Leistungsverträge.

Den rechtlichen Rahmen für Kommunen wie Aufsichtsbehörden gibt Art. 72 GO vor. Kreditähnliche Geschäfte – darunter fallen die Forfaitierungskonstrukte in aller Regel – sind nur genehmigungsfähig

■ zur Erfüllung kommunaler Aufgaben und

■ wenn die dauernde Leistungsfähigkeit bzw. eine geordnete Haushaltswirtschaft der Kommune sichergestellt ist.

Für Forfaitierungsgeschäfte gilt insoweit nichts anderes als für Kredite. Wo die kommunale Finanzlage eine Kreditaufnahme ausschließt, wird in aller Regel auch eine Finanzierung über kreditähnliche Rechtsgeschäfte in Form der Forfaitierung nicht in Betracht kommen. Die private Vorfinanzierung schränkt ähnlich dem Kredit die spätere Dispositionsfreiheit der Kommune ein.

Forfaitierungsgeschäfte können nicht allein unter dem Aspekt kommunalkreditähnlicher Konditionen bewertet werden, sondern erfordern auch eine angemessene Risikoverteilung zwischen Kommune, privatem Vertragspartner und Bank.

Bei der Betrachtung der Risikostrukturen ist u.a. ein Einrede-, Einwendungs- bzw. Aufrechnungsverzicht zu werten, der regelmäßig zu einer Rückübertragung von Kontrahenten-, Kredit- und Leistungserstellungsrisiken auf die Kommune führt. Gleichzeitig reduziert sich für die Kommune in Abhängigkeit von den zurückübertragenen Risiken die Möglichkeit, Leistungsanreize zu setzen (z.B. leistungs- bzw. erfolgsorientierte Vergütung) und Minderleistungen zu sanktionieren. Sofern der Leistungsersteller der Kommune zusätzliche Sicherheiten (Bürgschaften, Versicherungen usw.) zur Besicherung der zurückgenommenen Risiken einräumt, reduziert das den möglichen Kostenvorteil gegenüber der Projektfinanzierung. In die Kostenbetrachtung sind u.a. die Transaktionskosten, die längerfristigen Belastungen, die Zinsen, die Zinsbindungsfristen, die Finanzierungs- und Projektlaufzeiten des Forfaitierungsmodells ebenso einzu beziehen wie steuerliche Aspekte.

Da die Bank durch die Verzichtserklärungen der Kommune risikolos gestellt wird, verringert sich für sie das Gewicht der bei Projektfinanzierungen notwen-

Rechtliche Rahmenbedingungen für PPP-Projekte in Bayern

digen Prüfung der rechtlichen und technischen Realisierbarkeit sowie der finanziellen und wirtschaftlichen Tragfähigkeit des Projekts und insbesondere auch die Prüfung der finanzwirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, Eigenkapitalausstattung und Stabilität des Leistungserbringers bzw. Kreditnehmers. Auch das laufende Projektmonitoring wird beim Fremdkapitalgeber weniger umfangreich ausfallen als bei einer Projektfinanzierung. Der kommunale Vorhabensträger muss also unmittelbar selbst tätig werden oder geeignete externe Berater einschalten. Die Belastungen treffen die Kommune also weiterhin, auch wenn sie sich, anders als bei der konventionellen Finanzierung durch die Kommune selbst, im Angebotspreis des Leistungserstellers nicht niederschlagen.

Eine Wirtschaftlichkeitsbetrachtung muss also auch

- die Kosten berücksichtigen, die sich im Angebotspreis nicht niederschlagen und

- die Projektrisiken quantitativ bewerten und, wo das nicht möglich ist, die jeweiligen Risiken und ihre möglichen Konsequenzen im Rahmen einer qualitativen Beurteilung detailliert beschreiben.

Bei der Gestaltung des Grundgeschäftes bzw. Leistungsvertrages ist auf eine angemessene Risikoverteilung zu achten, die die längerfristige Leistungsfähigkeit der Kommune berücksichtigt.

Wesentliche Aspekte sind, ob

- die Forfaitierung nach Abschluss des (Bau-)Projekts vorgesehen ist oder noch während seiner Laufzeit,

- sich die Kommune in Anlehnung an das sog. Mogendorfer Modell verpflichtet, auf der Grundlage von Baustaten Teilleistungen abzunehmen (Forfaitierung von Teilleistungsforderungen) und welche Regelungen insoweit für den Fall einer vorzeitigen Projektbeendigung

getroffen sind (insbesondere Insolvenzrisiko des privaten Leistungserbringers),

- die Kommune im Fall einer vorzeitigen Projektbeendigung verpflichtet ist, den gesamten noch ausstehenden Restbetrag zu zahlen und den der Bank entstehenden Wiederanlageschaden zu tragen,

- der Verzicht der Kommune auf ihre Schuldnerschutzrechte durch einseitige Verzichtserklärung der Kommune, durch Vereinbarungen mit dem privaten Auftragnehmer, mit der finanzierenden Bank oder durch dreiseitige Erklärungen, die alle drei Beteiligten einbinden, erfolgt,

- sichergestellt ist, dass die Kommune mit dem Verzicht auf Schuldnerschutzrechte gegenüber der Bank nicht zugleich auch ihre Rechtsstellung gegenüber dem Privaten verschlechtert (z.B. Gewährleistungsrechte, vertragliche Gestaltungsrechte),

- Doppelzahlungsverpflichtungen ausgeschlossen sind, also Zahlungen der Kommune mit schuldbefreiender Wirkung erfolgen,

- Gestaltungsmöglichkeiten und Handlungsspielräume bei langfristigen Grundverträgen bestehen, etwa um auf geänderte gesetzliche Anforderungen oder geänderten Bedarf reagieren zu können,

- Vertragsanpassungen zu Lasten der Kommune vorgesehen sind.

2.4 Verpflichtungsermächtigungen (Art. 67 Abs. 1, Abs. 4 GO)

Verpflichtungen zur Leistung von Ausgaben für Investitionen und Investitionsfördermaßnahmen dürfen nur eingegangen werden, wenn der Haushaltsplan hierzu ermächtigt (Art. 67 Abs. 1 GO). Der Gesamtbetrag der Verpflichtungsermächtigungen bedarf im Rahmen der Haushaltssatzung der Genehmigung,

wenn in den Jahren, zu deren Lasten sie vorgesehen sind, Kreditaufnahmen geplant sind (Art. 67 Abs. 4 GO). Die im Haushaltsplan vorgesehenen Verpflichtungsermächtigungen können nur durch eine Nachtragshaushaltssatzung erhöht oder erweitert werden (VV zu § 9 Satz 2 KommHV).

Bei kreditähnlichen Verpflichtungen kann auf die Veranschlagung von Verpflichtungsermächtigungen verzichtet werden, weil

- das Budgetrecht des Gemeinderates gewahrt bleibt; eine Übertragung der Rechtsgeschäfte auf einen Ausschuss ist gemäß Art. 32 Abs. 2 Nr. 1 GO ausgeschlossen;

- durch die Genehmigung nach Art. 72 GO sichergestellt ist, dass die Verpflichtung einer geordneten Haushaltswirtschaft entspricht und mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Kommune in Einklang steht.

Der Verzicht auf Verpflichtungsermächtigungen bei kreditähnlichen Rechtsgeschäften und vor allem der damit verbundene Wegfall einer Nachtragshaushaltssatzung erleichtern den Einsatz von PPP-Modellen. Die Nr. 3.2.3 der Gem.Bek ist also insoweit überholt.

Es ist den Kommunen jedoch unbenommen, durch Beschluss festzulegen, dass kreditähnliche Rechtsgeschäfte auch künftig nur eingegangen werden dürfen, wenn eine Verpflichtungsermächtigung vorliegt. An der Aussagekraft des Haushaltsplans ändert sich durch den Verzicht auf Verpflichtungsermächtigungen nichts. Denn nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 KommHV ist dem Haushaltsplan eine Übersicht über den voraussichtlichen Stand der Schulden beizufügen, die nach dem amtlichen Muster (Anlage 4 zu den VV-MuKommHV) auch die Belastungen aus kreditähnlichen Rechtsgeschäften ausweisen muss.

2.5 Veranschlagung im kommunalen Haushalt

Nach § 1 KommHV besteht der Haushaltsplan aus Vermögenshaushalt und Verwaltungshaushalt. Während im Vermögenshaushalt die Investitionen und Investitionsfördermaßnahmen und ihre Deckung dargestellt werden, also vermögenswirksame Einnahmen und Ausgaben, enthält der Verwaltungshaushalt den für die Verwaltung erforderlichen Aufwand und seine Deckung. Diese Unterscheidung zwischen investiven und konsumtiven Ausgaben gibt das kommunale Haushaltsrecht vor allem auch im Hinblick auf die Investitionsbindung von Krediten und kreditähnlichen Rechtsgeschäften zwingend vor.

Die Unterscheidung von investiven und konsumtiven Ausgaben dient dazu, den Ressourcenverbrauch der Kommune offenzulegen; sie ist im Hinblick auf die Investitionsbindung von Krediten und kreditähnlichen Rechtsgeschäften vor allem auch unter Transparenzgesichtspunkten weiterhin erforderlich.

Bei PPP-Modellen hat man es mit einer gemischten Lage zu tun. Ein Teil der anfallenden Leistungen wird ähnlich wie eine Miete oder wie beim Leasing für die Nutzung oder eine vorgezogene Nutzung geschuldet, während ein Teil einem späteren Eigentumserwerb der Sache dient. Deshalb muss – soweit dies möglich ist – bei den zu zahlenden Raten unterschieden werden, in welchen Sektor sie sachlich einzuordnen sind. Soweit sie dem Vermögenserwerb dienen, kann eine Finanzierung über den Vermögenshaushalt – auch über Kredite – erfolgen. Raten, die sich nur auf die Nutzung erstrecken, sind über den Verwaltungshaushalt zu bestreiten. Ist eine Unterscheidung zwischen konsumtiven und investiven Ausgaben nicht möglich, ist der Gesamtbetrag in aller Regel als konsumtiv zu veranschlagen.

2.6 Gebührenrecht

Das Aufkommen der Gebühren für die Benutzung der öffentlichen Einrichtungen soll nach dem Kostendeckungsprinzip (Art. 8 Abs. 2 Satz 2 KAG) die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansetzbaren Kosten nicht übersteigen. Eine Verletzung des Kostendeckungsprinzips kann vorliegen, wenn die Gebührenkalkulation auf einen Gewinn der Kommune selbst angelegt ist, worauf in der Gem.Bek unter Nr. 5.7 ausdrücklich hingewiesen wird, aber wohl auch dann, wenn sich ein Privater unangemessene Vorteile für z.B. nicht im Wettbewerb vergebene Leistungen versprechen lässt.

Das Kostendeckungsprinzip wird nicht dadurch verletzt, dass in den Kosten, die der Betreiber der Kommune in Rechnung stellt und die die Kommune über die Gebühren an die Abgabenschuldner weitergibt, gegebenenfalls in angemessenem Umfang ein Wagniszuschlag und ein Gewinnanteil des Betreibers enthalten sind; das gilt auch für die Eigenkapitalverzinsung in der Betreibergesellschaft. Das Gebührenrecht ermöglicht also die Einbeziehung angemessener Gewinne Privater im Rahmen so genannter Betreibermodelle.

Soweit der Betreiber seine Investitionskosten für die von ihm errichtete und finanzierte Anlage auf das laufende Betreiberentgelt umlegt, kann die Gemeinde Beiträge nach Art. 5 KAG zur Refinanzierung des Entgelts nicht erheben. Beiträge können dann zulässig sein, wenn der Betreiber der Gemeinde die Investitionskosten gesondert in Rechnung stellt. Dagegen ist eine Refinanzierung des laufenden Betreiberentgelts über Gebühren nach Art. 8 KAG auch hinsichtlich der in dem Entgelt enthaltenen Investitionskosten zulässig. Es ist jedoch zu beachten, dass die im Betreiberentgelt enthaltenen Investitionskosten nicht als kalkulatorische Abschrei-

bungen und Zinsen in die Gebührenrechnung einfließen dürfen, da keine Anschaffungs- oder Herstellungskosten im Sinne von Art. 8 Abs. 3 KAG vorliegen.

2.7 Europäisches Beihilferecht

Nach Art. 87 EGV sind aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen, gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar.

In den meisten Fällen handelt es sich beim Bau von Infrastrukturen durch die öffentliche Hand um eine allgemeine Maßnahme, die nicht zum Vorliegen einer unzulässigen Beihilfe führt. Voraussetzung ist, dass die betreffende Infrastruktur von allen potentiellen Benutzern unter gleichen Bedingungen in Anspruch genommen werden kann.

Auch wenn der Staat Infrastrukturen partnerschaftlich mit dem privaten Sektor finanziert, muss das Vorhaben so angelegt sein und durchgeführt werden, dass es mit den Beihilfavorschriften vereinbar ist. Steht die Infrastruktureinrichtung im Eigentum der öffentlichen Hand und soll sie von einem Unternehmen betrieben werden, so kann eine hinreichend publizierte, allgemeine und diskriminierungsfreie Ausschreibung des Vorhabens eine Beihilfe zugunsten des privaten Unternehmens ausschließen, indem sichergestellt wird, dass der Leistungsaustausch wirtschaftlich angemessen ist. Finanzielle Vergünstigungen der Kommune gegenüber dem Unternehmen (z.B. eine sog. Forfaitierung im Rahmen der Finanzierung) müssen dabei bereits Gegenstand des Vergabeverfahrens sein.

Rechtliche Rahmenbedingungen für PPP-Projekte in Bayern

3. Förderrecht (Art. 10 FAG)

Eine staatliche Förderung im Bereich des kommunalen Hochbaus nach Art. 10 FAG ist an folgende Voraussetzungen geknüpft:

3.1 Eigentum

Gemäß Art. 10 FAG gewährt der Staat Gemeinden und Gemeindeverbänden Zuweisungen zum Bau bestimmter förderfähiger Einrichtungen. Grundlage der staatlichen Förderung nach Art. 10 FAG ist die Realisierung einer bestimmten Investition. Dabei muss sich das Investitionsobjekt im Eigentum der Kommune befinden. Dies ist eine allgemeingültige Regelung und nicht spezifisch auf PPP-Modelle bezogen.

Auch der Kauf eines zunächst angemieteten Gebäudes könnte gefördert werden, wenn zum Zeitpunkt des Kaufes die Voraussetzungen hierfür gegeben sind.

Leasing- und Mietmodelle können nach dem geltenden Recht nicht gefördert werden:

■ Eine Förderung von Miete und Leasing ist nach Auffassung des Freistaats mit wichtigen und wesentlichen haushaltsrechtlichen und haushaltssystematischen Grundsätzen nicht in Einklang zu bringen:

■ Die Kommunen erhalten ihre Finanzausstattung über ein zweigleisiges Finanzierungssystem. Neben ihren freien Mitteln (z.B. Schlüsselzuweisungen zur Finanzierung der laufenden Verwaltungshaushalte) erhalten sie vom Freistaat ergänzende Zuweisungen für konkrete Projekte und Zwecke. Es handelt sich dabei grundsätzlich um größere Investitionsvorhaben, die aus dem laufenden Haushalt der Kommune nicht finanzierbar wären. Reine Miet- bzw.

Leasingraten stellen dagegen laufende Aufwendungen dar, die im Verwaltungshaushalt der betreffenden Kommune zu decken sind und bereits im Rahmen der allgemeinen Steuerverbände bzw. Schlüsselzuweisungen abgegolten werden. Eine staatliche Förderung monatlicher Miet- oder Leasingraten der Kommunen über einen sehr langen Zeitraum ist daher mit dem zweigleisigen Finanzierungssystem von freien Mitteln für den laufenden Aufwand einerseits und zweckgebundenen Projektzuweisungen für einzelne Investitionen andererseits nicht zu vereinbaren.

■ Darüber hinaus würde der Bereich des staatlichen Förderwesens mit zum Teil jahrzehntelangen rechtlichen Verpflichtungen belastet. Gerade diese langen Vertragslaufzeiten sind auch für die Kommunalseite nicht unproblematisch. So verpflichten sich beispielsweise Städte und Gemeinden, ein Gebäude für 25 oder mehr Jahre anzumieten.

■ Sofern ein förderfähiges Vorhaben von einem anderen Bauträger durchgeführt wird und sich die Kommune daran mit einem Baukostenzuschuss beteiligt, können der Kommune jedoch Zuweisungen zu ihrem Baukostenzuschuss gewährt werden, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

■ Das Vorhaben des Bauträgers muss der Kommune die Last einer eigenen Baumaßnahme im Rahmen ihres Aufgabenbereichs abnehmen.

■ Die Kommune muss dem Vorhaben (insbesondere hinsichtlich Art, Ausmaß und Ausführung) vor Beginn der Maßnahme zugestimmt haben.

■ Die zweckentsprechende Verwendung der Fördermittel muss sichergestellt sein.

■ Es muss insbesondere durch Eintragung eines Nießbrauchs regelmäßig dinglich sichergestellt sein, dass die Einrichtung innerhalb der vorgesehenen Bindungsfrist zweckentsprechend genutzt wird und dass der Kommune im Falle einer Eigennutzung während dieser Zeit ein dem Baukostenzuschuss entsprechendes Benutzungsrecht zusteht.

■ Der Bauträger muss das Recht der zuständigen staatlichen und kommunalen Stellen zu einer Prüfung der Baumaßnahme anerkennen.

■ Der Bauträger muss sich verpflichten, die von den Kommunen anzuwendenden Vergabegrundsätze einzuhalten (Nr. 3 ANBest-K).

■ Die fachlichen Voraussetzungen und Genehmigungen müssen vorliegen.

Ein Fall für die Förderung eines Baukostenzuschusses ist beispielsweise die Errichtung einer Kindertageseinrichtung durch einen freigemeinnützigen oder sonstigen Träger. Nach Art. 27 BayKiBiG ist die Kommune unter bestimmten Voraussetzungen gesetzlich verpflichtet, sich an den notwendigen Kosten der Maßnahme mit zwei Dritteln zu beteiligen.

3.2 Wirtschaftlichkeitsvergleich

Voraussetzung für eine Förderung ist, dass die Maßnahme wirtschaftlich ist. Nach dem Gebot einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung muss eine PPP-Alternative ein mindestens ebenso wirtschaftliches Ergebnis erzielen wie das herkömmliche Verfahren (vgl. Art. 7 BayHO).

Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen werden in verschiedenen Phasen des Projektes vorgenommen:

■ In einer ersten Phase wird der Projekteignungstest durchgeführt, der im Leitfaden Teil 1 beschrieben ist und der eine Wirtschaftlichkeitsprognose beinhaltet. Mit dem Projekteignungstest soll die grundsätzliche Eignung eines Projekts für die Realisierung im Wege einer PPP geprüft werden.

■ In einer zweiten Phase erfolgen der Vergleich der eingegangenen Angebote untereinander und der abschließende Wirtschaftlichkeitsvergleich, bei dem das wirtschaftlich günstigste PPP-Angebot den Kosten der Eigenrealisierung (Public-Sector-Comparator – PSC) gegenübergestellt wird. Der PSC ist auf Grundlage der Leistungsbeschreibung anhand der tatsächlichen Umstände, unter denen der öffentliche Auftraggeber üblicherweise seine Beschaffungen tätigt, zu ermitteln.

Die Ergebnisse der Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen hängen entscheidend von der Präzision und der Belastbarkeit der Eingangsdaten ab. Sie sind in jedem Einzelfall projekt- und maßnahmespezifisch zu ermitteln.

Eine Arbeitsgruppe der Finanzministerkonferenz und eine Arbeitsgruppe des Bundes sind damit beauftragt, einen bundeseinheitlichen Leitfaden für den Wirtschaftlichkeitsvergleich zu erarbeiten. Der Leitfaden wird voraussichtlich Mitte 2006 vorliegen. Bis dahin können sich Kommunen, die einen Wirtschaftlichkeitsvergleich erarbeiten müssen, an die PPP-AG Bayern (Public-Private-Partnership-Arbeitsgruppe Bayern) wenden (www.ppp.bayern.de; ppp@stmi.bayern.de).

3.3 Einhaltung

von Vergabevorschriften

Voraussetzung für die Förderung kommunaler Investitionen im Bereich des Art. 10 FAG ist die Einhaltung der Vergabevorschriften. Das Förderrecht folgt insoweit den bestehenden gesetzlichen Vorgaben und legt die Verpflichtung zur Anwendung der Vergabevorschriften grundsätzlich nicht selbst fest.

Notwendige Ausnahmen hiervon sind die Weiterleitung von Zuwendungen (Nr. 12 VVK) und die Förderung des oben genannten Baukostenzuschusses. Hier muss sich der Zuwendungsempfänger bzw. der Bauträger verpflichten, die von den Kommunen anzuwendenden Vergabegrundsätze einzuhalten, um eine Umgehung von zwingenden Vergabevorschriften zu verhindern.

3.4 Mindestnutzungszeit zur Erreichung des Förderzwecks

Die geförderten Maßnahmen müssen auf eine Mindestnutzungszeit dem Förderzweck – bei Schulen 25 Jahre – dienen.

3.5 Verbot des vorzeitigen Maßnahmebeginns

Gemäß Nr. 1.3 VVK dürfen Zuwendungen zur Projektförderung an Kommunen nur für solche Vorhaben bewilligt werden, die noch nicht begonnen worden sind. Einem vorzeitigen Maßnahmebeginn darf nur zugestimmt werden, wenn die Maßnahme sachlich geprüft ist und deren Finanzierung – zumindest überschlägig – hinreichend gesichert erscheint (Nr. 1.3 Satz 2 i.V.m. Nr. 1.3.3 VVK). Führt eine Kommune eine Maßnahme im Rahmen eines PPP-Projekts durch, das neben Bau, Finanzierung und Betrieb auch die Planung umfassen soll, liegen zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe nach erfolgter Ausschreibung (und damit bei Beginn des Projekts) nicht in allen Fällen Pläne vor, die Art und

Umfang des Bauvorhabens prüfbar nachweisen und damit eine sachliche Prüfung, die für eine Zustimmung zum vorzeitigen Maßnahmebeginn erforderlich wäre, ermöglichen könnten.

Der dargestellte Konflikt kann durch die Erteilung einer so genannten Unbedenklichkeitsbescheinigung für derartige PPP-Maßnahmen aufgelöst werden. In einer Unbedenklichkeitsbescheinigung wird der Kommune bestätigt, dass der sofortige Maßnahmebeginn ohne eine vorgängige sachliche und/oder finanzielle Überprüfung des Vorhabens für eine spätere Förderung unschädlich ist. Eine besondere Plantiefe ist damit zu diesem Zeitpunkt entbehrlich. Zugleich stellt die Unbedenklichkeitsbescheinigung auch fest, dass aus ihr keinerlei Anspruch auf eine Förderung resultiert. Es wird jedoch – sollten zu einem späteren Zeitpunkt die Voraussetzungen für eine Förderung im Übrigen vorliegen – auf die Geltendmachung des Förderausschlusses wegen eines Verstoßes gegen das Verbot des vorzeitigen Maßnahmebeginns verzichtet.

3.6 Schwellenwert für die Förderung von Generalsanierungen im Bereich des kommunalen Hochbaus

Generalsanierungen bzw. Baumaßnahmen, die ihrem Umfang nach einer Generalsanierung vergleichbar sind, können gefördert werden, wenn die zuwendungsfähigen Kosten mindestens ein Viertel der vergleichbaren Neubaukosten betragen und die Maßnahme nicht durch mangelhaften Bauunterhalt veranlasst ist. Werden Generalsanierungen erstmals 25 Jahre nach Inbetriebnahme eines Gebäudes fällig, ist ohne gesonderte Prüfung davon auszugehen, dass sie nicht durch mangelhaften Bauunterhalt veranlasst sind. Diese Regelung gilt zunächst bis 31. Dezember 2008.

Rechtliche Rahmenbedingungen für PPP-Projekte in Bayern

4. Vergaberecht

4.1 Abgrenzung des Anwendungsbereichs von VOB und VOL bei gemischten Aufträgen

Diese Abgrenzungsfrage wird nunmehr ausdrücklich in § 99 Abs. 6 Satz 2 GWB geregelt. Danach gilt ein öffentlicher Auftrag, der neben Dienstleistungen auch Bauleistungen umfasst, die aber im Verhältnis zum Hauptgegenstand Nebenarbeiten sind, als Dienstleistungsauftrag.

Die Abgrenzung von Dienstleistungsaufträgen (Konsequenz: Anwendung der VOL/A) zu Bauaufträgen (Konsequenz: Anwendung des VOB/A) kann wie folgt vorgenommen werden:

Für eine Vereinfachung des Verwaltungsablaufs ist es vertretbar, von einem typischen Anteil des Wertes der Bauleistungen an der Gesamtleistung auszugehen, bei dem noch davon gesprochen werden kann, dass der qualitative Schwerpunkt auf der Bauleistung liegt. Insoweit kann eine Orientierung an den Wertverhältnissen erfolgen. Beträgt der Anteil der Bauleistungen ein Viertel der Gesamtleistung oder mehr, liegt in der Regel ein Bauauftrag vor.

Die Gesamtleistung errechnet sich dabei aus der Gesamtheit aller voraussichtlichen Zahlungen der öffentlichen Hand an den oder die Projektpartner über die Laufzeit des PPP-Vertrags. Anzahlungen, Ratenzahlungen und Schlusszahlungen werden zu diesem Zweck addiert. Geht man davon aus, dass ein PPP-Vertragsverhältnis im Wesentlichen aus den Elementen Projektsteuerung, Planung, Finanzierung, Bau, Unterhalt, Wartung und Betrieb besteht, so kommt es darauf an, welcher Teil der Gesamtzahlung für die Elemente Planung und Bau entrichtet wird, da zur Vereinfachung nur diese beiden Elemente für die Bauleistung angesetzt werden.

Wenn es sich bei dem Auftrag um eine Konzession handelt, also als Gegenleistung statt einer Vergütung das Recht zur Nutzung der Leistung eingeräumt wird, ist die Einordnung von besonderer Bedeutung, da in der VOB/A die Vergabe von Baukonzessionen geregelt ist, in der VOL/A dagegen keine Regelungen für Dienstleistungskonzessionen enthalten sind. Dienstleistungskonzessionen unterliegen danach nur den allgemeinen Grundsätzen des EG-Vertrags (Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, Diskriminierungsverbot, Gleichbehandlung, Wettbewerb, Transparenz).

4.2 Wahl der Vergabeart

Für die Vergabe von PPP-Aufträgen stehen grundsätzlich alle Vergabearten zur Verfügung. Oberhalb der Schwellenwerte also das Offene Verfahren, das Nichtoffene Verfahren, das Verhandlungsverfahren und der Wettbewerbliche Dialog. Anhand der Besonderheiten des konkreten Projektes muss entschieden werden, welche Vergabeart zulässig und am besten geeignet ist.

Allgemein besteht im deutschen Vergaberecht ein Vorrang des Offenen Verfahrens. Die anderen Verfahren sind nur nachrangig anwendbar. Die Gründe für deren Anwendung müssen im Einzelfall im Vergabevermerk niedergelegt werden. Die Wahl des Vergabeverfahrens unterliegt in vollem Umfang der gerichtlichen Kontrolle.

4.2.1 Zulässigkeit des Nichtoffenen Verfahrens

Das Nichtoffene Verfahren nach Öffentlichem Teilnahmewettbewerb ist nach §§ 3a Nr. 3, 3 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A bzw. § 3a Nr. 1 Abs. 1 und Abs. 2 VOL/A insbesondere dann zulässig, wenn die Bearbeitung des Angebots wegen der Eigenart der Leistung einen außergewöhnlich hohen Aufwand erfordert. Dies ist bei einer Funktionalausschreibung regelmäßig der Fall, da umfangreiche Planungen von den Bietern verlangt werden, die auch vergütet werden müssen. Es kann daher eine Eingrenzung der Anzahl der Bieter stattfinden. Dies erfolgt mit dem vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb, bei dem nur die Eignung der Bewerber geprüft wird. Aus den für geeignet befundenen Bewerbern kann entweder durch Reihung nach vorher genannten Kriterien oder durch ein Losverfahren die gewünschte Anzahl an Bietern ausgewählt werden. Dabei muss sichergestellt werden, dass eine ausreichende Anzahl von Bewerbern zur Angebotsabgabe aufgefordert wird, um einen echten Wettbewerb herzustellen (mindestens fünf, besser jedoch acht bis zwölf). Das Nichtoffene Verfahren ist außerdem geeignet, wenn die zu beauftragende Leistung ausreichend genau beschrieben werden kann, so dass dazu keine weiteren Erläuterungen und Verhandlungen notwendig sind. Darüber hinaus muss der Auftraggeber eine genaue Risikozuweisung selbst vornehmen können.

Das Nichtoffene Verfahren hat den Vorteil, dass die Transaktionskosten und die Dauer des Vergabeverfahrens besser eingegrenzt und abgeschätzt werden können. Durch die funktionale Beschreibung der Leistung wird sichergestellt, dass die Innovationskraft der Bieter zur Geltung kommen kann.

4.2.2 Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens

Das Verhandlungsverfahren nach Öffentlichem Teilnahmewettbewerb ist nach § 3a Nr. 4c VOB/A, § 3a Nr. 1 Abs. 4c VOL/A insbesondere dann zulässig, wenn im Ausnahmefall die Leistung nach Art und Umfang oder wegen der damit verbundenen Wagnisse nicht eindeutig und so erschöpfend beschrieben werden kann, dass eine einwandfreie Preisermittlung möglich ist. Dies ist bei einer Funktionalausschreibung dann der Fall, wenn die zu beauftragende Leistung entweder tatsächlich nicht ausreichend genau beschrieben werden kann, oder wenn eine Risikozuweisung durch den Auftraggeber alleine nicht erfolgen kann, da er die wirtschaftlichen Auswirkungen der Verschiebung von Risiken nicht genau einschätzen kann. Entsprechend dem Nichtoffenen Verfahren werden auch für das Verhandlungsverfahren im Öffentlichen Teilnahmewettbewerb geeignete Bewerber ausgewählt. Um den Wettbewerb nicht zu stark einzuengen, sollten je nach Komplexität der Aufgabe mindestens vier Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. In den Verhandlungsrunden kann die Anzahl dann nach und nach verringert werden, wenn dies in der Vergabebekanntmachung angekündigt wurde. Es sollte jedoch darauf geachtet werden, dass mindestens zwei Bieter ein endgültiges Angebot abgeben, damit der Wettbewerb nicht zu früh eingeschränkt wird.

4.2.3 Zulässigkeit des Wettbewerblichen Dialogs

Durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz wurde der Wettbewerbliche Dialog eingeführt. Nach § 101 Abs. 5 GWB, § 6a VgV ist der Wettbewerbliche Dialog ein Verfahren zur Vergabe besonders komplexer Aufträge durch staatliche¹⁾ Auftraggeber. Nach einem Teilnahmewettbewerb folgen Verhandlungen mit ausgewählten Unternehmen über alle Einzelheiten des Auftrags.

Besonders komplexe Aufträge sind nach der Gesetzesbegründung z.B. bedeutende integrierte Verkehrsinfrastrukturprojekte, große Computernetzwerke oder Vorhaben mit komplexer Finanzierung, deren rechtliche und finanzielle Konstruktionen im Voraus nicht beschrieben werden können. Eine Leistung gilt danach als besonders komplex, wenn es dem Auftraggeber objektiv unmöglich ist, die erforderlichen technischen Mittel oder die rechtlichen bzw. finanziellen Bedingungen anzugeben, mit denen sich seine Bedürfnisse erfüllen lassen. Eine subjektive Unmöglichkeit aufgrund von Unzulänglichkeiten des Auftraggebers oder fehlendem Willen ist keine ausreichende Voraussetzung. Ausreichend ist jedoch, wenn der Auftraggeber aufgrund des besonderen Charakters der Leistung nicht in der Lage ist, die technischen Mittel oder rechtlichen und finanziellen Bedingungen zu beschreiben. Dies kann der Fall sein, wenn es sich z.B. um den ersten Auftrag dieser Art handelt, es für den Auftraggeber mit unverhältnismäßig hohem Kosten- und/oder Zeitaufwand

verbunden wäre, die für die Beschreibung notwendigen Kenntnisse zu erlangen oder wenn die Komplexität der Leistung es mit sich bringt, dass eine vorherige Beschreibung der technischen, rechtlichen oder finanziellen Bedingungen zu einer erheblichen Verengung des Wettbewerbs führt.

Da mit dem Wettbewerblichen Dialog bis jetzt noch keine Erfahrungen bestehen, bleibt abzuwarten, für welche Projekte er tatsächlich geeignet und vorteilhaft ist. Die EU-Kommission hat Erläuterungen zum Wettbewerblichen Dialog veröffentlicht²⁾.

1) Die Verwendung des Begriffs „staatliche Auftraggeber“ ist ein gesetzestechnisches Versehen. Weder aus der Richtlinie 2004/18/EG noch aus den Referentenentwürfen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit zur Reform des Vergaberechts, auf die der Gesetzentwurf der Regierungsfractionen zurückgegriffen hat, ergibt sich ein Anhaltspunkt für einen gewollten Ausschluss der kommunalen Auftraggeber. Der Referentenentwurf für eine neue

Vergabeordnung verwendet den Begriff des staatlichen Auftraggebers nur aus systematischen Gründen und definiert ihn ausdrücklich (Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 bis 3 GWB). Die Gesetzesmaterialien zum ÖPP-Beschleunigungsgesetz lassen ebenfalls nicht erkennen, dass der Gesetzgeber den Begriff einschränkend verwenden wollte. Daher erscheint eine Anwendung des Wettbewerblichen Dialogs grundsätzlich auch für Kommunen möglich.

2) Europäische Kommission – Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen: Erläuterungen – Wettbewerblicher Dialog – Klassische Richtlinie Dokument CC/2005/04_rev 1

Rechtliche Rahmenbedingungen für PPP-Projekte in Bayern

4.3 Vergabe an Generalunternehmer bzw. Generalübernehmer im Zuge von PPP-Projekten

Mit dem ÖPP-Beschleunigungsgesetz wurde die VgV dahingehend ergänzt, dass sich der Auftragnehmer bei der Erfüllung seiner Leistung der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedienen kann (§ 4 Abs. 4 VgV für den Anwendungsbereich der VOL/A, § 6 Abs. 2 Nr. 2 VgV für den Anwendungsbereich der VOB/A).

Der Bewerber bzw. Bieter muss im Vergabeverfahren seine Eignung für alle ausgeschriebenen Aufgabenbereiche nachweisen. In der Regel wird dies durch die Bildung von Bewerber- bzw. Bietergemeinschaften geschehen, da ein einzelnes Unternehmen meist nicht auf alle diese Tätigkeiten eingerichtet sein wird. Oft wird es nur durch die Zusammenarbeit mehrerer Unternehmen möglich sein, die Eignung für den Gesamtauftrag nachweisen zu können.

Generalunternehmer und Generalübernehmer müssen ihre Eignung ebenfalls für alle Leistungsteile nachweisen. Sie können sich dafür aufgrund der Änderung der VgV auf andere Unternehmen (benannte Nachunternehmer) berufen. Schon mit dem Teilnahmeantrag muss von den Bewerbern dabei nachgewiesen werden, dass im Auftragsfall ohne Einschränkungen auf die benannten Nachunternehmer zurückgegriffen werden kann. Die Eignung der benannten Nachunternehmer muss entsprechend der Eignung der Bewerber nachgewiesen werden. Konzernverbundene Unternehmen, auf die ein Bewerber unbeschränkt zugreifen kann, können ebenfalls berücksichtigt werden, wenn

deren Eignung nachgewiesen wird. Die Stellung der benannten Nachunternehmer ist damit einem Mitglied einer Bietergemeinschaft sehr ähnlich. Es entfällt lediglich die gesamtschuldnerische Haftung. Dies bedeutet aber, dass der Bieter selbst ausreichende Sicherheit für das jeweilige Projekt bieten muss.

Wird unterhalb des Schwellenwerts eine Tariftreue- und Nachunternehmererklärung nach Formblatt Erg Ang VOB 2001 „Ergänzung Tariftreue- und Nachunternehmererklärung“ des VHB gefordert, beziehen sich diese Erklärungen auch bei PPP-Projekten nur auf die jeweiligen Bauleistungen.

Da mit vertretbarem Aufwand nicht ermittelt werden kann, welche konkreten Unterhaltungs- und Betreiberleistungen während der langen Laufzeit anfallen und damit keine detaillierten Aussagen zu Art und Umfang der in dieser Phase des Vertrages zu erbringenden Bauleistungen getroffen werden können, kann die Nachunternehmererklärung nur Aussagen hinsichtlich der Errichtungsleistungen umfassen. Die beteiligten Bauunternehmer (Einzelbieter, Mitglieder einer Bietergemeinschaft oder benannte Nachunternehmer) müssen daher in der Errichtungsphase mindestens 70% der Leistungen, auf die ihr Betrieb eingerichtet ist, im eigenen Betrieb ausführen.

Bei Vergaben oberhalb des Schwellenwerts kann die Nachunternehmererklärung nicht gefordert werden.

Nach den Mittelstandsrichtlinien Öffentliches Auftragswesen ist darauf hinzuwirken, dass bei der Einholung von Nachunternehmerangeboten regelmäßig kleine und mittlere Unternehmen angemessen beteiligt und die Aufträge grundsätzlich losweise vergeben werden.

4.4 Anwendung der VOB auf der sog. zweiten Ebene

Der neu geschaffene § 6 Abs. 2 Nr. 3 VgV stellt nunmehr klar, dass sich diese Verpflichtung nur auf die Anwendung der VOB/B bezieht. Denn Zweck des § 4 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B ist es, die ausgewogenen Vertragsbedingungen der VOB/B auch für die Nachunternehmer zu erreichen. Das hat zusätzlich den Vorteil, dass die Vertragsverhältnisse auf den gleichen Grundlagen beruhen und sich die Verträge auf den einzelnen Ebenen in diesen Kernpunkten entsprechen. Eine Verpflichtung zur Anwendung der VOB/A besteht nur für die Auftragnehmer, die selbst als öffentliche Auftraggeber gemäß GWB einzustufen sind.

4.5 Sog. Projektantenproblematik

Die bisher bestehende Regelung des § 16 VgV verbietet dem Auftraggeber die Beteiligung von Personen an Entscheidungen im Vergabeverfahren, die enge Verbindungen mit einem Bewerber oder Bieter aufweisen. Damit soll ein Interessenkonflikt vermieden werden. Probleme ergeben sich in der praktischen Handhabung, da es schwierig ist, das Nichtvorhandensein eines Interessenkonflikts zu belegen. Weiterhin ist in § 7 VOB/A und § 6 VOL/A geregelt, dass hinzugezogene Sachverständige an der Vergabe nicht beteiligt sein dürfen.

Nach der Rechtsprechung des EuGH (C-21/03 und C-34/03 vom 3.3.2005, Fabricom) stellen Bieter, die schon im Vorfeld einer Ausschreibung z.B. bei der Erstellung einer Leistungsbeschreibung mitgewirkt haben, eine Gefahr für den Wettbewerb dar. Sie dürfen jedoch nicht durch eine rechtliche Regelung pauschal vom Wettbewerb um den Auftrag aus-

geschlossen werden, ohne die Möglichkeit zu haben zu beweisen, dass ihre Vorbefassung keine Wettbewerbsverzerrung bewirkt.

In Übereinstimmung mit den Vorgaben des europäischen Rechts verpflichtet die Neuregelung der § 4 Abs. 5 bzw. § 6 Abs. 3 VgV den Auftraggeber, bei einem Einsatz von sog. Projektanten sicherzustellen, dass der Wettbewerb nicht verfälscht wird. Dies kann insbesondere bedeuten, dass der Auftraggeber einen etwaigen Informationsvorsprung des Projektanten gegenüber anderen Bewerbern oder Bietern ausgleicht. Nur wenn keine geeigneten Maßnahmen in Betracht kommen, die eine Verfälschung des Wettbewerbs verhindern, kommt ein Ausschluss des Projektanten vom Vergabeverfahren in Betracht.

Unabhängig davon lässt sich aber jeder Zweifel nur ausschließen, wenn im Vertrag zur Vorbereitung der Auftragsvergabe bereits festgehalten wird, dass ein von dieser Problematik betroffenes Unternehmen von der Bewerbung um den Auftrag ausgeschlossen ist. Eine entsprechende privatrechtliche Regelung von Projektantenproblemen wird einer gesetzlichen Vorschrift regelmäßig überlegen sein, da sie auf den Einzelfall bezogen erarbeitet werden kann und nicht generelle Geltung beanspruchen muss.

4.6 Änderung der Zusammensetzung von Bietergemeinschaften bzw. Vertragspartnern

Die Änderung der Bietergemeinschaft nach dem Teilnahmewettbewerb bzw. nach der Angebotsabgabe bis zur Auftragsvergabe wird im Regelfall nicht zugelassen. Dies dient dazu, Manipulationen vorzubeugen und Transparenz zu gewährleisten. Eine Ausnahme besteht für Finanzierungsinstitute, soweit sie zur Finanzierung benannt sind.

Für eine Veränderung der Zusammensetzung des Vertragspartners nach Vertragsabschluss sind möglichst bereits im Vertrag Regelungen vorzusehen. Bei den für PPP-Projekte vorgesehenen langen Vertragslaufzeiten ist dies im Regelfall sogar notwendig. Ohne vorhandene vertragliche Vereinbarung über den Austausch von Mitgliedern der Arbeitsgemeinschaft stellt dies eine Vertragsänderung dar, die bei nicht nur geringfügigen Änderungen wie ein Neuabschluss zu behandeln wäre, also eine Ausschreibungspflicht bewirken würde. Insbesondere bei den so genannten Interventionsklauseln (Austausch des Vertragspartners durch die finanzierende Bank) sieht die EU-Kommission gemäß dem Grünbuch zu PPP, aber auch bei einer vertraglichen Vereinbarung, die Gefahr, dass dadurch eine eigentlich erforderliche Neuausschreibung umgangen wird.

Die für PPP gewünschte Flexibilität kann unter Umständen aber auch dadurch erreicht werden, dass die Partner der öffentlichen Hand bei PPP-Projekten von Anfang an eine eigene Projektgesellschaft gründen, deren Gesellschafter im späteren Verlauf bei Bedarf ausgewechselt werden können.

4.7 Keine zwingende Vorgabe für Bieterrechtsform

Gelegentlich wird bei PPP-Vergabeverfahren bereits im Teilnahmewettbewerb von den Bewerbern verlangt, dass sich diese schon zu diesem Zeitpunkt in der Rechtsform der zukünftigen Projektgesellschaft bewerben. Aufgrund des mit der Gesellschaftsgründung verbundenen Aufwandes wird durch diese Praxis insbesondere der Mittelstand belastet. Hierdurch kann der Erfolg von PPP-Vorhaben beeinträchtigt werden. Auch nach der EuGH-Rechtsprechung kann bei der Vergabe einer öffentlichen Baukonzession von einer Bietergemeinschaft die Annahme einer bestimmten Rechtsform erst nach Zuschlagserteilung verlangt werden. Dementsprechend übernimmt der neue § 6 Abs. 2 Nr. 1 VgV den Regelungsgehalt des § 7a Nr. 2 Abs. 6 VOL/A, wonach für den Fall der Auftragserteilung die Annahme einer bestimmten Rechtsform nur verlangt werden kann, wenn dies für die ordnungsgemäße Durchführung notwendig ist.

Rechtliche Rahmenbedingungen für PPP-Projekte in Bayern

5. Steuerrecht

Bei der Gestaltung eines PPP-Vertrages sind auch steuerliche Aspekte zu berücksichtigen. Einzelne Bereiche werden nachfolgend angesprochen.

5.1 Grunderwerbsteuer

Bei PPP-Projekten ist die öffentliche Hand überwiegend Eigentümerin von Grundstücken, die diese privaten Auftragnehmern überträgt. Die Grundstücke sollen dann nach der Errichtung bzw. Sanierung von Gebäuden von der öffentlichen Hand für ihre Verwaltungszwecke (z.B. als Rathaus) genutzt werden. Am Ende der PPP-Vertragslaufzeit werden die Grundstücke vom privaten Auftragnehmer dann wieder an die öffentliche Hand zurückübertragen.

Nach diesem Konzept fällt nach bisheriger Rechtslage zweimal Grunderwerbsteuer an – zu Beginn der Vertragszeit mit Übertragung von der öffentlichen Hand auf den privaten Auftragnehmer und zum Ende der Vertragslaufzeit mit der Rückübertragung auf den öffentlichen Auftraggeber. Diese Form der Finanzierung und Unterhaltung von öffentlichen Grundstücken und Gebäuden führt wegen des zweimaligen Rechtsträgerwechsels zu einer erheblichen Steuerbelastung, obwohl die öffentliche Hand wirtschaftlich gesehen weiterhin als Grundstückseigentümerin anzusehen ist.

Das durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz geänderte Grunderwerbsteuergesetz enthält deshalb eine Grunderwerbsteuerbefreiung für die Übertragung von Grundstücken von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts

auf PPP-Projektgesellschaften sowie für den Rückerwerb des Grundstücks durch die juristische Person des öffentlichen Rechts, wenn das Grundstück im Rahmen einer Öffentlich-Privaten Partnerschaft für einen öffentlichen Dienst oder Gebrauch im Sinne des § 3 Abs. 2 des Grundsteuergesetzes benutzt wird und zwischen dem Erwerber und der juristischen Person des öffentlichen Rechts die Rückübertragung des Grundstücks am Ende des Vertragszeitraums vereinbart worden ist. Die Ausnahme von der Besteuerung entfällt mit Wirkung für die Vergangenheit, wenn die juristische Person des öffentlichen Rechts auf die Rückübertragung des Grundstücks verzichtet oder das Grundstück nicht mehr für einen öffentlichen Dienst oder Gebrauch genutzt wird (§ 4 Nr. 9 GrEStG). Die Beteiligten haben eine Änderung in der Nutzung oder den Verzicht auf Rückübertragung, wenn der Grundstückserwerb nach § 4 Nr. 9 GrEStG von der Besteuerung ausgenommen war, beim Finanzamt anzuzeigen (§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GrEStG).

Um sicherzustellen, dass nur förderungswürdige PPP-Projekte von der Grunderwerbsteuerbefreiung profitieren, müssen folgende Bedingungen erfüllt sein:

- Das Grundstück wird dem privaten Unternehmer von der öffentlichen Hand zu Beginn des Vertragszeitraums übertragen.
- Der private Unternehmer überlässt der öffentlichen Hand das Grundstück während des Vertragszeitraums zur Nutzung für einen öffentlichen Dienst oder Gebrauch.
- Die Rückübertragung des Grundstücks an die öffentliche Hand am Ende des Vertragszeitraums ist zwingend vereinbart.

5.2 Grundsteuer

Nach Rechtslage vor der Einfügung des Satzes 3 in § 3 Abs. 1 GrStG durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz sind hoheitlich genutzte Grundstücke, die sich nicht im Eigentum der öffentlichen Hand oder anderer begünstigter Rechtsträger befinden, von der Grundsteuerbefreiung nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GrStG ausgeschlossen (§ 3 Abs. 1 Satz 2 GrStG). Darin liegt eine Diskriminierung privater Rechtsträger (auch der Grundstücksgesellschaften unter Beteiligung der öffentlichen Hand, die zur besseren Bewirtschaftung öffentlicher Grundstücke gegründet wurden). Um die finanziellen Auswirkungen für die Gemeinden gering zu halten, beseitigt der neu eingefügte Satz 3 in § 3 Abs. 1 GrStG nicht generell diese Ausnahmeregelung. Statt einer Streichung des Satzes 2 wird dieser lediglich eingeschränkt. Er gilt nicht für hoheitlich genutzten Grundbesitz, der der öffentlichen Hand im Rahmen einer PPP überlassen wird und dessen Übertragung zum Ende der Vertragslaufzeit vorgesehen ist.

Im Unterschied zur Grunderwerbsteuerbefreiung ist es für die Grundsteuerbefreiung ohne Bedeutung, ob der private Auftragnehmer das PPP-Objekt von der öffentlichen Hand erhalten oder auf dem Grundstücksmarkt selbst erworben hat.

5.3 Gewerbesteuer

Jeder stehende Gewerbebetrieb, für den im Inland eine Betriebsstätte unterhalten wird, unterliegt der Gewerbesteuer (§ 2 Abs. 1 GewStG). Die Bemessungsgrundlage der Gewerbesteuer berechnet sich aus dem einkommen- bzw. körperschaftsteuerlichen Gewinn sowie den Kürzungen und Hinzurechnungen nach §§ 8 und 9 GewStG.

Bei der Aufnahme von Fremdkapital zur Finanzierung eines PPP-Projekts durch die gewerbesteuerpflichtige private Projektgesellschaft wird die hälftige Hinzurechnung von Dauerschuldentgelten nach § 8 Nr. 1 GewStG relevant. Sie erhöht letztendlich die Gewerbesteuerlast.

Als alternative Finanzierung von PPP-Projekten kommt die sog. Forfaitierung in Betracht. Hierbei veräußert die private Projektgesellschaft zu Beginn der Laufzeit die künftig gegenüber der öffentlichen Hand entstehenden Mietforderungen an eine Bank. In Bezug auf die gewerbesteuerliche Behandlung der Forfaitierung ist zwischen der sog. echten Forfaitierung und der sog. unechten Forfaitierung zu unterscheiden.

Haftet die private Projektgesellschaft (Forderungsverkäufer) nur für den rechtlichen Bestand und die Einredefreiheit der veräußerten Forderungen (Veritätshaftung), handelt es sich um einen Forderungskauf (echte Forfaitierung). Eine hälftige Hinzurechnung von Dauerschuldentgelten nach § 8 Nr. 1 GewStG ist nicht vorzunehmen. Haftet die private Projektgesellschaft (Forderungsverkäufer) hingegen zumindest teilweise auch für das wirtschaftliche Risiko der Wertbarkeit der verkauften Forderungen

(Bonitätshaftung), ist der Forderungsverkauf steuerlich als Darlehensgewährung zu beurteilen (unechte Forfaitierung) und regelmäßig eine Hinzurechnung nach § 8 Nr. 1 GewStG vorzunehmen.

Die Beurteilung, ob das Bonitätsrisiko vollständig auf den Forderungskäufer übergegangen oder noch zumindest teilweise beim Forderungsverkäufer verblieben ist, folgt der zivilrechtlichen Auslegung der konkreten Vertragsgestaltung im Einzelfall.

5.4 Verbindliche Auskünfte zu steuerlichen Rechtsproblemen bei PPP-Modellen

Die Finanzämter können nach Maßgabe der einschlägigen BFH-Rechtsprechung auch außerhalb der Regelungen der §§ 204 ff. AO und des § 42e EStG verbindliche Auskünfte über die steuerliche Beurteilung von genau bestimmten Sachverhalten erteilen, wenn daran im Hinblick auf die erheblichen steuerlichen Auswirkungen ein besonderes Interesse besteht.

Der Antrag auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft ist bei dem Finanzamt zu stellen, das bei Verwirklichung des Sachverhalts voraussichtlich zuständig sein würde.

Der Antrag muss dabei schriftlich gestellt werden und folgende Angaben enthalten:

- Die genaue Bezeichnung des Antragstellers,
- eine umfassende und in sich geschlossene Darstellung eines ernsthaft geplanten, im Wesentlichen noch nicht verwirklichten Sachverhalts,
- die Darlegung des besonderen steuerlichen Interesses,

■ eine ausführliche Darlegung des Rechtsproblems mit eingehender Begründung des eigenen Rechtsstandpunkts,

■ die Formulierung konkreter Rechtsfragen,

■ die Erklärung, dass über den zur Beurteilung gestellten Sachverhalt bei keiner anderen Finanzbehörde eine verbindliche Auskunft beantragt wurde, sowie

■ die Versicherung, dass alle für die Erteilung der Auskunft und für die Beurteilung erforderlichen Angaben gemacht wurden und der Wahrheit entsprechen.

Für das Finanzamt tritt eine Bindungswirkung bezüglich der verbindlichen Auskunft dann ein, wenn der Antragsteller die von der Auskunft abhängig gemachte Disposition getroffen hat. Bis dahin kann das Finanzamt die Auskunft widerrufen oder einen anderen rechtlichen Standpunkt einnehmen (zu weiteren Einzelheiten siehe auch das BMF-Schreiben vom 29.12.2003 – IV A 4 – S 0430 – 7/03).



Finanzierung

1. Die Rolle der Banken bei PPP

Die Aufgabe einer Bank im Rahmen von PPP sind die Finanzierung sowie die Strukturierung des Projektes mit der zugehörigen finanzierungstechnischen Begleitung des Auftragnehmers und der Kommune (PPP-Auftraggeber). Im Rahmen der Strukturierung eines Projektes wird eine Bank die Vor- und Nachteile verschiedener Finanzierungsalternativen gegenüberstellen.

Zum Aufgabenbereich einer Bank gehört aber nicht eine Beratung rechtlicher oder steuerlicher Natur für den PPP-Auftraggeber. Anderenfalls wäre eine Interessenkollision aufgrund der Einbindung der Bank in die Angebote der potenziellen Auftragnehmer nicht auszuschließen.

Zur Lösung der teilweise anspruchsvollen rechtlichen und steuerlichen Fragestellungen kann es sich für den PPP-Auftraggeber aus heutiger Sicht als sinnvoll erweisen, zusätzlichen externen Sachverstand zuzuziehen. Ähnliches gilt bei Bedarf für eine technische Unterstützung bei der Ermittlung der Lebenszykluskosten in konventioneller Eigenerstellung, um belastbare Vergleichsdaten für die Wirtschaftlichkeit zu erhalten. Projektroutine kann diesen zusätzlichen Aufwand verringern. Die anfallenden Kosten sind den Kosten des PPP-Geschäfts zuzurechnen und im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsvergleichs zu berücksichtigen.

Die Bank ist i.d.R. kein Mitglied der Bietergemeinschaften.

2. Problemstellung für die Banken

Die finanzierende Bank geht von der Fragestellung aus „Was ist finanzierbar?“ bzw. „Auf wen oder was wird das Risiko abgestellt?“

Hier kommen folgende Möglichkeiten in Betracht:

- Bonitätsträger (z.B. Bauunternehmen oder Betreibergesellschaft)
- Sicherheiten
- Rückendeckung durch Kommune (z.B. Bürgschaft, langfristige Mietverträge etc.)

Die Gewährung von Bürgschaften kann für die Kommune mit Problemen verbunden sein. Bei der Größenordnung von PPP-Maßnahmen ist von einer Genehmigungspflicht auszugehen, Befreiungstatbestände nach der Verordnung über die Genehmigungsfreiheit von Rechtsgeschäften des kommunalen Kreditwesens dürften bei PPP-Maßnahmen selten sein. Nach Art. 72 Abs. 2 Satz 1 GO, Art. 66 Abs. 2 Satz 1 LkrO und Art. 64 Abs. 2 Satz 1 BezO dürfen Kommunen Bürgschaften und Haftungsverpflichtungen nur zur Erfüllung ihrer Aufgaben eingehen. Bei Bürgschaften gemäß Art. 72 Abs. 2 GO ist Vorsicht und Zurückhaltung geboten. Die Bonität eines Kreditnehmers darf eine Inanspruchnahme der bürgenden Gemeinde nicht erwarten lassen. Grundsätzlich dürfen nur Ausfallbürgschaften oder einfache Bürgschaften übernommen werden.

Es ist stets zu prüfen, ob die Kommunalbürgschaft die Merkmale einer Beihilfe erfüllt und die Bagatell-Grenze übersteigt (vgl. dazu im Abschnitt Rechtliche Rahmenbedingungen Ziff. 2.7).

Die Bank stellt ausschließlich Fremdkapitalmittel zur Verfügung. Die Bereitstellung von Eigenkapital der Bank, so dass die Bank direkt als Investor auftreten würde, wird bisher in Deutschland in der Regel nicht angestrebt.

3. Finanzierungsphasen

Es sind zwei Phasen zu unterscheiden:

- Der Zeitraum bis zur Baufertigstellung, d.h. aus Bankensicht die Vor- bzw. die Zwischenfinanzierung, und
- die Nutzungsphase ab der Baufertigstellung, d.h. aus Bankensicht die Endfinanzierung.

3.1 Vor- bzw. Zwischenfinanzierung

Bei der Vorfinanzierung wird das Risiko i.d.R. auf das Bauunternehmen oder die Projektgesellschaft abgestellt. Hier kommt die aufsichtsrechtliche Vorschrift von Basel II zum Tragen, welche besagt, dass Finanzierungen seitens einer Bank risikoadäquat mit Eigenkapital zu unterlegen sind. Das Risiko für die Bank wird dabei durch ein Rating des Kreditnehmers ausgedrückt. Es gilt der Kausalzusammenhang: Je besser das Rating, desto günstiger die Finanzierungskosten.

Je nach Bonität des Kreditnehmers kann die Finanzierung eines Bauunternehmens 1–2%-Punkte teurer sein, als es eine kommunale Forfaitierung (zu den Kosten einer kommunalen Forfaitierung vgl. Ziff. 3.2.2) wäre. Da sich die Vorfinanzierung jedoch ausschließlich auf die Bauzeit bezieht, ist die Auswirkung auf die Gesamtwirtschaftlichkeit des PPP-Projektes bei Laufzeiten von bis zu 30 Jahren jeweils fallweise zu überprüfen. Je nach Dauer der Bauzeit und Projektvolumen können auch kleinere Beträge ausschlaggebend für die Entscheidung der Kommune sein.

Finanzierung

Alternative

Vorfinanzierungsmöglichkeiten:

■ zumindest teilweise Finanzierung durch das Bauunternehmen aus Eigenmitteln (nur für sehr finanzstarke Anbieter möglich)

■ Beteiligung eines privaten Investors (Anlegermodell, z.B. bei sehr öffentlichkeitswirksamen Projekten)

■ Mogendorfer Modell: Bereits während der Bauphase (Zwischenfinanzierung) erfolgt ein Verkauf von Forderungen gegen die Kommune an die finanzierende Bank. Die Kommune bestätigt hierzu für jeden Mittelabruf des Auftragnehmers durch Abgabe so genannter Bautestate die Einredefreiheit der abgerufenen Beträge zuzüglich der aufgelaufenen und für die jeweilige Zinsperiode anfallenden Zinsen. Die Bautestate können nur dann erteilt werden, wenn die entsprechende Kompetenz bei der Bauverwaltung vorliegt.

3.2. Endfinanzierung

Für die Finanzierungsstruktur in der Endfinanzierung bieten sich verschiedene Möglichkeiten an. Grundsätzlich ist dabei zu unterscheiden zwischen so genannten reinen Projektfinanzierungen einerseits, die ausschließlich nach der Ertragskraft des Projektes beurteilt werden müssen, und andererseits teilweise oder ganz öffentlich abgesicherten Finanzierungsformen.

3.2.1 Cash Flow orientierte Projektfinanzierung

Im Rahmen einer Projektfinanzierung werden einer Einzweckgesellschaft (Projekt- oder Betreibergesellschaft) Kredite zur Verfügung gestellt, die aus den Rückflüssen des finanzierten Investitionsvorhabens bedient werden, ohne dass Bonitätsträger oder öffentliche

Hand für die Kredite unmittelbar haften. Man spricht auch von „Cash Flow orientierten Finanzierungen.“

Die Cash Flows werden über die Leistungsvergütung der Betreibergesellschaft erwirtschaftet, die in Abhängigkeit von Umfang und Qualität der Leistungserbringung entweder gegenüber dem öffentlichen Aufgabenträger (z.B. für ein Schulgebäude) oder – direkt oder indirekt – gegenüber dem Nutzer der öffentlichen Leistung abgerechnet werden (z.B. bei einer Mautstraße oder Müllverbrennungsanlage). Es handelt sich dabei also um so genannte vom Nutzer finanzierte Vorhaben.

Projektfinanzierungen erfordern einen gewissen Eigenkapitalanteil im Rahmen der Gesamtfinanzierung, Sicherheiten, eine umfangreiche Cash Flow-Analyse sowie die Erarbeitung eines komplexen Vertragswerks, um die Finanzierung für eine Bank darstellbar zu machen. Demzufolge entstehen erhebliche Transaktionskosten. Außerdem liegt der sich im Zinssatz niederschlagende Preis der Finanzierung aufgrund des fehlenden Haftungsrückgriffs deutlich höher als bei einer teilweise oder ganz öffentlich abgesicherten Finanzierungsform. Im Hinblick auf die Transaktionskosten für Eigen- und Fremdkapitalbereitstellung werden Cash Flow-orientierte Finanzierungen erst ab bestimmten Mindestgrößen des Investitionsvolumens angeboten. Die Mindestgröße hängt von Komplexität und Risikogehalt des Vorhabens ab. Vielfach sind Projektfinanzierungen ab etwa 20 Mio. € Investitionsvolumen möglich, bei schwierigeren, insbesondere nutzerfinanzierten Vorhaben jedoch meist nicht unter 50 Mio. €.

3.2.2. Kommunale Forfaitierung der Baukosten beim Inhabermodell (vgl. dazu im Abschnitt Rechtliche Rahmenbedingungen Ziff. 2.3)

Durch Verkauf der langfristigen Forderungen aus Nutzungsentgelten des Auftragnehmers gegenüber der Kommune an die Bank (kommunale Forfaitierung) und Abgabe eines relativen Einredevorzichts der Kommune gegenüber der Bank können kommunaldarlehensähnliche Konditionen erreicht werden.

Der relative Einredevorzicht besagt, dass die Kommune auf Einreden und Einwendungen ausschließlich gegenüber der Bank verzichtet, und zwar begrenzt auf die Investitionskosten nach mängelfreier Abnahme. Forderungen der Kommune gegenüber dem PPP-Auftragnehmer, z.B. wegen Mängeln am Projekt, bleiben jedoch bestehen, allerdings ohne die Möglichkeit von finanziellen Einbehalten. Ansprüche aus einer möglicherweise verlangten Bürgschaft für Mängelansprüche bleiben der Kommune erhalten. Das Risiko der Kommune besteht somit darin, dass sie an die finanzierende Bank auf jeden Fall weiterhin Zahlungen zu leisten hat.

Forfaitierungsgeschäften liegt in aller Regel ein komplexes Vertragswerk (Grund- bzw. Leistungsvertrag, Finanzierungsrahmenvertrag, Ergänzungsvereinbarungen und Einzelforderungskaufverträge u.a.m.) zugrunde. Die vertraglichen Konstrukte werden ständig weiterentwickelt und beziehen sich auf ganz unterschiedliche Leistungen (Leasingraten, Mietzahlungen, Betreiberentgelte, Werklohn, Dienstleistungsentgelte usw.), womit ganz unterschiedliche Grund- bzw. Leistungsverträge maßgeblich sind, die bei der konventionellen Finanzierung nicht oder nicht im selben Umfang anfallen.

Während bei einer Erstellung des Projekts durch die Kommune mit konventioneller Finanzierung bei Baufertigstellung nahezu die gesamte Bausumme ausbezahlt ist, verteilen sich bei einem PPP-Modell mit Forfaitierung und an die Fertigstellung anschließendem Nutzungsüberlassungs- bzw. Betreibervertrag die Zahlungen der Kommune über den gesamten Nutzungszeitraum.

Durch eine Grundsatzbelastung von 0% auf das Eigenkapital der Bank (100% bei Projektfinanzierung), die auf Basis des Kreditwesengesetzes durch die Finanzdienstleistungsaufsicht vorgegeben ist, können kommunalkreditähnliche Konditionen erreicht werden.

Der PPP-Auftragnehmer erlangt die kommunalkreditähnlichen Konditionen, indem die Kommune bestimmte Risiken zurückübernimmt, die im Sinne einer kostenoptimierten Risikoallokation auch vom privaten Leistungsersteller bzw. seinem Kapitalgeber getragen werden könnten. So führt etwa der Einrede-, Einwendungs- und Aufrechnungsverzicht regelmäßig zu einer Rückübertragung des Kontrahenten- und Kreditrisikos auf die Kommune. Gleichzeitig reduziert sich für die Kommune die Möglichkeit, Leistungsanreize (z.B. leistungs- bzw. erfolgsorientierte Vergütung) auf den für die Betreiberleistung entfallenden Teil des Entgelts zu setzen. Sofern der Leistungsersteller der Kommune zusätzliche Sicherheiten (Bürgschaften, Versicherungen usw.) zur Besicherung der zurückgenommenen Risiken einräumt, reduziert das den

möglichen Kostenvorteil einer Forfaitierung. In die Kostenbetrachtung sind u.a. die Transaktionskosten, die längerfristigen Belastungen, die Zinsen, die Zinsbindungsfristen, die Finanzierungs- und Projektlaufzeiten des Finanzierungsmodells ebenso einzubeziehen wie steuerliche Aspekte.

Da die Bank durch die Verzichtserklärung der Kommune risikolos gestellt wird, verringert sich für sie das Gewicht der bei Projektfinanzierungen notwendigen Prüfung der rechtlichen und technischen Realisierbarkeit sowie der finanziellen und wirtschaftlichen Tragfähigkeit des Projekts und insbesondere auch die Prüfung der finanzwirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, Eigenkapitalausstattung und Stabilität des Leistungserbringers bzw. Kreditnehmers. Auch das laufende Projektmonitoring wird bei der Bank weniger umfangreich ausfallen als bei einer Projektfinanzierung (vgl. Ziff 3.2.3). Der kommunale Vorhabensträger muss also unmittelbar selbst tätig werden oder geeignete externe Berater einschalten. Mögliche Belastungen hieraus treffen die Kommune also weiterhin, auch wenn sie sich anders als bei der Finanzierung durch die Kommune selbst im Angebotspreis des Leistungserstellers nicht niederschlagen. Den erreichten kommunalkreditähnlichen Konditionen sind deshalb solche Kosten gegenzurechnen (z.B. Transaktionskosten, Beraterhonorare auch für begleitende Beratung und Controlling während der Betriebsphase und der Endabwicklung, Projektevaluierung und -monitoring).

Die kommunale Forfaitierung gewährleistet sowohl großen Unternehmen als auch kleineren Baufirmen/Anbietern aus dem lokalen Bereich gleiche Ausgangsbedingungen, sich an PPP-Projekten zu beteiligen.

Die Vertragsbeziehungen sind in der beigefügten Anlage dargestellt.

Im Zentrum der Struktur steht der über ein Vergabeverfahren ausgewählte private Partner, i.d.R. eine Objektgesellschaft (special purpose company), der für die Bauphase einerseits einen Generalunternehmervertrag mit einem Bauunternehmen und andererseits einen Zwischenfinanzierungsvertrag mit der finanzierenden Bank abschließt. Die Kosten der Zwischenfinanzierung werden üblicherweise aufgezinnt und zusammen mit den Investitionskosten während der Nutzungsphase über das Nutzungsentgelt zurückgeführt.

Für die anschließende Nutzungsphase schließt der private Partner außerdem einen Nutzungsüberlassungsvertrag über die gewünschte Laufzeit mit der Kommune und ggf. einen Betreibervertrag mit einem entsprechenden Unternehmen, das den Betrieb der Immobilie übernimmt. Es ist auch möglich, dass der private Partner selbst den Betrieb übernimmt, sofern es sich um eine operative Gesellschaft mit entsprechenden Ressourcen handelt. Die Refinanzierung der Nutzungsphase erfolgt über den Verkauf der Forderungen gegen die Kommune aus dem Nutzungsüberlassungsvertrag an die finanzierende Bank. Zwischenfinanzierung und Forderungskauf werden meist von derselben Bank übernommen, eine Trennung auf zwei Institute ist jedoch auch möglich. Um eine kommunale Deckung der verkauften Forderungen zu erreichen, gibt die Kommune gegenüber der finanzierenden Bank direkt eine Einredeverzichtserklärung ab.

Finanzierung

3.2.3. Teilbesicherte Projektfinanzierung = Forfaitierung ohne Einredeverzicht

Die oben beschriebene Forfaitierung ist auch ganz oder teilweise ohne Einredeverzicht denkbar. Finanzierungen dieser Art werden im Sprachgebrauch auch als Projektfinanzierung bezeichnet. Im Hinblick auf die kommunalrechtlichen Anforderungen ist auf klare begriffliche Zuordnungen zu achten.

3.3. Mezzanine-Finanzierung

Der Vollständigkeit halber soll hier noch kurz auf die Mezzanine-Finanzierung eingegangen werden. Rechtlich gesehen ist das Mezzanine-Darlehen nachrangiges Fremdkapital, wirtschaftlich verstärkt es jedoch aus Sicht vorrangiger Kapitalgeber die Haftungsbasis und gewinnt dadurch eigenkapitalähnlichen Charakter. Es wird im Gegensatz zum echten Eigenkapital meist von Banken zur Verfügung gestellt und hat aufgrund der Nachrangstellung und des damit hohen Risikos einen hohen Preis.

4. Betriebsphase

Zeitgleich mit der Nutzungsphase ist die Betriebsphase, die separat zu betrachten ist. Auch bei PPP-Projekten, in deren Struktur die Herstellkosten der Bauleistung mit kommunaler Forfaitierung finanziert werden, wird oft für die Betriebsleistung die langfristig belastbare vertragliche Bindung des privaten Partners gegenüber der Kommune mit zusätzlichen Sicherungsinstrumenten dargestellt. Dies auch deshalb, da der private Partner Kosten sparende betriebstechnische Konzepte eventuell in einer höherwertigen technischen Ausstattung der Bauleistung bereits berücksichtigt hat.

Hierzu sind unterschiedliche Sicherungskonzepte mit jeweils unterschiedlichen Risikoverteilungen möglich.

5. Tragung des Zinsänderungsrisikos

Besonderer Beachtung bedarf die Regelung des Zinsänderungsrisikos. Hierüber ist im Einzelfall zu entscheiden. Aus Sicht der Kommunen besteht ein Bedürfnis, dass die zukünftigen Belastungen vorhersehbar sind, um so bei der Finanzplanung und Haushaltsaufstellung ausreichend berücksichtigt werden zu können. Als Lösung ist eine Ausschreibung, die auf die Abgabe von Angeboten auf Festzinsbasis abzielt, möglich. Alternativ kann der Auftraggeber versuchen, sich bereits während der Angebotsphase durch Abschluss eines Zinsderivatgeschäftes ein Zinsniveau zu sichern. Zinsänderungsrisiken sind damit ausgeschlossen.

Für den Bieter werden bei Festzinsangeboten, die bis zum Zuschlag gültig sein sollen, Kosten anfallen, wenn er den Weg wählt, dieses Festzinsangebot über ein Zinssicherungsgeschäft abzusichern. Erfolgreiche Bieter, die diese Kosten in den Angebotspreis einrechnen, bleiben im Falle der Vergabe an einen anderen Bieter auf diesen Kosten sitzen. Diese unternehmerischen Risiken spiegeln sich in einem erhöhten Marktpreisniveau wider.

Dies kann durch Lösungen auf Basis von Referenzzinssätzen vermieden werden. Bei diesen wird ein Stichtag gewählt, an welchem anhand eines Referenzzinssatzes der Endfinanzierungszinssatz fixiert wird. Denkbarer Zeitpunkt für die Fixierung ist der Termin der Zuschlagserteilung bzw. der Abnahme (ggf. nach Probetrieb). Durch Verweisung auf einen Referenzzinssatz trägt dann wirtschaftlich bis zum Zeitpunkt der Fixierung des Zinssatzes der Auftraggeber das Zinsänderungsrisiko. Wird ein Referenzzinssatzmodell gewählt,

besteht die Möglichkeit, ggf. im Wege eines Nebenangebots ein Zinssicherungsgeschäft anbieten zu lassen. So kann dann im Falle der Zuschlagserteilung die Finanzierung aufgrund des gesicherten Zinsniveaus erfolgen, wenn dies wirtschaftlicher als der Referenzzinssatz ist.

6. Checkliste zu finanzierungsrelevanten Rahmenbedingungen für Ausschreibungen

Im Folgenden werden Mindestanforderungen an die Ausschreibung von Finanzierungen für PPP-Projekte schlagwortartig skizziert:

■ Gleichberechtigungsprinzip

■ Keine Bevorzugung oder Benachteiligung bestimmter Bieter;

■ Vergleichbarkeit und Eindeutigkeit der Finanzierungsbedingungen

Allgemein gilt:

■ Fest vorgegebene Zahlungsweise (z.B. monatliche, vierteljährliche, jährliche Annuitäten, vorschüssig oder nachschüssig);

■ Berechnungsmethoden für Angebotspreise/Zinssätze müssen in sich schlüssig sein (z.B. keine Laufzeitgewichtung bei annuitätischer Zahlungsweise, keine deutsche Zinsmethode für Zinssatz auf Basis EURIBOR);

■ Vorgabe der Finanzierungswährung;

■ Angabe der Berechnungsmethode für Kapitaldienst;

■ Übereinstimmung der Anforderungen der Ausschreibung mit vorgegebenen Bedingungen (z.B. Eigentum bei der Kommune unabdingbar);

- Freiräume zur Berücksichtigung weiterer anfallender Kosten (z.B. Strukturierungsgebühr) sind in der Ausschreibung vorzusehen;
- Keine Forderung von Vertragsmustern in der Ausschreibung;
- Berücksichtigung von zinsbegünstigten Finanzierungsmitteln von Förderinstituten (z.B. KfW etc.), ohne Verbindlichkeit zu fordern;
- optional: die Möglichkeit von Bürgschaften oder Abgabe von Einredeverzichtserklärungen kann angegeben werden;

Zusätzlich für den Fall, dass eine Referenzzinssatzlösung gewählt wird:

- Zinssatzregelung auf Referenzzinsbasis (z.B. EURIBOR während der Bauphase oder langfristige EURO-Renditen aus dem Bankenmarkt – Reuters/Teletelrate – für die Endfinanzierung) mit festem Stichtag als Grundlage für die Wertung;

- Marktgängige Referenzzinssätze (z.B. BLBYIELDS);
- Konkrete Vorgabe der Referenzzinsermittlung;
- Festmarge statt Festzinssatz im Angebot;
- Abdeckung des Zinsänderungsrisikos ab Vertragsabschluss durch Forderung eines indikativen Angebots zur Zinssicherung;
- Konkrete Vorgabe der gewünschten Zinssicherungsinstrumente;

■ Genehmigungsrechtliche Erfordernisse

- Die aufsichtsrechtliche Genehmigungsfähigkeit hinsichtlich der geforderten Finanzierungsformen ist grundsätzlich vor Ausschreibungen zu klären;
- Die Genehmigung für die haftungsrechtliche Einbindung der Kommune hinsichtlich der geforderten Finanzierungsform ist (z.B. für Einredeverzicht oder Bürgschaft) vor Ausschreibung zu klären;

- Die Zulässigkeit von Zinssicherungsinstrumenten ist vor der Ausschreibung zu klären;

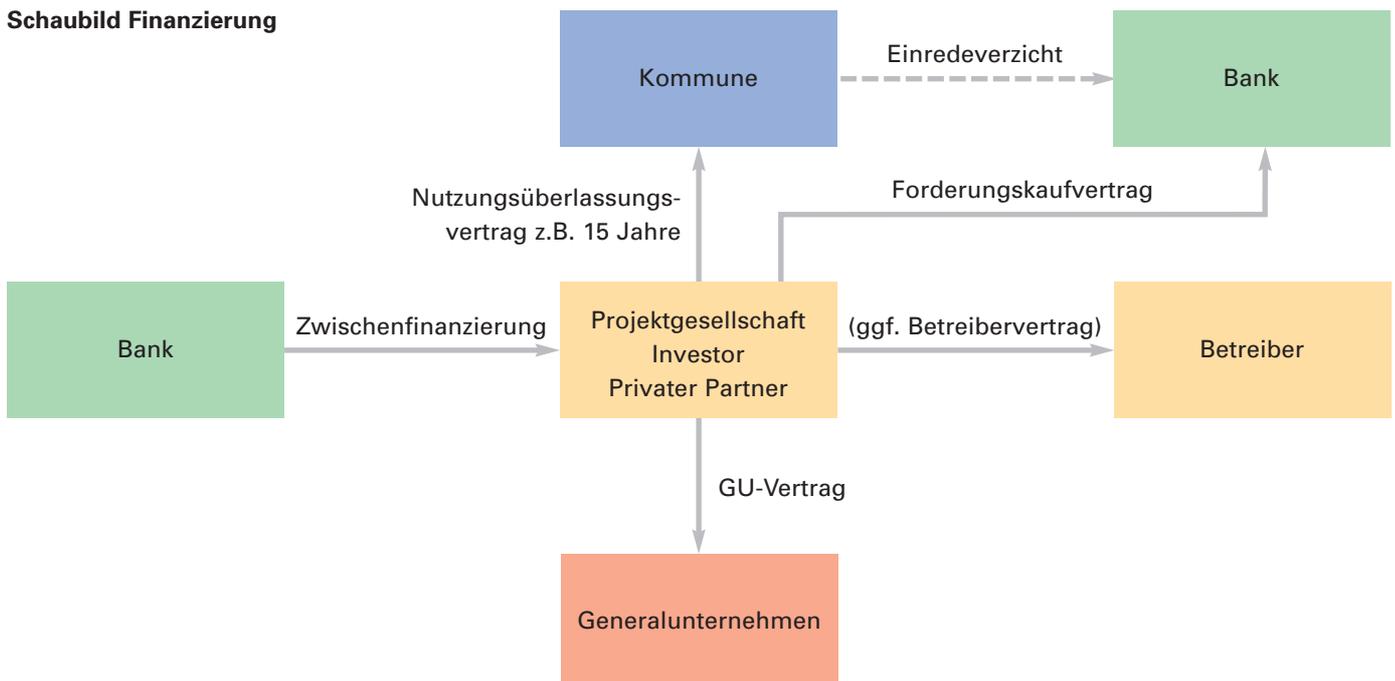
■ Haushaltsrechtliche Erfordernisse

- Kreditermächtigung (falls erforderlich);
- Auswirkungen der ausgeschriebenen Finanzierungsform auf den Haushalt sind zu klären und ggf. entsprechend zu berücksichtigen;

■ Anpassung an ggf. relevante Fördermittelvorschriften

- Die Verfügbarkeit von entsprechenden Fördermitteln ist vor der Ausschreibung zu klären;
- Relevante Bedingungen der Fördermittelvorschriften sind in die Ausschreibung aufzunehmen;
- Keine Widersprüche zwischen Fördermittelvorschriften und Ausschreibungsbedingungen;

Schaubild Finanzierung



Finanzierung

7. Ergänzende Erläuterungen

Bei einer Forfaitierung mit Einredeverzicht ist eine Genehmigung durch die kommunale Aufsichtsbehörde notwendig. Darüber hinaus fällt die so genannte Projektfinanzierung bei entsprechender Ausgestaltung nicht unter die gültigen EUROSTAT-relevanten Kriterien¹⁾. Auswirkungen auf die Wahl zwischen beiden Finanzierungslösungen können Zuwendungsauflagen haben, die für eine staatliche Förderung grundsätzlich das Eigentum der Kommune am Investitionsobjekt voraussetzen. Investitionen Dritter im kommunalen Aufgabenkreis können nur auf Grundlage eines entsprechenden Baukostenzuschusses der Kommune gefördert werden.

Je mehr Eigenkapital in einem PPP-Projekt gebunden ist, desto stärker können anreizbezogene Vergütungssysteme umgesetzt werden, da auch die Herstellkosten, und damit das investierte private Kapital, in die Vergütungsmodalitäten mit einbezogen werden können.

Auch Mischformen, mit privaten und öffentlichen Mitteln, können interessante Lösungen bieten, da in einer derart strukturierten PPP der Kommune die Möglichkeit eröffnet wird, an dem vom privaten Partner erwirtschafteten Gewinn zu partizipieren.

Eine weitere Form der Finanzierung von PPP-Projekten können in Zukunft auch Fondslösungen darstellen. Sowohl offene als auch geschlossene Immobilienfonds können hierfür strukturiert werden.

¹⁾ Nach einer EUROSTAT-Entscheidung vom 11.2.2004 sind Vermögensgegenstände von PPP-Projekten nicht in der Bilanz des Sektors Staat zu verbuchen, wenn der private Partner das Baurisiko (z.B. Gefahr von Lieferverzögerungen oder unerwarteter Kostensteigerungen) und das Ausfallrisiko

(er erhält z.B. weniger Geld, wenn er seine Leistung nicht korrekt erbringt) oder das Nachfragerisiko (höhere oder geringere Nachfrage als bei Vertragsunterzeichnung zu erwarten, z.B. Rückgang der Schülerzahlen) trägt.

Anhang: Offene Fragen aus Sicht der kommunalen Spitzenverbände und des Bayerischen Bauindustrieverbandes

Die PPP-Arbeitskreise haben es sich unter anderem zur Aufgabe gemacht, eventuelle Hemmnisse für PPP-Vorhaben in Bayern aufzuzeigen und gegebenenfalls Änderungsvorschläge zu unterbreiten (Seite 8 des PPP-Leitfadens, Teil 1, Grundlagen). Eine Einigkeit darüber, was als Hemmnis für PPP zu betrachten ist, konnte in den PPP-Arbeitskreisen nicht erzielt werden.

Als Ergebnis der intensiven Diskussion über Erleichterungen für PPP-Vorhaben im bayerischen Landesrecht haben der Bayerische Städtetag, der Bayerische Gemeindetag, der Bayerische Landkreistag, der Verband der bayerischen Bezirke sowie der Bayerische Bauindustrieverband übereinstimmend festgestellt, dass

- im Kommunalrecht weiterhin eine Veräußerung gemeindlicher Vermögensgegenstände im Rahmen von PPP-Vorhaben nicht ausdrücklich gesetzlich zugelassen ist,

- die Vorgaben zur Genehmigung kreditähnlicher Rechtsgeschäfte auf den Prüfstand gestellt werden müssen,

- nach dem geltenden Zuwendungsrecht die Förderfähigkeit regelmäßig an die Eigentümerstellung der Kommune geknüpft ist und die Förderung von Miete und Leasing weitgehend ausgeschlossen ist.

Die kommunalen Spitzenverbände und der Bayerische Bauindustrieverband werden diese Anliegen auf der politischen Ebene weiter verfolgen.