



# PPP

Public Private  
Partnership  
zur Realisierung  
öffentlicher  
Baumaßnahmen  
in Bayern

Teil 2  
Rechtliche  
Rahmenbedingungen  
und Finanzierung

2. aktualisierte  
Auflage

Impressum:

Herausgeber:

„Gesprächsrunde PPP“ (Federführung  
Bayerisches Staatsministerium für Wohnen,  
Bau und Verkehr) und der eingerichtete  
PPP-Arbeitskreis (Geschäftsführung Bayerischer  
Bauindustrieverband)

Teilnehmer:

Bayerisches Staatsministerium für  
Wohnen, Bau und Verkehr

Bayerisches Staatsministerium der  
Finanzen und für Heimat

Bayerisches Staatsministerium für  
Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie

Bayerischer Oberster Rechnungshof

Bayerischer Kommunalen Prüfungsverband

Bayerischer Städtetag  
auch vertreten durch die Stadt Nürnberg

Bayerischer Gemeindetag

Bayerischer Landkreistag

Bayerischer Bezirketag

Bayerischer Bankenverband e.V.  
auch vertreten durch die HypoVereinsbank

Genossenschaftsverband Bayern  
vertreten durch die DZ BANK AG

Bayerische Architektenkammer

Bayerische Ingenieurekammer-Bau

Real FM Association for Real Estate and Facility Managers e.V.  
vertreten durch FMC Facility Management Consulting GmbH  
und rheform Immobilien Management GmbH

Landesverband Bayerischer Bauinnungen

Bayerischer Bauindustrieverband e.V.

Kontaktadresse und weitergehende Informationen:  
[www.ppp.bayern.de](http://www.ppp.bayern.de)

Layout & Satz:

Dipl.-Des. Sylvia Leinfelder-Preuße, Augsburg

Druck:

Vogl.Druck GmbH, Ostendorf

Fotos Titelseite:

Links oben: BBIV, Daniel Schwaiger

Links unten: shutterstock, Juergen Faelchle

Rechts oben: shutterstock, Lev Kropotov

Rechts unten: BBIV, Daniel Schwaiger

Fotos Innenteil:

BBIV, Daniel Schwaiger S. 4, 7, 12, 16, 21, 29, 36 rechts

Markus Buck S. 2

Jens Weber S. 36 links

Erschienen im Januar 2020

PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP  
ZUR REALISIERUNG  
ÖFFENTLICHER BAUMASSNAHMEN  
IN BAYERN

TEIL 2  
RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN  
UND FINANZIERUNG

2. AKTUALISIERTE AUFLAGE  
2020

Einleitung .....	3
Alphabetische Zusammenstellung der Rechtsvorschriften und der Abkürzungen .....	5
Rechtliche Rahmenbedingungen für PPP-Projekte in Bayern (Kurzfassung) .....	8
Rechtliche Rahmenbedingungen für PPP-Projekte in Bayern.....	13
1. Kommunales Vermögensrecht .....	13
2. Kommunales Haushaltsrecht .....	13
3. Förderrecht (Art. 10 BayFAG) .....	18
4. Vergaberecht .....	20
5. Steuerrecht .....	26
Finanzierung.....	30
1. Die Rolle der Banken bei PPP.....	30
2. Aufgabenstellung für die Banken..	30
3. Finanzierungsphasen und Finanzierungsformen.....	31
4. Zinsänderungsrisiko.....	34
5. Checkliste zu finanzierungs- relevanten Rahmenbedingungen für Ausschreibungen .....	35
Haftungsausschluss.....	36



# EINLEITUNG FÜR DEN PPP-LEITFADEN TEIL 2

Mit der Veröffentlichung des 1. Teils des bayerischen PPP-Leitfadens haben wir im Jahr 2005 Neuland betreten. Seither ist eine insgesamt 7-teilige Schriftenreihe entstanden, die Grundlagen zum Thema Public Private Partnership vermittelt und einer breiten Öffentlichkeit zugänglich macht. Um Erkenntnissen und Erfahrungen aus realisierten Projekten und rechtlichen Entwicklungen Rechnung zu tragen, haben wir nun auch den vorliegenden Leitfaden Teil 2 grundlegend aktualisiert.

Es freut uns, dass wir damit besonders den Kommunen, aber auch allen anderen an PPP Interessierten ein umfangreiches Nachschlagewerk zur Verfügung stellen können. Der Leitfaden Teil 1 skizziert die Grundlagen und Schlüsselbegriffe von PPP-Projekten. Mit dem darin verfügbaren Projekteignungstest kann in wenigen Schritten geprüft werden, ob sich ein Projekt grundsätzlich für die PPP-Realisierung eignet. Der hier vorliegende Leitfaden Teil 2 gibt in einer Kurzfassung einen Überblick zu Schnittstellen der maßgeblichen Rechtsbereiche, wie zum kommunalen Vermögens- und Haushaltsrecht sowie zum Förder-, Vergabe- und Steuerrecht und vertieft diese anschließend in seiner Langfassung.

Im Abschnitt Finanzierung werden die unterschiedlichen Finanzierungsmöglichkeiten und -instrumente sowie die Aufgabe der Banken, ebenso wie die Vor- und Nachteile unterschiedlicher Finanzierungsmethoden ausführlich dargestellt und erklärt. Der Leitfaden bietet damit sowohl für rechtliche als auch Fragen der Finanzierung Handlungsempfehlungen und dient als umfassendes Kompendium für alle Phasen der Projektabwicklung.

Garant für die Entwicklung einer gemeinsamen bayerischen Sichtweise ist das bayerische PPP-Kooperationsmodell, in dessen Rahmen Vertreter aus Verwaltung, Wirtschaft, Kammern und Verbänden gleichberechtigt teilnehmen und sich eingehend mit allen Themenbereichen befassen. Auch durch diese kontinuierliche Grundlagenarbeit der letzten rund 14 Jahre hat sich PPP als eine Beschaffungsvariante etabliert, die in allen geeigneten Fällen erfolgreich eingesetzt werden kann.



ZAHNÄRZTE AM H...  
Logo

# ALPHABETISCHE ZUSAMMENSTELLUNG DER IN DIESEM PPP-LEITFADEN TEIL 2 ZITIERTEN RECHTSVORSCHRIFTEN UND DER NACHFOLGEND VERWENDETEN ABKÜRZUNGEN (IN DER AM 1.1.2020 JEWEILS GELTENDEN FASSUNG)

## **AEUV**

Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union

- Art. 107 ff. Staatliche Beihilfen

## **ANBest-K**

Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung an kommunale Körperschaften (Anlage 3a zu Art. 44 BayHO)

- Nr. 3

## **AO**

Abgabenordnung

- § 89 Beratung, Auskunft
- §§ 204 ff. Verbindliche Zusagen aufgrund einer Außenprüfung

## **BayFAG**

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

- Art. 10 Kommunalen Hochbau

## **BayHO**

Haushaltsordnung des Freistaates Bayern (Bayerische Haushaltsordnung)

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

## **Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 AEUV**

## **AEUV**

## **Bekanntmachung über das Kreditwesen der Kommunen**

## **BezO**

Bezirksordnung für den Freistaat Bayern (Bezirksordnung)

- Art. 63 Kredite
- Art. 64 Kreditähnliche Verpflichtungen; Sicherheiten

## **FAZR**

Richtlinie über die Zuweisungen des Freistaates Bayern zu kommunalen Baumaßnahmen im kommunalen Finanzausgleich (Zuweisungsrichtlinie)

- Nr. 2.1.3
- Nr. 4.2

## **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. 62 Grundsätze der Einnahmeschaffung
- 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

- § 97 Grundsätze der Vergabe
- § 99 Öffentliche Auftraggeber
- § 110 Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, die verschiedene Leistungen zum Gegenstand haben
- § 119 Verfahrensarten
- § 124 Fakultative Ausschlussgründe

## **KAG**

Kommunalabgabengesetz

- Art. 5 Beiträge
- Art. 8 Benutzungsgebühren

## **KommHV-Doppik**

Verordnung über das Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen der Gemeinden, der Landkreise und der Bezirke nach den Grundsätzen der doppelten kommunalen Buchführung

- § 1 Bestandteile des Haushaltsplans, Gesamthaushalt und Anlagen
- § 2 Ergebnishaushalt
- § 11 Verpflichtungsermächtigungen
- § 12 Investitionen
- § 73 Sonderposten

## **KommHV-Kameralistik**

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

- § 1 Inhalt des Haushaltsplans
- § 2 Bestandteile des Haushaltsplans, Anlagen
- § 9 Verpflichtungsermächtigungen
- § 10 Investitionen
- § 20 Allgemeine Rücklage und Sonderrücklagen

## **KWG**

Gesetz über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz)

#### **LKrO**

Landkreisordnung für den Freistaat  
Bayern (Landkreisordnung)

- Art. 65 Kredite
- Art. 66 Kreditähnliche Verpflichtungen;  
Sicherheiten

#### **Verordnung über die Genehmigungsfreiheit von Rechtsgeschäften des kommunalen Kreditwesens**

#### **Verordnung über kreditähnliche kommunale Rechtsgeschäfte**

#### **VgV**

Verordnung über die Vergabe öffentlicher  
Aufträge (Vergabeverordnung)

- § 6 Vermeidung von  
Interessenskonflikten
- § 7 Mitwirkung an der Vorbereitung  
des Vergabeverfahrens
- § 28 Markterkundung
- § 36 Unteraufträge
- § 43 Rechtsform von Unternehmen  
und Bietergemeinschaften
- § 47 Eignungslleihe

#### **VOB/A**

Vergabe- und Vertragsordnung für  
Bauleistungen Teil A

- Allgemeine Bestimmungen für die  
Vergabe von Bauleistungen
- § 2 EU Grundsätze
  - § 3 EU Arten der Vergabe
  - § 3a EU Zulässigkeitsvoraussetzungen
  - § 3b EU Ablauf der Verfahren
  - § 6 EU Teilnehmer am Wettbewerb
  - § 6d EU Kapazitäten anderer  
Unternehmen
  - § 7c EU Leistungsbeschreibung mit  
Leistungsprogramm
  - § 8 EU Vergabeunterlagen
  - § 8b EU Kosten- und  
Vertrauensregelung, Schiedsverfahren

#### **VOB/B**

Vergabe- und Vertragsordnung für  
Bauleistungen Teil B

- Allgemeine Vertragsbedingungen für die  
Ausführung von Bauleistungen
- § 4 VOB/B Ausführung



# 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

- Ein PPP-Konzept verstößt dann nicht gegen kommunales Haushaltsrecht, wenn die Einrichtung durch das PPP-Modell mindestens ebenso wirtschaftlich errichtet und betrieben werden kann wie durch herkömmliche Eigenherstellung und Eigenbetrieb seitens der Gemeinde.
- Die von beiden Realisierungsvarianten wirtschaftlichste Lösung wird durch den Vergleich der jeweiligen Anschaffungs- und Herstellungskosten sowie der Folgekosten ermittelt, wobei auf den jeweiligen Einzelfall abzustellen ist.
- Unter dem Gesichtspunkt des Haushaltsrechts ist für die Zulässigkeit eines PPP-Konzepts eine angemessene Risikoverteilung zwischen den

Beteiligten entsprechend den jeweiligen Verantwortungsbereichen und Stärken erforderlich.

### 2.2 Grundsätze der Einnahmebeschaffung

- Im Falle kostenrechnender Einrichtungen sollten zur Finanzierung zunächst insbesondere einrichtungsbezogene Sonderrücklagen (Kameralistik) bzw. entsprechenden Sonderposten gegenüberstehende liquide Mittel (Doppik) in Betracht gezogen werden.

### 2.3 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.

### 2.4 Kreditähnliche kommunale Rechtsgeschäfte

- Kreditähnliche kommunale Rechtsgeschäfte sind unter bestimmten Voraussetzungen 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.
- Die Genehmigungsfähigkeit einer kommunalen Forfaitierung kann auf Grund der unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten nur bezogen auf den konkreten Einzelfall beurteilt werden. Es gelten dabei die gleichen rechtlichen Rahmenbedingungen wie bei kreditähnlichen Rechtsgeschäften. Die Wirtschaftlichkeitsbetrachtung einer

Forfaitierung muss neben den Transaktionskosten, längerfristigen Belastungen, Zinsen usw. 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.

### 2.5 Verpflichtungsermächtigungen

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

### 2.6 Veranschlagung im kommunalen Haushalt

- Ist eine Unterscheidung zwischen Ausgaben des Vermögens- und des Verwaltungshaushalts (kameral) bzw. zwischen Auszahlungen aus Investitions- und aus laufender Verwaltungstätigkeit nicht möglich, sind die PPP-Zahlungsverpflichtungen der Kommune in der Regel im Verwaltungshaushalt bzw. als Auszahlungen aus laufender Verwaltungstätigkeit zu veranschlagen.

### 2.7 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.

## 2.8 Europäisches Beihilferecht

PPP-Projekte sind so zu gestalten, dass den beteiligten Privatunternehmen kein Vorteil entsteht, den sie im üblichen Wirtschaftsleben nicht erhalten würden (Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten). Die Marktkonformität des Vorhabens kann u.a. durch ein wettbewerbliches, transparentes, diskriminierungs- und bedingungsfreies Ausschreibungsverfahren belegt werden. Sollen dabei Vergünstigungen (z. B. kommunale Bürgschaften) einbezogen werden, sind diese zusätzlich beihilferechtlich zu bewerten.

## 3. FÖRDERRECHT

### (Art. 10 BayFAG)

- Die Förderung kommunaler Hochbaumaßnahmen nach dem Bayerischen Finanzausgleichsgesetz (BayFAG) ist an folgende Voraussetzungen geknüpft:

#### 3.1 Eigentum

- Das Investitionsobjekt muss sich im Eigentum der Kommune befinden.
- Leasing- und Mietmodelle sind grundsätzlich nicht förderfähig.
- Zur Möglichkeit der Förderung eines kommunalen 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

- Der Zuweisungsempfänger muss die geförderten Anlagen mindestens 25 Jahre entsprechend dem Förderzweck verwenden.

#### 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 Förderfähige Maßnahmen

- Förderfähig nach Art. 10 BayFAG sind
  - Neubau, Umbau und Erweiterung,
  - Erwerb einschl. Umbau eines Gebäudes, wenn dadurch ein an sich notwendiger Neubau entbehrlich wird,
  - General- und Teilsanierungen. Generalsanierungen sind Maßnahmen, die einer grundlegenden Überholung dienen und die die Einrichtung auf einen baulichen Stand bringen, die sie im Fall einer Neuerrichtung aufweisen müsste.
- Maßnahmen der laufenden Instandhaltung (Erhaltungsaufwand) sowie Anmietungen sind grundsätzlich nicht förderfähig.

## 4. VERGABERECHT

### 4.1 Einführung

Die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen basiert ab Erreichen der EU-Schwellenwerte auf europarechtlichen Vorgaben. Das EU-Vergaberecht ist in Deutschland im 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und in den folgenden vier Verordnungen umgesetzt worden:

- Vergabeverordnung,
- Sektorenverordnung,

- Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit sowie
- Konzessionsvergabeverordnung. Für Bauvergaben verweist die VgV ergänzend auf die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A Abschnitt 2 (VOB/A EU).

### 4.2 Abgrenzung des Anwendungsbereichs von VOB/A EU und VgV bei gemischten Aufträgen

Öffentliche Aufträge, die verschiedene Leistungen wie Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, sind nach den Vorschriften zu vergeben, denen der Hauptgegenstand des Auftrags zuzuordnen ist. Der Wert der jeweils erbrachten Einzelleistung stellt nur ein Kriterium unter anderen dar. So kann ein Vertrag von den Bauleistungen geprägt sein, auch wenn diese nur 30 % am Gesamtauftragswert ausmachen.

### 4.3 Wahl des Vergabeverfahrens

#### 4.3.1 Überblick über die möglichen Vergabeverfahren

Für die Vergabe von Bauaufträgen ab Erreichen des EU-Schwellenwerts (derzeit 5.350.000 Euro) kommen in Betracht

- das offene Verfahren,
- das nicht offene Verfahren mit Teilnahmewettbewerb,
- das Verhandlungsverfahren mit oder ohne Teilnahmewettbewerb,
- der wettbewerbliche Dialog und
- die Innovationspartnerschaft.

Für PPP-Modelle hat sich das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb als das regelmäßig zulässige und am besten geeignete Verfahren zur Vergabe eines PPP-Vertrages herausgestellt. Auf der Grundlage einer funktionalen Leistungsbeschreibung können nutzerorientierte Lösungskonzepte entwickelt und während des Vergabeverfahrens weiter verbessert werden.

#### 4.3.2 Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb

Für die Vergabe von PPP-Projekten im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb kommen insbesondere die Fallgruppen nach § 3a EU Abs. 2 Nr. 1 a - c VOB/A in Betracht:

- Anpassung bereits verfügbarer Lösungen notwendig (Nr. 1 a)
  - Auftrag umfasst konzeptionelle oder innovative Lösungen (Nr. 1 b)
  - Auftragserteilung nicht ohne vorherige Verhandlungen möglich (Nr. 1 c)
- In der Regel führt bereits die PPP-typische funktionale Leistungsbeschreibung zur Begründung des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb.

#### 4.3.3 Ablauf des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb

Bei einem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb wird im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert. Nur diejenigen Unternehmen, die vom Auftraggeber infolge einer Eignungsprüfung aufgefordert werden, können ein Erstangebot übermitteln, das die Grundlage für die späteren Verhandlungen bildet. Der öffentliche Auftraggeber verhandelt mit den Bietern über die eingereichten Erstangebote und alle Folgeangebote, mit Ausnahme der endgültigen Angebote mit dem Ziel, die Angebote inhaltlich zu verbessern.

#### 4.4 PPP-Vergabeverfahren unter Berücksichtigung mittelständischer Interessen

##### 4.4.1 Grundsatz der Wirtschaftlichkeit

Auch bei PPP-Projekten ist der Grundsatz einer wirtschaftlichen Haushaltsführung zu beachten. Nur wenn ein bezuschlagbares PPP-Angebot genauso vorteilhaft oder vorteilhafter als die Variante der herkömmlichen

Eigenrealisierung ist, darf sich der öffentliche Auftraggeber für das PPP-Konzept entscheiden.

##### 4.4.2 Grundsatz der Losvergabe

Nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB sind Leistungen in der Regel in der Menge aufgeteilt (Teillöse) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben.

##### 4.4.3 Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers

Es steht jeder Vergabestelle frei, die auszuschreibende Leistung zu bestimmen und in dieser Gestalt dem Wettbewerb zu unterstellen. Eine Gesamtvergabe ist nicht durch das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers gedeckt und kommt deshalb nur dann in Betracht, wenn die hierfür sprechenden Gründe überwiegen.

##### 4.4.4 Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm

In der Regel ergibt sich aus der Wahl der Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm gleichzeitig ein technischer Grund zum Verzicht auf die Aufteilung in Fachlose, da der Auftraggeber eine Aufteilung in Lose in diesen Fällen nicht vornehmen kann. Stets zu prüfen ist jedoch, ob und in welcher Weise sich das Projekt in Teillöse aufteilen lässt, so zum Beispiel bei einem Schulzentrum die Aufteilung in Einzelschulen. Eine PPP-Maßnahme wird in aller Regel auf einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm basieren. Insofern wird § 7c EU VOB/A standardmäßig einschlägig sein.

##### 4.4.5 Ausnahme vom Grundsatz der Losvergabe

In Ausnahmefällen dürfen mehrere Teil- oder Fachlose zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Beabsichtigt ein öffentlicher Auftraggeber die Ausschreibung und Vergabe

eines PPP-Projekts, kommt hierfür nur ein Vertragspartner in Betracht, der die hier zu Grunde liegenden Teilleistungen Planung, Bauausführung, Bauunterhalt/Betrieb, ggf. Finanzierung und ggf. Verwertung aus einer Hand erbringt.

##### 4.4.6 Nachprüfungsmöglichkeit der Gesamtvergabe

Die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers für eine Gesamtvergabe unterliegt der Vergabenachprüfung. Dem Bieter steht kein Anspruch auf losweise Vergabe zu. Er hat nur Anspruch darauf, dass der Auftraggeber von dem ihm eingeräumten Beurteilungs- und Ermessensspielraum in ermessensfehlerfreier Weise Gebrauch macht. Die vergaberechtliche Überprüfung findet nur dahingehend statt, ob die Gründe für die Gesamtvergabe bzw. für den gewählten Loszuschnitt überwiegen, und die rechtlichen Grenzen des dem Auftraggeber insofern zustehenden Spielraums eingehalten worden sind.

##### 4.4.7 Unteraufträge/Eignungsleihe

Der PPP-Vertragspartner hat, wenn er Teilleistungen an Nachunternehmer weitervergeben will, grundsätzlich Teil- oder Fachlose zu bilden und darf nur ausnahmsweise Lose zusammenzufassen, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Bieter bzw. Bietergemeinschaften müssen ihre Eignung für alle Leistungsteile nachweisen. Sie können sich dafür auf die Eignung anderer Unternehmen stützen.

#### 4.5 Anwendung der VOB auf der sog. zweiten Ebene

§ 4 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B verpflichtet den Auftragnehmer bei der Weitergabe von Bauleistungen, die ausgewogenen Vertragsbedingungen der VOB/B und VOB/C auch gegenüber Nachunternehmern zu vereinbaren. Dagegen besteht eine Verpflichtung zur Anwendung der

VOB/A nur für die Auftragnehmer, die selbst als öffentliche Auftraggeber gemäß GWB einzustufen sind.

#### 4.6 Interessenkollisionen und Projektantenproblematik

Auftraggeber haben beim Einsatz von sog. Projektanten sicherzustellen, dass keine Interessenkollisionen auftreten und der Wettbewerb nicht verfälscht wird. Ein Ausschluss vom Vergabeverfahren ist bei Interessenkollisionen zwingend, bei Wettbewerbsverzerrungen jedoch nur dann möglich, wenn keine geeigneten Maßnahmen in Betracht kommen, um sie zu verhindern.

#### 4.7 Keine zwingende Vorgabe für Bieterrechtsform vor Zuschlag

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. Ein solches Vorgehen ist vergaberechtlich unzulässig.

## 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

Grundstücke sind gemäß § 3 Abs. 1 Satz 3 GrStG von der Grundsteuer befreit, wenn

- der Grundbesitz von einem nicht begünstigten Rechtsträger im Rahmen eines PPP-Projekts einer juristischen Person des öffentlichen Rechts zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe überlassen
- und am Ende des Vertragszeitraums auf die juristische Person des öffentlichen Rechts übertragen wird.

### 5.3 Gewerbesteuer

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

- Es handelt sich um einen Forderungskauf (echte Forfaitierung).

Eine Hinzurechnung von Entgelten für Schulden nach § 8 Nr. 1 lit. a GewStG ist nicht vorzunehmen.

- Es handelt sich um einen Forderungsverkauf der steuerlich als Darlehensgewährung zu beurteilen ist (unechte Forfaitierung), bei dem eine Hinzurechnung von Finanzierungsentgelten nach § 8 Nr. 1 lit. a Satz 3 GewStG regelmäßig vorzunehmen ist.

Ob es sich um eine echte oder unechte Forfaitierung handelt, richtet sich nach dem Umfang, für den die private Projektgesellschaft (PPP-Anbieter) haftet.

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 Finanzämter und das Bundeszentralamt für Steuern können auf schriftlichen oder elektronischen Antrag gegen Gebühr unter bestimmten Voraussetzungen verbindliche Auskünfte über die steuerliche Beurteilung von genau bestimmten 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 BAYERN<sup>1</sup>

## 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-Kameralistik und § 12 KommHV-Doppik)

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-Kameralistik und § 12 KommHV-Doppik konkretisiert. Gemäß § 10 Abs. 2 KommHV-Kameralistik und § 12 Abs. 2 KommHV-Doppik 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-Kameralistik dürfen Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen sowie nach § 12 Abs. 3 KommHV-Doppik Auszahlungen 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.

Wenn es im Einzelfall nicht möglich ist, die geforderten Unterlagen rechtzeitig fertig zu stellen und aus einer späteren Veranschlagung ein Nachteil erwachsen

<sup>1</sup> Die nachfolgenden Regelungen sind allgemeingültig und nicht nur auf PPP-Modelle bezogen.

würde, lassen § 10 Abs. 4 KommHV-Kameralistik und § 12 Abs. 4 KommHV-Doppik 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 Grundsätze der Einnahmebeschaffung

Die Kommune erhebt Abgaben nach den gesetzlichen Vorschriften. Sie hat die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Einnahmen soweit vertretbar und geboten aus besonderen Entgelten für die von ihr erbrachten Leistungen, im Übrigen aus Steuern zu beschaffen, soweit die sonstigen Einnahmen nicht ausreichen (Art. 62 Abs. 1, 2 GO).

Im Falle kostenrechnender Einrichtungen sollten daher zur Finanzierung zunächst insbesondere einrichtungsbezogene Sonderrücklagen (§ 20 Abs. 4 Satz 4 KommHV-Kameralistik) sowie entsprechende Sonderposten (§ 73 Nr. 3 KommHV-Doppik) gegenüberstehenden liquiden Mitteln in Betracht gezogen werden. Ebenso kann die vollständige oder teilweise Finanzierung durch Beiträge und Vorauszahlungen auf Beiträge (Art. 5 KAG) in Betracht kommen.

Kredite darf die Kommune nur aufnehmen, wenn eine andere Finanzierung nicht möglich oder wirtschaftlich unzweckmäßig ist (Art. 62 Abs. 3 GO).

## 2.3 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 kostenrechnende Einrichtungen steht grundsätzlich mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde in Einklang,

soweit Gebühren (Art. 8 KAG) für die Benutzung der Einrichtung (z. B. bei Wasserversorgungs- oder Abwasserentsorgungsanlagen) so bemessen sind, dass der auf kalkulatorische Abschreibungen von Anschaffungs- und Herstellungskosten sowie zugehörige kalkulatorische Verzinsung entfallende Anteil den anfallenden Kapitaldienst einer Kreditfinanzierung der Höhe nach und über die gesamte Laufzeit vollständig abdeckt.

## 2.4 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 grundsätzlich 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 befreit, wenn ein bestimmter Höchstbetrag nicht 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. 71 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. Lässt die Haushaltslage einer Kommune eine Kreditaufnahme nicht zu, 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 einzubeziehen wie steuerliche Aspekte.

Da die Bank durch die Verzichtserklärungen 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 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 Bautestaten 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.

## 2.5 Verpflichtungsermächtigungen (Art. 67 Abs. 1, Abs. 4 GO)

Verpflichtungen zur Leistung von Auszahlungen (doppisch) bzw. Ausgaben (kameral) 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. Bei kreditähnlichen Verpflichtungen kann auf die Veranschlagung von Verpflichtungsermächtigungen verzichtet werden, weil

- das Budgetrecht des Gemeinderates gewahrt bleibt; eine Übertragung der

Entscheidung über kreditähnliche 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. 2 Nr. 3 KommHV-Kameralistik ist dem Haushaltsplan eine Übersicht über den voraussichtlichen Stand der Schulden beizufügen, die auch die Belastungen aus kreditähnlichen Rechtsgeschäften ausweisen muss.

## 2.6 Veranschlagung im kommunalen Haushalt

### 2.6.1 Haushaltswirtschaft nach den Grundsätzen der Kameralistik

Nach § 1 KommHV-Kameralistik 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 die für die Verwaltung erforderlichen Ausgaben und ihre 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.

### 2.6.2 Haushaltswirtschaft nach den Grundsätzen der doppelten kommunalen Buchführung (Doppik)

In § 1 KommHV-Doppik unterscheidet diese Finanzhaushalt und Ergebnishaushalt. Während im Finanzhaushalt jeweils Ein- und Auszahlungen aus laufender Verwaltungstätigkeit, aus Investitionstätigkeit und aus Finanzierungstätigkeit unterschieden werden, bildet der Ergebnishaushalt Aufwendungen und Erträge ab.

Ungeachtet dieser konzeptionellen Unterschiede von Kameralistik und Doppik erfolgt also auch im doppischen Finanzhaushalt eine Unterscheidung von (konsumtiven) Auszahlungen aus laufender Verwaltungstätigkeit und (investiven) Auszahlungen aus Investitionstätigkeit. Die Investitionsbindung von Krediten und kreditähnlichen Rechtsgeschäften und die Notwendigkeit, bei PPP-Modellen die zu zahlenden Raten diesbezüglich zu unterscheiden, gilt in der Doppik entsprechend. Ist eine Unterscheidung zwischen investiven und konsumtiven Auszahlungen nicht möglich, ist der Gesamtbetrag in aller Regel als konsumtiv, d.h. als Auszahlungen aus laufender Verwaltungstätigkeit im Finanzhaushalt zu veranschlagen.

Im doppischen Ergebnishaushalt werden Auszahlungen aus laufender Verwaltungstätigkeit zeitgleich und direkt als Aufwendungen, Auszahlungen aus Investitionstätigkeit dagegen als bilanzielle Abschreibungen verteilt auf die künftigen Jahre veranschlagt.

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

### 2.8 Europäisches Beihilferecht

Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Ein Kernthema von PPP-Projekten ist der Bau von Infrastrukturen. Gerade in diesem Bereich hat sich in der beihilferechtlichen Bewertung in den letzten

Jahren, auch aufgrund von EuGH-Rechtsprechung, ein Wandel vollzogen. Während der „klassische“ Wege- und Straßenbau als sog. allgemeine Infrastruktur, die keinem einzelnen Unternehmen einen Vorteil verschafft, nach wie vor als beihilfefrei bewertet und damit auch ohne Weiteres öffentlich finanziert werden kann, gilt dies nicht selbstverständlich für alle Infrastrukturprojekte. Vielmehr ist als erste Frage zu klären, ob durch die Infrastruktur im Betrieb Güter und Dienstleistungen auf einem Markt angeboten werden, d.h. ob hier eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt. Dann ist in der Regel bereits die Errichtung der Infrastruktur dem Beihilferecht unterworfen. PPP-Projekte sind in diesen Fällen nur dann beihilfefrei, wenn das Verhalten des öffentlichen Partners sich nicht von dem eines marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten unterscheidet. Die Marktkonformität kann z. B. dadurch nachgewiesen werden, dass das Vorhaben von den öffentlichen und privaten Beteiligten zu gleichen Bedingungen („pari passu“) bzgl. der Rechte und Pflichten durchgeführt wird. Alternativ kann die öffentliche Stelle die Marktkonformität durch ein wettbewerbliches, transparentes, diskriminierungsfreies und bedingungsfreies Ausschreibungsverfahren nachweisen. Allerdings sind Vorteile auch dann beihilferechtlich zu bewerten, wenn sie in einem solchen Ausschreibungsverfahren bereits benannt sind (z. B. kommunale Bürgschaften). Anhaltspunkte für die – oft komplexe – beihilferechtliche Prüfung können der „Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV“ (ABL EU C 262, 19.7.2016, S. 1, insb. Kapitel 4) oder der sog. Bürgschaftsmitteilung aus dem Jahr 2008 (ABL EU C 155, 20.6.2008, S. 10) entnommen werden.

## 3. FÖRDERRECHT

### (Art. 10 BayFAG)

Nach Art. 10 des Bayerischen Finanzausgleichsgesetzes (BayFAG) fördert der Freistaat Bayern kommunale Baumaßnahmen an öffentlichen Schulen, Kindertageseinrichtungen sowie kommunalen Theatern und Konzertsälen. Förderfähig sind in diesem Zusammenhang die zuweisungsfähigen Ausgaben für Neubau, Umbau und Erweiterung sowie General- und Teilsanierungen. Eine staatliche Förderung im Bereich des kommunalen Hochbaus ist an folgende Voraussetzungen geknüpft:

#### 3.1 Eigentum

Das Investitionsobjekt muss sich grundsätzlich im Eigentum der Kommune befinden. Dies ist eine allgemeingültige Regelung und nicht spezifisch auf PPP-Modelle bezogen.

Förderfähig ist auch der Kauf einschließlich Umbau bzw. Instandsetzung eines Gebäudes, soweit damit ein an sich notwendiger Neu- oder Erweiterungsbau entbehrlich wird.

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

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

- Die Kommunen erhalten ihre Finanzausstattung über ein zweigleisiges Finanzierungssystem. Neben ihren freien Mitteln (z. B. Schlüsselzuweisungen) 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. 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 Zuweisungen zu ihrem Baukostenzuschuss gewährt werden, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind<sup>2</sup>:

- 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. Die dingliche Sicherung ist bei bestimmten Maßnahmeträgern in den Fällen nicht erforderlich, in denen mangels Eigentums hierauf kein Einfluss genommen werden kann (z. B. nur aus wichtigem Grund kündbare Nutzungsvereinbarung).

- 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.

### 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:

- Mit Abschluss der Phase 4 (siehe PPP-Leitfaden Teil 1 Grundlagen) stellt der öffentliche Auftraggeber eine vergleichende Prognose, die sog. vorläufige Wirtschaftlichkeitsuntersuchung auf, die zeigt, ob PPP oder die konventionelle Realisierungsvariante wirtschaftlicher ist.
- In Phase 6 (siehe PPP-Leitfaden Teil 1 Grundlagen) 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.

### 3.3 Einhaltung von Vergabevorschriften

Bei der Vergabe von Aufträgen zur Erfüllung des Zuweisungszwecks sind die Vergabegrundsätze anzuwenden (vgl. Nr. 3 ANBest-K). Das Förderrecht folgt insoweit den bestehenden gesetzlichen Vorgaben und legt die Verpflichtung zur Anwendung der Vergabevorschriften grundsätzlich nicht selbst fest.

### 3.4 Mindestnutzungszeit zur Erreichung des Förderzwecks

Die geförderten Maßnahmen müssen auf mindestens 25 Jahre dem Förderzweck entsprechend verwendet werden.

### 3.5 Verbot des vorzeitigen Maßnahmebeginns

Gemäß Nr. 1.3 VV Nr. 1 zu Art. 44 BayHO 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

<sup>2</sup> Vgl. Nr. 4.2 Spiegelstrich 6 der Richtlinie über die Zuweisungen des Freistaats Bayern zu kommunalen Baumaßnahmen im kommunalen Finanzausgleich (Zuweisungsrichtlinie – FAZR).

erscheint. Führt eine Kommune eine Maßnahme im Rahmen eines PPP-Projekts durch, die neben Bau, Finanzierung und Betrieb auch die Planung umfassen soll, liegen zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe nach erfolgter Ausschreibung (Maßnahmenbeginn) nicht in allen Fällen Pläne vor, die Art und Umfang des Bauvorhabens prüfbar nachweisen. Eine sachliche Prüfung, die für eine Zustimmung zum vorzeitigen Maßnahmebeginn erforderlich wäre, ist deshalb nicht möglich.

Der dargestellte Konflikt kann durch die Erteilung einer sog. Unbedenklichkeitsbescheinigung für derartige PPP-Maßnahmen gelöst werden. In einer Unbedenklichkeitsbescheinigung wird der Kommune von der Förderbehörde bestätigt, dass der 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 hierdurch – 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 Förderung von Sanierungen im Bereich des kommunalen Hochbaus

- Generalsanierungen sind Maßnahmen, die einer grundlegenden Überholung dienen und die die Einrichtung auf einen baulichen Stand bringen, die sie im Fall einer Neuerrichtung aufweisen müsste.
- Fördervoraussetzungen für Generalsanierungen als auch für die einer Generalsanierung vergleichbaren Einzelmaßnahmen sind gem. Nr. 2.1.3 FAZR:

- Die zuweisungsfähigen Ausgaben für diese Maßnahmen betragen mindestens 25 v.H. der vergleichbaren Neubaukosten (Schwellenwert).
- Wird der im Vorfeld erreichte Schwellenwert nach dem Ergebnis der Verwendungsnachweisprüfung um bis zu zehn v.H., höchstens jedoch um 500.000 Euro, unterschritten, so bleibt die Maßnahme trotzdem förderfähig, sofern sämtliche in den Planunterlagen aufgenommenen Baumaßnahmen tatsächlich durchgeführt worden sind.
- Die Ausgaben sind nicht durch mangelhaften Bauunterhalt verursacht; werden die Maßnahmen erstmals 25 Jahre nach Inbetriebnahme eines Gebäudes fällig, ist ohne besondere Prüfung davon auszugehen, dass sie nicht durch mangelhaften Bauunterhalt veranlasst sind.
- Die Maßnahme ist wirtschaftlich.
  - Maßnahmen der laufenden Instandhaltung (Erhaltungsaufwand) sowie Anmietungen sind grundsätzlich nicht förderfähig.
  - Die alternative Förderung eines Ersatzneubaus kommt nur dann in Betracht, wenn dieser im Vergleich zur Generalsanierung nicht unwirtschaftlicher ist. Dies ist regelmäßig dann gegeben, wenn die zuweisungsfähigen Ausgaben der Generalsanierung 80 % der fiktiven Neubaukosten (Kostenrichtwert x förderfähige Fläche) einer vergleichbaren Neubaumaßnahme erreichen würden. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz eines sparsamen und wirtschaftlichen staatlichen Mitteleinsatzes.

## 4. VERGABERECHT

### 4.1 Einführung

Das Regelwerk für die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen basiert ab Erreichen der EU-Schwellenwerte auf europarechtlichen Vorgaben<sup>3</sup>. Sie zielen darauf ab, die Vergabeverfahren effizienter, einfacher und flexibler zu gestalten sowie die Teilnahme kleiner und mittlerer Unternehmen an öffentlichen Vergabeverfahren zu erleichtern. Soziale, ökologische und innovative Aspekte sollen stärker berücksichtigt werden können. Die EU-Richtlinien regeln nunmehr auch ausdrücklich Ausnahmen vom Vergaberecht für bestimmte Formen der kommunalen Zusammenarbeit.

Die Vorgaben des EU-Vergaberechts sind in Deutschland im 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und in den folgenden vier Verordnungen umgesetzt worden:

- Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV),
- Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung – SektVO),
- Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) und
- Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (Konzessionsvergabeverordnung – KonzVgV).

Für Bauvergaben verweist die VgV ergänzend auf die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A Abschnitt 2 (VOB/A EU). Die Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A Abschnitt 2 (VOL/A) und die Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen

3 Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (Richtlinie 2014/24/EU), Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Richtlinie 2014/25/EU) und Richtlinie über die Konzessionsvergabe (Richtlinie 2014/23/EU)



(VOF) sind im Zuge der Reform abgeschafft worden; es gilt nunmehr unmittelbar die VgV.

#### **4.2 Abgrenzung des Anwendungsbereichs von VOB/A EU und VgV bei gemischten Aufträgen<sup>4</sup>**

Nach § 110 Abs. 1 GWB werden öffentliche Aufträge, die verschiedene Leistungen wie Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, nach den Vorschriften vergeben, denen der Hauptgegenstand des Auftrags zuzuordnen ist. Bei der Bestimmung des Hauptgegenstandes kommt es entscheidend darauf an, auf Grund einer Analyse der kennzeichnenden rechtlichen und wirtschaftlichen Gesamtumstände den Schwerpunkt des Auftrages zu ermitteln. Dabei ist auf die wesentlichen und vorrangigen Verpflichtungen im Vertragsverhältnis abzustellen. Der Wert der jeweils erbrachten Einzelleistung stellt in diesem Zusammenhang nur ein Kriterium unter anderen dar. So kann ein Vertrag von den Bauleistungen geprägt sein, auch wenn diese nur 30 % am Gesamtauftragswert ausmachen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.4.2014, VII-Verg 35/13).

<sup>4</sup> Die Sektorenverordnung und die Konzessionsvergabeordnung werden in diesem Leitfadens nicht behandelt, da sie für PPP-Projekte im kommunalen Bereich praktisch nicht zur Anwendung kommen.

### **4.3 Wahl des Vergabeverfahrens**

#### **4.3.1 Überblick über die möglichen Vergabeverfahren**

Für die Vergabe eines PPP-Projekts stehen grundsätzlich alle bekannten Vergabeverfahren zur Verfügung. Für die Vergabe von Bauaufträgen ab Erreichen des EU-Schwellenwerts (derzeit 5.350.000 Euro)<sup>5</sup> sind dies nach § 119 Abs. 1 GWB

- das offene Verfahren,
- das nicht offene Verfahren mit Teilnahmewettbewerb,
- das Verhandlungsverfahren mit oder ohne Teilnahmewettbewerb,
- der wettbewerbliche Dialog und
- die Innovationspartnerschaft.

Das offene Verfahren ist ein Verfahren, in dem der öffentliche Auftraggeber eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten auffordert (§ 3 EU Nr. 1 VOB/A).

Das nicht offene Verfahren ist ein Verfahren, bei dem der öffentliche Auftraggeber nach vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme eine beschränkte Anzahl von Unternehmen

<sup>5</sup> Dieser Schwellenwert wird alle zwei Jahre von der EU-Kommission neu festgelegt und kann z. B. auf [www.vergabe-info.bayern.de](http://www.vergabe-info.bayern.de) immer aktuell abgerufen werden.

nach objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Kriterien ausgewählt (Teilnahmewettbewerb), die er zur Abgabe von Angeboten auffordert (§ 3 EU Nr. 2 VOB/A).

Das Verhandlungsverfahren ist ein Verfahren, bei dem sich der öffentliche Auftraggeber mit oder ohne Teilnahmewettbewerb an ausgewählte Unternehmen wendet, um mit einem oder mehreren dieser Unternehmen über die Angebote zu verhandeln (§ 3 EU Nr. 3 VOB/A).

Der wettbewerbliche Dialog ist ein Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge mit dem Ziel der Ermittlung und Festlegung der Mittel, mit denen die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers am besten erfüllt werden können (§ 3 EU Nr. 4 VOB/A).

Die Innovationspartnerschaft ist ein Verfahren zur Entwicklung innovativer, noch nicht auf dem Markt verfügbarer Bauleistungen und zum anschließenden Erwerb der daraus hervorgehenden Leistungen (§ 3 EU Nr. 5 VOB/A).

Liegt der Schwerpunkt des PPP-Projekts nicht im Baubereich, ergeben sich die anzuwendenden Vergabeverfahren aus der VgV (z. B. Energie-Liefer-Contracting).

Sollte sich das Auftragsvolumen für ein PPP-Projekt – was in der Praxis eher selten vorkommen dürfte – unterhalb des EU-Schwellenwerts bewegen, kommt das im Unterschwellenbereich geltende Regelwerk zur Anwendung<sup>6</sup>.

Für PPP-Modelle hat sich im Lauf der Jahre das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb als das regelmäßig zulässige und am besten geeignete Verfahren zur Vergabe eines PPP-Vertrages herausgestellt. Auf der Grundlage einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm können nutzerorientierte Lösungskonzepte entwickelt und während des Vergabeverfahrens weiter verbessert werden. Im Rahmen des Verhandlungsverfahrens haben öffentliche Auftraggeber und Bieter die Möglichkeit, ihre Vorstellungen zu konkretisieren sowie das PPP-Gesamtprojekt fortzuentwickeln.

Der wettbewerbliche Dialog und die neu geschaffene Innovationspartnerschaft werden im kommunalen Baubereich wohl keine Rolle spielen.

#### **4.3.2 Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb**

§ 3a EU Abs. 2 VOB/A regelt abschließend die Zulässigkeitsvoraussetzungen für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb. Seit der VOB/A-Fassung 2016 wurden hierfür die Zulässigkeitsvoraussetzungen wesentlich geändert. Mit den eingeführten Änderungen werden die Möglichkeiten für öffentliche Auftraggeber, das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb zu wählen, deutlich erweitert und die Begründung für die Wahl dieser Verfahrensart spürbar erleichtert.

<sup>6</sup> Vgl. Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich, Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern und für Integration vom 31.7.2018 (AllMBl 2018, 547), geändert durch Bekanntmachung vom 27.2.2019 (BayMBl 2019, Nr. 90).

Das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb ist zulässig, wenn mindestens eines der in § 3a EU Abs. 2 Nr. 1 a - d VOB/A definierten vier Kriterien erfüllt ist. Mit Blick auf die Vergabe von PPP-Projekten im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb kommen insbesondere die Fallgruppen nach Nr. 1 a - c in Betracht.

##### **4.3.2.1 Anpassung bereits verfügbarer Lösungen notwendig (Nr. 1 a)**

Ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb ist zulässig, wenn die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers nicht ohne die Anpassung bereits verfügbarer Lösungen erfüllt werden können. Hier sind Sachverhalte erfasst, bei denen der Beschaffungsbedarf des öffentlichen Auftraggebers nicht durch Standardprodukte und Standardleistungen gedeckt werden kann, sondern es notwendig ist, auf dem Markt vorhandene Produkte bzw. Lösungen auf die speziellen Bedürfnisse des Auftraggebers hin anzupassen oder neu zu konzipieren.

##### **4.3.2.2 Auftrag umfasst konzeptionelle oder innovative Lösungen (Nr. 1 b)**

Der Auftrag eines öffentlichen Auftraggebers umfasst i. d. R. dann konzeptionelle Lösungen, wenn der Auftraggeber die erwartete Leistung nur funktional beschreibt. Bei der Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm wird nur der Zweck bzw. die Funktion der gewünschten Leistung vorgegeben. Die konkrete Lösung der Aufgabe obliegt den Bietern, denen ein Spielraum bei der Gestaltung der Leistung eingeräumt wird. Die funktionale Ausschreibung eröffnet damit einen Wettbewerb, der sowohl die Planung und Konzipierung der Leistung wie auch die Ausführung der Leistung umfasst.

##### **4.3.2.3 Auftragserteilung nicht ohne vorherige Verhandlungen möglich (Nr. 1 c)**

Ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb ist möglich, wenn der Auftrag aufgrund konkreter Umstände, die mit der Art, der Komplexität oder dem rechtlichen bzw. finanziellen Rahmen oder den damit einhergehenden Risiken zusammenhängen, nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann, weil der Auftraggeber, ohne Verhandlungen mit den Bietern zu führen, nicht in der Lage ist, die technischen und rechtlichen bzw. finanziellen Rahmenbedingungen der Angebote zu prüfen und zu werten. Die Verhandlungen dienen in diesen Fällen dem Zweck, dem Auftraggeber die notwendigen Informationen zu verschaffen um zu beurteilen, welches Angebot das beste Preis-/Leistungsverhältnis bietet mit dem Ziel, die Angebote inhaltlich zu verbessern.

Im Ergebnis führt in der Regel bereits die Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm zur Begründung der Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb.

##### **4.3.3 Ablauf des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb (§ 3b EU Abs. 3 Nr. 1 - 10 VOB/A)**

Bei einem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb wird im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert.

Nur diejenigen Unternehmen, die vom Auftraggeber infolge einer Bewertung der übermittelten Informationen dazu aufgefordert werden, können ein Erstangebot übermitteln, das die Grundlage für die späteren Verhandlungen bildet.

Der öffentliche Auftraggeber kann die Zahl geeigneter Bewerber, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, begrenzen; die Mindestzahl geeigneter Bewerber, darf jedoch nicht niedriger als drei sein.

Die vom Auftraggeber vorher festgelegten und bekanntgemachten Mindestanforderungen sowie die Zuschlagskriterien dürfen nicht Gegenstand der Verhandlungen sein.

Der öffentliche Auftraggeber verhandelt mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Erstangebote und alle Folgeangebote, mit Ausnahme der endgültigen Angebote mit dem Ziel, die Angebote inhaltlich zu verbessern. In der Regel werden dazu mehrere Verhandlungsrunden erforderlich sein.

Der öffentliche Auftraggeber kann Aufträge auch auf der Grundlage der Erstangebote vergeben, wenn er sich diese Möglichkeit in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung vorbehalten hat.

Der Auftraggeber kann vorsehen, dass das Verhandlungsverfahren in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen abgewickelt wird, um so die Zahl der Angebote, über die verhandelt wird, oder die zu erörternden Lösungen anhand der vorgegebenen Zuschlagskriterien zu verringern.

Der Auftraggeber stellt sicher, dass alle Bieter bei den Verhandlungen gleichbehandelt werden. Insbesondere enthält er sich jeder diskriminierenden Weitergabe von Informationen, durch die bestimmte Bieter gegenüber anderen begünstigt werden könnten.

Beabsichtigt der öffentliche Auftraggeber, die Verhandlungen abzuschließen, so unterrichtet er die verbleibenden Bieter und legt eine einheitliche Frist für die Einreichung neuer oder

überarbeiteter Angebote fest. Er verwissert sich, dass die endgültigen Angebote den Mindestanforderungen entsprechen und erteilt den Zuschlag.

#### **4.4 PPP-Vergabeverfahren unter Berücksichtigung mittelständischer Interessen**

##### **4.4.1 Grundsatz der Wirtschaftlichkeit**

Auch bei PPP-Projekten ist der Grundsatz einer wirtschaftlichen Haushaltsführung zu beachten. Nur wenn eine Wirtschaftlichkeitsbetrachtung zu Gunsten des PPP-Konzepts ausfällt, darf diese alternative Beschaffungsvariante vergaberechtlich überhaupt weiterverfolgt und zum Gegenstand eines Vergabeverfahrens gemacht werden, weil sonst eine unzulässige Markterkundung nach § 2 EU Abs. 7 Satz 2 VOB/A oder § 28 Abs. 2 VgV vorliegen würde. Damit steht bereits bei Beginn des Vergabeverfahrens auf der Grundlage dieser wirtschaftlichen Prognosebetrachtung fest, dass das konkrete Projekt im Verhältnis zur konventionellen Vergabe als PPP-Vorhaben aller Voraussicht nach mindestens ebenso wirtschaftlich durchgeführt werden kann. Ob dies dann auch tatsächlich der Fall ist, muss das durchzuführende Vergabeverfahren erbringen. Nur wenn ein letztendlich bezuschlagbares PPP-Angebot genauso vorteilhaft oder vorteilhafter als die Variante der herkömmlichen Eigenrealisierung (Berechnung des PSC - Public Sector Comparator) ist, darf sich der öffentliche Auftraggeber für das PPP-Konzept entscheiden.

##### **4.4.2 Grundsatz der Losvergabe**

Das GWB legt in § 97 Abs. 4 S. 1 den Grundsatz fest, dass mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen sind. Leistungen sind deshalb in der Regel in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben.

##### **4.4.3 Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers**

Es steht jeder Vergabestelle frei, die auszuschreibende Leistung nach ihren individuellen Vorstellungen zu bestimmen und in dieser Gestalt dem Wettbewerb zu unterstellen (Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers). Eine Gesamtvergabe ist indessen nicht durch das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers gedeckt (OVG Münster, Beschluss vom 16.1.2017, 12 A 833/16) und kommt deshalb nur dann in Betracht, wenn bei der gebotenen Abwägung der widerstreitenden Belange die hierfür sprechenden Gründe überwiegen (OLG München, Beschluss vom 25.3.2019, Verg 10/18; OLG Frankfurt, Beschluss vom 14.5.2018, 11 Verg 4/18). Um der Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 4 GWB gerecht zu werden, sollte der Auftraggeber deshalb schon bei der Konzeption der Vergabeunterlagen bedenken, dass ein möglichst kleiner Zuschnitt der Projekte den mittelständischen Unternehmen entgegenkommt.

##### **4.4.4 Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm**

Allerdings ergibt sich in der Regel aus der Wahl der Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm nach § 7c EU Abs. 1 VOB/A gleichzeitig ein technischer Grund zum Verzicht auf die Aufteilung in Lose, da der Auftraggeber eine Aufteilung in Lose in diesen Fällen nicht vornehmen kann. Er kann noch nicht absehen, in welcher Weise der Auftragnehmer das vorgegebene Programm ausführen wird. Ein Auftraggeber kann eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm ausschreiben, wenn es nach Abwägung aller Umstände zweckmäßig ist. Bei der Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm wird mit dem Bauauftrag auch der Entwurf mit vergeben, um die technisch, wirtschaftlich und gestalterisch beste sowie

funktionsgerechteste Lösung der Bauaufgabe zu ermitteln.

Die Wahl einer funktionalen Leistungsbeschreibung nach § 7c EU Abs. 1 VOB/A wird bei Vorliegen der in der Vorschrift genannten Voraussetzungen vom Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers umfasst und liegt deshalb grundsätzlich im Ermessen der ausschreibenden Stelle. Vor allem bei innovativen und außerordentlich komplexen Aufträgen, wenn es darum geht, sich des Know-hows von Fachfirmen durch eine Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm bedienen zu wollen, sieht die Rechtsprechung eine ausreichende Begründung; der Auftraggeber muss nachvollziehbar begründen, dass es sich im Einzelfall um ein Projekt handelt, bei dem der Kombination von eigenverantwortlicher baulicher Erstellung und langjähriger Erhaltung des Ausschreibungsgegenstandes Rechnung zu tragen ist (OLG München, Beschluss vom 10.12.2009, Verg 16/09). Die Ermessensausübung ist dabei im Nachprüfungsverfahren überprüfbar, da der Auftraggeber das Ermessen mit Zweckmäßigkeitserwägungen und deren Abwägung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit auszufüllen hat. Gegebenenfalls ist eine angemessene Entschädigung für die Bearbeitung des Angebots gemäß § 8b EU Abs. 1 Nr. 1 S. 2 VOB/A vorzusehen.

Die Ausschreibung einer PPP-Maßnahme wird in aller Regel auf einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm basieren. Insofern wird § 7c EU VOB/A standardmäßig einschlägig sein.

Auch bei einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm ist allerdings stets zu prüfen, ob und inwieweit sich das Projekt in Teillöse aufteilen lässt. Die Größe der Teillöse orientiert sich dabei an dem, was marktüblich ist. Ein Einzelobjekt (z. B. eine Schule) muss im Regelfall nicht in kleinere Teillöse

zerlegt werden (Gegenbeispiel: ggf. Aufteilung bei Schulzentrum mit mehreren Schulen). § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB definiert Teillöse als in der Menge aufgeteilte Leistungen. Dies bedeutet eine mengenmäßige und/oder räumliche Unterteilung der zu vergebenden Gesamtleistung (z. B. mehrere Strecken- oder Bauabschnitte beim Autobahnbau oder die Aufteilung eines kommunalen zwei oder mehrere Schulen umfassenden PPP-Schulprojekts in zwei oder mehrere Projekte). Diese Entscheidung ist unabhängig davon zu treffen, ob die Unterteilung über Teillöse oder getrennte selbstständige Aufträge erfolgt.

#### 4.4.5 Ausnahme vom Grundsatz der Losvergabe

In Ausnahmefällen dürfen mehrere Teil- oder Fachlöse zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Möchte der Auftraggeber vom Grundsatz der Losvergabe abweichen, muss er im Rahmen des Vergabeverfahrens prüfen und im Vergabevermerk dokumentieren, dass überwiegende Gründe für eine Gesamtpaketvergabe sprechen und damit das Erforderlichkeitskriterium des § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB erfüllt ist (OLG Frankfurt, Beschluss vom 14.5.2018, 11 Verg 4/18; OLG München, Beschluss vom 25.3.2019, Verg 10/18).

Überwiegende Gründe können sich aus z. B. signifikanten Kostenvorteilen ergeben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8.9.2011, Verg 48/11). Nicht ausreichend sind jedoch die Kostenvorteile auf Auftraggeberseite, die typischerweise mit einem Verzicht auf eine Fachlosvergabe verbunden sind, insbesondere der damit allgemein verbundene Ausschreibungs-, Prüfungs- und Koordinierungsmehraufwand sowie ein höherer Aufwand bei Gewährleistungen, (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.3.2012, VII-Verg 92/11).

Die Gründe, aus denen heraus sich ein öffentlicher Auftraggeber für ein PPP-Projekt und damit für eine Gesamtvergabe anstelle einer konventionellen Eigenrealisierung entscheiden möchte, werden sich in aller Regel jedoch nicht in reinen Kostenvorteilen erschöpfen. Meist werden – daneben oder sogar vorrangig – andere nichtmonetäre Vorteile ausschlaggebend sein. Diese können beispielsweise im volkswirtschaftlichen Nutzen einer zeitlich früheren Realisierung eines Verkehrsprojektes oder in sonst nicht erzielbaren Standortvorteilen einer Gebietskörperschaft liegen. Auch solche nichtmonetären Vorteile sind grundsätzlich wirtschaftliche Gründe im Sinne von § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB, die eine Gesamtvergabe (PPP-Projekt) rechtfertigen können, wenn sie sonst nicht erzielbar wären.

Neben wirtschaftlichen Gründen können aber auch technische Gründe eine Gesamtvergabe rechtfertigen. So kann bei gemeinsamer Vergabe von Bau und baulicher Erhaltung z. B. die technische Ausgestaltung im Hinblick auf den Betrieb optimiert werden. Daraus können Qualitätsvorteile des Bauwerks sowie einzelfallbezogene Zeitvorteile resultieren, die sich nur realisieren lassen, wenn die Gesamtverantwortung bei einem Auftragnehmer liegt. Anhaltspunkte für die Zulässigkeit der Gesamtvergabe von Planung und Bau können sich auch daraus ergeben, dass nach § 7c EU Abs. 1 VOB/A die Möglichkeit besteht, das Vorhaben im Wege einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm auszuschreiben und zu vergeben. Der Auftraggeber hat darzulegen, inwiefern eine getrennte Vergabe von Planung und Bau bei Verwendung einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm in technischer Hinsicht möglich ist. In der Regel ergibt sich aus der Wahl der Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm gleichzeitig ein technischer Grund zum Verzicht auf die

Aufteilung in Fachlose, da der Auftraggeber eine Aufteilung in Lose in diesen Fällen nicht vornehmen kann. Stets zu prüfen ist jedoch, ob und in welcher Weise sich das Projekt in Teillose aufteilen lässt, so zum Beispiel bei einem Schulzentrum die Aufteilung in Einzelschulen.

In jedem Fall müssen die Gründe auf das konkrete Projekt bezogen detailliert und nachvollziehbar dokumentiert werden.

Beabsichtigt ein öffentlicher Auftraggeber die Ausschreibung und Vergabe eines PPP-Projekts, kommt hierfür nur ein Vertragspartner in Betracht, der die hier zu Grunde liegenden Teilleistungen Planung, Bauausführung, Bauunterhalt/Betrieb, ggf. Finanzierung und ggf. Verwertung letztverantwortlich aus einer Hand erbringt. Die Vergabestelle sucht einen Vertragspartner, der aus seiner Gesamtverantwortung heraus mit einem fach- und phasenübergreifenden Ansatz die auftretenden Schnittstellen bei Planung, Bau, Bauunterhalt und Betrieb bei den oben genannten Teilleistungen erkennt, bewertet und optimal aufeinander abstimmt sowie neben Planung und Bau des PPP-Projekts die Bauunterhalts- bzw. Betriebsleistungen ausgerichtet auf einen Leistungszeitraum von meist 20 bis 30 Jahren erbringt.

**4.4.6 Nachprüfungsmöglichkeit der Gesamtvergabe**

Bieter haben einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält (subjektive Bieterrechte nach § 97 Abs. 6 GWB). Dabei unterliegt auch die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers nach § 97 Abs. 4 GWB der Vergabenachprüfung durch Vergabekammer und Vergabesenat. Dem Bieter steht jedoch kein Anspruch auf losweise Vergabe zu. Er hat lediglich einen Anspruch

darauf, dass der Auftraggeber von dem – ihm aufgrund der allgemeinen Grundsätze des § 97 GWB eingeräumten – Beurteilungs- und Ermessensspielraum in ermessensfehlerfreier Weise Gebrauch macht. Die Überprüfung durch die Vergabekammer und ggf. Vergabesenat findet daher nur dahingehend statt, ob der Auftraggeber bei seiner Entscheidung, dass die Gründe für die Gesamtvergabe bzw. für den gewählten Loszuschnitt überwiegen, die rechtlichen Grenzen des ihm insofern zustehenden Spielraums überschritten hat. Dies wäre dann der Fall, wenn der Auftraggeber bei seiner Entscheidung mittelständische Interessen gänzlich unberücksichtigt gelassen, ihr einen unzutreffenden Sachverhalt zu Grunde gelegt oder sachwidrige Erwägungen in seine Überlegungen hätte einfließen lassen (VK Saarland, Beschluss vom 7.9.2009, 3 VK 01/2009; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.11.2009, VII Verg 43/09).

**4.4.7 Unteraufträge/Eignungsleihe**

Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass der Gesetzgeber mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe i. S. v. § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB die Übernahme und Abwicklung eines PPP-Projekts gemeint hat. Demzufolge hat der PPP-Vertragspartner, wenn er Teilleistungen an Nachunternehmer weitervergeben will, das Regel-Ausnahme-Prinzip nach Satz 2 und Satz 3 zu berücksichtigen, d.h. grundsätzlich Teil- oder Fachlose zu bilden und nur ausnahmsweise Lose zusammenzufassen, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Der öffentliche Auftraggeber hat bei seiner Aufgabenübertragung auf den privaten Auftragnehmer diesen entsprechend zu verpflichten. Gemäß § 8 EU Abs. 2 Nr. 2 VOB/A und § 36 Abs. 1 VgV kann sich der Auftraggeber mit dem Angebot die Leistungen angeben

lassen, die der Auftragnehmer von Dritten ausführen zu lassen gedenkt.

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. Bieter bzw. Bietergemeinschaften müssen ihre Eignung ebenfalls für alle Leistungsteile nachweisen. Sie können sich dafür auf die Eignung anderer Unternehmen stützen (Eignungsleihe nach § 6 d EU VOB/A oder § 47 VgV). Schon mit dem Teilnahmeantrag muss von den Bewerbern auf die Eignungsleihe hingewiesen werden; jedenfalls auf Anforderung hat der Bewerber nachzuweisen, dass er im Auftragsfall ohne Einschränkungen auf die benannten anderen Unternehmen zurückgreifen kann. Die Eignung der benannten anderen Unternehmen 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.

**4.5 Anwendung der VOB auf der sog. zweiten Ebene**

§ 4 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B verpflichtet bei der Weitergabe von Bauleistungen, die ausgewogenen Vertragsbedingungen der VOB/B und VOB/C auch gegenüber Nachunternehmern zu vereinbaren. 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.

Dagegen besteht eine Verpflichtung zur Anwendung der VOB/A nur für die Auftragnehmer, die selbst als öffentliche Auftraggeber gemäß GWB einzustufen sind.

#### 4.6 Interessenkollisionen und Projektantenproblematik

Das vergaberechtliche Gleichbehandlungsgebot schließt zur Vermeidung von Interessenkonflikten die Beteiligung von Personen an Entscheidungen im Vergabeverfahren aus, die enge Verbindungen mit einem Bewerber oder Bieter aufweisen (§ 6 VgV). Probleme ergeben sich in der praktischen Handhabung, da es für den Auftraggeber schwierig ist zu erkennen, ob ein Interessenkonflikt besteht. Erleichterung schaffen die in § 6 Abs. 3 und Abs. 4 VgV aufgezählten Umstände, nach denen ein Interessenkonflikt vermutet wird. Das trifft etwa auf Personen zu, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt waren und selbst auf Bewerber- oder Bieterseite auftreten.

Nicht ganz so streng geht die VgV mit Bewerbern und Bietern um, die den Auftraggeber zuvor beraten haben oder auf andere Art und Weise an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beteiligt waren. Sie müssen nicht zwingend ausgeschlossen werden. Es genügt, wenn der Auftraggeber sicherstellt, dass es durch die vorangegangene Mitwirkung dieser Bewerber und Bieter zu keiner Wettbewerbsverzerrung kommt, wie § 7 VgV klarstellt. Dazu sind etwaige bestehende Informationsvorsprünge des vorbefassten Unternehmens auszugleichen.

Dieser Fall könnte bei PPP-Projekten beispielsweise dann auftreten, wenn ein Ingenieurbüro einen Auftraggeber zuvor beraten oder gutachterliche Untersuchungen erstellt hat, und sich später als Teil eines Bieterkonsortiums oder als

Nachunternehmer um Leistungen bewirbt, mit denen er als Projektant bereits befasst war.

Nur wenn keine geeigneten Maßnahmen in Betracht kommen, die eine Verfälschung des Wettbewerbs verhindern, kommt ein Ausschluss des Projektanten vom Vergabeverfahren in Betracht, § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB. Zuvor ist dem vorbefassten Projektanten jedoch Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (§ 7 Abs. 3 VgV).

#### 4.7 Keine zwingende Vorgabe für Bieterrechtsform vor Zuschlag

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 Aufwands wird durch diese Praxis insbesondere der Mittelstand belastet. Hierdurch kann der Erfolg von PPP-Vorhaben beeinträchtigt werden. Ein solches Vorgehen ist unzulässig. Dementsprechend ist in § 6 EU Abs. 3 Nr. 2 VOB/A sowie in § 43 Abs. 2 und 3 VgV ausdrücklich geregelt, dass eine bestimmte Rechtsform erst nach Zuschlagserteilung und auch nur dann verlangt werden kann, wenn dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrags notwendig ist.

## 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 sie je nach Vertragsmodell zeitweise auf den privaten Auftragnehmer überträgt (z. B. Erwerbmodell). 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.

Um eine mehrfache Belastung mit Grunderwerbsteuer zu vermeiden, wurde durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz im Jahr 2005 eine Grunderwerbsteuerbefreiung eingeführt. Demnach ist die Übertragung von Grundstücken von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts auf PPP-Projektgesellschaften sowie der Rückwerb des Grundstücks durch die juristische Person des öffentlichen Rechts nach § 4 Nr. 5 Satz 1 GrEStG grunderwerbsteuerfrei. Um sicherzustellen, dass nur förderungswürdige PPP-Projekte von dieser Grunderwerbsteuerbefreiung profitieren, müssen hierzu jedoch 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 im Sinne des § 3 Abs. 2 GrStG.

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

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. 5 Satz 2 GrEStG). Die Beteiligten haben eine Änderung in der Nutzung oder den Verzicht auf Rückübertragung, wenn der Grundstückserwerb nach § 4 Nr. 5 GrEStG von der Besteuerung ausgenommen war, beim Finanzamt anzuzeigen (§ 19 Abs. 2 Nr. 5 GrEStG).

**5.2 Grundsteuer**

Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 GrStG sind Grundstücke, die nicht ausschließlich der öffentlichen Hand oder anderen begünstigten Rechtsträgern zuzurechnen sind, von der Grundsteuerbefreiung nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GrStG ausgeschlossen.

Eine Ausnahme hiervon gilt, wenn der Grundbesitz von einem nicht begünstigten Rechtsträger im Rahmen einer Öffentlich Privaten Partnerschaft einer juristischen Person des öffentlichen Rechts für einen öffentlichen Dienst oder Gebrauch überlassen wird und die Übertragung auf die juristische Person des öffentlichen Rechts am Ende des Vertragszeitraums vereinbart ist (§ 3 Abs. 1 Satz 3 GrStG). Dabei ist es für die Grundsteuerbefreiung ohne Bedeutung, ob der private Auftragnehmer das Grundstück von der öffentlichen Hand erhalten oder auf dem Grundstücksmarkt von Dritten erworben hat.

Diese Regelungen sind nicht von den Änderungen des Bewertungsrechts für Zwecke der Grundsteuer betroffen, die im Jahr 2019 gemäß den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts von Bundestag und Bundesrat beschlossen worden sind und ab dem 1. Januar 2025 der Grundsteuerfestsetzung zugrunde gelegt werden. Die Länder können mit Wirkung ab dem 1. Januar 2025 vom Bundesrecht abweichende eigenständige landesgesetzliche Regelungen erlassen.

**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 eine gewerbesteuerpflichtige private Projektgesellschaft wird die Hinzurechnung von Entgelten für Schulden nach § 8 Nr. 1 lit. a GewStG zu einem Viertel relevant. Sie erhöht letztendlich die Gewerbesteuerlast.

Als Variante der Finanzierung von PPP-Projekten kommt die sogenannte Forfaitierung in Betracht. Hierbei veräußert die private Projektgesellschaft zu Beginn der Laufzeit die künftig gegenüber der öffentlichen Hand entstehenden Forderungen 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 Hinzurechnung von Entgelten für Schulden nach § 8 Nr. 1 lit. a GewStG ist nicht vorzunehmen. Haftet die private Projektgesellschaft (Forderungsverkäufer) hingegen 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 Hinzurechnung nach § 8 Nr. 1 lit. a Satz 3 GewStG vorzunehmen. Der hinzuzurechnende Aufwand ergibt sich dabei aus der Differenz zwischen dem vertraglich angenommenen Wert der verkauften Forderung im Zeitpunkt des Abschlusses der Fortfaitierungsvereinbarung und dem tatsächlich dem Forderungsverkäufer gewährten Veräußerungserlös. Dieser als Finanzierungsaufwand geltende Differenzbetrag ist linear auf die jeweilige Laufzeit zu verteilen und hinzuzurechnen.

**Beispiel (unechte Forfaitierung):**

Die V-GmbH überlässt der S-GmbH am 1. Januar 2011 ein Grundstück zur Miete. Der Mietvertrag ist bis zum 31. Dezember 2020 befristet. Der jährlich auf den 1. Januar im Voraus zu entrichtende Mietzins beträgt 1 Mio. Euro. Die V-GmbH verkauft sämtliche Mietzinsansprüche aus dem Vertragsverhältnis am 30. Dezember 2011 an die K-GmbH und tritt sie mit sofortiger Wirkung ab. Das Ausfallrisiko verbleibt bei der V-GmbH. Der Kaufpreis für die Forderung beträgt 7,8 Mio. Euro.

**Lösung:**

Bilanzsteuerrechtlich handelt es sich um eine Darlehensaufnahme durch die V-GmbH.

Buchungssatz:

Bankkonto	7.800.000 Euro
RAP	1.200.000 Euro
an	
Verbindlichkeiten	9.000.000 Euro

Gewerbesteuerlich kommt es zu einer Hinzurechnung nach § 8 Nr. 1 lit. a Satz 1, 3 GewStG in Höhe des Differenzbetrages zum Nennwert, der sich aus der jährlichen Auflösung des aktiven Rechnungsabgrenzungspostens (RAP) ergibt (9 Mio. Euro abzgl. 7,8 Mio. Euro = 1,2 Mio. Euro).

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 und das Bundeszentralamt für Steuern können gegen Gebühr auch außerhalb der Regelungen der §§ 204 ff. AO verbindliche Auskünfte über die steuerliche

Beurteilung von genau bestimmten, noch nicht verwirklichten 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 örtlich zuständig sein würde.

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

- Die genaue Bezeichnung des Antragstellers,
- eine umfassende und in sich abgeschlossene Darstellung eines ernsthaft geplanten und im Wesentlichen im Zeitpunkt der Antragstellung 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.

Eine Bindungswirkung bezüglich der verbindlichen Auskunft tritt dann ein, wenn der später verwirklichte Sachverhalt von dem der Auskunft zugrunde gelegten Sachverhalt nicht oder nur unwesentlich abweicht. Die Bearbeitung ist gebührenpflichtig (Zu weiteren Einzelheiten siehe auch den Anwendungserlass zur Abgabenordnung (AEAO) zu § 89 AO).



In diesem Kapitel werden die gängigen Finanzierungsmöglichkeiten und -instrumente innerhalb der PPP-Beschaffungsvariante vorgestellt. Ausführlich erläutert werden die Finanzierungsvarianten, die in den vergangenen Jahren auf kommunaler Ebene vielfach eingesetzt wurden. Das sind zum einen die private Finanzierung über die Forfaitierung mit Einredevorzicht und zum anderen die durch ein privates (Bau-)Unternehmen bereitgestellte Finanzierung für die Dauer der Bauzeit, die sich in Bayern als sog. „Hofer Modell“ etabliert hat. Ergänzend wird als weitere Finanzierungsform auch die Projektfinanzierung erläutert. Diese verschiedenen Formen der Finanzierung sind in Ziffer 3 dargestellt.

Die Bank stellt ausschließlich Fremdkapital zur Verfügung. Die Bereitstellung von eigenem Kapital der Bank, so dass diese direkt als Investor auftreten würde, ist bisher in Deutschland nicht üblich. Eine Eigenkapitalbereitstellung durch den Auftragnehmer kann aber sinnvoll sein. Grundsätzlich gilt, je mehr Eigenkapital ein Auftragnehmer in ein PPP-Projekt einbringt, desto stärker ist sein Anreiz, das Projekt zu einem Erfolg zu führen. Die Kosten der Finanzierung (Fremdkapital und Eigenkapital) müssen im Wirtschaftlichkeitsvergleich (WU) berücksichtigt werden.

Auswirkungen auf die Wahl der unterschiedlichen Finanzierungslösungen können auch staatliche Zuwendungsauflagen haben. Um eine staatliche Förderung beanspruchen zu können, ist eine in Bayern unverzichtbare Voraussetzung, dass das Investitionsobjekt im Eigentum der Kommune verbleibt (sog. Inhabermodell). Investitionen Dritter im kommunalen Aufgabenkreis können nur auf Grundlage eines sog. Baukostenzuschusses durch die Kommune gefördert werden.

Es ist zu beachten, dass PPP-Vertragswerke von der Kommunalaufsicht zu genehmigen sind, soweit diese Elemente enthalten, die einer Kreditaufnahme wirtschaftlich gleichkommen. Daher ist ein PPP-Vorhaben frühzeitig zu Beginn der Projektplanung mit der Kommunalaufsicht abzustimmen.

## 1. DIE ROLLE DER BANKEN BEI PPP

Die Aufgabe der Bank im Rahmen von PPP kann sowohl die Finanzierung als auch die Strukturierung des Projektes mit der zugehörigen Finanzierungstechnischen Begleitung entweder des Auftragnehmers oder des Auftraggebers sein. Im Rahmen der Strukturierung eines Projektes wird eine Bank die Vor- und Nachteile verschiedener Finanzierungsalternativen einander gegenüberstellen. Zum Aufgabenbereich einer Bank gehört nicht die Beratung zu rechtlichen oder steuerlichen Fragestellungen.

Zur Lösung der teilweise anspruchsvollen rechtlichen und steuerlichen Fragestellungen kann zusätzlicher externer Sachverstand in Form eines Rechts- und Steuerberaters hinzugezogen werden. Ähnliches gilt – bei Bedarf – für die Ermittlung der Lebenszykluskosten für die konventionelle Eigenerstellung, um belastbare Vergleichsdaten für die Wirtschaftlichkeitsbewertung der PPP-Variante zu erhalten. Dafür kann die Einschaltung eines technischen und wirtschaftlichen Beraters sinnvoll sein. Die anfallenden Beratungskosten sind den Kosten des PPP-Geschäfts hinzuzurechnen und im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsvergleichs zu berücksichtigen.

## 2. AUFGABENSTELLUNG FÜR DIE BANKEN

Die finanzierende Bank geht von folgenden Fragestellungen aus: „Was ist finanzierbar? Was sind die Risiken und wer

trägt diese?“ Dazu analysiert sie die Risiken, mit denen das PPP-Projekt behaftet ist, strukturiert die Finanzierung, berät zur Risikoverteilung, so dass das Kreditausfallrisiko so gering wie möglich gehalten wird.

Hier kommen folgende Möglichkeiten der Risikosteuerung in Betracht:

- Übertragung des Ausfallrisikos auf den PPP-Auftragnehmer (z. B. Bauunternehmen oder Betreibergesellschaft),
- Reduzierung des Kreditrückzahlungsrisikos durch Stellung zusätzlicher Sicherheiten durch den PPP-Auftragnehmer,
- teilweise oder vollständige Rückübertragung des Ausfallrisikos auf die Kommune (Einredevorzicht, Kommunalebürgschaft, Entschädigungsregelungen).

Bei der Gewährung von kommunalen Bürgschaften für PPP-Maßnahmen besteht eine Genehmigungspflicht durch die Kommunalaufsicht. Befreiungstatbestände<sup>7</sup> nach der Verordnung über die Genehmigungsfreiheit von Rechtsgeschäften des kommunalen Kreditwesens dürften bei PPP-Maßnahmen selten gegeben 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, Gewährverträge und Verpflichtungen, die ein Entstehen für fremde Schuld oder für den Eintritt oder Nichteintritt bestimmter Umstände zum Gegenstand haben, nur zur Erfüllung ihrer Aufgaben übernehmen. Bei allen Bürgschaften ist Vorsicht und Zurückhaltung geboten<sup>8</sup>. Die Bonität eines Kreditnehmers darf eine Inanspruchnahme der bürgenden Kommune nicht erwarten lassen. Grundsätzlich dürfen

<sup>7</sup> § 3 der Verordnung über kreditähnliche kommunale Rechtsgeschäfte vom 16. August 1995 (GVBl. S. 812), die durch § 3 der Verordnung vom 28. März 2001 (GVBl. S. 174) geändert worden ist.

<sup>8</sup> Ziff. 9.1 Satz 2 der Bekanntmachung über das Kreditwesen der Kommunen vom 5. Mai 1983, die durch Bekanntmachung vom 12. November 2001 (AllMBl. S. 676) geändert worden ist.

nur subsidiäre Bürgschaften (Ausfallbürgschaften) bzw. modifiziert einfache Bürgschaften<sup>9</sup> übernommen werden. Es ist stets zu prüfen, ob die Kommunalbürgschaft die Merkmale einer Beihilfe nach europäischem Wettbewerbsrecht erfüllt und die geltende Bagatell-Grenze übersteigt (vgl. dazu im Abschnitt Rechtliche Rahmenbedingungen Ziff. 2.8).

### 3. FINANZIERUNGSPHASEN UND FINANZIERUNGSFORMEN

Es sind zwei Phasen der Finanzierung zu unterscheiden:

- Die Vor- bzw. Zwischenfinanzierung, die den Zeitraum bis zur Baufertigstellung betrifft, und
- die Endfinanzierung nach Baufertigstellung, also die Rückführung der Vor- bzw. Zwischenfinanzierung, die in den Zeitraum der Nutzungsphase fällt.

#### 3.1. Vor- bzw. Zwischenfinanzierung

Bei der Vor- bzw. Zwischenfinanzierung wird das Risiko i.d.R. auf den Auftragnehmer (z. B. ein Bauunternehmen, eine Arbeitsgemeinschaft oder eine Projektgesellschaft) als Kreditnehmer abgestellt. Hier kommen die aufsichtsrechtlichen Vorschriften von Basel II und Basel III zum Tragen, welche u. a. besagen, dass Kreditvergaben einer Bank risikoadäquat mit Eigenkapital zu unterlegen sind. Im Rahmen der Bonitätsprüfung wird deshalb das Risiko für die Bank durch ein Rating des Kreditnehmers ermittelt. Es gilt der Kausalzusammenhang: Je besser das Rating, also je geringer das Ausfallrisiko des Kreditnehmers, desto günstiger die Finanzierungskosten für den Kreditnehmer. Im Vergleich zu einer Finanzierung durch die Kommune sind die Kreditkosten entsprechend höher, da für

Kommunen grundsätzlich ein geringeres Ausfallrisiko angenommen wird. Weil die Laufzeit der Vor- bzw. Zwischenfinanzierung während der Bauzeit im Vergleich zur Gesamtlaufzeit von PPP-Projekten von bis zu 30 Jahren vergleichsweise kurz ist, ist der daraus entstehende Zinskostenanteil vergleichsweise gering.

Alternative Möglichkeiten für die Vor- bzw. Zwischenfinanzierung:

- Teilweise Finanzierung aus Eigenmitteln durch den Auftragnehmer (nur für finanzstarke Anbieter möglich),
- Beteiligung eines privaten Investors (Anlegermodell, z. B. Stiftungskapital oder Fonds),
- Mogendorfer Modell: Bereits während der Bauphase (Vor- bzw. Zwischenfinanzierung) erfolgt ein Verkauf von Forderungen gegen die Kommune an die finanzierende Bank. Die Kommune bestätigt hierzu für jeden Mittelabruf des Auftragnehmers durch Abgabe sog. Bautestate die Einredefreiheit der abgerufenen Beträge zuzüglich der aufgelaufenen und für die jeweilige Zinsperiode anfallenden Zinsen. Die Bautestate können nur dann erteilt werden, wenn der Auftraggeber (Kommune) entweder selbst über die notwendige baufachliche Kompetenz verfügt oder einen bautechnischen Berater einbindet.

#### 3.2. Formen der Endfinanzierung

Die Endfinanzierung kann entweder in einer Summe nach Fertigstellung oder während eines definierten Zeitraums – in der Regel parallel zur Nutzungs-/ Betriebsphase des PPP-Projektes zurückgezahlt werden.

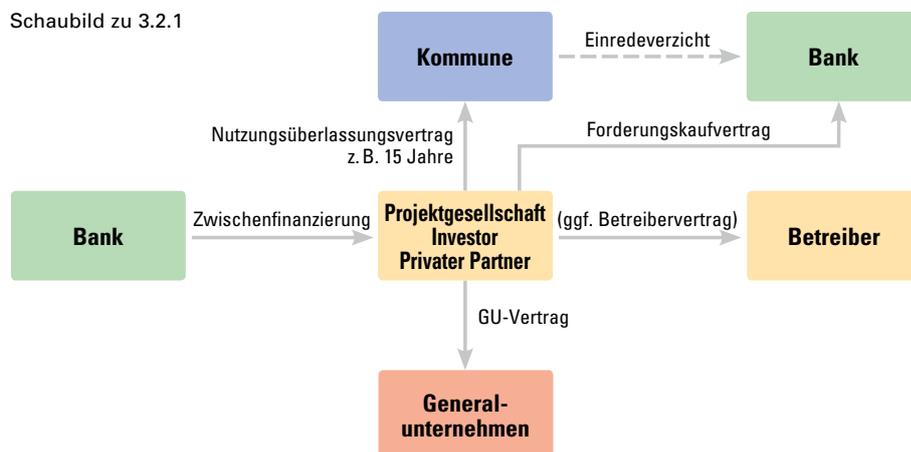
Für die Finanzierungsstruktur in der Endfinanzierung bieten sich verschiedene Möglichkeiten an. Grundsätzlich ist dabei zu unterscheiden zwischen sog. Projektfinanzierungen einerseits, die ausschließlich aus der Ertragskraft des Projektes refinanziert werden, und andererseits den teilweise oder ganz öffentlich abgesicherten Finanzierungsformen, bei denen die Bedeutung der Ertragskraft des Projektes untergeordnet ist.

##### 3.2.1 Kommunale Forfaitierung mit Einredevorzicht beim Inhabermodell

Während bei einer konventionellen Beschaffung nahezu die gesamten Baukosten an die Auftragnehmer mit Fertigstellung der Bauleistungen bezahlt werden, kann sich bei einem PPP-Modell i.d.R. die Zahlung der Kommune für die Bauinvestition an den Auftragnehmer über den gesamten Zeitraum des Betreibervertrages erstrecken.

Die Vertragsbeziehungen sind im folgenden Schema dargestellt:

Schaubild zu 3.2.1



<sup>9</sup> Ziff. 9.1 Satz 4 der Bekanntmachung über das Kreditwesen der Kommunen vom 5. Mai 1983, die durch Bekanntmachung vom 12. November 2001 (AllMI S. 676) geändert worden ist.

## FINANZIERUNG

Im Zentrum der Struktur steht der über ein Vergabeverfahren ausgewählte private Partner, ein Bauunternehmen oder auch eine sog. Einzweckgesellschaft, mit der der öffentliche Auftraggeber den PPP-Vertrag abschließt. Sollte eine Projektgesellschaft Vertragspartner der öffentlichen Hand sein, wird sie für die Planung und Objekterstellung Verträge mit Nachunternehmern abschließen. Sollte ein Bauunternehmen direkter PPP-Vertragspartner der öffentlichen Hand sein, übernimmt das Bauunternehmen i.d.R. die Objekterstellung selbst. Das Bauunternehmen bzw. die Projektgesellschaft schließen zur Finanzierung der Objekterstellung einen Vor- bzw. Zwischenfinanzierungsvertrag mit der finanzierenden Bank ab. Die Zinskosten der Zwischenfinanzierung werden üblicherweise aufgezinnt und zusammen mit den Investitionskosten über Rückzahlungsraten der Kommune bezahlt.

Für die Nutzungsphase schließt der private Partner ggf. einen Betreibervertrag mit einem entsprechenden Dienstleister ab, der den Betrieb der Immobilie übernimmt. Es ist auch möglich, dass der private Partner ganz oder teilweise den Betrieb selbst übernimmt, sofern es sich um eine operative Gesellschaft mit entsprechender Ausrichtung und Ressourcen handelt.

Durch Verkauf der langfristigen Finanzierungsforderungen (das Finanzierungsentgelt) an die Bank aus dem PPP-Vertrag, die das Bauunternehmen oder die Projektgesellschaft gegenüber der Kommune hat (kommunale Forfaitierung), und durch die Abgabe eines relativen Einredeverzichts durch die Kommune (Auftraggeber) gegenüber der Bank, können kommunaldarlehensähnliche Konditionen erreicht werden. Bei dieser Vertragsgestaltung wird die Kommune gegenüber der Bank direkt rückzahlungspflichtig. Nach dem Kreditwesengesetz müssen Kredite an

Gebietskörperschaften (z. B. Kommunen, Landkreise) nicht mit Eigenkapital unterlegt werden, so dass die Banken hier günstigere Konditionen anbieten können.

Der relative Einredeverzicht besagt, dass die Kommune auf Einreden und Einwendungen ausschließlich gegenüber der Bank verzichtet und zwar begrenzt auf die Rückzahlung der Vor- bzw. Zwischenfinanzierung nach mängelfreier Abnahme. Forderungen gegenüber dem PPP-Auftragnehmer während der gesamten PPP-Vertragslaufzeit, z. B. wegen Mängeln am Projekt, bleiben zwar bestehen, allerdings ohne die Möglichkeit, das Finanzierungsentgelt, das die Bank angekauft hat, zu kürzen.

Auch bleiben die Ansprüche aus Vertrags- und Gewährleistungsbürgschaft dem Auftraggeber erhalten. Das Risiko des Auftraggebers besteht also darin, dass er an die finanzierende Bank auf jeden Fall weiterhin das Finanzierungsentgelt zu zahlen hat – auch dann, wenn bauliche Mängel und Einschränkungen für die Nutzung oder den Betrieb vorliegen.

Die Kommune kann über ein Bonus-/Malus-System Leistungsanreize für den Betrieb setzen und Kürzungen auf den Teil des Betriebsentgeltes vornehmen. Hinsichtlich der Ansparungen für künftige Bauunterhaltsleistungen ist eine vertragliche Regelung zu treffen mit dem Ziel, diese Ansparungen insolvenzsicher zu stellen.

Forfaitierungsgeschäften liegt in aller Regel ein umfangreiches Vertragswerk (Grund- bzw. Leistungsvertrag [PPP-Vertrag], Zwischenfinanzierungsvertrag, Finanzierungsrahmenvertrag, Einredeverzichtserklärung, ggf. Ergänzungsvereinbarungen und Einzelforderungskaufverträge u.a.m.) zugrunde. Die Möglichkeiten der Vertragsgestaltung werden

ständig weiterentwickelt und beziehen sich mittlerweile auf ganz unterschiedliche Leistungen (Leasingraten, Mietzahlungen, Betreiberentgelte, Werklohn, Dienstleistungsentgelte u.a.), im Rahmen unterschiedlicher Grund- bzw. Leistungsverträge. In die Kostenbetrachtung bzw. den Kostenvergleich sind u. a. die Transaktionskosten, die langfristige vertragliche Bindung, die Zinsen, die Zinsbindungsfristen, die Finanzierungs- und Vertragslaufzeiten des Finanzierungsmodells ebenso einzubeziehen wie auch steuerliche Aspekte.

Da die Bank durch die Einredeverzichts-erklärung der Kommune risikolos gestellt wird, verringert sich für sie der Aufwand der notwendigen Prüfung in Bezug auf die rechtliche und technische Realisierbarkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche Tragfähigkeit des Projekts. Insbesondere ist die Prüfung der finanzwirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und wirtschaftlichen Stabilität des Leistungserbringers bzw. Kreditnehmers nur auf die Vor- und Zwischenfinanzierung beschränkt. Auch das laufende Projektmonitoring im Rahmen eines Forfaitierungsmodells wird bei der Bank weniger umfangreich ausfallen als bei einer Projektfinanzierung (vgl. Ziff. 3.2.2).

Der kommunale Vorhabensträger muss also unmittelbar selbst tätig werden oder auf eigene Kosten geeignete externe Berater einschalten, um die Qualität des Vorhabens zu sichern. Den erreichten kommunalkreditähnlichen Konditionen sind deshalb solche Kosten gegenzurechnen. Die kommunale Forfaitierung gewährleistet sowohl großen Unternehmen als auch kleineren regional ausgerichteten Baufirmen und Anbietern Ausgangsbedingungen dafür, sich an PPP-Projekten zu beteiligen.

Die oben beschriebene Forfaitierung ist auch ohne oder mit nur teilweise Einredeverzicht denkbar.

Finanzierungen dieser Art werden im Sprachgebrauch ebenfalls als Projektfinanzierung bezeichnet, da das Kreditrückzahlungsrisiko ganz oder teilweise bei der Projektgesellschaft bleibt. Im Hinblick auf die kommunalrechtlichen Anforderungen ist auf klare begriffliche Zuordnungen zu achten.

### 3.2.2 Das „Hofer Modell“

Im „Hofer Modell“ wird die Endfinanzierung durch einen direkten Kreditvertrag der Kommune mit der finanzierenden Bank abgewickelt. Die Vor- bzw. Zwischenfinanzierung der Investition (Bauzeit) erfolgt durch den privaten Auftragnehmer, der dafür Zinskosten in sein Angebot einkalkuliert. Mit Baufertigstellung und Abnahme wird dem Auftragnehmer aus dem Kredit, den die Kommune bei der Bank aufgenommen hat, die Gesamtforderung für die Bauleistung und die Bauzeitinsen in „einem Stück“ bezahlt. Anders als z. B. bei der Finanzierung mit Einredeverzicht erfolgt die Rückzahlung der Vor- bzw. Zwischenfinanzierung also nicht über viele Jahre an die Bank des Auftragnehmers, sondern mit der Baufertigstellung und der Abnahme an den Auftragnehmer.

Beim Hofer Modell hat die finanzierende Bank des Auftragnehmers bis zum Abschluss der Bauphase ein großes Interesse daran, die Risiken über ein eigenes Monitoring in Bezug auf Baukostenkontrolle, Bauzeitverlauf, Transparenz und regelmäßige Bonitätsanalyse des Auftragnehmers gering zu halten. Bei diesem Modell bedarf – losgelöst von genehmigungspflichtigen kreditähnlichen Elementen im PPP-Vertragswerk – die Finanzierung einer (Gesamt-) Genehmigung nach Art. 71 Abs. 2 GO/Art. 65 Abs. 2 LKrO/ Art. 63 Abs. 2 BezO im Rahmen der Haushaltssatzung.

### 3.2.3 Projektfinanzierung

Von einer Projektfinanzierung spricht man, wenn die Finanzierung des Investitionsvorhabens ganz oder teilweise aus Einnahmen durch Nutzungsentgelte erfolgt, z. B. Verfügbarkeitsentgelte, Mieteinnahmen, Eintrittsgelder oder Stromerlöse. Dazu werden einer eigens für das Projekt gegründeten Einzweckgesellschaft (Projekt- oder Betreiber-gesellschaft) Kredite zur Verfügung gestellt, die aus den Erträgen des finanzierten Investitionsvorhabens bedient werden, ohne dass die Anteilseigner der Projektgesellschaft oder die öffentliche Hand für die Kredite unmittelbar haften. Man spricht auch von „Cash-Flow-orientierten Finanzierungen.“

In Abhängigkeit von Umfang und Qualität der Leistungserbringung rechnet die Einzweckgesellschaft ihre Leistung gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber (Verfügbarkeitsmodell) oder – direkt oder indirekt – gegenüber dem Nutzer der öffentlichen Leistung (Markt-Risiko-Modell) ab. Beim Verfügbarkeitsmodell wird das Nutzungsentgelt nach der Verfügbarkeit und Qualität, in denen die Gebäude bzw. die Straße zur Verfügung stehen, ermittelt. Beim Markt-Risiko-Modell handelt es sich um ein von Nutzern der öffentlichen Leistung aus Einnahmen durch Nutzungsentgelte finanziertes Vorhaben. Das Risiko, das sich aus einer schwankenden Auslastung und damit auch schwankenden Nutzungsentgelten ergibt, ist jedoch für den Auftragnehmer oft schwer kalkulierbar.

Projektfinanzierungen erfordern einen gewissen Eigenkapitalanteil im Rahmen der Gesamtfinanzierung, um das Finanzierungsrisiko der Banken zu reduzieren. Darüber hinaus ist eine umfangreiche Risiko- und Cash-Flow-Analyse, die Stellung von Sicherheiten sowie die Erstellung eines komplexen Vertragswerkes erforderlich. Daraus ergeben

sich unabhängig von der Projektgröße Transaktionskosten (z. B. Kosten einer externen Begutachtung des Cash-Flow-Modells, Kosten externer technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Beratung u.a.), die bereits im Angebot berücksichtigt sein müssen. Der Zinssatz der Finanzierung liegt aufgrund des fehlenden Haftungsrückgriffs deutlich höher als bei einer teilweise oder ganz öffentlich abgesicherten Finanzierung.

Im Hinblick auf die Transaktionskosten werden Cash-Flow-orientierte Finanzierungen erst ab bestimmten Mindestgrößen des Investitionsvolumens angeboten. Die Mindestgröße hängt von Komplexität und Risikogehalt des Vorhabens ab. Derzeit sind Projektfinanzierungen ab etwa 20 Mio. Euro Investitionsvolumen möglich, bei anspruchsvollen Vorhaben jedoch meist nicht unter einem Investitionsvolumen von 50 Mio. Euro sinnvoll.

3.3 Gegenüberstellung der wesentlichen Finanzierungsformen

Finanzierungsform	Eignung	Vorteile aus kommunaler Sicht	Nachteile aus kommunaler Sicht
<b>Forfaitierung mit Einredeverzicht</b>	Geeignet für Projekte jeder Größe. Bauzeitfinanzierung über Auftragnehmer, Endfinanzierung über den Kommunalhaushalt	Regelmäßige Prüfung der Bonität und Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers während der Zwischenfinanzierung und Baukostencontrolling durch die Bank. Kommunalkreditähnliche Konditionen in der Endfinanzierung.	Bauleistungscontrolling durch die Kommune während der Errichtungszeit erforderlich. Umfangreiches Vertragswerk. Risiken <sup>10</sup> während der Laufzeit der Endfinanzierung weitgehend beim öffentlichen Auftraggeber.
<b>„Hofer Modell“</b>	Geeignet für Projekte jeder Größe. Bauzeitfinanzierung über Auftragnehmer, Endfinanzierung über den Kommunalhaushalt.	Bonitäts- und Leistungsfähigkeitsprüfung des Auftragnehmers und Baukostencontrolling während Errichtungszeit durch die Bank. Ablösung der Vorfinanzierung durch Kommunalkredit. Einfacheres Vertragswerk ohne Endfinanzierung.	Bauleistungscontrolling durch die Kommune. Risiken während der Laufzeit der Endfinanzierung weitgehend beim öffentlichen Auftraggeber.
<b>Projektfinanzierung</b>	Derzeit vornehmlich geeignet für größere Projekte (> 20 Mio. Euro) mit Finanzierung aus Nutzungsentgelten.	Intensive Prüfung des Projekts und der Bonität des Auftragnehmers durch die Bank. Übernahme von Projektrisiken durch den Auftragnehmer. Umfangreiches Monitoring/Qualitätssicherung durch die Bank.	Hohe Transaktionskosten durch Einbindung externer Berater, hohe Kreditmarge, komplexes Vertragswerk.

10 Risiken wie z.B. Mängel nach Abnahme, mangelnde Bauwerksqualitäten, Insolvenz des Auftragnehmers

3.4. Weitere Finanzierungsformen

Auch Mischformen mit privaten und öffentlichen Finanzmitteln (z. B. Anschubfinanzierung/ Eigenkapitaleinsatz) können Vorteile bieten, da durch den Einsatz des kommunalen Kapitals die Kreditmittelaufnahme geringer wird und somit die Bereitstellungs- und Zinskosten geringer ausfallen.

Eine weitere Form der Finanzierung können in Zukunft auch Fondslösungen darstellen, die privates und institutionelles Anlegerkapital akquirieren. Dies können sowohl offene als auch geschlossene Immobilienfonds sein.

In Betracht kommt auch eine Mezzanine-Finanzierung. Rechtlich gesehen ist das Mezzanine-Darlehen

nachrangiges Fremdkapital, wirtschaftlich verstärkt es jedoch aus Sicht vorrangiger Kapitalgeber die Haftungsbasis und gewinnt dadurch eigenkapitalähnlichen Charakter. Aufgrund der Nachrangstellung und des damit höheren Kreditrückzahlungsrisikos hat es einen höheren Preis.

4. ZINSÄNDERUNGSRISIKO

Besonderer Beachtung bedarf die Regelung des Zinsänderungsrisikos, das zu unvorhersehbaren finanziellen Mehrbelastungen führen kann. Aus Sicht der Kommunen besteht ein Bedürfnis daran, dass die zukünftigen Belastungen aus einem PPP-Vertrag vorhersehbar sind, um so bei der Finanzplanung und

Haushaltsaufstellung ausreichend berücksichtigt werden zu können. Ausschreibungen für PPP-Projekte in der Endfinanzierung können daher entweder als langfristiger Festzinskredit (selten) oder auf Basis einer kurzfristigen Euribor-Finanzierung, nach jeweiligem Bedarf abgesichert über ein Zinssicherungsgeschäft (Zinsswap<sup>11</sup>), ausgeschrieben werden.

Sowohl bei einem Festsatzkredit als auch bei einer Euribor-Finanzierung in

11 Ein Zinsswap ist ein Zinsderivat, bei dem zwei Vertragspartner vereinbaren, zu bestimmten zukünftigen Zeitpunkten Zinszahlungen auf festgelegte Nennbeträge auszutauschen. Die Zinszahlungen werden meist so festgesetzt, dass eine Partei einen bei Vertragsabschluss fixierten Festzinssatz zahlt, die andere Partei hingegen einen variablen Zinssatz. Der variable Zinssatz orientiert sich üblicherweise an einem Referenzzinssatz im Interbankengeschäft.

Verbindung mit einem Zinssicherungsgeschäft wird ein Stichtag gewählt, an dem anhand des jeweiligen Referenzzinssatzes der Endfinanzierungszinssatz fixiert wird. Üblicher Zeitpunkt für die Fixierung ist der Termin der Zuschlagserteilung. Da die Bewerbungs- und Bieterphase bis zum Zuschlag immer einen längeren Zeitraum umfasst, in dem sich die Referenzzinssätze ändern können, verbleibt in diesem Fall das Risiko der Zinsänderung beim Auftraggeber.

Grundsätzlich kann das Zinsänderungsrisiko sowohl für die Vor- bzw. Zwischen- als auch für die Endfinanzierung über einen Zinsswap abgesichert werden. Allerdings wird das Zinsänderungsrisiko bei kurzen Bauzeiten eher selten abgesichert. Das Risiko steigender Bauzeitzinsen geht dann zu Lasten des Auftraggebers. Bei komplexen Bauprojekten mit Bauzeiten von über zwei Jahren schließt der Auftragnehmer in der Regel ein Zinssicherungsgeschäft auch für die Vor- bzw. Zwischenfinanzierung ab. Sollte der Auftragnehmer auch die Endfinanzierung stellen, so sichert er sich i.d.R. bei der finanzierenden Bank aufgrund der langen Laufzeit einen Festzinssatz mit Hilfe eines Zinsswaps.

### 5. CHECKLISTE ZU FINANZIERUNGSRELEVANTEN RAHMENBEDINGUNGEN FÜR AUSSCHREIBUNGEN

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

#### ■ Gleichbehandlungsgrundsatz

- Keine Bevorzugung oder Benachteiligung bestimmter Bieter.

#### ■ Vergleichbarkeit und Eindeutigkeit der Finanzierungsbedingungen durch:

- Festlegen eines Zeitpunktes für die verbindliche Abgabe des Angebotes, der Kreditmarge und Festlegung einer Bindefrist für das Angebot;
- Festlegung der Zahlungstermine (z. B. monatliche, vierteljährliche, jährliche, vorschüssig oder nachschüssig);
- Darstellung der Berechnungsmethodik und der Kalkulation für die Investitions- und Finanzierungskosten;
- Festlegung schlüssiger, marktgängiger und vergleichbarer Referenzzinssätze, ggf. mit Quellenangabe (z. B. [www.euribor-rates.eu](http://www.euribor-rates.eu));
- Transparente Darstellung der Zinssatzkalkulation (Referenzzinssatz, Kreditmarge, sonstige Finanzierungskosten z. B. Liquiditätsmarge und Bereitstellungsprovisionen);
- Ggf. Vorgabe von Zinssicherungsinstrumenten;
- Vorgabe der Finanzierungswährung;
- Berechnungsmethode für den Kapitaldienst angeben (ratarisch = dem vereinbarten Anteil entsprechend, annuitätisch, endfällig);
- Angaben zu weiteren anfallenden Kosten (z. B. Strukturierungsgebühr);
- Festlegungen zum Einsatz von kommunalen Bürgschaften, Einredeverzichtserklärungen;
- Ausschließen des Zinsänderungsrisikos (Festpreisangebot) nach Zuschlagserteilung.

#### ■ Kommunal(haushalts)rechtliche Erfordernisse

- Auswirkungen der ausgeschriebenen Finanzierungsform auf den Haushalt klären und berücksichtigen;
- Kommunalrechtliche Genehmigungsfähigkeit hinsichtlich der geforderten Finanzierungsform ist vor Ausschreibung zu klären;
- Genehmigung für die haftungsrechtliche Einbindung der Kommune hinsichtlich der geforderten

Finanzierungsform (z. B. für Einredeverzicht oder Bürgschaft) vor Ausschreibung einholen;

- Kreditermächtigung (falls erforderlich);
- Zulässigkeit von Zinssicherungsgeschäften durch die Kommune ist vor der Ausschreibung zu klären.

#### ■ Berücksichtigung von Fördermittelrichtlinien

- Verfügbarkeit von Fördermitteln vor der Ausschreibung klären (z. B. KfW),
- relevante Bedingungen der Fördermittelrichtlinien in die Ausschreibung aufnehmen,
- keine Widersprüche zwischen Fördermittelrichtlinien und Ausschreibungsbedingungen (z. B. Grundstückseigentum der Kommune).

#### ■ Grundsätze für die Kalkulation von Zinssicherungsverträgen:

Mindestbestandteile einer transparenten Kalkulation des Kreditzinses sind:

##### Für das Grundgeschäft:

- Definition des Referenzzinssatzes (i.d.R. 1 oder 3 Monats-Euribor),
- zzgl. Liquiditätsmarge, Fixierung bei Vertragsabschluss,
- zzgl. Kreditmarge (beinhaltet Eigenkapitalkosten, Verwaltungskosten und Gewinnmarge); Fixierung bei verbindlicher Angebotsabgabe bis mind. Ende der Bindefrist bzw. bei erfolgreichem Kreditvertragsabschluss über die gesamte Vertragslaufzeit.

##### Für das Zinssicherungsgeschäft

- Referenzzinssatz für den Forwardsatz, (z. B. ICE SWAP Rate bzw. laufzeitkongruenter Referenzzinssatz), Fixierung bei Vertragsabschluss,
- SWAP-Marge, sie ist verbindlich bei Angebotsabgabe durch den Bieter anzubieten und gilt bis zum Ende der Bindefrist bzw. bei erfolgreichem Vertragsabschluss über die gesamte Vertragslaufzeit.

## HAFTUNGSAUSSCHLUSS

Die Herausgeber weisen darauf hin, dass die im Leitfaden enthaltenen Darstellungen, Erläuterungen, Handlungsmöglichkeiten, Muster-Berechnungen und dergleichen lediglich beispielhaften Charakter haben. Sie spiegeln den gegenwärtigen Kenntnisstand und die derzeitige Rechtslage wider, erheben aber keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Angesichts der Komplexität von PPP-Projekten bleibt daher die Entwicklung von individuellen und konkreten, auf das jeweilige Vorhaben bezogenen Lösungen unabdingbar. Deshalb kann keine Haftung für die Anwendung im Einzelfall übernommen werden.

Eine Haftung für sämtliche konkreten Anwendungen und Übertragungen auch von Teilen des Leitfadens bzw. einzelnen Angaben wird hiermit ausdrücklich ausgeschlossen.

