

ZKF-Themen

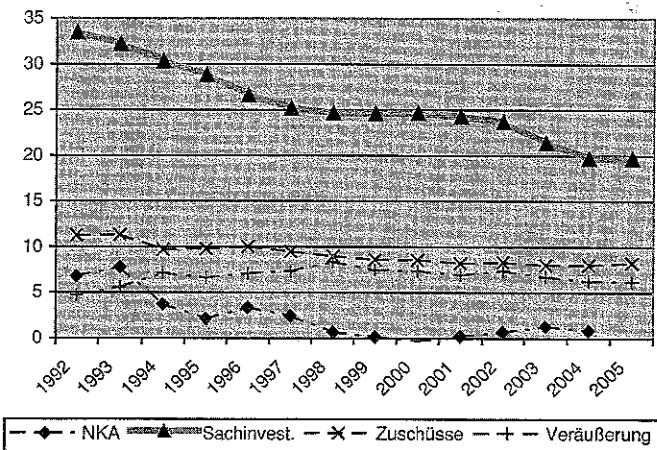
Öffentlich-private Partnerschaften – Modell mit Hindernissen

Professor Dr. Gunnar Schwartzing, Geschäftsführer des Städtetages Rheinland-Pfalz, Mainz

1. Öffentlich-private Partnerschaften – Ein Weg zur Überwindung kommunaler Investitionsschwäche?

Öffentlich-private Partnerschaften genießen in der politischen Diskussion sowohl auf europäischer¹⁾ wie auf nationaler²⁾ Ebene einen hohen Stellenwert; mit dem ÖPP-Beschleunigungsgesetz vom 1. 9. 2005³⁾ sind die Rahmenbedingungen für diese Form der Erfüllung öffentlicher Aufgaben erleichtert worden, zumal die Mehrzahl der Bundesländer inzwischen Kompetenzzentren nach dem Vorbild des Bundes („Task Force“) eingerichtet hat oder aufbaut. Erwartet wird von öffentlich-privaten Partnerschaften dabei vor allem eine Stärkung der Investitionstätigkeit in den Kommunen, die auf Grund ihrer oft dramatischen Haushaltslage zur Finanzierung von Investitionen kaum noch in der Lage sind. In der Tat ist die kommunale Investitionstätigkeit innerhalb eines Jahrzehnts auf fast die Hälfte des Ausgangsniveaus von 1992 gesunken (Schaubild 1); dies korrespondiert mit einem Rückgang der Nettokreditaufnahme auf nahezu 0. Da auch die Investitionszuschüsse der Länder rückläufig sind und die Erlöse aus der Veräußerung von Vermögen nicht mehr gesteigert werden können, wird die herkömmliche Form der Investitionsfinanzierung in den Kommunen offenbar immer schwerer.

Schaubild 1: Kreditaufnahme und Investitionstätigkeit 1992 – 2004 (in Mrd. Euro)



Quelle: Gemeindefinanzberichte des Deutschen Städtetages, verschiedene Jahrgänge; Bundesministerium der Finanzen

Trotz dieser Ausgangssituation erweist sich die Umsetzung öffentlich-privater Partnerschaften in der Praxis als sehr mühsam. Das liegt zum einen daran, dass nach wie vor die konventionelle Lösung keinem Begründungszwang unterliegt. Zwar gibt es in einigen Kommunalverfassungen das ausdrückliche Gebot, auch privatwirtschaftliche Lösungen für die Aufgabenerfüllung zu prüfen. So heißt es – bezogen auf freiwillige Leistungen – in § 2 Abs. 1 GO Schleswig-Holstein:⁴⁾

„Die Gemeinden sind nicht verpflichtet, öffentliche Aufgaben selbst zu erfüllen, wenn diese ebenso gut auf andere Weise, insbesondere durch Private erfüllt werden... Bevor die Gemeinde eine öffentliche Aufgabe übernimmt, die zu erfüllen sie nicht gesetzlich verpflichtet ist, hat sie zu prüfen, ob die Aufgabe nicht ebenso gut auf andere Weise, insbesondere durch Private, erfüllt werden kann.“

Aufgegriffen wird dieser Grundsatz noch einmal in § 101 Abs. 5 GO:

„Die Gemeinde hat das Recht, sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben Dritter zu bedienen.“

Allerdings besteht zum zweiten nach wie vor ein Ungleichgewicht in der Bewertung konventioneller und privatwirtschaftlicher Lösungen. Während die Kommune im konventionellen Verfahren – soweit keine spezifischen Genehmigungserfordernisse vorliegen – im Rahmen ihrer Kreditemächtigung alle Entscheidungen selbst trifft, müssen öffentlich-private Partnerschaften jeweils mit der Kommunalaufsicht abgestimmt werden. Dieser Prozess kann sehr langwierig sein und verursacht auf beiden Seiten Kosten; dies gilt umso mehr, wenn der kommunalen Seite durch die Aufsichtsbehörde – wie in Bayern – eine Beratung durch Dritte empfohlen wird.⁵⁾ Es wäre daher wünschenswert, die Verfahrensdauer durch Standardisierungen so zu verkürzen, dass ein Anreiz geschaffen wird, öffentlich-private Partnerschaften künftig häufiger in die Überlegungen zu Investitionsvorhaben einzubeziehen. Ob dies durch die Arbeit der verschiedenen Kompetenzzentren gelingen kann, lässt sich derzeit nicht absehen.

2. Modelle öffentlich-privater Partnerschaften

Das Kommunalrecht kennt keine gesonderten Regelungen für Rechtsgeschäfte, die unter den Begriff der öffentlich-privaten Partnerschaft gefasst werden. Nur wenige Bundesländer haben bisher gesonderte Erlasse zur Behandlung von öffentlich-privaten Partnerschaften veröffentlicht⁶⁾ oder zumindest erläuternde Hinweise gegeben.⁷⁾ Öffentlich-private

- 1) Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen v. 15. 11. 2005 KOM(2005) 569 endg.
- 2) Vgl. hierzu vor allem Beratergruppe „ppp im öffentlichen Hochbau“: Gutachten „ppp im öffentlichen Hochbau“, Berlin 2005.
- 3) Zu einer Darstellung s. Fleckenstein, Abbau von Hemmnissen für Public Private Partnership: Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz, DVBl 2006, S. 75 ff.
- 4) Ähnliche Regelungen finden sich in Bayern (Art. 61 Abs. 2 Satz 2 GO) und Brandenburg (§ 100 Abs. 3 GO); vgl. Beratergruppe „PPP im öffentlichen Hochbau“ (Fn. 2), Bd. II, S. 206 f.
- 5) Vgl. Besondere Formen der Zusammenarbeit mit Privaten bei der Erfüllung kommunaler Aufgaben – Gemeinsame Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Inneren, der Finanzen und für Landesentwicklung und Umweltfragen v. 20. 3. 2001, Ziff. 3.2.
- 6) So Bayern: Gemeinsame Bekanntmachung der Bayerischen Staatsministerien des Inneren, der Finanzen und für Landesentwicklung und Umweltfragen (Fn. 5); Sachsen: Verwaltungsvorschrift zur kommunal- und haushaltsrechtlichen Beurteilung von Investorenvorhaben im kommunalen Bereich v. 4. 7. 2005.
- 7) Sachsen-Anhalt: Behandlung von PPP auf kommunaler Ebene, Schreiben des Ministeriums des Inneren v. 28. 4. 2004; Schleswig-Holstein: Public Private Partnership (PPP), Schreiben des Innenministeriums v. 23. 8. 2005.

Schaubild 2: Modelle öffentlich-privater Partnerschaft

Nr.	Modell	Objekt	Planung	Betrieb	Finanzierung	Zahlung für lfd. Nutzung	Übergang auf Kommune
I	Erwerber-	Neu	Privat	Privat	Privat	Kommune	ja
II	Options-	Neu	Privat	Privat	Privat	Kommune	Offen
III	Miet-	Neu	Privat	Privat	Privat	Kommune	Nein
IV	Inhaber-/ Betreiber-	Bestand	Privat	Privat	Privat	Kommune	Bereits kommunal
V	Contracting-	Bestand	Privat	Privat	Privat	Kommune	Bereits kommunal
VI	Konzessions-	Neu	Privat	Privat	Privat	Nutzer	Offen

Partnerschaften werden ansonsten in aller Regel im Zusammenhang mit kreditähnlichen Rechtsgeschäften betrachtet; dabei sind die dort vor allem zum Leasing und zu leasingähnlichen Modellen getroffenen Regelungen maßgeblich.

Die jeweiligen Krediterlasse der Bundesländer klassifizieren einzelne Rechtsgeschäfte jedoch durchaus unterschiedlich und stellen keine einheitlichen Genehmigungsanforderungen. Dies ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass manche Erlasse bereits vor längerer Zeit abgefasst worden sind und auf neuere Marktentwicklungen nicht eingehen. Jede öffentlich-private Partnerschaft ist daher an den im jeweiligen Bundesland bestehenden rechtlichen Regelungen zu messen. Dabei gilt grundsätzlich, wenn auch nicht immer dezidiert ausgeführt, die herkömmliche Eigenerstellung und -finanzierung durch die Kommune, ggf. über einen Kommunalkredit als Maßlatte für die Vorteilhaftigkeit des jeweiligen Rechtsgeschäfts.⁸⁾

Üblicherweise werden 6 Modelle öffentlich-privater Partnerschaft unterschieden (Schaubild 2), die vor allem in der Art des Objektes und der jeweiligen Endschaftsregelung differieren:

- das Erwerbermodell, bei dem ein Privater für die Kommune ein Objekt in seinem Eigentum errichtet, für einen bestimmten Zeitraum gegen Entgelt betreibt und bewirtschaftet und am Ende der Vertragslaufzeit auf die Kommune überträgt;
- das Optionsmodell, das sich vom Erwerbermodell dadurch unterscheidet, dass über die Übertragung des Objektes erst am Ende der Vertragslaufzeit entschieden wird;
- das Mietmodell, bei dem das Objekt dauerhaft beim privaten Investor/Betreiber verbleibt;
- das Inhabermodell, bei dem das Eigentum am Objekt von Anfang an bei der Gemeinde liegt und das vor allem bei der Sanierung vorhandener Objekte in Betracht kommt;
- das Contracting-Modell, das als Spezialform des Inhaber-Modells gelten kann und sich im Wesentlichen auf die Sanierung/Optimierung technischer Anlagen bezieht;
- das Konzessionsmodell, das sich von allen anderen Modellen dadurch unterscheidet, dass der private Betreiber von der Kommune kein Betreiberentgelt erhält sondern sich durch Erhebung von Gebühren („Maut-Finanzierung“) bei den Nutzern direkt refinanziert.

Auf kommunaler Ebene sind es vor allem Schulsanierungen, die in öffentlich-privater Partnerschaft durchgeführt werden;

sie basieren in der Regel auf dem Inhabermodell.⁹⁾ Nach einer Studie des Deutschen Instituts für Urbanistik entfallen auf dieses Modell etwa 40 % der eindeutig zuzuordnenden Vorhaben.¹⁰⁾ Ebenfalls noch verbreitet sind das Contracting und die Mietlösung mit jeweils etwa 20 %, während die anderen Formen bislang wenig Verbreitung gefunden haben. Am bekanntesten und umfangreichsten ist das Projekt zur Schulsanierung des Landkreises Offenbach, das ein Volumen von rd. 800 Mio. Euro hat. Die Mehrzahl der übrigen abgeschlossenen kommunalen Vorhaben befindet sich bis jetzt in Nordrhein-Westfalen.

Im Einzelfall sehen Projekte aber auch die Bildung einer gemeinsamen Betreibergesellschaft der Kommune mit einem privaten Dritten vor (Modell VII), in der Vergangenheit auch als Kooperationsmodell bezeichnet. Eine solche Lösung ist im Grundsatz zu jedem der genannten Modelle möglich. Die spezifischen Probleme, die sich daraus im Hinblick auf das Gemeindefinanzierungsrecht ergeben, werden hier nicht weiter behandelt.¹¹⁾

3. Wirtschaftlichkeit als Bedingung öffentlich-privater Partnerschaften

3.1 Allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebote im kommunalen Haushaltsrecht

Der Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit spielt im gesamten öffentlichen Haushaltswesen traditionell eine gewichtige Rolle. Alle Kommunalverfassungen enthalten entsprechende Gebote (als Beispiel § 77 Abs. 2 GO BW). Das kommunale Haushaltsrecht greift den Grundsatz an zwei Stellen ausdrücklich auf. Dies ist zum einen die bislang und wohl auch künftig in allen Bundesländern deckungsgleiche, wenn auch in der Praxis nicht konsequent genutzte¹²⁾ Vorschrift, vor der Veranschlagung von Investitionen unter mehreren Möglichkeiten die wirtschaftlichste zu ermitteln; dabei sollen ausdrücklich die mit der Investition verknüpften Folgekosten einbezogen werden (z.B. im neuen Haushaltsrecht § 14 Abs. 1 GemHVO neu NW). Das kommt der für öffentlich-private Partnerschaften entwickelten Lebenszyklusbetrachtung schon recht nahe, wenngleich in der Regel die Kos-

8) So ausdrücklich Schreiben des Ministeriums des Innern Sachsen-Anhalt, S. 4 (Fn. 7).

9) Sofern eine Übertragung des Schulgebäudes an einen privaten Dritten aus rechtlichen Gründen nicht möglich ist, wird stattdessen eine Form der Nutzungsüberlassung gewählt.

10) Deutsches Institut für Urbanistik (Hrsg.): Public Private Partnership Projekte, Berlin 2005 S. 49; die dort aufgeführten Nennungen „Sonstiges Modell“ und „Modell noch nicht festgelegt“ sind bei der Berechnung herausgenommen worden.

11) Vgl. dazu G. Schwartzing, „Public-Private Partnership – Spezifische Rechtsfragen auf kommunaler Ebene“ (Fn. *).

12) Beratergruppe „PPP im öffentlichen Hochbau“ (Fn. 2), Bd. II, S. 208.

ten am Ende der Nutzungszeit (z.B. Abriss, Umwidmung) in diese Betrachtung nicht einbezogen werden. Eine Kosten-Nutzen-Analyse hingegen, wie sie das staatliche Haushaltsrecht vorsieht (§ 7 Abs. 2 BHO), ist für die kommunale Ebene nicht vorgeschrieben.

Zum zweiten verlangen alle Kommunalverfassungen – mit Ausnahme von Nordrhein-Westfalen – einen Wirtschaftlichkeitsvergleich bei der Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung durch die Gründung eines kommunalen Unternehmens oder die Beteiligung an einem anderen Unternehmen (z.B. § 85 Abs. 1 Nr. 3 GemO Rh-Pf). Im Rahmen der sog. Schrankentrias ist stets zu prüfen, ob die verfolgte Aufgabe nicht ebenso gut und wirtschaftlich (in einigen Bundesländern: besser und wirtschaftlicher) durch einen Privaten erledigt werden kann. In Thüringen wird in dem Zusammenhang sogar ausdrücklich auf ein Markterkundungsverfahren verwiesen (§ 71 Abs. 1 Nr. 4 ThürKO).

3.2 Spezifische Wirtschaftlichkeitsgebote für öffentlich-private Partnerschaften

Soweit Bestimmungen zu öffentlich-privaten Partnerschaften vorliegen, fordern sie gleichfalls einen konkreten Wirtschaftlichkeitsvergleich im Einzelnen: „Der Wirtschaftlichkeitsvergleich ist auf der Grundlage der durch Ausschreibung ermittelten Angebote einerseits und eines wettbewerblich vergleichbaren Konzepts für die Durchführung des Projekts durch die Kommune (z.B. Finanzierung über Kommunalanleihen, Führung als Regie- oder Eigenbetrieb) andererseits vorzunehmen.“¹³⁾ Die Hinweise zur konkreten Ausgestaltung eines solchen Wirtschaftlichkeitsvergleichs sind in den einschlägigen Vorschriften allerdings sehr knapp gehalten.¹⁴⁾

Die Anforderungen sind in der Praxis nicht einfach umzusetzen, da Parallelverfahren von herkömmlicher und ÖPP-Lösung sehr aufwendig wären; zumindest müssten private Anbieter das Risiko akzeptieren, dass ggf. doch eine konventionelle Lösung gewählt wird. Zwar ist für den Vergleich in Großbritannien der „public-sector-comparator“ entwickelt worden; er soll die Funktion einer Messlatte für die Vorteilhaftigkeit einer öffentlich-privaten Partnerschaft übernehmen. Gedacht ist an eine nach typischen Investitionsvorhaben vorgenommene Standardisierung.

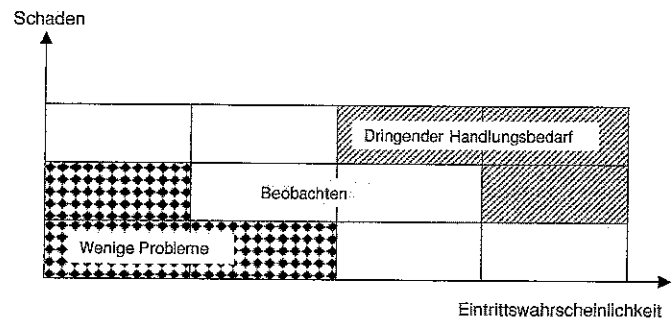
Allerdings kann ein standardisierter „public-sector-comparator“ keine verbindliche Größe für jedes spezifische Investitionsvorhaben sein. Er ist jeweils an die besonderen Bedingungen neu anzupassen; damit unterliegt er wiederum der subjektiven Einschätzung der Beteiligten mit allen Unwägbarkeiten. Denn eine generelle Annahme, herkömmlich durchgeführte Maßnahmen würden per se nur mit Zeitverzögerung von x Monaten oder mit einer Kostenüberschreitung von mindestens y % fertig gestellt, wäre ebenso fehlerhaft und damit unzulässig wie die Vermutung, eine private Lösung biete von vornherein ein größeres innovatives Potential.¹⁵⁾

3.3 Aspekte der Risikoallokation

Ein zentrales Argument für die Begründung öffentlich-privater Partnerschaften ist die Möglichkeit einer Optimierung der Risikoallokation zwischen den Partnern. Dieser Gedanke hat inzwischen u.a. seinen Niederschlag darin gefunden, dass in § 7 Abs. 2 BHO ausdrücklich die Risikoverteilung als Beurteilungskriterium bei Investitionsvorhaben zu berücksichtigen ist. Eine ähnliche Vorschrift findet sich mittlerweile auch

im kommunalen Haushaltsrecht Bayerns (Art. 61 Abs. 3 GO BY). Das ist eine bisher unbekannte Anforderung im öffentlichen Haushaltsrecht. Mit den Vorschriften zur kommunalen Doppik wird dieser Aspekt allerdings weiter verankert; denn im Lagebericht zum doppelischen Jahresabschluss sind künftig auch Risiken für die Entwicklung der Gemeinde darzustellen (§ 48 GemHVO neu NW). Damit wird der bisher wenig beachteten Risikoversorge generell ein höherer Stellenwert beigemessen.¹⁶⁾

Schaubild 3: Klassifizierung von Risiken



Deshalb ist es zunächst wichtig, die möglichen Risiken zu identifizieren und anschließend zu bewerten (Schaubild 3). Der Vorsorge bedarf es vor allem für jene Risiken, die häufiger zu erwarten und/oder ein höheres Schadenspotenzial aufweisen. Danach kann entschieden werden, welcher Partner das jeweilige Risiko zweckmäßigerweise trägt. So kann für die Nutzungsintensität einer Kultureinrichtung die Kommune, soweit sie das Programm gestaltet, für die Einhaltung der Baukosten hingegen der private Investor die Verantwortung übernehmen. Dabei ist allerdings darauf zu achten, dass eine möglichst objektive Risikoeinschätzung erfolgt. Eine zu optimistische Prognose der Zahl der Besucher einer öffentlichen Einrichtung ist ebenso wie eine Unterschätzung von Kostenrisiken – wie Erfahrungen aus Großbritannien zeigen – keineswegs der Ausnahmefall.

4. Genehmigung kreditähnlicher Rechtsgeschäfte

4.1 Grundsätze

Mit Ausnahme des Landes Nordrhein-Westfalen sehen alle Bundesländer eine Genehmigung der in der Haushaltssatzung einer Kommune festgesetzten Kreditermächtigung durch die jeweilige Aufsichtsbehörde vor. Folgerichtig sind dann auch Zahlungsverpflichtungen, die wirtschaftlich einer Kreditaufnahme gleichkommen („kreditähnliche Rechtsgeschäfte“), der Genehmigungspflicht unterworfen. Ausnahmen gelten in vielen Bundesländern für Geschäfte der laufenden Verwaltung (Schaubild 4).

Welche Rechtsgeschäfte als kreditähnlich angesehen werden müssen, ist in den Ausführungsbestimmungen der Bundesländer zwar sehr unterschiedlich präzisiert. Es ist jedoch davon auszugehen, dass auf jeden Fall die Modelle I, II, IV und V unter diese Bestimmungen fallen und damit genehmigungspflichtig sind (Schaubild 5).¹⁷⁾

13) Gemeinsame Bekanntmachung der Bayerischen Staatsministerien des Innern, der Finanzen und für Landesentwicklung und Umweltfragen (Fn 5), Ziff. 3.2.1.

14) Zu einer ausführlicheren Darstellung vgl. Quecke/Schmid GO Sachsen § 72 Rn. 97ff.; zur Methodik der dynamischen Vergleichsberechnung s. Schleswig-Holstein: Kreditwirtschaft der Gemeinden, Runderlass des Innenministeriums v. 26. 8. 2003, Ziff. 4.4.

15) Vgl. Corner, The United Kingdom Private Finance Initiative: The Challenge of Allocating Risk, OECD Journal on Budgeting Vol.5 (2006), S. 45.

16) Vgl. dazu ausführlicher G. Schwaring, Risikomanagement – Von der Analyse zur vorausschauenden Gestaltung, Verwaltung und Management Jg. 12 (2006).

17) So auch Beratergruppe „PPP im öffentlichen Hochbau“, Bd. II, S. 216.

Schaubild 4: Regelungen für kreditähnliche Rechtsgeschäfte in den Kommunalverfassungen

Land	Regelung	
	Allgemein	Ausnahme
Baden-Württemberg	§ 87 Abs. 5 GemO	Lfd. Verwaltung
Bayern	Art. 72 Abs. 1 GO	
Brandenburg	§ 85 Abs. 5 GO	Lfd. Verwaltung
Hessen	§ 103 Abs. 7 GO	Lfd. Verwaltung
Mecklenburg-Vorpommern	§ 49 Abs. 1 KV	
Niedersachsen	§ 92 Abs. 6 GO	Lfd. Verwaltung
Nordrhein-Westfalen	§ 86 Abs. 4 GO (nur Anzeige)	
Rheinland-Pfalz	§ 103 Abs. 6 GemO	Lfd. Verwaltung
Saarland	§ 92 Abs. 6 KSVG	Lfd. Verwaltung
Sachsen	§ 82 Abs. 5 GO	Lfd. Verwaltung
Sachsen-Anhalt	§ 100 Abs. 5 GO	Lfd. Verwaltung
Schleswig-Holstein	§ 85 Abs. 5 GO	
Thüringen	§ 64 Abs. 1 KO	

Nicht als kreditähnliches Rechtsgeschäft zu werten ist der langfristige Mietvertrag (Modell III).¹⁸⁾ Zwar entstehen auch dadurch langfristige Verpflichtungen; da die Eigentümergeinschaft aber auf Dauer beim Privaten verbleibt, können sie bei der Gemeinde nicht der Sphäre des Vermögenshaushalts, in dem ansonsten Kreditaufnahme und Tilgung zu veranschlagen wären, zugerechnet werden.¹⁹⁾ Daran ändert sich auch in doppischer Sichtweise nichts, da weiterhin hinsichtlich der Kreditaufnahme laufender Aufwand und Investitionstätigkeit getrennt betrachtet werden (§ 86 Abs. 1 GO neu NW); Mieten gelten dabei ausdrücklich als laufender Aufwand.

4.2 Besonderheiten beim Konzessionsmodell

Eine Besonderheit stellen Konzessionen (Modell VI) dar. Sie sind auf örtlicher Ebene bislang nur im Bereich der Energie- und Wasserversorgung von Bedeutung. Ursprünglich gaben sie dem Inhaber der Konzession das Recht der ausschließlichen Versorgung im Gemeindegebiet und damit ein zeitlich befristetes Marktmonopol. Zugleich war damit das Recht verknüpft, die öffentlichen Straßen, Wege und Plätze für Leitungen etc. zu nutzen. Dafür war an die Gemeinde ein jährliches Entgelt nach Maßgabe der Absatzmenge zu entrichten. Insofern gibt es eine Reihe von Parallelen zur Mautfinanzierung von Verkehrswegen. Mittlerweile haben die Konzessionsverträge auf Grund der im Zuge der Liberalisierung erfolgten Marktöffnung zumindest im Bereich der Energieversorgung jedoch ihren Ausschließlichkeitscharakter verloren.

Einen spezifischen Genehmigungsvorbehalt für derartige Konzessionsverträge sehen die Kommunalverfassungen nicht (mehr) vor; gleichwohl gibt es in einigen Bundesländern

noch eine Mitwirkung der Aufsichtsbehörde, indem entsprechende Verträge vorzulegen sind (z.B. § 108 GO BW, § 101 GO Sachsen). Der Abschluss eines Konzessionsvertrages ist dort erst möglich, wenn die Aufsichtsbehörde nicht innerhalb einer bestimmten Frist (in der Regel ein Monat) eine Beanstandung ausgesprochen hat.²⁰⁾

Ob allerdings Konzessionsmodelle, wie sie im Rahmen öffentlich-privater Partnerschaften diskutiert werden, darunter fallen, ist zumindest fraglich. Im Bereich der Versorgung ist die Investition und die Lieferung an die Endverbraucher seit jeher von speziellen Versorgungsunternehmen vorgenommen worden. Die Lieferung von Strom und Gas durch die Gemeinde selbst ist ein seltener Fall.²¹⁾

Demgegenüber sind Investitionen in die (Straßenverkehrs-) Infrastruktur bislang von der öffentlichen Hand durchgeführt worden. Der mautfinanzierte Ausbau ist bisher die Ausnahme. Auch wenn die Kommune keine weiteren Verpflichtungen eingehen sollte, die einer Genehmigung bedürfen, ist das Konzessionsmodell ohne Beteiligung der Aufsichtsbehörde kaum vorstellbar. Da allerdings diese Lösung bislang auf der kommunalen Ebene keine nennenswerte Rolle spielt, fehlt es hierzu an entsprechenden Erfahrungen.

Schaubild 5: Genehmigungspflichten für ÖPP-Modelle

Modell	Genehmigungspflicht?*
I	Ja
II	Ja
III	Nein
IV	Ja
V	Ja (sofern nicht lfd. Verwaltung)
VI	[Nein?]
VII	Nein

*Sofern nicht andere genehmigungspflichtige Tatbestände, z.B. die Gewährung einer Bürgschaft, hinzutreten

Die Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung (Modell VII) bedarf keiner Genehmigung sondern ist durchweg nur anzuzeigen.²²⁾ Dies gilt allerdings nur für die eigentliche Unternehmensgründung; soweit dieses Unternehmen für die Gemeinde im Rahmen eines kreditähnlichen Rechtsgeschäfts tätig wird, ist dieses Rechtsgeschäft selbst natürlich wieder genehmigungspflichtig.

4.3 Voraussetzungen für die Genehmigung kreditähnlicher Rechtsgeschäfte

Für die Genehmigung eines kreditähnlichen Rechtsgeschäfts durch die Aufsichtsbehörde sind zwei Kriterien maßgeblich. Zum einen ist in Analogie zur Genehmigung der Kreditermächtigung zu prüfen, ob durch das beabsichtigte Rechtsgeschäft die dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinde nicht gefährdet wird.²³⁾ Im geltenden wie im künftigen Haushaltsrecht ist dies dann gewährleistet, wenn die Gemeinde über

18) Dazu BGH 4. 2. 2004, XII ZR 301/01, BGHZ 158, 19.

19) So auch Beratergruppe „PPP im öffentlichen Hochbau“, Bd. II, S. 217; die dort zitierte Rechtsauffassung des Innenministeriums Mecklenburg-Vorpommern vom 5. 1. 1998, dass auch langfristige Mietverträge kreditähnliche Rechtsgeschäfte seien, dürfte durch das Urteil des BGH (Fn. 18) korrigiert worden sein.

20) Vgl. Quecke/Schmid Kommentar zur GO Sachsen § 102 Rn 16f.

21) Bei der Wasserversorgung ist der Sachverhalt etwas anders gelagert, da hier in größterem Umfang Zweckverbände tätig sind.

22) So Neutz, Kommunalrechtliche Rahmenbedingungen, in: Wurzel/Schraml/Becker (Hrsg.), Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, München 2005 Rn 223ff.

23) Zu den Einzelheiten s. G. Schwartzing, Kommunales Kreditwesen, 3. Aufl. Berlin, Rn. 93 ff. erscheint demnächst.

das Haushaltsjahr hinaus (in der Regel im Finanzplanungszeitraum) einen ausgeglichenen Haushalt vorlegen kann. Der Ausgleich ist in der Kameralistik dadurch definiert, dass im Verwaltungshaushalt zumindest die Pflichtzuführung erwirtschaftet wird. Im neuen Haushaltsrecht wird der Ausgleich im Wesentlichen über den Ergebnishaushalt definiert. Dort müssen die Erträge mindestens die Aufwendungen decken (§ 75 Abs. 2 GO neu NW).²⁴⁾

Als zweite Bedingung gilt die Vorteilhaftigkeit des Rechtsgeschäfts. Die Verwaltung hat darzulegen, ob die öffentlich-private Partnerschaft wirtschaftlicher ist als eine traditionelle Finanzierung aus kommunalen Mitteln und ggf. einer ergänzenden Kreditaufnahme. Angesichts der Komplexität vieler Rechtsgeschäfte bedarf es hierbei eines erheblichen Zeitaufwandes, so dass nicht auszuschließen ist, dass die grundlegenden ökonomischen Bedingungen während des Genehmigungsprozesses Veränderungen unterliegen. Einzelne Bundesländer empfehlen dazu die Einschaltung externer Dritter²⁵⁾ oder verlangen sogar eine Bestätigung der Vorteilhaftigkeit.²⁶⁾

Während die Genehmigung des in der Haushaltssatzung vorgesehenen Kreditbetrages in der Regel insgesamt erteilt wird, der Vorbehalt einer Genehmigung jeder einzelnen Kreditaufnahme mithin die Ausnahme darstellt, verhält sich dies bei kreditähnlichen Rechtsgeschäften genau umgekehrt. Sie bedürfen durchweg der Einzelgenehmigung; viele Bundesländer sehen Ausnahmen nur im Rahmen der laufenden Verwaltung vor. Das trifft für typische Geschäfte wie das Fahrzeug- oder IT-Leasing zu, ist aber für komplexere Formen der öffentlich-privaten Partnerschaften nicht relevant.

Die Frage der Genehmigung kreditähnlicher Rechtsgeschäfte hat durch ein Urteil des Bundesgerichtshofs vom 12. Dezember 2002 („Oderwitz-Urteil“²⁷⁾) eine neue Qualität gewonnen. Das Gericht hielt es für erwiesen, dass das genehmigte Rechtsgeschäft wirtschaftlich ungünstiger ausgefallen sei als die traditionelle Finanzierung über den Haushalt. Deshalb sei zumindest dem Grunde nach ein Schadenersatzanspruch der klagenden Gemeinde gegenüber der Aufsichtsbehörde gegeben. In einem weiteren Urteil hat der BGH ein Rechtsgeschäft (Leasing eines überdimensionierten Verwaltungsgebäudes) für nichtig erklärt, das in krassem Widerspruch zum Gemeinwohl stehe.²⁸⁾ Diese Urteile haben im Ergebnis dazu geführt, dass die Prüfung kreditähnlicher Rechtsgeschäfte noch sorgfältiger erfolgt und damit auch mehr Zeit in Anspruch nimmt,²⁸⁾ inwieweit das zu einer zurückhaltenderen Genehmigungspraxis führen kann, lässt sich derzeit nicht abschätzen.

5. Weitere Aspekte des Kommunalrechts

Die Modelle öffentlich-privater Partnerschaft berühren eine ganze Reihe weiterer Regelungen des Kommunalrechts. In der Praxis sind es neben den Vorschriften zu kreditähnlichen Rechtsgeschäften vor allem vier spezifische Rechtsgebiete, die eine Rolle spielen können,

- die Vorschriften über Bürgschaften, Gewährverträge und die Bestellung von Sicherheiten durch die Kommune,
- die Vorschriften über die Veräußerung kommunalen Vermögens,
- die Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung der Kommune,

- die Vorschriften zur Erhebung von Abgaben durch die Kommune.

Ob und inwieweit diese Vorschriften jeweils greifen, hängt von der spezifischen Gestaltung des Rechtsgeschäftes ab. Erschwerend kommt hinzu, dass die kommunalrechtlichen Regelungen der einzelnen Bundesländer auch in diesen Bereichen nicht völlig deckungsgleich sind, so dass generelle Aussagen nur unter Vorbehalt zu treffen sind. Im Folgenden sollen lediglich die Fragen der Bürgschaft und der Vermögensveräußerung kurz dargelegt werden.

5.1 Bürgschaften und Sicherheiten

Die Bestellung von Sicherheiten zugunsten Dritter, sei es zur Besicherung eines Kredits, sei es zu anderen Zwecken, ist der Gemeinde grundsätzlich untersagt. Damit sollen kommunales Vermögen oder kommunale Einnahmen dem Zugriff Dritter entzogen werden. Nur in besonders begründeten Ausnahmefällen kann die Aufsichtsbehörde dieses Verbot aufheben. Dies könnte dann der Fall sein, wenn durch die Sicherheit die Aufgabenerfüllung der Gemeinde besser und wirtschaftlicher erfolgen kann.²⁹⁾

Demgegenüber ist die Gewährung einer Bürgschaft grundsätzlich möglich. Sie ist allerdings nur im Rahmen der Aufgabenerfüllung zulässig und bedarf – wiederum mit Ausnahme Nordrhein-Westfalens – der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde. Ausgenommen davon sind in einer Reihe von Bundesländern die Geschäfte der laufenden Verwaltung. Zudem gibt es in verschiedenen Bundesländern die Möglichkeit einer generellen Freistellung von Bürgschaften in bestimmten Bereichen durch das jeweilige Innenministerium; dabei handelt es sich in der Regel um den Städte- und den Wohnungsbau. Die Bürgschaft ist ein typisches Instrument, um im Rahmen einer öffentlich-privaten Partnerschaft eine Finanzierung zu Kommunalkreditkonditionen zu sichern. Allerdings ist darauf zu achten, dass die Gewährung einer Bürgschaft als Beihilfe im Sinne von Art. 88 EU-Vertrag gelten kann.

Da jede Bürgschaft mit einem Risiko verbunden ist, muss sich die Gemeinde über die Bonität des Schuldners, für den sie bürgt, Gewissheit verschaffen. Zur weiteren Reduzierung des Risikos soll die Gemeinde keine selbstschuldnerische Bürgschaft eingehen³⁰⁾ bzw. nicht auf die Einrede der Vorausklage verzichten. Grundsätzlich soll die Gemeinde rechtzeitig Rücklagen bilden, wenn der Eintritt des Bürgschaftsfalles nicht auszuschließen ist und dadurch die Leistungsfähigkeit beeinträchtigt werden könnte (z.B. § 20 Abs. 3 GemHVO Rh-Pf).

Eine gesonderte Risikoabschätzung, wie es sie im Ausland gibt,³¹⁾ wird in der Regel nicht verlangt. In der Praxis kommt dieser Bestimmung bisher wenig Bedeutung zu, obwohl das ausstehende Bürgschaftsvolumen in vielen Städten eine be-

24) Nicht ausdrücklich erwähnt, aber selbstverständlich ist die ergänzende Forderung, dass kein negatives Eigenkapital in der Bilanz vorliegen darf.

25) So Gemeinsame Bekanntmachung der Bayerischen Staatsministerien des Innern, der Finanzen und für Landesentwicklung und Umweltfragen (Fn 5), Ziff. 3.2.

26) So Schleswig-Holstein: Kreditwirtschaft der Gemeinden (Fn 14), Ziff. 4.4.

27) BGH v. 25. 1. 2006, VIII ZR 398/03, NJ 2006, 313.

28) Bericht des Unterausschusses „Kommunalverfassungsrecht und kommunale Personalangelegenheiten“ des AK III der IMK zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs v. 12. 12. 2002 zur Amtshaftung der Rechtsaufsichtsbehörde gegenüber der durch sie beaufsichtigten Körperschaft („Oderwitz – Sachsen“) v. 12. 9. 2003, Ziff. 5.2.1.

29) Giebler in: Faiss/Giebler/Lang/Notheis/Schmid, Kommunales Wirtschaftsrecht in Baden-Württemberg, 7. Auflage Stuttgart u.a.O. 2002, Rn 751.

30) Vgl. Kreditwesen der Gemeinden und Landkreise, Bekanntmachung des Thüringer Innenministeriums v. 29. 6. 1995, zuletzt geändert durch Bekanntmachung v. 18. 1. 2002, Ziff. 9.1.

31) Einen entsprechenden Hinweis gibt: Åretsredovisning 2004, Del 1, Norrköpings Kommun 2004, S. 63.

achtliche Größenordnung erreicht hat. Mit dem neuen Haushaltsrecht dürfte sich das ändern. Zum einen ist im Rahmen von Rückstellungen zu prüfen, inwieweit Bürgschaften Berücksichtigung finden müssen; im Übrigen sind sie, zumindest in Rheinland-Pfalz, im Anhang zur Bilanz aufzuführen (§ 48 Abs. 2 Nr. 10 GemHVO neu Rh-Pf.), ggf. auch in die Risikoberichterstattung einzubeziehen.

Eine bürgschaftsähnliche Form ist die Forfaitierung, bei der die Gemeinde die an den Unternehmer zu leistenden Zahlungen gegenüber dem Kreditinstitut anerkennt und auf die Einrede verzichtet. Damit kann der Unternehmer seine Forderungen gegen die Gemeinde an das Kreditinstitut abtreten und auf diese Weise die Finanzierung sicherstellen. Auch dieses Instrument dürfte als kreditähnliches Rechtsgeschäft bzw. als Gewährvertrag angesehen werden. Insofern unterliegt dann auch diese Rechtskonstruktion der Genehmigungspflicht.³²⁾

5.2 Vermögensrechtliche Vorschriften

Soweit mit einem Rechtsgeschäft der Erwerb, die Übertragung oder die Nutzungsüberlassung von Vermögensgegenständen verknüpft ist, sind die einschlägigen Vorschriften in den Gemeindefordnungen zu beachten. Sie unterscheiden sich zwischen den Bundesländern zumindest im Grundsätzlichen nicht. Keine Probleme bereitet die Bindung des Vermögenserwerbs an die Aufgabenerfüllung der Kommune, da in dem hier betrachteten Zusammenhang andere Erwägungen keine Rolle spielen. Zudem ist der Begriff der Aufgabenerfüllung sehr weit zu verstehen; er umfasst z.B. auch den Grundstückserwerb für die Projektierung von Wohn- oder Gewerbegebieten. Zu beachten ist allerdings, dass die Modelle I und II, die einen Erwerb am Ende der Vertragslaufzeit vorsehen (können), bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses diese Bedingung erfüllen müssen.

Schwieriger gestaltet sich die Vermögensveräußerung durch die Kommune; sie ist dann zulässig, wenn der betreffende Vermögensgegenstand für die kommunale Aufgabenerfüllung nicht mehr benötigt wird. Die Vorschrift gilt sinngemäß in allen Bundesländern und erstreckt sich stets auch auf den Fall der Nutzungsüberlassung. Das wird kommunalrechtlich in der Regel so interpretiert, dass eine Veräußerung solange ausgeschlossen ist, wie die Aufgabenerfüllung durch den betreffenden Vermögensgegenstand gewährleistet wird.

Damit wären sog. sale-and-lease-back-Geschäfte, wie sie z.B. für die Modelle IV und V in Betracht kämen, unmöglich. Die Rechtsposition ist indes fragwürdig, da jedenfalls nicht grundsätzlich verlangt wird, dass die Erfüllung kommunaler Aufgaben mit eigenem Vermögen unterlegt sein muss. Denn es ist durchaus zulässig, Büroräume für die öffentliche Verwaltung anzumieten oder ein Betriebsgrundstück für den Bauhof anzupachten. Eine Verpflichtung, zur Aufgabenerfüllung ausschließlich Vermögen in kommunalem Eigentum einzusetzen, besteht nicht; angesichts des demographischen Wandels können flexiblere Lösungen sogar sehr angemessen sein. Insofern ist es durchaus konsequent, wenn das Land

Rheinland-Pfalz die Möglichkeit für sale-and-lease-back-Geschäfte für den Fall eröffnet hat, dass damit gleichzeitig eine Sanierung des Vermögensgegenstandes verbunden ist.³³⁾

Einige Bundesländer kennen zudem noch einen Genehmigungsvorbehalt der Aufsichtsbehörde für die Veräußerung von Vermögen in bestimmten Fällen.³⁴⁾ Im Zusammenhang mit einer öffentlich-privaten Partnerschaft ist vor allem die Genehmigungspflicht für Grundstücksgeschäfte, in Thüringen zudem für die Veräußerung von Unternehmen und Beteiligungen von Bedeutung. Zwar gibt es gewisse Freigrenzen, die sich am Wert (Vgl. § 57 Abs. 5 KV MV)) oder an der Grundstückgröße orientieren, die aber für größere Investitionsvorhaben zu niedrig sein dürften.

Die Veräußerung darf in der Regel nur zum vollen Wert, das ist der Verkehrswert, erfolgen, Abweichungen bedürfen daher stets einer besonderen Begründung. Dabei ist in dem hier betrachteten Zusammenhang auch zu berücksichtigen, dass die Veräußerung unterhalb des Verkehrswertes einen Verstoß gegen die beihilferechtlichen Vorschriften nach Art. 88 des EU-Vertrages darstellen kann.

Über Erwerb oder Veräußerung gemeindlichen Vermögens entscheidet der Gemeinderat; allerdings zählen diese Rechtsgeschäfte nicht zu dem Katalog der dem Rat ausschließlich vorbehaltenen Angelegenheiten. Die Entscheidung über die Veräußerung von Vermögen kann – in der Regel nach Maßgabe bestimmter Wertgrenzen – auch einem Ausschuss übertragen werden (so ausdrücklich § 32 Abs. 3 GemO Rh-Pf.). Der Ausnahmetatbestand für Geschäfte der laufenden Verwaltung, die dem Bürgermeister zugewiesen sind, greift de facto für die meisten öffentlich-privaten Partnerschaften nicht.

6. Ausblick

Bislang haben öffentlich-private Partnerschaften nicht die Verbreitung gefunden, die auf Grund der Erfahrungen vor allem aus Großbritannien erwartet worden war. Deswegen von einem Misserfolg zu sprechen wäre indes verfehlt. Zum einen ist der politische Wille zur Umsetzung hoch, zum anderen nimmt der Investitionsstau in den Kommunen weiter zu. Die Ausgangsbedingungen für öffentlich-private Partnerschaften sind insoweit durchaus positiv. Allerdings – das haben die Ausführungen gezeigt – sind die von den Kommunen zu beachtenden rechtlichen Regelungen noch immer sehr umfangreich, so dass – wenn notwendig und finanzierbar – eher auf das herkömmliche Verfahren zurückgegriffen wird. Der erforderliche administrative Aufwand bei der Umsetzung von größeren ÖPP-Lösungen lässt viele Kommunen deshalb Abstand nehmen, zumal ungewiss ist, ob durch eine privatwirtschaftliche Lösung solche Kostenvorteile erzielt werden, dass der hohe Anfangsaufwand dadurch mehr als kompensiert wird.

32) Beratergruppe „PPP im öffentlichen Hochbau“ (Fn. 2), Bd. II, S. 225; so auch Schreiben des Innenministeriums Schleswig-Holstein, S. 3 (Fn. 14).

33) Vgl. Schwarting, Kreditwesen (Fn. 23), Rn. 273.

34) So Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Thüringen.