

Projektentwicklung, Finanzierungsinstrumente und Risikomanagement im Umfeld von Public Private Partnership (V)

EXKURS

Neue PPP-relevante Rechtsentwicklungen in der EU und Deutschland – Beispiele praktischer Auswirkungen auf Finanzierung und Risikomanagement von PPPs

PPP Grünbuch der EU

Zum Grünbuch der EU-Kommission (Generaldirektion Binnenmarkt) vom 30.4.2004 zu PPPs und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen hat die Bundesregierung durch das BMWA bereits am 16.8. vergangenen Jahres eine Stellungnahme zu den 22 Fragenkomplexen der Generaldirektion Binnenmarkt abgegeben. Grundsätzlich wurde dabei seitens der Bundesregierung die Frage verneint, ob im Bereich institutionalisierter öffentlich-privater Partnerschaften gesetzgeberische Initiativen der Kommission erforderlich seien (Frage 19). Eine von der Kommission erwogene einheitliche Vergaberegulierung für alle institutionalisierten PPPs stößt auch auf Kritik seitens anderer Mitgliedsstaaten, wie aus dem jüngsten Bericht der Kommission vom 3.5.2005 zum Stand des PPP-Grünbuchs hervorgeht.

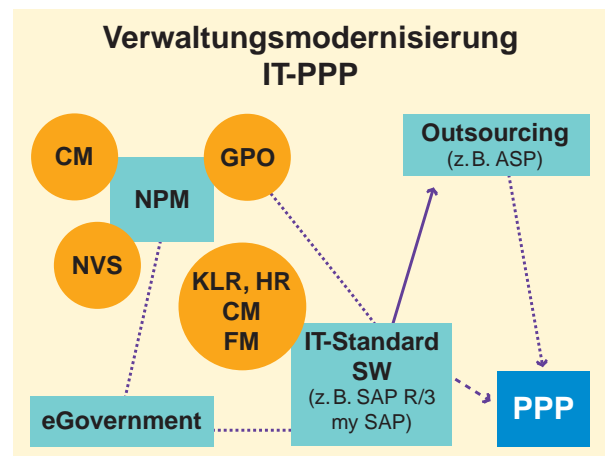
Da durch das Urteil des **Europäischen Gerichtshofs** vom Januar dieses Jahres (sog. „Halle Urteil zu Inhouse-Geschäften“) eine neue Sachlage eingetreten ist, hat das BMWA mit Schreiben vom 30. März 2005 ihre diesbezügliche Stellungnahme nochmals modifiziert. Sie verweist dabei auf die mangelnde Praxisnähe. Das EuGH Urteil legt nämlich fest,

dass die Vergabe eines Auftrags an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen (z. B. einen Generalunternehmer) selbst bei minimaler Beteiligung ohne vorherige Ausschreibung gegen den freien Wettbewerb und den Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt. Das PPP sei bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags nämlich nicht dem Wettbewerb ausgesetzt und somit ein privater Konkurrent benachteiligt. Ein Eigengeschäft („Inhouse“-Geschäft) der Verwaltung liege dann

nicht vor, wenn einem Unternehmen, an dem ein privater Dritter beteiligt ist – ganz gleich in welcher Höhe – ein Auftrag erteilt wird.

In der Praxis ist die Bildung einer PPP-Projektgesellschaft ein wesentlicher Bestandteil von PPP-Modellen, bzw. der PPP-Projektentwicklung (vgl. Teil II dieses Beitrags in AWW Info 01/04). In der gängigen PPP-Praxis in Deutschland bestehen vergaberechtlich bisher keine Bedenken, wenn in einem zweistufigen Interessenbekundungsverfahren mit nachgelagertem Verhandlungsverfahren –

unter Beachtung der EU Kriterien (Transparenz, Gleichbehandlung, EU-weite funktionale Leistungsausschreibung) – prinzipiell die Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft und die



dann von dieser zu erbringenden Dienstleistung dem Wettbewerb unterstellt wird. Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, daß die in dem EuGH Urteil aufgestellten Grundsätze im Hinblick auf mögliche Umgehungstatbestände genau zu beachten sind. Mit anderen Worten ist bei der Festlegung auf ein mögliches PPP-Modell stets darauf zu achten, dass auch die Auswahl eines möglichen privaten Partners im Wettbewerb erfolgt, was ja nicht unbedingt a priori den Handlungsspielraum einschränkt.

Das BMWA weist in seiner Ergänzung zudem darauf hin, dass es darum gehe, institutionelle PPPs zu fördern, statt zu strenge vergaberechtliche Hürden aufzubauen. Denn auch solche PPPs seien durch das Urteil betroffen, deren privater Partner bereits durch ein wettbewerbliches Verfahren ausgewählt worden ist, da PPPs bekanntlich ihre effizienzsteigernde Aktivitäten erst langfristig entfalten und nicht nur zur Durchführung eines bestimmten Auftrags gegründet sind. Der Zweck der Gesellschaft laufe dann ins Leere, wenn ein Anschlussauftrag nicht mehr auf diese Gesellschaft übertragen werden kann und stets neu ausgeschrieben werden müsste. Das BMWA sieht im Rahmen der laufenden Verhandlungen zum **EU-Legislativpaket** die Möglichkeit, hier nicht eine gesonderte PPP-Richtlinie einzuführen, sondern stattdessen einen diesbezüglichen Vorschlag des Europäischen Parlaments (Art. 18 a zu „Aufträgen, die an von öffentlichen Auftraggebern geschaffene Einrichtungen vergeben werden“) anzubinden.

Zu anderen Punkten des PPP-Grünbuchs, wie z. B. dem „Wettbewerblichen Dialog“, sind seitens der Bundesregierung bereits Vorbereitungen zur Umsetzung vorgesehen, wie z. B. in der Verschlankeung des Vergaberechts (VgV, GWB), insbesondere die Anwendung der einschlägigen Vergabevorschriften nach VOL/A, bzw. VOB/A unter Beachtung der Ausschreibungskriterien oberhalb der (inzwischen angehobenen) EU-Schwellenwerte für Bauleistungen, bzw. Dienstleistungen. Eine europaweite Ausschreibung (offenes Verfahren) eines Auftrags hat immer dann zu erfolgen, wenn bestimmte Auftragswerte überschritten werden. (vgl. hierzu AWW/BMWA-Leitfaden „Public Private Partnership – Leitfaden für öffentliche Verwaltung und Unternehmer“, 2. Aufl. 2003)

PPP in der Erweiterung der Agenda 2010

Der Bundesrat hat in der Mitteilung Nr. 34/2005 vom 14. April 2005 an die Mitgliedsstaaten zur Vorbereitung der interparlamentarischen Debatte vom 25.4.2005 u. a. den Katalog „20 Maßnahmen zur Fortsetzung der Agenda 2010“ vorgestellt, welcher vom Kabinett in einer Regierungserklärung vom 17. März 2005 angekündigt worden ist. Darin betreffen auch einige Punkte die Förderung von PPPs, insbesondere die Mobilisierung und Nutzung von privatem Kapital für öffentliche Zwecke in Folge der sich stetig verschlechternden Investitionsquoten von Bund, Ländern und Kommunen.

Hierzu zählen:

- Der Gesetzentwurf zur Beschleunigung von Planungsverfahren für Infrastrukturprojekte („Infrastrukturplanungs-Beschleunigungsgesetz“).
- Ein Sofort-Investitionsprogramm über 2 Mrd. € für 4 Jahre als Anschubfinanzierung für die sogenannten A-Modelle.
- Der Entwurf zum PPP-(ÖPP-)Beschleunigungsgesetz.

Eckdaten zum Entwurf des PPP-Beschleunigungsgesetzes

Ein wesentlicher Bestandteil dürfte dabei der Arbeitsentwurf der SPD-Bundestagsfraktion für ein **ÖPP-(PPP-)Beschleunigungsgesetz** sein, der zur Beseitigung bestehender Hemmnisse bei PPPs beitragen soll. Allerdings sind nicht alle Vorschläge dieser Initiative interministeriell abgestimmt. Auch bleibt nach den jüngsten politischen Entwicklungen (NRW-Wahl, vorgezogene Bundestagswahl) abzuwarten, ob es wie geplant noch vor der Sommerpause zur Vorlage eines entsprechenden Antrags im Bundestag kommt.

Derzeit beinhaltet der Entwurf 5 wesentliche Handlungsfelder. Diese beziehen sich auf:

- **Neue Finanzierungsmöglichkeiten** (Stichworte: „Infrastrukturfonds“, Erweiterte Anlagemöglichkeiten für Offene Immobilienfonds).

Die Anlagemöglichkeiten von Offenen Immobilienfonds werden erweitert: Es sollen Eigentümerrechte eingeräumt werden (Erbbaurecht, Nießbrauch). Portfolios sollen bis zu 10 % Beteiligungen an PPP-Projektgesellschaften beigemischt werden können. Es soll im Rahmen des Investmentgesetzes (InvG) ein neuer Fondstyp, der sogenannte **„Infrastrukturfonds“**, gebildet werden. Dabei sind noch eine Reihe von Fragen zu klären, insbesondere, was die Bewertung und Anteilsrücknahme anbetrifft. Dies gilt auch bei Nutzung von Investmentaktiengesellschaften.

- **Steuerbefreiungsmöglichkeiten** (Stichworte: „Tax Refunds“, Grundsteuer)

Ein Grundproblem bei Wirtschaftlichkeitsvergleichen von PPPs gegenüber Eigenlösungen von Kommunen besteht in dem Umsatzsteuernachteil. Eine Mehrwertsteuerrückerstattung analog dem Tax Refund-System wie es in anderen Mitgliedsstaaten praktiziert wird, ist schon aufgrund des föderalen Staatsaufbaus und Umsatzsteueraufkommensverteilungsverfahrens schwierig. Die potenzielle Benachteiligung und der Wettbewerbsnachteil bei PPP-Lösungen besteht jedoch. Eine Klärung auf der Grundlage zweier Sachverständigengutachten konnte bislang noch nicht erzielt werden. PPP-Projekte erfordern häufig eine Eigentumsübertragung auf den Lebenszyklus des Projekts mit anschließender Rückübertragung. Das PPP-Beschleunigungsgesetz sieht eine Freistellung von der Grundsteuer vor. Gleiches gilt für die Grunderwerbssteuer. Um mög-

lichen Nachteilen für Kommunen wegen Steuerausfällen zu begegnen, wird eine entsprechende Formulierung des Steuerbefreiungstatbestands für PPP-Modelle vorbereitet.

- **Änderungen im Bundeshaushaltsrecht** (Stichworte: „Risikoverteilung und -bewertung“, „Veräußerung von Vermögensgegenständen“, „Maastricht-Kriterien“)

Die Einschränkung des Veräußerungsverbots für Vermögensgegenstände soll nicht nur für ein Haushaltsjahr, sondern generell gelten. In § 7 BHO soll mit der Einbeziehung von Risikobewertung/Risikoaufteilung ein Grundprinzip bei PPPs festgeschrieben werden. Es geht dabei um die Bewertung des Risikotransfers von der öffentlichen Hand auf den Privaten, der beim Kosten-, respektive Wirtschaftlichkeitsvergleich berücksichtigt werden muss. Der Grad des Risikotransfers (Baurisiko, Ausfallrisiko, Nachfragerisiko) ist auch Gegenstand des EUROSTAT-Beschlusses vom 11. Februar 2004 zur Einordnung von PPPs auf der Grundlage der Maastricht-Kriterien (vgl. hierzu auch Teil III dieses Beitrags, in AWW Info 5/2004).

- **Vergaberecht** (Stichworte: „Erbringung von Eigenleistungen“, „Verhandlungsverfahren“, „Wettbewerblicher Dialog“)

Die bislang gesetzlich vorgeschriebene Erbringung von Eigenleistungen durch den Auftragnehmer soll entfallen, wenn dieser den Nachweis erbringt, dass er über die Mittel eines (leistungsfähigen) Dritten verbindlich und dauerhaft verfügen kann. Nach wie vor soll das Prinzip des „Verhandlungsverfahrens“ bei sog. „komplexen“ PPP-Projekten gelten und als „Option“ der von der EU im PPP-Grünbuch vorgesehene „Wettbewerbliche Dialog“ (s. Stellungnahme der Bundesregierung zum PPP-Grünbuch). In der Neuordnung des Vergaberechts sollen diese Punkte konkretisiert werden.

- **Gebührenrecht** (Stichwort: Wahlmöglichkeit, „Mautgebühr“ - sowohl öffentlich-rechtliche Gebühr als auch privatwirtschaftliches Entgelt)

Es soll eine Vereinheitlichung des Begriffs „Mautgebühr“ erfolgen: Mautgebühren können sowohl öffentliche Gebühren als auch privatrechtliche Entgelte sein. Dem privaten Betreiber soll die Möglich-

den IT-Bereich, den Spezifika eines der wichtigsten Dienstleistungssektoren gerecht wird. Hierunter fallen auch Tatbestände wie die Dienstleistungskonzession, Beileihung, Anwendung von Rahmenverträgen, die Behandlung des Life-Cycle-Ansatzes. Erste Erfahrungen mit PPPs bei IT-Projekten im Bund und einigen Bundesländern (s. *Beispiele Tabelle unten*) deuten

IT-Geschäftsprozessoptimierung Projektbeispiele Bund/Land/Kommune

Projekttyp	Öffentlicher Partner	Privater Partner	Projekt-Gegenstand	Status
PPP	Bund - nachgeordnete Bundesbehörden	k. A.	"GPO" Einführung + Betrieb SAP R/3	Lfd. Projekt Vorstudie mit Machbarkeitsempfehlung- "PPP-Eignungstest"
Outsourcing	Land Hessen	Accenture	SAP R/3 (→ Landesverwaltungen)	Lfd. Projekt
PPP	Stadt Wiesbaden	Siemens		operational
PPP	Land Bremen	T-Systems (ex DEBIS)	Rechenzentrum	operational

keit der Refinanzierung durch ein privates Entgelt eingeräumt werden, in Analogie zu dem in einigen Bundesländern in den Kommunalabgabengesetzen verankerten Möglichkeit, dass Kommunen anstelle von Benutzungsgebühren auch privatrechtliche Entgelte zur Deckung ihrer Kosten erheben können.

Weiterer Klärungsbedarf

Weitere klärungsbedürftige Grundsatzzhemen betreffen die Überprüfung der unterschiedlichen, teils unübersichtlichen Förderregularien bei Bund und Ländern, die teils restriktiven Zuwendungskriterien, die Behandlung von Investitionszuschüssen. Klärungsbedarf besteht, ob und inwieweit die Anwendung von Vergaberecht, Verhandlungsverfahren, Wettbewerblicher Dialog für PPP-Projekte außerhalb des Bausektors, insbesondere für

darauf hin, dass gerade für die IT- und Softwarebranche innovative Ansätze (Einsparmodelle, Share-in-Savings, Outsourcing mit Risikokomponenten) und adäquate Wirtschaftlichkeitsvergleiche erforderlich sind, die eine Weiterentwicklung des „baugetriebenen“ Public Sector Comparator (PSC) und der konventionellen Wirtschaftlichkeitsbewertung nach IT WiBe notwendig erscheinen lassen. (s. *Grafik S. 15*).

Teil I, II, III und IV dieses Beitrags können Sie in den Ausgaben 4/03, 1/04, 5/04 und 2/05 der AWW-Informationen nachlesen.

Der Autor ist verantwortlicher Verfasser der beiden PPP-Leitfäden des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit (BMWA), Leiter der AWW/BMWA Projektgruppe PPP und Mitglied der Arbeitsgruppe „Wettbewerb, Öffentliche Beschaffung, PPP“ der EU Kommission/Generaldirektion Binnenmarkt/Dienstleistungen. Dipl. Vw. Rolf-Roger Hoepfner; erha consulting group, Berlin-Brüssel; Tel. 030/36 80 10 43; E-Mail: rhoepfner@erha-management.com

(wird fortgesetzt)