



Gesetzentwurf

der Landesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften

Federführend ist das Finanzministerium

A. Problem

Im Koalitionsvertrag für die 16. Legislaturperiode des Schleswig-Holsteinischen Landtags haben sich die Koalitionsparteien darauf verständigt, die Zusammenarbeit der öffentlichen Verwaltungsträger mit Privaten zu intensivieren, die für diese Kooperation vorhandenen rechtlichen Rahmenbedingungen zu verbessern und bestehende Hindernisse zu beseitigen, um auf diese Weise die Voraussetzungen für ein stärkeres wirtschaftliches Wachstum zu schaffen. Dazu hat das Kabinett in einem ersten Schritt am 9. August 2005 ein Konzeptpapier, die stärkere Einbindung der IB bei Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen einschließlich finanzieller Unterstützung aus Mitteln des Schleswig-Holstein-Fonds sowie die Einrichtung eines Koordinatoren-Teams im Finanzministerium beschlossen.

Die Träger der öffentlichen Verwaltung werden die Herausforderungen der Zukunft nur bewältigen können, wenn sie sich auf die Wahrnehmung ihrer Kernaufgaben beschränken. Kooperationen zwischen der Öffentlichen Hand und Privaten gewinnen vor dem Hintergrund der Verschuldung der öffentlichen Haushalte und des erheblichen Bedarfs an öffentlichen Investitionen noch eine zusätzliche Bedeutung. Die vorhandenen gesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen verhindern zwar eine Kooperation zwischen Privaten und der Öffentlichen Hand nicht, tragen der in den letzten Jahren zu verzeichnenden Entwicklung und den unterschiedlichen Gestaltungsformen der Zusammenarbeit zwischen der Öffentlichen Hand und Privaten aber bisher nicht oder nur bruchstückhaft Rechnung. Schon seit einiger Zeit werden deshalb Forderungen erhoben, die rechtlichen, organisatorischen und finanziellen Rahmenbedingungen so zu verbessern, dass die Zusammenarbeit zwischen der Öffentlichen Hand und Privaten erleichtert wird. Aus der Bereitstellungsfunktion des Rechts wird die Verpflichtung des Gesetzgebers abgeleitet, der Verwaltung die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Handlungsformen, Institutionen, Entscheidungsverfahren und Organisationstypen zur Verfügung zu stellen. Diese Forderungen hat der Schleswig-Holsteinische Landtag mit seinem Beschluss vom 9. November 2005 aufgegriffen und die Landesregierung aufgefordert, die landesrechtlichen und organisatorischen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass Öffentlich Private Partnerschaften in Schleswig-Holstein erleichtert werden.

B. Lösung

Aufgabe des anliegenden Gesetzentwurfes soll es sein, einen allgemeinen Rechtsrahmen für Kooperationen zwischen der öffentlichen Hand und Privaten zu schaffen sowie darüber hinaus die Landeshaushaltsordnung und die Gemeindeordnung so zu ändern, dass ÖPP-Projekte erleichtert werden. Vereinfachungen der landesrechtlichen Regelungen zum Vergaberecht bleiben einer Initiative des Ministeriums für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr vorbehalten. Im Hinblick auf die begrenzte Gesetzgebungskompetenz des Landes müssen das Vergaberecht im Übrigen, das Zivilrecht, das Gesellschaftsrecht, das Wettbewerbsrecht und das Europäische Gemeinschaftsrecht ausgespart bleiben.

Der vorliegende Gesetzentwurf enthält als Artikel 1 einen eigenständigen Gesetzentwurf über die Zusammenarbeit zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten, der für alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts des Landes Geltung beansprucht. Der Gesetzentwurf enthält einen Orientierungsrahmen für die Bereiche möglicher Zusammenarbeit zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten und legt zugleich Mindeststandards vertraglicher Regelungen sowie die Rechtsfolgen bei unzulänglicher Ausgestaltung des Vertragsinhalts fest. Ergänzt werden diese Regelungen durch eine Ermächtigung zur Beleihung von Privaten mit hoheitlichen Befugnissen.

Die bei der Auswahl des (privaten) Vertragspartners zu beachtenden Grundsätze sind ebenfalls Gegenstand des Gesetzes. Die Träger der öffentlichen Verwaltung können die von ihnen wahrgenommenen Aufgaben darauf überprüfen, ob sie verzichtbar sind oder in anderer Weise erfüllt werden können. Damit verbunden ist die Option, in geeigneten Fällen Privaten die Möglichkeit zur Darlegung zu geben, ob und inwieweit sie die von den Trägern der öffentlichen Verwaltung wahrgenommenen Aufgaben ebenso gut oder besser wahrnehmen können. Für die Durchführung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen zur Feststellung, ob die von den Verwaltungsträgern wahrgenommenen Aufgaben ebenso gut oder besser in Zusammenarbeit mit Privaten erfüllt werden können, wird eine auf den Lebenszyklus des Projekts bezogene Betrachtung ausdrücklich zur Pflicht gemacht.

Außerdem wird klargestellt, dass die Zuwendungsfähigkeit von (insbesondere kommunalen) Projekten nicht davon abhängig ist, ob der Träger der öffentlichen Verwaltung die betreffende Aufgabe allein oder in einer Öffentlich Privaten Partnerschaft erfüllt und Eigentümer des für die Aufgabenerledigung benötigten Sachvermögens ist oder nicht.

Artikel 2 des Gesetzentwurfes hat Änderungen der Landeshaushaltsordnung zum Gegenstand. § 7 wird ergänzt um die ausdrückliche Verpflichtung zur permanenten Aufgabenkritik. Das Land wird zugleich verpflichtet, in geeigneten Fällen privaten Anbietern die Möglichkeit zu geben, darzulegen, ob und inwieweit sie die vom zuständigen Aufgabenträger wahrgenommenen Aufgaben ebenso gut oder besser wahrnehmen können. Die Landesverwaltung soll darüber hinaus auch durch die Landeshaushaltsordnung verpflichtet werden, Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen zur Feststellung, ob die wahrgenommenen Aufgaben ebenso gut oder besser in Zusammenarbeit mit Privaten erfüllt werden können, nach den Maßstäben des § 6 des Gesetzes über die Zusammenarbeit zwischen Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten durchzuführen.

Mit einer Änderung des § 63 LHO soll es dem Land ermöglicht werden, neben den unbeweglichen Vermögensgegenständen zugleich auch bewegliche Vermögensgegenstände des Landes zur langfristigen Eigennutzung zu veräußern, wenn auf diese Weise die Aufgaben des Landes mindestens ebenso wirtschaftlich erfüllt werden können.

Mit Artikel 3 des Gesetzentwurfs ist eine Änderung des § 90 der Gemeindeordnung vorgesehen. Das kommunalrechtliche Verbot der Veräußerung von Vermögen, das für die Aufgabenerfüllung der Kommune weiterhin benötigt wird, soll entfallen. An seine Stelle soll eine § 63 der LHO in der Fassung dieses Artikelgesetzes angepasste Regelung in die Gemeindeordnung aufgenommen werden.

C. Alternativen

Ein Verzicht auf eine gesetzliche Regelung und lediglich die Veröffentlichung von Leitfäden als Orientierungshilfe stellt keine zielführende Alternative dar. Ein Leitfaden ist nicht verpflichtend und entfaltet nur eingeschränkte Wirkung.

D. Kosten und Verwaltungsaufwand

1. Kosten

Die vorgesehenen Gesetzesänderungen werden keine unmittelbaren Auswirkungen auf den Landeshaushalt haben. Dies gilt auch für die kommunalen Haushalte. Bei einer konsequenten Nutzung der Möglichkeiten zur Einbindung privater Partner und einer sinnvollen Risikoverteilung können in den öffentlichen Haushalten langfristige Einsparpotenziale generiert werden.

ÖPP eröffnet die Möglichkeit, den Staat auf seine Kernaufgaben zurückzuführen. ÖPP wird dazu beitragen, Beschaffungsvorgänge der öffentlichen Hand transparenter zu machen. Im Rahmen von ÖPP kommt es zu optimierten Risikoallokationen mit privaten Partnern. Nach bisherigen Erfahrungen aus aktuellen Projekten aus Deutschland können gegenüber einer konventionellen Realisierung bezogen auf den gesamten Lebenszyklus eines Projektes (Planung, Bau / Sanierung, Finanzierung, Betrieb und ggf. Verwertung) erhebliche Effizienz- und Kostenvorteile realisiert werden.

Ein wichtiger Aspekt ist die Vermögenssicherung durch Werterhalt. Durch den ganzheitlichen Ansatz wird sichergestellt, dass im Rahmen des Betriebs auch die Werterhaltung eines Objektes berücksichtigt wird.

2. Verwaltungsaufwand

Das Gesetz wird nach der Einführungsphase zu Verwaltungserleichterungen führen.

3. Auswirkungen auf die private Wirtschaft

Durch das Gesetz wird ein Rechtsrahmen für ÖPP geschaffen. Dieser bietet Sicherheit sowohl für die öffentliche Hand als auch für die privaten Partner. Das Gesetz wird zu einer Vereinfachung und Beschleunigung von ÖPP beitragen. Die regionale Wirtschaft soll so weitgehend wie möglich eingebunden werden. Wirt-

schaftliche Impulse in der Region werden erzeugt. Die Standortbedingungen im Lande werden verbessert. Dies trägt zur Stabilisierung und Schaffung von Arbeitsplätzen bei.

Ein besonderes Augenmerk wird auch auf den Mittelstand zu richten sein. Die Einbindung des Mittelstands erfolgt bei sehr großen Projekten auf der Ebene von Subauftragsverhältnissen. In kleinere und mittlere ÖPP - und damit in die Mehrzahl der ÖPP-Projekte - kann der Mittelstand direkt einbezogen werden. Unternehmen, die die Betreiberleistung nicht alleine anbieten können, müssen Kooperationen eingehen. ÖPP ist deshalb auch eine Chance für den Mittelstand. Sie erfordert zwar eine Neuausrichtung des Geschäftsfelds auf eine langfristige Betreiber-Dienstleistung. Damit entsteht aber ein Wettbewerbsvorteil gegenüber reinen Bau-Wettbewerbern. ÖPP kann somit eine Alternativstrategie für mittelständische Bauunternehmen und Dienstleister gegen ruinösen Preiswettbewerb sein. Dies ist insbesondere im Hinblick auf die EU-Osterweiterung von einer zentralen strategischen Bedeutung.

E. Information des Landtages nach Artikel 22 der Landesverfassung

Der Gesetzentwurf ist dem Präsidenten des Schleswig-Holsteinischen Landtages mit Schreiben vom übersandt worden.

F. Federführung

Federführend ist das Finanzministerium.

Gesetz zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften

Vom

Der Landtag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Gesetz über die Zusammenarbeit zwischen Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten

§ 1 Anwendungsbereich des Gesetzes

Dieses Gesetz gilt für die auf mehrere Jahre vereinbarte Zusammenarbeit der Träger der öffentlichen Verwaltung nach § 2 Abs. 1 und 2 des Landesverwaltungsgesetzes mit Privaten bei der Erledigung der von ihnen wahrgenommenen Aufgaben. Es gilt nicht für die Tätigkeit des Bundes sowie der Kirchen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsgemeinschaften des öffentlichen Rechts und deren Verbände und Einrichtungen im Land Schleswig-Holstein.

§ 2 Zulässigkeit der Zusammenarbeit mit Privaten

(1) Soweit überwiegende öffentliche Interessen oder gesetzliche Vorschriften nicht entgegenstehen, können die Träger der öffentlichen Verwaltung bei der Erledigung der von ihnen wahrgenommenen Aufgaben mit Privaten auf vertraglicher Grundlage zusammenarbeiten. Die Zusammenarbeit kann sich auf unterstützende Tätigkeiten der Privaten ohne Außenwirkung, ihre unmittelbare Einbeziehung in die Erledigung der von den Trägern der öffentlichen Verwaltung wahrgenommenen Aufgaben oder eine Aufgabenübertragung auf die Privaten beziehen.

(2) Eine Zusammenarbeit mit Privaten nach Absatz 1 lässt die Verpflichtungen des Trägers der öffentlichen Verwaltung gegenüber Dritten bei der Erledigung der von ihnen wahrgenommenen Aufgaben unberührt.

§ 3 Gegenstände vertraglicher Zusammenarbeit

Gegenstände der vertraglichen Zusammenarbeit zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten können insbesondere sein:

1. Übernahme der Planung, des Baus, der Finanzierung und des Betriebs einer dem Träger der öffentlichen Verwaltung gegen regelmäßiges Nutzungsentgelt zur Nutzung zu überlassenden Immobilie durch den Privaten,

- a) verbunden mit dem Eigentumsübergang zum Ende der Vertragslaufzeit (Erwerbermodell),
- b) verbunden mit der Option zum Erwerb der Immobilie zum Ende der Vertragslaufzeit (Leasingmodell),
- c) ohne Erwerbsoption zum Ende der Vertragslaufzeit (Mietmodell);

2. Übernahme der Planung, des Neu-, Aus- oder Umbaus oder der Sanierung, der Finanzierung und des Betriebs einer im Eigentum des Trägers der öffentlichen Verwaltung stehenden Immobilie durch den Privaten gegen regelmäßiges Nutzungsentgelt (Inhabermodell);

3. Übernahme von Bauarbeiten und betriebswirtschaftlichen Optimierungsmaßnahmen von bestimmten technischen Anlagen und Anlagenteilen durch den Privaten gegen ein regelmäßiges, zu Beginn der Zusammenarbeit festzulegendes Entgelt (Contractingmodell);

4. Übertragung von Aufgaben eines Trägers der öffentlichen Verwaltung auf eine Gesellschaft zur eigenverantwortlichen Erledigung, an der neben dem Träger der öffentlichen Verwaltung mindestens ein Privater gesellschaftsrechtlich beteiligt ist (Gesellschaftsmodell);

5. Übertragung von Aufgaben eines Trägers der öffentlichen Verwaltung auf einen Privaten zur eigenverantwortlichen Erledigung, verbunden mit der Übertragung oder Einräumung der Befugnis zur Erhebung von zivilrechtlichen Entgelten oder öffentlichen rechtlichen Gebühren (Konzessionsmodell);

6. Mischformen der in Nummer 1 bis 5 genannten Modelle.

§ 4 Beleihung

(1) Die Träger der öffentlichen Verwaltung werden ermächtigt, Privaten, die sich vertraglich zur Übernahme von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung zur eigenverantwortlichen Erledigung verpflichten, durch Verwaltungsakt hoheitliche Befugnisse zu übertragen, soweit dies für die Zwecke der beabsichtigten Zusammenarbeit erforderlich ist. In dem Verwaltungsakt sind Art und Umfang der übertragenen hoheitlichen Befugnisse, die Aufsichtsbehörde sowie der Umfang und die Mittel der Aufsicht zu bestimmen.

(2) Befugnisse zur Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts nach anderen Rechtsvorschriften bleiben unberührt.

§ 5 Aufgabenkritik

Die Träger der öffentlichen Verwaltung sollen die von ihnen wahrgenommenen Aufgaben daraufhin überprüfen, ob sie verzichtbar sind oder in anderer Weise erfüllt werden können. In geeigneten Fällen kann Privaten die Möglichkeit gegeben werden,

darzulegen, ob und inwieweit sie die von den Trägern der öffentlichen Verwaltung wahrgenommenen Aufgaben ebenso gut oder besser wahrnehmen können. § 7 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 der Landeshaushaltsordnung bleiben unberührt.

§ 6 Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen

Die Träger der öffentlichen Verwaltung können Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchführen, um festzustellen, ob die von ihnen wahrgenommenen Aufgaben ebenso gut oder besser von Privaten oder in Zusammenarbeit mit Privaten erfüllt werden können. Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen zur Feststellung, ob die wahrgenommenen Aufgaben ebenso gut oder besser in Zusammenarbeit mit Privaten erfüllt werden können, haben sich auf den gesamten Lebenszyklus eines Projekts zu beziehen und sämtliche Kosten und Lasten sowie die Risikoverteilung in den Projektphasen der Planung, Realisierung und Abwicklung nach Vertragsbeendigung einzustellen. § 7 Abs. 2 der Landeshaushaltsordnung bleibt unberührt.

§ 7 Auswahl des Vertragspartners

(1) Verträge nach § 2 Abs. 1 dürfen nur mit Privaten geschlossen werden, die die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen.

(2) Unbeschadet der Anforderungen nach anderen Rechtsvorschriften dürfen Verträge nur unter Beachtung der Grundsätze des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz staatlichen Handelns geschlossen werden.

§ 8 Einflussssicherung und Aufsicht

(1) In den mit den Privaten zu schließenden Verträgen über die Zusammenarbeit nach § 2 Abs. 1 ist in geeigneter Weise sicherzustellen, dass den Trägern der öffentlichen Verwaltung ein hinreichender Einfluss auf die Erfüllung der den Privaten obliegenden Leistungspflichten eingeräumt wird, soweit dies zur Sicherstellung der von den Trägern der öffentlichen Verwaltung wahrgenommenen Aufgaben erforderlich ist.

(2) Werden die Privaten in die Erfüllung der den Trägern der öffentlichen Verwaltung gegenüber Dritten obliegenden Aufgaben unmittelbar einbezogen oder werden ihnen diese Aufgaben ganz oder teilweise übertragen, müssen den Trägern der öffentlichen Verwaltung vertragliche Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten eingeräumt werden, die eine jederzeitige Sicherstellung der von den Privaten zu erfüllenden Leistungspflichten gewährleisten, insbesondere Auskunfts-, Selbsteintritts-, Übernahme- oder Vetorechte, Genehmigungs- oder Abstimmungsvorbehalte oder das Recht zur außerordentlichen Kündigung des Vertrages im Falle einer schwerwiegenden Störung des Vertragsverhältnisses. Bei gesellschaftsrechtlicher Ausgestaltung der Vertragsbeziehung ist durch Gesellschaftsvertrag, Satzung oder in anderer Weise außerdem sicherzustellen, dass den Trägern der öffentlichen Verwaltung insbesondere im Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Kontrollorgan der Gesellschaft ein angemessener Einfluss eingeräumt wird.

§ 9 Mindestinhaltsklauseln

Ein Vertrag nach § 2 Abs. 1 muss unbeschadet weitergehender Anforderungen nach § 8 enthalten:

1. die Verpflichtung zur Einhaltung der bei der Erfüllung des Vertrages zu beachtenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften;
2. die Beschreibung der von der oder dem Privaten zu erbringenden Leistungen nach Art, Umfang, Zeitpunkt und Qualität;
3. Regelungen über die Planung, Kontrolle und Steuerung der von der oder dem Privaten nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen (Vertragscontrolling);
4. Regelungen über das der oder dem Privaten zustehende Leistungsentgelt sowie über die Anpassung des Leistungsentgelts bei einer Änderung der dem Vertragsabschluss zugrunde liegenden Verhältnisse;
5. Regelungen über die Verpflichtung der Vertragspartner zur Änderung und Anpassung des Vertrages, soweit der Träger der öffentlichen Verwaltung eine Änderung der von der oder dem Privaten geschuldeten Leistung wünscht und die Leistungsänderung bei Abwägung der Interessen beider Vertragspartner der oder dem Privaten zumutbar ist;
6. Regelungen über die Grundlagen für die Bemessung des im Falle einer Änderung des Vertragsinhalts nach Nummer 5 an den veränderten Leistungsinhalt anzupassenden Entgelts;
7. Regelungen über die Rechtsfolgen von Leistungsstörungen, insbesondere im Verzugsfall und bei Schlechtleistung;
8. bei Verträgen mit werk- oder kaufvertraglichen Elementen Regelungen über Art und Umfang der Mängelgewährleistung sowie die Verjährungsfristen;
9. Regelungen über die Haftung der Vertragsparteien sowie die Verteilung der Gefahr und der sonstigen vertraglichen Risiken;
10. Regelungen über die außerordentliche Kündigung des Vertrages und deren Rechtsfolgen;
11. Regelungen über die Rechtsfolgen bei Beendigung des Vertrages zum Ende der Vertragslaufzeit;
12. Die Verpflichtung der Vertragsparteien zur einvernehmlichen Ergänzung oder Änderung des Vertrages bei Fehlen oder Unvollständigkeit der Regelungen zur Einflussssicherung nach § 8, der Regelungen nach den Nummern 1 bis 11 oder sonstiger für die vertragsgemäße Erfüllung des Vertrages notwendiger Regelungen.

§ 10 Nichtigkeit des Vertrages

(1) Ein Vertrag nach § 2 Abs. 1, durch den die oder der Private in die Erfüllung der dem Träger der öffentlichen Verwaltung obliegenden Aufgaben unmittelbar einbezogen wird oder durch den ihr oder ihm diese Aufgaben ganz oder teilweise übertragen werden, ist nichtig, wenn dem Träger der öffentlichen Verwaltung keine vertraglichen Einwirkungs- und Kontrollrechte eingeräumt werden, die die jederzeitige Sicherstellung der von der oder dem Privaten zu erfüllenden Leistungspflichten gewährleisten, und die Vertragsparteien sich nicht auf eine einvernehmliche Ergänzung oder Änderung des Vertrages einigen.

(2) Für die Rückabwicklung empfangener Leistungen gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die ungerechtfertigte Bereicherung.

§ 11 Zuwendungsfähigkeit von Projekten der Zusammenarbeit

Bedienen sich die Träger der öffentlichen Verwaltung zur Erledigung der von ihnen wahrgenommenen Aufgaben Privater nach § 2 Abs. 1, sind die gemeinsam mit den Privaten erledigten Aufgaben ohne Rücksicht auf die eigentumsrechtliche Zuordnung des für die Aufgabenerledigung benötigten Sachvermögens nach Maßgabe der zuwendungsrechtlichen Bestimmungen in gleichem Umfang wie die in alleiniger Verantwortung der Träger der öffentlichen Verwaltung erfüllten Aufgaben zuwendungsfähig, soweit nicht Rechtsvorschriften des Bundes oder der Europäischen Union ausdrücklich etwas anderes bestimmen.

§ 12 Ergänzende Anwendung von Rechtsvorschriften

Ist Gegenstand des Vertrages nach § 2 Abs. 1 ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, finden die Vorschriften des Landesverwaltungsgesetzes über den öffentlich-rechtlichen Vertrag (§§ 121 ff.) ergänzend Anwendung. Im Übrigen gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Artikel 2

Änderung der Landeshaushaltsordnung

Die Landeshaushaltsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. Juni 1992 (GVOBl. Schl.-H. S. 381), zuletzt geändert durch Gesetz vom 15. Dezember 2005 (GVOBl. Schl.-H. S. 568), wird wie folgt geändert:

1. § 7 wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 1 wird folgender Satz 2 angefügt:
"Diese Grundsätze verpflichten zur Prüfung, inwieweit wahrgenommene Aufgaben verzichtbar sind oder in anderer Weise erfüllt werden können."
- b) In Absatz 2 werden folgende Sätze 2 und 3 angefügt:
"In geeigneten Fällen ist Privaten die Möglichkeit zu geben, darzulegen, ob und inwieweit sie die vom Land wahrgenommenen Aufgaben ebenso gut oder besser wahrnehmen können. Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen zur Feststellung, ob die wahrgenommenen Aufgaben ebenso gut oder besser in Zusammenarbeit mit Privaten erfüllt werden können, haben sich auf den gesamten Lebenszyklus eines Projekts zu beziehen und sämtliche Kosten und Lasten sowie die Risikoverteilung in den Projektphasen der Planung, Realisierung und Abwicklung nach Vertragsbeendigung einzustellen."

2. § 63 wird wie folgt geändert:

- a) Absatz 2 erhält folgende Fassung:
„(2) Vermögensgegenstände dürfen nur veräußert werden, wenn sie zur Erfüllung der Aufgaben des Landes in absehbarer Zeit nicht benötigt werden. Werden sie zur Erfüllung der Aufgaben des Landes weiterhin benötigt, dürfen sie zur langfristigen Eigennutzung veräußert werden, wenn auf diese Weise die Aufgaben des Landes mindestens ebenso wirtschaftlich erfüllt werden können.“
- b) In Absatz 3 wird folgender Satz 3 angefügt:
„Ist der Wert gering oder besteht ein dringendes Landesinteresse, so kann das Finanzministerium Ausnahmen zulassen.“
- c) Absatz 4 wird aufgehoben.
- d) Der bisherige Absatz 5 wird Absatz 4 und wie folgt gefasst:
„(4) Für die Überlassung der Nutzung eines Vermögensgegenstandes gelten die Absätze 2 und 3 entsprechend.“

Artikel 3

Änderung der Gemeindeordnung

Die Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. Februar 2003 (GVOBl. Schl.-H. S. 57), zuletzt geändert durch Gesetz vom 28. März 2006 (GVOBl. Schl.-H. S. 28), wird wie folgt geändert:

§ 90 wird wie folgt geändert:

1. In Absatz 1 wird folgender Satz 2 eingefügt:

„Werden sie zur Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde weiterhin benötigt, dürfen sie zur langfristigen Eigennutzung veräußert werden, wenn auf diese Weise die Aufgaben der Gemeinde mindestens ebenso wirtschaftlich erfüllt werden können.“

2. In Absatz 2 wird die Angabe „Satz 2“ gestrichen.

Artikel 4

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tage nach seiner Verkündung in Kraft.

Begründung

A. Allgemeiner Teil

Im Koalitionsvertrag für die 16. Legislaturperiode des Schleswig-Holsteinischen Landtags haben sich die Koalitionsparteien darauf verständigt, die Zusammenarbeit der öffentlichen Verwaltungsträger mit Privaten zu intensivieren, die für diese Kooperation vorhandenen rechtlichen Rahmenbedingungen zu verbessern und bestehende Hindernisse zu beseitigen, um auf diese Weise die Voraussetzungen für ein stärkeres wirtschaftliches Wachstum zu schaffen. Dazu hat das Kabinett in einem ersten Schritt am 9. August 2005 ein Konzeptpapier, die stärkere Einbindung der IB bei Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen einschließlich finanzieller Unterstützung aus Mitteln des Schleswig-Holstein-Fonds sowie die Einrichtung eines Koordinatoren-Teams im Finanzministerium beschlossen.

Die Träger der öffentlichen Verwaltung werden die Herausforderungen der Zukunft nur bewältigen können, wenn sie sich auf die Wahrnehmung ihrer Kernaufgaben beschränken. Kooperationen zwischen der Öffentlichen Hand und Privaten gewinnen vor dem Hintergrund der Verschuldung der öffentlichen Haushalte und des erheblichen Bedarfs an öffentlichen Investitionen noch eine zusätzliche Bedeutung. Die vorhandenen gesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen verhindern zwar eine Kooperation zwischen Privaten und der Öffentlichen Hand nicht, tragen der in den letzten Jahren zu verzeichnenden Entwicklung und den unterschiedlichen Gestaltungsformen der Zusammenarbeit zwischen der Öffentlichen Hand und Privaten aber bisher nicht oder nur bruchstückhaft Rechnung. Schon seit einiger Zeit werden deshalb Forderungen erhoben, die rechtlichen, organisatorischen und finanziellen Rahmenbedingungen so zu verbessern, dass die Zusammenarbeit zwischen der Öffentlichen Hand und Privaten erleichtert wird. Aus der Bereitstellungsfunktion des Rechts wird die Verpflichtung des Gesetzgebers abgeleitet, der Verwaltung die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Handlungsformen, Institutionen, Entscheidungsverfahren und Organisationstypen zur Verfügung zu stellen. Diese Forderungen hat der Schleswig-Holsteinische Landtag mit seinem Beschluss vom 9. November 2005 (Drs. 16/347) aufgegriffen und die Landesregierung aufgefordert, die landesrechtlichen und organisatorischen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass Öffentlich Private Partnerschaften in Schleswig-Holstein erleichtert werden.

Aufgabe des Gesetzes zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften soll es sein, einen allgemeinen Rechtsrahmen für Kooperationen zwischen der öffentlichen

Hand und Privaten zu schaffen sowie darüber hinaus die Landeshaushaltsordnung und die Gemeindeordnung so zu ändern, dass ÖPP-Projekte erleichtert werden. Vereinfachungen der landesrechtlichen Regelungen zum Vergaberecht bleiben einer Initiative des Ministeriums für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr vorbehalten. Im Hinblick auf die begrenzte Gesetzgebungskompetenz des Landes müssen das Vergaberecht im Übrigen, das Zivilrecht, das Gesellschaftsrecht, das Wettbewerbsrecht und das Europäische Gemeinschaftsrecht ausgespart bleiben. Eine Reihe von Fragen werden im Anschluss an diese gesetzlichen Regelungen auf untergesetzlicher Ebene zu klären sein. Als Stichworte seien hier eine Anpassung der Förderrichtlinien an die Bedürfnisse von ÖPP-Projekten, Orientierungshilfen zum Wirtschaftlichkeitsvergleich und Fragen in Zusammenhang mit der haushaltsrechtlichen Zuordnung der Kosten von ÖPP-Projekten genannt. Die Einführung der Doppik im Landesbereich bleibt einer späteren Regelung vorbehalten.

Konzeptionell bedarf es eines Artikelgesetzes. Als Artikel 1 ist ein eigenständiges Gesetz über die Zusammenarbeit zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten, das für alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts des Landes Geltung beansprucht, vorzusehen. Das Gesetz enthält einen Orientierungsrahmen für die Bereiche möglicher Zusammenarbeit zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten (§§ 1 bis 3) und legt zugleich Mindeststandards vertraglicher Regelungen (§§ 8 und 9) sowie die Rechtsfolgen bei unzulänglicher Ausgestaltung des Vertragsinhalts fest (§ 10). Ergänzt werden diese Regelungen durch eine Ermächtigung zur Beleihung von Privaten mit hoheitlichen Befugnissen, soweit diese für die Zwecke der beabsichtigten Kooperation erforderlich ist (§ 4).

Die bei der Auswahl des (privaten) Vertragspartners zu beachtenden Grundsätze sind Gegenstand des § 7 des Gesetzes. Die Träger der öffentlichen Verwaltung sollen die von ihnen wahrgenommenen Aufgaben daraufhin überprüfen, ob sie verzichtbar sind oder in anderer Weise erfüllt werden können. Damit verbunden ist die Option, in geeigneten Fällen Privaten die Möglichkeit zu geben, darzulegen, ob und inwieweit sie die von den Trägern der öffentlichen Verwaltung wahrgenommenen Aufgaben ebenso gut oder besser wahrnehmen können (§ 5). Für die Durchführung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen zur Feststellung, ob die von den Verwaltungsträgern wahrgenommenen Aufgaben ebenso gut oder besser in Zusammenarbeit mit Privaten erfüllt werden können, wird eine auf den Lebenszyklus des Projekts bezogene Betrachtung (so genannter ganzheitlicher Ansatz) ausdrücklich zur Pflicht gemacht (§ 6).

Das Gesetz soll außerdem klarstellen, dass die Zuwendungsfähigkeit von (insbesondere kommunalen) Projekten nicht davon abhängig ist, ob der Träger der öffentlichen Verwaltung die betreffende Aufgabe allein oder in einer Öffentlich Privaten Partnerschaft erfüllt und Eigentümer des für die Aufgabenerledigung benötigten Sachvermögens ist oder nicht (§ 11).

Artikel 2 des Gesetzes hat Änderungen der Landeshaushaltsordnung zum Gegenstand. § 7 soll ergänzt und die im Gesetz über die Zusammenarbeit zwischen Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten angesprochene Aufgabenkritik für die Landesverwaltung ausdrücklich zur Pflicht gemacht werden. Die in das Gesetz nach Artikel 1 § 5 aufgenommene Sollregelung mit dem Appell, privaten Anbietern die Möglichkeit zu geben, darzulegen, ob und inwieweit sie die vom zuständigen Aufgabenträger wahrgenommenen Aufgaben ebenso gut oder besser wahrnehmen können, soll für den Bereich der Landesbehörden über eine Änderung des § 7 der Landeshaushaltsordnung durch eine ausdrückliche Verpflichtung ersetzt werden. Die Landesverwaltung soll darüber hinaus auch durch die Landeshaushaltsordnung verpflichtet werden, Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen zur Feststellung, ob die wahrgenommenen Aufgaben ebenso gut oder besser in Zusammenarbeit mit Privaten erfüllt werden können, nach den Maßstäben des § 6 des Gesetzes über die Zusammenarbeit zwischen Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten durchzuführen.

Mit einer Änderung des § 63 LHO soll es dem Land ermöglicht werden, neben den unbeweglichen Vermögensgegenständen zugleich auch bewegliche Vermögensgegenstände des Landes zur langfristigen Eigennutzung zu veräußern, wenn auf diese Weise die Aufgaben des Landes mindestens ebenso wirtschaftlich erfüllt werden können.

Mit Artikel 3 des Gesetzentwurfs ist eine Änderung des § 90 der Gemeindeordnung vorgesehen. Das kommunalrechtliche Verbot der Veräußerung von Vermögen, das für die Aufgabenerfüllung der Kommune weiterhin benötigt wird, soll entfallen. An seine Stelle soll eine § 63 der LHO in der Fassung dieses Artikelgesetzes angepasste Regelung in die Gemeindeordnung aufgenommen werden.

B. Zu den einzelnen Vorschriften

Zu Artikel 1

Zu § 1

Mit dem Gesetz über die Zusammenarbeit zwischen Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten soll ein Rechtsrahmen für die Zusammenarbeit der Träger der öffentlichen Verwaltung im Land Schleswig-Holstein mit Privaten bei der Erledigung der von ihnen wahrgenommenen Aufgaben gesetzt werden.

Unter Zusammenarbeit ist ein arbeitsteiliges Zusammenwirken der öffentlichen Verwaltungsträger mit Privaten gemeint. Nachdem der Begriff des „Privaten“ mit dem Fernstraßenbau-Privatfinanzierungsgesetz in die Gesetzessprache eingeführt worden ist, kann er auch für die Zwecke dieses Gesetzes nutzbar gemacht werden. Private im Sinne dieses Gesetzes sind neben natürlichen Personen Personengesellschaften und juristische Personen des Privatrechts, soweit an ihnen nicht ausschließlich Träger der öffentlichen Verwaltung beteiligt sind.

Die Grundlage der Zusammenarbeit bildet – dem kooperativen Ansatz des Gesetzes folgend – eine zwischen den Beteiligten abzuschließende Vereinbarung (s. § 2 Abs. 1 Satz 1). Informelle Kooperationen zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten, bei denen es an einem rechtlichen Bindungswillen der Partner fehlt, fallen deshalb ebenso wenig unter den Anwendungsbereich des Gesetzes wie Rechtsbeziehungen in Über-/Unterordnungsverhältnissen.

Das Zusammenwirken zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten im Sinne dieses Gesetzes ist dadurch gekennzeichnet, dass die Interessen der öffentlichen Verwaltungsträger und der Privaten über die die Zusammenarbeit regelnde Vereinbarung bis zu einem gewissen Umfang parallel geschaltet sind; sie wirken zur Erreichung eines gemeinsamen, durch den Vertrag definierten Zieles zusammen. Zugleich muss die Kooperation von einer gewissen Dauer sein. Erforderlich ist deshalb die Vereinbarung einer mehrjährigen Zusammenarbeit. Durch das kooperative Element, die erwähnte partielle Parallelschaltung der Interessen beider Vertragspartner und die Längerfristigkeit der Zusammenarbeit unterscheidet sich die Kooperation im Sinne dieses Gesetzes von anderweitigen Rechtsbeziehungen der öffentlichen Verwaltungsträger zu Privaten, beispielsweise den für das Verwaltungsrecht typischen Über-/Unterordnungsverhältnissen zwischen Staat und Bürger oder Beschaffungsvorgängen der öffentlichen Hand, bei denen die Rechtsbeziehung der

Beteiligten in einem konventionellen Kauf-, Miet-, Werk- oder Dienstleistungsvertrag geregelt ist.

Das Gesetz erfasst als Hauptanwendungsfall sämtliche derzeit bekannten Formen Öffentlich Privater Partnerschaften, verzichtet zugleich aber bewusst darauf, diesen Begriff selbst zu übernehmen oder ihn gar zu definieren. Damit soll angesichts des noch nicht zum Abschluss gebrachten Diskussionsprozesses über den Begriff der Öffentlich Privaten Partnerschaften eine unangebrachte Einengung des Anwendungsbereichs dieses Gesetzes vermieden werden.

In der rechts- und finanzwissenschaftlichen Literatur hat es zwar in den vergangenen Jahren eine Reihe von Versuchen gegeben, eine allgemeine Definition des Begriffs der Öffentlich Privaten Partnerschaften oder Public-Private-Partnerships zu entwickeln. Diese Versuche haben insbesondere deshalb noch zu keinem befriedigenden Ergebnis geführt, weil es sich bei den Öffentlich Privaten Partnerschaften um eine Sammelbezeichnung höchst unterschiedlicher Kooperationsverhältnisse der Öffentlichen Hand mit Privaten handelt. Einvernehmen besteht aber inzwischen darüber, dass Öffentlich Private Partnerschaften langfristig angelegte Kooperationen zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten sind, bei denen die Privaten und die Öffentliche Hand teilweise (nämlich in Bezug auf die Erreichung eines bestimmten Ziels des Verwaltungsträgers) gleich geschaltete Interessen verfolgen.

Nach derzeitigem Begriffsverständnis zeichnen sich die Öffentlich Privaten Partnerschaften durch folgende Merkmale aus: 1. Lebenszyklusansatz (Leistungen, die über den gesamten Projektlebenszyklus (Planung, Bau/Sanierung, Betrieb, Finanzierung und ggf. Verwertung) zu erbringen sind, werden in einer gemeinsamen Ausschreibung vergeben.), 2. Bestimmung eines ziel- und produktorientierten Leistungssolls, 3. Risikoverteilung (Die optimale Risikoverteilung zwischen dem öffentlichen und dem privaten Partner ist ein wesentliches Element der Kooperation.) und 4. leistungsorientierte Vergütungsmechanismen (Der private Partner erhält für die Leistungserbringung eine in der Regel qualitäts-, nutzungs- und verfügbarkeitsabhängige Vergütung. Um entsprechende Anreize für Optimierungen zu schaffen, spielen oftmals leistungsabhängige Komponenten in der Vergütungsstruktur eine Rolle.). Starre Vorgaben hinsichtlich der Dauer des Kooperationsverhältnisses gibt es nicht.

Dem Zweck des Gesetzes folgend, einen Orientierungsrahmen für die möglichen Gegenstände der Kooperationen zwischen der Öffentlichen Hand und Privaten zu liefern, wird § 1 ergänzt durch die Regelung in § 3 dieses Gesetzes. Hier beschreibt das Gesetz in einer nicht abschließenden Aufzählung die gebräuchlichsten Modelle

längerfristig angelegter vertraglicher Zusammenarbeit zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten. Wegen der Einzelheiten kann auf die Begründung zu § 3 verwiesen werden.

Bei Kooperationen zwischen den Trägern der Öffentlichen Hand und Privaten, die sich nicht den Zusammenarbeitsmodellen nach § 3 zuordnen lassen, ist die Anwendbarkeit dieses Gesetzes anhand der materiellen Kriterien des § 1 Satz 1 zu bestimmen. Es ist somit im Einzelfall zu prüfen, ob die beabsichtigte Kooperation eine längerfristig angelegte mehrjährige Zusammenarbeit im weiter oben beschriebenen Sinne zum Gegenstand hat.

Verpflichtungsadressaten des Gesetzes sind die in § 2 Abs. 1 und 2 des Landesverwaltungsgesetzes genannten Träger der öffentlichen Verwaltung im Land Schleswig-Holstein. Ausgenommen bleibt der Tätigkeitsbereich des Bundes sowie der Kirchen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsgemeinschaften des öffentlichen Rechts und deren Verbände und Einrichtungen im Land Schleswig-Holstein, der Bereich der natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts sowie der nicht rechtsfähigen Vereinigungen.

Im Gegensatz zum Landesverwaltungsgesetz verzichtet das Gesetz über die Zusammenarbeit zwischen Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten bewusst auf die strikte Trennlinie zwischen der Erledigung öffentlicher Aufgaben in den Handlungsformen des Privatrechts einerseits und des öffentlichen Rechts andererseits. Das Gesetz beansprucht Geltung für das Handeln der öffentlichen Verwaltungsträger sowohl in zivilrechtlich als auch in öffentlich-rechtlich geprägten Aufgabenbereichen. Die Aufgabe der Trennlinie zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht ist für die Zwecke dieses Gesetzes aus mehreren Gründen angezeigt:

Erstens arbeitet die Öffentliche Hand bei der Erledigung der von ihr wahrgenommenen Aufgaben gerade in Öffentlich Privaten Partnerschaften sowohl im Bereich des Zivilrechts als auch des öffentlichen Rechts zusammen. Zweitens gibt das Landesverwaltungsgesetz in seinen Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag die klare Trennung zwischen öffentlichem Recht und Zivilrecht selbst auf, indem es die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs ergänzend für anwendbar erklärt (§ 129 LVwG). Drittens lassen sich die in den §§ 2 ff. des Gesetzes über die Zusammenarbeit zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten geregelten allgemeinen Grundsätze und die Grenzen der Zusammenarbeit zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten – wenngleich mit einigen Abstufungen in den §§ 8-10 – sozusagen vor die Klammer ziehen; sie gelten für das Handeln der

Träger der öffentlichen Verwaltung in den Formen des Zivilrechts wie des öffentlichen Rechts gleichermaßen. Viertens ist allgemein anerkannt, dass sich die Träger der öffentlichen Verwaltung nicht durch einen „Wechsel des Rechtskleids“ (Tätigwerden in den Handlungsformen des Privatrechts und/oder unter Einbeziehung Privater in die Aufgabenerfüllung) ihrer öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen entziehen können.

Eine allein den öffentlich-rechtlich geregelten Formen der Zusammenarbeit zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten verpflichtete Betrachtung würde das beabsichtigte Gesetzgebungsvorhaben, einen allgemeinen Rechtsrahmen für die Zusammenarbeit zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten bei der Erledigung der von der Öffentlichen Hand wahrgenommenen Aufgaben zu setzen, unvollständig machen.

Zu § 2

Soweit überwiegende öffentliche Interessen oder gesetzliche Vorschriften nicht entgegenstehen, können die Träger der öffentlichen Verwaltung bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben mit Privaten auf vertraglicher Grundlage zusammenarbeiten. Dieser Teil der Regelung in § 2 hat eine klarstellende Funktion und entspricht der herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Lehre. Eine ausdrückliche Regelung enthält nach bisherigem Recht das Landesverwaltungsgesetz in den Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag. Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann nach § 121 LVwG durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden, soweit Rechtsvorschriften dieser Handlungsform nicht entgegenstehen. Für den Bereich zivilrechtlicher Kooperationen zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten findet sich für den Fall einer Aufgabenübertragung eine ausdrückliche Regelung in § 24 Abs. 2 LVwG. Die Zulässigkeit der Kooperation mit Privaten wird ganz allgemein aus dem – in den Grenzen gesetzlicher Vorschriften bestehenden – Selbstorganisationsrecht der öffentlichen Verwaltungsträger sowie der Gestaltungsfreiheit des Privatrechts, die sich die Träger der öffentlichen Verwaltung grundsätzlich zu Nutze machen können, abgeleitet.

Die Grenzen der Zusammenarbeit zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten ergeben sich in erster Linie aus den bestehenden gesetzlichen Vorschriften. Gesetzliche Grenzen der Zusammenarbeit können sich aus der Rechtsordnung insgesamt ergeben. Die Träger der öffentlichen Verwaltung haben dabei insbesondere die Vorschriften des öffentlichen Rechts zu beachten. Aus dem europäischen Recht ist beispielsweise das Beihilfeverbot nach Art. 87 EGV zu nennen. Eine verfassungsrechtliche Grenze der Zusammenarbeit zwischen den Trägern der

öffentlichen Verwaltung und Privaten bildet der Funktionsvorbehalt nach Artikel 33 Abs. 4 GG. Die Ausübung hoheitlicher Befugnisse ist als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Auf einfachgesetzlicher Ebene sind neben den Anforderungen bundes- und landesrechtlicher Fachgesetze insbesondere auch die Anforderungen des Haushaltsrechts zu beachten, die die Träger der öffentlichen Verwaltung zu Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verpflichten. Ferner setzt die Gemeindeordnung (§ 101) der wirtschaftlichen Betätigung der aus dieser Vorschrift verpflichteten öffentlichen Verwaltungsträger Grenzen. Bei der Wahl gesellschaftsrechtlicher Konstruktionen der Zusammenarbeit sind außerdem die insoweit einschlägigen Anforderungen nach § 65 LHO bzw. § 102 GO zu beachten.

Soweit § 2 Abs. 1 Satz 1 als weitere Grenze der Zusammenarbeit zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten überwiegende öffentliche Interessen benennt, kommt dieser aus § 24 LVwG übernommenen Formulierung nur eine Aufnahmefunktion zu. In aller Regel wird sich anhand der bestehenden gesetzlichen Vorgaben klären lassen, ob die angestrebte Kooperation mit dem Privaten zulässig ist oder nicht. In Einzelfällen können einer angestrebten Kooperation zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten aber trotz Fehlens eines ausdrücklichen Verbots überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen. Dies können z.B. Weisungen oder Absprachen im Bereich der Auftragsverwaltung sein. Es bedarf dann einer Gesamtabwägung der für und gegen die Kooperation sprechenden Gesichtspunkte.

Die Zusammenarbeit zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten kann sich auf unterstützende Tätigkeiten der Privaten ohne Außenwirkung, ihre unmittelbare Einbeziehung in die Erledigung der von den Trägern der öffentlichen Verwaltung wahrgenommenen Aufgaben oder eine Aufgabenübertragung auf Private beziehen (§ 2 Abs. 1 Satz 2). Diese Differenzierung nach der Art und Intensität der Einbeziehung der Privaten in die Erledigung der von den Trägern der öffentlichen Verwaltung gegenüber den Bürgern wahrgenommenen Aufgaben ist dem Anliegen des Gesetzes geschuldet, einen Rechtsrahmen für die Zusammenarbeit der Träger der öffentlichen Verwaltung mit Privaten zu liefern. Je stärker der Private in die Erfüllung der Aufgaben der Daseinsvorsorge der öffentlichen Aufgabenträger gegenüber dem Bürger einbezogen wird, desto stärker wird das Steuerungsbedürfnis der Aufgabenerledigung durch den Träger der öffentlichen Verwaltung. Zugleich erhöhen sich mit der Intensität der Einbeziehung des Privaten in die Aufgabenerledigung die Hürden für die generelle Zulässigkeit des Handelns des Privaten. Das Gesetz über die Zusammenarbeit der Träger der öffentlichen Verwaltung und Privaten fordert

deshalb in § 8 eine Sicherung der staatlichen Einflussnahme auf die Aufgabenerledigung durch den Privaten, deren Umfang davon abhängt, inwieweit der Private in die Aufgabenverantwortung des Trägers der öffentlichen Verwaltung gegenüber dem Bürger eingebunden wird.

Eine (nur) unterstützende Tätigkeit des Privaten ohne Außenwirkung ist dann anzunehmen, wenn der Private in Rahmen seiner vertraglich geschuldeten Leistungserbringung in keinen unmittelbaren Kontakt mit dem Bürger tritt, die Erbringung der jeweiligen Aufgabe der Daseinsvorsorge vielmehr eine alleinige Angelegenheit des Trägers der öffentlichen Verwaltung bleibt. Das ist bei den Vertragsmodellen nach § 3 Nr. 1-3 der Fall.

Der Private wird in die Erledigung der von dem Träger der öffentlichen Verwaltung wahrgenommenen Aufgaben unmittelbar einbezogen, wenn er in einen tatsächlichen Leistungskontakt mit dem Bürger tritt, also die dem Träger der öffentlichen Verwaltung gegenüber dem Bürger obliegenden Leistungen tatsächlich ganz oder teilweise erbringt, ohne selbst in eine Rechtsbeziehung mit dem Bürger zu treten. Dies kann bei dem Gesellschaftsmodell (§ 3 Nr. 4) der Fall sein.

Eine Aufgabenübertragung auf den Privaten liegt beim so genannten Konzessionsmodell vor (§ 3 Nr. 5), ferner in sonstigen Fällen einer Beleihung.

Eine Zusammenarbeit mit Privaten bei der Erledigung der von den Trägern der öffentlichen Verwaltung wahrgenommenen Aufgaben lässt die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen der Verwaltungsträger gegenüber dem Bürger nicht entfallen. Das Gesetz schreibt diesen von Rechtsprechung und Lehre entwickelten und für die verschiedenen Tätigkeitsbereiche der Verwaltungsträger näher differenzierten Grundsatz in einer allgemein gehaltenen Klausel erstmalig fest (Absatz 2).

Die Träger der öffentlichen Verwaltung dürfen sich nämlich nicht durch eine „Flucht ins Privatrecht“ ihrer öffentlich-rechtlichen Bindungen entledigen. Diese Verpflichtung bedeutet, dass dem Bürger durch die Einbeziehung der Privaten keine weitergehenden Verpflichtungen auferlegt werden dürfen, als sie bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung der Rechtsbeziehung zum Bürger und bei alleinigem Tätigwerden der Träger der öffentlichen Verwaltung zulässig wären. Ansprüche des Bürgers dürfen nicht verkürzt werden. Ebenso ist die Bindung an den Gleichheitsgrundsatz (Artikel 3 GG) zu beachten. Der Bürger darf ferner durch die Einschaltung der Privaten hinsichtlich des Rechtsschutzes nicht schlechter gestellt werden als bei Aufgabenerledigung in ausschließlicher Verantwortlichkeit der Träger der öffentlichen Verwaltung.

Das Gesetz trägt diesen Forderungen durch eine flexible Verweisung auf die Weitergeltung der öffentlich-rechtlichen Verwaltungsträger im Einzelfall treffenden öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen Rechnung. Für die Rechtsanwendung bedeutet dies, dass zunächst zu klären ist, ob die Rechtsstellung des Bürgers durch die Zusammenarbeit mit den Privaten überhaupt berührt wird. Das ist nicht der Fall bei den Zusammenarbeitsmodellen nach § 3 Nr. 1-3, denn hier treten die Privaten in überhaupt keinen Leistungskontakt zum Bürger. Vertragsmodelle nach § 3 Nr. 1-3 haben vielmehr ausschließlich den eigentlichen Beschaffungsbereich der öffentlichen Hand zum Gegenstand; sie sind deshalb den so genannten fiskalischen Hilfstätigkeiten zuzuordnen.

Anders verhält es sich, wenn die Privaten in Aufgaben der Daseinsvorsorge der öffentlichen Hand unmittelbar eingebunden werden oder ihnen diese Aufgaben ganz oder teilweise übertragen werden. Dies kann bei dem Gesellschaftsmodell nach § 3 Nr. 4 – abhängig vom Gesellschaftszweck – der Fall sein. Aufgaben der Daseinsvorsorge mit einer Gewährleistungsverantwortung des öffentlichen Verwaltungsträgers werden darüber hinaus bei dem Konzessionsmodell nach § 3 Nr. 5 wahrgenommen. Die Pflichten, die den öffentlich-rechtlichen Verwaltungsträger treffen, und die er auch bei einer Zusammenarbeit mit Privaten im Sinne der staatlichen Gewährleistungsverantwortung zu erfüllen hat, ergeben sich aus den einschlägigen, für den jeweiligen Rechtsbereich geltenden Fachgesetzen des öffentlichen Rechts, darüber hinaus aus den Grundrechten.

Da dem Privaten, der in die Erfüllung der der Öffentlichen Hand gegenüber dem Bürger obliegenden Leistungspflichten eingebunden wird, die öffentlich-rechtlichen Bindungen des Verwaltungsträgers aber nicht von selbst treffen, ergeben sich aus den vorgenannten Zusammenhängen zugleich Anforderungen für den Inhalt der Rechtsbeziehung zwischen dem Träger der öffentlichen Verwaltung und den Privaten. Der Träger der öffentlichen Verwaltung muss die Rechtsbeziehung zu dem Privaten so ausgestalten, dass die Erfüllung der staatlichen Gewährleistungsverantwortung sichergestellt wird. Insoweit ist auf die Regelungen in den §§ 4 sowie 7 bis 9 zu verweisen.

Zu § 3

§ 3 beschreibt die derzeit bekanntesten und häufigsten Gegenstände längerfristig vertraglicher Zusammenarbeit zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten. Die beschriebenen Vertragsmodelle orientieren sich an den entsprechenden Definitionen des im Auftrag der Finanzministerkonferenz von einer Länderarbeitsgruppe erarbeiteten Entwurfs eines Gutachtens „Wirtschaftlichkeitsuntersuchun-

gen bei PPP-Projekten“, Stand 14.06.2006. Zweck der Vorschrift ist es, insoweit einen Orientierungsrahmen zu liefern. Da die Entwicklung im Bereich der möglichen längerfristig angelegten Kooperationen zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten bisher nicht zum Abschluss gekommen ist, ist die Vorschrift zugleich offen für Weiterentwicklungen, beispielsweise für auf bewegliche Sachen bezogene Zusammenarbeitsmodelle. Das Gesetz bringt dies in § 3 durch die Einfügung des Wortes „insbesondere“ zum Ausdruck. Zugleich stellt § 3 Nr. 6 klar, dass auch Mischformen der in den vorangegangenen Nummern 1 bis 5 genannten Modelle möglich sind.

Zu den in der Aufzählung nach § 3 besonders erwähnten Gegenständen der vertraglichen Zusammenarbeit:

– **Nr. 1 Buchstabe a) (Erwerbermodell):**

Der Private übernimmt bei diesem Modell auf einem in seinem Eigentum stehenden Grundstück Planung, Bau, Finanzierung und den Betrieb einer Immobilie, die von dem Träger der öffentlichen Verwaltung genutzt wird. Die Laufzeit dieser Verträge beträgt in der Regel 20-30 Jahre. Zum Vertragsende geht das Eigentum an Grundstück und Gebäude auf den öffentlichen Auftraggeber über. Das Entgelt besteht in einer regelmäßigen Zahlung an den Auftragnehmer; es wird bei Vertragsabschluss festgesetzt und besteht aus den Komponenten für Planung, Bau, Betrieb, Finanzierung und Erwerb der Immobilie inklusive Grundstück.

– **Nr. 1 Buchstabe b) (Leasingmodell):**

Der Private übernimmt hier Planung, Bau, Finanzierung und Betrieb einer Immobilie. Anders als beim Erwerbermodell besteht jedoch keine Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums am Ende der Vertragslaufzeit. Der Träger der öffentlichen Verwaltung hat vielmehr ein Optionsrecht, die Immobilie wieder zurückzugeben oder zu einem vorab fest kalkulierten Restwert zu erwerben. Neben der Kaufoption sind auch Mietverlängerungsoptionen oder Verwertungsabreden möglich. Als Nutzungsentgelt zahlt der Träger der öffentlichen Verwaltung regelmäßige Raten („Leasingraten“) an den Privaten in bei Vertragsschluss feststehender Höhe; Bestandteile dieser Raten sind die Entgelte für die (Teil-)Amortisation der Planungs-, Bau- und Finanzierungskosten einerseits und den Betrieb andererseits.

– **Nr. 1 Buchstabe c) (Mietmodell):**

Das Mietmodell entspricht weitgehend dem Leasingmodell, jedoch ohne Kaufoption mit zuvor festgelegtem Kaufpreis. Den Parteien bleibt es aber unbenommen, sich zum Ende der Vertragslaufzeit darüber zu einigen, dass der Verwaltungsträ-

ger das Grundstück mit Gebäude zum Verkehrswert erwirbt. Der Träger der öffentlichen Verwaltung zahlt regelmäßige Raten an den Privaten bei Vertragsschluss feststehender Höhe. Bestandteile dieser Raten sind das Entgelt für die Gebrauchsüberlassung und den Betrieb.

– **Nr. 2 (Inhabermodell):**

Beim Inhabermodell übernimmt der Private die Planung, den Neu-, Aus- oder Umbau bzw. die Sanierung, die Finanzierung und den Betrieb einer im Eigentum des Trägers der öffentlichen Verwaltung stehenden Immobilie gegen ein regelmäßiges Nutzungsentgelt. Im Unterschied zum Erwerbmodell ist der Träger der öffentlichen Verwaltung von Anfang an Eigentümer der Immobilie und des Grundstücks.

– **Nr. 3 (Contractingmodell):**

Dieses Vertragsmodell erfasst (Ein-)Bauarbeiten und betriebswirtschaftliche Optimierungsmaßnahmen von bestimmten technischen Anlagen oder Anlagenteilen durch den Privaten in einem Gebäude des Trägers der öffentlichen Verwaltung. Die Laufzeit beträgt ca. 5-15 Jahre, das Entgelt besteht in regelmäßigen, bei Vertragsschluss festgesetzten Zahlungen zur Abdeckung von Planungs-, Durchführungs-, Betriebs- und Finanzierungskosten des Privaten.

– **Nr. 4 (Gesellschaftsmodell):**

Bei dem Gesellschaftsmodell werden Aufgaben der Öffentlichen Hand (z.B. Finanzierung und Durchführung eines Infrastrukturprojekts) auf eine Gesellschaft übertragen, an der die Öffentliche Hand (oftmals mehrheitlich) neben einem oder mehreren privaten Unternehmen, deren Gesellschaftsanteile nicht ausschließlich von der Öffentlichen Hand gehalten werden, beteiligt ist. Das gesellschaftsvertragliche Modell kann mit weiteren ÖPP-Vertragsmodellen kombiniert werden. Dabei ist auch eine Aufteilung der zu erledigenden Aufgaben auf mehrere Gesellschaften denkbar, beispielsweise eine Aufspaltung in eine „Besitzgesellschaft“, die das Eigentum an den Anlagen hält und mehrheitlich der Öffentlichen Hand gehört, und eine „Betriebsgesellschaft“, die die Anlagen von der Besitzgesellschaft mietet oder pachtet und eigenverantwortlich führt. Anders als bei den Kooperationen nach den Nummern 1 bis 3, bei denen der Private die Aufgabenerledigung des öffentlichen Aufgabenträgers nur unterstützt, ohne im Außenrechtsverhältnis der Öffentlichen Hand zum Bürger in Erscheinung zu treten, kann der Private über seine Beteiligung an der Gesellschaft unmittelbar in die Erfüllung der dem Träger der öffentlichen Verwaltung obliegenden Aufgaben eingebunden werden. Das ist der Fall, wenn und soweit die Gesellschaft unmittelbar Aufgaben der Öffentlichen Hand ge-

genüber Privaten erfüllt, etwa im Bereich der Abfallentsorgung und Abwasserbeseitigung.

– **Nr. 5 (Konzessionsmodell):**

Beim Konzessionsmodell werden dem Privaten Aufgaben der öffentlichen Verwaltung zur eigenverantwortlichen Erledigung übertragen. Der Private erbringt eine bestimmte Leistung auf eigenes wirtschaftliches Risiko unmittelbar gegenüber dem Bürger. Im Gegenzug erhält er das Recht, seine Kosten über Entgelte oder Gebühren von Nutzern zu finanzieren. Hierzu muss eine unmittelbare Rechtsbeziehung zu den Nutzern begründet werden. Diese Rechtsbeziehung kann entweder zivilrechtlicher (Vertrag) oder hoheitlicher Art (Verwaltungsakt) sein. Soll die Rechtsbeziehung hoheitlich ausgestaltet werden, ist eine Beleihung erforderlich, die ihrerseits einer gesetzlichen Grundlage bedarf (§ 24 Abs. 1 Landesverwaltungsgesetz). Die gesetzliche Ermächtigung zur Übertragung hoheitlicher Befugnisse für die Zwecke einer Kooperation zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten ist Gegenstand der Regelung in § 4 dieses Gesetzes.

Beim Konzessionsmodell kann ein Anschluss- und Benutzungszwang vorgesehen werden. Bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Privaten und dem Nutzer kann dem Privaten die Befugnis zur Erhebung öffentlich-rechtlicher Gebühren mittels der Beleihung verliehen werden. Bei privatrechtlicher Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses bedarf es einer Tarifgenehmigung zur Erhebung des privatrechtlichen Entgelts.

Gegenstand einer Konzession kann sowohl eine Bau- als auch eine Dienstleistung sein. Ebenso sind Kombinationen denkbar. Hinsichtlich des Eigentumsübergangs zum Vertragsablaufzeitpunkt sind unterschiedliche Regelungen möglich. Vorstellbar ist z. B. ein automatischer Eigentumsübergang auf den Träger der öffentlichen Verwaltung ohne Schlusszahlung, eine Entschädigung zu einem fest vereinbarten Preis oder zum Verkehrswert, ferner Verlängerungsoptionen für den Vertrag. Der Träger der öffentlichen Verwaltung kann sich auch im Rahmen einer Anschubfinanzierung an den Kosten des Privaten beteiligen oder Zuschüsse zum laufenden Betrieb zusichern. Liegt der Leistungsschwerpunkt auf der Erbringung von Dienstleistungen, liegt eine Dienstleistungskonzession vor. Umgekehrt ist die Konzession als Baukonzession zu qualifizieren, wenn der Anteil der Bauleistungen überwiegt.

Zu § 4

Sollen dem Privaten Aufgaben des Verwaltungsträgers nach § 2 zur eigenverantwortlichen Erledigung übertragen und sollen die von dem Privaten wahrzunehmenden Aufgaben in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts wahrgenommen werden, können die dazu erforderlichen hoheitlichen Befugnisse dem Privaten im Wege der Beleihung verliehen werden. Die Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf Private steht unter dem Vorbehalt des Gesetzes (§ 24 LVwG). § 4 schafft die hierfür erforderliche Ermächtigungsgrundlage. Die Vorschrift ermächtigt die Träger der öffentlichen Verwaltung, die Befugnisse durch Verwaltungsakt zu übertragen (Abs. 1).

Die Beleihung ist ein selbständiger Hoheitsakt des zuständigen Trägers der öffentlichen Verwaltung. Sie tritt neben den mit dem Privaten über die Zusammenarbeit zu schließenden Vertrag nach § 2 Abs. 1. Der mit dem Privaten zu schließende Vertrag nach § 2 Abs. 1 hat damit bezogen auf die Übertragung der hoheitlichen Befugnisse die Funktion eines „Verpflichtungsgeschäfts“, während der Hoheitsakt der Beleihung das „Erfüllungsgeschäft“ ist. Das Gesetz folgt damit einer Konzeption, die auch für das Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz gewählt worden ist.

Eine Beleihung kommt nur in Betracht, soweit diese nicht unzulässig ist. Dies ergibt sich aus § 2 Abs. 1 Satz 1 und dem in dieser Vorschrift verankerten Vorrang anderweitiger Verbotregelungen. Einschränkungen des prinzipiell weit gefassten Organisationsermessens der Öffentlichen Hand können sich insbesondere aus dem staatlichen Gewaltmonopol ergeben. Trifft der Träger der öffentlichen Verwaltung unter Beachtung der Anforderungen nach § 24 Abs. 1 Satz 1 LVwG die organisationsrechtliche Entscheidung, eine bestimmte Aufgabe in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts wahrnehmen zu wollen, und entscheidet er sich - erneut unter Beachtung der Anforderungen des § 2 Abs. 1 Satz 1 - für eine Aufgabenübertragung auf den Privaten, so ist die Übertragung hoheitlicher Befugnisse erforderlich im Sinne von § 4 Abs. 1 Satz 1.

Wegen der im Bereich hoheitlicher Aufgabenwahrnehmung bestehenden staatlichen Gewährleistungsverantwortung muss die rechtmäßige Erfüllung der Erledigung der übertragenden Aufgabe durch den Privaten sichergestellt sein (§ 24 Abs. 3 LVwG). Den sich aus dieser Vorschrift und der weitergehenden Konkretisierung in § 8 Abs. 2 dieses Gesetzes ergebenden Anforderungen zur Sicherung der staatlichen Gewährleistungsverantwortung ist deshalb schon mit dem Rechtsakt der Beleihung Rechnung zu tragen. In dem Verwaltungsakt des Trägers der öffentlichen Verwaltung, mit dem die hoheitlichen Befugnisse übertragen werden, sind deshalb Art und Umfang der übertragenen hoheitlichen Befugnisse, die Aufsichtsbehörde sowie der Umfang

und die Mittel der Aufsicht über den Privaten zu bestimmen (§ 4 Abs. 1 Satz 2). Die staatliche Einflusssicherung ist nach § 8 Abs. 2 zugleich in dem mit dem Privaten zu schließenden Vertrag zu regeln. Die Vertragsbestimmungen und die Aufsichtsbefugnisse nach dem Verwaltungsakt dürfen einander nicht widersprechen.

Mit der Beleihung erhält der Private das Recht, im Umfang der mit der Beleihung verliehenen Befugnisse öffentlich-rechtliche Zuständigkeiten wahrzunehmen (Betriebsrecht), wobei er sich der Handlungsformen des öffentlichen Rechts bedienen kann. Neben der Möglichkeit, Verwaltungsakte zu erlassen, kann dazu insbesondere das Gebührenerhebungsrecht zählen. Der Beliehene kann von Dritten auf Erfüllung der übernommenen Aufgabe unmittelbar in Anspruch genommen werden, soweit nach den öffentlich-rechtlichen Vorschriften subjektive Rechte Dritter bestehen. Soweit der Beliehene öffentliche Gewalt ausübt, ist er Beamter im haftungsrechtlichen Sinne mit der Konsequenz, dass Schadensersatzansprüche wegen schuldhafter Verletzung von Amtspflichten unmittelbar gegenüber dem Träger der öffentlichen Verwaltung geltend gemacht werden können (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG).

§ 4 Abs. 2 stellt klar, dass Befugnisse zur Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private zur Wahrnehmung im eigenen Namen in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts nach anderen Rechtsvorschriften unberührt bleiben. Die Vorschrift hat somit eine Auffangfunktion. Eine anderweitige Regelung ist z.B. § 44 Abs. 3 LHO.

Zu § 5

Nach § 5 Satz 1 sollen die wahrgenommenen Aufgaben daraufhin überprüft werden, ob sie verzichtbar sind oder in anderer Weise erfüllt werden können. Die Aufnahme dieser Bestimmung in das Gesetz hat Appellfunktion. Für die Landesverwaltung wird über diese Regelung hinausgehend eine ausdrückliche Prüfungspflicht begründet (§ 5 S. 3).

Als weitestgehender Schritt kommt der vollständige Verzicht auf die wahrgenommene Aufgabe in Betracht. Der Träger der öffentlichen Verwaltung zieht sich aus der bisher wahrgenommenen Aufgabe vollständig zurück, ohne dass diese Aufgabe von anderen Trägern der öffentlichen Verwaltung oder von Privaten übernommen wird. Eine vergleichbare ausdrückliche Verpflichtung besteht für die Behörden des Landes Sachsen-Anhalt nach dem Verwaltungsmodernisierungsgrundsatzgesetz vom 27. Februar 2003 (§ 2 Abs. 2).

Kommt ein vollständiger Aufgabenverzicht nicht in Betracht, kann eine Aufgabenerledigung in anderer Weise geprüft werden. Diese Regelung entspricht inhaltlich der

Bestimmung in § 7 der Bundeshaushaltsordnung. Erfasst werden soll jede denkbare Form der Aufgabenerledigung in anderer Weise, eingeschlossen die Erledigung der Aufgabe in Kooperation mit einem Privaten. Unter dem Schlagwort „Privatisierung“ wird organisationsrechtlich zwischen drei Privatisierungstypen, zwischen denen auch Mischformen möglich sind, unterschieden:

– Organisationsprivatisierung:

Bei diesem Privatisierungstyp wird eine bereits existierende Verwaltungseinheit in eine private Rechtsform überführt. Bei der Organisationsprivatisierung bleibt die öffentliche Hand zu 100 % oder mit qualifizierter Mehrheit beteiligt. Die Beteiligung eines privaten Partners an dem neu entstandenen Rechtsobjekt ist ein Bereich Öffentlich Privater Partnerschaften (Gesellschaftsmodell, vgl. § 3 Nr. 4).

– Materielle Privatisierung:

Bei dieser Privatisierungsform zieht sich der Staat aus der Aufgabenerfüllung zurück und überlässt es privaten Anbietern, die bisher öffentliche Leistung zu erbringen. Diese Form der Privatisierung führt zu einer Entstaatlichung. Verbunden damit ist das Risiko, dass die Leistung mangels Gewinnchancen von Privaten nach einiger Zeit nicht mehr erbracht wird. Dies ist der vollständige Aufgabenverzicht durch den Träger der öffentlichen Verwaltung (§ 5 Satz 1, 1. Alt.).

– Funktionale Privatisierung:

Die Öffentliche Hand bleibt für die Aufgabenerfüllung zuständig, sie bedient sich hierfür jedoch privater Unternehmen. Die funktionale Privatisierung führt zu einer Kooperation zwischen Privaten und den Trägern der öffentlichen Verwaltung, insbesondere in Öffentlich Privaten Partnerschaften (§ 5 Satz 1, 2. Alt.).

Materieller Prüfungsmaßstab für die Zulässigkeit des Verzichts oder der Aufgabenerfüllung in anderer Weise ist, soweit dem beabsichtigten Vorhaben nicht Rechtsvorschriften entgegenstehen, insbesondere das haushaltsrechtliche Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit des Handelns der Träger der öffentlichen Verwaltung. Die Zulässigkeit des Verzichts oder der Aufgabenerfüllung in anderer Weise begründet jedoch noch keine Verpflichtung zu entsprechendem Tätigwerden. Erweist sich allerdings, dass ein Privater die betreffende Aufgabe besser erfüllen kann als der öffentliche Aufgabenträger, sollte der öffentliche Aufgabenträger in eine Gesamtabwägung der für und gegen die Einbeziehung des Privaten sprechenden Gesichtspunkte eintreten und sodann eine sachlich begründete Entscheidung über die Art der künftigen Aufgabenerledigung treffen.

Die Träger der öffentlichen Verwaltung nehmen die Aufgabenkritik in eigener Zuständigkeit und in eigener Verantwortung wahr. Der auf Grund der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie von den Gemeinden eigenverantwortlich auszufüllende Gestaltungsspielraum bleibt damit gewahrt.

Um sich einen Überblick über das Leistungsspektrum Privater und die mit einer Einschaltung Privater in die öffentliche Aufgabenerledigung einhergehenden Kosten zu verschaffen, kann der Träger der öffentlichen Verwaltung in geeigneten Fällen nach Ermessen Privaten die Möglichkeit geben, darzulegen, ob und inwieweit sie die von den Trägern der öffentlichen Verwaltung wahrgenommenen Aufgaben ebenso gut oder besser wahrnehmen können (§ 5 Satz 2). Für das Land ist diese Verpflichtung zwingend (§ 7 Abs. 2 Satz 2 LHO). Um einen möglichst repräsentativen Überblick über die Angebotssituation zu erhalten, sollte zu diesem Zweck eine Erkundung des Marktes nach wettbewerblichen Grundsätzen durchgeführt werden. Hierzu empfiehlt es sich, die Privaten mittels öffentlicher Bekanntmachung zur Bekundung ihres Interesses aufzufordern. Die unter evtl. Beteiligung eines Privaten durchzuführende Maßnahme oder Tätigkeit sollte so genau beschrieben werden, dass ein Interessent Kenntnis aller wesentlichen Rahmenbedingungen für die Aufgabenerledigung erhält.

Die Markterkundung erzeugt weder für den Privaten noch für den Träger der öffentlichen Verwaltung Bindungswirkungen. Dies sollte in einer öffentlichen Bekanntmachung ausdrücklich klargestellt werden. Will der Träger der öffentlichen Verwaltung einen Auftrag vergeben, so darf er die Privaten nur nach Maßgabe der Anforderungen des Vergaberechts beauftragen (s. dazu Begründung zu § 7). Den Trägern der öffentlichen Verwaltung bleibt es unbenommen, durch Auslobung eines Preises für das beste Konzept einen finanziellen Anreiz zur Teilnahme an dem Ideenwettbewerb zu setzen.

Zu § 6

Nach § 5 sollen die Träger der öffentlichen Verwaltung zwar die von ihnen wahrgenommenen Aufgaben daraufhin überprüfen, ob sie in anderer Weise erfüllt werden können. Im Interesse größtmöglicher Flexibilität gerade für den kommunalen Bereich wird jedoch darauf verzichtet, Vorgaben zu machen, in welcher Weise die Prüfung vorzunehmen ist. Das Handeln der Träger der öffentlichen Verwaltung steht aber unter dem allgemeinen haushaltsrechtlichen Vorbehalt der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.

Das Gesetz über die Zusammenarbeit zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten stellt klar, dass die Träger der öffentlichen Verwaltung Wirt-

schaftlichkeitsuntersuchungen durchführen können, um festzustellen, ob die von ihnen wahrgenommenen Aufgaben ebenso gut oder besser von Privaten oder in Zusammenarbeit mit Privaten erfüllt werden können.

Bisher nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist der Rechtsrahmen für Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen. Der Bundesgesetzgeber hat mit dem „Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften“ vom 01. September 2005 diese Problematik aufgegriffen und mit einer Änderung von § 7 Abs. 2 der Bundeshaushaltsordnung jetzt eine erste Orientierungshilfe geliefert. Bei Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen ist nach dieser Änderung jetzt auch die mit den Maßnahmen verbundene Risikoverteilung zu berücksichtigen.

Mit § 6 Satz 2 dieses Gesetzes soll über die Bundesregelung hinausgehend für Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen zur Feststellung, ob die wahrgenommenen Aufgaben ebenso gut oder besser in Zusammenarbeit mit Privaten erfüllt werden können, ein Rechtsrahmen vorgegeben werden. Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen für die Modelle der Zusammenarbeit zwischen Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten nach § 2 in Verbindung mit § 3 haben sich auf den gesamten Lebenszyklus eines Projekts zu beziehen und sämtliche Kosten und Lasten sowie die Risikoverteilung in allen Projektphasen einzustellen. Das Gesetz folgt damit dem für diese Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen vielfach geforderten so genannten ganzheitlichen Ansatz, dem der Gedanke einer vollständigen Erfassung aller Belastungen und Risiken über den „Lebenslauf“ des Projekts zu Grunde liegt.

Der Lebenszyklus eines Projekts umfasst alle Phasen des Projekts, beginnend mit der Planung über die Realisierung, bestehend aus Bau/Sanierung und Betrieb bzw. Unterhaltung sowie der Finanzierung bis zu der endgültigen Abwicklung des Projekts einschließlich der Befriedigung sämtlicher Ansprüche und der ggf. notwendigen Klärung von Eigentumsfragen einschließlich der Verwertung.

Sämtliche Kosten und Risiken sowie mögliche Erträge müssen für alle Projektphasen vollständig ermittelt werden. Die Kosten umfassen die Investitionskosten (Planung und Bau/Sanierung), die Betriebs- und Unterhaltungskosten (inkl. Instandsetzung), die Finanzierungskosten, die Transaktionskosten (einschließlich Beratungskosten) sowie ggf. die Verwertungskosten. In der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung sind darüber hinaus die Risiken und deren Verteilung zu berücksichtigen. Hierfür ist zu klären, welche Risiken überhaupt bestehen und welche Risiken im Falle einer Aufgabenübertragung auf einen Privaten bei dem Träger der öffentlichen Verwaltung blei-

ben oder auf den Privaten übergehen. Die Risikoidentifizierung sollte sich im Regelfall an den Lebenszyklusphasen orientieren (Planungs-, Bau-, Finanzierungsrisiken, Risiken aus Betrieb und Unterhaltung sowie Verwertungsrisiken); darüber hinaus sind Termin-, Insolvenz- und Nachfragerisiken bei der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung zu berücksichtigen und den Lebenszyklusphasen bzw. den obigen Risikokategorien zuzuordnen. Den vorgesehenen vertraglichen Regelungen kommt in diesem Zusammenhang erhebliche Bedeutung zu; Einzelheiten hierzu enthält die Begründung zu § 9.

Die näheren Einzelheiten zu diesen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen werden unterhalb der Gesetzesebene in Verwaltungsvorschriften zu regeln sein; das Gesetz kann insoweit nur den Rechtsrahmen liefern, in dem Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen stattzufinden haben.

§ 6 Satz 3 stellt klar, dass die über die Regelung in Satz 1 hinausgehende Verpflichtung der Landesbehörden zur Durchführung von angemessenen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen für alle finanzwirksamen Maßnahmen unberührt bleibt.

Zu § 7

§ 7 Abs. 1 stellt Mindestanforderungen an die Auswahl des Vertragspartners des Trägers der öffentlichen Verwaltung. Verträge nach § 2 Abs. 1 dürfen danach nur mit Privaten geschlossen werden, die die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen. Damit werden mit gleichem Begriffsinhalt aus den Verdingungsordnungen bekannte persönliche Anforderungen übernommen (vgl. § 2 Nr. 1 VOB/A). Diese Anforderungen gelten unabhängig davon, ob der Vertragspartner des Trägers der öffentlichen Verwaltung auf der Grundlage eines zuvor durchzuführenden Ausschreibungsverfahrens nach den Verdingungsordnungen ermittelt wird oder nicht.

Fachkundig ist ein Bewerber, der nicht nur notwendige, sondern umfassende betriebsbezogene Kenntnisse auf dem speziellen Sachgebiet hat, mit dem der zu vergebende Auftrag objektbezogen im Zusammenhang steht. Die Leistungsfähigkeit erfasst die sachlichen Voraussetzungen des Privaten zur Erfüllung der nach dem Vertrag geschuldeten Leistung. Die Anforderungen beziehen sich auf den Betrieb des Privaten, insbesondere seinen Umfang und seine Ausstattung, und zwar im Hinblick darauf, ob seine Kapazität ausreicht, die nach dem Vertrag zu erbringende Leistung zu erfüllen. Die Leistungsfähigkeit muss jedenfalls in kaufmännischer Hinsicht, darüber hinaus - abhängig vom Inhalt der nach Vertrag zu erfüllenden Leistung -

auch in technischer Hinsicht gegeben sein. Teil der Leistungsfähigkeit ist auch die finanzielle Leistungsfähigkeit.

Zuverlässig ist ein Bewerber, wenn er in seiner Person und in seinem allgemeinen Verhalten im Geschäftsverkehr die Gewähr dafür bietet, in der notwendigen sorgfältigen Weise die verlangte Leistung zu erbringen. Zur Zuverlässigkeit gehört beispielsweise die Pünktlichkeit in der Aufnahme und der Durchführung vertraglich geschuldeter Leistungen, die Einhaltung des zu beachtenden (technischen) Regelwerks sowie öffentlich-rechtlicher Vorschriften, etwa das Verbot der Beschäftigung illegaler Arbeitskräfte.

Für die Feststellung der erforderlichen Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit ist sowohl auf das gegenwärtige als auch auf das Verhalten des Privaten in der Vergangenheit abzustellen. Die im Einzelnen an den Privaten danach zu stellenden Anforderungen sind aus den Besonderheiten der zu beauftragenden Leistung abzuleiten; sie bedürfen also einer individuellen Festlegung im Einzelfall. Die Anforderungen werden umso höher sein müssen, je mehr der Private unmittelbar in die Erfüllung der der Öffentlichen Hand gegenüber den Bürgern zu erbringenden Leistungen einbezogen wird. Die höchsten Anforderungen sind zu stellen, soweit dem Privaten Aufgaben eines Trägers der öffentlichen Verwaltung zur eigenverantwortlichen Erledigung übertragen werden, d.h. bei Betreiber- oder Konzessionsmodellen.

§ 7 Abs. 2 enthält mit der Formulierung „unbeschadet der Anforderungen nach anderen Rechtsvorschriften“ eine Verweisung auf die Geltung anderweitiger Rechtsvorschriften. Zu beachtende anderweitige Rechtsvorschriften sind beispielsweise das europäische Beihilferecht (Art. 87 EGV) sowie die Vorschriften des Kartellrechts (Missbrauchs- und Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB). Von besonderer Bedeutung ist das Vergaberecht. Die Kooperation zwischen Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten unterliegt in weitem Umfang den Anforderungen des europäischen Vergaberechts. Ein Vertragsschluss ist danach nur möglich, wenn zuvor ein Wettbewerb nach Maßgabe der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge und den zur Umsetzung dieser Richtlinie ergangenen nationalen Bestimmungen stattgefunden hat. Dabei wird wegen der regelmäßig zu verzeichnenden Besonderheiten der angestrebten Kooperation häufig das Verhandlungsverfahren zulässig sein.

Die Verpflichtung zur Beachtung der Vorschriften des europäischen Vergaberechts gilt allerdings nicht in allen Fällen der Zusammenarbeit zwischen den Trägern der

öffentlichen Verwaltung und Privaten. Einschlägig ist das europäische Vergaberecht nur dann, wenn die Schwellenwerte nach § 2 der Vergabeverordnung überschritten sind.

Darüber hinaus sind Dienstleistungskonzessionen nach Art. 17 der Richtlinie 2004/18/EG vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen. Ferner wird angenommen, dass in den Fällen einer Beleihung des Privaten das Vergaberecht dann nicht zum Zuge kommt, wenn dem Privaten im Zusammenhang mit der Beleihung auch die Befugnis zur Ausübung von Eingriffs- oder Zwangsbefugnissen eingeräumt wird. Nach Art. 45, 55 EGV gilt die Dienstleistungsfreiheit, deren Umsetzung die Richtlinie 2004/18/EG dient, nämlich nicht für Tätigkeiten, die in einem Mitgliedsstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Ist also beispielsweise die Beleihung mit der Ausübung des Rechts, Anschluss- und Benutzungszwang auszuüben, verbunden und/oder erhält der Private die Befugnis, Gebühren zu erheben und diese auch im Verwaltungszwangswege beizutreiben, ist die Richtlinie 2004/18/EG nicht einschlägig.

Findet das europäische Vergaberecht keine unmittelbare Anwendung, ist der Träger der öffentlichen Verwaltung dennoch nicht völlig frei in der Auswahl des Vertragspartners. Vielmehr dürfen nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) auch außerhalb des Kartellvergaberechts Verträge zwischen der Öffentlichen Hand und Privaten nur unter Beachtung der Grundsätze des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz staatlichen Handelns geschlossen werden. § 7 Abs. 2 schreibt die Einhaltung dieser Grundsätze bei der Vergabe staatlicher Leistungen ausdrücklich vor. Der EuGH hat das Gebot der Einhaltung dieser Grundsätze in einer Reihe von Entscheidungen, zuletzt mit Urteil vom 13.10.2005 (C-458/03 „Parking-Brixen“) betont, wobei allerdings die aus diesen Grundsätzen abzuleitenden Verpflichtungen nach der bisherigen EuGH-Rechtsprechung noch nicht endgültig geklärt sind. Auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH kann man derzeit von folgendem Bedeutungsgehalt der genannten Grundsätze ausgehen:

Der Wettbewerbsgrundsatz fordert, dass der öffentliche Auftraggeber das Vergabeverfahren möglichst wettbewerbsoffen zu gestalten und zugleich wettbewerbswidrige Verhaltensweisen von Bewerbern zu unterbinden hat. Der Gleichbehandlungsgrundsatz bedeutet, dass jegliche Diskriminierung von Bewerbern gleich aus welchem Grunde zu unterbleiben hat. Untrennbar mit den Grundsätzen des Wettbewerbs und der Gleichbehandlung verbunden ist das Gebot der Transparenz staatlichen Handelns. Danach ist zu Gunsten der potenziellen Bieter ein angemessener Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen, die es ermöglicht, den Markt dem Wettbewerb zu öff-

nen und die Objektivität des Verfahrens zu überprüfen. Welche konkreten Folgerungen hieraus für die Vergabe abzuleiten sind, ist bisher nicht restlos geklärt, weil die Vorschriften der Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge und die zu ihrer Umsetzung ergangenen nationalen Bestimmungen nicht unmittelbar anwendbar sind. Die strengen Anforderungen der Richtlinie insbesondere in Bezug auf Fristen, Formvorschriften und Vergabearten brauchen nach bisheriger Rechtsprechung des EuGH jedenfalls nicht eingehalten zu werden.

Der öffentliche Auftraggeber muss jedoch sicherstellen, dass Unternehmen aus anderen Mitgliedsstaaten vor Vertragsvergabe den Zugang zu angemessenen Informationen erhalten. In der Bekanntmachung müssen so viele Informationen gegeben werden, dass Unternehmen (auch) aus anderen Mitgliedstaaten eine vernünftige Entscheidung über die Teilnahme am Wettbewerb treffen können. Mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz, dem Gebot der Nichtdiskriminierung und der Transparenz staatlichen Handelns vereinbar ist nach bisheriger Rechtsprechung eine Vorauswahl der Bewerber, die ein Angebot abgeben können. Die Vorauswahl muss jedoch formal, transparent und nicht diskriminierend getroffen werden.

Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung in diesem Bereich bleibt abzuwarten. § 7 Abs. 2 übernimmt die Begriffe „Grundsätze des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz“ mit dem aus der Rechtsprechung des EuGH bekannten Bedeutungsinhalt. Damit wird eine flexible Anpassung an die sich in der Zukunft ggf. noch ändernde Rechtsprechung des EuGH ermöglicht.

Ein Verstoß gegen § 7 lässt die Wirksamkeit des geschlossenen Vertrages unberührt (Umkehrschluss aus § 10).

Zu § 8

§ 8 konkretisiert die staatliche Gemeinwohlsicherungspflicht im Gewährleistungsstaat. Bedient sich die Öffentliche Hand bei der Erfüllung der von ihr wahrgenommenen Aufgaben eines Privaten, so muss die Versorgung des Bürgers im gleichen Umfang gewährleistet bleiben, wie es der Fall ist, wenn der Staat selbst die Leistung gegenüber dem Bürger erbringt (Einzelheiten zur Gewährleistungsverantwortung der Öffentlichen Hand, s. Begründung zu § 2 Abs. 2).

In welchem Umfang sich der Staat die Einflussicherung vorbehalten muss, hängt davon ab, ob und inwieweit der Private in die Aufgabenerledigung gegenüber dem Bürger unmittelbar einbezogen wird. Die Vorschrift schreibt deshalb in Absatz 1 zu-

nächst als Grundsatz fest, dass dem Träger der öffentlichen Verwaltung ein hinreichender Einfluss auf die Erfüllung der dem Privaten obliegenden Leistungspflichten eingeräumt werden muss, soweit dies zur Sicherstellung der von dem Träger der öffentlichen Verwaltung wahrgenommenen Aufgaben erforderlich ist. In Absatz 2 werden die Anforderungen an die staatliche Einflussssicherung sodann verschärft, wenn der Private in die Erfüllung der dem Träger der öffentlichen Verwaltung gegenüber Dritten obliegenden Aufgaben unmittelbar einbezogen wird oder ihm diese Aufgaben ganz oder teilweise übertragen werden.

Wird der Private nicht unmittelbar in die Erfüllung der dem Träger der öffentlichen Verwaltung gegenüber dem Bürger obliegenden Aufgaben eingebunden, muss der Träger der öffentlichen Verwaltung zunächst abwägen, ob es einer vertraglichen Einflussssicherung im Hinblick auf die von den Privaten zu übernehmende Aufgabe überhaupt bedarf. Die Vorschrift bringt das durch die Formulierung „soweit dies (...) erforderlich ist.“ zum Ausdruck. Bei den Modellen nach § 3 Nr. 1-3 werden aus zivilrechtlichen Verträgen bekannte Sanktionsmechanismen wie die Zuerkennung von Schadensersatzansprüchen (z.B. in Form von Vertragsstrafen) oder das Recht zur Minderung der Vergütung häufig ausreichend sein, um die Belange des Trägers der öffentlichen Verwaltung zu wahren. Dem Träger der öffentlichen Verwaltung bleibt es aber selbstverständlich unbenommen, sich massivere vertragliche Sanktionen vorzubehalten.

Wird der Private in die Erfüllung der dem Träger der öffentlichen Verwaltung gegenüber Dritten obliegenden Aufgaben unmittelbar einbezogen oder werden ihm diese Aufgaben ganz oder teilweise übertragen, ist die Sicherung der hinreichenden Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten im Vertrag mit dem Privaten ein „Muss“. Die in § 8 Abs. 2 genannten Rechte und Befugnisse müssen nicht kumulativ vorliegen. Das Gesetz bringt dies durch die den Alternativen denkbarer Einwirkungsmöglichkeiten vorangestellte Formulierung „insbesondere“ zum Ausdruck. Je nach Vertragsinhalt und Eigenart der geschuldeten Leistung ist festzulegen, auf welche Weise die unmittelbare Leistungsverantwortung der Öffentlichen Hand gegenüber dem Bürger sichergestellt werden kann.

Die vertragliche Gewährleistung entsprechender Einwirkungs- und Kontrollbefugnisse des Trägers der öffentlichen Verwaltung ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 06.04.2005, Az.: 8 CN 1/04) Voraussetzung für die Zulässigkeit des Anschluss- und Benutzungszwangs für eine öffentliche Einrichtung, wenn der Träger der öffentlichen Verwaltung die Aufgabe von einem Privaten über ein Betreibermodell wahrnehmen lässt.

Bedient sich der Träger der öffentlichen Verwaltung für die Erledigung seiner Aufgaben einer gesellschaftsrechtlichen Konstruktion, bei der der Gesellschaft, an der ein Privater gesellschaftsrechtlich beteiligt ist, unmittelbar gegenüber dem Bürger zu erfüllende Aufgaben übertragen werden, so ist darüber hinaus durch Gesellschaftsvertrag, Satzung oder in anderer Weise sicherzustellen, dass dem Träger der öffentlichen Verwaltung insbesondere im Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Kontrollorgan der Gesellschaft ein angemessener Einfluss eingeräumt wird (§ 8 Abs. 2 Satz 2). Mit dieser Anforderung übernimmt das Gesetz die allgemein für die Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen geltende Anforderung des § 65 Abs. 1 LHO bzw. der ähnlich lautenden Bestimmung der Gemeindeordnung (§ 102).

Ein Verstoß gegen § 8 Abs. 1 sowie § 8 Abs. 2 Satz 2 berührt nicht die Wirksamkeit des geschlossenen Vertrages (Umkehrschluss aus § 10). Der Verstoß gegen § 8 Abs. 2 Satz 1 führt zur Nichtigkeit des Vertrages, soweit sich die Parteien nicht auf eine einvernehmliche Vertragsergänzung einigen (§ 10).

Zu § 9

§ 9 legt die Mindestinhalte vertraglicher Regelungen über die Zusammenarbeit zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten fest. Die Bestimmungen beschränken sich zum überwiegenden Teil auf die vom Träger der öffentlichen Verwaltung zwingend zu beachtende Anforderung, bestimmte Themen überhaupt zum Inhalt der vertraglichen Vereinbarung zu machen. Hierdurch bleibt die inhaltliche Ausgestaltung im Wesentlichen der Gestaltungsfreiheit der Vertragsparteien überlassen.

Ziel auch dieser Vorschrift ist es, einen rechtlichen Orientierungsrahmen für die zu treffenden Regelungen zu liefern. Der durch die Vorschrift vorgegebene Rahmen für die Mindestinhalte vertraglicher Regelungen hat zugleich eine Orientierungsfunktion für die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung. Im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung werden die nach Maßgabe der Nummern 1 bis 12 getroffenen Regelungen zu analysieren und die durch die Regelungen begründeten vertraglichen Risiken einschließlich deren Verteilung zu bewerten sein.

Die Anforderungen im Einzelnen:

– Nr. 1:

Die Verpflichtung zur Einhaltung der bei der Erfüllung des Vertrages zu beachtenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften muss dem Privaten durch eine entsprechende Vertragsklausel zwingend auferlegt werden. Soweit der Private in die Er-

fällung der dem Träger der öffentlichen Verwaltung gegenüber dem Bürger obliegenden Aufgaben unmittelbar einbezogen wird, ergibt sich dies schon aus den Schutzinteressen der Bürger, die durch die Einschaltung des Privaten in die der Öffentlichen Hand obliegenden Pflichten nicht schlechter gestellt werden dürfen als sie bei unmittelbarer Aufgabenerledigung durch die Öffentliche Hand stünden. Aber auch darüber hinausgehend hat die Öffentliche Hand eine Vorbildfunktion, was die Einhaltung des öffentlich-rechtlichen Regelwerks anbetrifft.

– **Nr. 2:**

Das Gebot, die von dem Privaten zu erbringenden Leistungen nach Art, Umfang, Zeitpunkt und Qualität genau zu beschreiben und damit zum unmittelbaren Vertragsinhalt zu machen, soll einen Beitrag dazu leisten, spätere Vertragsstörungen wegen Meinungsunterschieden über den geschuldeten Leistungsumfang zu vermeiden. Die Formulierung knüpft an den aus den Verdingungsordnungen bekannten Begriff der Leistungsbeschreibung (§ 9 VOB/A bzw. § 8 VOL/A) an. Für Leistungsbeschreibungen gilt das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Beschreibung des Geschuldeten (vgl. § 9 Nr. 1 VOB/A bzw. § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A).

Die Leistungsbeschreibung kann einen hohen Detaillierungsgrad haben. Sie besteht dann aus einer allgemeinen Darstellung der zu lösenden Aufgabe und ein in spezielle Teilleistungen gegliedertes Leistungsverzeichnis, in der die jeweiligen Teilleistungen nach Art, Beschaffenheit und Umfang und unter Verwendung verkehrsüblicher Bezeichnungen dezidiert beschrieben sind. Zugleich werden die zu erfüllenden technischen und sonstigen Standards exakt festgelegt, beispielsweise durch Inbezugnahme gemeinschaftsrechtlicher technischer Spezifikationen.

Lassen sich die Leistung oder Teile davon durch verkehrsübliche Bezeichnungen nach Art, Beschaffenheit und Umfang nicht hinreichend beschreiben, kommt stattdessen eine funktionale Leistungsbeschreibung in Betracht, bei der die Leistung oder Teile davon durch eine Darstellung ihres Zwecks, ihrer Funktion sowie der an sie gestellten sonstigen Anforderungen zu beschreiben ist (vgl. § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A). Ebenso sind Kombinationen zwischen Leistungsbeschreibungen mit hohem Detaillierungsgrad für bestimmte Leistungsbereiche und funktionale Leistungsbeschreibungen für andere Leistungsbereiche denkbar.

– **Nr. 3:**

Die Vereinbarung eines Vertragscontrollings wird in der finanzwissenschaftlichen Diskussion als eine Bedingung für eine erfolgreiche Öffentlich Private Partnerschaft angesehen. Der Träger der öffentlichen Verwaltung wird aus diesem Grund

de verpflichtet, die Erfüllung des Vertrages und das Erreichen des Vertragsziels in allen Phasen zu prüfen und zu diesem Zweck mit dem Privaten ein Vertragscontrolling zu vereinbaren. Das Controlling ist so auszugestalten, dass das Ziel, nämlich die Planung, Kontrolle und Steuerung der von dem Privaten nach dem Vertrag geschuldeten Leistung zu gewährleisten, erreicht werden kann.

– **Nr. 4:**

Das dem Privaten zustehende Leistungsentgelt muss schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses endgültig bestimmt sein. Die Entgeltregelung genügt den Anforderungen gem. § 9 Ziff. 4 nur dann, wenn sie zugleich vollständig ist. Zur Vollständigkeit der Entgeltregelung gehört bei auf Dauer angelegten Vertragsbeziehungen auch eine Regelung über die Anpassung des Leistungsentgelts bei einer Änderung der dem Vertragsschluss zu Grunde liegenden Verhältnisse. Wichtigster Fall dürfte die Aufnahme eines Wertsicherungsindexes in den Vertrag sein. Dabei bedarf es neben der genauen Festlegung des anzuwendenden Indexes auch der Vereinbarung des Ausgangspunktes, ab wann die Indexierung greifen soll.

– **Nrn. 5 und 6:**

Je komplexer die Kooperation zwischen dem Privaten und dem Träger der öffentlichen Verwaltung und/oder je längerfristiger die Vertragsbeziehung angelegt ist, desto größer wird die Wahrscheinlichkeit, dass der von dem Privaten nach dem Vertrag geschuldete Leistungsumfang nach Vertragsschluss aus in dem Verantwortungsbereich des öffentlichen Auftraggebers liegenden Gründen, insbesondere einer veränderten Bedarfssituation des Trägers der öffentlichen Verwaltung, geändert werden muss. Der zwischen dem Träger der öffentlichen Verwaltung und dem Privaten zu schließende Vertrag muss deshalb Regelungen enthalten, die bestimmen, unter welchen Umständen und nach welchen Gesichtspunkten der Vertrag an die veränderte Leistungsanforderung des Trägers der öffentlichen Verwaltung anzupassen ist. Dabei sind zum einen die Grenzen der Kooperations- und Vertragsanpassungsverpflichtung des Privaten zu definieren, zugleich muss zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses schon bestimmt werden, nach welchen Maßstäben oder – soweit dies nicht möglich ist – nach welchem Verfahren die dem Privaten geschuldete Leistungsvergütung an die veränderten Gegebenheiten anzupassen ist.

Eine solche Regelung ist auch für den Wirtschaftlichkeitsvergleich bedeutsam. Eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, die spätere Änderungen der Bedarfssituation des öffentlichen Auftraggebers ausblendet und nicht in die Bewertung einbezieht, ist unvollständig, weil sich die Bedarfssituation des öffentlichen Auftraggebers an-

gesichts der Laufzeit von Kooperationsverhältnissen zwischen Privaten und der Öffentlichen Hand über die Laufzeit der Kooperation erfahrungsgemäß ändert.

Das Gesetz verpflichtet den Träger der öffentlichen Verwaltung, eine Vertragsanpassungsregelung mit dem Privaten zu vereinbaren, verzichtet zugleich aber darauf, insoweit Vorgaben zu machen. Damit soll der zivilrechtliche Gestaltungsspielraum gewahrt bleiben. Eine Orientierungshilfe für denkbare Regelungen können beispielsweise die auf den Grundlagen der Kalkulation für die vertraglich vereinbarte Leistung beruhenden Vertragsanpassungsregelungen der §§ 2 Nr. 3 VOL/B bzw. 2 Nr. 3, 5 und 6 VOB/B liefern. Denkbar ist beispielsweise auch eine Bezugnahme auf statistisch nachgewiesene Vergleichspreise, ferner das Gebot, bei später notwendig werdenden und von Dritten zu beziehenden Bau- oder sonstigen Leistungen den Auftrag nach wettbewerblichen Grundsätzen zu vergeben. Ebenso ist eine Kombination mit einer Schiedsvereinbarung für den Fall unausräumbarer Meinungsunterschiede bezüglich der Vertragsanpassung vorstellbar.

– **Nr. 7:**

Der Vertrag mit dem Privaten hat ferner eine möglichst vollständige Regelung der Rechtsfolgen von Leistungsstörungen zu enthalten. Regelungsbedarf besteht insbesondere im Falle des Verzuges und bei Schlechtleistung. Bei Schlechtleistungen kann – abhängig vom Vertragstyp und der Art der Schlechtleistung – auch § 9 Ziff. 8 (Mängelgewährleistung) einschlägig sein. Diese Bestimmung, bei der es insbesondere um die Regelung der finanziellen Folgen von Leistungsstörungen geht, tritt neben eine nach § 8 Abs. 2 ggf. zu regelnde Einflussssicherung, bei der es um die Absicherung der staatlichen Gewährleistungsverantwortung geht.

– **Nr. 8:**

Das werk- oder kaufvertragliche Gewährleistungsrecht ist in erheblichem Umfang der Disposition der Parteien zugänglich. Im Vertrag ist im Interesse größtmöglicher Rechtsklarheit festzulegen, für welche Leistungsteile das Gewährleistungsrecht gelten soll und welche Art und welcher Umfang an Gewährleistung insoweit geschuldet ist. Bei Verträgen, die in der ersten Phase der Leistungsbeziehung die Errichtung einer (später vom Träger der öffentlichen Verwaltung zu übernehmenden) Infrastrukturanlage zum Gegenstand haben, bietet sich beispielsweise die Einbeziehung der VOB/B in den Vertrag an.

– **Nr. 9:**

Der Vertrag hat die Haftung der Vertragsparteien einschließlich etwaiger Haftungshöchstgrenzen und Haftungsausschlusstatbestände umfassend zu regeln, ferner

Regelungen über die Verteilung der sonstigen Risiken zu enthalten. Die Regelungen sollten so abgefasst werden, dass sie auch künftig noch entstehende Risiken mit erfassen, beispielsweise durch die vertragliche Zuordnung von Risikosphären. Die Risikobereiche sind einzeln zu erfassen und den Vertragsparteien zuzuordnen. Üblicherweise werden die Risiken zwischen den Vertragsparteien aufgeteilt. In diesem Zusammenhang wird zumeist gefordert, die Risiken jeweils der Partei anzulasten, die sie am besten beherrschen kann. Die Risikoverteilung hat maßgebliche Bedeutung für den Wirtschaftlichkeitsvergleich (s. dazu Begründung zu § 6).

– **Nr. 10:**

Bei Dauerschuldverhältnissen kann nach § 314 BGB jeder Vertragsteil den Vertrag aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beidseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Die in den mit dem Privaten zu schließenden Vertrag aufzunehmende Kündigungsvorschrift sollte die einzelnen Kündigungsgründe, die nach diesen Kriterien zur Kündigung berechtigen, regeln. Damit wird zugleich die vertragliche Risikoverteilung näher konkretisiert. Darüber hinaus ist es erforderlich, die Kündigungsfolgen zu regeln. Zum Kündigungszeitpunkt sind häufig durch den Privaten schon Vorleistungen erbracht worden, die nicht oder jedenfalls nicht ohne Weiteres rückabgewickelt werden können. Deshalb ist der Verbleib bzw. die Übertragung von Grundstücken und Anlagen ebenso zu regeln wie evtl. Schadensersatzansprüche wegen der Vertragsbeendigung. Ferner können Eintrittsrechte des Verwaltungsträgers in Verträge des Privaten mit Dritten geregelt werden.

– **Nr.11:**

Regelungen über die Rechtsfolgen bei Beendigung des Vertrages zum Ende der Vertragslaufzeit werden sich insbesondere auf den Verbleib und die Verwertung des Sachvermögens und dessen Zustand beziehen. Zur Absicherung eines bestimmten Zustands des Sachvermögens zum Ende der Vertragslaufzeit können Abreden getroffen werden, die die ordnungsgemäße Vertragserfüllung sichern (z.B. Leistungseinbehalte, Schadenersatzregelungen).

– **Nr. 12:**

Die Verpflichtung der Vertragsparteien zur Ergänzung oder Änderung des Vertrages bei Fehlen oder Unvollständigkeit notwendiger Regelungen ist erforderlich, um

bei langfristig angelegten Verträgen angemessen reagieren zu können, wenn sich der Vertrag als unvollständig erweist. Gerade bei komplexen Sachverhalten wird sich häufig erst nach einiger Zeit herausstellen, dass die vertraglich vereinbarten Regelungen nicht ausreichend sind. Die Erhaltung der Vertragsbeziehung und die Anpassung des Vertrages im Falle der Unvollständigkeit muss deshalb oberste Priorität haben, weil bei langfristig angelegten Vertragsbeziehungen beide Vertragsparteien (Vermögens-) Dispositionen getroffen haben, die sich nicht ohne Schaden oder sonstige Rechtsnachteile für beide Seiten rückabwickeln lassen.

Ist der geschlossene Vertrag gemessen an den Anforderungen des § 9 unvollständig, so bleibt er gleichwohl wirksam. Dies ergibt sich mittelbar aus diesem Gesetz selbst, indem die Nichtigkeitsfolge nur unter den engen Voraussetzungen des § 10 bei Fehlen einer Einflussicherungsregelung zu Gunsten der Öffentlichen Hand angeordnet wird. Nach der allgemeinen Regelung in § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nur dann nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

Ist ein Vertrag unvollständig, so sind die Parteien, soweit sie die Anpassungsklausel nach § 9 Nr. 12 in die geschlossene Vereinbarung aufgenommen haben, schon nach dem geschlossenen Vertrag zur Ergänzung des Vertrages verpflichtet. Enthält der geschlossene Vertrag keine Klausel nach § 9 Nr. 12 oder können sich die Parteien nicht auf notwendige Ergänzungen einigen, so ist eine bestehende Lücke nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen (§ 157 BGB) im Wege der Auslegung, ggf. der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen. In den Fällen des § 9 Nummern 7 bis 10 lässt sich eine bestehende Lücke im Vertrag durch einen Rückgriff auf die Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs unmittelbar schließen. Bei Fehlen von Regelungen nach § 9 Nummern 4 und 6 wird in vielen Fällen eine Abhilfe und Vertragsanpassung nach den Vorschriften über die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) möglich sein.

Bleiben im Vertrag Lücken, die sich nicht durch eine einvernehmliche Vertragsanpassung, eine Heranziehung der dispositiven Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs, durch eine (ggf. auch ergänzende) Vertragsauslegung oder nach den Regeln über die Störung der Geschäftsgrundlage schließen lassen, ist dies hinzunehmen; der Vertrag wird dann nach Maßgabe der geschlossenen (und in einem Teilbereich unvollständigen) Regelung abgewickelt.

Zu § 10

Werden in einem Vertrag, durch den der Private in die Erfüllung der dem Träger der öffentlichen Verwaltung obliegenden Aufgaben unmittelbar einbezogen wird oder durch den ihm diese Aufgaben ganz oder teilweise übertragen werden, dem Träger der öffentlichen Verwaltung keine vertraglichen Einwirkungs- und Kontrollrechte eingeräumt, die die jederzeitige Sicherstellung der von dem Privaten zu erfüllenden Leistungspflichten gewährleisten, so ordnet das Gesetz die Nichtigkeitsfolge an, soweit sich die Parteien nicht auf eine einvernehmliche Ergänzung oder Änderung des Vertrages einigen. Die staatliche Gewährleistungsverantwortung gegenüber dem Bürger ist von so zentraler Bedeutung, dass in diesem Ausnahmefall auf die strenge Nichtigkeitsfolge nicht verzichtet werden kann. Andererseits soll unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten zunächst eine Anpassung des Vertragsinhalts Vorrang vor der Nichtigkeitsfolge haben.

Fehlt eine Einfluss sicherungsklausel, ist der Vertrag zunächst schwebend unwirksam. Einigen sich die Parteien auf die Vertragsergänzung, wird der Vertrag wirksam. Scheitert eine Einigung, tritt die endgültige Nichtigkeitsfolge ein.

Für die Rückabwicklung empfangener Leistungen gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die ungerechtfertigte Bereicherung.

Zu § 11

Die Zusammenarbeit der Träger der öffentlichen Verwaltungen mit Privaten wird zum Teil dadurch erschwert, dass untergesetzliche Zuwendungsbestimmungen (Zuwendungsrichtlinien) eine Projektförderung davon abhängig machen, dass der Träger der öffentlichen Verwaltung Eigentümer des Sachvermögens ist oder wird, vermittelt dessen die öffentliche Aufgabe erfüllt werden soll. § 11 stellt klar, dass die Zuwendungsfähigkeit von Projekten der Öffentlichen Hand nicht davon abhängt, ob der Träger der öffentlichen Verwaltung Eigentümer des betreffenden Sachvermögens ist. Soweit untergesetzliche Vorschriften § 11 entgegenstehen, sind sie zu ändern.

Der Landesgesetzgeber hat jedoch den Vorrang höherrangigen Rechts zu wahren. Soweit in Rechtsvorschriften des Bundes oder der Europäischen Union der Umfang der möglichen Zuwendungen an den Umfang der Eigenbeteiligung des öffentlichen Verwaltungsträgers gekoppelt werden, bleibt es bei diesen Vorschriften.

Zu § 12

Mit den in diesem Gesetz geregelten Anforderungen an die Kooperation zwischen Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten ist eine Zuordnung des mit dem

Privaten zu schließenden Vertrages zum öffentlichen Recht bzw. zum Zivilrecht nicht verbunden. Die Zuordnung zum öffentlichen bzw. zum privaten Recht bestimmt sich daher nach den allgemeinen, hierzu von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen. Hierfür kommt es auf den Zusammenhang der den Vertrag prägenden Regelungen zum öffentlichen bzw. zum privaten Recht an. Bezieht sich der in dem Vertrag zu regelnde Sachverhalt auf einen im Wesentlichen öffentlich-rechtlich geprägten Regelungsgegenstand, handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag. Im anderen Fall ist das Rechtsverhältnis dem Zivilrecht zuzuordnen.

Hiernach sind die Vertragstypen nach § 3 Nummern 1-3 zivilrechtlicher Natur. Eine Aufgabenübertragung im Rahmen des Konzessionsmodells oder des Betreibermodells ist hingegen dem öffentlichen Recht zuzuordnen, denn prägender Gegenstand der mit dem Privaten abzuschließenden Vereinbarung ist die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Verwaltungsträgers. Beim Gesellschaftsmodell ist je nach Zuordnung der von der Gesellschaft zu erledigenden Aufgaben zum öffentlichen oder zum bürgerlichen Recht der Aufgabenübertragungsvertrag auf die Gesellschaft entweder dem öffentlichen oder dem bürgerlichen Recht zuzuordnen, während der Gesellschaftsvertrag selbst eine Materie des zivilrechtlichen Gesellschaftsvertragsrechts ist.

§ 12 Satz 1 stellt klar, dass die Vorschriften des Landesverwaltungsgesetzes über den öffentlich-rechtlichen Vertrag ergänzend Anwendung finden, wenn Gegenstand der Vereinbarung mit dem Privaten ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts ist. Im Übrigen gelten nach § 12 Satz 2 die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Auch diese Verweisung hat nur klarstellende Bedeutung. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten für alle zivilrechtlich geprägten Rechtsverhältnisse, darüber hinaus auf Grund der Verweisung in § 129 Landesverwaltungsgesetz ergänzend auch für den öffentlich-rechtlichen Vertrag, soweit sich aus den Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag im Landesverwaltungsgesetz nichts Gegenteiliges ergibt.

Zu Artikel 2

Zu § 7

Die im Gesetz über die Zusammenarbeit zwischen Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten abgesprochene Aufgabenkritik (§ 5) soll für den Bereich der Landesverwaltung zur Pflicht gemacht werden. Sie steht in untrennbarem Zusammenhang mit der sich aus § 7 Abs. 1 ergebenden Verpflichtung zur Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bei der Aufstellung und Ausführung des Haushalts. Die Verpflichtung

zur Aufgabenkritik wird deshalb als Satz 2 in § 7 Abs. 1 eingefügt. Dies entspricht der auch in § 7 Abs. 1 der Bundeshaushaltsordnung gewählten Konzeption.

Des Weiteren wird mit dem neu eingeführten § 7 Abs. 2 Satz 3 LHO die Anforderungen aus § 6 Satz 2 des Gesetzes über die Zusammenarbeit zwischen Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten ausdrücklich auch in der Landeshaushaltsordnung verankert. Damit wird der ganzheitliche Ansatz, dem Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen in diesen Fällen genügen müssen, auch an dieser Stelle nochmals betont. Zugleich wird – ebenfalls im Klarstellungsinteresse – die Regelung aus § 6 Satz 1 des Gesetzes über die Zusammenarbeit zwischen Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten, nach der in geeigneten Fällen Privaten die Möglichkeit zu geben ist, darzulegen, ob und inwieweit sie die vom Land wahrgenommenen Aufgaben ebenso gut oder besser wahrnehmen können, auch in der Landeshaushaltsordnung festgeschrieben (§ 7 Abs. 2 Satz 2).

Zu § 63

Nach der Änderung der Landeshaushaltsordnung von 1999 durften unbewegliche Vermögensgegenstände des Landes schon bisher auch dann veräußert werden, wenn sie zur Erfüllung der Aufgaben des Landes noch benötigt wurden. Mit dem „Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften“ vom 1. September 2005 hat der Bund durch eine Änderung der Bundeshaushaltsordnung den gleichen Weg beschritten. Nach dem geänderten § 63 Abs. 2 BHO dürfen jetzt unbewegliche Vermögensgegenstände, die zur Erfüllung der Aufgaben des Bundes weiterhin benötigt werden, zur langfristigen Eigennutzung veräußert werden, wenn auf diese Weise die Aufgaben des Bundes wirtschaftlicher erfüllt werden können.

Mit der Änderung von § 63 Abs. 2 LHO sollen zum einen die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Veräußerung von Vermögensgegenständen, die das Land weiterhin benötigt, in ihrem Kernbestand an die Bundesregelung in § 63 Abs. 2 BHO angenähert werden. Vermögensgegenstände, die zur Erfüllung der Aufgaben des Landes weiterhin benötigt werden, dürfen zur langfristigen Eigennutzung veräußert werden, wenn auf diese Weise die Aufgaben des Landes mindestens ebenso wirtschaftlich erfüllt werden können. Über die Bundesregelung hinausgehend wird die Veräußerungsmöglichkeit mit dieser Formulierung zugleich auf bewegliche Vermögensgegenstände ausgedehnt, um im Zuge der angestrebten verstärkten Kooperation des Landes mit Privaten alle ÖPP-Gestaltungsmöglichkeiten ausschöpfen zu können.

Aus Gründen der Klarstellung wird der bisherige selbständige § 63 Abs. 4 LHO als Satz 3 an den vorangegangenen Absatz 3 angefügt. Der bisherige § 63 Abs. 5 wird Absatz 4 und redaktionell angepasst. Die Regelungen in § 63 Abs. 3 und 4 LHO werden damit ohne inhaltliche Änderungen sprachlich an die Fassung von § 63 Abs. 3 und 4 BHO angepasst.

Zu Artikel 3

Zu § 90

Auf die Änderung des § 63 Abs. 2 LHO wird verwiesen. Entsprechend der dort aufgenommenen Regelung sollen auch Gemeinden abweichend vom Veräußerungsverbot des Satzes 1 Vermögensgegenstände zur langfristigen Eigennutzung veräußern dürfen, wenn auf diese Weise die Aufgaben der Gemeinde mindestens ebenso wirtschaftlich erfüllt werden können. Diese Änderung soll es Gemeinden erleichtern, kreditähnliche Rechtsgeschäfte und hierbei insbesondere ÖPP-Projekte durchzuführen.

Zur Erleichterung kreditähnlicher Rechtsgeschäfte sah bereits der geltende Absatz 2 vor, dass nur Absatz 1 Satz 2 für die Überlassung der Nutzung eines Vermögensgegenstandes entsprechend gilt. Auf Grund der Änderung des Absatz 1 kann die Einschränkung entfallen und bestimmt werden, dass Absatz 1 insgesamt entsprechend gilt.