

**Baugewerbeverband** □  
**Schleswig-Holstein**

Handwerkskammer Lübeck  
Herrn Nissen  
Breite Straße 10  
  
23552 Lübeck

**Schleswig-Holsteinischer Landtag** □  
**Umdruck 16/1688**

SK/Ba

10. Januar 2007

**Gesetzentwurf der Landesregierung zur Erleichterung  
Öffentlich Privater Partnerschaften  
Drucksache 16/935**

Sehr geehrter Herr Nissen,

wir nehmen Bezug auf unsere Ihnen bereits vorliegende Stellungnahme. Nach Prüfung des Gesetzesentwurfes in der nunmehr vorliegenden Fassung LTDS 16/935 müssen wir feststellen, dass dieser gegenüber dem von uns bereits geprüften Vorentwurf bis auf marginale textliche Veränderungen unverändert geblieben ist. Deshalb verbleibt es ohne weitere Ergänzungen bei der Ihnen bereits vorliegenden Stellungnahme. Diese legen wir dem Schreiben nochmals in angepasster Form bei.

Gleichfalls fügen wir ergänzend Ausführungen unseres Dachverbandes, des Zentralverbandes des Deutschen Baugewerbes, bei. Die in der Stellungnahme verschiedentlich bezogenen Ergebnisse eines themenbezogenen Leitfadens einer PPP-Task-Force sind auf elektronischem Wege unter der E-Mail-Adresse [www.ppp.nrw.de](http://www.ppp.nrw.de) zu beziehen (oder in Form von Broschüren bei der Task Force im Finanzministerium NRW erhältlich).

Die entsprechenden Unterlagen sollten Ihnen aber auch über eine unserem vorbezogenen Schreiben beigefügte CD bereits vorhanden sein, - vorsorglich sind die Anlagen dem Schreiben in Dateiform noch einmal beigefügt.

Mit freundlichen Grüßen  
BAUGEWERBEVERBAND SCHLEWIG-HOLSTEIN

Georg Schareck  
Hauptgeschäftsführer

Nachrichtlich an Herrn Ibelings, Bauindustrieverband SH und Herrn Sonntag, WVH

Anlagen





# **BAUGEWERBE- VERBAND SCHLESWIG-HOLSTEIN**

## **Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Landesregierung**

### **Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung Öffentlicher Privater Partnerschaften (ÖPP) Drucksache 16/935**

#### **I. Allgemein**

Die Bauwirtschaft in Schleswig-Holstein steht uneingeschränkt und positiv dem Gedanken, der dem ÖPP-Gesetzesentwurf zu Grunde liegt, gegenüber. Obwohl ÖPP in seinen rechtlichen Grenzen grundsätzlich nichts Neues ist, ist die Situationsbeschreibung der Finanznöte der Träger öffentlicher Verwaltung einerseits und der Chancen, die Betrieben auf Basis des vorhandenen Rechtsrahmens gegeben sind, noch nicht ausreichend, um den Grundgedanken des ÖPP voranzubringen. Wir sehen die Notwendigkeit, durch Aufbrechen verschiedener Krusten Verzahnungen in den rechtlichen und tatsächlichen sowie finanziellen Bedingungen so anzustoßen und vorzugeben, dass im Rahmen der allgemeinen und besonderen Daseinsvorsorge gerade bei baulichen Maßnahmen ÖPP stärker genutzt wird.

Andererseits wird die unter Ziffer 3 der Einleitung genannten Zielrichtung „Auswirkungen auf die private Wirtschaft“ und hier insbesondere für „Kleine ÖPP“-Vorhaben durch den Gesetzentwurf nur unzureichend berücksichtigt. Nach den uns vorliegenden gutachterlichen Ausweisungen geht es bei den ÖPP-Projekten bei immerhin rund 40% der gesamten Investitionsvolumina unter 5 Million Euro um einen beachtlichen Marktanteil sowohl auf Landes- als auch auf kommunaler Auftragsebene. Eine Chance für den Mittelstand in diesen Bereichen und gemessen an dem Marktanteil derartiger Auftragsvolumina in Schleswig-Holstein sowie der gleichfalls in den gesetzlichen Erläuterungen mitverfolgten Zielsetzung der Zurückdrängung unseriöser Anbieter wird das Gesetz jedoch nur dann Rechnung tragen können, wenn die fast durchgängig zu beobachtenden Programmsätze und zahlreichen fakultativen Vorschriften durch eine Verpflichtung der Träger öffentlicher Verwaltung zur Aufgabenkritik und im bestimmten Maße auch zur Wirtschaftlichkeitsprüfung zu Untersuchungen ergänzt. Diese Verpflichtung korrespondiert mit der durch die ratio legis des Gesetzentwurfes getragenen Anreizfunktionen auch für private Investoren, sich für ÖPP-Projekte zu engagieren. Engagement in diesem Zusammenhang heißt jedoch zunächst einmal in nicht unerheblichen finanziellen Vorleistungen zu treten. Auch deshalb ist es zur Entwicklung einer ÖPP-Kultur notwendig, über Verpflichtungen der Träger öffentlicher Verwaltung im vorgenannten Sinne die Anzahl von ÖPP-fähigen Projekten zu erhöhen.

Die Bewertung des Gesetzesentwurfes insgesamt fällt im Hinblick auf die generell abstrahierenden Vorschriften schwer. Zu Recht gehen zahlreiche Erläuterungen sowohl in der Einleitung als auch zu den einzelnen Vorschriften davon aus, dass normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften zum Vollzug des ÖPP-Gesetzes notwendig werden. Bereits an dieser Stelle ist kritisch anzumerken, dass der Erfolg dieses Gesetzes auch für einen einheitlichen Verwaltungsvollzug davon abhängt, dass die in die Begründungen mit aufgenommenen Verwaltungsvorschriften zeitnah zum Gesetz erarbeitet und erlassen werden. In gesetzestechnischer Hinsicht ist dazu in fast allen Vorschriften die entsprechende Ermächtigungsgrundlage zum Erlass von derartigen Verwaltungsvorschriften zu fordern.

Bei den folgenden Anmerkungen zu den einzelnen Vorschriften haben wir uns deshalb von Aussagen des beigefügten Skriptes unseres Zentralverbandes des Deutschen Baugewerbes „ÖPP im kommunalen Hochbau – Möglichkeiten und Anforderungen für das mittelständische Baugewerbe (Mai 2006)“ sowie der auf CD beigefügten Hinweise und Handhabungsmöglichkeiten der task force „Kleine PPP“ aus NRW leiten lassen.

## **II Im Einzelnen**

### **Zu § 2 und § 3:**

#### **1. Differenzierung nach Arten von ÖPP / PPP**

Das Gesetz sollte in der Zulässigkeit der Zusammenarbeit mit privaten und den rechtlichen Formvorschriften deutlicher als bis dato klarstellen, dass einerseits eine Abgrenzung öffentlich-rechtlicher Verträge zu zivilrechtlichen (privatautonom gestalteten) Verträgen erfolgt. Jeweils verbunden mit den unterschiedlichen auch Rechtmäßigkeitsbetrachtungen. Aus den Erläuterungen ist zu entnehmen, dass der Gesetzesentwurf regelmäßig die zivilrechtliche (privatautonome) Variante der Vertragsgestaltung bevorzugen möchte. Dann ist eine entsprechende Klarstellung von Nöten. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Abgrenzung, wann nach der ratio legis vorrangig das zivilrechtliche Instrumentarium, wann nach den öffentlich-rechtlichen Vorschriften, auf die nur gleitend verwiesen wird, ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im Rahmen der Daseinsvorsorge notwendig wird. Die entsprechende Klarstellung ist auch im Hinblick auf die §§ 8 und 9 notwendig. Wird doch in der Begründung zu diesen Normen bezüglich der Einflussssicherung und Aufsicht auf die Rechtsfolgeseiten zivilrechtlicher Verträge verwiesen.

Als in Frage kommende vertragliche Gestaltungsmaterien sind zumindestens in den Erläuterungen Kaufvertrag, Pachtvertrag, Erbbaurechtsvertrag, Miet- bzw. Nutzungsüberlassungsvertrag, Leasingvertrag, Werkvertrag bezüglich Planung, Sanierung oder Neubau sowie Dienstleistungsverträge bezüglich der Betriebs- und Unerhaltungsleistungen zu nennen. Durch eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage ist sicher zu stellen, dass die jeweiligen Varianten mit ihren dazugehörigen Voraussetzungen sowohl bei der Aufgabenkritik als auch bei der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung für den Träger der öffentlichen Verwaltung als auch für den potentiellen privaten Partner transparent und landeseinheitlich zur Umsetzung gelangen.

## **Zu § 5:**

Unter Bezugnahme auf die bereits zu Ziff. 1 (Allgemein) getätigte grundsätzliche Forderung ist § 5 in Teilbereichen logens auszugestalten. Um ÖPP-Projekten überhaupt zur Durchsetzung und Anwendung zu verhelfen, sollten Träger öffentlicher Verwaltung auf allen Ebenen im Rahmen laufender Haushaltsplanungen verpflichtet werden, die in § 5 im übrigen genannte Aufgabenkritik und die Prüfung von Privatisierungsmöglichkeiten mit Begründung durchzuführen. Konkretisierung von Runderlass IM SH Kreditwirtschaft der Gemeinden (Amtsbl. Schl.-H. 2003 S. 645). Dies sollte mindestens ab einem Ausgabevolumen je Ausgabekonto von 2,5 Mio Euro in Verbindung mit ÖPP erfolgen. Denn ab dieser Grenze können sich und mit zunehmenden Auftragsvolumen deutlich steigende Unterhalts- und Investitionsvorteile auf ÖPP-Projekten ergeben. Ferner sollte sichergestellt werden, dass in den Fällen, in denen aus der Prüfung von Privatisierungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit der Aufgabenkritik ein ÖPP-Projekt wahrscheinlich werden kann, ansatzweise und zur Vermeidung von Doppelarbeiten Elemente der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung von § 6 mit durchzuführen. Darüber hinaus wäre es sinnvoll, die Träger öffentlicher Verwaltung zu verpflichten, in diesen Fällen, in denen eine Aufgabenkritik und die Prüfung von Privatisierungsmöglichkeiten vorzunehmen ist, dies mit anderen in Frage kommenden Träger öffentlicher Verwaltung abzustimmen. Auch hier bieten sich entsprechende synergetische Effekte an.

Auch die Einführung eines dann zwingenden Bietermemorandums ist sinnvoll (vgl. task force PPP – „Kleine PPP NRW“).

Sollte auf eine derartige Konkretisierung des § 5 verzichtet werden, läuft diese Norm in unveränderter Form auf Grund der zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe Gefahr, dass bereits auf der Eingangsstufe von ÖPP ein Scheitern durch Unterlassen vorbestimmt ist.

## **Zu § 6:**

Gesetzgebungstechnisch verwirrend ist, wenn der Rahmen von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen erst in den Erläuterungen zu § 9 dadurch konkretisiert wird, wenn dort ausgeführt wird, dass § 9 den rechtlichen Orientierungsrahmen für die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bildet. Diese Erläuterung gehört u.E. entweder in den Gesetzes- oder in Verwaltungsvorschriftenbereich. Hierfür ist eine Ermächtigungsgrundlage notwendig. Im übrigen begegnet die Vermengung privatautonomer Gestaltungselemente mit Vorgaben, die eher im öffentlichen Recht beheimatet sind und Ermessungsspielräume definieren, systematischem Bedenken, da sie die Privatautonomie einschränken.

Der Umfang der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung im übrigen sollte sich nicht alleine auf den Rechtsrahmen des § 9 konkretisieren und beschränken. Vielmehr, das zeigen gerade die Untersuchungen der aus dem Baubereich beigefügten Erläuterungen, müssen sich ÖPP-Projekte, anders als bei konventionellen Vergaben, an ergebnisorientierten Anforderungen auch bei der Ausschreibung orientieren. Wie das Ergebnis erreicht wird, entscheidet auch in Bezug auf die Risikobewertung der private Auftragnehmer. Diese privatautonome Interessenfindung soll deswegen in den normativen Bereichen klar gestellt werden, dass für diesen Bereich der Zielerreichungsoption das freie Verhandlungsmandat gilt.

Ferner halten wir es für notwendig, eine programmatische Grundaussage, wie in der VOB enthalten, zu Gunsten der Gestaltung von ÖPP-Projekten in Losgrößen vorzugeben, die grundsätzlich durch die in Schleswig-Holstein vorhandene Betriebs- und Unternehmensgrößen abgedeckt werden können. Ansonsten der Mittelstand keine Chance zur Beteiligung an ÖPP-Projekten hat, In einer noch zu erarbeitenden Verwaltungsvorschrift regen wir an, ergänzende Regelungsmöglichkeiten, wie die Bündelung potentieller ÖPP-Projekte, z.B. benachbarter Gebietskörperschaften, die Anregung an private Partner aufzunehmen, dass diese „von sich aus die Einbindung regionaler Betriebe und Unternehmen anbieten“. In diesen Fällen, wo der private Partner dies von sich aus anbietet, darf die öffentliche Hand dieses Angebot annehmen und zu Gunsten schleswig-holsteinischer Unternehmen und Betriebe vertraglich fixieren. Genauso wie die Vorgabe kurzer Reaktionszeiten regelmäßig und erfahrungsgemäß beim privaten Partner, der nicht aus dem heimischen Industrie- und Unternehmensbereich kommt, regelmäßig einen Rückgriff auf ortsansässige Betriebe wahrscheinlich macht.

### **Zu § 7:**

Die knappen generalisierenden Aussagen des § 7 werden erst im Zusammenhang mit den umfangreichen Erläuterungen hierzu verständlich. Gesetzestechnisch ist diese Lösung nicht glücklich. Zumal in den Erläuterungen zahlreiche Aussagen enthalten sind, die gesetzes- und normkonkretisierenden Inhalt haben und damit Bindungswirkung erzeugen sollen. Formal gehören diese Formulierungen entweder in den Gesetzestext oder aber in eine Verwaltungsvorschrift, zu der auch hier die Ermächtigungsgrundlage vermisst wird.

#### Beispiel:

Erläuterungen Seite 36 zu § 7 Abs. 1 „Diese Anforderungen gelten unabhängig davon, ob der Vertragspartner ... ermittelt wird oder nicht“. Oder „fachkundig ist einen Bewerber, der nicht nur notwendige, sondern ...“

Im Hinblick auf den Erfolg des Gesetzes aus Sicht der jeweiligen Normadressaten halten wir es für notwendig, eine zumindestens deklaratorische Aussage des Verhältnisses zwischen ÖPP gesetzlichen Vorgaben und im Rangverhältnis vergaberechtlicher Vorschriften zu treffen. Dies gilt erst Recht für Problemfälle in der Abgrenzung zwischen VOB- und VOL-Leistungen, z.B. bei einem einheitlichen Projekt. Wenn der Gesetzgeber darüber hinaus die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit im normativen Kontext und Verständnis der VOB/VOL sehen will, ist eine entsprechende gesetzliche Verweisung im Gesetzestext notwendig.

Darüber hinaus regen wir unter Verweis insbesondere auf die Aussagen des kleinen Leitfadens „Kleine PPP“ aus NRW an, die Prüfkompetenz des Trägers öffentlicher Verwaltung im Hinblick auf die Zuverlässigkeit und Fachkundeprüfung, die Leistungsfähigkeit eines Bewerbers (privaten Partners) nicht einseitig und restringierend zu handhaben. Vielmehr gehören im Sinne der Gleichberechtigung (immerhin spricht das Gesetz von Partnerschaft), dass auch die Träger öffentlicher Verwaltung Pflichten bei Eingehung derartiger Verträge haben. ÖPP ist keine einseitige Interessen- und Wirtschaftlichkeitsüberwälzung, sondern entsteht im wechselseitigen und gegenseitigen Gegen und Nehmen. So lassen sich Effizienzvorteile generieren, wenn gleichfalls Pflichten der Träger öffentlicher Verwaltung aufgenommen werden.

So etwa bei der Prüfung der finanziellen Leistungsfähigkeit selbige zu stärken, indem Effizienzvorteile dadurch generiert werden, dass auf Vertragserfüllungsbürgschaften für die Bauphase verzichtet oder zumindestens deren Höhe auf maximal 5% der Gesamtinvestitionskosten begrenzt werden. Zugleich Effizienzvorteile dadurch zu generieren, wenn zur Absicherung des Instandhaltungsrisikos statt einer Bürgschaft ein von der Kommune geführtes Instandhaltungskonto eingerichtet wird, das auch einer Verpfändung des von dem Privaten geführten Kontos im gleichen Sinne und gleicher Zweckbindung zugeführt werden kann. Die Mittelstandsverträglichkeit kann erhöht werden, wenn auf Bürgschaften oder ähnlich teure Sicherheiten für den Insolvenzfall während der Betriebsphase verzichtet wird bzw. diese auf die ersten Jahre der Betriebsphase beschränkt wird.

Grundsätzlich sollten Bürgschaften nach Wahl des privaten Partners, sofern sie unverzichtbar sind, akzeptiert werden.

Ähnliche Vorteile lassen sich als Verpflichtung durch die Träger öffentlicher Verwaltung generieren, wenn verschiedene Finanzierungsvorteile, etwa bei Finanzierungsleistungen geregelt werden. Der Vorteil von Gestaltungen, z.B. durch kommunal kreditähnliche Konditionen, die sich durch vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten anbieten, kann auch hier die Bewertung der finanziellen Leistungsfähigkeit eines privaten Partners deutlich beeinflussen.

Wir regen an, derartige Ausführungen zur Sicherstellung eines einheitlichen Verwaltungsvollzuges durch eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage einer Verwaltungsvorschrift zu regeln.

Wir regen darüber hinaus an, in § 7 eine Ergänzung zu Gunsten präqualifizierter Betriebe, deren Präqualifizierung durch ein zertifiziertes System sichergestellt ist, aufzunehmen. Auch dies würde Verwaltungsabläufe und Kostentransparenz deutlich begünstigen.

Der Gesetzgeber sollte sich im übrigen der Gefahr bewusst sein, dass im Zusammenspiel des Vergaberechts einerseits und des ÖPP-Gesetzes andererseits sowohl durch sogenannte funktionelle Vergaben als auch durch die Möglichkeit der Beleihung in Verbindung mit der Ausübung öffentlicher Gewalt an Private eine Umgehung vergaberechtlicher Vorschriften mit hoher Wahrscheinlichkeit erfolgen kann. Es ist deshalb zwingend notwendig, eine Transparenz dahingehend herzustellen, dass beliehene bzw. öffentliche Eigen- und Regiebetriebe in privatrechtlicher Form bekannt gemacht werden, um Wettbewerbsverzerrungen aufzuklären und zu verhindern.

#### **Zu § 8:**

U.E. wird jedoch die Forderung der Einflussssicherung in Verbindung mit den Aussagen der Begründung zu den Vertragsmodellen nach § 3 Nr. 1 – bis 3 derart unbestimmt und wage gehalten, dass das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot verletzt erscheint. Deshalb gehört in § 8 Abs. 1 eine entsprechende Klarstellung aufgenommen, dass regelmäßig in den Fällen des § 3 Nr. 1 bis 3 die gesetzliche Rechtsfolgenseite bei Leistungsstörungen bzw. Schadensverläufen mit den dort enthaltenen Anspruchsvoraussetzungen hierfür ausreicht. Und dass Einflussssicherung und Aufsicht darüber hinaus, ähnlich wie es in § 8 Abs. 2 dann im

Bereich der Ermessungsausübung und Verhältnismäßigkeitgrundsatzes ausgeführt wird, zusätzlich Auskunfts-, Selbsteintritts-, Übernahme- und Vetorechte etc. beinhalten kann. Nur dann wird auch für den weiteren Normadressaten, dem privaten Partner, deutlich, welche Elemente er bei Risikoabschätzung und Wirtschaftlichkeitsbetrachtung einbeziehen muss, um überhaupt zu einer Abgabe eines Angebotes bewegt werden zu können.

**Zu § 9:**

Hier regen wir an, wie bereits zu § 5 ausgeführt, dass in den Mindestbedingungen auch Bürgschaftsregelungen, insbesondere deren konditionierter Verzicht, aufgenommen werden.

Kiel, den 11.07.2006

Georg Schareck  
Hauptgeschäftsführer  
Baugewerbeverband Schleswig-Holstein

## Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Einleitung</b> .....	<b>4</b>
1.1	Die PPP-Task Force in NRW .....	4
1.2	Anlass und Ziel des Leitfadens .....	4
<b>2</b>	<b>Definition Kleine PPPs</b> .....	<b>5</b>
2.1	Allgemeine Begriffsdefinition PPP.....	5
2.2	Begriffsdefinition Kleine PPPs .....	7
<b>3</b>	<b>Rechtliche Rahmenbedingungen für PPP</b> .....	<b>8</b>
<b>4</b>	<b>Vorschläge für Kleine PPPs</b> .....	<b>8</b>
4.1	Aufgabe und Art der Immobilie.....	9
4.1.1	Allgemeines.....	9
4.1.2	Ansätze für Kleine PPPs.....	9
4.2	Leistungsanforderungen und Leistungsbild des privaten Partners.....	10
4.2.1	Allgemeines.....	10
4.2.2	Ansätze für Kleine PPPs.....	<del>11</del> <b>10</b>
4.3	Ausschreibung und Vergabeverfahren.....	<del>17</del> <b>16</b>
4.3.1	Akquisitionskosten der privaten Bieter.....	<del>17</del> <b>16</b>
4.3.2	Transaktionskosten der öffentlichen Hand .....	<del>17</del> <b>16</b>
4.3.3	Potenziale zur Kostenreduzierung.....	<del>18</del> <b>17</b>
4.4	Organisationsstruktur des privaten Partners .....	<del>20</del> <b>19</b>
4.4.1	Allgemeines.....	<del>20</del> <b>19</b>
4.4.2	Ansätze für Kleine PPPs.....	<del>21</del> <b>20</b>
4.5	Eigentumsverhältnisse .....	<del>23</del> <b>22</b>
4.5.1	Allgemeines.....	<del>23</del> <b>22</b>
4.5.2	Ansätze für Kleine PPPs.....	<del>24</del> <b>23</b>
4.6	Vertragsstruktur und Vertragslaufzeiten.....	<del>25</del> <b>24</b>
4.6.1	Vertragsstruktur .....	<del>25</del> <b>24</b>
4.6.2	Vertragslaufzeiten.....	<del>28</del> <b>27</b>
4.7	Struktur des Entgelts .....	<del>28</del> <b>27</b>
4.7.1	Allgemeines.....	<del>28</del> <b>27</b>
4.7.2	Ansätze für Kleine PPPs.....	<del>29</del> <b>28</b>
4.8	Risikostruktur.....	<del>30</del> <b>29</b>
4.8.1	Allgemeines.....	<del>30</del> <b>29</b>
4.8.2	Ansätze für Kleine PPPs.....	<del>31</del> <b>30</b>

4.9	Finanzierung und Sicherheitsstruktur .....	<del>3332</del>
4.9.1	Finanzierung .....	<del>3332</del>
4.9.2	Sicherheitsstruktur .....	<del>3736</del>
4.10	Personalübertragung.....	<del>4039</del>
4.10.1	Allgemeines.....	<del>4039</del>
4.10.2	Ansätze für Kleine PPPs.....	<del>4140</del>
4.11	Nichtmonetäre Vorteile.....	<del>4241</del>
4.12	Anwendung der Ansätze .....	<del>4342</del>
<b>5</b>	<b>Einbindung von KMU in Kleine PPPs.....</b>	<del><b>4342</b></del>
5.1	Rechtliche Rahmenbedingungen.....	<del>4443</del>
5.2	KMU als private Partner.....	<del>4544</del>
5.2.1	Einsatz von KMU auf der 1. Ebene .....	<del>4645</del>
5.2.2	Einsatz von KMU auf der 2. Ebene .....	<del>4746</del>
5.3	Einflussmöglichkeiten des öffentlichen Auftraggebers ....	<del>4847</del>
5.3.1	Einbindung als privater Partner (1. Ebene) .....	<del>4847</del>
5.3.2	Einbindung als Nachunternehmer (2. Ebene).....	<del>5453</del>
5.4	Einflussmöglichkeiten der KMU.....	<del>5554</del>
5.4.1	Einbindung als privater Partner (1. Ebene) .....	<del>5554</del>
5.4.2	Einbindung als Nachunternehmer (2. Ebene).....	<del>5756</del>
5.5	Erfahrungen aus der Praxis .....	<del>5756</del>
<b>6</b>	<b>Fazit.....</b>	<del><b>5857</b></del>
<b>7</b>	<b>Anlage .....</b>	<del><b>5958</b></del>
7.1	Checkliste für die Kommune .....	<del>5958</del>
7.2	Checkliste zur Einbindung des Mittelstands.....	<del>6160</del>
7.3	Bisher erschienene Leitfäden der PPP-Task Force NRW.	<del>6362</del>

## Vorwort Finanzminister

# 1 Einleitung

## 1.1 Die PPP-Task Force in NRW

Im April 2002 hat die Landesregierung Nordrhein-Westfalen im Finanzministerium eine Public Private Partnership-Task Force eingerichtet. Die PPP-Task Force ist die zentrale Anlaufstelle für Kommunen, öffentliche Verwaltungen sowie private Unternehmen.

Unter Beteiligung der PPP-Task Force wurde bisher eine Reihe von Pilotprojekten in NRW initiiert, die von dieser kontinuierlich und intensiv begleitet werden. Ziel der Pilotprojekte ist es, unterschiedliche Aspekte von PPP-Modellen zu erproben und zu evaluieren sowie Prozesse für PPP-Projekte zu standardisieren. Die gewonnenen Erkenntnisse werden ausgewertet und in themenbezogenen Leitfäden zusammengefasst<sup>1</sup>. Diese sind über das Internet unter [www.ppp.nrw.de](http://www.ppp.nrw.de) zu beziehen oder auch in Form von Broschüren bei der PPP-Task Force im Finanzministerium NRW erhältlich.

Neben der Generierung und Begleitung von Pilotprojekten kümmert sich die Task Force vor allem um eine Standardisierung des PPP-Prozesses und veröffentlicht in regelmäßigen Abständen Leitlinien zu bestimmten Schwerpunktthemen. Dieser Prozess dient der Rechts- und Handlungssicherheit für alle Beteiligten, also für öffentliche Auftraggeber, für potentielle Bieter und auch für Berater. Ferner können mit geeigneten Standards – ebenfalls für alle Beteiligten – erheblich Zeit und Kosten eingespart werden.

## 1.2 Anlass und Ziel des Leitfadens

Die erfolgreiche Umsetzung der bisherigen Pilotprojekte hat gezeigt, dass es für öffentliche Auftraggeber wirtschaftlich empfehlenswert ist, die Möglichkeiten einer Public Private Partnership (PPP) in Betracht zu ziehen. In NRW wurden durchschnittlich Effizienzvorteile von PPP gegenüber der konventionellen Beschaffungsvariante zwischen 6 % und 15 % erzielt.

Bisher lag das Investitionsvolumen bei fast allen Pilotprojekten in NRW über 10 Mio. € und war damit eher für größere Unternehmen und Bieterkonsortien interessant. Anhand dieser Erfahrungswerte wurde 2004 auch der Leitfaden „**Erste Schritte: Der PPP-Eignungstest**“<sup>2</sup> verfasst.

---

<sup>1</sup> Die bereits erschienenen Leitfäden sind in der Anlage (Ziffer 7.3) aufgezählt und kurz erläutert.

<sup>2</sup> Vgl. Public Private Partnership im Hochbau, Erste Schritte: Der PPP-Eignungstest, Finanzministerium NRW, 2004.

Darin spiegeln sich Projekte mit großen Investitionsvolumina und/oder großer zu bewirtschaftender Fläche wider.

Was passiert aber, wenn ein Vorhaben diesen „großen“ Eignungstest nicht besteht?

Die Attraktivität eines PPP-Projekts lässt sich nicht allein anhand des Investitionsvolumens festlegen. Vielmehr lässt sich auch für kleinere Volumina ein effizientes PPP-Modell finden.

Daher richtet sich dieser Leitfaden vor allem an Kommunen, deren Vorhaben den „großen“ Eignungstest nicht bestanden haben und soll Hilfestellung auch für mittelständische Unternehmen bieten. Er soll den Rahmen von so genannten „Kleinen PPPs“ beschreiben, welche trotz des geringeren Projektvolumens Effizienzvorteile gegenüber der konventionellen Beschaffungsvariante generieren können. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass noch keine hinreichenden Praxiserfahrungen mit den Kleinen PPPs vorliegen. Der vorliegende Leitfaden muss daher aufgrund weiterer Projekterfahrung fortentwickelt werden.

Darüber hinaus ist das Ziel dieses Leitfadens, aufzuzeigen, wie kleine und mittlere Unternehmen im Rahmen von Kleinen PPPs stärker eingebunden werden können. Hierbei werden sowohl die Einflussmöglichkeiten auf Seiten der öffentlichen Hand als auch auf Seiten der Unternehmen behandelt.

**Der Leitfaden konzentriert sich auf Vorhaben, die den vom Finanzministerium NRW herausgegebenen PPP-Eignungstest nicht bestanden haben, aber trotzdem als PPP-Variante effizienter als die konventionelle Beschaffungsvariante realisiert werden könnten und insbesondere mittelstandsorientiert sind.**

## **2 Definition Kleine PPPs**

Bevor die so genannten Kleinen PPPs beschrieben werden können, muss zunächst das Konzept einer Public Private Partnership kurz skizziert werden.

### **2.1 Allgemeine Begriffsdefinition PPP**

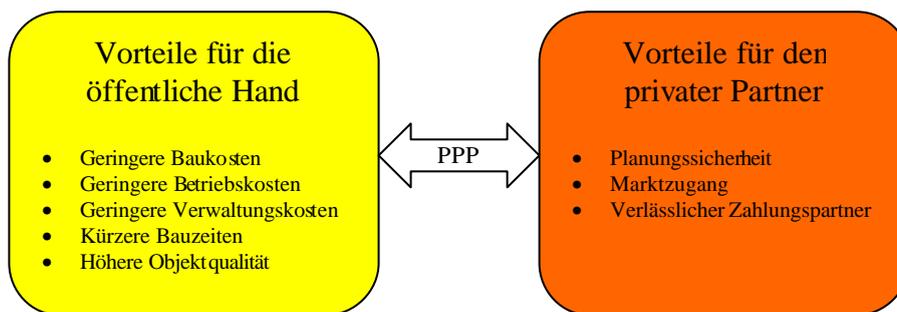
Eine allgemeingültige Definition von Public Private Partnership existiert nicht. Überwiegend wird unter PPP eine partnerschaftliche, vertraglich geregelte und vor allem langfristige Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und privaten Unternehmen verstanden. Die erforderlichen Ressourcen werden von den Projektbeteiligten gebündelt und optimal für eine erfolgreiche Partnerschaft eingebracht. Eventuelle Projektrisiken werden dabei auf die einzelnen Projektpartner verteilt. Dies geschieht in der Regel nach der sog. Risikomanagementkompetenz, d.h. der Fähigkeit, diese Risiken am besten einschätzen und handhaben zu können.

Für den öffentlichen Auftraggeber bietet PPP ganzheitliche Lösungen aus einer Hand sowie die Möglichkeit, sich auf die Kernbereiche der Daseinsvorsorge zu konzentrieren und neue Finanzierungsmöglichkeiten zu erschließen. Die ganzheitliche Lösung aus einer Hand bietet zudem den Vorteil von kurzen Kommunikationswegen sowie eine Bündelung der Verantwortlichkeit und langfristig angelegte Effizienzgewinne.

Dem privaten Partner bietet PPP eine langfristige Planungssicherheit sowie die Möglichkeit, sein Tätigkeitsfeld zu erweitern und sein Kerngeschäft auszubauen.

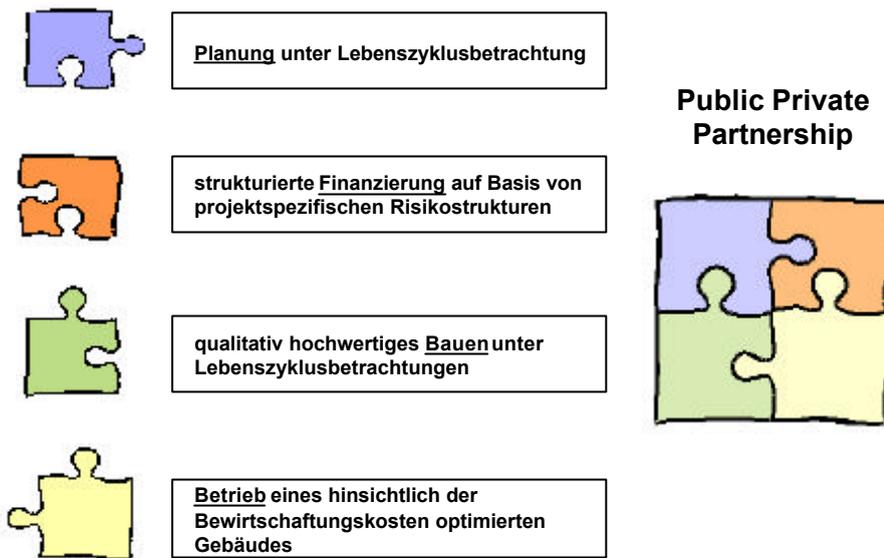
Ein weiterer Nutzen für beide Parteien ergibt sich aus dem entstehenden Ideen- und Kostenwettbewerb zwischen den Bietern, der gegenüber der konventionellen Ausschreibung häufig zu innovativeren Konzepten und kostengünstigeren Ansätzen führt.

Die wichtigsten Vorteile von PPP sind in der nachstehenden Grafik dargestellt.



**PPP bietet sowohl für die öffentliche Hand als auch für den Privaten eine Win-Win-Situation. Der partnerschaftliche Umgang der Parteien untereinander steht hierbei im Mittelpunkt.**

PPP-Modelle beinhalten im Wesentlichen vier Komponenten:



Alle Planungen werden vor dem Hintergrund des Lebenszyklus durchgeführt, d.h. es wird nach möglichen Optimierungspotenzialen nicht nur hinsichtlich der Bau- sondern auch hinsichtlich der Betriebs- und Unterhaltskosten unter Berücksichtigung des gesamten Betriebszyklus gesucht. Da der private Partner nicht nur für das Planen und Bauen, sondern auch für den Betrieb und Unterhalt verantwortlich ist, liegt es in seinem Interesse, qualitativ hochwertige Baustoffe zu verwenden, um die Betriebs- und ggf. Sanierungskosten auf ein Mindestmaß zu reduzieren. Die Erfahrung zeigt, dass die Projektabwicklung umso effektiver funktioniert, je weniger Schnittstellen existieren. Der Grundgedanke von PPP ist, alles aus einer Hand anzubieten. Durch diesen ganzheitlichen Ansatz werden die Schnittstellen zwischen den ansonsten getrennten Phasen und unterschiedlichen Verantwortlichen reduziert. Deshalb ist zu erwarten, dass nicht nur die Effektivität, sondern auch die Qualität der Ausführung steigt.

## 2.2 Begriffsdefinition Kleine PPPs

Kleine PPPs meint Vorhaben, die sich nicht in dem Raster des „PPP-Eignungstests“<sup>3</sup> bewegen. Dies ist in der Regel der Fall bei einem Investitionsvolumen von weniger als ca. 10 Mio. € und einer zu bewirtschaftenden Fläche von weniger als 5.000 m<sup>2</sup> BGF. Das Investitionsvolumen sollte jedoch auch bei Kleinen PPPs mindestens 4 Mio. € betragen.

Das o.g. Investitionsvolumen von ca. 10 Mio. € kann entsprechend dem „PPP-Eignungstest“ ausnahmsweise dann unterschritten werden, wenn die zu bewirtschaftende Fläche vergrößert wird. Demnach sollte bei einem

<sup>3</sup> Vgl. Public Private Partnership im Hochbau, Erste Schritte: Der PPP-Eignungstest, Finanzministerium NRW, 2004.

Neubauprojekt mit einem Investitionsvolumen von 4 Mio. € standardisiertem Verfahren und mit Unterstützung durch professionelle Berater die zu bewirtschaftende Fläche mindestens 17.000 m<sup>2</sup> BGF betragen, um die erste Hürde des „großen“ PPP-Eignungstests zu bestehen.

Zu beachten ist, dass die Vorgaben zum Investitionsvolumen und zur bewirtschaftenden Fläche nur grobe Anhaltspunkte darstellen, die unter Berücksichtigung weiterer projektspezifischer Voraussetzungen anhand des erwähnten PPP-Leitfadens „Der Eignungstest“ geprüft werden müssen.

Zur Sicherstellung des PPP-Charakters sollte eine Kleine PPP möglichst folgende Kriterien aufweisen:

- Öffentliche Nutzung des Bauwerks
- Planung, Bau, Betrieb und Finanzierung aus einer Hand (Lebenszyklusansatz)
- Risikotransfer auf den privaten Partner
- Eigentum verbleibt nach Vertragsablauf bei der öffentlichen Hand (Inhabermodell)

### **3 Rechtliche Rahmenbedingungen für PPP**

Die rechtlichen Rahmenbedingungen für PPP sind nicht gesondert geregelt, sondern lassen sich aus den bereits vorhandenen Normen herleiten. Ein besonderes Gewicht fällt hier dem Vergabe- und dem Steuerrecht zu

Auf eine gesonderte Darstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen von PPP-Modellen kann mit Hinweis auf die Leitfäden der Task Force (siehe Ziffer 7.3) verzichtet werden.

### **4 Vorschläge für Kleine PPPs**

Im Wesentlichen werden PPP-Projekte durch folgende Parameter charakterisiert:

- PPP-Aufgabe und Art der Immobilie
- Leistungsanforderungen und Leistungsbild des privaten Partners
- Ausschreibung und Vergabeverfahren
- Organisationsstruktur des privaten Partners
- Eigentumsverhältnisse
- Vertragsstruktur und Vertragslaufzeit

- Struktur des Entgelts
- Risikoverteilung
- Finanzierung und Sicherheitsstruktur
- Personalübertragung

In den nachfolgenden Ausführungen soll es darum gehen, wie diese Parameter bei Kleinen PPPs ausgestaltet werden sollten, damit trotz des geringen Projektvolumens spürbare Effizienzvorteile gegenüber der konventionellen Beschaffungsvariante generiert werden können.

Hierbei sind mit Effizienzvorteilen ausschließlich Effizienzvorteile in wirtschaftlicher Hinsicht gemeint. Es ist jedoch ausdrücklich hervorzuheben, dass sich die Vorteilhaftigkeit von PPP-Modellen nicht allein auf die Wirtschaftlichkeit beschränkt, sondern in vielerlei Hinsicht gegeben sein kann. Auf die nichtmonetären Vorteile von PPP-Projekten wird unter Ziffer 4.11 näher eingegangen.

Die nachfolgenden Ausführungen beschreiben für jeden PPP-Parameter entsprechende Einzelansätze, welche erst in ihrer Summe dazu führen können, dass Effizienzvorteile gegenüber der konventionellen Beschaffungsvariante verzeichnet werden.

Je mehr der im Weiteren aufgeführten Ansätze für ein Kleines PPP-Projekt zutreffen, umso höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass sich Effizienzvorteile gegenüber der konventionellen Beschaffungsvariante ergeben werden.

## **4.1 Aufgabe und Art der Immobilie**

### **4.1.1 Allgemeines**

Als PPP-Aufgabe kommen Bau oder Sanierung in Frage. Ferner kann bei PPP-Projekten grundsätzlich zwischen einer Standard- und einer Spezialimmobilie unterschieden werden.

Standardimmobilie meint vor allem einfache Vorhaben wie Sporthallen, Schulen, Verwaltungsgebäude etc. Unter Spezialimmobilie sind Bäder, Mehrzweckhallen, Feuerwachen etc. zu verstehen.

### **4.1.2 Ansätze für Kleine PPPs**

Die Art der Immobilie und der anfänglichen Bauaufgabe hat Einfluss auf das Optimierungspotenzial, welches sich bei der Durchführung durch einen privaten Partner ergibt.

Grundsätzlich gilt für „große“ PPPs: Je komplexer die Immobilie oder komplizierter die Bauaufgabe, umso größer ist das Optimierungspotenzial,

aus dem ein privater Partner Effizienzvorteile gegenüber der konventionellen Beschaffungsvariante erzielen kann.

Dies liegt daran, dass die Vorteile des privaten Partners gegenüber der Kommune (im Wesentlichen: größere Erfahrung, besseres technisches Know-how, bessere Marktkennntnis und größerer Verhandlungsspielraum während der Vergabe von Bauleistungen) bei Spezialvorhaben mehr zur Geltung gelangen als bei Standardvorhaben.

Für Kleine PPPs gilt demgegenüber, dass bei Neubaumaßnahmen, sowohl Standard wie Spezialimmobilien, Effizienzgewinne versprechen, soweit die Komplexität überschaubar ist und vor allem baunahe Dienstleistungen mit möglichst geringem Anteil an Spezialtechnik übertragen werden.

Bei Sanierungsmaßnahmen sollten möglichst anspruchsvolle und komplizierte Verfahren, wie z.B. Sanierung im laufenden Betrieb von nicht zusammenhängenden Teilbereichen mit Zwischenumzügen, Provisorien und zeitlich versetzten Ausführungsfristen, vermieden werden.

#### **Ansatz Nr. 1**

**Bei Kleinen PPPs können sich Effizienzvorteile gegenüber der konventionellen Beschaffungsvariante ergeben, wenn die Komplexität der Projekte überschaubar ist und vor allem baunahe Dienstleistungen übertragen werden.**

## **4.2 Leistungsanforderungen und Leistungsbild des privaten Partners**

### **4.2.1 Allgemeines**

Ein PPP-Projekt wird vor allem dadurch charakterisiert, dass Leistungen auf den privaten Partner übertragen werden.

Bei großen PPP-Modellen sind das in der Regel folgende Leistungen:

- Planungsleistungen
- Bauleistungen
- Betriebsleistungen (Energie, Wasser, Abwasser)
- Unterhaltungsleistungen (Instandhaltung, Wartung, Reinigung, Entsorgung, Straßenreinigung, Pflege der Außenanlagen, Winterdienst)
- Dienstleistungen (Hausmeister-, Pförtner-, Botendienste, Sekretariat, Verpflegung etc.)

#### 4.2.2 Ansätze für Kleine PPPs

Mit der Übertragung von Leistungen auf den privaten Partner sollen folgende Ziele erreicht werden:

- Sicherstellung eines Lebenszyklusansatzes
- Risikotransfer auf den privaten Partner, soweit beherrschbar
- Kostenreduzierung

Mit der Sicherstellung des Lebenszyklusansatzes ist gemeint, dass die Wirtschaftlichkeit und Werterhaltung einer Immobilie insbesondere dadurch optimiert wird, dass Planung, Finanzierung, Bau und Betrieb aus einer Hand erfolgt. Entsprechend der Definition im Kapitel 2 werden an Kleine PPPs in diesem Zusammenhang bestimmte Mindestvoraussetzung gestellt.

Durch die Übertragung von Leistungen auf den privaten Partner werden in der Regel automatisch auch die damit zusammenhängenden Risiken auf den privaten Partner übertragen. Grundsätzlich sollte immer diejenige Vertragspartei die Risiken tragen, die diese am besten beeinflussen kann. Durch eine solche optimale Risikoverteilung ergeben sich wirtschaftliche Vorteile, die ein PPP-Projekt charakterisieren. Welche Bedeutung der Risikostruktur bei Kleinen PPPs zukommt, wird unter Ziffer 4.8 näher erläutert.

Dieses Kapitel befasst sich in erster Linie mit den erzielbaren Kostenreduzierungen durch die Übertragung von Leistungen auf den privaten Partner.

Kostenreduzierungseffekte werden bei der Leistungsübertragung in der Regel dadurch erzielt, dass Planungs-, Bau- und Betriebsleistung im Gesamtpaket durch den privaten Partner aufgrund besserer Marktkenntnisse, größerer Verhandlungsspielräume bei der Vergabe von Bauleistungen, größerer Erfahrung und weniger Leistungsschnittstellen kostengünstiger erbracht werden können als durch die öffentliche Hand.

Unter gewissen Umständen und Voraussetzungen kann es jedoch sein, dass gerade bei Kleinen PPPs diese Prämisse so pauschal nicht zutreffend ist und sich durchaus Effizienzvorteile gegenüber der konventionellen Beschaffungsvariante ergeben können, wenn einige Teilleistungen eben nicht auf den privaten Partner übertragen werden, sondern bei der Kommune verbleiben.

Im Nachfolgenden wird untersucht, wie die Übertragung der einzelnen Leistungsbereiche ausgestaltet sein könnte, damit sich entsprechende Effizienzvorteile gegenüber der konventionellen Beschaffungsvariante verzeichnen lassen.

#### 4.2.2.1 Planung

Nicht selten kommt es vor, dass Kommunen Überlegungen zur Realisierung eines PPP-Projektes zu einem Zeitpunkt anstellen, zu dem bereits eine architektonische Vor- oder Entwurfsplanung vorliegt. Grundsätzlich ist es auch denkbar, dass zu diesem Zeitpunkt bereits ein genehmigter Bauantrag vorliegt.

In diesen Fällen kann es für die Kommune gerade bei Kleinen PPPs kostengünstiger sein, wenn dem privaten Partner die bereits vorliegende Planung zur Fortschreibung vorgegeben wird.

Die Kostenreduzierungen ergeben sich hierbei aus den ersparten Aufwendungen auf Seiten des Privaten, die er in Form eines niedrigeren Nutzungsentgelts an die Kommune weitergibt, sowie durch reduzierte Aufwendungen auf Seiten der Kommune im Zusammenhang mit der Vorbereitung der Ausschreibung und der Auswertung von Angeboten.

Liegt bereits ein genehmigter Bauantrag vor, entfällt zusätzlich das in der Regel vom Privaten zu tragende Genehmigungsrisiko, wodurch die Kosten des privaten Angebotes weiter gesenkt werden könnten.

Dadurch, dass die Planung nicht durch den Privaten erbracht wird, stellt sich die Frage, inwieweit der Lebenszyklusansatz beeinträchtigt wird und sich die hieraus ergebenden Vorteile verringern.

Es ist jedoch davon auszugehen, dass sich die Optimierungspotenziale, welche sich durch eine auf den wirtschaftlichen Betrieb einer Immobilie abgestimmten Vor- oder Entwurfsplanung ergeben, gerade bei kleinen Bauvorhaben nicht über die Grundrissgestaltung, Architektur oder Brandschutzkonzeption generieren. Die Optimierungspotenziale werden hier vielmehr durch die Wahl der Ausbauqualitäten sowie Konzeptionierung und Dimensionierung der haustechnischen Anlagen erzielt. Diese planerischen Festlegungen werden jedoch erst im Zuge der Ausführungsplanung getroffen. Somit besteht im Rahmen der Ausführungsplanung, welche durch den privaten Partner erbracht wird, ausreichend Optimierungspotenzial im Hinblick auf einen wirtschaftlichen Betrieb der Immobilie.

#### **Ansatz Nr. 2**

**Bei Kleinen PPPs können sich Effizienzvorteile gegenüber der konventionellen Beschaffungsvariante ergeben, wenn bei Einschaltung des privaten Partners bereits eine von der Kommune erstellte Vor- oder Entwurfsplanung oder sogar ein genehmigter Bauantrag vorliegen. Der Lebenszyklusansatz wird hierdurch grundsätzlich nicht beeinträchtigt.**

#### 4.2.2.2 Bauausführung

In der vollständigen Übertragung der Bauausführung auf den privaten Partner liegt ein wesentlicher Teil der Effizienzvorteile von PPP-Modellen gegenüber der konventionellen Beschaffungsvariante. Dies gilt für große und kleine PPPs gleichermaßen.

Die Effizienzvorteile ergeben sich, wie bereits oben erwähnt, aufgrund besserer Marktkenntnisse, größerer Verhandlungsspielräume bei der Vergabe von Bauleistungen, größerer Erfahrung, ausgeprägteren technischen Know-hows und aufgrund geringerer Leistungsschnittstellen auf Seiten des Privaten.

### **Ansatz Nr. 3**

**Bei PPP-Modellen können sich Effizienzvorteile gegenüber der konventionellen Beschaffungsvariante ergeben, wenn die gesamte Bauausführung auf den privaten Partner übertragen wird.**

#### **4.2.2.3 Betrieb**

Zur Sicherstellung des Lebenszyklusansatzes sollten die Betriebsleistungen, welche unmittelbar mit dem Gebäude in Verbindung stehen, wie Unterhaltung, Wartung und Energieversorgung, grundsätzlich auf den Privaten übertragen werden.

Die Wirtschaftlichkeitspotenziale ergeben sich daraus, dass der private Partner bestrebt ist, die Betriebskosten durch eine optimierte Bauausführung und ein optimiertes Betriebskonzept zu minimieren, da er selbst Kostenträger ist. Dies bedeutet natürlich gleichzeitig, dass er von niedrigen Unterhaltungskosten und reduzierten Energiekosten ebenso profitiert.

Allerdings können sich unter bestimmten Voraussetzungen weitere Effizienzvorteile ergeben, wenn Teilleistungen bei der öffentlichen Hand verbleiben.

Beispielsweise im Bereich der Energieversorgung ist es oftmals so, dass die bestehenden Verträge der Kommunen mit Energieversorgungsunternehmen Konditionen beinhalten, welche durch den privaten Partner in den seltensten Fällen unterboten werden können. Dies liegt zum einen an der Vielzahl der öffentlichen Gebäude und zum anderen daran, dass die Versorgungsunternehmen oft kommunale Tochterunternehmen sind.

Zur Sicherung der günstigen Energiepreise wäre es in diesem Fall empfehlenswert, dass die Kommune weiterhin Vertragspartner des Energieversorgers bleibt und sich der private Partner gleichzeitig gegenüber der Kommune verpflichtet, ein bestimmtes Kontingent an Versorgungsleistungen abzunehmen, um die günstigen Konditionen des Energieversorgers weiterhin zu gewährleisten.

In jedem Falle sollten jedoch Konsequenzen für den Fall von Über- oder Unterschreitungen des vordefinierten Energieverbrauchs vertraglich vereinbart werden, so dass der private Partner im Sinne des Lebenszyklusansatzes zur Optimierung des Energiehaushaltes motiviert wird.

Das gleiche gilt für Gebäudeversicherungen, die von der Kommune in der Regel günstiger abgeschlossen werden können.

### **Ansatz Nr. 4**

**Bei Kleinen PPPs können sich Effizienzvorteile ergeben, wenn die öffentliche Hand, unter bestimmten vertraglichen Rahmenbedingungen mit dem privaten Partner, weiterhin Vertragspartner gegenüber dem Energieversorger bleibt.**

#### 4.2.2.4 Unterhaltsleistungen

Ähnlich verhält es sich mit den Unterhaltungsleistungen. Es ist durchaus möglich, dass die Kommune auf Grundlage eines europaweiten oder nationalen Ausschreibungsverfahrens unter Wettbewerbsbedingungen äußerst günstige Verträge für Unterhaltsleistungen, wie z.B. Gebäudereinigungsleistungen, abgeschlossen hat. Werden die Qualitätsanforderungen der Kommune an diese Dienstleistungen auf Grundlage der bestehenden Vertragsverhältnisse vollständig erfüllt, wird es für den privaten Partner im Rahmen eines PPP-Modells sehr schwer, der Kommune das gleiche Preis-/Leistungsverhältnis zu bieten.

In diesem Fall sind folgende zwei Varianten denkbar.

**Variante 1:** Die entsprechende Leistung wird weiterhin über die Kommune erbracht. Entsprechende Schnittstellendefinitionen und ggf. Weisungsrechte des privaten Partners gegenüber dem Dienstleistungsunternehmen müssen im Vertrag mit dem privaten Partner und dem Vertrag mit dem Dienstleistungsunternehmen vereinbart werden.

**Variante 2:** Sollte es der Vertrag zwischen der Kommune und dem Dienstleistungsunternehmen ohne Weiteres zulassen bzw. ist ein Vertragsübergang vereinbart, wird der Vertrag gekündigt und dem privaten Partner somit die Möglichkeit gegeben, selbst einen Vertrag mit dem Dienstleistungsunternehmen, möglichst zu den gleichen Konditionen, zu schließen.

Hierbei kann davon ausgegangen werden, dass das Dienstleistungsunternehmen dem privaten Partner die gleichen Konditionen anbieten wird, da der Private andernfalls frei in der Wahl eines Konkurrenzunternehmens wäre und das Dienstleistungsunternehmen in diesem Fall den Verlust eines relativ sicheren Rahmenvertrages zu bedauern hätte.

#### **Ansatz Nr. 5**

**Bei Kleinen PPPs können sich Effizienzvorteile ergeben, wenn die öffentliche Hand an bestehenden außergewöhnlich günstigen und qualitativ zufrieden stellenden Verträgen zur Gebäudeunterhaltung festhält.**

Des Weiteren ist es durchaus denkbar, dass Teile der Unterhaltsleistungen nahezu unentgeltlich oder ehrenamtlich durch den Nutzer selbst übernommen werden.

Hierbei wird unter anderem an die freiwilligen Feuerwehrleute eines Feuerwehrgerätehauses, an die Schüler des Werkbereiches einer Berufsschule oder aber auch an den Hausmeister eines kleinen Verwaltungsgebäudes gedacht.

Bei entsprechender Eignung und Anleitung der oben genannten Personenkreise könnten kleinere Unterhaltungsmaßnahmen, wie z.B. Reparatur oder Austausch von Türen, Überholungsanstriche, Erneuerung von Oberböden etc. weiterhin durch die freiwilligen Helfer selbst ausgeführt werden.

In diesen Fällen sollten die bei der öffentlichen Hand verbleibenden Leistungen hinsichtlich Qualität und Umfang vertraglich genau festgelegt werden.

Durch die Übernahme von Teilbereichen der Unterhaltungsleistungen verbleiben natürlich auch die hiermit verbundenen Risiken bei der Kommune. Hat sich die Durchführung einiger Unterhaltsleistungen durch die Kommune selbst in der Vergangenheit bewährt, so sind diese Risiken als eher gering einzuschätzen.

Die Unterhaltung wesentlicher Anlagen oder Gebäudeteile, wie z.B. die Heizungsanlage, Brandmeldeanlage, Brandschutztüren, welche die Sicherheit und den grundsätzlichen Betrieb des Gebäudes gewährleisten, sollten im Hinblick auf die Übertragung der wesentlichen Verantwortungsbereiche und die erhöhte Schnittstellenproblematik auf den Privaten übertragen werden.

#### **Ansatz Nr. 6**

**Bei Kleinen PPPs können sich Effizienzvorteile ergeben, wenn die öffentliche Hand Teile der Unterhaltsleistungen durch ehrenamtliche oder freiwillige Personenkreise der Kommune oder des Nutzers unentgeltlich erbringen lassen kann.**

#### **4.2.2.5 Dienstleistungen**

Unter Ziffer 4.2.1 wurde angeführt, dass bei großen PPP-Projekten der private Partner regelmäßig auch den Dienstleistungsbereich (Sekretariat, Hausmeister etc.) übernimmt. Im Bereich von kleinen PPP-Projekten ist es aber durchaus denkbar, dass dieser Bereich mehr Effizienzvorteile generieren kann, wenn Dienstleistungen, die bisher durch kommunale Angestellte erbracht wurden, auch weiterhin von der Kommune wahrgenommen werden. Dies gilt insbesondere, wenn nur Stellenanteile betroffen sind.

Die Ursache hierfür liegt zum einen in der Umsatzsteuerpflicht des privaten Anbieters. Im Gegensatz zum öffentlichen Auftraggeber ist jeder private Unternehmer, der Leistungen am Markt gegen Entgelt erbringt, umsatzsteuerpflichtig. Wurden diese Leistungen bisher vom kommunalen Personal außerhalb eines Betriebs gewerblicher Art erbracht, so war dieser Vorgang dagegen nicht mit der Umsatzsteuer belastet. Eine solche Mehrbelastung kann der private Partner aufgrund des geringen Auftragsvolumens und des reduzierten Optimierungspotenzials nur schwer anderweitig kompensieren.

## **Ansatz Nr. 7**

**Bei Kleinen PPPs können sich Effizienzvorteile ergeben, wenn Dienstleistungen, die bisher durch die kommunale Angestellte erbracht wurden, bei der Kommune verbleiben können.**

### **4.3 Ausschreibung und Vergabeverfahren**

Bei erster Betrachtung liegt die Vermutung nahe, dass das Ausschreibungs- und Vergabeverfahren keinen wesentlichen Einfluss auf die Gesamtkosten eines Vorhabens hat und somit bei einer Modifizierung dieses Verfahrens keine zusätzlichen Effizienzvorteile generiert werden können.

Bei genauerer Betrachtung stellt sich jedoch schnell heraus, dass im Rahmen des Ausschreibungs- und Vergabeverfahrens folgende zwei Kostenpositionen anfallen, welche gerade bei PPP-Modellen erhebliche Ausmaße annehmen können:

- Akquisitionskosten der privaten Bieter
- Transaktionskosten der öffentlichen Hand

#### **4.3.1 Akquisitionskosten der privaten Bieter**

Mit dieser Kostenposition sind die Kosten gemeint, welche auf der Bieterseite für die Erstellung der Angebote anfallen. Diese Kosten werden von den Bietern in der Regel in die Angebotspreise eingepflegt. Eine vollständige Vergütung dieser bei allen Bietern tatsächlich angefallenen Kosten erfolgt jedoch nur für den Bieter, der bei der Auftragserteilung zum Zuge kommt.

Da somit davon ausgegangen werden kann, dass die Akquisitionskosten in den Angebotspreisen enthalten sind, liegt die Schlussfolgerung nahe, dass durch eine Reduzierung der Akquisitionskosten auch die Kosten für die öffentliche Hand reduziert werden können.

#### **4.3.2 Transaktionskosten der öffentlichen Hand**

Mit Transaktionskosten sind die Verfahrenskosten gemeint, die der öffentlichen Hand im Zusammenhang mit der Durchführung eines PPP-Modells entstehen. Hierin enthalten sind z.B. die Kosten für die Durchführung einer Machbarkeits- und Wirtschaftlichkeitsuntersuchung oder für die Erstellung der Verdingungsunterlagen.

Bei Sanierungsmaßnahmen und dem Betrieb von Bestandsgebäuden fallen zum Teil nicht unerhebliche Kosten für die Durchführung einer Bestandsuntersuchung und -bewertung an. Die Ergebnisse der Bestandsuntersuchung und -bewertung stellen eine wesentliche Kalkulationsgrundlage für die privaten Bieter dar. Auch diese Kosten zählen zu den Transaktionskosten.

Wegen der Komplexität eines PPP-Verfahrens ist zudem die Hilfe externer Berater unerlässlich, wodurch weitere Kosten entstehen.

Ein nicht unerheblicher Teil dieser Transaktionskosten ist PPP-bedingt. Dies bedeutet, dass der Effizienzvorteil der PPP-Variante gegenüber der konventionellen Beschaffungsvariante durch diesen Kostenblock reduziert wird.

### **4.3.3 Potenziale zur Kostenreduzierung**

Bei der Entwicklung von Kostenreduzierungspotenzialen im Bereich des Ausschreibungs- und Vergabeverfahrens ergeben sich fast immer Wechselwirkungen zwischen den Akquisitionskosten und den Transaktionskosten. Dies bedeutet, dass Reduzierungen bei den Akquisitionskosten in der Regel automatisch Reduzierungen bei den Transaktionskosten nach sich ziehen.

Aus diesem Grund wird bei den nachfolgenden Optimierungsansätzen nicht mehr zwischen Akquisitionskosten und Transaktionskosten unterschieden.

Ein wesentlicher Schlüssel zur Kosteneinsparung im Bereich des Ausschreibungs- und Vergabeverfahrens liegt in der Standardisierung und somit Vereinfachung des gesamten Verfahrens.

Da jedes Bauvorhaben, und sei es noch so klein und überschaubar, immer wieder ein individuelles Projekt darstellt, ist eine Standardisierung nicht für die outputspezifische Baubeschreibung, sondern vielmehr für den Verfahrensablauf, die Auswertung des Teilnahmewettbewerbes, die Erstellung des Vertragswerkes und die Angebotsauswertung möglich.

Ein standardisiertes Verfahren zur Auswertung von Teilnahmeanträgen oder die Durchführung der Angebotsprüfung spart Zeit und somit Kosten auf Seiten der öffentlichen Hand.

Die Verwendung und Vorgabe standardisierter Musterverträge<sup>4</sup> spart Aufwendungen auf Seiten der Kommune und der privaten Bieter.

Die Verwendung standardisierter Unterlagen und Verfahren reduziert nicht nur die Kosten der Kommunen, sondern sichert auch die Qualität des PPP-Modells, da entsprechende Standards erst auf Grundlage von bewährten Methoden entwickelt werden.

Sollte die öffentliche Hand nicht über eigene standardisierte Unterlagen oder Verfahrensabläufe verfügen, wird empfohlen, besonders erfahrene Beratungsunternehmen einzuschalten, um von deren Erfahrungen in

---

<sup>4</sup> Beispielsweise für den Bereich der Schulsanierung vgl. den Vertragsmuster in: Public Private Partnership im Hochbau, Vertragsrechtliche Aspekte am Beispiel von PPP-Schulprojekten, Finanzministerium NRW, November 2005.

wirtschaftlicher und qualitativer Hinsicht zu profitieren<sup>5</sup>. Zur Minimierung von Schnittstellen hat sich auch hier die Einschaltung von solchen Beratern bewährt, die sowohl das juristische, wirtschaftliche als auch das technischen Know-how aus einer Hand anbieten können.

#### **Ansatz Nr. 8**

**Bei Kleinen PPPs können sich Effizienzvorteile erzielen lassen, wenn im Zuge des Ausschreibungs- und Vergabeverfahrens standardisierte Unterlagen (vor allem Verträge) und Verfahrensabläufe angewendet werden.**

In der Regel erfolgt die Ausschreibung von PPP-Modellen auf der Grundlage einer outputspezifischen Bau-, Qualitäts- und Ausstattungsbeschreibung. Diese outputspezifische Ausschreibung verfolgt den Lebenszyklusansatz insofern, als das technische Know-how der privaten Bieter zur Optimierung der Lebenszykluskosten genutzt werden soll.

Für den Fall, dass bereits eine Planung oder gar eine Baugenehmigung vorliegt oder der öffentliche Auftraggeber ziemlich sicher in seinen qualitativen und ggf. auch quantitativen Anforderungen an die anfängliche Baumaßnahme ist, kann es durchaus sinnvoll und effizienter sein, wenn die Ausschreibung, ggf. in Teilbereichen, eher inputorientiert erfolgt und den Bietern somit weniger Spielräume im angebotenen Planungskonzept lässt. Hierdurch kann der Aufwand auf Seiten der privaten Bieter durch ersparte Planungsaufwendungen und auf Seiten der öffentlichen Hand durch ersparte Aufwendungen für die Auswertung völlig unterschiedlicher Planungskonzepte deutlich gemindert werden.

#### **Ansatz Nr. 9**

**Bei Kleinen PPPs können zusätzliche Effizienzvorteile dadurch generiert werden, dass die Ausschreibung in Teilbereichen eher input-statt outputspezifisch erfolgt.**

Für den Fall, dass bei Bestandsimmobilien bereits eine vollständige und aussagekräftige Bestandsdokumentation und -bewertung vorliegt, und somit hierdurch keine weiteren Kosten entstehen, ist es effizienter, diese den Bietern zur Verfügung zu stellen.

#### **Ansatz Nr. 10**

**Bei Kleinen PPPs können sich Effizienzvorteile ergeben, wenn bei Bestandsimmobilien eine aussagekräftige und umfassende Bestandsdokumentation und -bewertung bereits existiert.**

---

<sup>5</sup> Zur Auswahl der Berater vgl. Public Private Partnership im Hochbau, Erste Schritte: Projektauswahl, -organisation und Beratungsnotwendigkeit, Finanzministerium NRW, April 2005.

Wesentliche Kosten auf Seiten der privaten Bieter entstehen im Zusammenhang mit der Erstellung eines verbindlichen Finanzierungsangebotes. Insbesondere bei einem verbindlichen Angebot fallen für die Finanzierungszusagen der Kreditinstitute zahlreiche Gebühren an.

Normalerweise erfolgt bei PPP-Modellen die Angebotsabfrage durch die Kommune in unterschiedlichen Stufen. Mit fortschreitender Verfahrensstufe wird die Zahl der Angebotsaufforderungen reduziert, die Qualitäts- und Verbindlichkeitsansprüche an die eingereichten Angebote werden jedoch erhöht.

Die Abfrage verbindlicher Finanzierungsangebote direkt in der ersten Angebotsrunde ist jedoch nicht zielführend und verursacht nur unnötige Aufwendungen und Kosten auf Seiten der privaten Bieter, welche selbstverständlich in die Angebotspreise einkalkuliert werden und somit die Kosten für die Kommune erhöhen.

Vor diesem Hintergrund wird empfohlen, in den ersten Angebotsrunden noch keine verbindlichen Finanzierungszusagen zu verlangen, sondern die Verbindlichkeit bzgl. der Finanzierung erst in die letzte Verfahrensstufe zu verlagern.

#### **Ansatz Nr. 11**

**Bei Kleinen PPPs können sich Effizienzvorteile generieren lassen, wenn in den ersten Angebotsrunden keine verbindlichen Finanzierungsangebote von den privaten Bietern verlangt werden.**

## **4.4 Organisationsstruktur des privaten Partners**

### **4.4.1 Allgemeines**

Dem privaten Partner stehen zur Erfüllung seiner Aufgabe unterschiedliche Organisationsmöglichkeiten zur Verfügung:

#### **a) Einzelunternehmen**

Ein einziges Unternehmen – zumeist aus der Baubranche – wickelt das gesamte PPP-Projekt ab. Im Unterschied zur Projektgesellschaft (s.u.) realisiert das Unternehmen darüber hinaus andere Projekte.

## **b) Projektgesellschaft**

Zur Erfüllung der PPP-Aufgabe wird i.d.R. eine Projektgesellschaft gegründet. Meist handelt es sich hierbei um eine GmbH oder eine GmbH & Co. KG, die mit Eigenkapital ausgestattet wird. Ihr einziger Zweck besteht in der Erfüllung von PPP-Verbindlichkeiten und Tragung der möglichen Risiken im Zusammenhang mit dem speziellen PPP-Projekt. Weitere Leistungen am Markt gegenüber Dritten werden nicht erbracht.

### **4.4.2 Ansätze für Kleine PPPs**

Vorab sei hier erwähnt, dass die Kommune als ausschreibende Stelle auf die Organisationsform des privaten Partners keinen Einfluss nehmen kann. Da sich in diesem Zusammenhang somit keine Gestaltungsmöglichkeiten für die Kommune zur Bildung einer Kleinen PPP ergeben, werden hier auch keine entsprechenden Ansätze empfohlen.

Da im Zusammenhang mit der Organisationsform des Privaten jedoch auch indirekt Kosten für die Kommune entstehen, wird im Nachfolgenden kurz auf die kostenrelevanten Unterschiede der einzelnen Organisationsformen eingegangen.

Die günstigste Variante für den Privaten und somit auch für die Kommune stellt ein Vertragsverhältnis zwischen der Kommune und einem bereits bestehenden Einzelunternehmen dar, welches alle von der Kommune geforderten Kompetenzen in sich vereint. In diesem Fall werden Kosten für die Bildung und Unterhaltung einer projektspezifischen neuen Gesellschaft vermieden. Des Weiteren fallen keine zusätzlichen Aufwendungen für die interne Koordinierung des neuen „Unternehmens“ im Zusammenhang mit der Abwicklung des Projektes an, da die erforderlichen Projektabläufe im bewährten Einzelunternehmen bereits bekannt und eingespielt sind.

Sollte durch den Privaten eine Projektgesellschaft zur Abwicklung des Projekts gegründet werden, kommen hierfür folgende Rechtsformen in Betracht:

- Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)
- Aktiengesellschaft (AG)
- Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)
- Offene Handelsgesellschaft (OHG) bzw. Kommanditgesellschaft (KG)

#### **a) GmbH**

Eine GmbH ist eine juristische Person, an der sich die Gesellschafter mit einer Kapitaleinlage beteiligen. Das Stammkapital einer GmbH muss dabei mindestens 25.000 € betragen. Die Besonderheit einer GmbH liegt darin, dass für Verbindlichkeiten allein das Vermögen der GmbH, nicht aber das Privatvermögen der Gesellschafter haftet.

Was die Gründung angeht, so entstehen Kosten für die notarielle Beurkundung und Beglaubigung, die Eintragung ins Handelsregister sowie für Bekanntmachungen. Unter Umständen können hier noch Rechtsanwaltskosten für die Beratung und Ausarbeitung eines Gesellschaftsvertrages hinzukommen. Grundsätzlich entstehen im Falle einer „Normal-GmbH“ mit 25.000 € Stammkapital etwa folgende Kosten:

- Notarkosten ca. 450 - 550 €
- Eintragung ins Handelsregister ca. 100 €
- Kosten der Bekanntmachung ca. 150 - 250 €
- Rechtsanwaltskosten ca. 700 - 1.000 €

## **b) AG**

Die AG ist wie die GmbH eine juristische Person mit eigener Rechtspersönlichkeit. Auch bei dieser Form haftet nur das Gesellschaftsvermögen, jedoch nicht das Privatvermögen der Gesellschafter. Das Grundkapital muss mind. 50.000 € betragen. Die Gründung einer AG ist im Allgemeinen teurer und aufwändiger als die einer GmbH. Auch hier fallen Kosten für die notarielle Beurkundung und Beglaubigung, die Eintragung ins Handelsregister sowie für Bekanntmachungen an. Zudem ist die Gründungsprozedur komplizierter als bei einer GmbH. So müssen der Vorstand und der Aufsichtsrat den ordnungsgemäßen Gründungsvorgang überprüfen und einen Bericht darüber anfertigen. Eine zusätzliche externe Prüfung wird erforderlich, wenn Gründer entweder im Aufsichtsrat oder im Vorstand sitzen.

Festzuhalten bleibt, dass sich eine AG als Projektgesellschaft, die sich einzig um das PPP-Vorhaben kümmern soll, wenig eignet, da zum einen der Gründungsweg gegenüber einer GmbH aufwändiger, zum anderen teurer ist. Ferner wäre eine solche AG auch für Aktionäre, die in erster Linie an der Wertsteigerung der Gesellschaft und damit des Aktienpreises interessiert sind, unattraktiv, da sie sich nicht aktiv am Markt betätigt, sondern allein zwecks Abwicklung des PPP-Vertrages gegründet wird.

## **c) GbR**

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist das Urbild der Personengesellschaften. Hier haftet jeder Gesellschafter voll mit seinem ganzen Vermögen. Was die Gründung angeht, so sind keine Formalitäten vorgesehen – es wird kein Mindestkapital verlangt und der Gesellschaftsvertrag kann auch mündlich geschlossen werden. Aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit empfiehlt sich jedoch eine schriftliche Fixierung des Vertrages. Allerdings ist mit Rechtsberatungskosten zu rechnen, falls dieser Vertrag durch einen Rechtsanwalt erarbeitet wird. Zusammenfassend lässt sich jedoch festhalten, dass die Gründung einer GbR am kostengünstigsten und schnellsten ist.

## **d) OHG / KG**

Zu den Personengesellschaften zählen weiterhin die OHG und die KG. Im Wesentlichen entsprechen sie der GbR. Der Unterschied liegt darin, dass die Gründung in notariell beglaubigter Form durch alle Gesellschafter zum Handelsregister anzumelden ist. Ferner ist bei der KG die Hafteinlage der Kommanditisten im Handelsregister einzutragen. Die Kommanditisten haften dann nicht mit ihrem Gesamtvermögen, sondern nur in Höhe dieser Hafteinlage. Die Notarkosten betragen zwischen 50 € und 130 €. Damit ist die Gründung einer OHG oder KG zwar teurer als die Gründung einer GbR, jedoch günstiger als die einer Kapitalgesellschaft (s.o.).

Zu beachten ist an dieser Stelle, dass die Rechtsprechung<sup>6</sup> wiederholt entschieden hat, dass eine Bau-ARGE mit einem gewissen Projektvolumen nicht als GbR, sondern als OHG zu klassifizieren ist. Als Folge hiervon erlangt die Gesellschaft eine Kaufmannseigenschaft im Sinne des Handelsgesetzbuches und wird dadurch zu bestimmten Rechtshandlungen verpflichtet (Eintragung ins Handelsregister, Buchführung, etc.).

## **4.5 Eigentumsverhältnisse**

### **4.5.1 Allgemeines**

Bei Eigentumsverhältnissen sind verschiedene Varianten denkbar.

- Das Grundstück befindet sich während des gesamten Vertragszeitraums im Eigentum der öffentlichen Hand. Dem Privaten wird ggf. ein Erbbaurecht eingeräumt oder das Grundstück wird an den Privaten verpachtet (sog. Inhabermodell).
- Eine weitere Variante ist die Übertragung des Eigentums für die gesamte Vertragslaufzeit auf den Privaten. Am Ende wird das Grundstück auf den öffentlichen Auftraggeber zurück übertragen. Diese Variante ist in der Regel für Sale-and-lease-back-Modelle relevant (sog. SLB-Modell).
- Ferner ist eine Eigentumsübertragung auf den Privaten, ohne eine Rückübertragungsverpflichtung möglich. Dabei mietet der öffentliche Auftraggeber das Bauwerk für die Vertragslaufzeit. Am Ende der Laufzeit trägt der Private das Verwertungsrisiko (sog. Mietmodell).
- Weiterhin ist denkbar, dass das Bauwerk auf dem Grundstück des Privaten errichtet wird. Während der Vertragslaufzeit verbleibt das Eigentum beim Privaten. Am Ende der Laufzeit wird das

---

<sup>6</sup> Vgl. grundlegend OLG Dresden, Urt. v. 20.11.2001 – AZ: 2 U 1928/01

Grundstück schließlich auf den öffentlichen Auftraggeber übertragen (sog. Erwerbermodell).

#### **4.5.2 Ansätze für Kleine PPPs**

Die für das SLB- und das Mietmodell erforderliche Grundstücksveräußerung ist derzeit grundsätzlich nur auf Bundesebene, nicht jedoch auf Landes- oder Kommunalebene zulässig. Insbesondere das Mietmodell fällt zudem nicht unter die hier vertretene Definition von Kleinen PPPs (vgl. Ziffer 2.2), da sich bei diesem Modell das Eigentum an der Immobilie am Ende der Vertragslaufzeit in der Regel nicht zwangsläufig bei der Kommune befindet.

Darüber hinaus ist bei beiden Modellen aufgrund der Grundstücksveräußerung mit hohen Transaktionskosten für Grundstücksbewertung und Notargebühren zu rechnen. Zwar entfällt seit Inkrafttreten des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes sowohl die Grund- als auch die Grunderwerbssteuer, wenn das Grundstück im Rahmen von PPP übertragen wird und die Rückübertragung am Ende der Vertragslaufzeit auch tatsächlich stattfindet. Trotzdem bleiben die Transaktionskosten bei Kleinen PPPs wohl zu hoch. Beim Mietmodell kommt hinzu, dass außer den o.g. Transaktionskosten die Grund- und Grunderwerbssteuern anfallen.

Vor diesem Hintergrund erscheinen das SLB- und auch das Mietmodell im Rahmen von Kleinen PPPs als nicht empfehlenswert.

Beim Erwerbermodell handelt es sich um eine private Immobilie, die erst am Ende der Vertragslaufzeit an die Kommune übertragen wird. Dieses Modell setzt also einen zusätzlichen Flächenbedarf der Kommune voraus, welcher über die bereits vorhandenen kommunalen Liegenschaften nicht gedeckt werden kann. Da eine solche Situation in den seltensten Fällen gegeben sein wird und – wenn überhaupt – mit größeren Neubauvorhaben und höheren Transaktionskosten für den Grundstückserwerb durch die Kommune verbunden ist, wird dieses Modell für Kleine PPPs im Sinne dieses Leitfadens als nicht empfehlenswert bewertet.

Das übliche und auch am meisten verbreitete Modell bei PPP-Projekten, welches auch für Kleine PPPs empfehlenswert ist, stellt das Inhabermodell dar. Bei diesem Modell befindet sich die Immobilie vor dem Projektbeginn und über die gesamte Vertragslaufzeit im Eigentum der Kommune. Transaktionskosten für die Grundstücksbewertung oder -übertragung fallen nicht an. Ebenso steht das Kommunalrecht (§ 90 GO) diesem Modell nicht entgegen.

#### **Ansatz Nr. 12**

**Bei Kleinen PPPs sollte sich die Immobilie während der gesamten Vertragslaufzeit im Eigentum der Kommune befinden (sog. Inhabermodell).**

## 4.6 Vertragsstruktur und Vertragslaufzeiten

### 4.6.1 Vertragsstruktur

Ein PPP-Vertrag ist ein Mischvertrag<sup>7</sup>, der sich aus folgenden Vertragstypen in unterschiedlicher Kombination zusammensetzt:

- Kaufvertrag
- Pachtvertrag
- Erbbaurechtsvertrag
- Miet- bzw. Nutzungsüberlassungsvertrag
- Leasingvertrag
- Werkvertrag bzgl. Planung, Sanierung oder Neubau
- Dienstleistungsverträge bzgl. der Betriebs- und Unterhaltungsleistungen

Wie unter Ziffer 4.5 erläutert, sollte sich das Grundstück bei Kleinen PPPs zu Beginn der Vertragslaufzeit bereits im Eigentum der öffentlichen Hand befinden. Das Grundstück sowie das darauf errichtete oder noch zu errichtende Gebäude sollte dem Privaten lediglich für die Dauer der Vertragslaufzeit zugewiesen werden und nach Ablauf des Vertragsverhältnisses wieder vollständig in die Verantwortung der öffentlichen Hand übergehen. Für diesen Fall können folgende Vertragsausgestaltungen gewählt werden:

#### a) Erbbaurechtsvertrag in Verbindung mit einem Mietvertrag

Für die Übertragung des Nutzungsrechts auf den privaten Partner kommt zunächst die Bestellung eines Erbbaurechts in Betracht. Wird dem privaten Investor ein Erbbaurecht an den Gebäuden eingeräumt, so bleibt zwar die Kommune zivilrechtlicher Eigentümer der Grundstücke, das zivilrechtliche und wirtschaftliche Eigentum an den Gebäuden geht jedoch für den vertraglich vereinbarten Zeitraum an den privaten Investor über. Dies hat vor allem steuerrechtliche Auswirkungen (z.B. AfA-Berechtigung des privaten Partners).

Für die Unterhaltung und den Betrieb des Gebäudes wird ein separater Mietvertrag mit anfänglicher Bau- oder Sanierungsverpflichtung abgeschlossen. Das Gebäude wird dabei an die Kommune vermietet, die im Gegenzug an den privaten Partner das Nutzungsentgelt zahlt. Im Rahmen des Mietvertrages wird zudem vereinbart, welche Dienst- und

---

<sup>7</sup> Näher zu vertragsrechtlichen Aspekten vgl. Public Private Partnership im Hochbau, Vertragsrechtliche Aspekte am Beispiel von PPP-Schulprojekten, Finanzministerium NRW, 2005.

Unterhaltsleistungen vom Privaten zusätzlich zu erbringen sind. Der private Partner muss außerdem von Gesetzes wegen das Gebäude in einem gebrauchsbereiten Zustand zur Verfügung stellen und diesen Zustand auch über die gesamte Vertragslaufzeit aufrechterhalten.

#### **b) Pachtvertrag in Verbindung mit einem Mietvertrag**

Als eine Alternative zur Bestellung eines Erbbaurechts ist die Vereinbarung eines Pachtvertrags zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem privaten Partner zu nennen. Dabei verbleiben das zivilrechtliche und auch das wirtschaftliche Eigentum bei der öffentlichen Hand. Der private Partner ist lediglich ein Besitzer mit einem „Recht zur Früchteziehung“, d.h. er ist berechtigt, Erträge aus dem Grundstück zu behalten – auch z.B. bei einer Teilvermietung an Dritte.

Normalerweise vermietet hier ebenfalls der private Investor die errichteten bzw. sanierten Gebäude an die Kommune. Im Hinblick auf den Mietvertrag gelten die obigen Ausführungen zum Erbbaurechtsvertrag hier analog.

#### **c) Typenmischvertrag mit Nutzungsrecht<sup>8</sup>**

Schließlich ist statt eines Pacht- oder Erbbaurechtsvertrags die Einräumung eines besonderen Nutzungsrechts, welches als Bestandteil des Projektvertrages geregelt wird, denkbar. Hierbei erhält der Investor zwecks Durchführung der anfänglichen Baumaßnahmen und des anschließenden Betriebs die betreffenden Immobilien zur Verfügung gestellt. Er ist aber weder Eigentümer noch Besitzer, sondern hat lediglich die Befugnis, die betreffenden Immobilien zu betreten, bauliche Errichtungen oder Veränderungen durchzuführen, um im Rahmen des anschließenden Betriebs laufend auf die Immobilien zugreifen zu können. Die Errichtung bzw. Sanierung wird als ein Werkvertrag, der anschließende Betrieb als ein Dienstleistungsvertrag ausgestaltet (sog. Typenmischvertrag).

Das Entgelt bemisst sich in diesem Fall nicht nach der marktüblichen Miete, sondern wird im Rahmen des zugrunde liegenden Werk- bzw. Dienstleistungsvertrages vereinbart. Auch die Gewährleistungsrechte richten sich nicht nach den mietrechtlichen Normen, sondern nach den allgemeinen Vorschriften für Werk- und Dienstleistungsverträge.

#### **d) Würdigung**

Bisher war es häufig so, dass dem Privaten das Grundstück für den gesamten Vertragszeitraum über einen Pachtvertrag oder Erbbaurechtsvertrag zur Verfügung gestellt wurde. Die Bau-, Betriebs-, Unterhaltungs- und Dienstleistungen wurden ergänzend hierzu im Rahmen eines Mietvertrages mit Bauverpflichtung vereinbart.

---

<sup>8</sup> Für den Fall einer Schulsanierung vgl. den Leitfaden Public Private Partnership im Hochbau, Vertragsrechtliche Aspekte am Beispiel von PPP-Schulprojekten, Finanzministerium NRW, 2005.

Nach Abwicklung der ersten PPP-Pilotprojekte in Deutschland und im Zuge der ständigen Weiterentwicklung auf dem PPP-Sektor hat sich jedoch gezeigt, dass es für die Kommune in vielerlei Hinsicht günstiger ist, statt eines Pacht- oder Erbbaurechtsvertrages eher einen Projektvertrag zu vereinbaren, der Elemente eines Pacht-, Miet-, Werkvertrages etc. enthält. Der Grund dafür liegt vor allem in folgenden Überlegungen:

Bei einem Erbbaurecht muss darauf hingewiesen werden, dass die Möglichkeit der Erteilung eines Erbbaurechtes an einem öffentlich genutzten Grundstück zu Gunsten eines privaten Investors im Hinblick auf das Veräußerungsverbot gem. § 90 der Gemeindeordnung NRW zwar bestritten, die Erteilung eines solchen aber überwiegend akzeptiert wird. Allerdings ist von einer Vertragsgestaltung mittels eines Erbbaurechtsvertrages bei kleinen PPP-Projekten eher abzuraten, da für die Bestellung des Erbbaurechtes Abwicklungsgebühren anfallen und sich dadurch die Transaktionskosten erhöhen und auch steuerliche Nachteile entstehen. Ferner kann die erforderliche Genehmigung seitens der Aufsichtsbehörde zu zeitlichen Verzögerungen führen.

Bei einer Kombination aus Pacht- und Mietvertrag ist zu beachten, dass diese Verträge gem. § 110 Insolvenzordnung als Dauerschuldverhältnisse auch im Insolvenzfall des Privaten weiter bestehen. Der Insolvenzverwalter wäre rechtmäßiger Besitzer der Immobilie und hätte Anspruch auf den von der Kommune zu entrichtenden Mietzins. Eine Beendigung dieses Dauerschuldverhältnisses käme nur unter Einhaltung der gesetzlichen bzw. vertraglich vereinbarten Kündigungsfristen in Betracht. Die gesetzliche Kündigungsfrist beträgt regelmäßig drei Monate.

Bei einem Projektvertrag hat der private Partner kein wirtschaftliches und zivilrechtliches Eigentum am Grundstück und im Insolvenzfall des privaten Partners ist daher keine Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses erforderlich. Dies bringt für den öffentlichen Auftraggeber insoweit Vorteile, als im Insolvenzfall des privaten Partners die Kommune ihre Zahlungen verweigern kann, falls die Betriebsleistung nicht mehr erbracht wird (sog. Zurückbehaltungsrecht). Die Kommune kann auch ohne lange Kündigungsfristen vom Dienstleistungsvertrag zurücktreten, zur neuen Ausschreibung übergehen und so schnellstmöglich einen neuen Partner für den Gebäudebetrieb finden.

Des Weiteren schafft der Abschluss eines separaten Werkvertrages größere Flexibilität bei der Gestaltung der Zahlungsströme zur Refinanzierung der anfänglichen Investitionssumme. Hier könnten ggf. Abschlagszahlungen mit regelmäßigen Zins- und Tilgungsraten kombiniert werden. Auf Effizienzvorteile durch die spezielle Gestaltung der Zahlungsströme wird sogleich unter Ziffer 4.7 noch näher eingegangen.

### **Ansatz Nr. 13**

**Bei Kleinen PPPs lassen sich Effizienzvorteile generieren, wenn bei einem Inhabermodell ein schuldrechtlicher Projektvertrag anstelle eines Pacht- oder Erbbaurechtsvertrags in Verbindung mit einem separaten Mietvertrag abgeschlossen wird.**

## 4.6.2 Vertragslaufzeiten

Grundsätzlich gilt für die Vertragslaufzeit: Je länger die Partnerschaft dauert, desto günstiger ist die Realisierung durch den privaten Partner. Dies hängt damit zusammen, dass der Löwenanteil an den Gesamtkosten des Projekts auf die Kosten in der Betriebsphase entfällt und der private Partner hier sein Wirtschaftlichkeitspotenzial vor allem durch optimierte Bauausführung und optimiertes Betriebskostenkonzept am besten entfalten kann.

Für die Kommune verschafft die lange Vertragslaufzeit zum einen Sicherheit und Vorausschbarkeit bei der Haushaltsplanung, da sie lediglich ein immer wiederkehrendes, gleich bleibendes Nutzungsentgelt entrichten muss. Zum anderen trägt die lange Vertragslaufzeit zum Abbau von Instandhaltungsrückstau bei, da diese Aufgabe komplett auf den privaten Partner für den gesamten Zeitraum transferiert wird. Die Erfahrungen zeigen, dass gerade bei Instandhaltung die öffentliche Hand ihre Aufwendungen auf ein Minimum reduziert, so dass die Kosten für die Beseitigung des Instandhaltungsrückstaus deutlich höher sind, als die Summe der Aufwendungen für eine optimale, kontinuierliche Instandhaltung, wie dies der private Partner unter Lebenszyklusansatz vornehmen würde. Daher bringt eine lange Vertragslaufzeit gerade für die Kommunen einen handfesten Vorteil.

Grundsätzlich sollte der öffentliche Auftraggeber aber auch Flexibilisierungs- und Ausstiegsklauseln im Hinblick auf solche Leistungen vereinbaren, die nicht mit dem Gebäudeunterhalt zusammenhängen (z.B. Hausmeister, Sekretariat, Catering etc.), da sie zwar vom privaten Partner im Bündel mit den sonstigen Leistungen preiswert angeboten werden können, jedoch bloß zu Serviceleistungen gehören und wenig mit dem ganzheitlichen Lebenszyklus gemeinsam haben. Entfällt demnach die Notwendigkeit einer solchen Dienstleistung, so kann sich die Kommune davon durch solche Flexibilisierungsklauseln lösen.

### Ansatz Nr. 14

**Bei Kleinen PPPs können sich Effizienzvorteile ergeben, wenn eine längere Vertragslaufzeit gewählt wird. Empfehlenswert ist eine Laufzeit von 25 bis 30 Jahren. Empfehlenswert für den öffentlichen Auftraggeber sind auch Flexibilisierungs- und Ausstiegsklauseln im Hinblick auf solche Leistungen, die nicht mit dem Gebäudeunterhalt zusammenhängen.**

## 4.7 Struktur des Entgelts

### 4.7.1 Allgemeines

Das von der öffentlichen Hand gezahlte Entgelt beinhaltet grundsätzlich zwei Komponenten. Zum einen ist hier der Investitionsanteil enthalten. Zum anderen wird der Anteil für den Betrieb und die Unterhaltung des Vorhabens

erfasst. Bei der Strukturierung des Entgelts können daher verschiedene Ansätze verfolgt werden:

- Es können gleich bleibende Nutzungsentgelte vereinbart werden, die auch Investitionskosten beinhalten. Dadurch sind die Nutzungsentgelte höher, als bei Abschlagszahlungen.
- Bei Abschlagszahlungen sind zwei Varianten denkbar: zum einen Abschlagszahlungen während der Planungs- und Bauphase in Abhängigkeit vom Baufortschritt, zum anderen eine Einmalzahlung nach Fertigstellung. Für die Betriebsphase wird dann in beiden Fällen ein geringeres Nutzungsentgelt gezahlt.

#### **4.7.2 Ansätze für Kleine PPPs**

Bei „großen“ PPPs wird in der Regel ein monatliches Nutzungsentgelt vereinbart, welches durch die Kommune erst nach Fertigstellung der Bauleistungen an den Privaten zu entrichten ist. Über dieses Nutzungsentgelt werden sämtliche Kosten des privaten Partners aus Finanzierung der Investitionssumme, Unterhaltung, Betrieb und Dienstleistung gedeckt.

Im Hinblick auf die anfängliche Investition für Neubau oder Sanierung bedeutet dies, dass die Kommune hierfür keinen anfänglichen Kredit selbst aufnehmen muss, sondern dass der private Partner die Investition finanziert und seine Zins- und Tilgungsbelastung im Rahmen des regelmäßigen Nutzungsentgeltes über die gesamte Vertragslaufzeit der Kommune in Rechnung stellt.

Aufgrund der angespannten Haushaltslage vieler Kommunen, welche eine Neuverschuldung für die Realisierung größerer Neubau- oder Sanierungsmaßnahmen oftmals nicht zulässt, liegt für diese Kommunen gerade in der Finanzierung der Investition durch den Privaten ein wesentlicher Vorteil von PPP.

Gerade dieser Vorteil von PPP stellt jedoch gleichzeitig einen wesentlichen Kostenfaktor von PPP dar. Für die Finanzierung der anfänglichen Investition über 20 bis 30 Jahre fallen beim privaten Partner Kosten aus Kapitaldiensten in Form von Zinsen an, die er im Rahmen eines höheren Nutzungsentgelts an die Kommune weiterreicht.

Da der private Partner die erforderlichen Mittel in jedem Fall, selbst bei einer Finanzierungsstruktur mit KfW-Mitteln oder einer Forfaitierung (siehe auch Ziffer 4.9.1), zu ungünstigeren Zinskonditionen finanzieren muss, als die Kommune, haben die Finanzierungskosten einen negativen Einfluss auf den Effizienzvorteil des PPP-Modells gegenüber der konventionellen Beschaffungsvariante.

Um die Finanzierungskosten bei Kleinen PPPs zu reduzieren, könnte die Refinanzierung der anfänglichen Investition durch den Privaten nicht über 20 bis 30 Jahre, sondern möglichst unmittelbar und vollständig nach Fertigstellung der Bauleistung erfolgen.

Hierfür sind grundsätzlich zwei Varianten denkbar:

- Abschlagszahlungen durch die Kommune während der Bauphase
- Einmalzahlung durch die Kommune nach Fertigstellung der Bauleistung

Der Vorteil der Abschlagszahlungen während der Bauphase gegenüber der Einmalzahlung nach Fertigstellung besteht darin, dass die Zwischenfinanzierungszinsen auf ein Minimum reduziert und dadurch zusätzliche Effizienzvorteile generiert werden könnten.

Der Nachteil der Abschlagszahlungen gegenüber der Einmalzahlung besteht allerdings darin, dass während der Bauphase seitens der Kommune ein kostenproduzierendes Projektcontrolling durchgeführt werden müsste, um den Baufortschritt als Bedingung für die Anweisung der Abschlagszahlungen immer wieder zu kontrollieren. Sollte, wie unter Ziffer 4.9.2.2 empfohlen, keine Vertragserfüllungsbürgschaft gefordert werden, besteht zudem das Risiko, dass die bereits geleisteten Zahlungen im Insolvenzfall des Bauunternehmers verloren wären.

Eine Einmalzahlung wird aber oftmals bei Kommunen, die sich im HSK befinden, problematisch sein. Die Wirtschaftlichkeit ist daher in jedem Einzelfall zu prüfen. Da es sich bei Kleinen PPPs jedoch um eher geringe Investitionssummen handelt, wird bei diesem Ansatz davon ausgegangen, dass die Haushaltslage der Kommune eine solche Gestaltung zulässt.

#### **Ansatz Nr. 15**

**Bei Kleinen PPPs können Effizienzvorteile generiert werden, wenn die anfänglichen Bau- oder Sanierungsleistungen möglichst unmittelbar nach Fertigstellung und möglichst vollständig vergütet werden.**

## **4.8 Risikostruktur**

### **4.8.1 Allgemeines**

Ein wesentlicher Punkt beim Vergleich verschiedener Realisierungsmodelle ist die unterschiedliche Bewertung und Verteilung von Risiken unter den Vertragspartnern.

Der Leitgedanke bei PPP-Projekten ist dabei, das Risiko nach der Risikomanagementkompetenz zu verteilen, d.h. derjenige, der ein bestimmtes Risiko am besten beherrschen und handhaben kann, sollte dieses Risiko auch tragen.

Bei großen PPP-Projekten beinhaltet das wirtschaftlichste Angebot zugleich die optimale Risikoverteilung. Bei Kleinen PPPs kann jedoch auch eine andere Risikoverteilung günstiger sein. Grund hierfür ist, dass der Nutzen der Risikoverlagerung aufgrund des geringen Projektvolumens den Aufwand

und die Kosten, welche mit einer Risikoverlagerung auf den Privaten zusammenhängen, nicht rechtfertigt.

#### **4.8.2 Ansätze für Kleine PPPs**

Bei der optimalen Risikoverteilung bei großen PPP-Projekten werden Effizienzvorteile dadurch erzielt, dass der private Partner beispielsweise das Risiko einer fehlerhaften Bauausführung durch zahlreiche Kontrollmechanismen wie Vorarbeiter, Poliere, Bauleiter, Oberbauleiter, Projektleiter etc. besser beeinflussen kann als die Kommune. Dadurch, dass der Private dieses Risiko besser beeinflussen kann, wird dieses Risiko in monetärer Hinsicht auch auf der privaten Seite nicht so hoch bewertet, wie auf Seiten der öffentlichen Hand. Hieraus ergibt sich auch ein messbarer Effizienzvorteil von PPPs gegenüber der konventionellen Beschaffungsvariante.

Da bei der konventionellen Beschaffungsvariante nahezu sämtliche Risiken bei der öffentlichen Hand liegen, ist mit der Bildung von PPPs folglich ein Transfer von Risiken auf den privaten Partner verbunden. Durch den Risikotransfer fallen für die öffentliche Hand folgende Kosten an:

- Transaktionskosten auf Seiten der öffentlichen Hand
- Absicherungskosten auf Seiten des privaten Partners

Mit den Transaktionskosten auf Seiten der öffentlichen Hand sind die Kosten für die Entwicklung und Verhandlung vertraglicher Regelungen im Zusammenhang mit der Risikoübertragung gemeint.

Mit den Absicherungskosten auf Seiten des privaten Partners sind die Kosten für Bürgschaften und Versicherungen gemeint, welche der Private aufbringen muss, um die Risiken, welche bisher bei der Kommune verblieben, abzusichern.

Die vorgenannten Kostenfaktoren sind nicht unbedingt abhängig vom Projektvolumen. Deshalb kann es bei kleinen Projektvolumina vorkommen, dass die erwünschten Effizienzvorteile aus der Risikoübertragung auf den privaten Partner aufgrund der oben genannten Transaktions- und Absicherungskosten nicht generiert werden können.

Vor diesem Hintergrund erscheint es sinnvoll, die Risikotransaktion auf den privaten Partner bei Kleinen PPPs auf das Nötigste zu beschränken, besonders im Hinblick darauf, dass die Kommunen in PPP-Projekten nicht nur monetäre Vorteile suchen.

Im Nachfolgenden werden exemplarisch einige Risiken beschrieben, welche in bestimmter Form bei kleinen PPP-Projekten bei der öffentlichen Hand verbleiben sollten. Weitere Gestaltungen sind grundsätzlich möglich.

**Planungsrisiko:** Mit dem Planungsrisiko ist das Risiko einer fehlerhaften oder nicht vertragskonformen Planung gemeint.

Dieses Risiko kann zumindest teilweise der öffentlichen Hand zugewiesen werden, wenn vertraglich vereinbart wird, dass der Auftraggeber die einzelnen Planungsphasen offiziell anerkennt und zur Weiterplanung bzw. Ausführung freigibt. Bei der konventionellen Beschaffungsvariante ist dies kein unübliches Verfahren. Hierfür ist allerdings die Prüfung der Planung durch einen Fach- und Vertragskundigen erforderlich. Die Kommunen können sich hierzu entweder der kommunalen Bauämter oder einer externen Projektsteuerung bedienen.

Dieses Risiko sollte bei Kleinen PPPs, entsprechend der konventionellen Beschaffungsvariante, zumindest teilweise bei der öffentlichen Hand verbleiben, da dies der gängigen Praxis in der Baubranche entspricht und die Planung auch bei PPP-Modellen ohnehin mit dem Auftraggeber abgestimmt werden muss. Somit trägt dieser automatisch auch eine entsprechende Teilverantwortung.

Der Private würde dadurch einen geringeren Risikoaufschlag kalkulieren und so die Effizienz des PPP-Projekts positiv beeinflussen können. Können ihm im Schadensfall grobe Planungsfehler nachgewiesen werden, kann er hierfür selbstverständlich mit zur Verantwortung gezogen werden.

**Genehmigungsrisiko:** Bei dem Genehmigungsrisiko handelt es sich darum, dass die zuständigen Genehmigungsbehörden den eingereichten Bauantrag nicht oder nicht vollständig oder nur zeitlich sehr verzögert genehmigen.

Im Hinblick auf die Genehmigungsdauer sollte in jedem Fall ein Zeitlimit festgelegt werden, welches den Verantwortungsbereich des Privaten klar definiert. In der Regel hat sich hier eine Dauer von drei Monaten bewährt. Wird dieser Zeitraum unbegründet überschritten, geht der Verzug in die Risikosphäre der Kommune über.

Bei Versagen der Genehmigung oder der Erteilung mit Auflagen ist es in jedem Fall hilfreich, wenn sich die Kommune auf Grundlage ihrer bestehenden Kontakte zu den entsprechenden Behörden in den Genehmigungsprozess einbringt.

Vor diesem Hintergrund würde der Private einen geringeren Risikoaufschlag berechnen, wenn vertraglich vereinbart wird, dass die Kommune gegebenenfalls bei der Klärung der Genehmigungsfähigkeit mit den zuständigen Behörden mitwirkt.

**Bauausführungsrisiko:** Mit dem Bauausführungsrisiko ist das Risiko einer fehlerhaften oder nicht vertragskonformen Bauausführung gemeint.

Dieses Risiko kann insofern auf die Kommune übertragen werden, als dass nach Baufertigstellung eine förmliche Abnahme der Bauleistungen durch die Kommune nach VOB/B erfolgt. Somit würden die Nachweispflicht etwaiger Baumängel nach der Abnahme auf die Kommune übergehen und für die Bauleistung entsprechende Gewährleistungszeiträume gelten. Das Risiko hieraus relativiert sich jedoch, da der Private nach Baufertigstellung sowieso für die Unterhaltung des Gebäudes verantwortlich ist.

Es muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass für die VOB-Abnahme, wie auch beim Planungsrisiko, der Einsatz eines Fach- und Vertragskundigen durch die Kommune erforderlich ist.

Das Bauausführungsrisiko sollte bei Kleinen PPPs in der oben genannten Form bei der Kommune verbleiben, da dies zum einen in der Baubranche die gängige Praxis darstellt und das Risiko durch den Einsatz erfahrener Baufachleute für die Abnahme reduziert werden kann. Außerdem muss die Kommune die entsprechenden Abnahmen bei Vereinbarung der unter Ziffer 4.7 empfohlenen Abschlags- oder Einmalzahlungen ohnehin durchführen.

#### **Ansatz Nr. 16**

**Bei Kleinen PPPs können Effizienzvorteile generiert werden, wenn der Risikotransfer auf den Privaten auf das Nötigste beschränkt wird. Weiterhin lassen sich auch nichtmonetäre Vorteile für die Kommune identifizieren, die den Einsatz von PPPs immer noch als lohnenswert hervorheben.**

## **4.9 Finanzierung und Sicherheitsstruktur**

### **4.9.1 Finanzierung**

#### **4.9.1.1 Allgemeines**

Grundsätzlich gibt es zwei unterschiedliche Finanzierungsmodelle. Zum einen die reine Projektfinanzierung, zum anderen wird häufig die sog. Forfaitierung mit Einredeverzicht vereinbart. Dabei ergeben sich Unterschiede bei beiden Finanzierungsmodellen sowohl in Bezug auf die Kreditkonditionen als auch in Bezug auf die Risikostruktur des Projektes.

#### **a) klassische Projektfinanzierung**

Bei der klassischen Projektfinanzierung muss der Private das Kapital zu ungünstigeren Konditionen auf dem Geldmarkt beschaffen. Der Zinssatz von privaten Projektfinanzierungen liegt in der Regel ca. 75 bis 125 Basispunkte über Kommunalkreditkonditionen<sup>9</sup>. Dies liegt einerseits an der Übernahme von höheren Risiken (Liquiditätsengpässe, Zahlungsunfähigkeit etc.) durch die finanzierende Bank. Andererseits bringt der Private auch Eigenkapital in die Projektfinanzierung ein, von dem er wiederum eine angemessene Verzinsung erwartet.

Die nachfolgende Abbildung stellt die Vertragsbeziehungen im Falle einer Projektfinanzierung dar.

---

<sup>9</sup> 1 Basispunkt entspricht 0,01 %

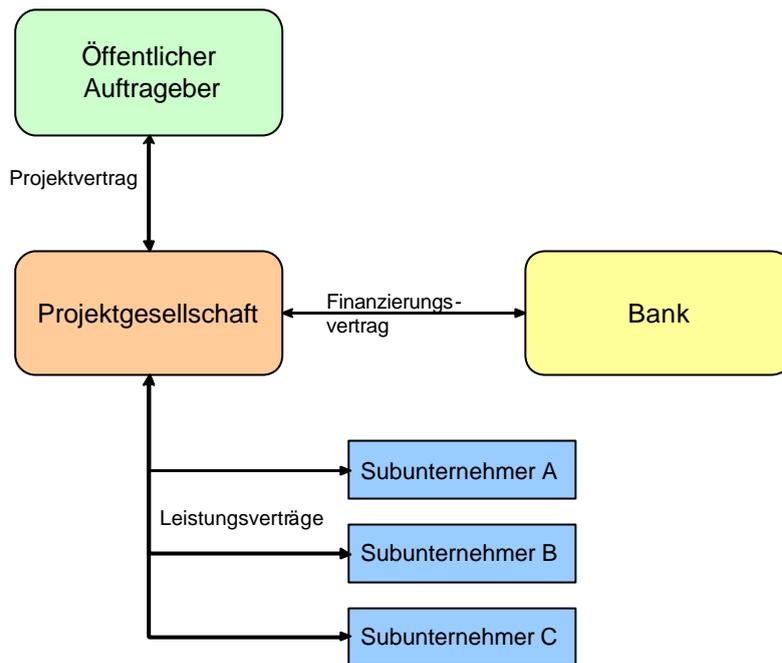


Abb.: Schematische Darstellung der klassischen Projektfinanzierung

Der Vorteil für die öffentliche Hand bei klassischer Projektfinanzierung besteht darin, dass sie das Finanzierungsrisiko komplett auf den Privaten überträgt. Ferner kann die öffentliche Seite bei Leistungsstörungen schneller reagieren, indem sie die Zahlungen an den Privaten kürzt.

Der Nachteil einer klassischen Projektfinanzierung liegt in den letztlich höheren Projektkosten und im höheren Aufwand während der Planungsphase, weil die Bank das PPP-Projekt und auch die Projektgesellschaft einer Prüfung unterzieht (due dilligence). Dies ist zeit- und kostenintensiv.

## b) Forfaitierung mit Einredeverzicht

Bei der Forfaitierung mit Einredeverzicht tritt der Private seine Forderung gegen die öffentliche Hand an die finanzierende Bank ab. Durch den Einredeverzicht verpflichtet sich die öffentliche Hand gegenüber der Bank, bedingungslos zu zahlen.

Vorteil einer solchen Gestaltung sind kommunalkreditähnliche Konditionen. Dadurch lassen sich die Projektkosten erheblich senken. So beträgt, aufgrund des geringen Risikos für die Bank, der Aufschlag auf die Sollzinssätze des Kommunalkredites lediglich 20 Basispunkte. Um die Risiken einer Forfaitierung mit Einredeverzicht zu begrenzen, wird auch hier die Einbringung von Eigenkapital gefordert. Die absolute Höhe ist jedoch geringer als bei der Projektfinanzierung.

Die folgende Abbildung stellt die Vertragsbeziehungen im Falle einer Forfaitierung mit Einredeverzicht dar:

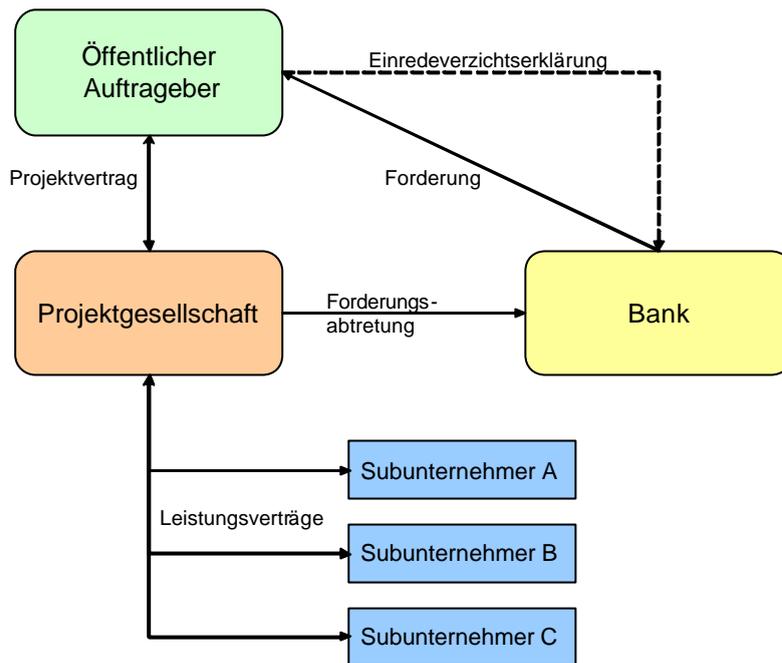


Abb.: Schematische Darstellung der Forfaitierung mit Einredeverzicht

#### 4.9.1.2 Ansätze für Kleine PPPs

Bei großen PPP-Projekten werden die Finanzierungsleistungen durch den privaten Partner selbst erbracht.

Der Grund hierfür liegt in erster Linie darin, den Kreditrahmen der öffentlichen Hand zu schonen bzw. Investitionen für diejenigen Kommunen überhaupt erst möglich zu machen, deren finanzielle Lage keine weitere Neuverschuldung zulässt.

Ein weiterer Grund liegt darin, dass die Kommune bei einer klassischen Projektfinanzierung mangels Einredeverzicht ein äußerst wirksames Druckmittel gegenüber dem privaten Partner im Falle einer unvollständigen Leistungserbringung oder Schlechtleistung zur Verfügung hat. Mit dem Recht zur Einrede ist es der Kommune erlaubt, die regelmäßigen Nutzungsentgeltzahlungen in begründeten Fällen zu kürzen oder gar einzuhalten. Hierdurch würde der Mittelfluss zur Refinanzierung des bei dem Kreditinstitut aufgenommenen Investitionsvolumens eingeschränkt oder sogar gestoppt.

Die Erfahrung zeigt, dass die Kommunen immer häufiger im Rahmen einer so genannten Forfaitierung den Einredeverzicht, zumindest auf den Kapitaldienst, gegenüber dem Kreditinstitut erteilen. Hierdurch ist der Mittelfluss zur Refinanzierung des Investitionsvolumens auch im Falle der Schlechtleistung gesichert. Der Vorteil der Kommune liegt hierbei darin, dass die Kreditinstitute dem privaten Partner bei einer solchen Konstellation kommunalkreditähnliche Zinskonditionen gewähren, welche an die Kommune in Form geringerer Nutzungsentgelte durchgereicht werden.

Dabei sollten Fördermittel beispielsweise der KfW oder der NRW.BANK etc. bei der Gestaltung des Finanzierungsmodells berücksichtigt werden.

Sollten für das Vorhaben ausgewählte Förderprogramme des Bundes oder des Landes in Frage kommen, ist zu beachten, dass einige Förderprogramme die Finanzierung durch einen privaten Partner anstatt durch die öffentliche Hand voraussetzen. Diese Voraussetzung schlägt sich in günstigeren Finanzierungsbedingungen oder höheren Fördersummen nieder. Sollte die Förderung des Vorhabens über ein derartiges Programm möglich sein, wird empfohlen, die Vorteilhaftigkeit des Förderprogramms bei einer Finanzierung über den Privaten gegenüber der Vorteilhaftigkeit von Kommunalkreditkonditionen bei einer Finanzierung über die Kommune abzuwägen und das Finanzierungsmodell ggf. den Zinszahlungs- und Tilgungsstrukturen des Förderprogramms anzupassen.

#### **Ansatz Nr. 17**

**Bei Kleinen PPPs können Effizienzvorteile dadurch generiert werden, dass die Finanzierung des Investitionsvolumens über spezielle Förderprogramme sichergestellt werden kann.**

Die günstigste und mittelstandsgerechteste Finanzierung für Kleine PPPs ist die Forfaitierung.

Bei der Forfaitierung tritt der private Partner seine Forderungen an die Kommune in der Regel ausschließlich für den Kapitaldienst an die finanzierende Bank ab. Gleichzeitig erklärt die Kommune gegenüber der finanzierenden Bank einen Einreदेverzicht, so dass sichergestellt ist, dass die Refinanzierung des Investitionsvolumens in jedem Fall unabhängig von der Vertragserfüllung des Privaten gesichert ist.

Da die Kommune somit ein Zahlungsverprechen an die Bank auch für den Fall eingeht, dass der Private seiner Vertragserfüllung überhaupt nicht oder nicht vollständig nachkommt, sind mit dieser Finanzierungsform wesentliche Risiken für die Kommune verbunden. Anzumerken ist, dass der Einreदेverzicht in der Regel erst nach Fertigstellung der Bau- oder Sanierungsleistungen erteilt wird und sich damit diese Risikoübernahme ausschließlich auf die Betriebsphase beschränkt.

Bei der Forfaitierung verbleiben automatisch und zwangsläufig wesentliche Risiken bei der Kommune. Daher muss bei der Vertragsgestaltung darauf geachtet werden, dass kein Risikotransfer auf den Privaten erfolgt, der dem Forfaitierungsgedanken entgegenläuft, weil der private Partner für die Risiken einen Risikozuschlag kalkulieren muss und die Kosten hierfür an die Kommune weitergibt.

Für den Einreदेverzicht der Kommune gewährt die finanzierende Bank dem Privaten kommunalkreditähnliche Kreditkonditionen. Trotz der oben genannten Risikostruktur ist die Forfaitierung gegenüber der Projektfinanzierung ohne Einreदेverzicht aus diesem Grund in den meisten Fällen die günstigere Finanzierungsvariante.

Wie oben bereits erwähnt, setzen einige Förderprogramme die Finanzierung des Vorhabens durch den privaten Partner voraus. Inwieweit dies auch für Forfaitierungsmodelle zutrifft, ist in jedem Einzelfall anhand konkret vorliegender Umstände zu prüfen.

#### **Ansatz Nr. 18**

**Bei Kleinen PPPs lassen sich Effizienzvorteile generieren, wenn als Finanzierungsform ein Forfaitierungsmodell mit Einredeverzicht gewählt wird.**

### **4.9.2 Sicherheitsstruktur**

#### **4.9.2.1 Allgemeines**

Bei PPP-Projekten wird die Durchführung von kommunalen Aufgaben auf den Privaten übertragen. Die Aufgabenerfüllung der Kommune wird somit in Teilbereichen von der Leistungserbringung des privaten Partners abhängig. Um die jederzeitige Aufgabenerledigung durch die Kommune zu gewährleisten, bedürfen PPP-Modelle eines Absicherungskonzeptes für den „Fall der Fälle“.

Für die folgenden wesentlichen Risiken hat die öffentliche Hand in der Regel ein erhöhtes Absicherungsbedürfnis:

- Risiko, dass die Bauleistungen nicht fertig gestellt werden
- Risiko, dass die kommunalen Zahlungen für die Instandhaltung der Immobilien durch den Privaten zweckentfremdet werden und die Gebäude verfallen.
- Risiko, dass der Private während der Betriebsphase Insolvenz anmeldet

Die Absicherung der oben genannten Risiken über Bürgschaften, Rücklagen oder sonstige monetäre Sicherheiten ist für den Privaten zum Teil mit erheblichen Kosten verbunden, was durch ein entsprechend erhöhtes Nutzungsentgelt auf die Kommune zurückfällt. Die Gestaltung der vertraglichen Sicherheitsstruktur hat somit einen entscheidenden Einfluss auf den Effizienzvorteil eines PPP-Modells gegenüber der konventionellen Beschaffungsvariante.

#### **4.9.2.2 Ansätze für Kleine PPPs**

Im Nachfolgenden wird beschrieben, wie die Sicherheitsstruktur bei Kleinen PPPs ausgestaltet werden kann, um entsprechende Effizienzvorteile zu generieren.

## **Risiko der nicht fertig gestellten Bauleistung**

Das Risiko, dass die Bauleistungen nicht fertig gestellt werden und der Auftraggeber die Leistungen nach Vertragskündigung und erneuter Ausschreibung durch einen Dritten zu Ende bringen lassen muss, wird in Bauverträgen üblicherweise über so genannte Vertragserfüllungsbürgschaften abgesichert.

Über diese Bürgschaft sollen zum einen die zusätzlichen Verfahrenskosten abgedeckt werden, welche im Zusammenhang mit der Kündigung und der erneuten Ausschreibung und Vergabe der Restleistung stehen. Zum anderen sollen Mehraufwendungen für den Auftraggeber in Folge von Stillstandskosten, Wiederaufnahmekosten, Bauzeitverzögerungen, Schadensersatzforderungen Dritter etc. ausgeglichen werden.

Bei PPP-Modellen ist die Sicherheit der Vertragserfüllung während der Bauphase grundsätzlich dadurch in ausreichender Form gegeben, dass Zahlungen durch die Kommune normalerweise erst nach vollständiger und vertragsgerechter Fertigstellung der Bauleistungen erfolgen. Das bedeutet, dass Mehrkosten für die Kommune, beispielsweise infolge der Insolvenz des Bauunternehmers, mit den Forderungen des insolventen Unternehmers für die bereits erbrachten Bauleistungen verrechnet werden können. Dies setzt allerdings voraus, dass der Wert der bereits erbrachten Bauleistungen mindestens den Mehrkosten der Kommune entspricht. Somit bestünde das einzige Risiko in diesem Zusammenhang eher in der Anfangsphase der Bauausführung, solange noch keine ausreichenden Bauleistungen erbracht sind und der Kommune somit höhere Kosten entstehen würden als sie aufrechnen könnte.

Zur Abdeckung dieses Risikos und weiterer Mehraufwendungen (s.o.) sowie zur Sicherstellung einer ausreichenden Liquidität der Kommune im Fall der Fälle, werden bei „großen“ PPP-Modellen Vertragserfüllungsbürgschaften des Privaten in einer Höhe von bis zu 10 % der Bausumme gefordert.

Bei den eher geringen Investitionsvolumina der Kleinen PPPs ist das Risiko der nicht fertig gestellten Bauleistungen als relativ gering einzuschätzen.

Aus gleichem Grund kann davon ausgegangen werden, dass Mehraufwendungen bei Kleinen PPPs infolge Ersatzvornahme durch die Kommune leichter getragen werden können als bei „großen“ PPPs.

Bei Kleinen PPPs wird es sich zudem in der Regel eher um Sanierungs- oder kleine Erweiterungsmaßnahmen handeln, bei denen, im Falle eines Baustopps keine wesentlichen Folgekosten zu erwarten sind und die insbesondere bei Sanierungsmaßnahmen bereits in den frühen Bauphasen schon einen Mehrwert für die Kommune darstellen können.

Vor diesem Hintergrund stellt sich das Kosten-Nutzen-Verhältnis einer Vertragserfüllungsbürgschaft bei Kleinen PPPs als eher ungünstig dar.

Daher wird empfohlen, bei Kleinen PPPs, wenn möglich, auf Vertragserfüllungsbürgschaften zu verzichten und wenn diese vereinbart werden sollen, auf maximal 5 % der Gesamtinvestitionskosten zu begrenzen.

### **Ansatz Nr. 19**

**Bei Kleinen PPPs können Effizienzvorteile generiert werden, wenn auf eine Vertragserfüllungsbürgschaft für die Bauphase verzichtet oder zumindest deren Höhe auf maximal 5 % der Gesamtinvestitionskosten begrenzt wird.**

### **Instandhaltungsrisiko**

Werden dem privaten Partner mit dem regelmäßigen Nutzungsentgelt der Kommune automatisch auch Zahlungen zur Instandhaltung der Immobilien überwiesen, besteht das Risiko, dass der Private diese Zahlungen, da sie gegebenenfalls zum Zeitpunkt der Anweisung aufgrund des guten Zustandes der Gebäude nicht gebraucht werden, zweckentfremdet oder für außervertragliche Unternehmungen einsetzt. Fallen die erforderlichen Instandhaltungsmaßnahmen dann an, fehlen dem Privaten die Mittel und er kann seinen Instandhaltungspflichten ggf. nicht nachkommen.

Zur Absicherung dieses Szenarios werden bei „großen“ PPPs in der Regel kostenintensive Bürgschaften auch für die Betriebsphase vom Privaten gefordert, welche über die Vertragslaufzeit von der Kommune sukzessive zurückgegeben werden.

Um hohe Bürgschaftskosten zu vermeiden und weitere Effizienzvorteile zu generieren, bietet sich für Kleine PPPs die Einrichtung eines Instandhaltungskontos an, welches zur weiteren Kostenreduzierung durch die Kommune selbst geführt werden sollte. Alternativ wäre auch die Kontoführung durch den Privaten mit gleichzeitigem Pfandrecht für die Kommune denkbar.

Auf dieses Konto würden durch die Kommune regelmäßig mit dem Privaten vertraglich vereinbarte Zahlungen fließen. Dem Privaten steht dieses Konto bei Vorlage entsprechender Verwendungsnachweise für die Instandhaltung der Immobilien zur Verfügung.

Hierdurch sind zum einen eine nahezu kostenlose Sicherheit zur Absicherung des Instandhaltungsrisikos und zum anderen eine ständige Transparenz im Hinblick auf die Verwendung der Instandhaltungsmittel gegeben.

### **Ansatz Nr. 20**

**Bei Kleinen PPPs können Effizienzvorteile generiert werden, wenn zur Absicherung des Instandhaltungsrisikos statt einer Bürgschaft ein von der Kommune geführtes Instandhaltungskonto eingerichtet wird. Denkbar ist auch eine Verpfändung des von dem Privaten geführten Kontos.**

## **Insolvenzrisiko während der Betriebsphase**

Muss der Vertrag mit dem privaten Partner während der Betriebsphase aufgrund von Insolvenz des Privaten gekündigt werden, können der Kommune Mehrkosten im Zusammenhang mit einer erneuten Ausschreibung und Vergabe sowie durch ungünstigere Preise der Ersatzvornahme entstehen.

Betrachtet man unter diesem Gesichtspunkt die konventionelle Beschaffungsvariante, stellt man fest, dass diese Risiken hier, beispielsweise bei einem Vertrag mit einem Reinigungs- oder Energieversorgungsunternehmen, gleichermaßen bestehen.

Da die konventionelle Beschaffungsvariante für diesen Fall keine besonderen Sicherheitsmaßnahmen in Form von Bürgschaften oder dergleichen vorsieht, sollte auch bei der PPP-Variante zur Sicherstellung der Vergleichbarkeit auf entsprechende Sicherheitsmaßnahmen verzichtet werden.

Zur Gewährleistung des fortlaufenden Betriebes der Gebäude während der erneuten Ausschreibung im Insolvenzfall des bisherigen Betreibers müssen vertragliche Vereinbarungen getroffen werden. Zur Deckung der hierbei anfallenden Kosten kann das Instandhaltungskonto gemäß Ziffer 4.9.2.2 herangezogen werden.

### **Ansatz Nr. 21**

**Bei Kleinen PPPs können Effizienzvorteile generiert bzw. die Mittelstandsverträglichkeit erhöht werden, wenn auf Bürgschaften oder ähnlich teure Sicherheiten für den Insolvenzfall während der Betriebsphase verzichtet wird bzw. diese auf die ersten Jahre der Betriebsphase beschränkt werden.**

## **4.10 Personalübertragung**

### **4.10.1 Allgemeines**

Ein PPP-Projekt wird nicht zuletzt dadurch charakterisiert, ob und in welcher Form das kommunale Personal (Hausmeister, Sekretariat etc.) im Rahmen einer PPP auf den Privaten übertragen wird. Folgende Möglichkeiten kommen grundsätzlich in Betracht:

#### **a) Übertragung auf den Privaten**

Bei einer Personalübertragung wird das Personal aus dem Arbeitsverhältnis mit der öffentlichen Hand in das neue Arbeitsverhältnis mit dem privaten Investor übertragen. Dies kann entweder kraft besonderen Vertrages oder aber im Rahmen eines Betriebsübergangs durch Gesetz erfolgen. Im letzteren Fall werden die Rechte und Pflichten gem. § 613a BGB aus dem

alten in das neue Arbeitsverhältnis übertragen und dürfen ein Jahr lang nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers geändert werden.

#### **b) Beistellung**

Als Alternative ist die sog. Personalbeistellung denkbar. Es handelt sich hierbei um Arbeitnehmerüberlassung. Die Arbeitnehmer werden von der öffentlichen Hand (Verleiher) dem privaten Partner (Entleiher) zur gewerbsmäßigen Arbeitsleistung überlassen. Die Arbeitsverträge – und damit alle Rechte und Pflichten – zwischen der öffentlichen Seite und den Arbeitnehmern bleiben aber bestehen.

#### **c) Freisetzen**

Schließlich ist auch Freisetzen des nicht mehr benötigten Personals denkbar. Hierbei muss das Personal aus dem Dienst entlassen werden, wenn sich keine anderweitigen Einsatzmöglichkeiten ergeben.

### **4.10.2 Ansätze für Kleine PPPS**

#### **4.10.2.1 Freisetzung des Personals**

Personalfreisetzung ist aus arbeitsvertragsrechtlichen, politischen und wirtschaftlichen Gründen mit Nachteilen und größeren Hürden verbunden. Insbesondere infolge eines gesonderten Kündigungsschutzes ist dies u.U. kaum durchführbar. Ferner ist in wirtschaftlicher Hinsicht mit Abfindungszahlungen oder sonstigen Ausgleichszahlungen sowie mit Aufwendungen für evtl. arbeitsgerichtliche Verfahren zu rechnen. Daher ist diese Möglichkeit nur dann in Betracht zu ziehen, wenn eine anderweitige Einsetzung des Personals – etwa in anderen Objekten des öffentlichen Auftraggebers – nicht möglich ist und die unten aufgeführten Personaleinsatzmöglichkeiten nicht greifen.

#### **4.10.2.2 Übertragung auf den Privaten**

Ein wichtiger Vorteil für den privaten Partner bei der Personalübertragung kann z.B. im Falle einer Sanierung darin liegen, dass das Personal mit dem Gebäude und den Prozessabläufen bestens vertraut ist. Dies kann sich für den privaten Investor dadurch wirtschaftlich auswirken, dass ein reibungsloser Ablauf von Prozessen (z.B. im Schulbetrieb) eines der wesentlichen Kriterien bei den üblichen Bonus/Malusregelungen ist.

Eine Personalübertragung könnte daran scheitern, dass einige oder alle Arbeitnehmer widersprechen. Außerdem ist es möglich, dass der private Partner nicht das gesamte übertragene Personal zur Aufgabenerfüllung benötigt.

Außerdem ergeben sich auch steuerrechtliche Nachteile, die ggf. nicht kompensiert werden können. Während der private Partner für die Personalleistungen (z.B. Hausmeister oder Sekretariat) umsatzsteuerpflichtig ist, entfällt diese Steuerlast bei juristischen Personen des öffentlichen

Rechts, wenn diese entweder nicht wirtschaftlich tätig sind oder wenn sie überwiegend der Ausübung öffentlicher Gewalt dienen. Als Beispiele können hier Gebietskörperschaften (Gemeinden, Kreise etc.) oder Justizvollzugsanstalt genannt werden, deren Leistungen durch eigenes Personal erbracht wird. Würden aber z.B. die Hausmeisterdienstleistungen durch einen Privaten erbracht, so begründet dies eine Umsatzsteuerpflicht nach UStG.

#### **4.10.2.3 Personalbeistellung**

Bei der Personalbeistellung ergibt sich ein wichtiger Vorteil aus der Befreiung der Personalleistungen von der Umsatzsteuerpflicht. Darüber hinaus ergibt sich der bereits genannte Vorteil, dass das bisherige Personal mit den Prozessabläufen bestens vertraut ist und einen reibungslosen Ablauf dieser Prozesse gewährleisten kann. Außerdem ist weniger mit Widerständen seitens der Arbeitnehmer und Arbeitnehmervertretungen zu rechnen, da die öffentliche Hand als Arbeitgeber mit allen Rechten und Pflichten verbleibt, so dass sich für das Personal gegebenenfalls nur der Weisungsberechtigte hinsichtlich der Aufgabenerfüllung ändert.

Der Nachteil einer Personalbeistellung besteht darin, dass sich durch Beibehaltung der bisherigen Personalstrukturen und Beschäftigungsbedingungen keine Einsparungen zu den bisherigen Kosten ergeben. Außerdem bleibt das Problem bestehen, dass der private Partner nicht das gesamte bisher eingesetzte Personal zur Aufgabenerfüllung benötigt.

#### **Ansatz Nr. 22**

**Bei Kleinen PPPs können Effizienzvorteile dadurch generiert werden, dass eine Personalbeistellung – insbesondere um die Umsatzsteuer zu sparen und evtl. Widerständen vorzubeugen – erfolgt. In diesem Fall verbleibt die Personalstruktur bei der Kommune. Der private Partner erhält lediglich das Weisungsrecht hinsichtlich der Aufgabenerfüllung.**

#### **4.11 Nichtmonetäre Vorteile**

Die vorstehenden Ansätze befassen sich ausschließlich mit den wirtschaftlich messbaren (hier: monetären) Vorteilen von Kleinen PPPs. An dieser Stelle soll jedoch auch auf die nichtmonetären Vorteile von PPPs hingewiesen werden, welche gerade bei Kleinen PPPs sehr viel stärker zur Geltung kommen.

Zunächst ist die schnelle Umsetzung anfänglicher Bau- und Sanierungsleistung zu nennen. Dieser Vorteil wird vor allem dadurch erreicht, dass der private Partner an der schnellen Umsetzung besonders interessiert ist, weil die Kommune in der Regel erst nach Fertigstellung mit der Zahlung des Nutzungsentgelts beginnt.

Ferner ist auch die dauerhafte Werterhaltung der Gebäude als ein nichtmonetärer Vorteil von PPPs zu sehen. Außerdem können im Rahmen

von PPPs Vereinbarungen zur Sicherung der Leistungsqualität durch langfristige Verantwortlichkeit, partnerschaftlichen Vertragsgestaltung sog. Bonus/Malusregelungen sowie strengen Qualitätsstandards bzgl. der Gebäudeunterhaltung getroffen werden, was den Werterhalt des Gebäudes sichert.

Darüber hinaus stellt auch die Arbeitsentlastung der öffentlichen Hand einen nichtmonetären Vorteil dar, denn häufig ist der öffentliche Auftraggeber personell nicht in der Lage, dringende Sanierungsmaßnahmen durchzuführen oder geplante Bauprojekte zu realisieren.

Außerdem sei die lange Planungssicherheit bei der Haushaltsaufstellung als ein weiterer nichtmonetärer Vorteil zu nennen. Denn die Entgelte, die die Kommune an den privaten Partner entrichtet, stehen in der Regel für die gesamte Vertragslaufzeit fest und ermöglichen so eine gewisse Sicherheit bei den Planungen von kommunalen Ausgaben, stellen aber auch eine langfristige Bindung des Haushalts dar.

Schließlich liegt ein wesentlicher nichtmonetärer Vorteil von PPPs darin, dass die Kommune nur einen Ansprechpartner für alle Anliegen hat. Dieser fungiert auch als Verantwortlicher in allen Situationen. Eine ggf. abweichende Verantwortlichkeit der verschiedenen Partner untereinander oder auch hinsichtlich der eingesetzten Nachunternehmer ist für die Kommune völlig irrelevant.

#### **4.12 Anwendung der Ansätze**

Jeder der im Vorfeld beschriebenen Ansätze kann dazu führen, dass sich in den jeweiligen Teilbereichen Effizienzvorteile gegenüber der konventionellen Beschaffungsvariante generieren lassen.

Damit sich eine insgesamt effizientere Realisierungsvariante im Rahmen von Kleinen PPPs erreichen lässt, sollten möglichst viele der beschriebenen Ansätze bei dem geplanten Projekt umgesetzt werden.

Im Anhang zu diesem Leitfaden sind die beschriebenen Ansätze in Form einer Checkliste zusammengestellt, so dass die Verantwortlichen schnell und übersichtlich die Eignung ihres Vorhabens auf eine eventuelle PPP-Realisierung überprüfen können.

Sollte die überwiegende Anzahl der Ansätze zutreffen, so besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass sich bei einer detaillierten Wirtschaftlichkeitsuntersuchung das geplante Vorhaben als PPP-Projekt gegenüber der konventionellen Beschaffungsvariante günstiger darstellt.

### **5 Einbindung von KMU in Kleine PPPs**

Insbesondere bei der Realisierung von Kleinen PPPs besteht sowohl von Seiten der öffentlichen Hand als auch von Seiten der privaten Wirtschaft ein

großes Interesse an der Beteiligung von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU). KMU meint hier konzernunabhängige Unternehmen, vor allem solche, die eigentümer- oder inhabergeführt sind.

Bei der konventionellen Beschaffungsvariante werden KMU grundsätzlich über Ausschreibungen von einzelnen Gewerken und vor allem durch Aufteilung in Lose beteiligt. Bei PPP-Vorhaben würde jedoch eine Aufteilung des Projekts in einzelne Bestandteile (Planung, Bau, Betrieb, Finanzierung) dem ganzheitlichen Ansatz „Alles aus einer Hand“ widersprechen. Ebenso verhält es sich mit der Aufteilung in verschiedene Gewerke.

## 5.1 Rechtliche Rahmenbedingungen

Gleichwohl hat der Gesetzgeber eine Förderung der mittelständischen Unternehmen an verschiedenen Stellen kodifiziert. So schreibt § 97 Abs. 3 GWB eine angemessene Berücksichtigung der mittelständischen Interessen vor. Ferner wird im § 4 Nr. 2, 3 VOB/A eine Aufteilung nach Teil- und Fachlosen bestimmt, damit sich kleine und mittlere Unternehmen an öffentlichen Ausschreibungen beteiligen können. Auch im § 5 Nr. 1 VOL/A wird eine Aufteilung in Lose angeordnet, soweit dies zweckmäßig erscheint.

Allerdings stellt § 5 Nr. 1 VOL/A gleichzeitig fest, dass eine unwirtschaftliche Zersplitterung vermieden werden soll. Aus dieser Norm lässt sich der Rechtsgedanke ableiten, dass bei PPP-Vergabe ein einheitliches Verfahren durchgeführt wird. Eine sog. horizontale Aufteilung wird nicht vorgenommen.

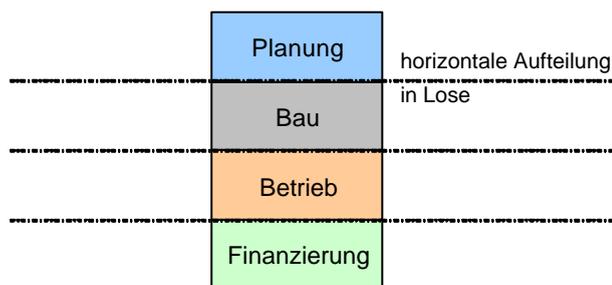


Abb.: horizontale Aufteilung in Lose

Dennoch ist eine Aufteilung in Lose dergestalt möglich, dass zu einem Projekt zusammengezogene Vorhaben in vertikale Lose aufgeteilt und einzeln vergeben werden. Der ganzheitliche PPP-Ansatz „alles aus einer Hand“ sollte jedoch gewahrt bleiben.

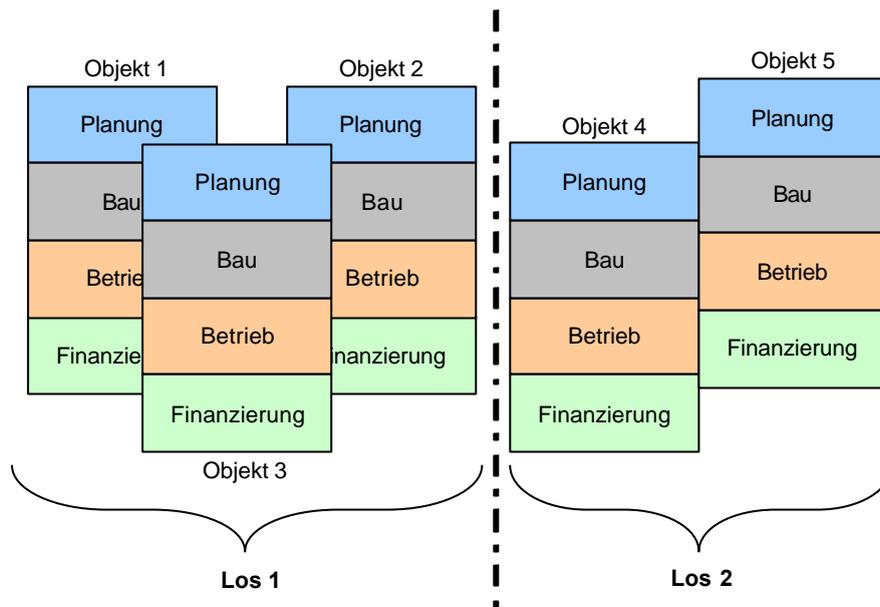


Abb.: vertikale Aufteilung in Lose

Außerdem haben fast alle Länder (bis auf Berlin und Sachsen) Mittelstandsförderungsgesetze erlassen, die eine Beteiligung von Mittelständlern sicherstellen sollen<sup>10</sup>. In NRW verpflichtet das Mittelstandsgesetz auch bei Nachunternehmereinsatz die VOB zu Grunde zu legen und damit mittelständische Interessen zu berücksichtigen.

**Der Gesetzgeber hat die Einbindung des Mittelstandes zwar gesetzlich kodifiziert, allerdings widerspricht die Vergabe nach Gewerken dem ganzheitlichen PPP-Ansatz. Daher ist die sog. vertikale nicht jedoch die horizontale Aufteilung in Lose zur KMU-Einbindung geeignet.**

## 5.2 KMU als private Partner

Bei einer PPP-Realisierung sind die Aufgaben für ein mittelständisches Unternehmen deutlich komplexer als bei der Abwicklung klassischer Bauprojekte. Während bei den klassischen Hoch- oder Tiefbauprojekten die Abwicklungsphase nur wenige Jahre beträgt, ist bei der PPP-Realisierung eine Bindung über mehrere Jahrzehnte die Regel.

KMU, die über das ganzheitliche Know-how von Planung, Bau, Betrieb und Finanzierung verfügen, gibt es in Deutschland kaum, deswegen bietet sich eine Bildung von Bietergemeinschaften an, bei denen das vorhandene Know-how der einzelnen Bereiche gebündelt und optimal eingebracht werden kann.

<sup>10</sup> Die Ausgestaltung und Regelungsdichte der Gesetze ist unterschiedlich: von bloßen Programmsätzen über Benachteiligungsverbote bis hin zur Bevorzugungspflicht.

Eine Bietergemeinschaft setzt sich in der Regel aus den Teilbereichen Planung, Bau, Sanierung, Finanzierung und Betrieb zusammen. Die Bietergemeinschaft würde nach der Auftragserteilung im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) als Generalunternehmer oder als Betreiber auftreten.

Bei einer Bietergemeinschaft kann es sich um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) handeln. Die Unternehmer verpflichten sich gegenseitig den gemeinsamen Zweck in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern. Dabei wird im Bietergemeinschaftsvertrag regelmäßig die Zusammenarbeit, die Aufgabenverteilung und das Auftreten im Vergabeverfahren sowie weiteres Vorgehen im Falle der Auftragserteilung (z.B. Gründung einer Projektgesellschaft und ihre Rechtsform) festgelegt.

Denkbar ist auch Gründung einer Projektgesellschaft in Form einer GmbH. Der Unterschied einer GmbH zu einer GbR liegt in der Haftung. Während bei der GmbH die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ist, haften die Gesellschafter einer GbR mit ihrem gesamten Vermögen uneingeschränkt.

Die Beteiligung von kleinen und mittelständischen Unternehmen kann bei einem PPP-Projekt auf unterschiedliche Weise erfolgen. Sie könnten entweder auf der ersten Ebene als private Partner oder aber auf der zweiten Ebene als Nachunternehmer des privaten Partners eingesetzt werden.

### 5.2.1 Einsatz von KMU auf der 1. Ebene

Beim Einsatz auf der ersten Ebene würden die als Bietergemeinschaft aufgetretenen KMU eine Projektgesellschaft bilden.

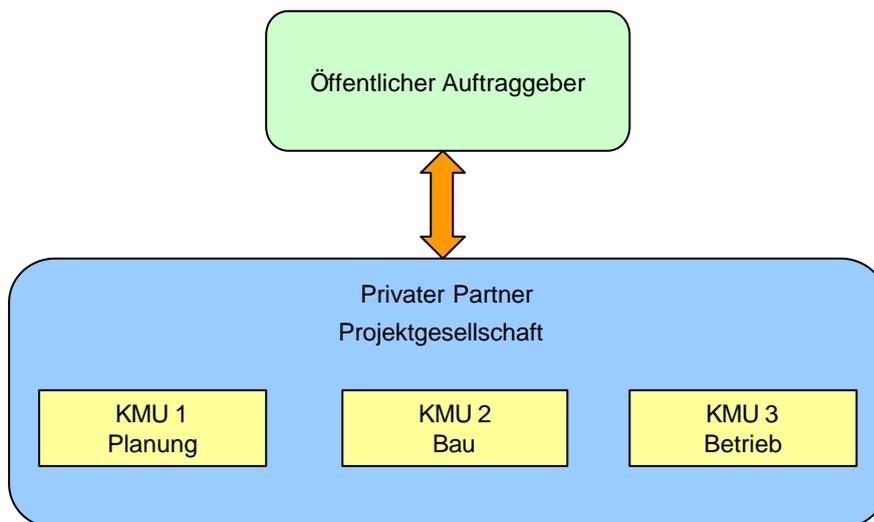


Abb.: Beteiligung von KMU auf der 1. Ebene als private Partner

Die Grundvoraussetzung für die Betätigung als PPP-Partner ist ein wirtschaftlich gesunder Zustand des Unternehmens. Das Unternehmen müsste ausreichend Liquidität mitbringen, um die Vorlaufkosten tragen zu können. Diese Vorlaufkosten beinhalten Kosten für die Bewerbungserstellung, Teilnahmewettbewerb und das Verhandlungsverfahren. Auch weitere Faktoren verursachen unter Umständen Kosten in der Angebotsphase: juristische Beratung, verbindliche Finanzierungszusagen, Visualisierung des Projekts etc. All diese Kosten werden von der öffentlichen Hand nicht bzw. nicht in voller Höhe ersetzt. Meist wird eine Entschädigung für die am Verhandlungsverfahren teilnehmenden Firmen angeboten. Diese deckt jedoch nur einen kleinen Teil der Vorlaufkosten ab.

Zudem bindet sich ein Unternehmen auch hinsichtlich des Eigenkapitals längerfristig an ein bestimmtes Projekt – denn es müssen Rücklagen gebildet werden, um die übernommenen Risiken oder geplante Instandhaltungsmaßnahmen tragen zu können.

Ferner muss ein Unternehmen in der Lage sein, organisatorische Aufgaben zu erfüllen und kaufmännische Tätigkeiten auch über einen langen Zeitraum auszuüben.

### 5.2.2 Einsatz von KMU auf der 2. Ebene

Beim Einsatz auf der 2. Ebene als Nachunternehmer würden Teile der Bauleistung bzw. Betreiberleistung durch den privaten Partner an die KMU vergeben.

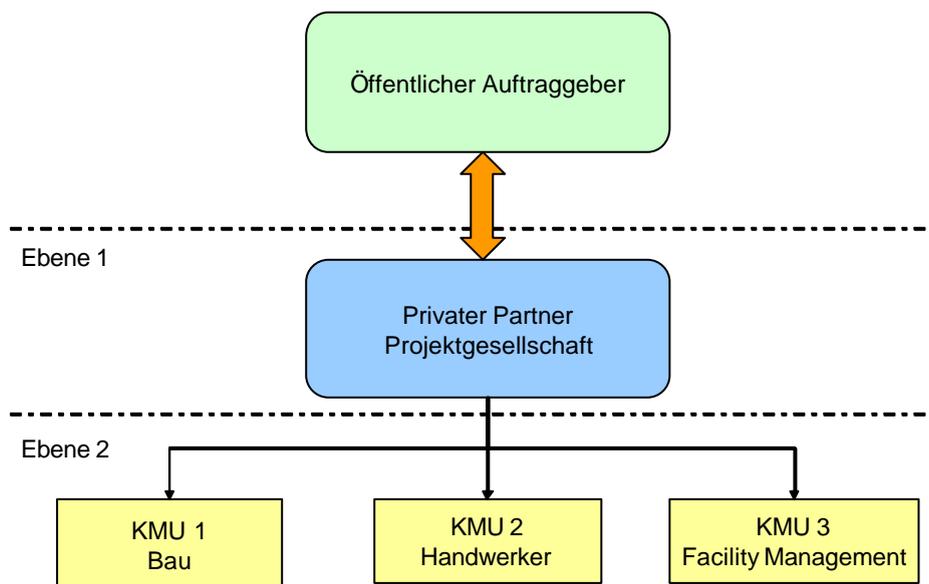


Abb.: Beteiligung von KMU auf der 2. Ebene als Nachunternehmer

Der Einsatz auf der zweiten Ebene unterscheidet sich wenig von der üblichen Projektabwicklung.

**Die Einbindung von KMU in PPP-Projekte ist entweder als privater Partner (1. Ebene) oder aber als Nachunternehmer des privaten Partners (2. Ebene) möglich. Im ersten Fall sollte das Unternehmen eine ausreichende Liquidität sowie einen wirtschaftlich gesunden Zustand vorweisen können. Der Einsatz auf der 2. Ebene ist mit der üblichen Projektabwicklung vergleichbar.**

## **5.3 Einflussmöglichkeiten des öffentlichen Auftraggebers**

Zur Förderung der KMU kann durch den öffentlichen Auftraggeber als ausschreibende Stelle in verschiedenen Themenbereichen Einfluss genommen werden, um das Verfahren mittelstandsfreundlicher zu gestalten.

### **5.3.1 Einbindung als privater Partner (1. Ebene)**

Die Einflussmöglichkeiten der Kommune für die Einbindung der KMU auf der 1. Ebene können in vier Themenbereiche unterteilt werden und zwar in Teilnahmewettbewerb, Angebotserarbeitung, Risikoallokation und Finanzierung. Im Folgenden werden diese Einflussmöglichkeiten kurz erläutert.

#### *a) Themenbereich „Teilnahmewettbewerb“*

**Erstellung eines Bietermemorandums:** Die Erfahrung zeigt, dass nicht wenige KMU vor der Komplexität eines PPP-Ausschreibungsverfahrens zurückschrecken. Dies liegt zum einen daran, dass sie die lebenszyklusorientierten Planungsgrundlagen sowie die zu übernehmenden Risiken im Vorfeld schwer abschätzen können. Zum anderen stellt für die meisten KMU eine Projektrealisierung im Rahmen von PPPs relatives Neuland dar und damit sind Kenntnisse über Verfahrens- und Projektabläufe weitestgehend noch nicht vorhanden. Daher sollte ein Bietermemorandum erstellt werden, welches gleichzeitig mit der Veröffentlichung des Bekanntmachungstextes vom gesamten Bewerberkreis eingesehen werden kann. Dieses Bietermemorandum sollte Informationen zum Projekt und zur Sachlage enthalten, die in der Bekanntmachungsveröffentlichung aus formalen Gründen oder auch aus Platzgründen nicht enthalten sind.

Grundsätzlich sollte das Bietermemorandum folgende Punkte enthalten:

- Weitere Informationen zum Projekt
- Planungsgrundlagen
- Finanzierungsvorgaben
- beabsichtigte Risikoverteilung
- Sicherheiten
- Geplante Zeitachse

- Genauere Beschreibung der vom privaten zu erbringenden Leistungen
- Sonstige Rahmenbedingungen (Angabe des Beraters, Umfang der Ausschreibung, Ablauf des Vergabeverfahrens mit Angabe der voraussichtlichen Termine)

**Öffentliche Informationsveranstaltungen:** Im Vorfeld eines PPP-Projekts könnten außerdem öffentliche Informationsveranstaltungen organisiert werden. Hier soll den Unternehmen vermittelt werden, worauf bei der Erstellung der Bewerbungsunterlagen und bei der Bildung von Bietergemeinschaften geachtet werden muss. Insbesondere vor dem oben skizzierten Hintergrund würden solche Maßnahmen nicht nur das Interesse bei den regionalen Unternehmen steigern, sondern auch die Scheu vor unbekanntem Projektstrukturen vermindern. So wird außerdem den Formfehlern in den Bewerbungsunterlagen, die oftmals zum Ausschluss eines Bewerbers führen, entgegengewirkt.

Ferner bietet die Veranstaltung eine ausgezeichnete Möglichkeit für KMU, um mit anderen interessierten Firmen Kontakt aufzunehmen und eine Bietergemeinschaft ins Auge zu fassen.

Da eine Beschränkung auf regionale Bieter sowohl verfassungsrechtliche als auch europarechtliche Probleme verursachen könnte, muss die Informationsveranstaltung EU-weit bekannt gemacht werden.

**Lange Bewerbungsfrist:** Ein weiteres Problem von KMU liegt darin, dass sie in der Regel nicht die Kapazitäten haben, um Personal kurzfristig auf die Vorbereitung eines Teilnahmewettbewerbs umzudisponieren. Daher sollte die Bewerbungsfrist möglichst großzügig bemessen sein. Empfehlenswert ist eine deutlich längere Bewerbungsfrist als die vorgeschriebenen 37 Tage. Als geeignet erscheint eine Frist zwischen 50 und 80 Tagen. Sollte es der Terminrahmen zulassen, ist auch ein längerer Zeitraum denkbar.

Dadurch wird für die KMU auch eine gewisse Planungssicherheit gewährleistet: Sie können laufende Projekte abschließen und frei werdende Mitarbeiter auf die Vorbereitung des Teilnahmewettbewerbs und des PPP-Projekts verlagern bzw. innerhalb der laufenden Projekte den Personaleinsatz umschichten und so Personalkapazitäten zur Vorbereitung und Durchführung des Teilnahmewettbewerbs freigeben.

Außerdem wird den KMU die Möglichkeit gegeben, sich nach Partnern zur Bildung einer Bietergemeinschaft umzuschauen und ggf. die Formalitäten zu klären.

**Zulassung von Bietergemeinschaften:** Es sollten grundsätzlich auch Bietergemeinschaften zum Teilnahmewettbewerb zugelassen werden. Bei Bietergemeinschaften handelt es sich um einen Zusammenschluss mehrerer Unternehmen zwecks Auftragserteilung mit dem Ziel, im Falle einer Auftragserteilung eine Arbeitsgemeinschaft (ARGE) zu gründen.

ARGE meint hier eine Personengesellschaft, d.h. einen Zusammenschluss mehrerer Unternehmen, die sich im Gesellschaftsvertrag gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks – hier: Planung, Bau und Betrieb – in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern. Zu beachten ist jedoch, dass die Rechtsprechung<sup>11</sup> wiederholt entschieden hat, dass eine Bau-ARGE mit einem gewissen Projektvolumen nicht als GbR, sondern als offene Handelsgesellschaft (OHG) im Sinne des Handelsgesetzbuches (HGB) zu klassifizieren ist. Als Folge erlangt die Gesellschaft eine Kaufmannseigenschaft im Sinne des HGB und wird dadurch zu bestimmten Rechtshandlungen verpflichtet (Eintragung ins Handelsregister, Buchführung etc.).

Die Bietergemeinschaft an sich ist aber grundsätzlich eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, d.h. sie muss weder ins Handelsregister eingetragen werden, noch ist sie buchführungspflichtig. Ihr Zweck ist allein die Abgabe eines Angebots und Erlangung des Zuschlags. Ferner ist die Bietergemeinschaft von vornherein nicht auf Dauer, sondern nur für die Zeit des Vergabeverfahrens angelegt. Aus diesen Gründen steht auch die oben beschriebene Rechtsprechung der Annahme einer bloßen GbR nicht entgegen.

An dieser Stelle kommt die Frage auf, ob die Bildung von Bietergemeinschaften auch noch nach dem Teilnahmewettbewerb bzw. nach der Angebotsabgabe möglich ist. Eng mit dieser Frage verknüpft ist auch die Frage, ob Änderungen in der Zusammensetzung von Bietergemeinschaften möglich sind. Grundsätzlich ist eine solche Möglichkeit zu verneinen. Der Grund hierfür liegt darin, dass bei der Vergabe des öffentlichen Auftrags stets Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Bieter geprüft werden muss. Änderungen in der Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft nach erfolgtem Teilnahmewettbewerb oder gar nach Angebotsabgabe würde dazu führen, dass die geprüfte Eignung nicht mehr vorliegt und die öffentliche Hand keine Möglichkeit hätte, auf die Auswahl der Vertragspartner, mit denen sie eine sehr lange Vertragsbeziehung eingeht, Einfluss zu nehmen. Daher sind Änderungen in der Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft oder auch Bildung einer Bietergemeinschaft nach dem Teilnahmewettbewerb bzw. der Angebotsabgabe grundsätzlich nicht möglich.

**Differenzierte Prüfung der Referenzen:** Ob ein Teilnehmer zur Abgabe eines Angebots aufgefordert wird, hängt von seiner Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit, die er durch Referenzen belegen muss. Grundsätzlich beziehen sich diese Referenzen auf die ausgeschriebene Leistung, bei PPP-Projekten also auf die ganzheitliche Projektabwicklung. Allerdings ist gegenwärtig keine Kooperation von KMU bekannt, die eine Gesamtreferenz bzgl. realisierter PPP-Projekte vorweisen könnte.

Bei Bietergemeinschaften sollten Referenzen von den einzelnen KMU daher nur bzgl. des jeweiligen Anteils der Eigenleistung gefordert werden. Wenn

---

<sup>11</sup> Vgl. grundlegend OLG Dresden, Urt. v. 20.11.2001 – AZ: 2 U 1928/01

sich z.B. an einer Bietergemeinschaft ein Rohbau- und ein Ausbauunternehmen beteiligen, dann sollten vom Rohbauunternehmen nur Rohbaureferenzen und vom Ausbauunternehmen nur Ausbaureferenzen gefordert werden. Nur dann ist sichergestellt, dass Bietergemeinschaften den Teilnahmewettbewerb bestehen können.

Eine Besonderheit ergibt sich aus der Konstruktion, bei der nicht der Bewerber mit seinem eigenen Betrieb die Leistung erbringt, sondern diese in vollem Umfang durch Subunternehmer erbringen lässt (sog. Generalübernehmer). In der Vergangenheit wurde die Frage der Eignung eines Generalübernehmers unterschiedlich beurteilt und zum Teil sogar abgelehnt. Gemäß den EU-Richtlinien<sup>12</sup> und auch nach der EU-Rechtsprechung ist jedoch ein Generalübernehmer grundsätzlich als geeignet anzusehen, sofern er nachweisen kann, dass er über die Mittel verfügt, welche zur Ausführung des Auftrags benötigt werden. Ein solcher Nachweis kann z.B. eine beherrschende Stellung als Mutterunternehmen oder eine vertragliche Vereinbarung mit den Nachunternehmern sein, dass diese im Auftragsfall tätig werden. Zusätzlich ist auf den Nachweis des Generalübernehmers abzustellen, dass er Erfahrung im Organisieren und Koordinieren der Subunternehmer besitzt.

Grundsätzlich sollten in einem solchen Fall die Referenzen der Nachunternehmer überprüft werden und zwar möglichst nach dem oben beschriebenen Ansatz von spezieller Prüfung je nach der zu erbringenden Leistung.

*b) Themenbereich „Angebotsbearbeitung“*

**Begrenzte Angebotsaufforderung:** Die Angebotsphase ist besonders für die KMU am unsichersten, da die Angebotserarbeitung mit erheblichem personellen und finanziellen Aufwand betrieben werden muss, ohne eine Gewissheit zu haben, dass der Zuschlag auch tatsächlich erteilt wird. In der Regel werden die hier aufgewandten Kosten durch die öffentliche Hand nicht vollständig erstattet. Zwar wird regelmäßig eine Aufwandsentschädigung für die nicht ausgewählten Bieter angeboten, diese deckt jedoch nur einen Bruchteil der tatsächlichen Aufwendungen ab. Die Angebotsaufforderung sollte daher auf die drei am besten geeigneten Bieter begrenzt sein. Dadurch steigen die Erfolgchancen der ausgewählten Bieter, da sie sich lediglich gegen zwei andere Bieter behaupten müssen. Gleichzeitig wird bei der Aufforderung von drei Bietern dem Wettbewerbsgedanken – auch nach europäischen Standards – ausreichend Rechnung getragen.

**Veröffentlichung der Bewertungsmatrix:** Die Bewertungsmatrix für die Angebotsauswertung sollte möglichst präzise und deutlich formuliert und veröffentlicht werden. Dadurch können die Unternehmen ihre Angebote besser vorbereiten, da sie genau wissen, worauf es dem öffentlichen Auftraggeber ankommt und an welchen für ihn wesentlichen Punkten sie das

---

<sup>12</sup> EWU-Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG und Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG.

Angebot attraktiver gestalten müssen. Der Auftraggeber profitiert seinerseits davon, dass die Angebote auf seine Bedürfnisse zugeschnitten werden und der Wettbewerb in den für ihn wichtigen Punkten gestärkt wird.

Auf die Veröffentlichung der Bewertungsmatrix haben die Bieter nach dem Beschluss des OLG Düsseldorf<sup>13</sup> außerdem einen Anspruch.

**Vorgabe von Musterverträgen:** Wie bereits oben unter der Ziffer: 4.3.3 erörtert, sollte zwecks Reduzierung der Transaktionskosten eine Standardisierung des Ausschreibungs- und Vergabeverfahrens angestrebt werden. Da ein erheblicher Teil des Angebots vom Vertragswerk abhängt, ist es empfehlenswert, bereits in den Vergabeunterlagen Musterverträge anzugeben<sup>14</sup>. Durch die Vorgabe von Musterverträgen wird der Kosten- und Bearbeitungsaufwand auf Seiten der Bieter verringert, da sie keine kostenintensive Rechtsberatung in Anspruch nehmen müssen. Darüber hinaus können die Angebote besser miteinander verglichen werden und führen so zu einem fairen und transparenten Wettbewerb.

**KMU als Wertungskriterium:** Die Beteiligung bzw. der Einsatz kleiner und mittlerer Unternehmen kann ausdrücklich als Wertungskriterium bei der Vergabe eingesetzt werden. Dabei sollte bereits bei der Ausschreibung darauf hingewiesen werden, dass die Einbindung von KMU eines der Entscheidungskriterien ist.

Allerdings muss an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass gem. § 8 Nr. 1 VOB/A und auch § 7 Nr. 1 VOL/A die Vergabe nicht auf die Bewerber aus einer bestimmten Region beschränkt werden darf.

**Angemessene Entschädigung:** Als eine der Hauptursachen für zögernde Bereitschaft von KMU, an den PPP-Ausschreibungen teilzunehmen, ist der Kostenaufwand in der Angebotsphase zu nennen. Gewinnt das Unternehmen nicht den Zuschlag, so sind die zum Teil sehr hohen Aufwendungen unwiederbringlich verloren. Die von der öffentlichen Hand gewährte Aufwandsentschädigung deckt meist nur einen Bruchteil dieser Aufwendungen ab. Während große Unternehmen eine solche „verlorene Investition“ leichter verkraften können, überlegen KMU hier genauer, ob sich der Aufwand für sie lohnt. Deshalb gewinnt die Ausschreibung durch Auslobung einer angemessenen Entschädigung besonders für KMU an Attraktivität.

Denkbar ist z.B. eine Orientierung der Aufwandsentschädigung an den erbrachten Planungsleistungen und deren Vergütung nach HOAI. Es soll zwar nicht genau nach HOAI entschädigt werden, die Höhe der Entschädigung könnte sich jedoch prozentual oder auch im Verhältnis zur Vergütung nach HOAI richten und so die unterschiedliche Planungskomplexität und den Aufwand der Bieter berücksichtigen.

---

<sup>13</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.11.2005, AZ: VII-Verg 59/05

<sup>14</sup> Vgl. z.B. Mustervertrag in: Public Private Partnership im Hochbau, Vertragsrechtliche Aspekte am Beispiel von PPP-Schulprojekten, Finanzministerium NRW, November 2005

Das Argument, dass es nicht bezahlbar wäre, ist gerade bei Kleinen PPPs nicht überzeugend, denn hier lassen kleine Projektvolumina die Vergütung überschaubar erscheinen. Selbstverständlich sollten aber Kontroll- und Eindämmungsmechanismen (z.B. Kappungsgrenzen, Kosten einer Referenzplanung etc.) einbezogen werden, um Missbrauch zu verhindern.

Das Inaussichtstellen einer angemessenen Entschädigung kommt schließlich auch dem öffentlichen Auftraggeber zugute, da sich wohl mehr Unternehmen dazu entschließen, am Verfahren teilzunehmen, was zu mehr Wettbewerb und besseren, kostengünstigeren Angeboten führen kann.

c) *Themenbereich „Risikoallokation“*

**Vorgabe der Risikoallokation:** Im Themenbereich „Risikoallokation“ ist es empfehlenswert, dass Risiken, die von vornherein feststehen, durch den öffentlichen Auftraggeber selbst untersucht werden. Dies würde vermeiden, dass jeder Bieter die Risiken auf eigene Kosten kalkulieren und eventuell unwirtschaftliche Risikoaufschläge vornehmen muss. Außerdem steigert dies die Vergleichbarkeit der einzelnen Angebote.

Bei der Kalkulation könnten von Seiten des öffentlichen Auftraggebers Erfahrungswerte (z.B. Kosten für Beseitigung von Graffiti, Vandalismus etc.) eingebracht werden. Denkbar ist auch, dass die Mehraufwendungen, die einen bestimmten Höchstbetrag übersteigen, von der öffentlichen Hand getragen werden.

Ansonsten sollte das PPP-Prinzip, wonach derjenige Partner ein Risiko übernehmen sollte, der es auch am besten beeinflussen kann, beibehalten werden.

d) *Themenbereich „Finanzierung“*

**Finanzierungsmöglichkeiten:** Es sollte sowohl eine klassische Projektfinanzierung als auch eine Forfaitierung mit Einredeverzicht zugelassen werden, so dass die KMU die wirtschaftlichste Finanzierungsform wählen können. Ausführlicher zu diesen Finanzierungsmöglichkeiten vgl. oben Ziffer 4.9.1.

**Keine Gesamtschuldnerschaft:** Ein PPP-Projekt lässt sich im Wesentlichen in eine Planungs-, Bau- und Betriebsphase aufteilen, wobei diese Phasen unterschiedliche Risiken mit sich bringen, so dass zwischen den zu stellenden Sicherheiten differenziert werden sollte. In der Planungs- und Bauphase besteht das Risiko von Insolvenz oder Schlechterfüllung. Daher ist ggf. eine Vertragserfüllungsbürgschaft, die eventuelle Zusatzkosten abdeckt, empfehlenswert. In der Betriebsphase ist grundsätzlich keine Bürgschaft erforderlich (allgemein zur Sicherheitsstruktur vgl. oben: Ziffer 4.6.2).

Da hinter fast jeder Phase ein selbständiges KMU steht, sollte auch jeder dieser Betriebe das Risiko tragen, das er selbst beherrschen kann. Somit sollte jedes Unternehmen die Erbringung eigener Leistung auch selbst absichern. Wird wie oben beschrieben das Risiko entsprechend den Phasen aufgeteilt und durch einzelne KMU abgesichert, so ist eine

gesamtschuldnerische Haftung der Bietergemeinschaft nicht notwendig. Dies würde auch die Sorge bei den KMU beseitigen, dass sie im Insolvenzfall eines großen Partnerbetriebes für diesen in die Haftung genommen werden.

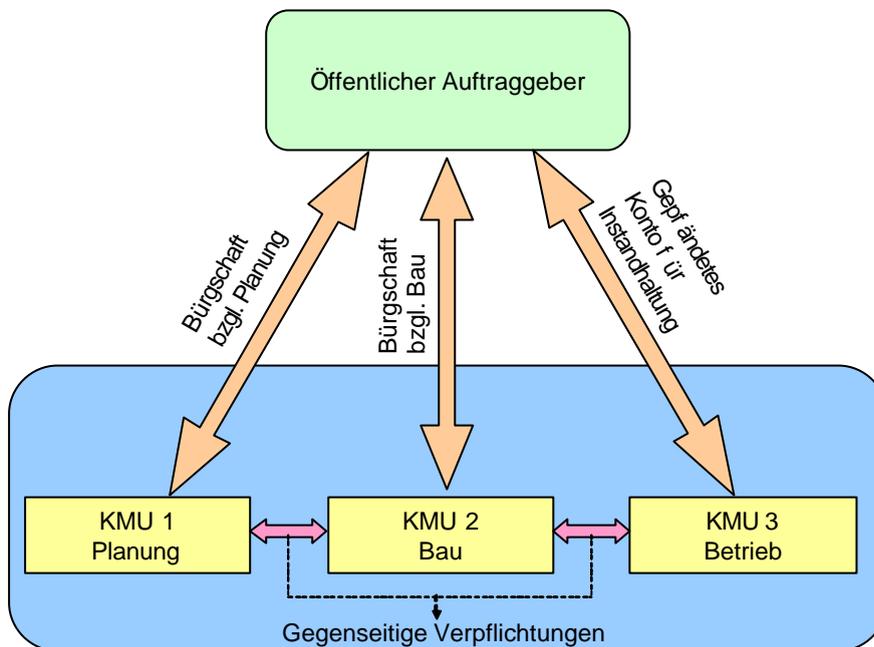


Abb.: Sicherheiten zur Vermeidung der Gesamtschuldnerschaft

### 5.3.2 Einbindung als Nachunternehmer (2. Ebene)

Der öffentliche Auftraggeber kann die Einsetzung von KMU nicht nur auf der 1. Ebene (vgl. oben), sondern auch auf der 2. Ebene als Nachunternehmer beeinflussen.

**Berücksichtigung ortsansässiger Betriebe:** Im Rahmen des öffentlichen Vergaberechts ist es grundsätzlich nicht zulässig, dass der öffentliche Auftraggeber dem privaten Partner auferlegt, bei der Vergabe von Nachunternehmeraufträgen kleine ortsansässige Betriebe einzusetzen. Sollte der private Partner dem öffentlichen Auftraggeber jedoch von sich aus anbieten, die ortsansässigen Firmen in einem bestimmten Umfang zu beteiligen, so darf die öffentliche Hand dieses Angebot annehmen und vertraglich fixieren. Eine Zuwiderhandlung könnte dann mit Vertragsstrafen belegt werden.

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass ein solches Angebot keinen Einfluss auf die Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers haben darf<sup>15</sup>.

**Kurze Reaktionszeiten:** Eine weitere Möglichkeit, KMU aus der Umgebung einzubeziehen, ist die Vereinbarung von kurzen Reaktionszeiten während der Betriebsphase, soweit dies zweckmäßig und sachdienlich

<sup>15</sup> § 8 Nr. 1 VOB/A; § 7 Nr. 1 VOL/A

erscheint. Die Erfahrung hat gezeigt, dass private Partner bei kurz definierten Reaktionszeiten in den Verdingungsunterlagen gerne auf Unternehmen in der näheren Umgebung zurückgreifen.

## **5.4 Einflussmöglichkeiten der KMU**

Die kleinen und mittleren Unternehmen können ebenfalls durch unterschiedliche Maßnahmen ihre Chancen bei der Vergabe von PPP-Projekten vergrößern. Auch hier kann zwischen den Einflussmöglichkeiten zur Berücksichtigung entweder auf der 1. oder aber auf der 2. Ebene unterschieden werden.

### **5.4.1 Einbindung als privater Partner (1. Ebene)**

#### *a) Zusammenschluss zu Bietergemeinschaften*

Die Chancen von einzelnen KMU bei der Vergabe von PPP-Projekten berücksichtigt zu werden, kann dadurch erhöht werden, dass sich die einzelnen Betriebe zu leistungstarken Bietergemeinschaften zusammenschließen.

Durch den Zusammenschluss können die Betriebe mehr Arbeitskräfte und umfangreichere Sicherheiten vorweisen. Außerdem können die Unternehmen umfangreichere Referenzen bzgl. bereits abgewickelter Projekte vorlegen.

Die Beziehungen der Bietergemeinschaftsmitglieder untereinander sowie das Auftreten gegenüber Dritten sollte in einer Mehrparteienvereinbarung schriftlich fixiert werden. Ein solches Vorgehen sorgt für klare Verhältnisse und wirkt zeitraubenden und unnötigen Diskussionen während der Bietphase entgegen.

Bei der Bildung einer Bietergemeinschaft muss jedem Mitglied klar sein, dass sie gemeinsam leisten und nicht bloß jeder isoliert seine Leistung abgeliefert.

**Planungspartner:** Insbesondere der Planungspartner muss vor dem Hintergrund des Lebenszyklus planen und zusammen mit dem Bau- und dem Betriebspartner nach möglichen Optimierungspotenzialen der Lebenszykluskosten suchen. Daher sollte hier auf die Referenzen und die möglichen Erfahrungen aus der bisherigen Zusammenarbeit abgestellt werden. Vor allem muss aber auf die Betriebsgröße und die Personalkapazitäten geachtet werden, da besonders in der Bietphase dem Planungspartner und seinem Konzept eine entscheidende Rolle zukommt und die Abgabefristen relativ kurz bemessen sind.

Denkbar ist auch der Zusammenschluss von mehreren Planungsbüros (z.B. Architekten, Heizungs-, Lüftungs- Sanitär-, Elektroplaner etc.), die auf die jeweiligen Leistungen ausgerichtet und besonders spezialisiert sind.

Hinzuweisen ist an dieser Stelle jedoch auch auf die Schnittstellenproblematik innerhalb der Bietergemeinschaft. Denn es ist hier umso mehr Selbstdisziplin und Kompromissbereitschaft zwischen den einzelnen Unternehmen gefordert, je mehr kleinere Betriebe sich zusammenschließen. Ebenso ist die Bearbeitungs- und Reaktionszeit entscheidend.

**Baupartner:** Der Baupartner ist einerseits für die Qualität der Bauleistung und andererseits für die Einhaltung der Baukosten verantwortlich. Die Erfahrung zeigt, dass die Projektabwicklung umso effektiver funktioniert, je weniger Schnittstellen existieren. Deshalb ist bei einem Baupartner besonders darauf zu achten, ob er eingespielte Bauteams, bestehend aus Projektleiter, Kosteneinschätzer und Einkäufer, vorweisen kann. Außerdem sollte der Baupartner auch über Erfahrung im Koordinieren und Abstimmen mit dem Planungspartner verfügen. Hier sollte nach Möglichkeit eine sehr enge Kooperation und Abstimmung in der Planungsphase erfolgen.

Auch an dieser Stelle ist der Zusammenschluss von mehreren kleinen aber spezialisierten Betrieben denkbar. Insbesondere kommen hier die Rohbau-, Ausbau- und Gebäudetechnikfirmen in Frage. Zur Schnittstellenproblematik gilt jedoch auch hier das oben Gesagte.

**Betriebspartner:** Der Betriebspartner ist für die Einhaltung der Kosten im späteren Betrieb zuständig. Erfahrungsgemäß liegt hier das größte Einsparpotenzial, so dass der Betriebspartner in der Planungsphase bei der Optimierung der Lebenszykluskosten unbedingt mitwirken sollte.

Auch hier ist auf ausreichend Personalkapazität und Befähigung zu achten – insbesondere vor dem Hintergrund, dass für die Zuschlagserteilung der Qualität der Vorarbeiten entscheidende Bedeutung zukommt.

Als Betriebspartner kann ebenfalls ein Konsortium aus mehreren Firmen gebildet werden. Insbesondere Firmen, die sich auf das technische, das kaufmännische oder das infrastrukturelle Facility-Management spezialisieren, kommen als Betriebspartner in Frage.

Auf die Schnittstellenproblematik wurde bereits oben hingewiesen. An dieser Stelle soll noch einmal vor Augen geführt werden, dass insbesondere der Betriebspartner zeitlich gesehen die langfristige Leistung erbringt, so dass gerade hier ein hohes Maß an Selbstdisziplin und Kompromissbereitschaft von den beteiligten Firmen abverlangt wird und eine frühzeitige Strategie zur Beilegung von eventuellen Differenzen entwickelt werden sollte.

#### *b) Networking*

Da bei PPP-Projekten sowohl Planungs-, Bau- als auch Betriebs- und Finanzierungsleistungen aus einer Hand erwartet werden und ein Mittelständler in der Regel hierzu nicht die notwendigen Ressourcen hat, besteht die Möglichkeit, zumindest als Teil einer Bietergemeinschaft berücksichtigt zu werden (s.o.). Hierzu ist es erforderlich, frühzeitig

Kontakte zu Planungsbüros, Betreibergesellschaften und Finanzinstituten aufzunehmen und sich dort als kompetenter Partner vorzustellen.

c) *Teilnahme an evtl. Informationsveranstaltungen*

Falls eine Informationsveranstaltung (s.o.) angeboten wird, sollten die ortsansässigen Betriebe unbedingt daran teilnehmen, um Fragen zum Teilnahmewettbewerb und zum weiteren Ablauf klären zu können. Darüber hinaus können hier auch Kontakte mit anderen am PPP-Projekt interessierten KMU geknüpft und ggf. im Rahmen einer Bietergemeinschaft (s.o.) ausgebaut werden.

#### **5.4.2 Einbindung als Nachunternehmer (2. Ebene)**

Um auf der zweiten Ebene an den Nachunternehmervergaben des privaten Partners beteiligt zu werden, bestehen im Wesentlichen zwei Einflussmöglichkeiten.

Zum einen sei hier die Notwendigkeit, sich über die anstehenden Bau- und Betreibermaßnahmen zu informieren, genannt. Hierzu können die Veröffentlichungen im EU-Amtsblatt<sup>16</sup> oder anderen Ausschreibungsdatenbanken sowie mögliche Informationsveranstaltungen der öffentlichen Auftraggeber genutzt werden.

Zum anderen sollten die ortsansässigen Betriebe so früh wie möglich zu dem vom öffentlichen Auftraggeber beauftragten privaten Partner Kontakt aufnehmen, um sich für entsprechende Nachunternehmerleistung zu bewerben.

### **5.5 Erfahrungen aus der Praxis**

Anhand von PPP-Projekten in Frechen Habbelrath, Bedburg und der Kreis Offenbach werden im Folgenden bisherige Erfahrungen im Hinblick auf die Einbindung von KMU dargestellt.

Bei den nachfolgenden Projekten handelt es sich um sog. „große“ PPP-Projekte.

In Frechen Habbelrath wurde der PPP-Partner verpflichtet mindestens 25 % der Bau- und Planungsleistungen an KMU zu vergeben. Tatsächlich wurden bei nahezu allen Leistungen KMU eingesetzt. Dabei gingen rund 20 % der Nachunternehmeraufträge an die ortsansässigen Firmen aus der Region.

Auch beim PPP-Projekt in Bedburg wurden wesentliche Nachunternehmerleistungen (Rohbau, Sanitär, Elektro) an die Firmen aus der Region vergeben, obwohl hier für den privaten Partner keine

---

<sup>16</sup> Zu erreichen über: [http://publications.eu.int/index\\_de.html](http://publications.eu.int/index_de.html) mit weiteren hilfreichen Verweisen.

diesbezügliche vertragliche Verpflichtung bestand. Hervorzuheben ist, dass bei diesem Projekt durch den privaten Partner eine Internetseite eingerichtet wurde, auf der über die Ausschreibung informiert wurde und über welche sich die interessierten Firmen um einen Nachunternehmereinsatz bewerben konnten.

Bei einem der größten PPP-Projekte im Kreis Offenbach war der Anteil von KMU – insbesondere aus der Region – höher als bei einer konventionellen Vergabe. Einer der Gründe für den Einsatz von ortsansässigen Betrieben lag hier sicherlich in der Vereinbarung von kurzen Reaktionszeiten während der Betriebsphase.

Die Erfahrung zeigt somit, dass selbst bei „großen“ PPPs die Einbindung von KMU bereits praktiziert wird, ohne dass seitens der öffentlichen Hand hierauf wesentlich hingewirkt wurde.

## **6 Fazit**

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass es viele spezielle Ansätze gibt, die in ihrer Summe ein Vorhaben, das den großen PPP-Eignungstest nicht bestanden hat, trotzdem im Rahmen einer PPP-Realisierung effizienter als die konventionelle Beschaffungsvariante gestalten können. Je mehr der aufgeführten Ansätze verwirklicht werden, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass die detaillierte Wirtschaftlichkeitsuntersuchung positiv ausfällt.

Es ist jedoch zu beachten, dass die o.g. Ansätze aus den bisherigen Erfahrungen mit großen PPP-Projekten hervorgingen und durch kommende Projekte erst noch bestätigt werden müssen.

Ferner ist gerade bei Kleinen PPPs eine stärkere Beteiligung von KMU möglich. Sowohl auf Seiten der öffentlichen Hand als auch auf Seiten der KMU bestehen hierfür zahlreiche Einflussmöglichkeiten.

Positive Erfahrungen aus der Praxis zeigen zudem, dass der Mittelstand bei der Realisierung von bisherigen PPP-Projekten vielfach beteiligt wird. Es kann davon ausgegangen werden, dass dies umso mehr bei Kleinen PPPs der Fall sein wird.

## 7 Anlage

### 7.1 Checkliste für die Kommune

Nr.	Ansatz	NEIN	JA
1	Komplexität des Projektes überschaubar halten und baunahe Dienstleistungen übertragen.		
2	Liegt bereits eine von der Kommune erstellte Vor- oder Entwurfsplanung oder sogar ein genehmigter Bauantrag vor?		
3	Ist die Kommune bereit, die gesamte Bauausführung auf den privaten Partner zu übertragen?		
4	Ist die Kommune bereit, unter bestimmten vertraglichen Rahmenbedingungen mit dem privaten Partner weiterhin Vertragspartner gegenüber dem Energieversorger zu bleiben?		
5	Besteht ein außergewöhnlich günstiger und qualitativ zufriedenstellender Gebäudereinigungsvertrag und die Bereitschaft bzw. Möglichkeit diesen im Rahmen einer PPP weiterzuführen?		
6	Besteht die Möglichkeit, Teile der Unterhaltsleistungen durch ehrenamtliche oder freiwillige Personenkreise der Kommune oder des Gebäudenutzers unentgeltlich erbringen zu lassen?		
7	Ist die Kommune bereit, Dienstleistungen (Hausmeister, Sekretariat etc.) wie bisher selbst wahrzunehmen?		
8	Stehen zur Durchführung des Ausschreibungs- und Vergabeverfahrens standardisierte Unterlagen (vor allem Verträge) und Verfahrensabläufe zur Verfügung?		
9	Besteht die Bereitschaft, die Ausschreibung, ggf. nur in Teilbereichen, eher input- statt outputspezifisch zu verfassen?		
10	Besteht die Bereitschaft, vorhandene Bestandsdokumentation und -bewertung den Bietern zur Verfügung zu stellen?		
11	Besteht die Bereitschaft, die Verbindlichkeit bzgl. Finanzierung erst auf der letzten Verfahrensstufe einzufordern?		
12	Kann das Inhabermodell gewählt werden?		
13	Besteht die Bereitschaft, statt eines Erbbaurechts oder eines Pachtvertrags lediglich einen schuldrechtlichen Projektvertrag abzuschließen?		

<b>14</b>	Ist eine Vertragslaufzeit zwischen 25 und 30 Jahren möglich?		
<b>15</b>	Können die anfänglichen Bau- oder Sanierungsleistungen unmittelbar nach Fertigstellung vollständig über Abschlagszahlungen oder eine Einmalzahlung durch die Kommune vergütet werden?		
<b>16</b>	Ist die Kommune bereit, den Risikotransfer auf den Privaten auf das Nötigste zu beschränken?		
<b>17</b>	Können Fördermittel oder Zuschüsse in die Finanzierung eingebunden werden?		
<b>18</b>	Besteht die Bereitschaft, als Finanzierungsmodell eine Forfaitierung mit Einredevorzicht zu wählen?		
<b>19</b>	Besteht die Bereitschaft, eine Vertragserfüllungsbürgschaft i.H.v. 5 % statt 10 % zu akzeptieren?		
<b>20</b>	Besteht die Bereitschaft, für die Betriebsphase auf Bürgschaften oder ähnlich teure Sicherheiten zu verzichten und ein gepfändetes oder aber ein durch die Kommune geführtes Instandhaltungskonto einzurichten?		
<b>21</b>	Besteht die Bereitschaft auf Bürgschaften oder ähnlich teure Sicherheiten für den Insolvenzfall während der Betriebsphase zu verzichten oder diese auf die ersten Jahre der Betriebsphase zu beschränken?		
<b>22</b>	Kommt eine Personalbeistellung in Frage?		

## 7.2 Checkliste zur Einbindung des Mittelstands

<b>Einflussmöglichkeiten der öffentlichen Hand</b>	
<b>Bereich</b>	<b>Ansatz</b>
<b>Teilnahmewettbewerb</b>	Erstellung eines Bietermemorandums
	Öffentliche Informationsveranstaltung
	Lange Bewerbungsfristen (50 bis 80 Tage)
	Zulassung von Bietergemeinschaften
	Differenzierte Prüfung von Referenzen
<b>Angebotsarbeitung</b>	Begrenzte Angebotsaufforderung
	Veröffentlichung der Bewertungsmatrix
	Vorgabe von Musterverträgen
	KMU als Wertungskriterium
	Angemessene Entschädigung
<b>Risikoallokation</b>	Vorgabe der Risikoallokation
<b>Finanzierung</b>	Finanzierungsmöglichkeiten offen lassen
	Keine Gesamtschuldnerschaft
<b>Nachunternehmereinsatz</b>	Vereinbarung von kurzen Reaktionszeiten

<b>Einflussmöglichkeiten der KMU</b>	
<b>Ebene</b>	<b>Ansatz</b>
<b>1. Ebene: Einsatz als privater Partner</b>	Bildung von Bietergemeinschaften
	Networking
	Teilnahme an evtl. öffentlichen Informationsveranstaltungen
<b>2. Ebene: Einsatz als Nachunternehmer</b>	Informationen einholen über anstehende Vorhaben (EU-Amtsblatt; Ausschreibungsdatenbanken)
	Frühzeitige Kontaktaufnahme zu den Unternehmen auf der 1. Ebene

### 7.3 Bisher erschienene Leitfäden der PPP-Task Force NRW

Die von PPP-Task Force erarbeiteten Leitfäden greifen die verschiedenen Aspekte und Fragestellungen im Zusammenhang mit PPP-Modellen auf und geben konkrete Handlungshinweise.

Der Leitfaden „**Organisationsmodelle**“<sup>17</sup> zeichnet die Gestaltung der Rechtsbeziehungen der Partner in einem PPP-Projekt auf und stellt Modelle und Finanzierungsformen vor.

Der Leitfaden „**Vergaberechtsleitfaden**“<sup>18</sup> beschreibt den Ablauf eines Vergabeverfahrens für PPP-Projekte im Hochbau.

Der Leitfaden „**Bestandsbeurteilung**“<sup>19</sup> erörtert einen in der Praxis bereits erprobten Vorschlag zum Thema Bestandsbeurteilung als Vorbereitung einer PPP-Ausschreibung.

Der Leitfaden „**Wirtschaftlichkeitsvergleich**“<sup>20</sup> gibt Handlungsanleitungen für die Durchführung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen für die Varianten des in öffentlicher Eigenregie durchgeführten Projekts und des in öffentlich-privater Partnerschaft durchgeführten PPP-Projekts.

Der Leitfaden „**Outputspezifikationen**“<sup>21</sup> erläutert die Abgrenzung der outputspezifischen Leistungsbeschreibung zu anderen Ausschreibungsverfahren und zeigt Beispiele anhand von Schulprojekten. Outputspezifikationen beschreiben WAS erreicht werden soll und nicht WIE es erreicht werden soll.

Im Handlungsleitfaden „**Finanzierung**“<sup>22</sup> werden finanzierungsrelevante Aspekte bei der Strukturierung von PPP-Projekten dargestellt.

---

<sup>17</sup> Vgl. Public Private Partnership im Hochbau, Organisationsmodelle, Finanzministerium NRW, 2003

<sup>18</sup> Vgl. Public Private Partnership im Hochbau, Vergaberechtsleitfaden, Finanzministerium NRW, 2003

<sup>19</sup> Vgl. Public Private Partnership im Hochbau, Bestandsbeurteilung, Finanzministerium NRW, Januar 2004

<sup>20</sup> Vgl. Public Private Partnership im Hochbau, Wirtschaftlichkeitsvergleich, Finanzministerium NRW, November 2003

<sup>21</sup> Vgl. Public Private Partnership im Hochbau, Outputspezifikationen, Finanzministerium NRW, Oktober 2003

<sup>22</sup> Vgl. Public Private Partnership im Hochbau, Handlungsleitfaden Finanzierung, Finanzministerium NRW, 2004

Anhand des Leitfadens **„Erste Schritte: Der PPP-Eignungstest“**<sup>23</sup> können die Projektverantwortlichen in der Vorbereitungsphase eine PPP-Eignungsprüfung durchführen, da sich nicht jedes Vorhaben als PPP-Modell eignet. Dem Eignungstest liegt dabei eine sog. große PPP – Investitionsvolumen von über 7,5 Mio. €– zugrunde.

Der Leitfaden **„Erste Schritte: Projektorganisation“**<sup>24</sup> gibt den Projektverantwortlichen Hilfestellung bei wesentlichen Entscheidungspunkten im Vorfeld einer Projektinitiierung. Außerdem werden Hinweise zu der Projektorganisation und den Beratungsnotwendigkeiten gegeben.

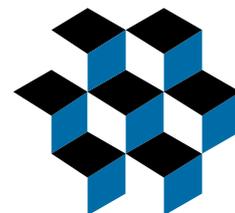
Im Leitfaden **„Vertragsrechtliche Aspekte“**<sup>25</sup> werden wesentliche Regelungspunkte eines Projektvertrages zwischen der Kommune und der Projektgesellschaft am Beispiel eines Schulprojekts dargestellt. Darin wird ein erheblicher Beitrag zur Standardisierung von PPP-Projekten geleistet.

---

<sup>23</sup> Vgl. Public Private Partnership im Hochbau, Erste Schritte: Der PPP-Eignungstest, Finanzministerium NRW, 2004

<sup>24</sup> Vgl. Public Private Partnership im Hochbau, Erste Schritte: Projektauswahl, -organisation und Beratungsnotwendigkeit, Finanzministerium NRW, April 2005

<sup>25</sup> Vgl. Public Private Partnership im Hochbau, Vertragsrechtliche Aspekte am Beispiel von PPP-Schulprojekten, Finanzministerium NRW, November 2005



ZENTRALVERBAND  
DEUTSCHES  
BAUWERBE ZDB

**Positionspapier des  
Zentralverbandes des Deutschen Baugewerbes e. V. (ZDB)  
zur mittelstandsgerechten Fortentwicklung der Rahmenbedingungen für PPP  
anlässlich der Beratungen für ein PPP-Vereinfachungsgesetz**

3. Mai 2006

---

PPP-Projekte nehmen bei der Durchführung von Bau- und sonstigen Infrastrukturmaßnahmen der öffentlichen Hand einen immer größeren Anteil ein. Aus diesem Trend ergeben sich für die innovative mittelständische Bauwirtschaft Chancen. Allerdings hat sich gerade auch in der jüngeren Vergangenheit gezeigt, dass öffentliche Auftraggeber dazu tendieren, PPP-Vorhaben in Größenordnungen zu vergeben, die eine Beteiligung mittelständischer Unternehmen selbst in Bietergemeinschaften ausschließen.

Diese Entwicklung verkennt die Struktur der Bauwirtschaft in Deutschland: von rund 76.600 Betrieben des Bauhauptgewerbes haben nur rund 230 Betriebe mehr als 200 Beschäftigte, rund 68.000 Betriebe beschäftigen hingegen unter 20 Arbeitnehmer.

Das Deutsche Baugewerbe nimmt daher die Beratungen eines PPP-Vereinfachungsgesetzes zum Anlass, die Fortentwicklung der Rahmenbedingungen für PPP-Vorhaben unter besonderer Berücksichtigung der mittelständischen Struktur der deutschen Bauwirtschaft anzumahnen.

In folgenden Bereichen sieht das Deutsche Baugewerbe derzeit Handlungsbedarf, um die Rahmenbedingungen für PPP-Projekte zu verbessern:

## 1. Finanzierung

Die von den baugewerblichen Unternehmen in der Vergangenheit realisierten PPP-Projekte - darunter auch die sog. "echten", d.h. sämtliche Phasen des Lebenszyklus umfassenden - haben ein Investitionsvolumen von durchschnittlich deutlich unter 10 Mio. Euro. Hierunter befinden sich etwa Bau und Betrieb einer Kläranlage mit einem Gesamtinvestitionsvolumen von 5,6 Mio. Euro sowie Bau und Betrieb eines Schwimmbades mit einem Gesamtinvestitionsvolumen von nur 200.000 Euro.

Ein Großteil der durchgeführten Projekte wurde mittels einer Forfaitierungslösung finanziert. Diese Art der Finanzierung darf bei der weiteren Entwicklung des PPP-Marktes in Deutschland keinesfalls ins Hintertreffen geraten.

Bei der Lösung der Frage, wie internationale Finanzströme in den deutschen PPP-Markt eingespeist werden können, ist zu berücksichtigen, dass mittelständische Bauunternehmen sich - wie bereits erklärt - i.d.R. nur um kleinvolumigere Projekte werden erfolgreich bewerben können. Mittelstandsgerecht ist daher ein Ansatz, der eine Aufspaltung größerer ausländischer Finanzströme durch inländische Förderbanken sowie die Verteilung der Gelder auf mehrere Projekte vorsieht.

### **Position des Deutschen Baugewerbes:**

Forfaitierung und Projektfinanzierung sind als grundsätzlich gleichwertige Finanzierungsalternativen zu begreifen und je nach Eignung für das einzelne Projekt zum Einsatz zu bringen. Bei der Verwendung größerer Finanzströme sind Verteilungslösungen umzusetzen.

## 2. Steuerrecht

Steuern stellen in der Kalkulation eines PPP-Projektes einen Kostenfaktor dar. Die Kenntnis um Umfang und Entstehungszeitpunkt von Steuern ist daher für eine zutreffende Projektkalkulation unerlässlich. Gerade mittelständische Unternehmen, die i.d.R. keine eigene Steuerabteilung unterhalten, sind daher auf eindeutige gesetzliche Regelungen und insbesondere auch auf eine einheitliche und eindeutige Verwaltungspraxis angewiesen. Die föderale Verwaltungsstruktur in Deutschland ist hier ausgesprochen hinderlich. I.d.R. geht die Klärung von Zweifelsfragen nur zögerlich vonstatten. Eine ständige Kommission der Steuerreferenten von Bund und Ländern zur Klärung von Zweifelsfragen wäre daher empfehlenswert.

Großen Einfluss auf den Umfang der benötigten Finanzierung hat der Zeitpunkt des Anfalles der Umsatzsteuer. Fällt diese nämlich, wie dies etwa für die A-Modelle in dem einschlägigen BMF-Schreiben vom 3. Februar 2005 geregelt ist, bereits mit Fertigstellung der Bauleistung an, hat der Unternehmer bereits zu diesem Zeitpunkt den vollen Umsatzsteuerbetrag zu leisten, während die Refinanzierung erst im Nachhinein über die vom Auftraggeber regelmäßig zu zahlenden Raten erfolgt. Gerade für mittelständische Unternehmen bedeutet der so entstehende zusätzliche Finanzierungsbedarf eine erhöhte Belastung. Diese Problematik kann dadurch gelöst werden, dass PPP-Verträge, sofern bestimmte Anforderungen an ihre inhaltliche Ausgestaltung erfüllt sind, als einheitliche Verträge mit der Folge eingestuft werden, dass Zeit-

punkt der Leistungsausführung im umsatzsteuerlichen Sinne der Zeitpunkt der Vertragsbeendigung ist.

#### **Position des Deutschen Baugewerbes:**

Eine ständige Kommission der Steuerreferenten von Bund und Ländern zur Klärung von PPP-relevanten Zweifelsfragen ist sinnvoll. Das Problem des Zeitpunkts des Umsatzsteueranfalles ist im Sinne der Unternehmer zu lösen.

### **3. Vergaberecht**

Durch die bereits beschriebene Zusammenfassung kleinerer Lose zu Großpaketen in der Ausschreibung werden Projekte in einer Größenordnung angesiedelt, die es einem mittelständischen Unternehmen schon unter Finanzierungsgesichtspunkten nicht erlaubt, an dem Verfahren teilzunehmen. Dieser Praxis liegt zumeist die Beauftragung großer Beratungsunternehmen zu Grunde, die schon allein wegen der durch sie verursachten enormen Transaktionskosten ein vitales Interesse an möglichst hohen Auftragswerten haben.

In einigen Fällen wurden bei der Vergabe von PPP-Projekten im Rahmen der Eignungsprüfung oft überzogene Anforderungen an die Bieter gestellt. So wird häufig eine bestimmte Eigenkapitalausstattung der Bieter verlangt, die mittelständische Bauunternehmen i.d.R. nicht aufweisen. Hinzu kommt die Verpflichtung, spezifische PPP-Referenzen nachzuweisen. Die bislang ausgeschriebenen Betreiberprojekte im sog. "A-Modell" stellen insofern besonders mittelstandsfeindliche Beispiele dar. Mittelständische Unternehmen haben hier bislang bei keinem der Vergabeverfahren eine realistische Chance gesehen, allein oder in Mittelstandskonsortien erfolgreich zu bieten.

Die zuvor geschilderten Verwerfungen bei der mittelstandsgerechten Realisierung von PPP-Projekten beruhen jedoch nicht auf Hemmnissen im Vergaberecht, sondern resultieren allein aus einer fehlerhaften Anwendung des vergaberechtlichen Regelwerks. Die vergaberechtlichen Rahmenbedingungen für PPP-Projekte sind bereits mit dem sog. ÖPP-Beschleunigungsgesetz vom September 2005 entscheidend verbessert worden.

Die mittelständische Bauwirtschaft sieht daher keinen Handlungsbedarf für Korrekturen des vergaberechtlichen Rahmens im Zusammenhang mit der Realisierung von PPP-Projekten.

Sofern vereinzelt Forderungen nach weiteren Änderungen im Vergaberecht erhoben werden, sollte folgender Umstand berücksichtigt werden:

#### **a) Wettbewerblicher Dialog**

Der wettbewerbliche Dialog ist mittlerweile umfassend im deutschen Vergaberecht umgesetzt worden.

Der für die VOB/A zuständige Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) hat die mit dem ÖPP-Beschleunigungsgesetz geschaffenen Regelungen des wettbewerblichen Dialogs in die VOB/A integriert. Der DVA hat Ende Februar 2006 einstimmig diese Regelungen zum wettbewerblichen Dialog verabschiedet. Die VOB/A wird Anfang Mai 2006 im Bundesanzeiger veröffentlicht werden und sodann nach einer Änderung der Vergabeverordnung voraussichtlich Ende Juni 2006 in Kraft treten.

Damit ist in Deutschland der Rechtsrahmen zur Anwendung des wettbewerblichen Dialogs, insbesondere auch für PPP-Vorhaben, europarechtskonform, umfassend und praxisgerecht geregelt.

#### **Position des Deutschen Baugewerbes:**

Der wettbewerbliche Dialog ist in GWB und VOB europarechtskonform geregelt und steht zur Anwendung bei der Vergabe von PPP-Projekten zur Anwendung bereit. Ergänzende Regelungen zum wettbewerblichen Dialog sind nicht erforderlich.

#### **b) PPP-Vergaberecht im bestehenden System erarbeiten**

Das Vergaberecht soll, so die Aussagen im Koalitionsvertrag, im Rahmen des bestehenden Systems novelliert werden. Wörtlich heißt es im Koalitionsvertrag: "Die für große Projekte entwickelten EU-Vorschriften sollen nur für Großprojekte angewendet werden, um nicht die für den Mittelstand wichtige Vielzahl der kleineren Investitionen zu blockieren. VOB und VOL sichern der öffentlichen Hand eine wirtschaftliche und sparsame Beschaffung. Deshalb muss eine auf qualitative Aspekte abzielende und mittelstandsgerechte Vereinfachung des Vergaberechts unter Aufrechterhaltung der VOB erfolgen."

Das deutsche Vergaberecht ist dreistufig im sog. Kaskadenprinzip aufgebaut. Im GWB finden sich die wesentlichen, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beachtenden Grundsätze sowie die Regelungen zum vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren. Die Vergabeverordnung (VgV) dient maßgeblich als Scharnier zwischen GWB und Vertragsordnungen (VOB/VOL/VOF). Die materiellen Regelungen zum Vergabeverfahren treffen VOB, VOL und VOF. Wie bereits zuvor erwähnt, werden diese Vertragsordnungen in paritätisch von Auftraggebern (Bund, Ländern und Kommunen) und Auftragnehmern ( anbietende Wirtschaft) besetzten Fachgremien, wie z.B. dem DVA, erarbeitet. Diese Form der Regelsetzung durch die beteiligten Fachleute ist eine seit Jahrzehnten gelebte Form der Entbürokratisierung, die jeweils sachgerechte Ergebnisse gewährleistet.

Auch in Ansehung der vorerwähnten Aussagen des Koalitionsvertrages empfiehlt es sich daher, das Vergaberecht im bestehenden System, d.h. insbesondere in den Vergabe- und Vertragsausschüssen, fortzuentwickeln.

Hierbei wird aus Sicht des Deutschen Baugewerbes ein Hauptaugenmerk auf einer mittelstandsgerechten Ausgestaltung des Vergaberechts liegen müssen.

Es sollten daher nur diejenigen Regeln des Europäischen Vergaberechts in nationales Recht umgesetzt werden, die zwingendes europäisches Recht darstellen. Das europäische Vergaberecht enthält zahlreiche Vorschriften, deren Einleitung für die Bieter

oftmals mit einem erheblichen bürokratischen Aufwand verbunden ist. Gerade für mittelständische Bauunternehmen stellen diese Regelungen i.d.R. große Hürden bei der Bewerbung um öffentliche Aufträge dar. Zudem haben die Beratungen des EU-Legislativpaketes zur Überarbeitung der europäischen Vergaberichtlinien auf europäischer Ebene gezeigt, dass ein verstärkter Trend zur Aufnahme sog. vergabefremder Aspekte in das Vergaberecht zu verzeichnen ist. Diese bringen durchweg einen zusätzlichen bürokratischen Aufwand für alle am Verfahren beteiligten mit sich.

Mit dem sog. "Sofortpaket" zur Anpassung der VOB/A an zwingende Änderungen an das EU-Legislativpaket und das ÖPP-Beschleunigungsgesetz, das in Kürze in Kraft treten wird, hat der DVA gezeigt, dass die vergaberechtlichen Rahmenbedingungen auch für PPP-Vorhaben europarechtskonform gestaltet werden können. Zugleich konnte jedoch sichergestellt werden, dass nicht durch darüber hinaus gehende Regelungen neue bürokratische Lasten für die mittelständische Wirtschaft geschaffen wurden.

#### **Position des Deutschen Baugewerbes:**

Nur zwingendes europäisches Recht sollte in deutsches Recht umgesetzt werden. Hierdurch kann in der VOB sichergestellt werden, dass die vergaberechtlichen Rahmenbedingungen auch für PPP-Vorhaben europarechtskonform gestaltet werden.

#### **c) Keine 1:1 Übernahme des europäischen Vergaberechts im "Unterschwellenbereich"**

Mehr als 98 % aller Bauvergaben in Deutschland liegen im "Unterschwellenbereich" (Bau: 5 Mio. Euro Auftragswert), unterfallen also nur dem Anwendungsbereich der sog. Basisparagraphen der VOB/A. Fast 75 % aller Vergaben bewegen sich sogar unterhalb eines Auftragswertes von 10.000 Euro. Europäisches Vergaberecht kommt hier, mit Ausnahme der zu beachtenden Grundsätze des EG-Vertrages, nicht zur Anwendung.

Die 1:1-Übernahme von europäischen Regeln in den Unterschwellenbereich lehnt das Deutsche Baugewerbe ab, da hierbei durchweg Regelungen, die mit erheblichem bürokratischen Aufwand verbunden sind, übernommen würden. Dies hätte für die mittelständisch geprägte deutsche Bauwirtschaft massive zusätzlich Belastungen zur Folge. Im Ergebnis könnte dies dazu führen, dass gerade der für die mittelständischen Bauunternehmen besonders bedeutende Bereich der Vergabe kommunaler Aufträge für diese verloren geht.

Das Deutsche Baugewerbe spricht sich daher dafür aus, die Regeln zur Vergabe von Aufträgen unterhalb der europäischen Schwellenwerte zukünftig unabhängig von den Regeln zu europaweit auszuschreibenden Bauvorhaben autonom zu gestalten. Gerade im Unterschwellenbereich besteht die Möglichkeit, mittels gesonderter Bestimmungen die Vergabe von Aufträgen für alle Beteiligten anwenderfreundlich zu regeln. Eine Erstreckung der nur für europaweite Vergaben oberhalb der Schwellenwerte einschlägigen Regelungen des GWB bzw. der VgV auf den Unterschwellenbereich würde dem entgegenstehen und das Vergaberecht komplizieren.

Das Deutsche Vergaberecht ist gekennzeichnet durch transparente, die Gleichbehandlung der Bieter gewährleistende Vergabeverfahren. Dem Erfordernis des fairen und transparenten Wettbewerbs wird insbesondere die Vergabe mittels öffentlicher Ausschreibung bzw. offenem Verfahren gerecht. Nicht ohne Grund wird die VOB auch als "Bollwerk gegen Korruption" bezeichnet. Es gilt daher aus Sicht des Deutschen Baugewerbes, den grundsätzlichen Vorgang der öffentlichen Ausschreibung zu erhalten.

Die Frage der Anwendung des grundsätzlichen Vorrangs der öffentlichen Ausschreibung im Vergaberecht steht in keiner Verbindung zur Realisierung von PPP-Projekten. Sämtliche PPP-Projekte der Vergangenheit konnten durchweg entweder im Wege des Verhandlungsverfahrens oder seit Herbst vergangenen Jahres im wettbewerblichen Dialog vergeben werden. Eine Vergabe mittels nicht offenem Verfahren oder offenen Verfahren scheidet durchweg aus. Kein PPP-Projekt ist daran gescheitert, dass ein öffentlicher Auftraggeber nicht in der Lage gewesen wäre, dieses im Verhandlungsverfahren oder im wettbewerblichen Dialog zu vergeben.

#### **Position des Deutschen Baugewerbes:**

Die 1:1-Übernahme europäischer Regeln in den Unterschwellenbereich muss unterbleiben, da hierbei Regelungen, die mit erheblichem bürokratischem Aufwand verbunden sind, übernommen würden.

#### **Fazit:**

Das Deutsche Baugewerbe spricht sich für eine Konzentration der Beratungen für ein PPP-Vereinfachungsgesetz auf die Restanten des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes, insbesondere in den Bereichen Finanzierung und Steuerrecht, aus.

Die vergaberechtlichen Rahmenbedingungen für PPP-Projekte sind im GWB, der VgV und der VOB/A umfassend geregelt.

Bedarf, das Vergaberecht im Hinblick auf die Realisierung von PPP-Projekten erneut anzupassen, besteht derzeit nicht.

## **Eckpunkte des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie für ein PPP-Vereinfachungsgesetz**

### **I. Vorbemerkungen**

Öffentlich-Private Partnerschaften haben in Deutschland im Hochbau den Durchbruch geschafft. 24 „echte“ PPP-Hochbauprojekte – also mit Einbeziehung der Unterhaltungs- und Betriebsphase – sind inzwischen vergeben. Mehr als 100 weitere PPP-Hochbauprojekte mit einem Investitionsvolumen von 6,3 Mrd. Euro befinden sich in der Vorbereitung bzw. in der Ausschreibung.

Öffentlich-Private Partnerschaften gewinnen auch für den Verkehrswegebau an Bedeutung: Die ersten vier Betreiberprojekte nach dem privatwirtschaftlichen Ausbauprogramm der Bundesregierung für die Bundesautobahnen (A-Modell) sind 2005 auf den Markt gekommen. Ein erster Zuschlag soll noch im Jahre 2006 erfolgen.

Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz aus dem Sommer 2005 hat wesentlich dazu beigetragen, dass Öffentlich-Private Partnerschaften inzwischen insbesondere im öffentlichen Hochbau auf dem Wege sind, eine „ganz normale“ Beschaffungsvariante zu werden. Die deutsche Bauindustrie verspricht sich vom geplanten PPP-Vereinfachungsgesetz, dass weitere PPP-Stolpersteine aus dem Weg geräumt werden und der PPP-Prozess auf weitere Infrastrukturbereiche ausgedehnt wird.

## II. Schwerpunkte des PPP-Vereinfachungsgesetzes

### 1. Schwerpunkt Finanzierung

- **Hemmnisse im Investmentrecht**

Der beschränkte Anlagekatalog für offene Immobilienfonds im Investmentgesetz (InvG) behindert die Mobilisierung zusätzlichen Eigenkapitals für die Finanzierung von PPP-Projekten.

Empfehlung der Deutschen Bauindustrie:

- Erweiterung des Anlagekataloges im § 67 InvG um Beimischungen von ÖPP-Projektgesellschaften sowie von Beteiligungen an ÖPP-Projektgesellschaften bis zu einem begrenzten Anteil des Wertes des Sondervermögens
- Einführung von PPP-Infrastrukturfonds in das Investmentgesetz, z.B. in Form der Investmentaktiengesellschaft mit fixem Kapital

- **Hemmnisse bei der Einbindung von Finanzinvestoren**

Finanzinvestoren treffen in Deutschland auf einen PPP-Markt, der im Hochbau eher von kleineren Projekten geprägt ist: Für die ersten 24 „echten“ PPP-Projekte errechnet sich ein durchschnittliches Investitionsvolumen von 23 Mio. Euro.

Insbesondere für internationale Finanzinvestoren ist eine Beteiligung an Projekten dieser Größenordnung jedoch zur Zeit nur wenig attraktiv.

Anlagesuchendes Kapital droht deshalb – trotz eines grundsätzlichen Interesses an deutschen PPP-Projekten – an Deutschland vorbeizufließen.

Empfehlung der Deutschen Bauindustrie:

- Einschaltung der Förderbanken als Intermediäre zwischen Projektgesellschaften und Kapitalgebern mit dem Auftrag, das Problem der Größentransformation zu lösen – und zwar durch Bündelung kleinerer Projekte (Fondslösung) oder Aufnahme, Zerlegung und Einspeisung großer internationaler Kapitaltranchen in den deutschen PPP-Markt

## 2. Schwerpunkt: Steuerrecht

- **Allgemeine Hemmnisse**

PPP-Projekte werfen vorerst noch viele steuerliche Zweifelsfragen auf.

Empfehlung der Deutschen Bauindustrie:

→ Einrichtung einer ständigen PPP-Prüfkommission von Bund und Ländern für steuerliche Zweifelsfragen

- **Hemmnisse bei der Grund- und Grunderwerbsteuer**

Bestimmte PPP-Vertragsmodelle werden weiterhin bei Grund- und Grunderwerbsteuer im Vergleich zur herkömmlichen Beschaffungsvariante benachteiligt:

- **Grunderwerbsteuer:** Die Steuerbefreiung ist an den Erwerb und die Rückübertragung vom bzw. an den öffentlichen Auftraggeber gekoppelt.
- **Grundsteuer:** Die Steuerbefreiung ist an die Rückübertragung an den öffentlichen Auftraggeber gebunden.

Empfehlung der Deutschen Bauindustrie:

→ Beseitigung durch eine vertragsmodellneutrale Gestaltung der Grund- und Grunderwerbsteuerbefreiung für PPP-Projekte

- **Hemmnisse bei der Umsatzsteuer**

Die umsatzsteuerliche Diskriminierung von PPP-Projekten im Vergleich zur herkömmlichen Beschaffungsvariante besteht fort.

Empfehlung der Deutschen Bauindustrie:

→ Weiterverfolgung des Tax Refund Systems

→ Einrichtung eines Sondertopfes zum Ausgleich umsatzsteuerlich bedingter Mehrausgaben der öffentlichen Auftraggeber / Alternativ: Neutralisierung der Steuereffekte beim Wirtschaftlichkeitsvergleich

### 3. Schwerpunkt: Zuwendungs-, Vergabe- und Haushaltsrecht

- **Hemmnisse im Zuwendungsrecht**

Die Verwendbarkeit von Fördermitteln für PPP-Projekte ist, z.B. auf investive Maßnahmen oder Bindung an Eigentum beim Förderempfänger, beschränkt.

Empfehlung der Deutschen Bauindustrie:

→ Beseitigung durch für alle Beschaffungsvarianten und Vertragsmodelle offene Gestaltung der Förderrichtlinien

- **Hemmnisse im Vergaberecht (Restanten aus erstem ÖPP-Beschleunigungsgesetz)**

Die Änderung von Bietergemeinschaften während des Vergabeverfahrens führt unter derzeitiger Rechtslage zur erneuten Ausschreibung.

Der Umfang der Vorabinformation ausgeschiedener Bieter ist im Verhältnis zu hohen Angebotskosten unzureichend.

Empfehlung der Deutschen Bauindustrie:

→ Klarstellungen in der Vergabeverordnung bzw. im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

- **Präzisierung des wettbewerblichen Dialogs als neues Vergabeverfahren**

Mit dem ÖPP-Beschleunigungsgesetz wurden wichtige Bestimmungen der europäischen Richtlinie 2004/18/EG zur Bekanntmachung und Vergabe öffentlicher Aufträge in deutsches Recht übernommen.

Im Zuge des geplanten PPP-Vereinfachungsgesetzes empfiehlt es sich, weitere Bestimmungen der Richtlinie 2004/18/EG in deutsches Recht zu übernehmen. Dies dient der weiteren Deregulierung und erhöht die Rechtssicherheit für Auftraggeber und Unternehmen.

Empfehlung der Deutschen Bauindustrie:

→ Freie Wahl zwischen offenem und nicht offenem Verfahren!

→ Freie Wahl der Vergabeart für Konzessionen!

→ Definition für Dienstleistungskonzession ins GWB aufnehmen!

- Definition des Bauauftrages vervollständigen!
- Abgrenzung von Bau- und Dienstleistungsaufträgen klären!
- Einheitliche Vergabegrundsätze für alle PPP!
- Definition des wettbewerblichen Dialogs klarstellen!
- Anwendungsbereich des wettbewerblichen Dialogs präzisieren!
- Beschreibung rechtzeitig zur Verfügung stellen!
- Regeln für Teilnahmewettbewerb aufnehmen!
- Vertraulichkeit von Lösungsvorschlägen schützen!
- Ausgeschiedene Teilnehmer unverzüglich und begründet informieren!
- Ausreichende Zahl an Lösungen!
- Kein „Rosinenpicken“!
- Keine Wettbewerbsverzerrungen!
- Regeln des Verhandlungsverfahrens präzisieren!
- Eignungsanforderungen formulieren!

Einzelbegründungen sind der **Anlage 1** zu entnehmen.

#### **4. Sektorale Schwerpunkte: Krankenhaus- und Hochschulbau**

- **Hemmnisse in der Krankenhausfinanzierung**

Die Förderung von PPP-Projekten im Rahmen des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (§ 9 KHG) ist auf Investitionskosten beschränkt.

*Empfehlung der Deutschen Bauindustrie:*

- Ermächtigung der Länder zur Förderung der Einrichtungen in Form von pauschalen Beträgen, mit denen die Einrichtungen dann jeweils frei wirtschaften können

- **Hemmnisse durch dualistische Finanzierung im Krankenhausbereich**

Investitionskosten von Krankenhäusern werden durch Länder und Krankenkassen (nicht-universitäre Krankenhäuser) oder Bund und Länder (Universitätskliniken), Betriebskosten jedoch allein von den Krankenkassen finanziert. Die dualistische Finanzierung von Krankenhäusern behindert die Durchführung von PPP-Lebenszyklusprojekten.

Empfehlung der Deutschen Bauindustrie:

→ Schaffung der Möglichkeit zur Vergütung von Investitionskosten im Rahmen der Krankenkassenzahlungen an die Krankenhäuser

- **Hemmnisse in der Hochschulfinanzierung**

Die Anwendung der Bundesfinanzhilfen für PPP-Projekte ist derzeit auf Investitionskosten beschränkt. PPP-Lebenszyklusmodelle sind nicht umsetzbar.

Empfehlung der Deutschen Bauindustrie:

→ Pauschale Vergabe der Bundesfinanzhilfen an die Länder zur selbständigen Verwendung im Rahmen der Zweckbindung Hochschulbau

→ Verteilung der Pauschalen nach vorgegebenem Schlüssel, z.B. Studentenzahl

## 5. Sektoraler Schwerpunkt: Verkehr

Die Potentiale des privatwirtschaftlichen Ansatzes im Bundesfernstraßenbau sind in der Bundesrepublik Deutschland bislang nur begrenzt über A- und F-Modelle ausgeschöpft worden. Die deutsche Bauindustrie regt an, die Anwendungsmöglichkeiten des F- und des A-Modells zu erweitern und weitere Modellvarianten in die Erprobung einzubeziehen.

Empfehlung der Deutschen Bauindustrie:

→ Erweiterung des Anwendungsbereichs des Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetzes auf den Neu- und Ausbau, die Erhaltung und den Betrieb von Autobahnstrecken und Autobahnteilnetzen

→ Erweiterung des A-Modells auf Betrieb, Erhaltung und Neubau

→ Erprobung des PPP-Verfügbarkeitskonzepts in der Erhaltung und im Betrieb von BAB-Teilnetzen

Die Verkehrsinfrastrukturfinanzierungsgesellschaft (VIFG) sollte gestärkt werden.

Empfehlung der Deutschen Bauindustrie:

- Direkte Zuleitung der Mauteinnahmen an die VIFG (Änderung § 11 ABMG)
- Ausstattung der VIFG mit einem eigenen Recht zur Kreditaufnahme (Ergänzung des VIFG-Gesetzes)

## PPP-Vereinfachungsgesetz

### Vorschläge zum Vergaberecht

Stand : 30. März 2006

#### Grundsätzlich

Mit dem ÖPP-Beschleunigungsgesetz wurden wichtige Bestimmungen der europäischen Richtlinie 2004/18/EG zur Bekanntmachung und Vergabe öffentlicher Aufträge in deutsches Recht übernommen.

Im Zuge des geplanten PPP-Vereinfachungsgesetzes empfiehlt es sich, weitere Bestimmungen in deutsches Recht zu übernehmen. Dies dient der weiteren Deregulierung und erhöht die Rechtssicherheit für Auftraggeber und Unternehmen.

#### **Vorschlag 1 : Freie Wahl zwischen offenem und nicht offenem Verfahren!**

§ 101 Absatz 6 Satz 1 GWB erhält folgende Fassung :

- (6) *Öffentliche Auftraggeber haben das offene oder das nicht offene Verfahren anzuwenden, es sei denn, auf Grund dieses Gesetzes ist etwas anderes gestattet.*

#### **Begründung :**

Nicht alle Aufträge für öffentlich-private Partnerschaften dürfen im wettbewerblichen Dialog oder im Verhandlungsverfahren vergeben werden. Bislang war streitig, ob der Auftraggeber in diesen Fällen das offene Verfahren anwenden muss oder – ausnahmsweise – das nicht offene Verfahren anwenden darf.

Die Allgemeine Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG bestimmt, dass Auftraggeber zwischen dem offenen und dem nicht offenen Verfahren frei wählen dürfen (Artikel 28). Im Interesse der Deregulierung und Rechtssicherheit sollte diese Regel in das deutsche Recht übernommen werden.

#### **Vorschlag 2 : Freie Wahl der Vergabeart für Konzessionen!**

§ 101 Absatz 6 Satz 2 GWB erhält folgende Fassung :

- (6) *... Vorbehaltlich besonderer Bestimmungen über die Bekanntmachung stehen Auftraggebern, die Bau- oder Dienstleistungskonzessionen vergeben sowie Auftraggebern, die nur unter § 98 Nummer 4 fallen, nach ihrer Wahl das offene Verfahren, das nicht offene Verfahren, der wettbewerbliche Dialog oder das Verhandlungsverfahren zur Verfügung.*

#### **Begründung :**

Öffentlich-private Partnerschaften werden häufig als Bau- oder Dienstleistungskonzession vergeben. Das europäische Recht verlangt in diesen Fällen einen effektiven Wettbewerb

unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz, Publizität und Nichtdiskriminierung sowie einer objektiven Nachprüfbarkeit. Abgesehen von einigen Vorgaben der Allgemeinen Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG zur Bekanntmachung erlaubt das europäische Recht Auftraggebern, die Vergabeart für Bau- oder Dienstleistungskonzessionen zu wählen. Im Interesse der Deregulierung und der Rechtssicherheit empfiehlt es sich, diese Klarstellung in deutsches Recht zu übernehmen.

**Vorschlag 3 : Definition für Dienstleistungskonzession ins GWB aufnehmen!**

Als § 98 Nummer 8 (neu) GWB wird eingefügt :

8. *natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die mit Stellen, die unter Nummer 1 bis 3 fallen, einen Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen abgeschlossen haben, bei dem die Gegenleistung für die Dienstleistung statt in einer Vergütung in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung, ggf. zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht, hinsichtlich der Aufträge an Dritte (Dienstleistungskonzession).*

**Begründung :**

Einige öffentlich-private Partnerschaften werden als Dienstleistungskonzession vergeben. Im deutschen Recht sind Dienstleistungskonzessionen bislang nicht definiert. Es empfiehlt sich daher, die Definition aus der Allgemeinen Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG zu übernehmen (Artikel 1 Absatz 4) und an die vergleichbare GWB-Regelung für Baukonzessionen anzupassen (§ 98 Nummer 7).

**Vorschlag 4 : Definition des Bauauftrages vervollständigen!**

§ 99 Absatz 3 erhält folgende Fassung :

- (3) *Baufträge sind Verträge entweder über Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen, einschließlich Erschließungs-, Bauträger, Mietkauf- oder Leasingvertrag.*

**Begründung :**

Für öffentlich-private Partnerschaften ist hilfreich, den Begriff Bauauftrag möglichst genau zu bestimmen.

**Vorschlag 5 : Abgrenzung von Bau- und Dienstleistungsaufträgen klären!**

Als § 99 Absatz 6 Satz 3 (neu) GWB wird eingefügt :

- (6) *... Nebenarbeiten liegen nicht vor, wenn der Wert der Bauleistungen mindestens ein Fünftel der Gesamtleistung ausmacht.*

**Begründung :**

Für öffentlich-private Partnerschaften ist wichtig, die richtige Art des Vertrages auszuschreiben. Dabei richtet sich die Abgrenzung zwischen Bau- und Dienstleistungsaufträgen danach, ob die Bauleistungen „Nebenarbeiten“ sind. Im Interesse einer einfachen, praktikablen und einheitlichen Abgrenzung empfiehlt es sich, den Begriff „Nebenarbeiten“ zu konkretisieren.

**Vorschlag 6 : Einheitliche Vergabegrundsätze für alle PPP!**

**§ 100 Absatz 1 GWB** erhält folgende Fassung :

- (1) *Die Abschnitte 2 und 3 dieses Teils gelten nur für Aufträge, welche die Auftragswerte erreichen oder überschreiten, die durch Rechtsverordnung nach § 127 festgelegt sind (Schwellenwerte).*

**Begründung :**

Unabhängig von „Schwellenwerten“ gelten die allgemeinen Vergabegrundsätze des EG-Vertrags für alle öffentlich-privaten Partnerschaften. Dem entsprechend sollten die allgemeinen Vergabegrundsätze des GWB, d.h. Abschnitt 1 des Vierten Teils, im Interesse eines transparenten und fairen Vergabeverfahrens allgemein gelten. Dies fördert die Rechtseinheit und dient der Rechtssicherheit. Eine Anknüpfung an „Schwellenwerte“ empfiehlt sich allenfalls für die Pflicht zur europaweiten Bekanntmachung sowie für den besonderen Vergaberechtschutz (Abschnitte 2 und 3).

**Vorschlag 7 : Definition des wettbewerblichen Dialogs klarstellen!**

**§ 101 Absatz 5 GWB** erhält folgende Fassung :

- (5) *Der wettbewerbliche Dialog ist ein Verfahren, bei dem nach öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme der Auftraggeber einen Dialog mit ausgewählten Teilnehmern führt, die den Bedürfnissen des Auftraggebers entsprechende Lösungsvorschläge erstellen und nach Dialogabschluss aufgefordert werden, auf Grundlage ihres jeweiligen Lösungsvorschlags ein Angebot abzugeben.*

**Begründung :**

Der „wettbewerbliche Dialog“ ist ein insbesondere für öffentlich-private Partnerschaften geschaffenes Vergabeverfahren. Die bisherige deutsche GWB-Definition beschränkt sich auf „staatliche“ Auftraggeber, ohne diese zu definieren. Außerdem fehlt jeder Hinweis auf einen zwingend erforderlichen Teilnahmewettbewerb. Daher empfiehlt es sich, die bisherige GWB-Definition an die Allgemeine Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG anzupassen (Artikel 1 Absatz 11 c) und dabei das für öffentlich-private Partnerschaften zentrale Verbot des „Rosinenpickens“ zu verdeutlichen (siehe Vorschläge 11 und 14).

(Hinweis : Als Folge wäre in § 6a Vergabeverordnung der Begriff „staatliche Auftraggeber“ durchgängig durch „Auftraggeber“ zu ersetzen).

**Vorschlag 8 : Anwendungsbereich des wettbewerblichen Dialogs präzisieren!**

**§ 6a Absatz 1 Vergabeverordnung** erhält folgende Fassung

- (1) Auftraggeber können einen wettbewerblichen Dialog durchführen, soweit
1. sie eine Bau- oder Dienstleistungskonzession vergeben oder
  2. die Vergabe eines „besonders komplexen“ Auftrags im offenen oder im nicht offenen Verfahren ihres Erachtens nicht möglich ist, weil die Auftraggeber – ohne dass ihnen dies anzulasten wäre - objektiv nicht in der Lage sind,
    - a) mittels Leistungsverzeichnis oder funktional die technischen Mittel anzugeben, mit denen ihre Bedürfnisse und Ziele bestmöglich erfüllt werden können und/oder
    - b) die Auftragsbedingungen abschließend anzugeben, die ihre Bedürfnisse und Ziele bestmöglich erfüllen, d.h. die rechtlichen und/oder finanziellen Konditionen, insbesondere bei Vorhaben, die neben der Ausführung auch die Finanzierung und/oder den Betrieb umfassen, bei Durchführung integrierter Verkehrsinfrastrukturprojekte, großer Computernetzwerke oder Vorhaben mit einer komplexen und strukturierten Finanzierung, deren finanzielle und rechtliche Konstruktion nicht im Voraus abschließend vorgeschrieben werden kann.

**Begründung :**

Der wettbewerbliche Dialog ist ein neues Vergabeverfahren, das insbesondere für öffentlich-private Partnerschaften geschaffen wurde. Im Interesse der Rechtssicherheit wäre für Auftraggeber und Unternehmen klarzustellen, dass das Verfahren einerseits für öffentliche Bau- oder Dienstleistungskonzessionen in Betracht kommt. Für diese schreibt das europäische Vergaberecht keine bestimmte Vergabeart vor, so dass als „Regelfall“ auf einen wettbewerblichen Dialog zurückgegriffen werden kann. Andererseits ist eine Anwendung für „besonders komplexe“ Vorhaben möglich. Was darunter zu verstehen ist, erklärt die Allgemeine Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG an mehreren Stellen (Begründungserwägung 31, Artikel 1 Absatz 11 c), Artikel 29 Absatz 1). Diese Klarstellungen fehlen im deutschen Recht bislang und sollten übernommen werden.

**Vorschlag 9 : Beschreibung rechtzeitig zur Verfügung stellen!**

Als **§ 6a Absatz 2 Satz 2 (neu) Vergabeverordnung** wird eingefügt :

- (2) ... Die Beschreibung ist spätestens mit der Aufforderung zur Dialogteilnahme zu versenden.

**Begründung :**

Für öffentlich-private Partnerschaften ist unerlässlich, dass der öffentliche Auftraggeber seinen Bedarf den Unternehmen rechtzeitig bekannt gibt. Im „wettbewerblichen Dialog“ sind die Bedürfnisse und Anforderungen des Auftraggebers in der Bekanntmachung anzugeben und grundsätzlich auch dort näher zu erläutern. Erfolgt die Erläuterung ausnahmsweise in einer gesonderten Beschreibung, so muss diese allen Teilnehmern rechtzeitig vor Beginn der Dialogphase vorliegen. Im Interesse der Rechtsklarheit zu übernehmen ist aus der Allgemeinen

Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG, dass die Beschreibung spätestens mit der Aufforderung zur Teilnahme zu versenden ist (Artikel 40 Absatz 2).

**Vorschlag 10 : Regeln für Teilnahmewettbewerb aufnehmen!**

§ 6a Absatz 3 Satz 1 Vergabeverordnung erhält folgende Fassung :

- (3) *Auftraggeber eröffnen mit den nach § 6c ausgewählten Teilnehmern einen Dialog, um zu erörtern, wie ihre Bedürfnisse und Anforderungen am besten erfüllt werden können.*

**Begründung :**

Für öffentlich-private Partnerschaften ist wichtig, dass die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren nach transparenten und nicht diskriminierenden Regeln bestimmt werden. Die Allgemeine Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG gibt vor, dass die Teilnehmer eines „wettbewerblichen Dialogs“ nach im einzelnen festgelegten Bestimmungen für Teilnahmewettbewerbe ausgewählt werden. Diese wichtige Klarstellung fehlt im deutschen Recht bislang und sollte im Interesse der Rechtssicherheit übernommen werden.

**Vorschlag 11 : Vertraulichkeit von Lösungsvorschlägen schützen!**

Als § 6a Absatz 3 Satz 6 (neu) Vergabeverordnung wird eingefügt :

- (3) *... Eine Zustimmung darf nicht zur Voraussetzung für eine Teilnahme gemacht werden.*

**Begründung :**

Öffentlich-private Partnerschaften sollen die Innovationskraft privater Unternehmen nutzen, um Effizienzgewinne zu erzielen. In einer Marktwirtschaft können Unternehmen nur innovativ sein, wenn mit erheblichem personellen und finanziellen Aufwand erarbeitete Lösungsvorschläge dem jeweiligen Unternehmen zugute kommen und nicht an Wettbewerber weitergegeben werden, die diesen Aufwand nicht hatten. Die vorgeschlagene Klarstellung schließt aus, dass Auftraggeber eine Zustimmung zur Weitergabe als Voraussetzung für eine Teilnahme am „wettbewerblichen Dialog“ verlangen. Diese Beschränkung ergibt sich aus Wortlaut, Zweck, Systematik und Entstehungsgeschichte der Allgemeinen Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG. Sie ist unerlässliche Grundlage für eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Auftraggeber und Unternehmen. Die Klarstellung empfiehlt sich, um die Rechtssicherheit zu erhöhen und Missverständnisse auszuschließen.

**Vorschlag 12 : Ausgeschiedene Teilnehmer unverzüglich und begründet informieren!**

§ 6a Absatz 4 Satz 3 Vergabeverordnung erhält folgende Fassung :

- (4) *... Die Auftraggeber haben die Unternehmen, deren Lösungen nicht für die nächstfolgende Dialogphase vorgesehen sind, darüber unverzüglich und begründet in Textform zu informieren.*

**Begründung :**

Öffentlich-private Partnerschaften stellen aufgrund ihrer umfassenden vertraglichen Gestaltung hohe Anforderungen an Auftraggeber und Unternehmen. Ein faires Vergabeverfahren setzt voraus, dass Entscheidungen des Auftraggebers den Unternehmen unverzüglich in Textform mitgeteilt und auch begründet werden. Die Informationspflicht ist entsprechend zu konkretisieren, um ein transparentes und diskriminierungsfreies Vergabeverfahren zu gewährleisten.

**Vorschlag 13 :     Ausreichende Zahl an Lösungen!**

Als § 6a Absatz 4 Satz 4 (neu) Vergabeverordnung wird eingefügt :

- (4)     *... Bei Abschluss der Dialogphase müssen noch so viele Lösungen vorliegen, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist.*

**Begründung :**

Öffentlich-private Partnerschaften können nur dann wirtschaftlich vergeben werden, wenn ein echter Wettbewerb herrscht. Zweck eines „wettbewerblichen Dialogs“ ist es, dem Auftraggeber die Wahl zwischen mehreren Lösungen zu erlauben. Daher empfiehlt es sich, die entsprechende Bestimmung aus der Allgemeinen Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG in deutsches Recht zu übernehmen (Artikel 44 Absatz 4).

**Vorschlag 14 :     Kein „Rosinenpicken“!**

§ 6a Absatz 5 Vergabeverordnung erhält folgende Fassung :

- (5)     *Die Auftraggeber haben den Dialog für abgeschlossen zu erklären, wenn*
1.     *Lösungen gefunden worden sind, die ihren Bedürfnissen entsprechen,*
  2.     *erkennbar ist, dass keine Lösung gefunden werden kann.*
- Die Auftraggeber haben die Teilnehmer unverzüglich in Textform über den Abschluss des Dialogs zu informieren; im Falle des Satzes 1 Nummer 1 verbunden mit der Aufforderung, auf Grundlage der vom jeweiligen Teilnehmer eingereichten und in der Dialogphase näher ausgeführten Lösung ein abschließendes Angebot vorzulegen; im Falle des Satzes 1 Nummer 2 verbunden mit der Begründung, warum die Lösung des jeweiligen Teilnehmers nicht den Bedürfnissen und Anforderungen des Auftraggebers entspricht ...*

**Begründung :**

Für den „wettbewerblichen Dialog“ ist ein faires Verfahren und insbesondere der Grundsatz der Vertraulichkeit von Lösungsvorschlägen von entscheidender Bedeutung. In einer Marktwirtschaft müssen Unternehmen darauf vertrauen, dass mit erheblichem personellen und finanziellen Aufwand erstellte Lösungsvorschläge ernsthaft geprüft werden und – sollten sie den Bedürfnissen und Anforderungen des Auftraggebers entsprechen - dem jeweiligen Unternehmen zugute kommen. Anderenfalls hätten innovative Unternehmen einen erheblichen Wettbewerbsnachteil gegenüber Unternehmen, die – ohne eigenen Aufwand – von den Ideen anderer Unternehmen profitieren. Daher ist der Grundsatz der Vertraulichkeit nicht nur in der Dialogphase, sondern auch darüber hinaus sicherzustellen, d.h. insbesondere bei der

Aufforderung zur Angebotsabgabe. Ebenso verlangt ein faires Vergabeverfahren, Unternehmen im Falle der Nichtberücksichtigung unverzüglich und begründet zu informieren.

**Vorschlag 15 : Keine Wettbewerbsverzerrungen!**

§ 6a Absatz 5 Satz 5 erhält folgende Fassung :

- (5) *... Diese Präzisierungen, Klarstellungen oder Ergänzungen sind von allen Bietern gleichzeitig in Textform und innerhalb einer gemeinsamen Frist einzuholen; sie dürfen keine Änderung der Angebote, insbesondere der Preise, oder der Ausschreibung zur Folge haben, die die Wertungsreihenfolge der Angebote ändern oder sonst den Wettbewerb verfälschen oder diskriminierend wirken könnte.*

und

§ 6a Absatz 6 Satz 3 erhält folgende Fassung :

- (6) *... Dies darf nicht dazu führen, dass das Angebot, insbesondere dessen Preis, oder die Ausschreibung geändert werden, und dass der Wettbewerb verzerrt oder andere am Verfahren beteiligte Unternehmen diskriminiert werden, insbesondere durch eine Änderung der Wertungsreihenfolge der Angebote.*

**Begründung :**

Nach der Abgabe endgültiger Angebote besteht im „wettbewerblichen Dialog“ die Gefahr, dass durch eine nachträgliche einseitige Änderung von Angeboten der Wettbewerb beeinträchtigt wird. Die Klarstellung verdeutlicht, inwieweit Angebote präzisiert werden dürfen. Die Klarstellung ist notwendig, um Wettbewerbsverzerrungen auszuschließen und die Rechtssicherheit für Auftraggeber und Unternehmen zu erhöhen.

**Vorschlag 16 : Regeln des Verhandlungsverfahrens präzisieren!**

Als § 6b (neu) Vergabeverordnung wird eingefügt :

**„§ 6b Verhandlungsverfahren**

- (1) *Im Verhandlungsverfahren bestimmen die Auftraggeber den Auftragsgegenstand mittels Leistungsverzeichnis oder in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen, die den Unternehmen ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermitteln und dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags ermöglichen.*
- (2) *Die Auftraggeber erörtern mit den nach § 6c ausgewählten Unternehmen deren Angebote, um sie entsprechend den in der Bekanntmachung, den Verdingungsunterlagen und etwaigen zusätzlichen Unterlagen angegebenen Anforderungen anzupassen und das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln.*
- (3) *Die Auftraggeber behandeln alle Angebote und sonstige, von Bietern entsprechend eingestufte Informationen vertraulich und verwenden diese nur im Rahmen des Vergabeverfahrens. Die Auftraggeber tragen dafür Sorge, dass alle Unternehmen bei der Erörterung ihrer Angebote gleich behandelt werden. Insbesondere enthalten die Auftraggeber sich jeder Weitergabe von Informa-*

*tionen, durch die bestimmte Unternehmen gegenüber anderen begünstigt werden könnten. Die Auftraggeber erteilen keine Informationen, damit Unternehmen ihr Angebot auf das Niveau anderer Unternehmen bringen.*

- (4) *Die Auftraggeber können in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen vorsehen, dass das Verhandlungsverfahren in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen abgewickelt wird, um so die Zahl der Angebote, die erörtert werden, anhand der in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen erläuterten Zuschlagskriterien und deren Gewichtung zu verringern. In der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen ist anzugeben, ob diese Möglichkeit in Anspruch genommen wird. Die Auftraggeber haben die Unternehmen, deren Angebot nicht für die nächstfolgende Phase vorgesehen sind, darüber unverzüglich und begründet in Textform zu informieren. In der Schlussphase müssen noch so viele Angebote vorliegen, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist.*
- (5) *Nach Abschluss der Verhandlungen erhalten die Teilnehmer zeitgleich und in Textform die Möglichkeit, im Rahmen einer gemeinsamen Frist ein endgültiges Angebot abzugeben, das nicht weiter verhandelt werden darf.*
- (6) *Verlangen Auftraggeber, dass die am Verhandlungsverfahren teilnehmenden Unternehmen Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen ausarbeiten, müssen sie einheitlich allen Unternehmen, die die geforderte Unterlage rechtzeitig vorgelegt haben, eine angemessene Kosten-erstattung gewähren.*

#### **Begründung :**

Bislang wurden öffentlich-private Partnerschaften häufig im Verhandlungsverfahren vergeben. Um einen fairen und transparenten Verfahrensablauf zu gewährleisten, entwickelten sich bestimmte, von Auftraggebern einzuhaltende Verfahrensgrundsätze. Diese Grundsätze entsprechen Vorgaben des europäischen und internationalen Rechts, die bislang nicht in deutsches Recht übernommen wurden. Nach Einführung des „wettbewerblichen Dialogs“ wäre wichtig, allen Auftraggebern und Unternehmen auch die Regeln eines fairen und transparenten Verhandlungsverfahren zu verdeutlichen. Seit 1994 gelten entsprechende Vorgaben des Abkommens der Welthandelsorganisation WTO über Regierungsbeschaffungen (Artikel XIV, Absätze 2 bis 4). Zusätzlich enthält die Allgemeine Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG Regeln für das Verhandlungsverfahren (Artikel 30 Absätze 2 bis 4 und Artikel 6). Im Interesse der Rechtssicherheit sollten diese Bestimmungen zusammengeführt und in das deutsche Recht übernommen werden, wobei im Interesse der Vollständigkeit auch bestehende deutsche Regeln zur Vergütung von Planungsleistungen aufgeführt werden sollten.

#### **Vorschlag 17 : Eignungsanforderungen formulieren!**

Als § 6c (neu) Vergabeverordnung wird eingefügt :

##### **„§ 6c Überprüfung der Eignung und Auswahl der Teilnehmer**

- (1) *Die Auftraggeber können Mindestanforderungen an die Eignung, d.h. die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit stellen, denen die Unternehmen genügen müssen.*

*Der Umfang der Informationen sowie die für einen bestimmten Auftrag gestellten Mindestanforderungen an die Eignung müssen den rechtlichen Vorga-*

ben entsprechen, mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und ihm angemessen sein.

Die Mindestanforderungen werden in der Bekanntmachung angegeben.

- (2) *Ein Unternehmen, das nicht selbst die Eignungsanforderungen erfüllt, kann sich auf die Kapazitäten anderer Unternehmen berufen, ungeachtet des rechtlichen Charakters der mit diesen Unternehmen bestehenden Verbindungen. Das Unternehmen muss in diesem Fall dem Auftraggeber nachweisen, dass ihm die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen, beispielsweise durch Vorlage diesbezüglicher Zusagen dieser Unternehmen.*
- (3) *Beim nicht offenen Verfahren, beim wettbewerblichen Dialog und beim Verhandlungsverfahren nach Veröffentlichung einer Bekanntmachung können die Auftraggeber alle Unternehmen zur Abgabe von Angeboten auffordern bzw. zum wettbewerblichen Dialog einladen, die die Eignungsanforderungen erfüllen. Stehen geeignete Unternehmen in ausreichender Zahl zur Verfügung, können Auftraggeber die Zahl der Unternehmen, die sie zur Abgabe von Angeboten bzw. zum wettbewerblichen Dialog einladen, begrenzen. Wollen Auftraggeber von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, geben sie in der Bekanntmachung die vorgesehene Mindestzahl und gegebenenfalls auch die Höchstzahl an einzuladenden Unternehmen an sowie die objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien oder Vorschriften für die Auswahl, wenn mehr Unternehmen die Eignungsanforderungen erfüllen, als zum Verfahren zugelassen werden sollen.*
- (4) *Um einen effektiven Wettbewerb zu gewährleisten, beteiligen die Auftraggeber die größtmögliche, mit einer effektiven Abwicklung des Vergabeverfahrens zu vereinbarende Zahl von Unternehmen. Beim nicht offenen Verfahren beträgt die Mindestzahl in der Bekanntmachung mindestens fünf Unternehmen; beim wettbewerblichen Dialog und beim Verhandlungsverfahren nach Veröffentlichung einer Bekanntmachung mindestens drei Unternehmen. In jedem Fall muss die Zahl der eingeladenen Unternehmen ausreichend hoch sein, damit ein echter Wettbewerb gewährleistet ist.*

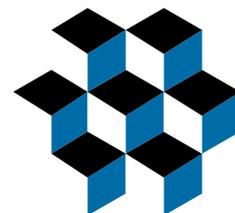
*Die Auftraggeber laden zumindest die in der Bekanntmachung bestimmte Mindestzahl an Unternehmen ein. Erfüllen weniger Unternehmen die Eignungsanforderungen, so kann der Auftraggeber das Verfahren fortführen, indem er das oder die Unternehmen einlädt, die über die geforderte Eignung verfügen. Der Auftraggeber darf andere Unternehmen, die sich nicht um die Teilnahme beworben haben, oder Unternehmen, die nicht über die geforderte Eignung verfügen, nicht zu demselben Verfahren zulassen.*

- (5) *Beim nicht offenen Verfahren, beim wettbewerblichen Dialog und bei Verhandlungsverfahren fordert der Auftraggeber die ausgewählten Bewerber gleichzeitig in Textform auf, ihre Angebote innerhalb einer gemeinsamen Frist einzureichen bzw. am Dialog teilzunehmen. Bewerber, die nicht berücksichtigt wurden, sind darüber unverzüglich und begründet in Textform zu informieren.*

#### **Begründung :**

Öffentlich-private Partnerschaften werden regelmäßig unter einem zahlenmäßig beschränkten Teilnehmerkreis vergeben. Für das nicht offene Verfahren, den wettbewerblichen Dialog und das Verhandlungsverfahren ist daher die Auswahl der Teilnehmer von entscheidender Bedeutung. Im Interesse der Rechtssicherheit sollten die einschlägigen Bestimmungen der Allgemeinen Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG (Artikel 44) an zentraler Stelle in deutsches Recht übernommen werden, verbunden mit dem zulässigen Rückgriff auf Dritt-

mittel (Artikel 47 Absatz 2 / Artikel 48 Absatz 3) und der Pflicht des Auftraggebers zur zeitgleichen, schriftlichen Aufforderung zur Angebotsabgabe bzw. Teilnahme am Dialog (Artikel 40 Absatz 1) und der unverzüglichen Information nicht berücksichtigter Bewerber.



ZENTRALVERBAND  
DEUTSCHES  
BAUWERBE ZDB

## Stellungnahme des Zentralverbandes des Deutschen Baugewerbes e. V. (ZDB) zum Leitfaden für kleine PPP

7. Juni 2006

---

Der Zentralverband des Deutschen Baugewerbes vertritt als baugewerblicher Spitzenverband bundesweit die Interessen von rund 40.000 baugewerblichen Unternehmen mit etwa 510.000 Beschäftigten und 30.000 Auszubildenden.

Baugewerbliche Unternehmen haben bereits in der Vergangenheit verschiedenste PPP-Projekte durchgeführt. Mit den ersten dieser Projekte wurde vor mehr als 10 Jahren begonnen. Damit können baugewerbliche Unternehmen im Bereich der Realisierung von PPP-Maßnahmen auf Erfahrungen zurückgreifen, die zeitlich teilweise deutlich vor dem Beginn der derzeitigen "PPP-Welle" anzusiedeln sind. Realisiert wurden in erster Linie Projekte aus dem kommunalen Bereich wie etwa Neubauten und Sanierungen von Rathäusern, Feuerwehrgaragen und Kindergärten. Unter den durchgeführten Maßnahmen finden sich sowohl PPP-Projekte "im weiteren Sinne", d.h. Maßnahmen, die im Wesentlichen Planung, Bau und Finanzierung beinhalten, als auch PPP-Projekte "im engeren Sinne", d.h. Maßnahmen, die über Planung, Bau und Finanzierung hinaus auch noch den Betrieb und ggf. die Verwertung des zu erstellenden bzw. zu sanierenden Objektes umfassen. Viele dieser Projekte bewegen sich in einem finanziellen Rahmen, der das im Leitfaden apostrophierte regelmäßige Mindestinvestitionsvolumen von 10 Mio. Euro für „gewöhnliche“, d.h. große, PPP-Projekte deutlich unterschreitet.

Das Deutsche Baugewerbe begrüßt den Vorstoß der Task Force Nordrhein-Westfalen, die Einbeziehung kleiner und mittlerer Unternehmen in die Realisierung von PPP-Projekten durch einen spezifisch mittelstandsfreundlichen Konzeptionsansatz zu forcieren, nachdrücklich. Der nunmehr im Entwurf vorliegende Leitfaden für kleine PPP stellt hierfür grundsätzlich ein geeignetes Mittel dar.

### 1. Mindestinvestitionsvolumen

Positiv ist dabei insbesondere hervorzuheben, dass der Leitfaden zu allererst mit dem allenthalben zu vernehmenden Vorurteil aufräumen will, PPP-Projekte lohnten sich erst ab einem Gesamtinvestitionsvolumen von 25 Mio. Euro. Gleichzeitig sei an dieser Stelle allerdings angemerkt, dass aus Sicht der baugewerblichen Unternehmen die Aufstellung eines neuen "Mindestvolumen-Dogmas" i.H.v. 4 Mio. Euro kontraproduktiv ist. Eine solcherart feststehende Zahl könnte wohl letztlich nur in Folge breiter empirischer Erhebungen - die derzeit mangels hinreichender Fallzahlen noch nicht durchgeführt werden können - ermittelt werden. Selbst wenn sich dann allerdings aus der Summe der bislang durchgeführten Projekte eine derartige Mindestsumme ermitteln lassen sollte, ist sicherlich im Einzelfall nicht kategorisch auszuschließen, dass auch Projekte mit einem geringeren Investitionsvolumen in der PPP-Variante wirtschaftlicher als im Rahmen einer konventionellen Beschaffung durchgeführt werden können.

Aus der Erfahrung der baugewerblichen Unternehmen ist insofern etwa an Investitionsprojekte aus dem Bereich der freiwilligen Leistungserbringung der Kommunen wie den drittnutzerfinanzierten Schwimmbadbau zu denken.

## 2. Beraterauswahl

Ganz massiv in die Thematik des Mindestinvestitionsvolumens hinein spielt die auch im Leitfaden angesprochene Frage, welcher Berater sich die öffentliche Hand bei der Vorbereitung einer PPP-Ausschreibung bedienen sollte. Der Leitfaden enthält insofern die Empfehlung, besonders erfahrene Beratungsunternehmen einzuschalten. Hiergegen ist schon allein unter dem Aspekt einer möglichst fehlerfreien Ausschreibung nichts einzuwenden. Als problematisch ist sodann allerdings die weitere für die Qualifizierung geeigneter Berater aufgestellte Prämisse einzustufen, wonach diese sowohl das juristische und wirtschaftliche als auch das technische Know-How aus einer Hand sollen anbieten können. Dieser Anforderung stehen schon berufsrechtliche Gründe entgegen. So lässt etwa die Bundesrechtsanwaltsordnung die Sozietätenbildung zwischen Rechtsanwälten und Ingenieuren bzw. Architekten nicht zu. Zum anderen zielt der von der Task Force gewählte Ansatz auch dahin, dass letztlich nur große Beratungsunternehmen in die PPP-Projekte eingebunden werden sollen. Diese allerdings tendieren dazu, den öffentlichen Auftraggeber dahingehend zu beraten, möglichst großvolumige Projekte auszuschreiben. Grund hierfür sind die bei großen Beratungsunternehmen i.d.R. hohen Stundenhonorare, die gegenüber dem Auftraggeber nur dann gerechtfertigt werden können, wenn das Gesamtprojektvolumen möglichst hoch ist. So muss wohl auch davon ausgegangen werden, dass das lange Zeit in der Öffentlichkeit präsente Dogma eines Mindestinvestitionsvolumens von 25 Mio. Euro ganz maßgeblich auf die in die Erarbeitung größerer Projekte, u.a. Pilotprojekte, eingebundenen Beratungsunternehmen zurückgeht.

Will der öffentliche Auftraggeber sicherstellen, dass die Konzeption einer kleinen PPP-Maßnahme von dem beauftragten Berater überhaupt in Betracht gezogen wird, sollte i.d.R. schon die Beraterauswahl mittelstandsorientiert sein. Um öffentlichen Auftraggebern, insbesondere Kommunen, insofern eine Entscheidungshilfe an die Hand zu geben, hat der Zentralverband des Deutschen Baugewerbes bereits im November 2005 einen "Beratervertrag PPP-Projekte" nebst Bewertungsmatrix entwickelt. Die Arbeitshilfen können von öffentlichen Auftraggebern jederzeit bei den baugewerblichen Verbänden abgerufen werden.

## 3. Effizienzvorteile

Der in dem Leitfaden gewählte Ansatz, verschiedene Phasen der Projektrealisierung bzw. verschiedene in Frage kommende vertragliche Regelungsbereiche daraufhin zu untersuchen, wo gerade bei kleineren PPP-Projekten Effizienzvorteile erzielt werden können, ist aus unserer Sicht richtig. Rückmeldungen baugewerblicher Unternehmen zu dem Entwurf des Leitfadens zeigen allerdings, dass insofern nicht sämtliche Bereiche zutreffend eingeschätzt wurden.

So trifft es nach der Erfahrung unserer Mitgliedsunternehmen nur bedingt zu, dass sich Optimierungspotentiale bei kleinen Bauvorhaben nicht über Grundrissgestaltung, Architektur oder Brandschutzkonzeption generieren lassen. Vielmehr sind theoretisch bei jeder Projektgröße planerische Ansätze vorstellbar, die zu einer Kosten- oder Nutzenoptimierung führen. Die bislang im Leitfaden enthaltene Aussage sollte daher u.E. eingeschränkt werden. Ob es im Einzelfall sinnvoll ist, dem privaten Partner eine ggf. vorhandene Planung zu überlassen, sollte gerade danach entschieden werden, ob die Erschließung weiteren Optimierungspotentials nach den gegebenen Umständen möglich erscheint.

Auch die Aussage, wonach sich bei kleinen PPP-Projekten Effizienzvorteile ergeben können, wenn Dienstleistungen, die bisher durch die kommunalen Angestellten erbracht wurden, bei der Kommune verbleiben, ist kritisch zu würdigen. Zwar ist es richtig, dass die Umsatzsteuerpflicht des privaten Anbieters zu einer grundsätzlichen Verteuerung von Arbeitsleistungen im Vergleich zur Eigenrealisierungsvariante führt. Allerdings variiert ein daraus resultierender Kostennachteil je nach Arbeitsintensität der vom privaten Anbieter zu erbringenden Betreiberleistung. Zudem ist es durchaus möglich, dass sich der Personalbedarf für eine bestimmte Leistung gerade durch Ausschöpfung von Optimierungspotentialen durch den privaten Partner verringert. In diesem Fall führte der Verbleib des Personals beim öffentlichen Auftraggeber nicht unbedingt zu Effizienzvorteilen mit Blick auf die Gesamtprojektkalkulation. Im

Übrigen kommt als Alternative zum Verbleib von Personal und Dienstleistungserbringung beim öffentlichen Auftraggeber stets die Personalgestellung bzw. -überlassung an den privaten Partner in Betracht. Eine Ergänzung des Leitfadens um die genannten Aspekte wäre aus unserer Sicht wünschenswert.

#### **4. Beauftragung von KMU als Hauptunternehmer**

Aus Sicht des baugewerblichen Mittelstandes ist es unablässig, gerade im kommunalen Bereich die politischen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass eine echte Beteiligung mittelständischer Unternehmer bzw. hieraus hervorgehender Bietergemeinschaften an PPP-Maßnahmen möglich ist. Diese Art der Einbindung wird im Leitfaden unter dem Schlagwort "Einsatz von KMU auf der ersten Ebene" behandelt. Die Ausführungen zur Thematik sind aus unserer Sicht zutreffend. Problematisch ist allerdings, dass neben einer Einbindung „auf der ersten Ebene“ ein Einsatz von KMU "auf der zweiten Ebene" als quasi gleichberechtigte Einbeziehungsform aufgeführt wird. Aus Sicht des baugewerblichen Mittelstandes besteht zwischen diesen beiden Arten der Einziehung allerdings keinesfalls Gleichrangigkeit. Vielmehr sind eine Einbringung des unternehmensspezifischen Know-Hows und i.d.R. auch eine auskömmliche Kalkulation der Angebotspreise lediglich dann zu erreichen, wenn das mittelständische Unternehmen bzw. die mittelständische Bietergemeinschaft bei der PPP-Auftragsvergabe direkt zum Zuge kommt. Dahingegen zeigen die Erfahrungen mittelständischer Unternehmen sowohl im Bereich von PPP- als auch bei sonstigen Vergaben, dass bei der Beauftragung durch einen Generalunternehmer, oder - meist noch signifikanter - durch einen Generalübernehmer i.d.R. lediglich ein Preiswettbewerb nach unten durchgeführt wird, der seriösen Unternehmen keine Möglichkeiten für eine auskömmliche Kalkulation belässt, sondern im Zweifel zur Beauftragung solcher Unternehmen führt, die auf einen Auftrag jedweder Art, und sei er auch unterpreislich kalkuliert, angewiesen sind. Diese Art Beauftragung ist für den baugewerblichen Mittelstand sowohl außerhalb des PPP-Bereiches als auch bei der Durchführung von PPP-Maßnahmen in höchstem Maße problematisch.

#### **5. Zusammenhang Risikoallokation und Projektkosten**

Aus Sicht des Deutschen Baugewerbes lassen sich insbesondere die beiden nachfolgend dazustellenden Aspekte des Leitfadens positiv hervorheben. Diese sollten bei einer eventuellen Weiterbearbeitung unbedingt beibehalten werden.

Hinzuweisen ist insofern zunächst auf die deutliche Herausstellung der Forfaitierungslösung als eindeutig mit telstandsfreundliche Finanzierungsalternative. Entgegen dem allgemeinen Trend, lediglich die Möglichkeit der Projektfinanzierung in den Mittelpunkt der Betrachtungen zu stellen und die Forfaitierungslösung mit dem vordergründigen Argument abzutun, die damit verbundene Risikoverlagerung auf die Kommune widerspreche dem PPP-Gedanken, wird im Leitfaden herausgearbeitet, welche Vorteile die Forfaitierungslösung bietet und wie die damit verbundene partielle Risikoübernahme des öffentlichen Auftraggebers abgemildert werden kann.

Zum zweiten stellt der Leitfaden in aller Eindeutigkeit den Zusammenhang zwischen der Verlagerung von Risiken auf den Privaten sowie der Höhe der notwendigen Finanzierung einerseits und den dadurch über die Kalkulation des Privaten letztlich für den öffentlichen Auftraggeber entstehenden Kosten andererseits heraus. Die Erkenntnis dieses - auf der Hand liegenden und doch so oft missachteten - Zusammenhangs ist aus Sicht des Deutschen Baugewerbes im Hinblick auf eine faire und partnerschaftliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen für eine PPP-Maßnahme unerlässlich. Haben ihn nämlich beide Vertragsparteien verinnerlicht, werden sie die Frage nach der optimalen Allokation von Risiken bzw. der optimalen Gestaltung der Rahmenbedingungen für die Finanzierung stellen und sodann auch zutreffend beantworten können. Dahingegen führt letzten Endes jeder Ansatz, der den privaten Partner einseitig mit diversen vertraglichen und außervertraglichen Risiken belasten will und der auch die Finanzierungsentscheidung lediglich mit Blick auf eine möglichst geringe Risikobelastung des öffentlichen Auftraggebers trifft, zu einer höheren Angebotskalkulation des Bieters und damit letztlich zu höheren, vom öffentlichen Auftraggeber zu tragenden Projektkosten.