

Client Alert

Latham & Watkins
Corporate Department

Public Private Partnerships — Veränderung der rechtlichen Rahmen- bedingungen in Deutschland durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz

Seit dem 7. September 2005 ist das „Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften“, kurz ÖPP-Beschleunigungsgesetz, in Kraft. Sein Ziel ist es, die Public Private Partnership (PPP) noch attraktiver zu gestalten. Zu diesem Zweck verändert das ÖPP-Beschleunigungsgesetz den rechtlichen Rahmen für PPPs in wesentlichen Bereichen.

Städte, Gemeinden und Landkreise müssen in dem Jahrzehnt von 2000 bis 2009 allein in Deutschland und allein für notwendige Investitionen etwa 665 Milliarden Euro aufwenden¹. In diesem Betrag sind die Investitionen des Bundes und der Länder noch nicht enthalten. Ende 2004, also nach der Hälfte dieses Zeitraumes, besteht bereits im Bereich der Sachinvestitionen ein Investitionsrückstand von etwa 85 Milliarden Euro². Zu den ohnehin erheblichen Anstrengungen in der Zukunft müssen also noch weitere Aufwendungen hinzukommen, um diese Lücke zu schließen. Dabei ist der kommunale Investitionsbedarf im Hoch- und Tiefbau mit etwa 52 % besonders groß. Demgegenüber stehen die öffentlichen Haushalte unter erheblichem Konsolidierungsdruck. Der Investitionsstau betrifft nahezu

alle Bereiche des öffentlichen Lebens. Insbesondere der Ausbau der Verkehrsinfrastruktur, die Sanierung von Schulen, Krankenhäusern und Verwaltungsgebäuden sowie die Modernisierung der Wasser und Abwasserversorgung sind notwendig. Dass die öffentlichen Haushalte diese Aufgabe allein und in der verbleibenden kurzen Zeit bewältigen können, scheint ausgeschlossen.

Die Hoffnung ruht auf privaten Investoren, die sich in Öffentlich Privaten Partnerschaften – ÖPP, dem deutschen Begriffspendant für die inzwischen weitgehend geläufige Bezeichnung PPP – an der Erfüllung der öffentlichen Aufgaben beteiligen. Unter einer PPP versteht man die vertraglich geregelte, längerfristige Zusammenarbeit zwischen öffentlicher Hand und Privatwirtschaft. Internationale und erste deutsche Erfahrungen haben gezeigt, dass öffentliche Leistungen durch PPPs oft besser bereit gestellt werden können. Die erforderlichen Ressourcen – vor allem Kapital, Betriebsmittel, Personal und Know-how – werden gemeinsam organisiert und die Risiken des Projekts angemessen verteilt. Dabei geht es nicht nur um die Einbeziehung von Finanzmitteln und Know-how der Privatwirtschaft. Die öffentliche Hand beschränkt sich unter der Prämisse des schlanken Staats immer weiter auf die rein hoheitliche Verwaltungs-

“Das Gesetz wird einige Nachteile, jedoch nicht alle bestehenden Rechtsunsicherheiten im Bereich PPP beseitigen.”

tätigkeit. Aufgaben, die die Privatwirtschaft zumindest ebenso effektiv wie die Verwaltung erbringen kann, werden zunehmend der Privatwirtschaft überlassen.

Die bisherigen gesetzlichen Rahmenbedingungen haben die Realisierung von PPPs in Deutschland nicht verhindert. Im Vergleich zur Eigenrealisierung durch die öffentliche Hand hatte eine PPP allerdings rechtliche Nachteile zu überwinden. Sowohl öffentliche Auftraggeber wie auch private Auftragnehmer wurden mit einer Reihe von offenen Fragen konfrontiert. Das betraf insbesondere die Vergabe, die Vertragsgestaltung und die Finanzierung von PPPs. Hemmnisse bestanden z.B. im Gebühren-, Vergabe- und Haushaltsrecht. Dazu kamen Regelungen im Steuerrecht, welche die PPP-Beschaffungsvariante gegenüber der Eigenherstellung durch die öffentliche Hand diskriminieren.

Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz hat das Ziel, einige dieser Hemmnisse und Unklarheiten zu beseitigen. Hervorzuheben sind:

- **Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und der Vergabeordnung:**

- Die Abgrenzung von Bau- und Dienstleistungen erfolgt nach der Schwerpunkttheorie. Ein öffentlicher Auftrag, der sowohl den Einkauf von Waren als auch die Beschaffung von Dienstleistungen zum Gegenstand hat, gilt als Dienstleistungsauftrag, wenn der Wert der Dienstleistung den Wert der Waren übersteigt. Ein öffentlicher Auftrag, der neben Dienstleistungen auch Bauleistungen umfasst, die aber im Verhältnis zum Hauptgegenstand Nebenarbeiten sind, gilt als Dienstleistungsauftrag.

Das gesetzliche Anerkenntnis der Schwerpunkttheorie bedeutet eine große Erleichterung. Bisher war umstritten, wie ein gemischter Auftrag zu behandeln ist. Zum Teil wurde ein öffentlicher Auftrag mit Elementen einer Bauleistung immer als Bauauftrag qualifiziert, unabhängig davon, welchen

Umfang die Bauleistung hat (Kontaminierungstheorie). Die Frage der Qualifizierung des Auftrags hat besondere Bedeutung. Für Liefer-, Dienstleistungs- und Bauauftrag gelten jeweils besondere Schwellenwerte, welche wiederum die Anwendung der Vergaberegeln bestimmen. Die Neuregelung beendet den Streit über die richtige Qualifizierung des Auftrags. Die Qualifizierung des Auftrags als Liefer-, Dienstleistungs- oder Bauauftrag richtet sich nun allein nach dem Schwerpunkt des Auftrags. Das schafft Planungssicherheit.

- Als neues eigenständiges Vergabeverfahren wird in Umsetzung europarechtlicher Richtlinien der sog. wettbewerbliche Dialog eingeführt.

Die Vergabe von öffentlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen kann nunmehr außer in den traditionellen Vergabeverfahren (offenes und nicht offenes Verfahren sowie Verhandlungsverfahren) auch im wettbewerblichen Dialog erfolgen. Der wettbewerbliche Dialog ist ein Vergabeverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb. Er sieht die Vergabe in drei Phasen vor: Phase 1 umfasst einen Teilnahmewettbewerb, in dem die konkreten Teilnehmer an dem Vergabeverfahren aus dem Kreis der Bewerber ausgewählt werden. Phase 2 umfasst die Dialogphase, in der mit den Teilnehmern die Optimierung der angebotenen Lösungen erarbeitet wird. Phase 3 umfasst die Bietphase, in der die optimierte Lösung ausgeschrieben und der Zuschlag unter den Teilnehmern erteilt wird.

Ein wettbewerblicher Dialog ist nach der neuen Legaldefinition ein Verfahren zur Vergabe besonders komplexer Aufträge durch staatliche Auftraggeber. Besonders komplexe Aufträge sind ausweislich der Gesetzesbegründung solche mit komplexer Finanzierung, deren rechtliche und finanzielle Konstruktionen im Voraus nicht beschrieben werden können. Das Verfahren soll Wettbewerb gewährleisten, aber auch flexibel genug sein, um ständig einen Dialog mit den beteiligten Unternehmen zu führen, der alle

Aspekte berührt und der besonderen Komplexität des Auftrags entspricht.

Der wettbewerbliche Dialog ist gerade für PPP-Projekte geeignet. Speziell in der Dialogphase können die privaten Investoren kreative individuelle Lösungen entwickeln. Es muss sich aber noch zeigen, ob der wettbewerbliche Dialog zum Regelausschreibungsverfahren für PPP-Projekte wird. Er kommt nämlich nur bei besonders komplexen Aufträgen zur Anwendung. Eine Definition oder konkrete Vorgabe für Komplexität aber fehlt, ebenso wie ein fester Zeitrahmen für das Verfahren. Ob der wettbewerbliche Dialog dazu beiträgt, die Kosten für das Vergabeverfahren zu senken, kann bezweifelt werden, denn die Organisation der drei Phasen verlangt sowohl von der öffentlichen Hand als auch von den privaten Investoren einen erheblichen Aufwand.

Bislang ist aber insbesondere ungeklärt, wie die Teilnehmer in der Dialogphase davor geschützt werden können, dass ihre Ideen und Lösungsansätze anderen Teilnehmern bekannt und ausgenutzt werden. Dabei haben die Teilnehmer Interesse gerade daran, dass ihnen die eventuellen Wettbewerbsvorteile aus ihrer individuellen Lösung erhalten bleiben. Das betrifft etwa außergewöhnliche Strukturen in den Bereichen Technik, Finanzierung, Beschaffung oder Know-how-Transfer. Andererseits ist es gerade der Sinn und Zweck der Dialogphase, dass die angebotenen Lösungen der Teilnehmer verglichen und kombiniert werden. Es ist zu erwarten, dass dieses Spannungsfeld zwischen Geheimhaltungsinteresse der Teilnehmer und Vergleich der Lösungen durch die öffentliche Hand zu besonderer Sorgfalt zwingt.

- Die Weitergabe von Bauleistungen oder Dienstleistungen an Nachunternehmer ist nunmehr möglich. Auf gesetzliche Eigenleistungsquoten durch den Auftragnehmer wird verzichtet.

Bieter können nicht deshalb ausgeschlossen werden, weil sie sich bei der Auftragvergabe auf die Leistungsfähigkeit eines Dritten berufen. Sie

müssen allerdings den Nachweis erbringen, dass sie über die Mittel dieses leistungsfähigen Dritten verbindlich verfügen können. Dies verhindert eine unnötige Einschränkung der potenziellen Bieter.

- Die Projektantenproblematik ist nun einheitlich geregelt. Auch wer vor Einleitung des Vergabeverfahrens den Auftraggeber beraten oder sonst unterstützt hat, kann im Vergabeverfahren als Bieter zugelassen werden. Der Auftraggeber hat aber sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch diesen Bieter, der ihn vorher beraten oder sonst unterstützt hat, nicht verfälscht wird. Nur wenn keine geeigneten Maßnahmen in Betracht kommen, die eine Verfälschung des Wettbewerbs verhindern, kommt ein Ausschluss des Projektanten vom Vergabeverfahren in Betracht.

Bisher wurden solche Bewerber aus dem Verfahren ausgeschlossen, die aufgrund ihrer Beratungstätigkeit für die öffentliche Hand einen Wissensvorsprung hatten. Das führte teilweise zu einer unnötigen Einengung des Bewerberkreises. Dem soll durch die Neuregelung abgeholfen werden. Das Gesetz beantwortet aber nicht die Frage, ab wann eine Verfälschung des Wettbewerbs angenommen werden muss und welche Maßnahmen geeignet sind, dies adäquat einzuschränken. In der Praxis wird man zunächst eine gewisse Rechtsunsicherheit hinnehmen müssen, bevor diese Begriffe durch erste Entscheidungen der Gerichte besser eingrenzbar werden.

- Die Pflicht zur Festlegung der Projektgesellschaft auf eine bestimmte Rechtsform gilt erst nach Zuschlagserteilung.

Bisher mussten sich Bewerber, die sich aus unabhängigen Unternehmen formierten, schon für das Vergabeverfahren auf eine Rechtsform festlegen. Dies führte zu unnötigen (Gründungs-) Kosten und wiederum zu einer überflüssigen Einengung des Bewerberkreises.

• Änderung des **Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetzes:**

Private Betreiber können sich nunmehr auch durch private Entgelte finanzieren; es besteht die Wahlmöglichkeit zwischen öffentlich-rechtlicher Gebühr und privatrechtlichem Entgelt.

Bisher bestand eine entsprechende Wahlmöglichkeit nicht, vielmehr war nur die Erhebung einer öffentlich-rechtlichen Gebühr (Maut) geregelt. Die Neuregelung soll zu einer flexibleren und individuellen Vertragsgestaltung führen. Folgende organisatorische Neuregelungen dienen der Umsetzung dieses Zieles:

- Die Maßstäbe für die Berechnung der öffentlichrechtlichen Gebühren werden auf die privaten Entgeltregelungen übertragen.
- Erklärt oder beantragt der Private die Mautgebühr als öffentlich-rechtliche Gebühr zu erheben, werden die Landesregierungen ermächtigt, durch Rechtsverordnung die Höhe der Mautgebühr unter Beachtung der gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Vorgaben zu bestimmen.
- Erklärt oder beantragt der Private die Mautgebühr als privatrechtliches Entgelt zu erheben, so bedarf die Mautgebühr der Genehmigung durch die zuständige oberste Landesstraßenbaubehörde, die zuvor die Zustimmung des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen einzuholen hat.

• Änderung der **Bundshaushaltsordnung:**

- Die Veräußerung von unbeweglichen Vermögensgegenständen, die zur Erfüllung von Aufgaben des Bundes weiterhin benötigt werden, ist nunmehr gestattet, wenn auf diese Weise die Aufgaben des Bundes nachweislich wirtschaftlicher erfüllt werden können.

Bisher sah die Bundshaushaltsordnung vor, dass die öffentliche Hand Vermögensgegenstände nur dann veräußern darf, wenn diese in absehbarer Zeit für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben

nicht mehr benötigt werden. Das führte bei PPP-Projekten, welche die Entwicklung eines Grundstücks der öffentlichen Hand zum Gegenstand hatten, zu einem Dilemma. Das PPP-Projekt auf dem betreffenden Grundstück zeigt einerseits, dass das Grundstück die öffentliche Zweckbindung nicht verliert und weiterhin für die öffentliche Aufgabenerfüllung benötigt wird. Andererseits belegt das PPP-Projekt, dass die betreffende öffentliche Aufgabe auch durch den privaten Investor erfüllt werden kann, ohne dass die öffentliche Hand das Grundstück benötigt. Viele hielten deshalb die Übertragung eines solchen Grundstücks auf einen privaten Investor gänzlich für unzulässig, andere wiederum die Übertragung geradezu für geboten. Verbindliche Leitlinien für eine Entscheidung über die Zulässigkeit einer Übertragung gab es nicht. Betroffen waren insbesondere die sog. Sale-and-Lease-Back Konstruktionen, bei denen der private Auftragnehmer das zu betreibende Objekt zunächst von der öffentlichen Hand erwirbt und sodann an sie zurück vermietet. Das neue Gesetz enthält nun eine eindeutige Klarstellung. Wenn der Wirtschaftlichkeitsvergleich das PPP-Projekt favorisiert, ist eine Grundstücksübertragung zulässig.

• Änderungen im **Steuerrecht:**

- Die Übertragung von Grundstücken an PPP-Projektgesellschaften wird von der Grunderwerbsteuer befreit, solange sie für hoheitliche Zwecke genutzt werden und sofern eine Rückübertragung des Grundstücks an die öffentliche Hand innerhalb eines bestimmten Zeitraumes vorgesehen wird.

Im Rahmen von PPP-Vorhaben wird häufig ein Grundstück von der öffentlichen Hand an die Projektgesellschaft übertragen. Die Projektgesellschaft soll dann meist ein schon bestehendes Gebäude renovieren oder erstellen und später betreiben. Obwohl eine Rückübertragung an die öffentliche Hand von vornherein vorgesehen gewesen sein mag, fiel in der Vergangenheit die Grund-

erwerbsteuer zweimal an: Einmal bei der Übereignung an die Projektgesellschaft, danach bei der Rückübereignung an die öffentliche Hand. Diese steuerliche Doppelbelastung erhöhte die Projektkosten, die schließlich über den Projektpreis an die öffentliche Hand weitergegeben wurden, wobei diese Kosten nicht über den Steuerrückfluss bei der öffentlichen Hand amortisiert wurden. Im Vergleich: Bei der staatlichen Eigenleistung fällt die Grunderwerbsteuer überhaupt nicht an. Die Neuregelung führt dazu, dass die Grunderwerbsteuer nunmehr nur noch einmal, nämlich bei der Rückübereignung an die öffentliche Hand anfällt. Gleichzeitig wurde somit der Steuerentstehungszeitpunkt abstrakt geregelt.

- Der der öffentlichen Hand für einen bestimmten Zeitraum im Rahmen einer PPP überlassene Grundbesitz ist von der Grundsteuer befreit. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob der private Auftragnehmer den PPP-Grundbesitz von der öffentlichen Hand erhalten oder auf dem Grundstücksmarkt selbst erworben hat.

Diese Neuregelung hat hauptsächlich eine klarstellende Funktion. Steuerrechtlich unumstritten war schon bisher, dass die Grundsteuer dann nicht anfällt, wenn der öffentlichen Hand der Grundbesitz als „wirtschaftliches Eigentum“ zugeordnet werden kann, auch wenn diese nicht rechtliche Eigentümerin des Objektes ist, sondern die Projektgesellschaft. Diese wirtschaftliche Eigentumszuordnung im Rahmen einer PPP war ohnehin der Regelfall. Nunmehr muss das wirtschaftliche Eigentum nicht mehr gesondert begründet zu werden, so dass diese Neuregelung zu einer erhöhten Planungssicherheit beiträgt.

- Änderung im **Investmentgesetz**:

- Offene Immobilienfonds dürfen nunmehr auch Nießbrauchrechte an Grundstücken der öffentlichen Hand erwerben, wobei die Anlage in derartigen Beteiligungen auf 10 % des Wertes des Sondervermögens beschränkt ist.

Diese neue Vorschrift erweitert die Anlagemöglichkeiten von offenen Immobilienfonds und steigert mithin das Potential privater Investitionen im Rahmen von PPP.

Der Erfolg des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes kann erst nach der Umsetzung der Regelungen in der Praxis endgültig beurteilt werden. Bereits jetzt aber steht fest: Das Gesetz wird einige Nachteile beseitigen, jedoch nicht alle bestehenden Rechtsunsicherheiten beseitigen. Die sorgfältige rechtliche Strukturierung des Projektes und Durchführung der Prozesse ist wichtiger denn je.

¹ Berechnung des Deutschen Instituts für Urbanistik (Difu) im Jahr 2001.

² Quelle: Difu.

Standorte:

Boston
Brüssel
Chicago
Frankfurt
Hamburg
Hongkong
London
Los Angeles
Moskau
Mailand
New Jersey
New York
Northern Virginia
Orange County
Paris
San Diego
San Francisco
Shanghai
Silicon Valley
Singapur
Tokio
Washington, D.C.

Der *Client Alert* wird von Latham & Watkins für Mandanten und andere Geschäftspartner herausgegeben. Die hierin enthaltenen Informationen dienen nicht als konkreter Rechtsrat. Bei weitergehendem Bedarf an Ausführungen oder Beratung über ein hier dargestelltes Thema wenden Sie sich bitte an einen der nachfolgend genannten Rechtsanwälte oder Ihren üblichen Ansprechpartner in unserem Hause.

Falls Sie eine Aktualisierung Ihrer Kontaktdaten oder eine Anpassung der Informationsmaterialien wünschen, besuchen Sie bitte die Seite www.lw.com/resource/globalcontacts für das weltweite Mandanten-Mailing-Programm von Latham & Watkins.

Fragen zu diesem *Client Alert* beantworten Ihnen gern Prof. Dr. Martin Meißner (martin.meissner@lw.com), Dr. Marco Núñez Müller (marco.nunez@lw.com) oder Thomas Sievert (thomas.sievert@lw.com).

Boston +1-617-663-5700	Mailand +39 02-85454-11	San Diego +1-619-236-1234
Brüssel +32 (0)2 788 60 00	Moskau +7-501-785-1234	San Francisco +1-415-391-0600
Chicago +1-312-876-7700	New Jersey +1-973-639-1234	Silicon Valley +1-650-328-4600
Frankfurt +49-69-60 62 60 00	New York +1-212-906-1200	Shanghai +86 21 6101-6000
Hamburg +49-40-41 40 30	Northern Virginia +1-703-456-1000	Singapur +65-6536-1161
Hongkong +852-2522-7886	Orange County +1-714-540-1235	Tokio +81-3-6212-7800
London +44-20-7710-1000	Paris +33 (0)1 40 62 20 00	Washington, D.C. +1-202-637-2200
Los Angeles +1-213-485-1234		