

Anlage 1

Hinweise zu besonderen Formen der Zusammenarbeit mit Privaten bei der Erfüllung kommunaler Aufgaben

Nach Art. 61 Abs. 2 Satz 2 GO sollen die Gemeinden ihre Aufgaben in geeigneten Fällen daraufhin untersuchen, ob und in welchem Umfang sie durch nichtkommunale Stellen, insbesondere durch private Dritte oder unter Heranziehung Dritter, mindestens ebenso gut erledigt werden können.

Eine Privatisierung im Sinne des völligen Rückzugs aus einer Aufgabe oder ihrer Übertragung auf einen Dritten (**Aufgabenprivatisierung**) ist grundsätzlich nur bei freiwilligen Aufgaben möglich. Die Aufgabenprivatisierung ist nicht Gegenstand dieser Hinweise.

Pflichtaufgaben kann die Kommune nicht übertragen, sie kann sie aber mit Hilfe Dritter erfüllen, z.B. ihre Durchführung auf Private übertragen (**Durchführungsprivatisierung**). Die Nrn. 3 bis 7 der nachstehenden Hinweise betreffen die Zusammenarbeit mit Privaten in diesem Rahmen.

Besteht die Pflichtaufgabe einer Kommune darin, eine „erforderliche“ Einrichtung zu betreiben, kann die Existenz der entsprechenden Einrichtung eines Dritten ein Tätigwerden der Kommune entbehrlich machen. In diesen Fällen kann auch die Privatisierung einer bestehenden kommunalen Einrichtung in Frage kommen (**Einrichtungsprivatisierung**), s. dazu für den Bereich der Trinkwasserversorgung Nummer 8 der Hinweise.

Den Ausführungen zur Zusammenarbeit mit Privaten sind im Hinblick auf den größeren Umfang entsprechender Projekte (z.B. Kläranlagen, Anlagen der Abfallentsorgung, Kindergärten) Hinweise zur Planung und Projektsteuerung vorangestellt (Nrn. 1 und 2).

Die Hinweise behandeln vor allem allgemeine rechtliche Fragen, die mit der Einbeziehung Privater in die Erfüllung kommunaler Aufgaben unabhängig vom Inhalt der Aufgabe verbunden sind. Über die fachliche Eignung der verschiedenen Modelle für die Erfüllung konkreter Aufgaben und die fachlichen Anforderungen ist für jeden Aufgabenbereich gesondert zu entscheiden.

Soweit Projekte der Abfallentsorgung betroffen sind, wird zusätzlich zu den nachstehenden Hinweisen auf die im Auftrag des Staatsministeriums für Landesentwicklung und Umweltfragen erstellte Projektstudie „Privatisierung kommunaler Abfallentsorgungsanlagen“ verwiesen. Die Studie ist beim Staatsministerium für Landesentwicklung und Umweltfragen erhältlich.

Hinweise für die Gemeinden gelten entsprechend für die Landkreise, Bezirke, Verwaltungsgemeinschaften und Zweckverbände.

1 Planung

Haushaltsrechtliche Grundlage der Planung ist der Grundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung. Für die Planung kommunaler Investitionen gilt im Einzelnen § 10 der Verordnung über das Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen der Gemeinden, der Landkreise und Bezirke (Kommunalhaushaltsverordnung - KommHV). Auf diese Bestimmung und die zu ihr erlassenen Verwaltungsvorschriften (VVKommHV, Bekanntmachung vom 10. Dezember 1976, MABI S. 1079, geändert durch Bekanntmachung vom 7. September 1983, MABI S. 770) wird hingewiesen.

Gemäß § 10 Abs. 2 KommHV soll vor dem Beschluss über Investitionen von erheblicher finanzieller Bedeutung die wirtschaftlichste Lösung unter mehreren in Betracht kommenden Möglichkeiten ermittelt werden; dabei sind die Anschaffungs- und Herstellungskosten und die Folgekosten, d.h. die Gesamtkosten miteinander zu vergleichen (s. auch Nr. 2.4 der Bekanntmachung vom 24. Mai 1995, AIIIMBI S. 506, geändert durch Bekanntmachung vom 29. Januar 1996, AIIIMBI S. 90).

In der Vorplanungsphase sollen die Kommunen die nach der HOAI im Grundleistungskatalog der Planer enthaltene Untersuchung alternativer Lösungsmöglichkeiten verlangen. In geeigneten Fällen sollen sie auch **Alternativplanungen** nach grundsätzlich geänderten Anforderungen erstellen und technisch und

wirtschaftlich bewerten lassen, um Baukosten zu minimieren. Für den Kostenvergleich bei wasserwirtschaftlichen Anlagen sind die von der Länderarbeitsgemeinschaft Wasser herausgegebenen „Leitlinien zur Durchführung von Kostenvergleichsrechnungen“ (erhältlich bei der Geschäftsstelle der Länderarbeitsgemeinschaft Wasser, Salvador-Allende-Str. 78-80e, 12559 Berlin) heranzuziehen; diese können auch zum Wirtschaftlichkeitsvergleich anderer Anlagen verwendet werden.

Um besser feststellen zu können, welche Möglichkeiten in Betracht kommen, empfiehlt es sich, für größere Vorhaben Ideenwettbewerbe zu veranstalten. Bei einem **Ideenwettbewerb** werden mehrere Planungsbüros zu einem Vorentwurf mit dem Ziel aufgefordert, den vorgegebenen Leistungskatalog mit einem Minimum an Kosten einschließlich der Folgekosten zu erreichen. Auf Art. 13 der Dienstleistungsrichtlinie (Richtlinie 92/50/EWG des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge vom 18. Juni 1992, geändert durch Richtlinie 92/52/EG vom 13. Oktober 1997, ABI Nr. L 209 vom 24. Juli 1992, S. 1, geändert durch Richtlinie 97/52/EG, ABI Nr. L 328 vom 28.11.1997, S. 1) wird hingewiesen.

Die Ausführungsplanung muss als Grundlage der Ausschreibung so detailliert sein, dass sie eine hinreichend genaue Erfassung der Bauteile und Mengen zulässt. Als Alternative hierzu kommt eine Ausschreibung aufgrund einer Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm (s. u. Nr. 5.4.1) in Betracht.

2 Projektsteuerung

Die Einsetzung eines Projektsteuerers kann sich für Großprojekte empfehlen, die die Kommunen in eigener Trägerschaft errichten. Der Projektsteuerer soll für seinen kommunalen Auftraggeber Koordinierungs-, Kontroll- und Kostenüberwachungsaufgaben wahrnehmen und damit einen zügigen und reibungslosen Ablauf der Baumaßnahme zu den veranschlagten Kosten gewährleisten.

Die Einschaltung eines Projektsteuerers kommt vor allem in Betracht, wenn

- die Kommune keine leistungsstarke eigene Bauverwaltung besitzt,
- viele Projektbeteiligte koordiniert und überwacht werden müssen,
- das Bauvorhaben einen hohen Schwierigkeitsgrad aufweist und
- das Kostenvolumen über 5 Mio. Euro (9 779 150 DM) liegt.

Die förderrechtlichen Voraussetzungen sind mit der Bewilligungsstelle zu klären.

3 Grundsätze für die Wahl besonderer Formen der Finanzierung oder Betriebsführung

3.1 Allgemeines

Für die Zusammenarbeit zwischen Kommunen und Privaten bei der Finanzierung und Ausführung kommunaler Projekte oder beim Betrieb kommunaler Einrichtungen stehen die üblichen Wege und Rechtsformen (insbesondere Kreditfinanzierung) nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften zur Verfügung.

Im Übrigen kommen aus einer Vielzahl von Finanzierungs- und Organisationsformen als typische **Sonderformen** vor allem in Frage

- Leasing (Nr. 4)
- Betreibermodelle (Nr. 5)
- Betriebsführungs- oder Dienstleistungsmodelle (Nr. 6)
- Städtebauliche Verträge (Nr. 7).

3.2 Kriterien

Soweit keine besonderen gesetzlichen Vorschriften bestehen, können die Kommunen **grundsätzlich eigenverantwortlich** über die Finanzierung, Ausführung und Organisationsform ihrer Einrichtungen entscheiden. Sie haben dabei neben dem öffentlichen Zweck, dem die Einrichtung dient, vor allem das **Gebot der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung (Art. 61 Abs. 2 Satz 1 GO)** zu beachten. Dieses Gebot, das schon bei der Planung der kommunalen Einrichtung zu berücksichtigen ist, gilt auch für die Finanzierung, Ausführung und die Organisationsform. Die Belastung des Haushalts der Kommune und auch die des Bürgers ist möglichst gering zu halten. Die erforderliche Leistung muss quantitativ wie qualitativ gewährleistet und der Zugang der Bürger zu ihr auf Dauer sichergestellt sein. Den Kommunen wird empfohlen, sich bei der Bewertung der Kriterien (vor allem beim Wirtschaftlichkeitsvergleich) durch geeignete Stellen beraten zu lassen.

Der in die Aufgabenerfüllung einbezogene Private muss außerdem die nach dem Inhalt der Aufgabe erforderlichen persönlichen Voraussetzungen (z.B. Zuverlässigkeit, fachliche Eignung, finanzielle Leistungsfähigkeit) mitbringen.

3.2.1 Wirtschaftlichkeitsvergleich

Das Gebot der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung verlangt, dass die Wahl einer besonderen Finanzierungs- oder Betriebsform **ein mindestens ebenso wirtschaftliches Ergebnis** erwarten lässt wie das herkömmliche Verfahren. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Einrichtung bei gleichem Leistungsumfang und gleicher Leistungsqualität zumindest ebenso wirtschaftlich errichtet und betrieben werden kann.

Bei dem Vergleich sind vor allem Fragen der Finanzierung, steuerliche Auswirkungen, mögliche Rationalisierungseffekte, Organisationsvorteile und Optimierungsmöglichkeiten bei Planung, Bau und Betrieb der Einrichtung zu berücksichtigen. Dem Wirtschaftlichkeitsvergleich sind gleiche Kalkulationsmethoden zugrunde zu legen, auch müssen die Leistungen eines Privaten und der Kommune vergleichbar sein. Besondere Risiken, etwa im Fall von Nr. 3.2.5.2, sind zu berücksichtigen. Insgesamt lässt das Gebot der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung den Kommunen einen nicht unerheblichen Entscheidungs- und Ermessensspielraum.

Der Wirtschaftlichkeitsvergleich ist auf der Grundlage der durch Ausschreibung ermittelten Angebote einerseits und eines wettbewerblich vergleichbaren Konzepts für die Durchführung des Projekts durch die Kommune (z.B. Finanzierung über Kommunaldarlehen, Führung als Regie- oder Eigenbetrieb) andererseits vorzunehmen. Wegen des Zusammenhangs mit dem Vergabeverfahren können Konsequenzen aus dem Wirtschaftlichkeitsvergleich (z.B. eine Aufhebung der Ausschreibung) nur unter Beachtung des Vergaberechts gezogen werden. Nach § 26 VOB/A beziehungsweise § 26 VOL/A darf die Ausschreibung nur unter den dort genannten Voraussetzungen aufgehoben werden. Die Kommune sollte daher ein Verfahren wählen, das ihren Entscheidungsspielraum möglichst wenig einschränkt (z.B. das unter Nr. 5.4.1 Absatz 3 empfohlene Verfahren).

3.2.2 Finanzwirtschaftliche Kriterien

Die Kommunen können Finanzierungsmittel zumindest ebenso einfach und günstig beschaffen wie Private. Die Aufnahme von Krediten für Investitionen für kostenrechnende Einrichtungen steht grundsätzlich mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde im Einklang; gegen die Gesamtgenehmigung der Kreditaufnahme im Rahmen des Art. 71 Abs. 2 GO bestehen insoweit keine Bedenken. Die Gemeinde soll die Gebühren für die Benutzung der Einrichtung gemäß Art. 8 Abs. 2 Satz 1 KAG so bemessen, dass auch die so genannten kalkulatorischen Kosten (angemessene Abschreibungen und angemessene Verzinsung des Anlagekapitals) voll gedeckt werden. Wird der Schuldendienst so festgelegt, dass er aus den Gebührenerlösen für die kalkulatorischen Kosten erbracht werden kann (insbesondere Laufzeitkongruenz), dann werden allgemeine Haushaltsmittel auch nicht zeitweilig beansprucht. Die Gemeinde kann auch Beiträge (und schon Vorauszahlungen auf Beiträge) nach Art. 5 KAG erheben.

Vorteile durch einen möglicherweise zulässigen Vorsteuerabzug werden in der Regel durch steuerliche Nachteile überlagert (s. Nr. 5.8.1.1).

3.2.3 Verpflichtungsermächtigungen

Sonderfinanzierungsformen bedeuten keine Entlastung der Haushalte und schaffen keine zusätzlichen Haushaltsspielräume, sondern verschieben die Finanzierungslasten ebenso wie die Kreditfinanzierung auf die Zukunft. Sie führen wie diese zu einer regelmäßigen, langfristigen Haushaltsbelastung. Bei Sonderfinanzierungsformen sind Verpflichtungsermächtigungen nach Art. 67 GO und § 9 KommHV haushaltsmäßig zu veranschlagen, wenn das Investitionsobjekt nach Vertragsablauf in das Eigentum der Kommune übergeht und die Entgeltzahlungen der Kommune laufende Tilgungsleistungen enthalten.

3.2.4 Allgemeine zuwendungsrechtliche Fragen

Kommunale Projekte unter Einsatz privaten Kapitals sind nach Maßgabe der jeweils geltenden Förderrichtlinien grundsätzlich dann förderfähig, wenn der Einsatz privaten Kapitals weder für den Bürger noch für den Staat zu höheren Belastungen als bei einer herkömmlichen Kreditfinanzierung führt und auch bei dieser Gestaltungsform ein zuverlässiger Aufgabenvollzug dauerhaft gewährleistet ist. Aufwendungen, die nicht auf Eigentumserwerb gerichtet sind, können nicht gefördert werden. Die Förderung von Leasing wird hierdurch weitgehend ausgeschlossen. Zur Förderung von Betreibermodellen s. im Einzelnen Nr. 5.6.

Bei der Bemessung der Förderung ist zu berücksichtigen, dass die Umsatzsteuer, soweit sie nach § 15 UStG als Vorsteuer abziehbar ist, nicht zu den zuwendungsfähigen Ausgaben gehört (vgl. Nr. 2.6 VVK, Anlage 3 zu Art. 44 BayHO).

3.2.5 Genehmigungspflichten

3.2.5.1

Soweit besondere Finanzierungsverfahren **Rechtsgeschäfte sind, die einer Kreditaufnahme wirtschaftlich gleichkommen**, muss die Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde gemäß Art. 72 Abs. 1 GO eingeholt werden. Genehmigungspflichtig ist danach vor allem der Abschluss von Immobilienleasingverträgen sowie von Betreiberverträgen, wenn der Leasinggeber oder Betreiber die von ihm vorfinanzierten Errichtungskosten über das laufende Entgelt gegenüber der Gemeinde verrechnet und die Anlage nach Ablauf des Vertrags auf die Gemeinde übergehen soll oder der Vertrag sich auf die voraussichtliche Lebensdauer der Anlage erstreckt.

Die Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn

- die übernommenen Verpflichtungen mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde in Einklang stehen (Art. 72 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 71 Abs. 2 GO),
- die Gemeinde durch die besondere Finanzierungsart wirtschaftlich insgesamt mindestens ebenso günstig fährt wie bei der herkömmlichen Kreditfinanzierung und gegenüber allen mit der besonderen Finanzierungsart verbundenen Risiken voll abgesichert ist (Nr. 8.2 der Bekanntmachung über das Kreditwesen der Kommunen vom 5. Mai 1983, MABI S. 408). Indexklauseln und Wertsicherungsklauseln, aus denen sich für die Gemeinde zusätzliche Belastungen gegenüber einer herkömmlichen Kreditfinanzierung ergeben können, dürfen grundsätzlich nicht vereinbart werden. Soweit solche Klauseln kommunalrechtlich ausnahmsweise vertretbar sind, wird auf die Genehmigungspflicht gemäß § 2 Abs. 1 Preisangaben- und Preisklauselgesetz hingewiesen,
- die steuerrechtlichen Fragen im Einzelfall durch die Finanzverwaltung geklärt sind,
- durch das Verfahren nicht eine staatliche Förderung des Objekts verloren geht und sich hierdurch trotz möglicher anderer Vorteile im Ergebnis eine zusätzliche Belastung gegenüber einer herkömmlichen Kreditfinanzierung ergibt.

3.2.5.2

Übernimmt die Gemeinde gegenüber einer Bank eine **Garantiefunktion**, um die Kreditkonditionen für den Betreiber so günstig wie möglich zu gestalten, bedarf der Abschluss des Garantievertrags der Genehmigung (Art. 72 Abs. 2 Satz 2 GO).

3.2.5.3

Auch die **Bestellung von Sicherheiten** durch die Gemeinde zugunsten Dritter, z.B. die Mithaftung eines gemeindlichen Grundstücks für Grundpfandrechte an dem Erbbaurecht eines Betreibers (vgl. § 18 ErbbauVO), ist genehmigungspflichtig (Art. 72 Abs. 3 GO).

4 Leasing

4.1 Grundzüge

Leasing ist die langfristige Vermietung von beweglichen und unbeweglichen Investitionsgütern. Die Objekte werden vom Leasinggeber häufig nach den Bedürfnissen und Vorstellungen des Leasingnehmers angeschafft oder hergestellt. Die Dauer des Vertrags und die Höhe der Mietraten werden so bemessen, dass der Leasinggeber während der Mietdauer seine Investitionskosten aus den Mieten ganz oder doch zum überwiegenden Teil amortisieren kann. Dem Leasingnehmer wird häufig ein Kaufrecht am Mietobjekt eingeräumt, das er bei Beendigung des Mietvertrags ausüben kann.

Die Miete setzt sich zusammen aus

- Zinsen und Amortisationen für das vom Leasinggeber eingesetzte Kapital,
- Zuschlag für Kosten, Risiko und Gewinn des Leasinggebers.

Die Kosten des Mietobjekts (Abgaben, Versicherungen usw.) werden dem Leasingnehmer meist gesondert in Rechnung gestellt. Instandhaltung und Unterhalt werden in der Regel vom Leasingnehmer übernommen.

Grundsätzlich besteht beim Leasing kein unternehmerisches Engagement des Kapitalgebers, der lediglich auf eine regelmäßige und gute Verzinsung bedacht ist. Wird die Anlage durch eine Leasinggesellschaft errichtet, können sich Vorteile ergeben, die bei der Beurteilung zu berücksichtigen sind.

4.2 Immobilienfonds

Leasing ist auch auf der Grundlage eines **geschlossenen Immobilienfonds** möglich. Zur Finanzierung und Errichtung des vorgesehenen Objekts wird nach dem Modell des geschlossenen Immobilienfonds eine Fondsgesellschaft gegründet. Diese finanziert die Investitionsmaßnahme - zumindest zum Teil - aus dem Verkauf von Anteilszertifikaten. Wenn das für das Objekt vorgesehene Eigenkapital aufgebracht ist, wird der Fonds geschlossen. Die Fondsgesellschaft verleast das Objekt nach Fertigstellung an die Kommune. Die Finanzierung über einen geschlossenen Immobilienfonds unterscheidet sich vom üblichen Finanzierungsleasing vor allem durch die Art der Kapitalbeschaffung. Während sich Leasinggesellschaften nahezu ausschließlich über Fremdkapital finanzieren, wird bei einem Immobilienfonds ein wesentlicher Anteil des benötigten Kapitals über den Verkauf der Anteilszertifikate als Eigenkapital des Fonds aufgebracht. Dadurch werden die Käufer der Anteilszertifikate zu Miteigentümern des Objekts und können steuerlich unter Umständen (s. u.) wie Mitunternehmer der Fondsgesellschaft behandelt werden. Das bringt den Anteilsinhabern steuerliche Vorteile und soll sie veranlassen, mit einer geringeren Rendite ihres Anlagekapitals (vor Steuern) zufrieden zu sein.

4.3 Vergaberecht

Mobilien-Leasing zählt zu den Lieferaufträgen (§ 1a Nr. 2 Abs. 1 VOL/A). Die Kommunen haben die Vergabe von Lieferaufträgen grundsätzlich auszuschreiben (§ 31 Abs. 1 KommHV). Bei Lieferaufträgen ab einem geschätzten Auftragswert (ohne Umsatzsteuer) von 200 000 Euro (391 166 DM) sind die Kommunen verpflichtet, eine europaweite Ausschreibung durchzuführen (§ 98 Nr. 1 GWB in Verbindung mit § 4 der Vergabeverordnung - VgV - vom 9. Januar 2001, BGBl I S. 110). Unterhalb des Schwellenwerts von 200 000 Euro besteht für die Kommunen keine Pflicht, die Basisparagraphen der VOL/A anzuwenden, so dass in diesem Bereich nur die grundsätzliche Ausschreibungspflicht nach § 31 Abs. 1 KommHV gilt.

Bei Leasing im unmittelbaren Zusammenhang mit der Erbringung von Bauleistungen haben die Kommunen dagegen eine Ausschreibung nach VOB/A durchzuführen (§ 31 Abs. 2 KommHV in Verbindung mit Nr. 1.1.1 der Bekanntmachung vom 24. Mai 1995, AllMBI S. 506, geändert durch Bekanntmachung vom 20. Januar

1996, AllMBl S. 90); ab einem Schwellenwert von 5 000 000 Euro (9 779 150 DM) ist europaweit auszuschreiben (§ 98 Nr. 1 GWB in Verbindung mit § 6 VgV).

4.4 Steuerrecht

Da Leasing wie jede Sonderfinanzierung Vorteile aus steuerlichen Konstruktionen ableitet, ist im Einzelfall eine Aussage des Staatsministeriums der Finanzen zur steuerlichen Unbedenklichkeit notwendig.

Keine steuerlichen Vorteile bietet das so genannte **Spezialleasing** (s. das nachfolgende Merkblatt des Staatsministeriums der Finanzen).

5 Betreibermodell

Von einem Betreibermodell wird gesprochen, wenn eine Kommune einem in der Rechtsform des Privatrechts tätigen Dritten (dem „Betreiber“) die Durchführung einer gemeindlichen Aufgabe durch den Bau und den Betrieb einer Anlage überträgt.

Grundidee des Betreibermodells ist es, Planung, Finanzierung, Bau und Betrieb der Anlage als aufeinander abgestimmte Leistungen auszuschreiben und dadurch die Anbieter zur Vorlage einer möglichst kostengünstigen Gesamtkonzeption zu veranlassen.

5.1 Grundzüge

Anlagen, die als Objekt eines Betreibermodells in Frage kommen (z.B. Abwasserbeseitigungs- oder Abfallentsorgungsanlagen), werden herkömmlicherweise von den Kommunen als Bauherren finanziert und errichtet. Die Planungen erfolgen in der Regel durch ein privates Ingenieurbüro, die Bauleistungen werden nach einer öffentlichen Ausschreibung von privaten Firmen erbracht. Mit der Abnahme der Bauleistungen beziehungsweise dem Ablauf der Gewährleistungsfristen ist die Tätigkeit der beteiligten Firmen beendet. Die Anlagen werden regelmäßig von den Kommunen selbst betrieben.

Nach dem Betreibermodell wird dagegen die Anlage von einem durch Öffentliche Ausschreibung ermittelten Betreiber nicht nur geplant und errichtet, sondern auch selbst finanziert und entweder langfristig (20 bis 30 Jahre) oder auch nur für eine Anlaufphase (Kurzzeitbetreibermodell) in eigener Verantwortung und zum Teil mit eigenem Personal betrieben. Grundlage ist ein **Betreibervertrag**, in der Regel kombiniert mit einer Reihe von **Nebenverträgen** z.B. Erbbaurechtsvertrag, Personalgestellungsvertrag, Schiedsvereinbarung). Die Kommune bestellt dem Betreiber an denjenigen Grundstücken, auf denen die Anlage errichtet wird, ein Erbbaurecht oder übereignet ihm die Grundstücke. Die nachfolgende Darstellung geht davon aus, dass die Anlage im Eigentum des Betreibers steht; die auch denkbare Möglichkeit der Verpachtung der Anlage von der Kommune an den Betreiber ist steuerlich ungünstig.

Es kann auch vorgesehen werden, dass der Betreiber von der Kommune eine bestehende **Altanlage** erwirbt. Die Veräußerung der Anlage verstößt nicht gegen Art. 75 Abs. 1 Satz 1 GO, weil die Gemeinde die Anlage während der Laufzeit des Betreibervertrags nicht zur Erfüllung ihrer Aufgabe braucht. Im Betreibervertrag sollte bereits der **Rückkauf der Anlage** bei Vertragsende geregelt werden. Die Anlage darf nach Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO nur zu ihrem vollen Wert veräußert werden. Der dabei erzielte Veräußerungserlös ist dem Gebührenhaushalt gutzubringen. Die Aufwendungen beim Rückkauf gehören zu den (beitrags- beziehungsweise gebührenfähigen) Anschaffungskosten.

Soweit nicht aufgrund besonderer gesetzlicher Vorschriften Pflichtaufgaben übertragbar sind, ändert die Anwendung des Betreibermodells nichts an der Zuständigkeit der Kommune für die Erfüllung der Pflichtaufgaben. **Übertragbar ist daher grundsätzlich nur die Durchführung**, nicht die Aufgabe selbst. Rechtsbeziehungen bestehen nur zwischen der Kommune und dem Bürger sowie der Kommune und dem Betreiber, der von der Kommune ein privatrechtliches Entgelt für seine Leistungen erhält. Um die kommunale Aufgabenerfüllung sicherzustellen, muss die Kommune während der Laufzeit eines Betreibervertrags ausreichende Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeiten behalten.

5.2 Sonderformen des Betreibermodells

5.2.1 Beteiligungsmodell

Die Gemeinde kann unter den Voraussetzungen von Art. 87 und 92 GO eine **Betreibergesellschaft** gründen, an der sie sich als Gesellschafterin zusammen mit einem privaten Partner beteiligt (**Beteiligungsmodell**, häufig auch als Kooperationsmodell bezeichnet). Das Beteiligungsmodell sichert der Gemeinde einerseits einen stärkeren Einfluss auf die Durchführung der Aufgabe, führt jedoch andererseits zu einer langfristigen Bindung an den privaten Partner.

Die Höhe der Gesellschaftsanteile vereinbart die Gemeinde mit dem Partner nach ihrem Ermessen. Ist sie **Mehrheitsgesellschafterin**, wird der Gesellschaftsvertrag wenigstens zum Teil die üblicherweise einem Betreibervertrag vorbehaltenen Regelungen treffen (auch wenn Einzelheiten des Betreiberverhältnisses wohl nach wie vor in gesonderter Form zu regeln sind). Hat die Gemeinde nur einen **Minderheitsanteil**, ist der Abschluss eines Betreibervertrags erforderlich.

Die Kommunen sind bei Wahl des Beteiligungsmodells in zweierlei Hinsicht an das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gebunden:

- Bei der Auswahl des privaten Mitgesellschafters ist das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 und 2 GWB (s. u. Nr. 5.5.1) und
- bei der Ausgestaltung der Beteiligungsgesellschaft das Kartellverbot des § 1 GWB zu beachten (s. u. Nr. 5.5.2).

5.2.2 Besitz- und Betriebsgesellschaften

Die Betreiberfunktionen müssen nicht von einem Betreiber (z.B. einer Betreibergesellschaft) allein ausgeübt, sondern können auf eine **Besitz- und eine Betriebsgesellschaft** aufgeteilt werden.

So kann die Kommune mit einem Privaten eine Besitzgesellschaft gründen, die mit der Betriebsgesellschaft einen Betriebsführungsvertrag abschließt. Das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 und 2 GWB ist hier sowohl bei der Auswahl des privaten Mitgesellschafters für die Besitzgesellschaft (s. u. Nr. 5.5.1) als auch bei der Übertragung der Betriebsführung auf die Betriebsgesellschaft zu beachten. Bei der Ausgestaltung ist zu berücksichtigen, dass die Gesellschafter der Besitzgesellschaft nicht auf dem Markt der Betriebsgesellschaft tätig sein dürfen (§ 1 GWB; s. u. Nr. 5.5.2).

5.3 Fachgesetze

Die Übertragung der Ausführung einer Aufgabe muss nach den für die Aufgabe jeweils geltenden besonderen Vorschriften zulässig sein. So lässt das **Wasserrecht** es ausdrücklich zu, dass die Gemeinden sich zur Erfüllung ihrer Abwasserbeseitigungspflicht (Art. 41b BayWG) Dritter bedienen (§ 18a Abs. 2 Satz 3 WHG).

Vergleichbares gilt für das **Abfallwirtschaftsrecht**:

Die entsorgungspflichtigen Körperschaften können sich zur Erfüllung ihrer hoheitlichen Verpflichtungen Dritter bedienen, wenn diese zuverlässig und sachkundig sind (Art. 3 Abs. 6 BayAbfAlG). Art. 8 Abs. 2 BayAbfAlG spricht ausdrücklich die Möglichkeit an, dass sich die entsorgungspflichtigen Körperschaften zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen auch an Gesellschaften des privaten Rechts beteiligen.

5.4 Vergaberecht

5.4.1 Anwendung durch die Kommune

Dem Abschluss eines Betreibervertrags muss nach dem in § 31 KommHV enthaltenen Grundsatz in der Regel eine **Öffentliche Ausschreibung** auf der Grundlage eines Entwurfs des Betreibervertrags vorausgehen. Soweit auch die Errichtung einer baulichen Anlage Gegenstand des Betreibervertrags sein soll, findet die VOB Anwendung (§ 6 VgV und § 31 Abs. 2 KommHV in Verbindung mit Nr. 1.1.1 der Bekanntmachung vom 24. Mai 1995, AllMBl S. 506, geändert durch Bekanntmachung vom 20. Januar 1996, AllMBl S. 90). Erreichen oder übersteigen die geschätzten Kosten des Bauwerks den Schwellenwert von 5 Mio. Euro (9 779 150 DM), ist EU-weit auszuschreiben (§ 1a Abs. 1 Satz 3 und § 32a in Verbindung mit § 32 VOB/A). Vor Ausschreibung der Bauleistung kann auch ein Ideenwettbewerb (s. o. Nr. 1) durchgeführt werden.

Im Übrigen bietet die VOB mit der **Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm** (§ 9 Nrn. 10 ff VOB/A) eine Möglichkeit, zusammen mit der Bauausführung auch den Entwurf für die Leistung dem Wettbewerb zu unterstellen, um die technisch und wirtschaftlich beste Lösung zu ermitteln. Wegen des den Bietern zu ersetzenden Kostenaufwands für Planungsleistungen ist es zweckmäßig, solche Ausschreibungen nur als Beschränkte Ausschreibung - gegebenenfalls mit vorgeschaltetem Öffentlichem Teilnahmewettbewerb - beziehungsweise als Nichtoffenes Verfahren (§ 8 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 BOV/A) durchzuführen (§ 3 Nr. 3 Abs. 2 Buchst. b, § 3a Nr. 3 VOB/A). Für alle Bieter ist eine angemessene Entschädigung festzusetzen (§ 20 Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 VOB/A). Die Kommune hat allerdings zu beachten, dass dieses Verfahren faktisch mittelständische Unternehmen häufig vom Wettbewerb ausschließen kann.

Eine Ausschreibung verspricht besondere Einspareffekte, wenn Bau und Betrieb der Anlage nach Losen getrennt dem Wettbewerb unterworfen werden. Dies erfordert ein gemeinsames Anbieten der gemeinsam ausgeschriebenen beiden Lose. Der Betrieb der Anlage wird dann folglich nur **als Bedarfsleistung (Eventualleistung)** ausgeschrieben und die losweise getrennte Vergabe wird vorbehalten. Die Bieter werden durch eine solche Ausschreibung veranlasst, den Bau **und** Betrieb im Hinblick auf eine mögliche Betriebsübernahme durch sie möglichst kostengünstig zu konzipieren. Da aber der Betrieb nur als Bedarfsleistung ausgeschrieben wird, kann die Kommune – wenn das deutlich günstiger sein sollte - dem Bieter nur den Bauauftrag geben und die Anlage selbst oder durch einen Dritten betreiben.

5.4.2 Anwendung durch den Betreiber

Den privaten Betreiber können selbst Verpflichtungen aus dem EG-Vergaberecht bei der Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen treffen:

- Ist der Betreiber selbst **öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 2 GWB**, hat er Aufträge nach den Regeln des Abschnitts 2 der VOB/A beziehungsweise VOL/A auszuschreiben.
- Wird der Betreiber als **Baukonzessionär^{*}** im Sinne von § 98 Nr. 6 GWB tätig, hat er seine Absicht, Bauaufträge von mindestens 5 Mio. Euro an Dritte zu vergeben, im Amtsblatt der EG bekannt zu machen (§ 6 VgV in Verbindung mit § 32a VOB/A). Eine weiter gehende Bindung, wie sie in § 32 Abs. 2 VOB/A festgelegt ist, besteht für Baukonzessionäre nicht. Diese Regelung gilt schon nach ihrem Wortlaut nur für die Vergabe einer Baukonzession, nicht aber für die Vergabe eines Auftrags durch den Baukonzessionär. Daher besteht die in § 4 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B enthaltene vertragsrechtliche und über § 10 Nr. 1 Abs. 2 S. 1 VOB/A bestehende Verpflichtung zur Anwendung der VOB mit ihren Teilen A, B und C nicht.
- Betreiber mit einer bloßen **Minderheitsbeteiligung der öffentlichen Hand** oder Betreiber als **reine Privatunternehmen** haben Bauaufträge und Lieferaufträge im so genannten Sektorenbereich (Trinkwasser- oder Energieversorgung oder Verkehrswesen) nach Abschnitt 4 der VOB/A oder der VOL/A (Vergabebestimmungen nach der EG-Sektorenrichtlinie) zu vergeben, wobei von einem Schwellenwert von 5 Mio. Euro im Baubereich (Trinkwasser- oder Energieversorgung oder Verkehrswesen) und von 400 000 Euro (782 332 DM) im Lieferbereich (im Trinkwasser- oder Energieversorgungs- oder Verkehrswesen) auszugehen ist (§ 7 VgV). Abschnitt 4 der VOB/A oder der VOL/A ermöglicht jeweils eine freie Wahl des Vergabeverfahrens.

Bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Sektorenbereich – ab einem Schwellenwert von 400 000 Euro – empfiehlt sich vor allem für Betreibergesellschaften mit öffentlicher Mehrheitsbeteiligung eine unmittelbare Anwendung der EG-Sektorenrichtlinie, um rechtliche Risiken bis zur gesetzlichen Umsetzung der Richtlinie zu vermeiden.

Im Falle einer marktbeherrschenden oder marktstarken Stellung ist der Betreiber bei der Vergabe von Aufträgen unabhängig von vergaberechtlichen Bestimmungen an das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 und 2 GWB gebunden.

5.5 Kartellrecht

5.5.1 Auswahl von Mitgesellchaftern

Für die der Bildung einer Beteiligungsgesellschaft vorausgehende Auswahl eines Mitgesellschafters verlangt das Vergaberecht selbst keine Ausschreibung. Die Notwendigkeit eines wettbewerblichen Auswahlverfahrens ergibt sich jedoch aus dem Kartellrecht.

Im Einzelnen ist zu unterscheiden, ob die Kommune die Mehrheit der Gesellschaftsanteile behalten will und nur einen Minderheitsgesellschafter sucht oder ob sie sich selbst lediglich als Minderheitsgesellschafterin beteiligen möchte.

5.5.1.1 Kommunen als Mehrheitsgesellschafter

Die Kommunen haben bei der Erfüllung von Pflichtaufgaben wie der Abwasser- oder der Abfallentsorgung regelmäßig eine marktbeherrschende beziehungsweise marktstarke Stellung; die Auswahl eines privaten Minderheitsgesellschafters muss daher nach dem Kartellrecht (§ 20 Abs. 1 und 2 GWB) diskriminierungsfrei anhand sachgerechter und objektiver Kriterien erfolgen. Dieses gesetzliche Gebot wird umso sicherer erfüllt, je enger das Auswahlverfahren den Vorschriften des Vergaberechts folgt.

Da die Auswahl des Mitgesellschafters mit der einvernehmlichen Ausarbeitung des Gesellschaftsvertrags verbunden ist, erscheint eine **Freihändige Vergabe mit vorausgegangenem Teilnahmewettbewerb** in entsprechender Anwendung von § 3 Nr. 1 Abs. 4 und Nr. 4 Buchst. h VOL/A zweckmäßig. In der Bekanntmachung sind u. a. anzugeben der Gesellschaftszweck (also Art und Umfang der Tätigkeit, die die Gesellschaft zur Erfüllung einer kommunalen Aufgabe ausüben soll) und die Leistungen (z.B. technisches und wirtschaftliches Wissen), die der Private in die Gesellschaft einbringen soll.

Die Bildung einer Gesellschaft mit einem privaten Minderheitsgesellschafter kann allerdings problematisch sein, soweit die Kosten der von ihr zu betreibenden Einrichtung nicht bekannt sind. Damit besteht die Gefahr, dass diese und somit die Belastung der Bürger höher ausfallen als bei Ausschreibung eines Betreibervertrags.

5.5.1.2 Kommunen als Minderheitsgesellschafter

Die Beteiligung einer Kommune nur mit einem Minderheitsanteil an einer Gesellschaft unterliegt den unter Nr. 5.5.1.1 genannten Anforderungen grundsätzlich nicht. Vergaberechtlich muss die Kommune den zwischen ihr und der Gesellschaft erforderlichen Betreibervertrag gemäß den in Nr. 5.4.1 genannten Regeln ausschreiben.

5.5.2 Ausgestaltung der Beteiligungsgesellschaft

Das Beteiligungsunternehmen muss mit eigenen sächlichen und personellen Mitteln sämtliche Aufgaben erfüllen. Enthält das Beteiligungsunternehmen kooperative Elemente wie die Durchreichung von Aufträgen an die Gesellschafter oder personelle Verflechtungen, so ist der Gesellschaftsvertrag des Beteiligungsunternehmens nach § 1 GWB wegen der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung regelmäßig unwirksam. Die privaten Gesellschafter dürfen sich auf demselben sächlichen und räumlichen Markt, auf dem das Beteiligungsunternehmen tätig ist, nicht mehr betätigen.

5.6 Zuwendungsrecht

Zuwendungsempfänger (Erstempfänger) sind die Kommunen, die die Zuwendung an den privaten Betreiber in öffentlich-rechtlicher Form weiterleiten. Durch die zweckbestimmte Weitergabe erfüllt der Erstempfänger den Zweck der Zuwendung (VVK Nr. 12.1, Anlage 3 zu Art. 44 BayHO). Die Zuwendung darf nur weitergeleitet werden, wenn der Betreibervertrag mindestens über den Zeitraum der förderrechtlichen Bindungsfristen läuft oder wenn sonst sichergestellt ist, dass die geförderte Einrichtung in diesem Zeitraum zweckentsprechend verwendet wird. Der Betreiber muss bereit sein, sich den gleichen förderrechtlichen Auflagen zu unterwerfen wie die Kommune (VVK Nr. 12.2). Die Rechtsverhältnisse zwischen Kommune und privatem Betreiber sind so zu gestalten, dass die Vorteile aus der staatlichen Förderung entsprechend den gesetzlichen Vorschriften (vgl. Art. 8 Abs. 3 KAG) den Beitrags- beziehungsweise Gebührenpflichtigen zugute kommen. Der Betreiber ist danach insbesondere zu verpflichten, auf die Berechnung von Zinsen für den mit Zuschüssen finanzierten Teil der Investitionskosten gegenüber der Kommune insoweit zu verzichten. Bis zum Inkraft-Treten der Neufassung des Art. 8 Abs. 3 KAG am 1. Januar 2000 galt dies

uneingeschränkt auch für Abschreibungen. Seitdem besteht die Möglichkeit, auf zuwendungsfinanzierte Anschaffungs- und Herstellungskosten abzuschreiben (Art. 8 Abs. 3 Satz 4 KAG). Der Betreiber ist allerdings zu verpflichten, hierauf entfallende Abschreibungsbeträge einschließlich einer angemessenen Verzinsung der Einrichtung wieder zuzuführen, d.h. bei künftigen Investitionen die Anschaffungs- und Herstellungskosten um diese Beträge zu kürzen (vgl. Art. 8 Abs. 3 Satz 5 KAG).

5.6.1 Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung

Für Anlagen zur **Wasserversorgung und zur Abwasserbeseitigung** wird auf Nr. 6.2 der Nebenbestimmungen für Zuwendungen zu wasserwirtschaftlichen Vorhaben (Anlage 1 zur RZWas 2000, AllIMBI 2000 S. 447) hingewiesen.

5.6.2 Abfallwirtschaft

Für Betreibermodelle in der **Abfallwirtschaft** gilt Folgendes:

Bei einer Mehrheitsbeteiligung der öffentlichen Hand (insbesondere Kommunen) an der Betreiber- oder Besitzgesellschaft wird die Gesellschaft dem Förderbereich öffentlicher Träger zugerechnet. Sie kann damit selbst Empfänger der staatlichen Finanzierungshilfen sein, soweit solche nach Art. 23 BayAbfAlG noch möglich sind. Auf Nr. 3.3 der Richtlinien für Zuwendungen an öffentliche Träger zu abfallwirtschaftlichen Maßnahmen (RZöAbfall 1991) vom 17. Juli 1991 (AllIMBI S. 548) wird verwiesen.

Liegt keine Mehrheitsbeteiligung der öffentlichen Hand vor, so können Baukostenzuschüsse der Kommune an die Gesellschaft staatlich gefördert (Nr. 5.2.1.5 RZöAbfall 1991) oder der Gesellschaft zinsverbilligte Darlehen aus dem Bayerischen Darlehensprogramm zur Reinhaltung der Luft, zum Schutz vor Lärm oder Erschütterungen und zur ordnungsgemäßen Abfallbeseitigung gewährt werden.

5.7 Kommunalabgabenrecht

Soweit der Betreiber seine Investitionskosten für die von ihm errichtete und finanzierte Anlage auf das laufende Betreiberentgelt umlegt, kann die Gemeinde Beiträge nach Art. 5 KAG zur Refinanzierung des Entgelts nicht erheben. Beiträge können nur dann zulässig sein, wenn der Betreiber der Gemeinde die Investitionskosten gesondert in Rechnung stellt. Dagegen ist eine Refinanzierung des laufenden Betreiberentgelts über Gebühren nach Art. 8 KAG auch hinsichtlich der in dem Entgelt enthaltenen Investitionskosten zulässig. Es ist jedoch zu beachten, dass die im Betreiberentgelt enthaltenen Investitionskosten nicht als kalkulatorische Abschreibungen und Zinsen in die Gebührenrechnung einfließen dürfen, da keine Anschaffungs- oder Herstellungskosten im Sinne von Art. 8 Abs. 3 KAG vorliegen.

Das Aufkommen der Gebühren für die Benutzung der öffentlichen Einrichtungen soll nach dem Kostendeckungsprinzip (Art. 8 Abs. 2 Satz 2 KAG) die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten nicht übersteigen. Das Kostendeckungsprinzip wird nicht dadurch verletzt, dass in den Kosten, die der Betreiber der Kommune in Rechnung stellt und die die Kommune über die Gebühren an die Abgabenschuldner weitergibt, gegebenenfalls ein Wagniszuschlag und ein Gewinnanteil des Betreibers enthalten sind; das gilt auch für eine Eigenkapitalverzinsung in der Betreibergesellschaft. Eine Verletzung des Kostendeckungsprinzips liegt nur vor, wenn die Gebührenkalkulation auf einen Gewinn der Kommune selbst angelegt ist.

5.8 Steuerrecht

Steuerlich sind die Abwasserbeseitigung und die Abfallentsorgung durch die hierzu verpflichteten Körperschaften bisher hoheitliche Tätigkeiten, die weder zu steuerlichen Pflichten (z.B. Körperschaft-, Gewerbe- oder Umsatzsteuerpflicht) noch zu steuerlichen Rechten (z.B. Vorsteuerabzug) führen. Anders ist die Rechtslage, wenn ein privater Unternehmer für die Kommune tätig wird:

5.8.1 Umsatzsteuer

Maßgebend für die umsatzsteuerrechtliche Beurteilung ist das Schreiben des Bundesministers der Finanzen vom 27. Dezember 1990 (Bundessteuerblatt 1991 Teil I S. 81). Zu den hier interessierenden Fragen gilt danach Folgendes:

5.8.1.1 Vorsteuerabzug

Der Betreiber ist zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, es sei denn, das Betreibermodell ist rechtsmissbräuchlich allein zum Zweck der Steuerersparnis gewählt worden (§ 42 AO; vgl. Abschnitt III des o. g. Schreibens des Bundesministers der Finanzen).

Ist der Betreiber zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, verringert sich sein Finanzbedarf während der Bauphase, weil ihm das Finanzamt die für die Investitionen angefallene Umsatzsteuer erstattet. Die Ersparnis beträgt 13,79 % der Gesamtkosten gegenüber herkömmlicher Finanzierung beim Bau durch die Kommune.

Dieser Vorteil geht aber umsatzsteuerlich in der Betriebsphase wieder verloren. Das Betreiberentgelt, das sich aus den Betriebskosten, den Kapitalkosten (= Zins) und dem Gewinnaufschlag zusammensetzt, wird mit Umsatzsteuer belastet. Zu den Betriebskosten gehören auch diejenigen Kosten, die nicht der Umsatzsteuer unterliegen (insbesondere Personalkosten, Versicherungen und ertragsunabhängige Betriebssteuern). Da die Kommune, die das Betreiberentgelt bezahlen muss, nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt ist, ergibt sich durch den Umsatzsteueranteil des Entgelts eine Belastung, die den Vorteil des Vorsteuerabzugs übersteigt.

5.8.1.2 Steuerliche Behandlung von Zuwendungen

Nach dem Betreibermodell leitet die Kommune staatliche Zuwendungen an den Betreiber weiter. Das Betreiberentgelt soll sich entsprechend mindern.

Zur steuerlichen Behandlung dieses Verfahrens trifft das o. g. Schreiben des Bundesministers der Finanzen folgende Feststellungen:

„Nach § 10 Abs. 1 Satz 2 UStG gehört zum Entgelt für die Leistung alles, was der Leistungsempfänger aufwendet, um die Leistung zu erhalten, jedoch abzüglich der Umsatzsteuer. Die Zahlungen der Hoheitsträger (= Leistungsempfänger) an den eingeschalteten Unternehmer werden regelmäßig – unabhängig von ihrer Bezeichnung (z.B. als Zuschuss, Investitionskostenzuschuss, Zuwendung, Beihilfe, Verlustabdeckung usw.) und dem Zeitpunkt ihrer Entrichtung – aufgrund des Leistungsaustauschverhältnisses zwischen dem Unternehmen und den Hoheitsträgern entrichtet und sind damit Entgelt für die jeweilige sonstige Leistung (vgl. Abschnitt 150 Abs. 2 UStR) und deshalb weder echte Zuschüsse (vgl. Abschnitt 150 Abs. 4 UStR) noch nicht steuerbare Gesellschafterbeiträge (vgl. Abschnitt 6 Abs. 3 und 4 UStR).

Gleiches gilt unbeschadet der Körperschaftsteuerrechtlichen Beurteilung, wenn Zahlungen (z.B. Zuschüsse eines Landes), auf die **nur der Hoheitsträger** (z. B. eine Gemeinde) einen gesetzlichen oder sonstigen **Anspruch** hat, unter Abkürzung des Zahlungsweges unmittelbar an den eingeschalteten Unternehmer geleistet werden. In diesem Fall liegt rechtlich und wirtschaftlich eine Zahlung an den Hoheitsträger und eine weitere Zahlung des Hoheitsträgers an den eingeschalteten Unternehmer vor.

Beispiel:

Mehrere Gemeinden haben eine GmbH gegründet und diese mit der Errichtung und dem Betrieb einer Müllverbrennungsanlage beauftragt. Die Gemeinden erhalten für den Bau auf Antrag Zuschüsse des Landes (Investitionskostenzuschüsse), die das Land auf Wunsch der Gemeinden unmittelbar auf das Konto der GmbH überweist.

Die Überweisung der Landeszuschüsse an die GmbH ist rechtlich und wirtschaftlich als Zahlung des Landes an die einzelnen Gemeinden und als weitere Zahlung der Gemeinden an die GmbH anzusehen. Die Zahlungen der Gemeinden an die GmbH sind unabhängig von ihrer Bezeichnung als Investitionskostenzuschuss Entgelt für die sonstige Leistung der GmbH (tatsächliche Durchführung der Müllbeseitigung an die Gemeinden.“

Beim Betreibermodell unterliegen somit die staatlichen Zuwendungen als vorweggenommenes Entgelt der Kommune an den Betreiber der Umsatzsteuer.

5.8.1.3 Besonderheiten bei Anlagen der Abfallentsorgung

Im Rahmen der Abfallentsorgung ergeben sich bei der Umsatzsteuer aufgrund der anfallenden Verwertungserlöse und auch der Erbringung von Leistungen an Unternehmen Vorteile im Vergleich zum Betreibermodell bei der Abwasserentsorgung, weil bei der Abfallentsorgung im Gegensatz zur Abwasserentsorgung steuerpflichtige Umsätze auch gegenüber dritten privaten Unternehmen getätigt werden, die ihrerseits vorsteuerabzugsberechtigt sind. Solche Umsatzsteuerpflichtigen Verwertungserlöse werden durch Verkauf von Wertstoffen und Energie an Unternehmen erzielt. Gleiches gilt für die Erbringung von Leistungen an private Unternehmen. Näheres ergibt sich aus der genannten Projektstudie „Privatisierung kommunaler Abfallentsorgungsanlagen“.

Wird die Entsorgungspflicht hinsichtlich hausmüllähnlicher Abfälle aus Gewerbe- und Industriebetrieben gemäß § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG auf den Betreiber übertragen, können die Unternehmen, deren Abfälle vom Betreiber entsorgt werden, die im Entsorgungsentgelt enthaltene Vorsteuer abziehen. Die Unternehmen können auf diese Weise entlastet werden. Durch eine Mischkalkulation der Entgelte kann die Entlastung aber auch auf Unternehmen und private Abfallbesitzer verteilt werden.

5.8.2 Sonstige Steuern

Der Betreiber unterliegt der Gewerbesteuer und abhängig von seiner Rechtsform auch der Einkommen- und Körperschaftsteuer. Die genannten Steuern gehen in das Betreiberentgelt ein. Die Gewerbesteuer wird zwar abzüglich der Gewerbesteuerumlage von der Gemeinde vereinnahmt, führt aber zu Mindereinnahmen im Finanzausgleich. Per Saldo ergibt sich in der Regel keine Verschlechterung.

5.9 Sonstige Vor- und Nachteile

5.9.1 Rationalisierung

Das Betreibermodell kann die kommunale Verwaltung vor allem in der Bauphase entlasten. Anfallende Kommunalabgaben müssen die Kommunen selbst erheben. Durch die Rechtsbeziehungen zwischen Betreiber und Kommune entsteht ein zusätzlicher Verwaltungsaufwand (Kontrollaufgaben der Kommune, Betreiberentgelt). Gleichzeitig fällt aber der Verwaltungsaufwand für den Betrieb einer eigenen Anlage durch die Kommune weg.

Ob der Betreiber durch Spezialisierung und besondere Managementmethoden Rationalisierungsvorteile nutzen kann, die der Kommune nicht auch erreichbar wären, kann nur im Einzelfall festgestellt werden.

Wenn der Betreiber zwar eine bestehende Anlage, nicht aber das gemeindliche Personal übernimmt oder dieses nach Maßgabe eines Personalgestellungsvertrags einsetzt, muss die Kommune angemessene Lösungen für die betroffenen Bediensteten finden.

5.9.2 Monopolstellung des Betreibers, Risiko

Durch den Betreibervertrag bindet sich die Kommune jahrzehntelang an einen Betreiber. Das ist nur vertretbar, wenn der Preisgestaltungsspielraum vertraglich festgelegt wird, die Kommune ein angemessenes Kündigungsrecht für den Fall hat, dass der Betreiber seine Pflichten nicht erfüllt und wenn die Kommune außerdem berechtigt bleibt, die Bauleistungen für Erneuerungs- und Erweiterungsinvestitionen weiterhin selbst nach der VOB auszuschreiben. Im Übrigen muss der Kommune bewusst sein, dass sie durch die lange Dauer des Betreiberverhältnisses eine über die rechtlichen Grundlagen hinausgehende faktische Bindung eingeht, die dem Betreiber eine starke Position bei Verhandlungen über Vertragsänderungen verschafft.

Diese Bindung ist noch stärker, wenn die Kommune gegenüber der Kreditgeberin des Betreibers eine Garantierklärung abgegeben hat. In diesem Fall trägt sie das Konkursrisiko des Betreibers mit.

Die mit der langjährigen Bindung an einen Betreiber verknüpften Probleme können dadurch gemildert werden, dass die Kommune sich an gesellschaftsrechtlichen Konstruktionen auf der Betreiberseite selbst beteiligt (s. Nr. 5.2), um so einen größeren Einfluss auf den Betreiber zu erhalten (s. aber auch Nr. 5.5.1.1 Abs. 3).

6 Betriebsführungsmodell (Dienstleistungsmodell)

Beim Betriebsführungsmodell bleibt die Kommune Eigentümerin und Betreiberin der Anlage, jedoch ist die Betriebsführung einem privaten Unternehmer übertragen, der dafür ein Entgelt erhält. Die Rolle des Privaten beschränkt sich darauf, die Leitung des Betriebs zu übernehmen; er tritt in rechtliche Beziehungen lediglich zur Kommune. Nähere Ausführungen für den Bereich der Abfallwirtschaft können der bereits erwähnten Projektstudie „Privatisierung kommunaler Abfallentsorgungsanlagen“ entnommen werden.

Beim Betriebsführungsmodell bleibt die Kommune Eigentümerin und Betreiberin der Anlage, jedoch ist die Betriebsführung einem privaten Unternehmer übertragen, der dafür ein Entgelt erhält. Die Rolle des Privaten beschränkt sich darauf, die Leitung des Betriebs zu übernehmen; er tritt in rechtliche Beziehungen lediglich zur Kommune. Nähere Ausführungen für den Bereich der Abfallwirtschaft können der bereits erwähnten Projektstudie „Privatisierung kommunaler Abfallentsorgungsanlagen“ entnommen werden.

7 Städtebauliche Verträge

Der Abschluss städtebaulicher Verträge ist in einer Vielzahl von Fallkonstellationen möglich, die erschöpfend mit allen damit zusammenhängenden Rechtsproblemen hier nicht dargestellt werden können. Im Einzelfall kommt für Maßnahmen der Erschließung der Abschluss eines Erschließungsvertrages nach § 124 des Baugesetzbuchs (BauGB), für sonstige städtebauliche Maßnahmen der Abschluss eines städtebaulichen Vertrages nach Maßgabe des § 11 BauGB in Betracht.

8 Privatisierung gemeindlicher Wasserversorgungsanlagen

8.1 Allgemeines

Gemeindliche Trinkwasserversorgungsanlagen können, ebenso wie Abwasserentsorgungsanlagen, Gegenstand eines Betreiber- oder Betriebsführungsmodells sein. Bei Trinkwasserversorgungsanlagen ist darüber hinaus eine weiter reichende Einbeziehung Privater rechtlich möglich. Zwar kann die gemäß Art. 57 Abs. 2 GO bestehende gemeindliche Pflichtaufgabe der Trinkwasserversorgung als solche nicht mit befreiender Wirkung auf Private übertragen werden. Die Verpflichtung der Gemeinden bezieht sich aber nur auf die aus Gründen des öffentlichen Wohls **erforderlichen** Einrichtungen zur Versorgung mit Trinkwasser. Ist die ordnungsgemäße Versorgung durch die Einrichtung eines Dritten sichergestellt, muss die Gemeinde keine eigene Einrichtung aufbauen und betreiben.

Bei Beachtung der in dieser Bekanntmachung dargestellten Kriterien und Voraussetzungen und nach sorgfältiger Abwägung der für und gegen eine Übertragung sprechenden Gesichtspunkte hindert das Kommunalrecht (Art. 57 Abs. 2 und Art. 75 Abs. 1 Satz 1 GO) daher eine Gemeinde nicht, ihre Anlagen einem Privaten zu veräußern, der die Versorgung selbst übernimmt (**Einrichtungsprivatisierung**). Anders als im Fall eines Betreibervertrags wird der Private gegenüber dem Abnehmer nicht als Erfüllungsgehilfe der Gemeinde, sondern **im eigenen Namen** tätig. Die Kriterien gemäß Nr. 3.2 gelten für Einrichtungsprivatisierungen entsprechend.

8.2 Fortbestand der Pflichtaufgabe

Die Pflichtaufgabe der Gemeinde besteht auch in einem solchen Fall fort, ist allerdings nicht unmittelbar auf die Versorgung, sondern nur darauf gerichtet, diese beim Ausfall des Privaten wieder zu übernehmen. Daraus ergibt sich u. a. Folgendes:

- Der Dritte muss sich gegenüber der Gemeinde zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Trinkwasserversorgung verpflichten. So wird die Gemeinde unter dem Gesichtspunkt einer quantitativ und qualitativ gleichwertigen Leistung auch darauf achten müssen, dass neu hinzu kommenden Nutzern der Einrichtung ein diskriminierungsfreier Zugang ermöglicht wird.
- Die Übertragung der gemeindlichen Anlage ist nicht nur als solche an Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO (Verbot von Unterwertveräußerungen) zu messen, es muss auch vertraglich gewährleistet sein, dass die Versorgungsanlagen zu angemessenen Bedingungen auf die Gemeinde zurückübertragen werden, wenn der Dritte die Trinkwasserversorgung nicht mehr oder nicht mehr ordnungsgemäß wahrnimmt.
- Die Gemeinde muss sich entsprechende Mitbestimmungsrechte (etwa für Ausbau-, Sanierungs- und Erhaltungsmaßnahmen) vertraglich einräumen lassen.

Vor einer Entscheidung über die Privatisierung einer Trinkwasserversorgungsanlage hat die Gemeinde nicht nur deren wirtschaftliche Vor- und Nachteile, sondern auch zu berücksichtigen, dass einerseits ihre Einflussmöglichkeiten geringer sind als im Rahmen eines Betreibervertrags, auf der anderen Seite aber ihre Pflichtaufgabe mit entsprechenden Kontroll- und Vorsorgenotwendigkeiten erhalten bleibt. Um dieser Pflicht nachzukommen, ist die vertragliche Absicherung eines hohen Standards der Trinkwasserversorgung erforderlich. Dabei sind das Wohl der Allgemeinheit, die Daseinsvorsorge und der Ressourcenschutz sowie die Bedeutung der öffentlichen Trinkwasserversorgung zu berücksichtigen.

8.3 Berücksichtigung der Interessen des Nutzers

Das Gebot der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit verpflichtet die Gemeinde auch, eine für den Nutzer langfristig günstige Lösung zu wählen. Es darf daher im Vergleich zwischen den bisherigen öffentlich-rechtlichen Gebühren und Beiträgen einerseits und den privatrechtlichen Entgelten und Baukostenzuschüssen andererseits nicht zu höheren Belastungen der Nutzer infolge der Neuorganisation kommen. Insbesondere müssen Doppelbelastungen sowohl durch die Privatisierung als auch durch den Fall ausgeschlossen sein, dass die Gemeinde die Aufgabe wieder selbst übernimmt.

Mit Überführung der Einrichtung von der öffentlichen Hand in die Formen des Privatrechts ist kein Raum mehr für die Anwendung der kommunalabgabenrechtlichen Vorschriften. Insoweit gelten für die Preisgestaltung die Vorschriften der AVBWasserV, insbesondere der Grundsatz des § 315 BGB, der allerdings dem Privaten einen sehr weiten Spielraum lässt. Sofern dadurch Art. 8 Abs. 3 KAG nicht mehr zur Anwendung kommt, muss bei der Überführung einer staatlich geförderten Einrichtung aus zuwendungsrechtlichen Gründen weiterhin das Förderziel gewährleistet sein, dass die Vorteile aus einer eventuell staatlichen Förderung an die Beitrags- und Gebührenpflichtigen weitergegeben werden.

8.4 Wasserrechtliche Konsequenzen

Eine Privatisierung einer Trinkwasserversorgungsanlage ist im Übrigen mit folgenden, von der Gemeinde vor ihrer Entscheidung zu berücksichtigenden wasserrechtlichen Konsequenzen verbunden:

Nach § 7 Abs. 2 beziehungsweise § 8 Abs. 6 WHG geht die wasserrechtliche Gestattung mit der Übertragung der Wasserbenutzungsanlage auf den Privaten als Rechtsnachfolger über, soweit bei der Erteilung der wasserrechtlichen Gestattung nichts Anderes bestimmt ist. Gegebenenfalls kann für den Übergang der Gestattung die Zustimmung des Landratsamtes erforderlich sein. Dieser Übergang hat auch zur Folge, dass der Private dann als Träger des Vorhabens als unmittelbar Begünstigter der Ausweisung des Wasserschutzgebietes nach Art. 74 Abs. 5 und 6 BayWG Entschädigungen und Ausgleichszahlungen nach § 19 Abs. 4 WHG zu leisten hat. Als Betreiber der Anlage hat der Private nach § 2 Abs. 1 EÜV die Aufgaben der Eigenüberwachung wahrzunehmen. Die Überwachungsbefugnisse entsprechend § 21 WHG stehen ihm insoweit als Beliehenem nach Art. 70 Abs. 1 Satz 4 BayWG in Verbindung mit Anhang 1 Dritter Teil der EÜV zu.

8.5 Löschwasserversorgung

Gegenstand einer Einrichtungsprivatisierung können Trinkwasserversorgungsanlagen auch dann sein, wenn sie gleichzeitig der Löschwasserversorgung dienen. Die Vorschrift über die Verpflichtung der Gemeinde in Art. 1 Abs. 2 Satz 2 BayFwG lässt insoweit die gleichen Möglichkeiten zu wie Art. 57 Abs. 2 GO. Die gemeindliche Pflichtaufgabe der Löschwasserversorgung besteht in jedem Fall fort; die Gemeinde muss deshalb in entsprechender Anwendung von Nr. 8.2 dafür sorgen, dass die Löschwasserversorgung im notwendigen Umfang auch nach der Privatisierung aufrechterhalten bleibt.

*) [Amtl. Anm.:] Baukonzessionen sind nach § 32 VOB/A Bauaufträge zwischen einem Auftraggeber und einem Unternehmen (Baukonzessionär), bei denen die Gegenleistungen für die Bauarbeiten statt in einer Vergütung in dem Recht der Nutzung der baulichen Anlage, ggf. zuzüglich in der Zahlung eines Preises, bestehen.