

**Bund/Länder-Arbeitsausschuss
„Haushaltsrecht und Haushaltssystematik“**

**Haushaltsrechtliche und haushaltssystematische Behandlung
von ÖPP-Projekten¹**

Empfehlungen des Bund/Länder-Arbeitsausschusses
„Haushaltsrecht und Haushaltssystematik“

Hinweis für das Land Brandenburg:

Die unter Nummer 6.1 dieser Empfehlung angesprochene **Anlage** „Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten“ ist entsprechend dem Erlass des Ministeriums der Finanzen vom 14. Mai 2007 (ABl. S. 1427) Bestandteil der Verwaltungsvorschriften zur Landeshaushaltsordnung des Landes Brandenburg geworden und als **Anlage zu VV Nr. 2.6 zu § 7 LHO** verortet.

Das unter Nummer 7 genannte **Muster**, in dem ÖPP-Projekte in einer Übersicht gemeinsam mit den privat vorfinanzierten öffentlichen Bauten auszuweisen sind, ist vorliegend in den Verwaltungsvorschriften zur Landeshaushaltsordnung des Landes Brandenburg **dieser Anlage zu VV Nr. 1.4 zu § 17 LHO Bbg** beigefügt.

¹ Entsprechend der vom Bundesgesetzgeber verwendeten Bezeichnung „Öffentlich Private Partnerschaften“ (vgl. Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften vom 1. September 2005 - BGBl. I S 2676) wird einheitlich der Begriff „Öffentlich Private Partnerschaften (ÖPP)“ verwendet. Er ist deckungsgleich mit dem Begriff „Public Private Partnership (PPP)“.

Gliederung

	<u>Seite</u>
Inhaltsverzeichnis	
1 Ausgangslage	4
2 Aufgabenstellung und Zielsetzung	5
3 Grundlagen	5
3.1 Verfassungsrechtliche Grundlagen.....	5
3.2 Einfach gesetzliche Grundlagen	8
3.3 Untergesetzliche Spezialregelungen zur Veranschlagung	9
3.4 Abgrenzung zum Europäischen System Volkswirtschaftlicher Gesamt- rechnungen (ESVG 95)	10
4 Allgemeine Definition von ÖPP	11
5 ÖPP-Modelle	12
5.1 Vertragsmodelle	13
5.1.1 ÖPP-Erwerbermodell	13
5.1.2 ÖPP-Leasingmodell.....	13
5.1.3 ÖPP-Mietmodell.....	14
5.1.4 ÖPP-Inhabermodell	14
5.1.5 ÖPP-Contractingmodell	15
5.2 Gebührenmodelle (Drittnutzerfinanzierung).....	16
5.2.1 ÖPP-Konzessionsmodell mit unmittelbarer Nutzerfinanzierung	16
5.2.2 ÖPP-Konzessionsmodell mit mittelbarer Nutzerfinanzierung	17
5.3 ÖPP-Gesellschaftsmodell	17
6 Haushaltsrechtliche Bewertung	18
6.1 Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei ÖPP-Projekten	18
6.2 Finanzwirtschaftliche Auswirkungen und Folgerungen.....	19
6.3 ÖPP und Kreditaufnahme/Gewährleistung/Verpflichtungsermächtigung ...	19
6.4 Haushaltsrechtliche Handhabung der ÖPP-Modelle	24
6.4.1 Allgemein	24
6.4.1.1 Abgrenzung Investitionen und konsumtive Ausgaben.....	24
6.4.1.2 Vollständigkeit des Haushalts	26
6.4.1.3 Veranschlagung von Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen	26
6.4.1.3.1 Grundsatz.....	26
6.4.1.3.2 Zeitpunkt der Veranschlagung von Ausgaben und Verpflichtungser- mächtigungen	27
6.4.1.4 Bauunterlagen beziehungsweise Planungsunterlagen für größere Be- schaffungen	31
6.4.1.5 Sonstige haushaltsrechtliche Vorschriften im Rahmen der Haushalts- führung	32
6.4.1.5.1 Öffentliche Ausschreibung.....	32
6.4.1.5.2 Veräußerung von Vermögensgegenständen	33
6.4.1.5.3 Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen.....	33
6.4.2 Veranschlagungsfragen der einzelnen ÖPP-Modelle.....	33
6.4.2.1 ÖPP-Erwerbermodell	34

Gliederung

	<u>Seite</u>
Inhaltsverzeichnis	
6.4.2.2 ÖPP-Leasingmodell.....	36
6.4.2.3 ÖPP-Mietmodell.....	37
6.4.2.4 ÖPP-Inhabermodell	37
6.4.2.5 ÖPP-Contractingmodell	38
6.4.2.6 Gebührenmodelle (Drittnutzerfinanzierung).....	40
6.4.2.6.1 ÖPP-Konzessionsmodell mit unmittelbarer Nutzerfinanzierung	40
6.4.2.6.2 ÖPP- Konzessionsmodell mit mittelbarer Nutzerfinanzierung	41
6.4.2.7 ÖPP-Gesellschaftsmodell.....	43
7 Fazit.....	44
Anlage	

1 Ausgangslage

Öffentlich Private Partnerschaften (ÖPP) – oder **Public Private Partnerships (PPP)** - sind ein wichtiger Baustein bei der Modernisierung unseres Staatswesens auf allen staatlichen Ebenen. In Weiterentwicklung der privaten Vorfinanzierungsmodelle² tritt bei einer ÖPP-Maßnahme eine Lebenszyklusbetrachtung in den Mittelpunkt, wonach nicht nur die Investition als solche betrachtet wird, sondern z.B. bei einer Immobilie neben der Planung und dem Bau (beziehungsweise der Sanierung) auch die Finanzierung, der Betrieb und gegebenenfalls die Verwertung der öffentlichen Einrichtung.

Mit dem Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften vom 1. September 2005 (BGBl. I S. 2676) wurden gesetzliche Rahmenbedingungen geschaffen, die Hemmnisse und Unklarheiten beseitigen, die die Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften in Deutschland bisher erschwert haben. Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz regelt in Artikel 4 für den Bund durch eine Änderung des § 63 BHO, dass die Veräußerung von unbeweglichen Vermögensgegenständen unter bestimmten Voraussetzungen möglich ist, auch wenn diese zur Erfüllung der Aufgaben des Bundes noch benötigt werden. Die Veräußerung ist dann zulässig, wenn im Einzelfall die Nutzung des Vermögensgegenstandes für die Aufgaben des Bundes langfristig vorgesehen, aber Bundeseigentum hierfür nicht zwingend erforderlich ist und die Aufgaben nachweislich wirtschaftlicher erfüllt werden können. Darüber hinaus stellt eine Änderung des § 7 BHO klar, dass bei Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen eine sich ergebende Risikoverteilung angemessen zu berücksichtigen ist. Es wird geprüft, ob die Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften im Zuge eines ÖPP-Vereinfachungsgesetzes weiter verbessert werden können.

Ausgehend vom ÖPP-Beschleunigungsgesetz des Bundes haben mehrere Länder Prüfungen mit dem Ziel eingeleitet, ihre Landeshaushaltsordnungen beziehungsweise sonstige Rechtsvorschriften zur Erleichterung von ÖPP-Projekten zu ändern. Einige dieser Länder bereiten konkrete Gesetzgebungsverfahren vor. In diesem Rahmen sind u. a. Änderungen der §§ 7 und 63 der Landeshaushaltsordnungen denkbar.

² vgl. dazu Ergebnisse der Sitzung des Bund/Länder-Arbeitsausschusses „Haushaltsrecht und Haushaltssystematik“ am 8./9. Mai 1996 „**Private Vorfinanzierung öffentlicher Investitionen**“

2 Aufgabenstellung und Zielsetzung

Aufgabe des Bund/Länder-Arbeitsausschusses „Haushaltsrecht und Haushaltssystematik“ ist die Koordinierung und Fortentwicklung haushaltsrechtlicher und haushaltssystematischer Vorschriften von Bund und Ländern auf der Grundlage des § 1 HGrG. Der Arbeitsausschuss gibt in diesem Rahmen keine verbindlichen Vorgaben, sondern erarbeitet Empfehlungen. Soweit Verwaltungsvorschriften betroffen sind, müssen diese anschließend für den Bund und für die Länder jeweils gesondert in die Regelwerke umgesetzt werden. Das HGrG regelt das staatliche Haushaltsrecht. Insoweit ist auch der Aufgabenbereich des Bund/Länder-Arbeitsausschusses „Haushaltsrecht und Haushaltssystematik“ auf diesen Bereich beschränkt. Das kommunale Haushaltsrecht ist Landesrecht im Zuständigkeitsbereich der Innenministerien.

Ziel dieser Darstellung ist, für Bund und Länder einheitliche Grundsätze für die Veranschlagung von Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen wie auch die Nutzung sonstiger haushaltsrechtlicher Instrumente im Zusammenhang mit ÖPP einschließlich der haushaltssystematischen Einordnung zu schaffen. Dabei wird ebenfalls auf den Ausweis der durch ÖPP-Projekte hervorgerufenen langfristigen Belastungen der Haushalte zu achten sein. Schließlich soll ein etwaiger Änderungsbedarf des geltenden Regelwerks dargestellt werden.

3 Grundlagen

3.1 Verfassungsrechtliche Grundlagen

Durch die Veranschlagung von ÖPP-Projekten in den Haushalten von Bund und Ländern werden dieselben Grundgesetzbestimmungen und vergleichbaren Bestimmungen in den Länderverfassungen berührt wie bei der Veranschlagung sonstiger Ausgaben; insbesondere sind zu nennen:

- *Art. 109 Abs. 2 GG (Bund und Länder haben bei ihrer Haushaltswirtschaft den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen.)*
- *Art. 110 Abs. 1 GG (Alle Einnahmen und Ausgaben des Bundes sind in den Haushaltsplan einzustellen; dieser Grundsatz kann insbesondere auch durch die Art der Darstellung im Haushalt betroffen sein).*

- *Art. 115 Abs. 1 GG (Begrenzung der Kreditaufnahme)*

In diesem Kontext sind insbesondere folgende Entscheidungen zu nennen:

➤ *BVerfG vom 18. April 1989 (BVerfGE 79, 311)*

Aus den Leitsätzen:

„Der Investitionsbegriff des Art. 115 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 GG kann jedenfalls nicht weiter verstanden werden als in der bisherigen Staatspraxis, die `Baumaßnahmen´ und `Sonstige Ausgaben für Investitionen und Investitionsförderungsmaßnahmen´ gemäß den Nummern 7 und 8 des Gruppierungsplans nach § 13 Abs. 3 Nr. 2 BHO als Investitionen ansieht.“

➤ *VerfGH Rheinl.-Pfalz vom 20. November 1996 (NVwZ-RR 1998, 145)*

Aus den Leitsätzen:

„Einnahmen eines privaten Unternehmens, das zur Vorfinanzierung öffentlicher Investitionen (Leasing baulicher Anlagen, Mietkauf von Landesstraßen nach dem sog. Mogendorfer Modell) Geldmittel auf dem Kapitalmarkt beschafft, sind keine staatlichen Einnahmen in diesem Sinne.

Zu einer Kreditaufnahme (Art. 117 S. 1 LV = Art. 115 Abs. 1 S. 1 GG), die dem Land auf Zeit Geldmittel zur Haushaltsfinanzierung zuführt oder ihm unmittelbar Haushaltsausgaben erspart, kommt es in den beiden o. g. Fällen privater Vorfinanzierung regelmäßig nicht.

Aus dem übergreifenden Zweck von Art. 116 und 117 LV (= Art. 110 und 115 GG) folgt jedoch, dass die bei privater Vorfinanzierung von Projekten typischerweise einzugehenden Verpflichtungen des Landes zur Leistung von Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren, soweit sie über laufende Geschäfte hinausgehen, nur mit parlamentarischer Ermächtigung eingegangen werden dürfen. Derartige (Verpflichtungs-)Ermächtigungen sind ausdrücklich als solche zu bezeichnen und in einer umfassenden Gesamtübersicht transparent zu machen.“

- *VerfGH Berlin vom 21.03.2003 (NVwZ-RR 2003, 537)*

Aus der Entscheidung:

„Eine Kreditaufnahme liegt damit vor, wenn dem Staat unmittelbar oder mittelbar Geldleistungen zugewandt werden, die er zurückzahlen und in der Regel auch verzinsen muss, die mithin Finanzschulden begründen.“

- *BVerfG vom 17. September 1998 (BVerfGE 99, 57)*

Das Bundesverfassungsgericht hat in der einstweiligen Anordnung entschieden, dass die Einnahmen aus dem Liegenschaftsmodell des Landes Schleswig-Holstein (Übertragung unentbehrlicher Landesliegenschaften an die Investitionsbank mit anschließender Anmietung) bis zu seiner endgültigen Entscheidung wie Einnahmen aus Kredit zu behandeln sind. Nachdem der Gesetzgeber dieser Anordnung durch die Aufhebung der beanstandeten Gesetze ex ante Rechnung getragen hatte, entfiel die Entscheidungsgrundlage für das Bundesverfassungsgericht. Es erklärte das Verfahren für erledigt.

- *BVerfG, 2 BvF 1/04 vom 9. Juli 2007³*

Aus den Leitsätzen:

„Grundlegende Revisionen des Regelungskonzepts der Art. 115 Abs. 1 Satz 2 und Art. 109 Abs. 2 GG bleiben dem verfassungsändernden Gesetzgeber vorbehalten. Im Hinblick auf den in der Normallage entscheidenden Begriff der Investitionen weist der Regelungsauftrag des Art. 115 Abs. 1 Satz 3 GG die Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Tatbestands in erster Linie dem Verantwortungsbereich des Gesetzgebers, nicht dem des Bundesverfassungsgerichts zu. Auch zum Tatbestand einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts bleibt der Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers zu respektieren (Bestätigung von BVerfGE 79, 311).“

³ http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs20070709_2bvf000104.html

3.2 **Einfachgesetzliche Grundlagen**

Bei der Veranschlagung von ÖPP-Projekten sowie im Rahmen der Haushaltsausführung sind insbesondere zu beachten:

§ 6 HGrG, § 7 BHO/LHO

Die Maßnahmen sind an den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu messen.⁴

§§ 5, 22 HGrG, §§ 6, 16, 38 BHO/LHO

Die Vorschriften enthalten Grundsätze für die Veranschlagung von Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen.

§ 10 HGrG, § 13 BHO/LHO

Aus den Vorschriften ergeben sich die Grundlagen für die haushaltssystematische Einordnung. In § 10 HGrG, § 13 BHO/LHO wurde im Jahre 1990 in Umsetzung der Entscheidung des BVerfG vom 18. April 1989 der Investitionsbegriff definiert.

§§ 16, 29 HGrG, §§ 24, 54 BHO/LHO

Die Vorschriften sollen sicherstellen, dass die Entscheidung über die Durchführung insbesondere von Baumaßnahmen oder größeren Beschaffungen auf der Grundlage aller entscheidungsrelevanten Tatsachen erfolgt.

§ 30 HGrG, § 55 BHO/LHO

Diese haushaltsrechtlichen Vorschriften schreiben vor, dass dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen grundsätzlich eine öffentliche Ausschreibung vorauszugehen hat.

⁴ siehe dazu auch Nummer 1

§§ 63, 64, 65 BHO/LHO

§ 63 BHO/LHO regelt den Erwerb und die Veräußerung von Vermögensgegenständen.⁵ Für Grundstücke beziehungsweise für die Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen gelten außerdem § 64 beziehungsweise § 65 BHO/LHO.

Spezielle Regelungen zum Beispiel in den jeweiligen jährlichen Haushaltsgesetzen des Bundes sowie der Länder

Einige Länder haben in ihre jährlichen Haushaltsgesetze spezielle Regelungen zur Durchführung von ÖPP aufgenommen.

3.3 Untergesetzliche Spezialregelungen zur Veranschlagung

Bei der Veranschlagung von ÖPP-Projekten sind insbesondere zu beachten:

Allgemeine Verwaltungsvorschriften zur BHO (VV-BHO) sowie die entsprechenden Verwaltungsvorschriften der Länder (VV-LHO)

Hingewiesen wird insbesondere auf die VV zu den §§ 24, 54 BHO, die für den Bund spezielle Regelungen für die Veranschlagung von Baumaßnahmen und größere Beschaffungen enthalten.

Nähere Bestimmungen über Form und Inhalt der Bauunterlagen werden vor allem durch die Richtlinien für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes im Zuständigkeitsbereich der Finanzbauverwaltungen (RBBau) getroffen. Für die Länder gelten teilweise entsprechende Regelungen.

Verwaltungsvorschriften zur Haushaltssystematik des Bundes (VV-HB) und die entsprechenden Vorschriften der Länder

Hingewiesen wird insbesondere auf die Allgemeinen Hinweise sowie die Verwaltungsvorschriften über die Gruppierung der Einnahmen und Ausgaben des Haushaltsplans nach Arten (Gruppierungsplan; vgl. § 10 HGrG, § 13 BHO/LHO). Die Allgemeinen Hinweise und der Gruppierungsplan werden im Bund/Länder-Arbeitsausschuss „Haushaltsrecht und Haushaltssystematik“ bundeseinheitlich abgestimmt. Die Umsetzung in Verwaltungsvorschriften erfolgt anschließend jeweils gesondert für den Bund und für die Länder (vgl. § 13 Abs. 2 Satz 3 BHO/LHO).

⁵ siehe dazu auch Nummer 1

Für den Fall, dass die Einnahmen oder Ausgaben verschiedener Arten in einem Titel zusammengefasst werden sollen, weil eine Aufteilung nicht vertretbar ist, sehen die Regelungen bei Bund und Ländern übereinstimmend die Zuordnung des Titels nach dem Schwerpunkt vor.

Der abgestimmte Gruppierungsplan enthält derzeit zwar eine gesonderte Gruppierungsnummer für den Erwerb privat vorfinanzierter unbeweglicher Sachen (Gruppe 823); für die Ausweisung von Ausgaben für ÖPP-Projekte sind bisher keine speziellen Gruppen vorgesehen. Auch in den Zuordnungshinweisen zum Gruppierungsplan gibt es für ÖPP-Projekte derzeit keine bundeseinheitlich abgestimmten Hinweise für die Zuordnung zu bestehenden Gruppen.

Die jeweils vom Bund und den Ländern erlassenen Verwaltungsvorschriften für die Gestaltung des Entwurfs ihrer Haushalte (Haushaltstechnische Richtlinie des Bundes/HRB sowie die entsprechenden Richtlinien der Länder)

Die Haushaltstechnischen Richtlinien des Bundes (HRB) enthalten spezielle Veranschlagungsregelungen für Ratenkauf-, Mietkauf- sowie für Leasing-Verträge, die entsprechend den Empfehlungen des Bund/Länder-Arbeitsausschusses „Haushaltsrecht und Haushaltssystematik“ vom 8./9. Mai 1996 „Private Vorfinanzierung öffentlicher Investitionen“ erlassen worden sind.

Sonstige Veranschlagungsregelungen in Verwaltungsvorschriften

Mit dem jährlichen Haushaltsaufstellungsroundschreiben des Bundes werden für den Bereich ÖPP spezielle Regelungen zur haushaltsrechtlichen Handhabung von Contracting-Projekten in Bundesliegenschaften vorgegeben. Einige Länder haben entsprechende Regelungen getroffen.

3.4 Abgrenzung zum Europäischen System Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen (ESVG 95)

Eurostat hat am 11. Februar 2004 eine im Einklang mit dem Europäischen System Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen (ESVG 95) stehende Entscheidung zur Frage getroffen, wie Verträge staatlicher Einheiten, die im Rahmen von Partnerschaften mit nichtstaatlichen Einheiten abgeschlossen werden, in den Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnungen zu verbuchen sind. Eurostat empfiehlt, Vermögenswerte, die Gegenstand einer öffentlich-privaten Partnerschaft sind, nicht als Vermögenswerte des Staates zu klassifizieren und folglich nicht in der Bilanz des

Sektors Staat zu verbuchen, wenn die beiden folgenden Bedingungen erfüllt sind:

- der Private trägt das Baurisiko und
- der Private trägt mindestens entweder das Ausfallrisiko oder das Nachfragerisiko.

Wird das Baurisiko vom Staat getragen oder trägt der private Partner nur das Baurisiko und kein anderes Risiko, werden die Vermögenswerte dagegen als Vermögenswerte des Staates klassifiziert, mit der Folge, dass eine Anrechnung bei der Berechnung der Maastricht-Kriterien erfolgt.

Hinsichtlich des Europäischen Systems Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen (ESVG 95) ist grundsätzlich darauf hinzuweisen, dass sich eine unmittelbare rechtliche Verbindlichkeit aus den Regelungen des ESVG 95 nur für Zwecke des Haushaltsüberwachungsverfahrens in der Europäischen Union ergibt. Haushaltsrechtliche Regeln der Mitgliedstaaten sind davon nicht unmittelbar betroffen. Die nationale haushaltsrechtliche Beurteilung richtet sich nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben sowie den entsprechenden Entscheidungen der Verfassungsgerichte. Danach ist - anders als nach der ESVG-Systematik - der Risikotransfer nicht das allein entscheidende Kriterium zum Beispiel für die Beurteilung, ob eine Kreditaufnahme vorliegt. Da sich die Ausarbeitung des Bund/Länder-Arbeitsausschusses allein mit der nationalen haushaltsrechtlichen und haushaltssystematischen Behandlung von ÖPP-Projekten befasst, wird im Weiteren auf die Verbuchung nach dem ESVG 95 nicht eingegangen. Die Notwendigkeit einer kritischen Bewertung von ÖPP-Projekten im Hinblick auf die Eurostat-Entscheidung vom 11. Februar 2004 bleibt davon unberührt. Des Weiteren ist auf die im Rahmen der Föderalismusreform I vorgenommene Ergänzung des Artikels 109 GG um einen Absatz 5 hinzuweisen. Danach sind Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland aus Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft aufgrund des Artikels 104 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft zur Einhaltung der Haushaltsdisziplin von Bund und Ländern gemeinsam zu erfüllen.

4 Allgemeine Definition von ÖPP

Eine allgemein akzeptierte Definition für den Begriff Öffentlich Private Partnerschaften (ÖPP) gibt es trotz mehrerer Umschreibungsversuche bislang nicht. Unter dem Begriff wird eine Vielzahl unterschiedlicher Ausprägungen von vertraglich geregelten, teilweise auch institutionellen Kooperationen der öffentlichen Hand mit Privaten zusammengefasst. Kernidee ist, durch eine langfristig angelegte Zusam-

menarbeit zwischen öffentlicher Hand und privater Wirtschaft öffentliche Aufgaben effizienter zu realisieren als bisher. Bisher wird das Instrument öffentlich-privater Partnerschaften vorwiegend für Bau- und Infrastrukturvorhaben der öffentlichen Hand eingesetzt. Zunehmend sind aber auch andere Anwendungsbereiche erkennbar. Wesentlich ist bei allen Vorhaben der Lebenszyklusansatz, mit dem die Nutzung einer längerfristigen Investition über ihre gesamte Lebensdauer beziehungsweise die gesamte Vertragslaufzeit hinweg optimiert wird. Dies beinhaltet z.B. bei einer Immobilie das Planen, Bauen, Betreiben, Finanzieren und Verwerten in einem ganzheitlichen Ansatz. Allerdings können die einzelnen Lebenszyklus-Elemente unterschiedlich ausgeprägt sein; bei einigen Modellen können einzelne Lebenszyklus-Elemente überhaupt nicht Vertragsbestandteil sein.

Vor diesem Hintergrund wird nachstehend zunächst eine Kategorisierung nach „Grundtypen“ vorgenommen, anhand derer die hier gestellten Fragen beantwortet werden sollen.

5 ÖPP-Modelle

Die nachstehend aufgeführten ÖPP-Modelle richten sich schwerpunktmäßig aus an dem Gutachten „PPP im öffentlichen Hochbau“ vom August 2003. Die Modelle können entsprechend auch auf andere Bereiche als den Hochbau übertragen werden.⁶

Danach umfassen ÖPP-Projekte als ganzheitliche Modelle Planung, Bau (beziehungsweise Sanierung), Finanzierung, Betrieb und gegebenenfalls auch die Verwertung öffentlicher Hochbau- und Infrastruktureinrichtungen durch Private. Über die entsprechende Anwendung der Empfehlungen in Nummer 6 auf untypische Ausprägungen und Mischformen muss im Einzelfall entschieden werden.

⁶ Im Zuge der Bestrebungen bei Bund und Ländern, ein wirtschaftliches und ganzheitliches Immobilienmanagement zu schaffen, sind vielfach weitgehend eigenverantwortliche, betriebswirtschaftlich geführte Einrichtungen in unterschiedlicher Rechtsform geschaffen worden. Beim Bund wurde zu diesem Zweck zum 1. Januar 2005 mit Gesetz vom 9. Dezember 2004 (BGBl. I S. 3235) die Bundesanstalt für Immobilienaufgaben errichtet. Spätestens am 1. Januar 2012 geht das Eigentum an allen Dienstliegenschaften grundsätzlich auf die Bundesanstalt über. Bereits jetzt sind neue Unterbringungsfälle unter anderem zur effizienteren Nutzung des Immobilienbestandes und der Kostenoptimierung grundsätzlich über die Bundesanstalt abzuwickeln. Bei der Betrachtung von ÖPP-Modellen sind jeweils die mit der Gründung der speziellen Einrichtungen des Immobilienmanagements verbundenen Gegebenheiten zu beachten.

5.1 Vertragsmodelle

5.1.1 ÖPP-Erwerbermodell

Beim ÖPP-Erwerbermodell übernimmt der private Auftragnehmer auf einem in seinem Eigentum stehenden Grundstück Planung, Bau (beziehungsweise Sanierung), Finanzierung und den Betrieb einer Immobilie, die von der öffentlichen Hand genutzt wird (die Laufzeit beträgt in der Regel 20 bis 30 Jahre). Vorab ist geregelt, dass das Eigentum an Grundstück und Gebäude zum Vertragsende auf den öffentlichen Auftraggeber übergeht. Das Entgelt besteht in einer regelmäßigen Zahlung an den Auftragnehmer; es wird bei Vertragsabschluss festgesetzt und besteht aus den Komponenten für Planung, Bau (beziehungsweise Sanierung), Finanzierung, Betrieb („Facility-Management“) und Eigentumsübertragung der Immobilie einschließlich möglicher Zuschläge für den betriebswirtschaftlichen Gewinn, der auch die Risikoübernahme abdeckt. Das Planungs-, Bau- und Finanzierungsrisiko liegt beim Auftragnehmer; beim Auftraggeber liegt in der Regel die Sach- und Preisgefahr während der Betriebsphase sowie das spätere Verwertungsrisiko.

Andere Bezeichnungen beziehungsweise verwandte Modellbezeichnungen:

BOT-Modell (Build-Operate-Transfer, wobei Transfer für Eigentumsübergang am Ende der Vertragslaufzeit steht); Ratenkauf beziehungsweise Mietkauf mit Planungs- und Betreiber-Elementen.

5.1.2 ÖPP-Leasingmodell

Beim ÖPP-Leasingmodell übernimmt der private Auftragnehmer wie beim ÖPP-Erwerbermodell Planung, Bau (beziehungsweise Sanierung), Finanzierung und Betrieb einer in seinem Eigentum stehenden Immobilie.⁷ Anders als beim ÖPP-Erwerbermodell besteht jedoch keine Verpflichtung zur Übertragung des Gebäudeeigentums am Ende der Vertragslaufzeit. Der Auftraggeber hat vielmehr ein Optionsrecht, die Immobilie entweder zurückzugeben oder zu einem vorab fest kalkulierten Restwert zu erwerben. Neben der Kaufoption sind auch Mietverlängerungsoptionen oder Verwertungsabreden möglich. Als Nutzungsentgelt zahlt der Auftraggeber regelmäßige Raten („Leasingraten“) an den Auftragnehmer in einer bei Vertragsabschluss feststehenden Höhe; Bestandteil dieser Raten ist das Entgelt für die (Teil-)Amortisation

⁷ Kennzeichnend gegenüber den üblichen Leasingformen sind die zusätzlichen Betreiberleistungen des Auftragnehmers über die Betriebsphase.

der Planungs-, Bau- und Finanzierungskosten einerseits und den Betrieb („Facility-Management“) andererseits. Der Preis, zu dem der öffentliche Auftraggeber das Eigentum am Ende der Vertragslaufzeit erwerben kann, ist ebenfalls bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses fixiert. Der private Auftragnehmer trägt somit zu den Risiken wie beim ÖPP-Erwerbermodell in der Regel auch die Sach- und Preisgefahr während der Betriebsphase sowie das Verwertungsrisiko. Das Verwertungsrisiko geht nur bei Ausübung der Kaufoption auf den Auftraggeber über.

Andere Bezeichnungen: BOO-Modell (Build-Operate-Own-Modell; der Private bleibt grundsätzlich über die Vertragslaufzeit hinaus Eigentümer des Wirtschaftsgutes); Investorenmodell.

5.1.3 ÖPP-Mietmodell

Das ÖPP-Mietmodell entspricht weitgehend dem Leasing-Modell, jedoch ohne Kaufoption mit zuvor festgelegtem Kaufpreis. Allenfalls kann die Immobilie zu einem im Zeitpunkt des Vertragsablaufs zu ermittelnden Verkehrswert erworben werden. Der Auftraggeber zahlt regelmäßige Beträge an den Auftragnehmer in bei Vertragsabschluss feststehender Höhe; Bestandteil dieser Beträge sind das Entgelt für die Gebrauchsüberlassung („Miete“) und den Betrieb („Facility-Management“). Während der einzelnen Projektphasen liegen die Risiken (einschließlich des Verwertungsrisikos) grundsätzlich beim Auftragnehmer. Je nach Vertragsgestaltung kann die Sach- und Preisgefahr während der Betriebsphase auch beim Auftraggeber liegen.

Andere Bezeichnungen: BOO-Modell (Build-Operate-Own-Modell; der Private bleibt grundsätzlich über die Vertragslaufzeit hinaus Eigentümer des Wirtschaftsgutes); Investorenmodell.

5.1.4 ÖPP-Inhabermodell

Im Unterschied zu den bisherigen drei Vertragsmodellen ist beim ÖPP-Inhabermodell ein Grundstück des Auftraggebers betroffen. Auf diesem wird ein Gebäude neu errichtet oder saniert. Der öffentliche Auftraggeber wird beziehungsweise bleibt daher bereits mit der Errichtung (beziehungsweise Sanierung) Eigentümer des Gebäudes; der Eigentumsübergang ist somit nicht Gegenstand der vertraglich vereinbarten Leistungspflichten des Auftragnehmers. Beim ÖPP-Inhabermodell wird der Bau (beziehungsweise die Sanierung) von Gebäuden mit einem umfassenden „Faci-

lity-Management“ während der anschließenden Betriebsphase kombiniert. Dem privaten Auftragnehmer wird während der Betriebsphase ein umfassendes Nutzungs- und Besitzrecht an der Immobilie eingeräumt werden, damit er eine Rechtsgrundlage für die vereinbarten eigenständig durchzuführenden Tätigkeiten in der Betriebsphase erhält.

Der Leistungsumfang des Auftragnehmers unterscheidet sich nicht von den anderen Modellen. Das Planungs-, Bau- und Finanzierungsrisiko liegt beim Auftragnehmer, während die Risiken während der Betriebsphase in der Regel beim Auftraggeber liegen; das Verwertungsrisiko trägt der öffentliche Auftraggeber, da er bereits bei Projektbeginn Eigentümer ist beziehungsweise wird.

Andere Bezeichnungen beziehungsweise verwandte Modellbezeichnungen:

BTO-Modell (Build-Transfer-Operate, wobei Transfer für Eigentumsübergang auf den öffentlichen Auftraggeber bereits zu Beginn der Vertragslaufzeit steht).

5.1.5 ÖPP-Contractingmodell

Das ÖPP-Contractingmodell erfasst (Ein-)Bauarbeiten und betriebswirtschaftliche Optimierungsmaßnahmen von bestimmten technischen Anlagen oder Anlagenteilen durch den Auftragnehmer in einem Gebäude des öffentlichen Auftraggebers. Die Laufzeit beträgt ca. 5 bis 15 Jahre. Das Entgelt besteht in regelmäßigen, bei Vertragsabschluss festgesetzten Zahlungen zur Abdeckung von Planungs-, Bau-, Finanzierungs- und Betriebskosten des Auftragnehmers. Das Planungs-, Bau- und Finanzierungsrisiko liegt beim Auftragnehmer, während die Risiken während der Betriebsphase i. d. R. beim Auftraggeber liegen; das Verwertungsrisiko trägt der Auftraggeber.

Das ÖPP-Contractingmodell kommt vorwiegend im Energiebereich zum Tragen zur energiewirtschaftlichen Optimierung von Anlagen zu Beginn der Projektphase und eines „Facility-Managements“ während der anschließenden Betriebsphase und wird beim Bund in drei Untermodellen realisiert:

a) Energieliefer-Contracting

Beim Energieliefer-Contracting stellt das Energiedienstleistungsunternehmen sowohl die Heizungs- wie gegebenenfalls auch die Stromerzeugungsanlagen in der Liegenschaft und liefert Wärme beziehungsweise Strom. Es besteht kein separater Vertrag mehr zwischen dem öffentlichen Nutzer und einem Energie-

versorgungsunternehmen.

b) **Energiespar-Contracting**

Bei dieser Variante verpflichtet sich das Energiedienstleistungsunternehmen, Energiesparpotenziale aufzuzeigen und durch entsprechende Investitionen in die Anlagentechnik, deren Überwachung, Steuerung und Instandhaltung für die Einsparung zu sorgen. Die Energieversorgung selbst erfolgt nach wie vor durch separaten Vertrag zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und einem Energieversorger. Die Finanzierung des Contractors ergibt sich wiederum durch die eingesparten Energiekosten.

c) **Energiespar-Contracting mit baulicher Sanierung.**

Beim Energiespar-Contracting mit baulicher Sanierung sind zusätzlich bauliche Veränderungen an der Gebäudehülle vorgesehen.

5.2 Gebührenmodelle (Drittnutzerfinanzierung)

5.2.1 ÖPP-Konzessionsmodell mit unmittelbarer Nutzerfinanzierung

Beim ÖPP-Konzessionsmodell mit unmittelbarer Nutzerfinanzierung (sogenanntes „ÖPP-Konzessionsmodell“) verpflichtet sich der Auftragnehmer, eine bestimmte Leistung auf eigenes wirtschaftliches Risiko unmittelbar an den Bürger zu erbringen. Im Gegenzug erhält er das Recht, seine Kosten über Entgelte oder Gebühren von Nutzern zu finanzieren. Er steht in unmittelbarer vertraglicher Beziehung zu den Nutzern. Die Berechtigung zur Entgelt- oder Gebührenerhebung wird durch Verleihung der Berechtigung zur Erhebung einer Gebühr oder durch Tarifgenehmigung zur Erhebung eines privatrechtlichen Entgelts übertragen. Gegenstand einer Konzession kann sowohl eine Bau- wie auch eine Lieferleistung sein. Hinsichtlich des Eigentumsübergangs zum Vertragsablauf sind unterschiedliche Regelungen möglich (zum Beispiel automatischer Eigentumsübergang auf den Auftraggeber ohne Schlusszahlung, Entschädigung zu einem fest vereinbarten Preis oder zum Verkehrswert, Verlängerungsoption). Der Auftraggeber kann sich gegebenenfalls im Rahmen einer Anschubfinanzierung auch an den Kosten des Auftragnehmers beteiligen oder Zuschüsse zum laufenden Betrieb zusichern. Die Risiken liegen überwiegend beim privaten Auftragnehmer. Charakteristisch für das ÖPP-Konzessionsmodell ist, dass der Auftragnehmer während der Betriebsphase insbesondere das Nutzungsrisiko tragen muss.

In den Bereich der unmittelbar nutzerfinanzierten Konzessionsmodelle fallen die sogenannten F-Modelle (Bau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung von Bundesfernstraßen durch Private) auf Basis des Gesetzes über den Bau und die Finanzierung von Bundesfernstraßen durch Private (Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz - FStrPrivFinG -).

5.2.2 ÖPP-Konzessionsmodell mit mittelbarer Nutzerfinanzierung

Beim ÖPP-Modell mit mittelbarer Nutzerfinanzierung (sogenanntes „ÖPP-Betreibermodell“) verpflichtet sich ein privater Investor gegen Entgelt gegenüber der öffentlichen Hand, eine Infrastrukturanlage zu planen, zu bauen, zu erhalten, zu finanzieren und zu betreiben. Nach außen tritt der Betreiber regelmäßig nicht als selbständiger Rechtsträger in Erscheinung. Die öffentliche Hand bleibt gegenüber der Öffentlichkeit - wie auch beim F-Modell - verpflichtet, die in Frage stehende Versorgungsleistung zu erbringen. Hierfür erhebt sie Gebühren. Diese Modelle unterscheiden sich daher von der Konzession mit unmittelbarer Nutzerfinanzierung dadurch, dass die öffentliche Hand und nicht der Nutzer den Betreiber vergütet.

In den Bereich der mittelbar nutzerfinanzierten Konzessionsmodelle fallen die Betreibermodelle nach dem sogenannten A-Modell (Ausbau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung von Bundesautobahnen). Diese Betreibermodelle sind gekennzeichnet durch eine weitgehende Übertragung des Verkehrsmengenrisikos auf den Konzessionsnehmer. Der neben der gegebenenfalls zu gewährenden Anschubfinanzierung wesentliche Vergütungsbestandteil besteht in Höhe der während des Konzessionszeitraums auf der Konzessionsstrecke anfallenden Mauterlöse und ist daher variabel.

5.3 ÖPP-Gesellschaftsmodell

Beim ÖPP-Gesellschaftsmodell werden öffentliche Aufgaben (zum Beispiel Finanzierung und Durchführung eines Infrastrukturprojektes) auf eine Projektgesellschaft übertragen, an der die öffentliche Hand (oft mehrheitlich) neben einem oder mehreren privaten Unternehmen, deren Gesellschaftsanteile nicht ausschließlich von der öffentlichen Hand getragen werden, beteiligt ist. Die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung kann mit weiteren ÖPP-Vertragsmodellen kombiniert werden.

Andere Bezeichnung: Kooperationsmodell auf gesellschaftsrechtlicher Basis.

6 Haushaltsrechtliche Bewertung

6.1 Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei ÖPP-Projekten

Nach § 6 Abs. 1 HGrG, § 7 Abs. 1 BHO/LHO sind bei Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten.

§ 6 Abs. 2 HGrG, § 7 Abs. 2 BHO/LHO bestimmt, dass für alle finanzwirksamen Maßnahmen angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen sind. Für den Bund ist mit einer Ergänzung des § 7 Abs. 2 BHO durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz klargestellt worden, dass dabei auch die mit den Maßnahmen verbundene Risikoverteilung zu berücksichtigen ist. Einige Länder sehen entsprechende Ergänzungen ihrer Landeshaushaltsordnungen vor.

Die wesentlichen Kriterien zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit sind in den Verwaltungsvorschriften zu § 7 BHO/LHO festgelegt. Die Ausrichtung jeglichen Verwaltungshandelns an dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit soll die bestmögliche Nutzung von Ressourcen bewirken. Ein Mangel an Haushaltsmitteln für den Erwerb durch Kauf reicht als Rechtfertigungsgrund für die Begründung von Dauer-schuldverhältnissen nicht aus. Im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung sind für die jeweilige Beschaffungsvariante die Auswirkungen unter Berücksichtigung der Risikoverteilung des ÖPP-Modells im Vergleich zur traditionellen Haushaltsfinanzierung darzustellen.

Eine länderoffene Arbeitsgruppe unter Federführung des Landes Nordrhein-Westfalen (im Auftrag der FMK) hat gemeinsam mit einer Arbeitsgruppe der Bundesregierung einen Leitfaden „Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten“ erarbeitet, der am 7. September 2006 von der FMK zur Kenntnis genommen worden ist (Anlage). Ziel des sektorenübergreifenden Leitfadens ist es, über Empfehlungen zukünftig einen Mindeststandard bei der Durchführung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei ÖPP-Projekten zu erreichen. Über eine verbindliche Umsetzung dieser Empfehlungen muss von der jeweiligen Gebietskörperschaft unter Berücksichtigung des auch sonst üblichen Verfahrens und der Zuständigkeiten entschieden werden.

6.2 Finanzwirtschaftliche Auswirkungen und Folgerungen

ÖPP-Projekte verursachen regelmäßig lange Bindungswirkungen zwischen den Vertragspartnern von teilweise über 30 Jahren mit der Folge, dass heute bereits künftige Generationen vorbelastet werden.

Werden Maßnahmen über eine klassische Kreditfinanzierung abgewickelt, lassen sich trotz der ebenfalls eintretenden faktischen langfristigen Bindungswirkung beispielsweise durch Umschuldungen relativ einfach „Konditionsänderungen“ (hinsichtlich Zins, Tilgungsrate, Vertragspartner und so weiter) erreichen. Gleichzeitig kann auf Grund der regelmäßig gegebenen Eigentümerstellung bei teilweisem oder gänzlichem Bedarfswegfall durch Veräußerung die Bindungswirkung im Ergebnis auch wieder aufgelöst werden.

Wird die Maßnahme über ein haushaltsfinanziertes ÖPP-Projekt abgewickelt, sind die erforderlichen Mittel durch langfristige leistungsvertragliche Bindungen (in der Regel 20 – 30 Jahre) für die jährlich zu zahlenden Entgelte an den privaten Partner für die Laufzeit festgelegt. Dies kann einerseits im Vergleich zur konventionellen Realisierung zu einem je nach Projekt unterschiedlichen Verlust an Flexibilität führen und den Gestaltungsspielraum der öffentlichen Hand einengen. Andererseits können auch durch ÖPP-Projekte bei gegebener Wirtschaftlichkeit Haushaltsentlastungen eintreten und insbesondere die Verpflichtungen oder Risiken aus der Eigentümerstellung (Substanzerhaltung, Sicherungspflichten, Untergang und so weiter) entfallen. Beides muss bei der Entscheidung über die Realisierungsvariante (konventionell oder als ÖPP-Projekt) abgewogen werden. Insgesamt müssen die Zahlungsverpflichtungen bei beiden Realisierungsvarianten kritisch auf ihre Haushaltsverträglichkeit überprüft werden.

Um die haushaltsmäßigen Auswirkungen über die langen Laufzeiten auch gegenüber den Parlamenten transparent zu machen, wird eine gesonderte Darstellung der ÖPP-Projekte in den Haushalten von Bund und Ländern für erforderlich gehalten.

6.3 ÖPP und Kreditaufnahme/Gewährleistung/Verpflichtungsermächtigung

- 6.3.1 Nach Artikel 115 Abs. 1 Satz 1 GG bedürfen die **Aufnahme von Krediten** sowie die Übernahme von Bürgschaften, Garantien oder sonstigen Gewährleistungen, die zu Ausgaben in künftigen Rechnungsjahren führen können, einer der Höhe nach bestimmten oder bestimmbaren Ermächtigung durch Bundesgesetz. Die Einnahmen aus Krediten dürfen grundsätzlich die Summe der im Haushaltsplan veranschlagten

Investitionen nicht überschreiten (Artikel 115 Abs. 1 Satz 2 GG). Landesverfassungen enthalten entsprechende Bestimmungen.

Kreditaufnahme im Sinne dieser Vorschriften ist nach herrschender Meinung die vertragliche Begründung von *Finanzschulden*, die dem Staat für eine bestimmte Zeit Geldmittel zur Finanzierung von Haushaltsausgaben zuführt oder ihm unmittelbar die Leistung von Haushaltsausgaben erspart. Demgegenüber ist das Eingehen von Schulden, die bei Waren- oder Dienstleistungsgeschäften entstehen, oder die Gewährung von Zahlungszielen, die in diesem Zusammenhang verabredet werden, keine Kreditaufnahme. Die sogenannten *Verwaltungsschulden*, die die Exekutive im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung zahlen, zurückzahlen oder erstatten muss, ohne dass ihnen eine zusätzliche Finanzierungsfunktion innewohnt, sind allgemein nicht als Kredit anzusehen.

Eine klare Trennung nach Finanz- und Verwaltungsschulden wird umso schwieriger, je komplexer die Fallgestaltungen sind (verdeckte Kreditaufnahme). In der Kommentarliteratur werden folgende kumulative Indikatoren für das Vorliegen einer verdeckten Kreditaufnahme bei Ein- beziehungsweise Zwischenschaltung Dritter genannt⁸:

- maßgebliche Beteiligung beziehungsweise Einflussmöglichkeit des Staates hinsichtlich des Dritten,
- der Dritte handelt im Auftrag des Staates,
- der Dritte stellt dem Staat Geldmittel zur Verfügung oder leitet erhaltene Geldmittel an diesen weiter,
- der Staat stellt die Geldmittel als Einnahmen in den Haushalt ein oder verwendet sie zur Finanzierung von Aufgaben, die herkömmlicherweise mit etablierten Einnahmen bezahlt werden,
- der Staat übernimmt wirtschaftlich den Finanzdienst (Tilgung und/oder Zinsen).

ÖPP-Vertragsmodelle erlauben dem Staat alternativ zur direkten kreditfinanzierten Investition die Finanzierung von Staatsaufgaben, indem er auf private Dritte zurückgreift, die sich unter anderem auch zur Finanzierung bereit erklären. Der Rheinland- Pfälzische Verfassungsgerichtshof hat das Vorliegen eines Kredits im haushaltsrechtlichen Sinne in seiner Entscheidung zur privaten Vorfinanzierung öffentlicher Investitionen vom 20. November 1996 (Leasing baulicher Anlagen, Mietkauf von Landesstraßen nach dem sogenannten Mogendorfer Modell) davon

⁸ vgl. Höfling/Rixen in Bonner Kommentar, GG, Art. 115 Rn. 135

abhängig gemacht, ob sich der Staat durch eine Drittkreditaufnahme eine Geldquelle zum Zwecke des Haushaltsausgleichs erschließt. Dazu kommt es in der Regel jedoch nicht⁹. Ähnlich hat der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin entschieden¹⁰.

Danach ist festzustellen, dass ÖPP-Vertragsmodelle nach staatlichem Haushaltrecht nach herrschender Meinung grundsätzlich nicht mit einer Kreditaufnahme der öffentlichen Hand gleichzusetzen sind, wenn der private Partner die Finanzierungsverantwortung trägt. Die Verpflichtung zur Zahlung eines Entgelts an den Auftragnehmer stellt eine Verwaltungsschuld und damit grundsätzlich keine Kreditaufnahme im Sinne des Artikels 115 Abs. 1 Satz 1 GG und der entsprechenden landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen dar. Eine staatliche Kreditaufnahme wäre nur unter den oben genannten kumulativen Voraussetzungen anzunehmen (zum Beispiel bei „Sale-and-lease-back“-Konstruktionen in der Ausgestaltung des schleswig-holsteinischen Liegenschaftsmodells¹¹).¹²

6.3.2 Gewährleistungen, die nach Artikel 115 Satz 1 GG und den entsprechenden Bestimmungen der Landesverfassungen ebenso wie die Kreditaufnahme einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung bedürfen, sind Eventualverbindlichkeiten, durch die der Staat als Hauptzweck des betreffenden Sicherungsgeschäfts künftige Risiken Dritter übernimmt. Auch bei ÖPP-Modellen kann eine Optimierung der Kreditkonditionen zum Beispiel dadurch erreicht werden, dass die öffentliche Hand als

⁹ VerfGH Rheinl.-Pfalz, Entscheidung vom 20. November 1996 [NVwZ-RR 1998, 145 (147)]; s. auch Nummer 3.1:
„Dennoch führen weder das Immobilienleasing noch das Mogendorfer Modell zu einer Kreditaufnahme im Sinne des Haushaltsverfassungsrechts. Bei beiden Formen der privaten Vorfinanzierung fließen die jeweils von einer Bank aufgenommenen Geldmittel nicht dem Land, sondern der privaten Projektgesellschaft zu. Zwar werden, wie schon oben in anderem Zusammenhang ausgeführt, Krediteinnahmen einer vom Land beherrschten Finanzierungsgesellschaft diesem zugerechnet, wenn es die Gesellschaft mit der Kreditaufnahme beauftragt, den Schuldendienst übernimmt und die einkommenden Mittel für die Erfüllung von Staatsaufgaben verwendet. Von Fallgestaltungen dieser Art unterscheiden sich die hier in Rede stehenden Finanzierungsmodelle aber grundsätzlich insofern, als das Land sich nicht, auch nicht vorübergehend, eine Geldquelle zum Zwecke des Haushaltsausgleichs erschließt. Allein der Umstand, dass das Land einen - im wirtschaftlichen Sinne - kreditfinanzierten Gegenstand nutzt, lässt weder die private Kreditaufnahme zu einer solchen i.S. von Art. 117 S. 1 LV werden, noch unterwirft es das vom Land geschlossene Rechtsgeschäft dem staatsschuldenrechtl. Gesetzesvorbehalt.“

¹⁰ VerfGH Berlin, Beschluss vom 21. März 2003 (NVwZ-RR 2003, 537)

¹¹ vgl. BVerfG, Entscheidung vom 17. September 1998 (BVerfGE 99,57); s. auch Nummer 3.1

¹² Im kommunalen Bereich wird die bei ÖPP-Projekten übliche Verpflichtung einer Kommune gegenüber dem privaten Partner zur Leistung von Zahlungen über die gesamte Laufzeit der Nutzung des Objektes im allgemeinen als kreditähnliches und damit als genehmigungspflichtiges beziehungsweise gegenüber der Aufsichtsbehörde anzeigepflichtiges Rechtsgeschäft (vgl. zum Beispiel § 86 Abs. 4 GO NRW) bewertet. Diese Bewertung gilt für den staatlichen Bereich nicht. Zur Forfaitierung vgl. Nummer 6.3.2.

Auftraggeber auf eventuelle Leistungsverweigerungsrechte (Einreden) im Verhältnis zur finanzierenden Bank des privaten Auftragnehmers verzichtet und dadurch den Wert der mit einem Forfaitierungsvertrag an diese abgetretenen Forderung erhöht.¹³

Das mit der Forfaitierung verfolgte Ziel des privaten Auftragnehmers, günstige Finanzierungsbedingungen zu erschließen, lässt sich in der Regel nur dann erreichen, wenn der öffentliche Vorhabensträger gegenüber der finanzierenden Bank auf Einreden und Einwendungen aus dem Grundgeschäft sowie die Aufrechnung von Forderungen verzichtet. Da die Schuldnerschutzrechte aus § 404 BGB dispositiv sind, kann der öffentliche Vorhabensträger einen solchen Verzicht erklären. Um auszuschließen, dass mit Verzicht auf Vertragsrechte gegenüber der Bank zugleich auch die Rechtsstellung gegenüber dem Privaten verschlechtert wird, sollte der öffentliche Vorhabensträger vertraglich festlegen, dass beziehungsweise welche Vertragsrechte (Gewährleistungsrechte, vertragliche Gestaltungsrechte) auch weiterhin gegenüber dem Privaten geltend gemacht werden können. Um dem öffentlichen Auftraggeber Sanktionsmöglichkeiten gegenüber dem privaten Auftragnehmer zu erhalten, kann der Einredevorzicht auf bestimmte Entgeltbestandteile oder einen bestimmten Prozentsatz der vereinbarten Gesamtvergütung begrenzt werden. Da durch den Einredevorzicht eine Verschiebung der Risikoverteilung zu Lasten des öffentlichen Auftraggebers erfolgt, muss dies in den Wirtschaftlichkeitsvergleich einfließen.

Der mit der Forfaitierung verbundene Einredevorzicht, der zu einer Risikominimierung für die Bank führt, wird zwar zugunsten eines Dritten erklärt, die öffentliche Hand übernimmt dadurch aber nicht die Gewähr für eine fremde Zahlungspflicht, sondern sichert nur eine eigene Schuld. Sie erfüllt, indem sie später an die Bank Zahlungen erbringt, eine eigene Verbindlichkeit aus abgetretenem Recht; es handelt

¹³ Unter **Forfaitierung**, in der Praxis auch als Forderungskauf beziehungsweise -verkauf bezeichnet, versteht man den regresslosen Verkauf bestehender oder zukünftiger Einzelforderungen beziehungsweise Teilforderungen durch einen Forderungsverkäufer (bei ÖPP-Projekten handelt es sich hierbei um den privaten Auftragnehmer, dessen Leistungen in der Regel mit einem ab der Betriebsphase fälligen Leistungsentgelt entgolten werden) an einen Forderungskäufer (bei ÖPP-Projekten handelt es sich in der Regel um die finanzierende Bank). Im Rahmen der Forfaitierung überträgt der Auftragnehmer die jeweilige Forderung an die finanzierende Bank, welche die Forderung im eigenen Namen vom Auftraggeber einzieht. Kraft Abtretung der Forderung gehen bei der Forfaitierung sämtliche Vertrags- und Nebenrechte auf die finanzierende Bank über. Diese übernimmt (wie beim sogenannten echten Factoring) zugleich das Risiko der Forderungserfüllung. Der private Auftragnehmer haftet allerdings für den rechtlichen Bestand der Forderung. Er haftet dem Vorhabensträger als Gläubiger seiner Dienst- beziehungsweise Werkleistung nach den allgemeinen Regeln überdies auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Sonstige Gegenrechte - wie die Einrede des nicht erfüllten Vertrages sowie Rechte aus der Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Vertragspartners - kann der Vorhabensträger nach den Grundregeln des sogenannten Schuldnerschutzes nunmehr dem neuen Gläubiger (finanzierende Bank) entgegen halten (§ 404 BGB).

sich somit insoweit auch nicht um eine Gewährleistung, die nach Artikel 115 Satz 1 GG beziehungsweise den entsprechenden Vorschriften der Landesverfassungen einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf.¹⁴ Eine gesetzliche Ermächtigung wäre nur dann erforderlich, wenn eine Fallgestaltung vorliegt, bei der die Risikoübernahme die Hauptverpflichtung des Vertrages ist.

6.3.3 Künftige Haushaltsjahre werden über die in der Verfassung ausdrücklich genannten Fälle der Kreditaufnahme und der Gewährübernahme hinaus allgemein immer dann vorbelastet, wenn Maßnahmen erst in künftigen Haushaltsjahren zu Ausgaben führen können. Bei ÖPP-Projekten könnte das Risiko bestehen, dass dieses Instrument benutzt wird, um Beschränkungen klassischer Haushaltsfinanzierung auszuweichen, die dort gesetzten Prioritäten zu umgehen oder den vorhandenen Konsolidierungsdruck aus dem Bewusstsein von Politik und Öffentlichkeit zu rücken. Das haushaltsrechtliche Instrument zur Sicherung des parlamentarischen Budgetrechts ist in diesen Fällen das einfachgesetzliche Institut der **Verpflichtungsermächtigung** (§§ 5, 22 HGrG, §§ 6, 16, 38 BHO/LHO). Verpflichtungsermächtigungen (VE) sind grundsätzlich für alle Maßnahmen vorgeschrieben, die den Bund oder das Land zur Leistung von Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren verpflichten können (§ 22 Abs. 1 HGrG, § 38 Abs. 1 BHO/LHO); lediglich Verpflichtungen für laufende Geschäfte dürfen aus Gründen der Praktikabilität ohne Ermächtigung eingegangen werden (§ 22 Abs. 4 HGrG, § 38 Abs. 4 BHO/LHO). Der Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz stellt in seiner Entscheidung vom 20. November 1996 zur privaten Vorfinanzierung öffentlicher Investitionen (vgl. Nummer 3.1) fest, nach dem gegenwärtigen Stand von Haushaltsgesetzgebung und Haushaltspraxis gewährleistet die VE in dieser konkreten Ausgestaltung am besten, dass der verfassungsrechtlich gewährleistete Parlamentsvorbehalt gewahrt und dem Informationsanspruch der Öffentlichkeit Genüge getan wird. Der Gesetzgeber habe hier eine erhebliche Gestaltungsfreiheit. Von Verfassung wegen fordere der Grundsatz der Haushaltsklarheit dabei mindestens, alle diese (Verpflichtungs-) Ermächtigungen ausdrücklich als solche zu bezeichnen und in einer umfassenden Gesamtübersicht transparent zu machen. Diesen Grundsätzen muss auch die Veranschlagung von ÖPP-Projekten folgen.

¹⁴ vgl. VerfGH Rheinl.-Pfalz, Entscheidung vom 20. November 1996 (NVwZ-RR 1998, 145); s. auch Nummer 3.1

6.4 Haushaltsrechtliche Handhabung der ÖPP-Modelle

6.4.1 Allgemein

6.4.1.1 Abgrenzung Investitionen und konsumtive Ausgaben

(Artikel 109, 115 GG beziehungsweise entsprechende Vorschriften der Landesverfassungen, § 10 HGrG/§ 13 BHO/LHO)

Nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben haben Bund und Länder bei ihrer Haushaltswirtschaft den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen (Artikel 109 Abs. 2 GG). Die Bindung aus Artikel 109 Abs. 2 GG erstreckt sich auch auf die Kreditaufnahmegrenze nach Artikel 115 Abs. 1 Satz 2 GG beziehungsweise nach den entsprechenden Regelungen in den Verfassungen (beziehungsweise Haushaltsordnungen) der Länder. Danach dürfen die Einnahmen aus Krediten - soweit überhaupt zulässig -¹⁵ die Summe der im Haushaltsplan veranschlagten Ausgaben für Investitionen nicht überschreiten; Ausnahmen sind nur zulässig zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts. Leitbild für den Investitionsbegriff des Artikels 115 GG ist die Bindung an Ausgaben mit zukunftsbezüglichen Charakter. Nach der Entscheidung des BVerfG vom 18. April 1989¹⁶ kann der Investitionsbegriff des Artikels 115 GG jedenfalls nicht weiter verstanden werden als in der bisherigen Staatspraxis, die „Baumaßnahmen“ und „Sonstige Ausgaben für Investitionen und Investitionsförderungsmaßnahmen“ (Hauptgruppen 7 und 8 des Gruppierungsplans) als Investitionen ansieht. In Umsetzung dieser Entscheidung des BVerfG wurde im Jahre 1990 der Investitionsbegriff in § 10 HGrG/§ 13 BHO definiert.¹⁷ Eine Ausweitung des geltenden haushaltsrechtlichen Investitionsbegriffs kann danach in keinem Falle in Betracht kommen. ÖPP umfasst als Begriff eine Vielzahl unterschiedlicher Ausprägungen von Kooperationen der öffentlichen Hand mit Privaten (vgl. Nummern 4

¹⁵ Teilweise existieren weiter einschränkende gesetzliche Regelungen in den Ländern.

¹⁶ BVerfG vom 18. April 1989 (BVerfGE 79, 311)

¹⁷ Nach § 10 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 HGrG/§ 13 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 BHO sind Ausgaben für Investitionen die Ausgaben für

- Baumaßnahmen, soweit sie nicht militärische Anlagen betreffen,
- den Erwerb von beweglichen Sachen, soweit sie nicht als sächliche Verwaltungsausgaben veranschlagt werden oder soweit es sich nicht um Ausgaben für militärische Beschaffungen handelt,
- den Erwerb von unbeweglichen Sachen,
- den Erwerb von Beteiligungen und sonstigem Kapitalvermögen, von Forderungen und Anteilsrechten an Unternehmen, von Wertpapieren sowie für die Heraussetzung des Kapitals von Unternehmen,
- Darlehen,
- die Inanspruchnahme aus Gewährleistungen,
- Zuweisungen und Zuschüsse zur Finanzierung von Ausgaben für die in den Buchstaben a bis f genannten Zwecke.

und 5). Allen Vorhaben wesentlich ist der Lebenszyklusansatz: Der Private kann dabei die Planung, den Bau, den Betrieb, die Finanzierung und die Verwertung eines Investitionsgutes übernehmen. Dem steht ein zwischen den Parteien vereinbartes langfristig zu zahlendes Gesamtentgelt durch den öffentlichen Auftraggeber gegenüber. Von erheblicher Bedeutung für den öffentlichen Auftraggeber ist es, ob und inwieweit dieses Gesamtentgelt in konsumtive beziehungsweise investive Bestandteile im Sinne des haushaltsrechtlichen Investitionsbegriffs aufgeteilt und entsprechend im Haushalt veranschlagt werden kann.

Diese Fragestellung ist insbesondere bei ÖPP-Modellen von Bedeutung, die Elemente eines Erwerbsgeschäftes haben (§ 10 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 Buchst. b) und c) HGrG/§ 13 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 Buchst. b) und c) BHO/LHO). Dabei kann es bei der Zuordnung durchaus zu Schwierigkeiten kommen. Bisherige Erfahrungen mit konkreten Vertragsabschlüssen haben gezeigt, dass die privaten Anbieter bei der Angebotsabgabe durchaus bereit sind, die Preise für einzelne Vertragskomponenten gesondert anzugeben, was dann auch eine Zuordnung im Rahmen der Veranschlagung ermöglicht.¹⁸ Eine getrennte Ausweisung von Komponenten wird insbesondere dann vorgenommen, wenn der private Partner Mittel zur Förderung investiver Vorhaben in Anspruch nehmen will und daher der investive Anteil als Bemessungsgrundlage für die Förderung relevant ist. In anderen Fällen wird schon deshalb zwischen den Vertragskomponenten differenziert, weil nicht alle Bestandteile zum Beispiel umsatzsteuerpflichtig sind beziehungsweise die einzelnen Vertragskomponenten auch unterschiedlichen Indexierungen unterliegen. Schließlich bleibt es dem öffentlichen Auftraggeber unbenommen, den Ausweis der verschiedenen Vertragskomponenten vom privaten Anbieter zu fordern. Lassen sich die konsumtiven und investiven Bestandteile aus dem Vertrag einschließlich der zugrunde liegenden Unterlagen nicht ermitteln, sind die Ausgaben entsprechend den allgemeinen Veranschlagungsgrundsätzen nach dem Schwerpunkt zuzuordnen.¹⁹ Das Verfahren bei den einzelnen ÖPP-Modellen ist unter Nummer 6.4.2 dargestellt.²⁰

¹⁸ vgl. auch die Musterverträge der PPP Task Force im Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung/ BMVBS zum sogenannten PPP-Inhabermodell und PPP-Mietmodell mit Erbbaurecht

¹⁹ Vgl. beim Bund Nummer 3.5 der Allgemeinen Hinweise zum Gruppierungsplan und zum Funktionenplan (AH-GF): „Sollen Einnahmen oder Ausgaben verschiedener Funktionen bzw. Arten in einem Titel zusammengefasst werden, weil eine Aufteilung nicht vertretbar ist, so ist der Titel nach dem Schwerpunkt zuzuordnen.“ Bei den Ländern gelten entsprechende Regelungen.

²⁰ Nach Haushaltsrecht werden die Ausgaben für militärische Anlagen und für militärische Beschaffungen nicht zu den Ausgaben für Investitionen gezählt (§ 10 HGrG/§ 13 BHO) sondern innerhalb der Hauptgruppe 5 als Obergruppe 55 gesondert dargestellt. Die Empfehlungen zur haushaltssystematischen Zuordnung gelten für diesen Bereich insoweit entsprechend. Die spezielle Zuordnung muss beim Bund gesondert festgelegt werden.

6.4.1.2 Vollständigkeit des Haushalts

(Artikel 110 GG beziehungsweise entsprechende Vorschriften der Landesverfassungen)

Nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben sind alle Einnahmen und Ausgaben in den Haushaltsplan einzustellen. Auch Einnahmen aus Krediten, die von einer juristischen Person, an der der Bund beziehungsweise das Land maßgeblich beteiligt ist oder die von ihnen maßgeblich beeinflusst werden kann, in dessen Auftrag aufgenommen und ihm zur Verfügung gestellt werden und für die der Bund beziehungsweise das Land den Finanzierungsdienst übernimmt, gelten als Einnahmen der Gebietskörperschaft. Diese Voraussetzungen sind bei ÖPP-Projekten in der Regel nicht gegeben (siehe im Einzelnen Nummer 6.3). Um die haushaltsmäßigen Auswirkungen über die langen Laufzeiten auch gegenüber den Parlamenten transparent zu machen, wird eine gesonderte Darstellung der ÖPP-Projekte in den Haushalten von Bund und Ländern für erforderlich gehalten (vgl. dazu auch Nummer 6.2).

6.4.1.3 Veranschlagung von Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen

(§§ 5, 8, 22 HGrG/§§ 6, 16, 11, 38 BHO/LHO)

6.4.1.3.1 Grundsatz

Bei Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans sind nur die Ausgaben und die Ermächtigungen zum Eingehen von Verpflichtungen zur Leistung von Ausgaben in künftigen Jahren (Verpflichtungsermächtigungen - VE) zu berücksichtigen, die zur Erfüllung der Aufgaben des Bundes oder des Landes notwendig sind (§ 5 HGrG/§ 6 BHO/LHO). VE sind bei den jeweiligen Ausgaben gesondert zu veranschlagen (§ 16 BHO/LHO).

VE sind grundsätzlich für alle Maßnahmen vorgeschrieben, die den Bund oder das Land zur Leistung von Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren verpflichten können (§ 22 Abs. 2 HGrG/§ 38 Abs. 1 BHO/LHO). Verpflichtungen für laufende Geschäfte dürfen jedoch ohne Ermächtigung eingegangen werden (§ 22 Abs. 4 HGrG/§ 38 Abs. 4 BHO/LHO). Nach der Definition in den Verwaltungsvorschriften (vgl. zum Beispiel VV Nr. 5 zu § 38 BHO) sind Verpflichtungen für laufende Geschäfte im Sinne des § 38 Abs. 4 solche, die sich im Rahmen der üblichen Tätigkeit der Verwaltung auf Ausgaben der Hauptgruppe 4 und der Hauptgruppe 5 (beim Bund ohne die Gruppen 551 und 554 bis 559) beziehen. Ausgenommen davon sind unter anderem Miet- und Pachtverträge (Gruppe 518), wenn bestimmte Wertgrenzen überschritten werden (dann ist ebenfalls eine VE erforderlich). In den Ländern bestehen zum Teil abweichende beziehungsweise konkretisierende Regelungen.

ÖPP-Projekte sind grundsätzlich unter anderem in Anbetracht des Volumens und der langen Laufzeiten nicht als laufende Geschäfte anzusehen. Dies sollte in den VV-BHO/ LHO klargestellt werden. Hinzu kommt, dass aus Transparenzgründen ein gesonderter Ausweis geboten ist.²¹ Die Veranschlagung von VE bei den einzelnen ÖPP-Modellen ist unter Nummer 6.4.2 dargestellt; zu den Besonderheiten beim ÖPP-Contractingmodell siehe Nummer 6.4.2.5.

6.4.1.3.2 Zeitpunkt der Veranschlagung von Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen

(Ausgaben/VE und Ausschreibung)

Ausgaben dürfen nur im Rahmen der haushaltsrechtlichen Ermächtigung geleistet werden. Maßnahmen, die den Bund oder das Land zur Leistung von Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren verpflichten können, sind nur zulässig, wenn der Haushaltsplan dazu ermächtigt (§ 22 HGrG, § 38 BHO/LHO). Ausgaben und/oder VE müssen somit vor dem Eingehen von Rechtsverpflichtungen zu Lasten des Bundes oder des Landes beziehungsweise vor der Begründung von Rechtsansprüchen gegen den Bund oder das Land zur Verfügung stehen.

Bei Vergaben nach der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen - Teil A (VOB/A) ist zudem festgelegt, dass der Auftraggeber erst dann ausschreiben soll, wenn innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann (§ 16 Nr. 1 VOB/A). Dies setzt grundsätzlich auch die haushaltsmäßige Absicherung voraus, das heißt die Verfügbarkeit von Ausgaben und/oder VE. Die Einleitung eines Vergabeverfahrens ohne Sicherung der Finanzierung stellt einen Verstoß gegen § 16 Nr. 1 VOB/A dar und rechtfertigt auch nicht eine spätere Aufhebung der Ausschreibung. Dadurch können Schadensersatzansprüche der Bieter ausgelöst werden. Nach den geltenden Bestimmungen beim Bund kann es für die Einleitung des Vergabeverfahrens allerdings ausreichen, dass – soweit nicht ein Nachtragshaushalt erforderlich ist - die Erteilung einer über- oder außerplanmäßigen VE durch das Bundesministerium der Finanzen in Aussicht gestellt wird.²² Im Hinblick auf die langen Laufzeiten und die damit verbundenen hohen Volumina ist es bei

²¹ Dem trägt auch der Vorschlag zur Einrichtung einer neuen Gruppe 520 „Nicht aufteilbare sächliche Verwaltungsausgaben bei ÖPP-Projekten“ Rechnung (vgl. Nummer 6.4.2).

²² Vgl. dazu die Regelung im jährlichen Haushaltsführungs-rundschreiben des Bundes: „Die Einleitung eines Ausschreibungsverfahrens nach VOL oder VOB ist regelmäßig nicht als Inanspruchnahme von Verpflichtungsermächtigungen anzusehen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs steht es der öffentlichen Hand grundsätzlich frei, jedenfalls aus sachlichen – willkürfreien – Gründen von der Auftragsvergabe abzu- sehen. Für die Einleitung des Vergabeverfahrens genügt es daher, dass die Erteilung einer über- oder außer- planmäßigen Verpflichtungsermächtigung durch das BMF in Aussicht gestellt wird.“

ÖPP-Projekten jedoch in der Regel erforderlich, dass eine parlamentarische Bewilligung der VE vorliegt.²³ Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass das Haushaltsrecht als Binnenrecht der öffentlichen Hand für Ansprüche Dritter rechtlich ohne Bedeutung ist; dies gilt im Übrigen auch bei im Haushaltsplan gesperrten Ausgaben und VE.

Der Leitfaden „Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten“ (vgl. auch Nummer 6.1) gliedert den ÖPP-Beschaffungsprozess in mehrere Phasen (vgl. Nummer 4 des Leitfadens). Dabei umfasst „Phase I“, die mit dem PPP-Eignungstest abschließt, die Bedarfsfeststellung, Finanzierbarkeit und Maßnahmenwirtschaftlichkeit. Am Ende der „Phase II“ ist die Entscheidung zu treffen, ob eine Ausschreibung des Projektes als ÖPP-Realisierungsvariante oder konventionell erfolgen soll.

Der Leitfaden „Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten“ gibt gleichzeitig Empfehlungen hinsichtlich der Entscheidung über die Ausschreibung als ÖPP-Projekt (vgl. Nummer 4.3.4 des Leitfadens). Danach sollte bei Ausschreibung der ÖPP-Variante in den Vergabeunterlagen grundsätzlich darauf hingewiesen werden, dass die Ausschreibung aufgehoben wird, falls die abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung auf der Basis der eingegangenen ÖPP-Angebote ergibt, dass die konventionelle Beschaffungsvariante (Public Sector Comparator – PSC) wirtschaftlicher ist als das beste ÖPP-Angebot. Bei ÖPP-Modellen, die die Anwendung von § 63 Abs. 2 Satz 2 BHO beziehungsweise § 65 BHO oder entsprechender Vorschriften der Länder bedingen, muss gemäß diesen Vorschriften das ÖPP-Angebot wirtschaftlicher sein (vgl. Nummer 4.3.4 Absatz 4 des Leitfadens).

Eine nicht schadensersatzpflichtige Aufhebung der Ausschreibung kann gemäß § 26 Nr. 1 VOB/A beziehungsweise VOL/A dann erfolgen, wenn kein Angebot eingegangen ist, das den Ausschreibungsbedingungen entspricht, Vergabungsunterlagen grundlegend geändert werden müssen oder andere schwerwiegende Gründe bestehen (gemäß § 26 Abs. 1 Buchstabe c) VOL/A kann die Ausschreibung auch aufgehoben werden, wenn sie kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt hat); vgl. auch Nummer 4.3.4 Absatz 5 des Leitfadens.²⁴

²³ Beim Bund liegt die Wertgrenze, bis zu der es nach § 38 Abs. 1 Satz 3 BHO eines Nachtragshaushaltsgesetzes nicht bedarf, zurzeit bei 10 000 000 Euro. Im Übrigen wird auf die entsprechende Bestimmung im jährlichen Haushaltsgesetz verwiesen (vgl. § 4 Abs. 2 HG 2007).

²⁴ Soweit eine Aufhebung der Ausschreibung ohne Vorliegen einer der in § 26 VOB/A (§26 VOL/A) genannten Gründe erfolgt, ist die Aufhebung dennoch wirksam und das Vergabeverfahren beendet. Es gibt keinen Kontrollierungszwang des öffentlichen Auftraggebers. Rechtsfolge sind aber grundsätzlich Schadensminderungsansprüche der nicht zum Zug kommenden Bieter wegen enttäuschten Vertrauens.

Unmittelbar vor der Zuschlagserteilung ist der Nachweis zu erbringen, ob das ÖPP-Angebot gegenüber der konventionellen Beschaffungsvariante wirtschaftlich vorteilhaft ist (vgl. Nummer 4.4.1 des Leitfadens). Die Entscheidung, welche Beschaffungsform umgesetzt wird, fällt somit bei ÖPP-Projekten zwar in der Regel nicht mit der erstmaligen Veranschlagung von Ausgaben/VE zusammen. Der öffentliche Vorhabensträger ist hierbei aber nicht frei; vielmehr liegen im Falle einer Ausschreibung der ÖPP-Variante die Voraussetzungen, unter denen die Ausschreibung ohne das Risiko des Entstehens von Schadensersatzansprüchen der Bieter aufgehoben werden kann, von vornherein weitgehend fest. Dies bedeutet, dass die haushaltmäßige Absicherung für eine Zuschlagserteilung der ÖPP-Variante bereits in vollem Umfang bei der erstmaligen Veranschlagung von Ausgaben/VE gegeben sein muss (vgl. dazu auch § 38 Abs. 1 Satz 1 BHO/LHO). Dies ist insbesondere im Hinblick darauf von Bedeutung, dass die Gesamtsumme der für einen Vertragsabschluss zu veranschlagenden Ausgaben und VE für die ÖPP-Variante wegen des vom abzuschließenden Vertrag erfassten weitreichenden Leistungsspektrums (Lebenszyklusbetrachtung) höher ist als die zu veranschlagenden Ausgaben und VE für die konventionelle Variante, bei der bei der erstmaligen Veranschlagung in der Regel nur für Bau beziehungsweise Beschaffung (ggf. auch nur für losweise Vergabe) in den Haushalten Vorsorge getroffen werden muss.

Entscheidend für die Art der erstmaligen Veranschlagung ist, welchen Verfahrensstand das Vorhaben im Zeitpunkt dieser Veranschlagung aufweist. In der Regel sind folgende Fallkonstellationen möglich:

A. Veranschlagung vor dem Vorliegen des Ergebnisses der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung

Liegt das Ergebnis der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung zum Zeitpunkt der erstmaligen Veranschlagung nicht vor, sind die benötigten Ausgaben und VE bei den Titeln zu veranschlagen, wie sie im Falle einer konventionellen Baumaßnahme oder Beschaffung zu veranschlagen wären. Für den Fall, dass die abschließende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung nach Auswertung der Ausschreibungsergebnisse der ÖPP-Variante im Haushaltsvollzug ergibt, dass eine alternative Beschaffungsform vorteilhaft ist, sollte nach einem der folgenden Verfahren vorgegangen werden:

- a) Die für die alternative Beschaffungsform benötigten Ausgaben und VE werden als Solländerung auf hierfür neu einzurichtende Titel umgesetzt. Gleichzeitig ist für diesen Fall eine haushaltsgesetzliche Ermächtigung erforderlich, die im jeweiligen Haushaltsgesetz ausgebracht werden müsste und beispielsweise lau-

ten könnte:

„Werden für konventionelle Baumaßnahmen oder Beschaffungen veranschlagte Investitionen im Haushaltsvollzug bei nachgewiesener Wirtschaftlichkeit durch alternative Beschaffungsformen ersetzt, so sind die hierfür erforderlichen Ausgaben und VE auf die entsprechenden Titel der Hauptgruppen 5 und 8 umzusetzen (Solländerung). Die Minderausgaben bei den jeweiligen Investitionstiteln sind haushaltsmäßig einzusparen.“

Um einen etwaigen zusätzlichen Bedarf an VE abzudecken, könnte die haushaltsgesetzliche Ermächtigung entsprechend ergänzt werden. Im Übrigen finden bei einem zusätzlichen Bedarf an VE die üblichen haushaltsrechtlichen Instrumente Anwendung.

- b) Die für die alternative Beschaffungsform benötigten Ausgaben und VE werden auf hierfür im Haushaltsplan als Leertitel eingerichtete und mit einseitigen Deckungsvermerken für Ausgaben und VE versehene Haushaltsstellen umgesetzt. Um die dann bei den Titeln für konventionelle Baumaßnahmen oder Beschaffungen überveranschlagten Ausgaben der weiteren Verfügung zu entziehen, sind die Deckungsvermerke bei den betroffenen Titeln entsprechend zu formulieren. Um einen etwaigen zusätzlichen Bedarf an VE abzudecken, könnte zusätzlich eine haushaltsgesetzliche Ermächtigung geschaffen werden. Im Übrigen finden bei einem zusätzlichen Bedarf an VE die üblichen haushaltsrechtlichen Instrumente Anwendung.

B. Veranschlagung auf Basis des Ergebnisses der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung

Wird ein Projekt entsprechend dem im Leitfaden „Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten“ beschriebenen Verfahren auf Basis des Ergebnisses der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung (vgl. Nummer 4.3.4 des Leitfadens) als ÖPP-Variante ausgeschrieben, sind bis zur abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung nach Auswertung der Ausschreibungsergebnisse die für die ÖPP-Variante geschätzten Ausgaben und VE bei den für ÖPP-Modelle in Betracht kommenden Titeln in den Haushalt einzustellen (vgl. im Einzelnen Nummer 6.4.2). Dabei kann es bei der Veranschlagung nur des Gesamtbetrages der VE verbleiben, wenn eine den allgemeinen Veranschlagungsgrundsätzen entsprechende Ermittlung der Jahresbeträge nicht möglich ist (bei Inanspruchnahme der VE ist § 38 Abs. 2 BHO/LHO zu beachten). Soweit Titel der Hauptgruppe 5 betroffen sind, können nach § 19 BHO/ LHO die Ausgaben für übertragbar erklärt werden.

Für die konventionelle Beschaffungsvariante ist zum Zeitpunkt der erstmaligen Veranschlagung der ÖPP-Variante in der Regel noch nicht (alternativ) haushaltsmäßig Vorsorge zu treffen, um damit den Fall, dass die ÖPP-Variante nach dem Ausschreibungsergebnis nicht zum Zuge kommt, bereits haushaltsmäßig abzusichern. Die Erstellung der für die Umsetzung der konventionellen Beschaffungsvariante notwendigen Unterlagen erfordert in der Regel zusätzlichen Zeitbedarf, so dass die insoweit erforderlichen haushaltsmäßigen Ermächtigungen wegen des Zeitablaufs erst für das nächste Haushaltsaufstellungsverfahren relevant werden.

Falls es dennoch für notwendig erachtet wird, auch die konventionelle Beschaffungsvariante haushaltsmäßig abzusichern, könnten bei erstmaliger Veranschlagung der ÖPP-Variante einseitige Deckungsvermerke zu den Ausgaben und VE bei den für eine konventionelle Beschaffung in Betracht kommenden Titeln (beziehungsweise bei Eigenbau zu Titeln der Hauptgruppe 7) ausgebracht werden. Letztere wären dann in den Haushaltsplan zunächst als Leertitel einzustellen.

6.4.1.4 Bauunterlagen beziehungsweise Planungsunterlagen für größere Beschaffungen

(§§ 16, 29 HGrG, §§ 24,54 BHO/LHO)

Für Baumaßnahmen sowie größere Beschaffungen gelten sowohl für die Haushaltsaufstellung als auch für den Haushaltsvollzug nach HGrG/BHO/LHO spezielle Regelungen. Nach § 16 HGrG/§ 24 BHO/LHO dürfen Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Baumaßnahmen erst veranschlagt werden, wenn Pläne, Kostenermittlungen und Erläuterungen vorliegen, aus denen die Art der Ausführung, die Kosten der Baumaßnahme, des Grunderwerbs und der Einrichtung sowie die vorgesehene Finanzierung und ein Zeitplan ersichtlich sind. Bei größeren Beschaffungen müssen Planungen und Schätzungen der Kosten und Kostenbeteiligungen vorliegen. Sowohl bei Baumaßnahmen als auch bei Beschaffungen ist den Unterlagen eine Schätzung der nach Fertigstellung der Maßnahme entstehenden jährlichen Haushaltsbelastungen beizufügen. Die entsprechenden Sonderregelungen für den Haushaltsvollzug sind in § 29 HGrG/§ 54 BHO/LHO enthalten. Für Baumaßnahmen gelten besondere Richtlinien für die Durchführung von Bauaufgaben (beim Bund „Richtlinien für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes - RBBau“).

Im Hinblick darauf, dass ÖPP eine von mehreren Varianten der Bedarfsdeckung ist und die Entscheidung, ob eine Maßnahme als Eigenbau oder als ÖPP-Projekt durchgeführt wird, im Falle der Ausschreibung der ÖPP-Variante erst aufgrund der

abschließenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung auf der Basis der eingegangenen ÖPP-Angebote fällt (vgl. Nummer 4.3.4 des Leitfadens „Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten“), ist es erforderlich, für die Veranschlagung sowohl Unterlagen zur Ermittlung der konventionellen Beschaffungsvariante (PSC) als auch Untersuchungen der ÖPP-Varianten vorzulegen. Dabei ist nicht entscheidend, ob die Maßnahme schließlich zum Beispiel als eigene Baumaßnahme (nach § 24 Abs. 1 BHO/ LHO) oder als größere Beschaffung (nach § 24 Abs. 2 BHO/LHO) durchgeführt wird. Entsprechende Regelungen sollten zur Klarstellung in die VV zu den §§ 24, 54 BHO/LHO aufgenommen werden. In einschlägigen Fällen (Baumaßnahmen) sollte die Bauverwaltung beteiligt werden, weil die Ermittlung beziehungsweise Prüfung des PSC grundsätzlich nicht ohne deren Einschaltung möglich ist. Nähere Bestimmungen über Form und Inhalt der vorzulegenden Unterlagen sind in entsprechenden Richtlinien (zum Beispiel RBBau) zu treffen, nach denen bereits jetzt in den entsprechenden Unterlagen die realisierbaren Alternativen einer möglichen Bedarfsdeckung darzulegen sind.²⁵

Für den Fall, dass es im Einzelfall nicht möglich ist, die Unterlagen rechtzeitig fertig zu stellen, und aus einer späteren Veranschlagung dem öffentlichen Auftraggeber ein Nachteil erwachsen würde gilt § 24 Abs. 3 BHO/LHO.

6.4.1.5 Sonstige haushaltsrechtliche Vorschriften im Rahmen der Haushaltsführung

6.4.1.5.1 Öffentliche Ausschreibung (§ 30 HGrG, § 55 BHO/LHO)

Die Vergabe öffentlicher Aufträge richtet sich nach dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), soweit bestimmte Auftragswerte (Schwellenwerte) erreicht oder überschritten werden, sowie nach den sonstigen Grundsätzen für die Vergabe öffentlicher Aufträge. Da ÖPP- Modelle in der Regel hohe Volumina zum Gegenstand haben, ist schon wegen der damit verbundenen Überschreitung der Schwellenwerte davon auszugehen, dass regelmäßig eine europaweite Ausschreibung erforderlich ist. Aber auch bei Unterschreitung der Schwellenwerte ist aus haushaltsrechtlichen Gründen grundsätzlich die Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens erforderlich.

²⁵ Beim Bund Entscheidungsunterlage – Bau – (ES-Bau)

6.4.1.5.2 Veräußerung von Vermögensgegenständen

(§ 63 BHO/LHO)

Mit dem ÖPP-Beschleunigungsgesetz vom 1. September 2005 (BGBl. I S. 2676) wurde für den Bund durch Ergänzung des § 63 Abs. 2 BHO zugelassen, dass unbewegliche Vermögensgegenstände, die zur Erfüllung der Aufgaben des Bundes weiterhin benötigt werden, zur langfristigen Eigennutzung veräußert werden dürfen, wenn auf diese Weise die Aufgaben des Bundes wirtschaftlicher erfüllt werden können. Bis dahin galt ein Veräußerungsverbot für zur Erfüllung der Aufgaben des Bundes in absehbarer Zeit benötigte Vermögensgegenstände. Eine Veräußerung ist beim Bund nur bezogen auf unbewegliches Vermögen zugelassen und zwar dann, wenn die Aufgaben des Bundes auf diese Weise nachweislich wirtschaftlicher erfüllt werden können.

Das ursprünglich auch bei allen Ländern geltende Veräußerungsverbot ist in der Vergangenheit bei einigen Ländern allerdings in unterschiedlicher Weise gelockert worden; teilweise haben die Länder Änderungen des § 63 LHO in Anlehnung an das ÖPP-Beschleunigungsgesetz des Bundes vorgenommen (vgl. Nummer 1). Da das HGrG keine Regelungen zum Umgang mit Vermögensgegenständen enthält, gibt es insoweit keine Vorgaben.

6.4.1.5.3 Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen

(§ 65 BHO/LHO)

Eine Beteiligung des Bundes beziehungsweise eines Landes an privatrechtlichen Unternehmen ist unter den allgemeinen Voraussetzungen des § 65 BHO/LHO möglich. Besonderheiten für ÖPP-Modelle bestehen insoweit nicht. Zu diesen allgemeinen Voraussetzungen gehört insbesondere, dass ein wichtiges Interesse des Bundes beziehungsweise des Landes vorliegt und sich der vom Bund beziehungsweise dem Land angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lässt.

6.4.2 Veranschlagungsfragen der einzelnen ÖPP-Modelle

Wegen der vielfältigen modellbedingten Unterschiede ist eine Veranschlagung der Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für alle ÖPP-Modelle unter einer einheitlichen Gruppierungsnummer grundsätzlich nicht möglich. Die Unterschiede im Einzelnen ergeben sich aus der nachfolgenden Darstellung.

6.4.2.1 ÖPP-Erwerbermodell

Beim ÖPP-Erwerbermodell zahlt der öffentliche Auftraggeber dem privaten Auftragnehmer ein fortlaufendes Entgelt über die Laufzeit von 20 bis 30 Jahren für Planung, Bau (beziehungsweise Sanierung) und Finanzierung (Annuität) sowie für den Betrieb („Facility-Management“). Von vornherein ist geregelt, dass das Eigentum an Grundstück und Gebäude zum Vertragsende auf den Auftraggeber übergeht.

Veranschlagung in den Haushalten von Bund und Ländern

Das ÖPP-Erwerbermodell steht dem Mietkauf nahe, wie er vom Bund/Länder-Arbeitsausschuss „Haushaltsrecht und Haushaltssystematik“ in seiner Sitzung am 8./9. Mai 1996 definiert worden ist.²⁶ Das ÖPP-Erwerbermodell weicht jedoch insbesondere insoweit ab, als keine Restkaufpreisvereinbarung erforderlich, sondern der Kaufpreis Bestandteil des fortlaufenden Entgelts ist. Ferner entspricht der Begriff des Mietkaufs im Sinne der Definition des Arbeitsausschusses aus dem Jahr 1996 nicht dem ganzheitlichen Ansatz von ÖPP, weil er nicht berücksichtigt, dass in großem Umfang auch Dienstleistungen erbracht werden können.

Wie der Mietkauf hat das ÖPP-Erwerbermodell bei haushaltsrechtlicher Betrachtung Elemente eines Erwerbsgeschäfts. Soweit die Entgelte für die einzelnen Leistungskomponenten gesondert vereinbart werden oder aus dem Vertrag einschließlich der zugrunde liegenden Unterlagen ermittelt werden können (vgl. Nummer 6.4.1.1) kann nach Sinn und Zweck des §10 Abs. 3 Nr. 2 Buchstabe c HGrG, § 13 Abs. 3 Nr. 2 Buchstabe c BHO/LHO (der auf Erwerbsgeschäfte abstellt) der Anteil am Entgelt, der zur Tilgung des Kaufpreises dient, investiv veranschlagt werden. Die Entgeltbestandteile, die auf die Finanzierung sowie den Betrieb des Vermögensgegenstandes entfallen, sind dagegen als konsumtiv einzuordnen. Bei der erstmaligen Veranschlagung von Ausgaben im Haushalt für die ÖPP-Variante ist eine plausible Schätzung der einzelnen Entgeltbestandteile für das erste Jahr ausreichend; ab Vertragsschluss sind die Bestandteile aus dem Vertrag (oder den zugrunde liegenden Unterlagen) ablesbar.

²⁶ Vgl. Nummer II. 2.b) der Ergebnisse der Sitzung des Bund/Länder-Arbeitsausschusses „Haushaltsrecht und Haushaltssystematik“ am 8./9. Mai 1996 **„Private Vorfinanzierung öffentlicher Investitionen“**: „Auch beim Mietkauf erstellt und finanziert ein Privater ein Investitionsobjekt, das anschließend an eine öffentliche Gebietskörperschaft gegen Zahlung von Mietkaufraten überlassen wird. Bei Vertragsabschluss wird dabei zwischen den beiden Parteien fest vereinbart, dass das Eigentum des Investitionsobjekts nach Ablauf einer festgelegten Zeit gegen Zahlung des vereinbarten Restkaufpreises in das Eigentum der öffentlichen Gebietskörperschaft übergeht.“

Vereinbaren die Vertragsparteien hingegen eine einheitliche Gesamtleistung und kann eine klare Trennung nach investiven und konsumtiven Ausgaben nicht vorgenommen werden, kommt eine Veranschlagung von investiven und konsumtiven Ausgaben nicht in Betracht. Die Ausgaben müssen dann nach dem Schwerpunkt insgesamt konsumtiv veranschlagt werden. Dabei ist grundsätzlich davon auszugehen, dass aufgrund der langen Laufzeit eines ÖPP-Vertrages der Schwerpunkt der einheitlichen Gesamtleistung beim Betrieb beziehungsweise der Finanzierung liegt und damit eine konsumtive Veranschlagung vorzunehmen ist.

Im Falle einer möglichen Aufteilung der Vergütung sollte der investive Anteil (Tilgung) – ebenso wie Mietkaufraten – haushaltssystematisch bei Gruppe 823 veranschlagt werden.^{27 28} Die Bezeichnung der Gruppe wäre entsprechend zu ändern in: „*Erwerbsanteile im Rahmen von ÖPP-Projekten sowie Erwerb privat vorfinanzierter unbeweglicher Sachen*“. Verpflichtungsermächtigungen für Vertragsverpflichtungen in den Folgejahren sind erforderlich. Da der konsumtive Anteil der Vergütung wegen der unterschiedlichen Bestandteile nicht einer bestehenden Gruppe innerhalb der Hauptgruppe 5 zugeordnet werden kann, sollte für ÖPP-Projekte eine neue Gruppe 520 „Nicht aufteilbare sächliche Verwaltungsausgaben bei ÖPP-Projekten“ eingerichtet werden. Hierunter fallen die sich aus den ÖPP-Verträgen ergebenden, an den Auftragnehmer zu zahlenden Vergütungsanteile für die Finanzierung des Privaten sowie für Nutzung und Betrieb. Im Hinblick darauf, dass es sich um ein Gesamtvertragswerk handelt und die (Verpflichtungs-)Ermächtigungen für ÖPP-Projekte unter anderem wegen der langfristigen Bindungen in einer umfassenden Gesamtübersicht transparent zu machen sind (vgl. Nummer 6.2 am Ende und Nummer 6.3.3) sind auch bei der Veranschlagung in einem Titel der Gruppe 520 in jedem Falle Verpflichtungsermächtigungen für die in Folgejahren zu leistenden Ausgaben erforderlich. Insoweit handelt es sich nicht um Verpflichtungen für laufende Geschäfte im Sinne von § 38 Abs. 4 BHO/LHO im Rahmen der üblichen Tätigkeit der Verwaltung.

²⁷ Entsprechend den allgemeinen Regelungen für die Veranschlagung sind bei der Zuordnung zu den Investitionen Wertgrenzen zu beachten (für den Erwerb beweglicher Sachen beim Bund 5 000 Euro). Diese Wertgrenzen bleiben für ÖPP-Projekte jedoch theoretisch, weil diese Projekte regelmäßig erheblich höhere Volumina haben.

²⁸ Beim beabsichtigten Erwerb beweglicher Sachen im Rahmen von ÖPP muss dafür eine gesonderte Gruppe unter Obergruppe 81 eingerichtet werden. Es wird eine neue **Gruppe 813 „Erwerbsanteile im Rahmen von ÖPP-Projekten bei beweglichen Sachen“** vorgeschlagen.

6.4.2.2 ÖPP-Leasingmodell

Das ÖPP-Leasingmodell unterscheidet sich vom ÖPP-Erwerbermodell im Wesentlichen dadurch, dass kein automatischer Eigentumserwerb der öffentlichen Hand nach Ablauf der Vertragslaufzeit stattfindet. Der öffentlichen Hand steht lediglich eine Kaufoption zu. Die Ausgaben der öffentlichen Hand (Leasingnehmer) setzen sich zusammen aus einem laufend zu entrichtenden Entgelt (Leasingrate) und einem bei Ausübung der Kaufoption gesondert zu entrichtenden Entgelt.

Veranschlagung in den Haushalten von Bund und Ländern

Entsprechend der vom Bund/Länder-Arbeitsausschuss „Haushaltsrecht und Haushaltssystematik“ in seiner Sitzung am 8./9. Mai 1996 getroffenen Zuordnung sind Ausgaben für Leasingraten als konsumtive Ausgaben zu veranschlagen.

Leasingverträge haben zwar einen mietähnlichen Charakter. Beim ÖPP-Leasingmodell kommen aber neben den bei Leasing zum Beispiel üblichen Wartungs- und Instandsetzungsleistungen weitere umfangreiche Betreiberleistungen („Facility-Management“) während der Betriebsphase hinzu. Aus diesem Grunde sollten auch ÖPP-Leasingraten bei der neu einzurichtenden Gruppe 520 „Nicht aufteilbare sächliche Verwaltungsausgaben bei ÖPP-Projekten“ ausgewiesen werden. Verpflichtungsermächtigungen für in Folgejahren zu leistende Ausgaben sind erforderlich (= kein laufendes Geschäft; vgl. insoweit die Ausführungen unter Nummer 6.4.2.1).

Ausgaben aufgrund der Ausübung der Kaufoption sind als investive Ausgaben bei Titeln der Gruppe 823 zu veranschlagen.²⁹ Verpflichtungsermächtigungen für Vertragsverpflichtungen in den Folgejahren sind erforderlich. Bei der haushaltsrechtlichen Zuordnung bleibt außer Betracht, ob der Leasingrate eine Teil- oder eine Vollamortisation zugrunde gelegen hat. Bilanz- und steuerrechtliche Unterscheidungen (zum Beispiel nach „Operate Leasing“ und „Finance Leasing“) bleiben ebenfalls unberücksichtigt, weil es nach den haushaltsrechtlichen Vorgaben für die Frage, ob ein Erwerbsgeschäft vorliegt, auf das dingliche und nicht auf das wirtschaftliche Eigentum ankommt.

²⁹ Beim beabsichtigten Erwerb beweglicher Sachen im Rahmen von ÖPP muss dafür eine gesonderte Gruppe unter Obergruppe 81 eingerichtet werden. Es wird eine neue Gruppe 813 „Erwerbsanteile im Rahmen von ÖPP-Projekten bei beweglichen Sachen“ vorgeschlagen.

Zu Wertgrenzen vgl. Fußnote 22.

6.4.2.3 ÖPP-Mietmodell

Das ÖPP-Mietmodell unterscheidet sich vom ÖPP-Erwerbermodell insoweit, als ein Eigentumserwerb der öffentlichen Hand nicht automatisch stattfindet und vom ÖPP-Leasingmodell insoweit, als die Vereinbarung einer Kaufoption nicht zwingend ist. Die Ausgaben der öffentlichen Hand bestehen in einem laufend zu entrichtenden Entgelt („Mietraten“). Wird zusätzlich eine Kaufoption vereinbart, ist bei Ausübung der Kaufoption ein gesondert zu entrichtendes Entgelt zu leisten.

Veranschlagung in den Haushalten von Bund und Ländern

Auf das ÖPP-Mietmodell sind die für das ÖPP-Leasingmodell geltenden Grundsätze entsprechend anzuwenden.

6.4.2.4 ÖPP-Inhabermodell

Kennzeichen des ÖPP-Inhabermodells ist im Wesentlichen, dass ein Privater ein Gebäude auf dem Grundstück des öffentlichen Auftraggebers für diesen Auftraggeber errichtet beziehungsweise saniert und anschließend betreibt. Neben den Ausgaben für den Bau beziehungsweise die Sanierung ist von der öffentlichen Hand ein fortlaufendes Entgelt für den Betrieb zu entrichten. Die Ausgaben beim ÖPP-Inhabermodell setzen sich aus einer investiven Komponente und einer konsumtiven Komponente zusammen.

Veranschlagung in den Haushalten von Bund und Ländern

Für die Aufteilung der investiven (Planung, Bau beziehungsweise Sanierung) und konsumtiven (Finanzierung und Betrieb) Entgeltanteile gelten die Ausführungen unter Nummer 6.4.2.1 entsprechend.

Da der private Auftragnehmer den Bau typischerweise in Ausübung ihm vom öffentlichen Auftraggeber eingeräumter eigener Rechte durchführt, sollte der Tilgungsanteil investiv bei Gruppe 823 „*Erwerbsanteile im Rahmen von ÖPP-Projekten sowie Erwerb privat vorfinanzierter unbeweglicher Sachen*“ veranschlagt werden. Verpflichtungsermächtigungen für Vertragsverpflichtungen in den Folgejahren sind erforderlich. Die übrigen Anteile sind konsumtiv bei der neu einzurichtenden Gruppe 520 „*Nicht aufteilbare sächliche Verwaltungsausgaben bei ÖPP-Projekten*“ auszuweisen. Verpflichtungsermächtigungen für in Folgejahren zu leistende Ausgaben sind erforderlich (= kein laufendes Geschäft; vgl. insoweit die Ausführungen

unter Nummer 6.4.2.1).

6.4.2.5 ÖPP-Contractingmodell

Beim ÖPP-Contractingmodell erbringt der Private insbesondere Einbau- und Optimierungsarbeiten an technischen Anlagen einer Immobilie des öffentlichen Auftraggebers. Ergänzend können auch Sanierungs- und Modernisierungsarbeiten am Gebäude vereinbart werden, die zu einer nachhaltigen Erhöhung des Gebrauchswertes führen. Im Unterschied zum ÖPP-Inhabermodell ist aber grundsätzlich weder die Errichtung oder die Sanierung noch ein umfassendes Management des gesamten Gebäudes Vertragsgegenstand. Neben den gegebenenfalls anfallenden Bauausgaben zahlt die öffentliche Hand an den Privaten ein Entgelt, das alle Leistungen des Privaten abdeckt.

Veranschlagung in den Haushalten von Bund und Ländern

Das ÖPP-Contractingmodell kommt vorwiegend im Energiebereich zum Tragen und kann in drei Untermodellen realisiert werden.

Es gilt dabei folgende Regelung:

a) Energieliefer-Contracting

Das Energiedienstleistungsunternehmen stellt sowohl die Heizungs- wie gegebenenfalls auch die Stromerzeugungsanlagen in der Liegenschaft und liefert Wärme beziehungsweise Strom. Es besteht kein separater Vertrag mehr zwischen dem öffentlichen Nutzer und einem Energieversorgungsunternehmen.

Die Energielieferung und damit die konsumtive Ausgabe steht im Vordergrund. Die Zahlungen an das Energiedienstleistungsunternehmen sind deshalb Titeln der Gruppe 517 – Bewirtschaftung der Grundstücke, Gebäude und Räume - zuzuordnen. Das Geschäft hält sich - wie die übrigen Verträge im Energieversorgungsunternehmen - im Rahmen der üblichen Tätigkeit der Verwaltung; es handelt sich damit um ein laufendes Geschäft im Sinne des § 38 Abs. 4 BHO, eine Verpflichtungsermächtigung ist somit nicht erforderlich.

b) Energiespar-Contracting

Das Energiedienstleistungsunternehmen verpflichtet sich, Energiesparpotenziale aufzuzeigen und durch entsprechende Investitionen in die Anlagentechnik sowie

deren Überwachung, Steuerung und Instandhaltung für die Einsparung zu sorgen. Die Energieversorgung selbst erfolgt durch separaten Vertrag zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und einem Energieversorger. Die Finanzierung des Contractors ergibt sich wiederum durch die eingesparten Energiekosten.

Hier steht die Energieeinsparung und damit die Dienstleistung im Vordergrund. Deshalb stellt das Energiespar-Contracting in der Regel ebenfalls eine konsumtive Ausgabe dar. Da die Verträge eine Laufzeit von zehn Jahren und mehr haben und hier die Energieeinsparung, nicht die -lieferung im Vordergrund steht, ist wie zum Beispiel bei Miet- und Pachtverträgen eine Wertgrenze vorzusehen, ab der eine Verpflichtungsermächtigung erforderlich ist (beim Bund liegt diese Wertgrenze bei 300 000 Euro; das heißt, wenn die jährlichen Zahlungen an den Contractor 300 000 Euro pro Jahr überschreiten, sind Verpflichtungsermächtigungen für die Zahlungen in den Folgejahren erforderlich. Die Beträge sind ebenfalls bei Titeln der Gruppe 517 zu veranschlagen).

Im Rahmen dieser Verträge ist es auch möglich, dass das Energiedienstleistungsunternehmen zunächst so hohe Investitionen in die Anlagentechnik vornimmt, dass diese den Dienstleistungsaspekt der Energieeinsparung deutlich übersteigen. In diesem Falle kommt eine getrennte Veranschlagung von investiven und konsumtiven Ausgaben dann in Betracht, wenn sich der investive Ausgabenanteil aus dem Vertrag einschließlich der zugrunde liegenden Unterlagen ermitteln lässt. Kann eine Trennung auf diese Weise nicht vorgenommen werden, müssen die Ausgaben nach dem Schwerpunkt zugeordnet werden. In diesem Fall sind die gesamten Ausgaben im Rahmen dieses Energie-Contracting-Vertrages als investive Ausgaben bei Gruppe 823 zu veranschlagen. Verpflichtungsermächtigungen für die Vertragsverpflichtungen in Folgejahren sind – unabhängig von der Höhe der jährlichen Zahlungen an den Contractor - erforderlich.

c) Energiespar-Contracting mit baulicher Sanierung

Beim Energiespar-Contracting mit baulicher Sanierung sind zusätzlich bauliche Veränderungen an der Gebäudehülle vorgesehen; die für bauliche Veränderungen anfallenden Ausgaben sind investiv bei einem Titel der Gruppe 823 zu veranschlagen. Verpflichtungsermächtigungen sind auf jeden Fall erforderlich.

Bei allen Formen von Energiespar-Contracting sind Rückeinnehmervermerke bei dem jeweils entsprechenden Ausgabetitel auszubringen für den Fall, dass der Contractor die Energieeinsparziele nicht erreicht und damit seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkommt.

6.4.2.6 Gebührenmodelle (Drittnutzerfinanzierung)

6.4.2.6.1 ÖPP-Konzessionsmodell mit unmittelbarer Nutzerfinanzierung

Beim ÖPP-Konzessionsmodell mit unmittelbarer Nutzerfinanzierung (sogenanntes ÖPP-Konzessionsmodell) verpflichtet sich der private Auftragnehmer, eine bestimmte Leistung auf eigenes wirtschaftliches Risiko unmittelbar an den Bürger zu erbringen. Gleichzeitig erhält er das Recht, seine Kosten über Entgelte oder Gebühren von Nutzern zu finanzieren. Soll eine Vollamortisation erzielt werden, fallen bei der öffentlichen Hand keine Ausgaben an. Denkbar ist aber auch eine Beteiligung der öffentlichen Hand in Form einer Anschubfinanzierung oder in Form laufender Zuschüsse. Sieht der Vertrag eine Kaufoption zum Vertragsende vor, fallen ferner Ausgaben bei Ausübung der Option an. Gegebenenfalls erzielt die öffentliche Hand auch Einnahmen aus Konzessionsabgaben.

Veranschlagung in den Haushalten von Bund und Ländern

Die Veranschlagung hängt von der besonderen Ausgestaltung der Modelle ab. Zu unterscheiden ist grundsätzlich zwischen solchen Modellen, bei denen zum Beispiel das errichtete Bauwerk zum Ende der Vertragslaufzeit im Eigentum des Privaten verbleibt (einschließlich der Modelle, bei denen lediglich eine Option zum Erwerb durch den öffentlichen Auftraggeber vereinbart wurde), sowie solchen Modellen, bei denen der öffentliche Auftraggeber Eigentum erlangt oder Eigentümer bleibt. Etwaige Einnahmen sind in jedem Falle bei Titeln der Gruppe 122 – Konzessionsabgaben – zu verbuchen. Im Übrigen richtet sich die Veranschlagung nach den Gegebenheiten im Einzelfall.

Für den Fall, dass die öffentliche Hand kein Eigentum erlangt, gilt:

Werden Anschubfinanzierungen als Darlehen gewährt, sind diese nach dem Gruppierungsplan bei Obergruppe 86 auszuweisen. Zuschüsse für Investitionen sind der Obergruppe 89 zuzuordnen. Werden Zuschüsse zum laufenden Betrieb gewährt, sind diese als sonstige Zuschüsse für laufende Zwecke bei Obergruppe 68 auszuweisen. Ausgaben aufgrund der Ausübung der Kaufoption sind investiv bei Gruppe 823 „*Erwerbsanteile im Rahmen von ÖPP-Projekten sowie Erwerb privat vorfinanzierter unbeweglicher Sachen*“ zu veranschlagen³⁰. Wenn Ausgaben in künftigen

³⁰ Beim beabsichtigten Erwerb beweglicher Sachen im Rahmen von ÖPP muss dafür eine gesonderte Gruppe unter Obergruppe 81 eingerichtet werden. Es wird eine neue Gruppe 813 „*Erwerbsanteile im Rahmen von ÖPP-Projekten bei beweglichen Sachen*“ vorgeschlagen.
Zu Wertgrenzen vgl. Fußnote 22.

Haushaltsjahren anfallen können, sind jeweils Verpflichtungsermächtigungen erforderlich.

Für den Fall, dass die die öffentliche Hand Eigentum erlangt oder Eigentümer bleibt, gilt:

Beispielhaft sind hier insbesondere Verkehrsprojekte zu nennen, die von Privaten im Rahmen des Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (FStrPrivFinG) errichtet, erhalten, betrieben und finanziert werden („**F-Modelle**“). Bei diesen Modellen werden die zur Durchführung des Konzessionsvertrages erforderlichen Grundstücke einem Konzessionär von der öffentlichen Hand grundsätzlich unentgeltlich zur Verfügung gestellt. Das vom Konzessionär auf eigene Kosten errichtete Verkehrsbauwerk steht dem Konzessionsgeber (öffentliche Hand) nach Ablauf des üblicherweise 30-jährigen Konzessionszeitraums (dann ohne weitere Zahlung) zur Verfügung. Etwaige Leistungen des Konzessionsgebers beschränken sich insgesamt auf einen sogenannten Sockelbetrag (Anschubfinanzierung), der anteilig der teilweisen Abgeltung der Bau-, Erhaltungs- und Betriebskosten des Vorhabens dient. Soweit dieser Sockelbetrag auf die Baukosten entfällt, sollte dieser entsprechend den Grundsätzen beim ÖPP-Inhabermodell (vgl. Nummer 6.4.2.4) investiv bei Gruppe 823 *„Erwerbsanteile im Rahmen von ÖPP- Projekten sowie Erwerb privat vorfinanzierter unbeweglicher Sachen“* veranschlagt werden. Die übrigen Anteile sollten konsumtiv bei der neu einzurichtenden Gruppe 520 *„Nicht aufteilbare Verwaltungsausgaben bei ÖPP-Projekten“* ausgewiesen werden. Soweit vertraglich keine Zuordnung vereinbart wurde und die Bestandteile aus dem Vertrag einschließlich der zugrunde liegenden Unterlagen auch nicht ermittelt werden können, sind die Ausgaben nach dem Schwerpunkt zu veranschlagen. Verpflichtungsermächtigungen für etwaige Vertragsverpflichtungen in den Folgejahren sind jeweils erforderlich.

6.4.2.6.2 ÖPP-Konzessionsmodell mit mittelbarer Nutzerfinanzierung

Beim ÖPP-Konzessionsmodell mit mittelbarer Nutzerfinanzierung (sogenanntes ÖPP-Betreibermodell) verpflichtet sich der private Investor, gegen Entgelt eine Infrastrukturanlage zu planen, zu bauen, zu finanzieren, zu erhalten und zu betreiben. Das ÖPP-Betreibermodell unterscheidet sich vom ÖPP-Konzessionsmodell dadurch, dass die öffentliche Hand den Betreiber vergütet. Dafür erhebt sie Entgelte oder Gebühren von den Nutzern.

Veranschlagung in den Haushalten von Bund und Ländern

Auch hier hängt die Veranschlagung von der besonderen Ausgestaltung der Modelle ab. Dabei wäre ebenfalls zu unterscheiden zwischen solchen Modellen, bei denen zum Beispiel das errichtete Bauwerk zum Ende der Vertragslaufzeit im Eigentum des Privaten verbleibt (einschließlich der Modelle, bei denen lediglich eine Option zum Erwerb durch den öffentlichen Auftraggeber vereinbart wurde), sowie solchen Modellen, bei denen der öffentliche Auftraggeber Eigentum erlangt. Einnahmen der öffentlichen Hand aus Nutzerentgelten oder Nutzergebühren sind in jedem Falle bei Titeln der Gruppe 111 – Gebühren, sonstige Entgelte – oder Gruppe 124 – Mieten und Pachten - zu verbuchen. Im Übrigen richtet sich die Veranschlagung nach den Gegebenheiten im Einzelfall.

Für den Fall, dass die öffentliche Hand kein Eigentum erlangt, gilt:

Werden Anschubfinanzierungen als Darlehen gewährt, sind diese wie beim ÖPP-Konzessionsmodell mit unmittelbarer Nutzerfinanzierung nach dem Gruppierungsplan bei Obergruppe 86 auszuweisen. Zuschüsse für Investitionen sind der Obergruppe 89 zuzuordnen. Ausgaben aufgrund der Ausübung einer Kaufoption sind investiv bei Gruppe 823 „*Erwerbsanteile im Rahmen von ÖPP-Projekten sowie Erwerb privat vorfinanzierter unbeweglicher Sachen*“ zu veranschlagen.³¹ Wenn Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren anfallen können, sind Verpflichtungsermächtigungen erforderlich. Entgeltzahlungen an die Betreiber sind bei den sächlichen Verwaltungsausgaben unter „Sonstiges“ (beim Bund Titel der Gruppen 531 bis 546) zu veranschlagen.

Für den Fall, dass die öffentliche Hand Eigentum erlangt, gilt:

Konkrete Anwendungsfälle sind hier die Modelle für den mehrstreifigen Autobahnausbau („**A-Modelle**“). Diese Modelle sehen vor, dass ein Privater den Bau beziehungsweise den Ausbau eines Autobahnstreckenabschnitts sowie dessen Erhalt und Betrieb für die Dauer eines Vertragszeitraums in der Regel von 30 Jahren übernimmt und finanziert. Als Gegenleistung erhält er vom Bund neben einer im Einzelfall vereinbarten sogenannten Anschubfinanzierung eine Vergütung in Höhe der auf dem Konzessionsabschnitt erhobenen Maut oder Teilen davon. Die Zahlungen aus der weitergeleiteten Maut entfallen teilweise auf den Ausbau und teilweise auf

³¹ Beim beabsichtigten Erwerb beweglicher Sachen im Rahmen von ÖPP muss dafür eine gesonderte Gruppe unter Obergruppe 81 eingerichtet werden. Es wird eine neue Gruppe 813 „*Erwerbsanteile im Rahmen von ÖPP-Projekten bei beweglichen Sachen*“ vorgeschlagen.

Zu Wertgrenzen vgl. Fußnote 22.

den Erhalt und Betrieb des Streckenabschnitts. Der Bund ist von Beginn an Eigentümer. Die gestaffelte Auszahlung der Anschubfinanzierung korrespondiert weitgehend mit der Bauphase; damit besteht eine Verbindung der Verwendung der gewährten Mittel mit der Errichtung der Infrastrukturanlage. Folglich ist die Anschubfinanzierung in voller Höhe den investiven Ausgaben zuzuordnen und sollte entsprechend den Grundsätzen beim ÖPP-Inhabermodell (vgl. Nummer 6.4.2.4) investiv bei Gruppe 823 „*Erwerbsanteile im Rahmen von ÖPP-Projekten sowie Erwerb privat vorfinanzierter unbeweglicher Sachen*“ veranschlagt werden. Die hierzu vorliegenden Musterverträge sehen keine Aufteilung der weiteren Vergütung in investive und konsumtive Bestandteile vor. In der Gesamtbetrachtung der derzeit vorliegenden Erkenntnisse und im Lichte der getroffenen Annahmen und unterstellten Erwartungen werden die Ausgaben nach dem Schwerpunkt insgesamt den investiven Ausgaben zugeordnet. Sie sind damit ebenfalls bei Gruppe 823 „*Erwerbsanteile im Rahmen von ÖPP-Projekten sowie Erwerb privat vorfinanzierter unbeweglicher Sachen*“ zu veranschlagen. Verpflichtungsermächtigungen für etwaige Vertragsverpflichtungen in den Folgejahren sind erforderlich.

6.4.2.7 ÖPP-Gesellschaftsmodell

Im Gegensatz zu den bisher genannten Vertragsmodellen stellt das ÖPP-Gesellschaftsmodell nicht unmittelbar auf die Erbringung bestimmter Leistungen durch einen Privaten ab. Vielmehr sollen diese Leistungspflichten hier von einem von der öffentlichen Hand und Privaten gemeinsam gegründeten privatrechtlichen Unternehmen erfüllt werden. Die öffentliche Hand hat dabei die allgemein für Beteiligungen an privaten Unternehmen geltenden Bestimmungen zu beachten (vgl. § 65 BHO/LHO). Ausgaben können im Zusammenhang mit der Beteiligung an diesem Unternehmen entstehen.

Veranschlagung in den Haushalten von Bund und Ländern

Beim ÖPP-Beteiligungsmodell gelten die allgemein für Beteiligung der öffentlichen Hand maßgeblichen Veranschlagungsgrundsätze; ÖPP-spezifische Besonderheiten gibt es insoweit nicht (so sind zum Beispiel die Ausgaben für den Erwerb von Beteiligungen bei Titeln der Gruppe 831 – Erwerb von Beteiligungen und dgl. im Inland – oder bei Titeln der Gruppe 836 – Erwerb von Beteiligungen und dgl. im Ausland – zu veranschlagen). Wenn Ausgaben in künftigen Haushaltsjahren anfallen können, sind Verpflichtungsermächtigungen erforderlich.

Nach Gründung der Gesellschaft richtet sich die weitere Veranschlagung nach dem ÖPP-Vertragsmodell, dass zwischen der öffentlichen Hand und dem gegründeten privatrechtlichen Unternehmen vereinbart wird. Insoweit ist es unerheblich, ob der private ÖPP-Auftragnehmer eine unter Beteiligung der öffentlichen Hand gegründete ÖPP-Gesellschaft ist oder keine Beteiligung der öffentlichen Hand besteht.

7 Fazit

1. Haushaltsgesetz und Haushaltsplan müssen nach dem verfassungsrechtlichen Gebot der Vollständigkeit des Haushalts (Artikel 110 Abs. 1 Satz 1 GG sowie die entsprechenden verfassungsrechtlichen Vorschriften der Länder) die Finanzentwicklung transparent machen. Dies gilt auch für die Auswirkungen von ÖPP-Projekten. Aus dem übergreifenden Zweck der Artikel 110 und 115 GG sowie der entsprechenden verfassungsrechtlichen Vorschriften der Länder folgt zugleich, dass die im Rahmen von ÖPP-Projekten einzugehenden Verpflichtungen nur mit parlamentarischer Ermächtigung eingegangen werden dürfen. Derartige (Verpflichtungs-)Ermächtigungen sind ausdrücklich als solche zu bezeichnen und über die bei den jeweiligen Ausgaben gesondert zu veranschlagenden Verpflichtungsermächtigungen (§ 16 BHO/LHO) hinaus in einer umfassenden Gesamtübersicht transparent zu machen (vgl. dazu Nummer 6.2 am Ende und Nummer 6.3.3).

Der Arbeitsausschuss hält es für geboten, ÖPP-Projekte in einer Übersicht gemeinsam mit den privat vorfinanzierten öffentlichen Bauten auszuweisen.³²

Dabei soll das beigefügte **Muster** zugrunde gelegt werden. Es sollen ÖPP-Erwerbermodelle, ÖPP-Leasingmodelle, ÖPP-Mietmodelle, ÖPP-Inhabermodelle und vergleichbare Modelle sowie sonstige ÖPP-Projekte von erheblicher finanzieller Bedeutung für die Haushalte in die Übersicht aufgenommen werden. Eine Übersicht über alle ÖPP-Modelle wird wegen der vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten als nicht praktikabel beziehungsweise vom Volumen her als nicht erforderlich angesehen.

Die Übersicht sollte künftig als eine dem Entwurf des Haushaltsplans beizufügende Anlage zum Haushaltsplan (§ 11 HGrG, § 14 BHO/LHO) dargestellt werden.

³² Vgl. dazu Ergebnisse der Sitzung des Bund/Länder-Arbeitsausschusses „Haushaltsrecht und Haushaltssystematik“ am 8./9. Mai 1996 „**Private Vorfinanzierung öffentlicher Investitionen**“

2. Eine haushaltssystematische Zuordnung der Ausgaben für die einzelnen ÖPP-Modelle unter einer einheitlichen Gruppierungsnummer ist wegen der modellbedingten Unterschiede nicht möglich (im Einzelnen vgl. Nummer 6.4.2). Grundsätzlich sind auch Ausgaben für ÖPP in die geltende Haushaltssystematik einzuordnen. Eine Ausweitung der nach der bisherigen Staatspraxis als Investitionen unter den Hauptgruppen 7 und 8 des Gruppierungsplans erfassten Ausgaben ist im Hinblick auf das Urteil des BVerfG vom 18. April 1989 (BVerfGE 79, 311) nicht zulässig.

Um die Transparenz zu erhöhen schlägt der Arbeitsausschuss vor,

- Erwerbsanteile im Rahmen von ÖPP-Modellen grundsätzlich investiv unter der bestehenden Gruppe 823 zusammenzufassen; die Bezeichnung der Gruppe ist zu ändern in *„Erwerbsanteile im Rahmen von ÖPP-Projekten sowie Erwerb privat vorfinanzierter unbeweglicher Sachen“*;
 - für alle konsumtiven Anteile im Rahmen von ÖPP-Modellen (soweit diese nicht ausnahmsweise anderweitig zugeordnet werden; vgl. Nummer 6.4.2.5 und 6.4.2.6.2) bei den sächlichen Verwaltungsausgaben eine neue Gruppe 520 *„Nicht aufteilbare Sächliche Verwaltungsausgaben bei ÖPP-Projekten“* zu schaffen.
3. Im Übrigen schlägt der Arbeitsausschuss vor, die VV-BHO/LHO - soweit hierfür Bedarf besteht - entsprechend den Empfehlungen des Arbeitsausschusses anzupassen, und zwar
- VV zu § 38 BHO/LHO

ÖPP-Projekte erfordern eine Verpflichtungsermächtigung und sind nicht als laufende Geschäfte nach § 38 Abs. 4 BHO/LHO anzusehen (Nummer 6.4.1.3.1),
 - VV zu §§ 24/54 BHO/LHO (oder in gesonderten Richtlinien)

Art und Umfang der Bauunterlagen beziehungsweise Planungsunterlagen bei ÖPP-Projekten (Nummer 6.4.1.4)