



Öffentlich-Private Partnerschaften - Initiative NRW.

Kooperationen in der Daseinsvorsorge
- Öffentlich-Private Gesellschaften -

April 2011



Finanzministerium
des Landes Nordrhein-Westfalen



Öffentlich-Private Partnerschaften – Initiative NRW

**Kooperationen in der Daseinsvorsorge
- Öffentlich-Private Gesellschaften -**

April 2011

Dieser Leitfaden wurde im Auftrag des Finanzministeriums (PPP-Task Force) des Landes Nordrhein-Westfalen erstellt durch:

Dr. Ute Jasper

HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK

Georg-Glock-Straße 4

40474 Düsseldorf

Tel.: 0211 / 600 55-326

Fax: 0211 / 600 55-320

E-Mail: u.jasper@heuking.de

Ansprechpartner der PPP-Task Force NRW:

Regine Unbehauen – Leiterin der Task Force

Tel.: 0211 / 4972-2544

Fax: 0211 / 4972-2596

E-Mail: regine.unbehauen@fm.nrw.de

Alexander Dahmen

Tel.: 0211 / 4972-2373

Fax: 0211 / 4972-2596

E-Mail: alexander.dahmen@fm.nrw.de

Weitere Redaktionsmitglieder:

Rainer Grabbe

Leiter Finanzen, Konzerncontrolling, Beteiligungen

Kreis Lippe

Dirk Buttler

Leiter Government Services

arvato services

Vorwort

Wenn in Politik und Wirtschaft heute von Öffentlich-Privaten Partnerschaften oder kurz „ÖPP“ die Rede ist, sind meist ausschließlich Bauprojekte gemeint. Gedacht wird an Schulen, Rathäuser und Autobahnen, die von Privaten aus einer Hand geplant, gebaut, finanziert und betrieben werden.

Dabei wird oft übersehen, dass es Kooperationen in der Daseinsvorsorge in Deutschland schon seit mehr als 100 Jahren gibt. Öffentlich-Private Gesellschaften, also Gesellschaften, an denen beide Seiten - private Unternehmen und die Öffentliche Hand - beteiligt sind, existieren schon seit Anfang der Industrialisierung im 19. Jahrhundert. Eisenbahn, Energieversorgung, Abwasserbeseitigung - auch Gesundheitsschutz und Hygiene - all diese Daseinsvorsorgeaufgaben haben einmal mit Öffentlich-Privaten Partnerschaften begonnen. Schon lange tragen öffentliche und private Partner gemeinsam Chancen und Risiken langfristig angelegter Infrastruktur-Projekte. Wasserversorger, Wohnungsgesellschaften und Energieunternehmen sind nur einige Beispiele mit Erfolgsgeschichte.

Mit dem Stempel „Privatisierung“ versehen, hat ÖPP nicht selten mit Vorurteilen zu kämpfen. Die Rede ist vom Ausverkauf öffentlicher Infrastruktur und von Spar-Aktionen auf Kosten der Arbeitnehmer. ÖPP ist aber nie „echte“ Privatisierung sondern immer die Einbindung Privater bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben. Der Staat muss auch im Rahmen einer Öffentlich-Privaten Partnerschaft jederzeit die Kontrolle



über und die Verantwortung für die Erfüllung seiner Aufgaben behalten. Das ist einer der wichtigsten Ansprüche, die wir an ÖPP stellen müssen.

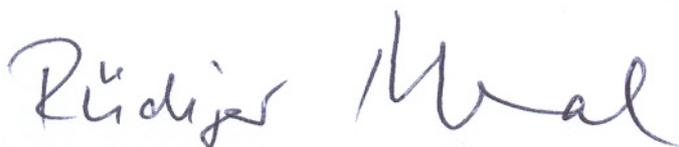
Die Beispiele in diesem Leitfaden zeigen, dass es möglich ist, im Rahmen der Entwicklung von Projekten und Gesellschaften zu Lösungen zu kommen, die insgesamt zum Vorteil aller Beteiligten, Öffentlicher Hand wie privatem Partner, Arbeitgeber wie Arbeitnehmer, kommunalem Haushalt wie „Gebührendzahler“ reichen.

Was liegt also näher, als die positiven Erfahrungen aus einer Reihe von Projekten dazu zu nutzen, andere Akteure von der Idee der Partnerschaft in der Daseinsvorsorge zu begeistern. Die Beispiele können naturgemäß nur einen Ausschnitt des Handlungsfeldes zeigen. Jedes Projekt ist anders. Ein allgemeines Handlungsmuster für Einzelprojekte wird dieser Leitfaden daher nicht vermitteln können.

Der Leitfaden richtet sich gleichermaßen an Verwaltung, Rat, Personalvertretung, Fraktionen und interessierte Bürger, die einen Einblick in die Rahmenbedingungen für eine solche Kooperation gewinnen wollen. Vielleicht gelingt es Ihnen ja, mit einer Projektidee ein weiteres gutes Beispiel hinzuzufügen.

Ich freue mich über Ihr Interesse an diesem spannenden Thema und wünsche Ihnen viele neue Erkenntnisse bei der Lektüre.

Ihr



Dr. Rüdiger Messal

Staatssekretär im Finanzministerium NRW

INHALTSVERZEICHNIS

1	Einleitung	7
2	Grundlagen	9
3	Kooperationen in der Daseinsvorsorge mit gemeinsamer Gesellschaft	9
3.1	Bestandsaufnahme und Rahmenbedingungen	12
4	Ziele und Modelle	14
4.1	Ziele	14
4.2	Modelle	20
4.2.1	<i>Typische Gesellschaftsformen</i>	20
4.2.2	<i>Zulässige Tätigkeiten</i>	24
4.3	Ausgestaltung der Gesellschaft.....	26
5	Projektablauf	31
5.1	Schritt 1: Rechtliche und wirtschaftliche Vorprüfung	31
5.1.1	<i>Ziele</i>	32
5.1.2	<i>Zielmodell</i>	37
5.1.3	<i>Ist die Kooperation rechtlich zulässig?</i>	38
5.1.4	<i>Ist die Kooperation wirtschaftlich sinnvoll?</i>	60
5.2	Schritt 2: Grundsatzentscheidung und Projektorganisation.....	67
5.2.1	<i>Beteiligung kommunaler Gremien</i>	67
5.2.2	<i>Beteiligung Dritter (Finanzamt, Kommunalaufsicht, Arbeitnehmerversammlung, Fördermittelgeber)</i>	68
5.2.3	<i>Projektorganisation</i>	69
5.3	Schritt 3: Umsetzung und Wettbewerb	71
5.3.1	<i>Verfahrensart</i>	71
5.3.2	<i>Bekanntmachung</i>	75
5.3.3	<i>Wettbewerb</i>	75
5.3.4	<i>Auswahl des Kooperationsmodells im Wettbewerb</i>	78
5.3.5	<i>Verträge</i>	78
5.3.6	<i>Wertung</i>	79
5.3.7	<i>Beteiligung der Kommunalaufsicht</i>	80
5.3.8	<i>Zuschlag</i>	81
5.4	Schritt 4: Vertragsmanagement und -kontrolle	81
6	Ausblick	85
7	Beispiele	87
7.1	Abfall: Entsorgungsbetriebe Essen GmbH (EBE)	88
7.1.1	<i>Interview mit dem Oberbürgermeister</i>	89
7.1.2	<i>Interview mit dem Projektleiter</i>	93
7.1.3	<i>Ausgangslage und Ziele der Teilprivatisierung</i>	95
7.1.4	<i>Gesellschaftsmodell und Aufgaben</i>	99
7.1.5	<i>Arbeitnehmer</i>	99
7.2	Hafen: Hafen Krefeld GmbH & Co. KG	101
7.2.1	<i>Interview mit dem Projektleiter</i>	102
7.2.2	<i>Ausgangslage</i>	105

7.2.3	<i>Gesellschaftsmodell</i>	106
7.2.4	<i>Arbeitnehmer</i>	108
7.2.5	<i>Verfahren</i>	112
7.2.6	<i>Besonderheiten</i>	114
7.3	Abfall: Gesellschaft für Abfallentsorgung Lippe mbH	116
7.3.1	<i>Neuordnung der Abfallwirtschaft und Verfahren</i>	120
7.3.2	<i>Ziele der Neuordnung</i>	122
7.3.3	<i>Gesellschaftsmodell und Aufgaben</i>	124
7.4	Weitere Erfahrungen mit Kooperationen in der Daseinsvorsorge	125

1 Einleitung

Öffentlich-Private Gesellschaften sind - das wird oft vergessen - bewährte Organisationsformen in der kommunalen Praxis. Private Beteiligungen an kommunalen Stadtwerken finden sich in vielen Städten und Gemeinden. Oft beteiligen sich private Unternehmen oder deren Kammern auch an kommunalen Gesellschaften zur Wirtschaftsförderung. Zunehmend erfüllen solche Kooperationen aber auch andere Aufgaben der Daseinsvorsorge. Häfen und Krankenhäuser werden mittlerweile vielerorts als gemischtwirtschaftliche Unternehmen betrieben.

Auch wenn Öffentlich-Private Gesellschaften also in der Praxis recht verbreitet sind und es für ÖPP-Bauprojekte zahlreiche Leitfäden gibt, fehlt es für gemischtwirtschaftliche Unternehmen bisher an strukturierten Vorgaben und Erfahrungsberichten, die verhindern, dass jede Kommune das Rad neu erfinden muss, wenn sie mit einem privaten Partner kooperieren und eine gemeinsame Gesellschaft gründen will. Diese Lücke will dieser Leitfaden schließen. Er richtet sich an Praktiker, die in Kommunen, Aufsichtsbehörden, bei Vergabekammern oder in der Beratung mit Öffentlich-Privaten Gesellschaften befasst sind. Er ist aber auch an kommunale Mandatsträger und Beamte in den Verwaltungen adressiert, die Aufgaben neu organisieren wollen und die Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft in ihre Überlegungen einbeziehen möchten.

Ziel ist, anhand von Beispielen aus der Praxis die Strukturen gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften zu erklären und die Hintergründe und Entscheidungswege bei ihrer Gründung näher zu bringen. Die teilweise gegensätzlichen Ziele und Interessen der privaten Partner auf der einen und der Öffentlichen Hand auf der anderen Seite führen in den

2 Grundlagen

Öffentlich-Private Gesellschaften sind eine von zahlreichen Erscheinungsformen von Öffentlich-Privaten Partnerschaften (ÖPP). ÖPP ist der Oberbegriff. Viele verstehen darunter den Verkauf von Tafelsilber oder die Preisgabe der Daseinsvorsorge oder gar hoheitlicher Aufgaben. Das ist aber falsch. Der Begriff umfasst nur abstrakt alle Kooperationen von Privatwirtschaft und Öffentlicher Hand bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, die über eine bloße Beschaffung hinausgehen und durch besondere Effizienzvorteile oder Leistungsgewinne gekennzeichnet sind.

Aufgaben werden in diesen Fällen nicht mehr durch die Öffentliche Hand vollständig allein, aber auch nicht ausschließlich durch ein privates Unternehmen wahrgenommen. Vielmehr handelt es sich um eine Mischform, bei der Aufgaben und Risiken geteilt werden. Die hoheitlichen Aufgaben und die wesentlichen Entscheidungskompetenzen verbleiben meist bei der Öffentlichen Hand. Eine materielle Privatisierung der jeweiligen Aufgabe findet nicht statt. Politische und rechtliche Vorgaben sind vorrangig zu berücksichtigen. Im Übrigen übernimmt derjenige Partner Aufgabe und Risiko, der es jeweils am besten steuern kann. Hierdurch entsteht die besondere „Win-win-Situation“, die den Vorteil dieser Kooperationsform ausmacht.

3 Kooperationen in der Daseinsvorsorge mit gemeinsamer Gesellschaft

Charakteristisch für die ÖPP, um die es in diesen Leitfaden geht, ist: Die öffentliche Seite überträgt eine Aufgabe nicht völlig auf ein privates Unternehmen, sondern sie behält einen wesentlichen Teil der Verantwortung. Die Aufgabe wird von einer gemischtwirtschaftlichen ÖPP-

Gesellschaft übernommen; beide Partner sind an dieser Gesellschaft beteiligt. Es wird also eine gemeinsame Institution geschaffen, die die Basis und die Schaltstelle der Zusammenarbeit bildet. Deshalb nennt die Europäische Kommission diese ÖPP auch **Institutionalisierte ÖPP**. Ein anderer verbreiteter Name für solche Kooperationen ist „gemischtwirtschaftliche Gesellschaft“.

Der öffentliche Partner definiert eine Aufgabe, die er zukünftig nicht mehr allein, sondern mit privater Hilfe wahrnehmen möchte. Er gründet beispielsweise eine GmbH und überträgt ihr die Durchführung von Aufgaben der Abfallentsorgung. Er bringt das notwendige Betriebsvermögen und die sonstigen Betriebsmittel in die Gesellschaft ein. Die Mitarbeiter werden zukünftig von der Gesellschaft beschäftigt. Es handelt sich um einen Akt der *formalen* Privatisierung. Anstelle der Öffentlichen Hand erbringt nun die GmbH die öffentliche Aufgabe. Je nachdem, ob die Kosten für den Betrieb durch die Einnahmen gedeckt werden oder nicht, zahlt der öffentliche Partner der GmbH einen Zuschuss oder ein Leistungsentgelt.

Zur echten Kooperation und damit zur institutionalisierten ÖPP wird die GmbH aber erst durch die Beteiligung eines privaten Partners. Dieser erwirbt Geschäftsanteile an der GmbH. Hierfür bezahlt er in der Regel einen Kaufpreis, der sich am Ertragswert der neuen Gesellschaft orientieren wird. Zusätzlich bringt er Kapital und sein besonderes Management-Know-how in die Gesellschaft ein.

Die operativen Leistungen erbringt in der Regel die gemeinsame Gesellschaft selbst, wobei beide Partner über ihren gesellschaftsrechtlichen Einfluss dafür sorgen, dass die öffentliche Aufgabe ordnungsgemäß, aber auch wirtschaftlich erfüllt wird. Aufgaben und Befugnisse müssen zwischen den beiden Partnern genau abgegrenzt werden.

Partnership Public Private Partnership Public Private Partnership
Public Private Partnership Public Private Partnership
Private Partnership Public Private Partnership Public

Gesellschaftsvertrag und eine zusätzliche Rahmenvereinbarung verteilen Aufgaben, Einflussrechte, Nachschusspflichten und Gewinnansprüche zwischen den beiden Partnern. Die Verteilung erfolgt dabei nach folgenden Grundsätzen:

- Jeder Partner übernimmt die Aufgaben, die er am besten steuern kann.
- Grundsätzlich werden Gewinne und Verluste geteilt.
- Wer jedoch eine Teilaufgabe alleinverantwortlich übernimmt, erhält mehr Einflussrechte. Dem anderen Partner stehen aber in allen wesentlichen Fragen Vetorechte zu.
- Derjenige Partner, der entscheidet, trägt Chancen und Risiken aus dieser Entscheidung (Gewinne und Verluste).

In vielen gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften übernimmt diesem Leitbild folgend der private Partner die Managementaufgabe für das operative Geschäft und trifft operative Entscheidungen weitgehend allein. Für Grundsatzfragen stehen dem öffentlichen Partner vertraglich definierte Vetorechte zu. Wenn der private Partner weitgehende Entscheidungskompetenzen hat, sollte die Öffentliche Hand möglichst verlangen, dass er auch für den Erfolg seiner Tätigkeit einsteht. Wer im Wettbewerb mit Ertragsprognosen obsiegt, sollte auch die Verantwortung dafür übernehmen. Dazu wird oft vereinbart, dass der private Partner den operativen Erfolg der Gesellschaft garantiert. Verluste hat er auszugleichen und dem öffentlichen Partner sind oft sogar Mindesterträge aus der Beteiligung zu garantieren.

Je nach Aufgabe sind aber sehr unterschiedliche Gestaltungsvarianten möglich. Garantien werden zum Beispiel vom privaten Partner in der

Regel nicht gewährt, wenn der öffentliche Partner selbst das operative Geschäft steuert. Denn der Private will nur für das einstehen, was er selbst wesentlich bestimmen kann.

3.1 Bestandsaufnahme und Rahmenbedingungen

Öffentlich-Private Gesellschaften haben in der Geschichte eine Tradition, die in Zeiten zurückreicht, als der Begriff ÖPP noch gar nicht erfunden war. Bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben haben sich Kooperationen mit privaten Unternehmen in vielen Bereichen bewährt.

Die Geschichte der Öffentlich-Privaten Gesellschaften geht einher mit der Übernahme neuer Aufgaben und einer Ausweitung der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden. Aufgaben, die ursprünglich die Bürger in der örtlichen Gemeinschaft erfüllten, mussten mit der Industrialisierung im 19. Jahrhundert kommunal organisiert werden. Das Wachstum der Städte forcierte die Entwicklung. Die Gemeinden standen plötzlich vor neuen technischen, wirtschaftlichen und sozialen Aufgaben. Für die Industrialisierung musste eine ausreichende Infrastruktur geschaffen werden, die nicht mehr ausschließlich über die Einnahme von Steuern finanziert werden konnten. Die Kommunen begannen daher, Gesellschaften zu gründen und zugleich Private in ihre Aufgaben einzubinden.

In Städten und Gemeinden vollzog sich die Neudefinition der kommunalen Aufgaben in Stufen. Es begann damit, dass die Gemeinden die Wasserversorgung an sich zogen. Vorreiter war hier die Stadt Hamburg, die im Jahr 1849 die Wasserversorgung kommunalisierte. Weitere Kommunen folgten ab dem Jahr 1870. Nächster Schritt war die Kommunalisierung der Gesundheitsvorsorge und Hygiene mit der Einrichtung von Schlachthäusern und anschließend die Übernahme der

Abwasserbeseitigung sowie der Straßenreinigung, der Müllabfuhr und der Einrichtung von Markthallen.

Gemeinsame Gesellschaften mit öffentlicher und privater Beteiligung entstanden auch bei der Eisenbahn. Bis in die 70er Jahre des 19. Jahrhunderts bestand ein System privater und staatlicher Verantwortung für die Eisenbahnen. Erst ab 1873 kauften die damaligen Bundesstaaten die privaten Eisenbahnen auf und verdrängten die Privatwirtschaft aus diesem Bereich.

Traditionell gewachsen ist die gemeinsame Aufgabenerfüllung der Strom- und Gasversorgung. Ab 1880 wurden die ersten kommunalen Gas- und Elektrizitätswerke gegründet. Voraussetzung für ihre Rentabilität war aber, dass den Werken ein ausreichend großes Versorgungsgebiet zur Verfügung stehen musste. Dies führte zu überregionalen Organisationsformen, an denen privates Kapital beteiligt war.

Wohl bekanntestes Beispiel ist die von Hugo Stinnes gegründete Rheinisch-Westfälische Elektrizitätswerke AG (RWE). 1897/1898 schlossen einige Kommunen im Ruhrgebiet mit der Elektrizitäts-Aktiengesellschaft, vormals W. Lahmeyer & Co. (EAG), einen Vertrag über die Errichtung eines Elektrizitätswerks in Essen. Ab 1905 erhielten die Kommunen die Gelegenheit, Anteile an der RWE zu erwerben. Im Gegenzug vergaben die Kommunen Konzessionsverträge, damit die RWE Leitungsnetze errichten konnte. Anteile erwarben seinerzeit zuerst die Städte Essen, Mülheim an der Ruhr und Gelsenkirchen. 1910 stellten die Kommunen die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder und ab dem Jahr 1920 hielten sie sogar zum ersten Mal die Kapitalmehrheit an der RWE. Beteiligt waren damals auch schon die Städte Bonn, Köln, Krefeld, Duisburg und Düsseldorf.

4 Ziele und Modelle

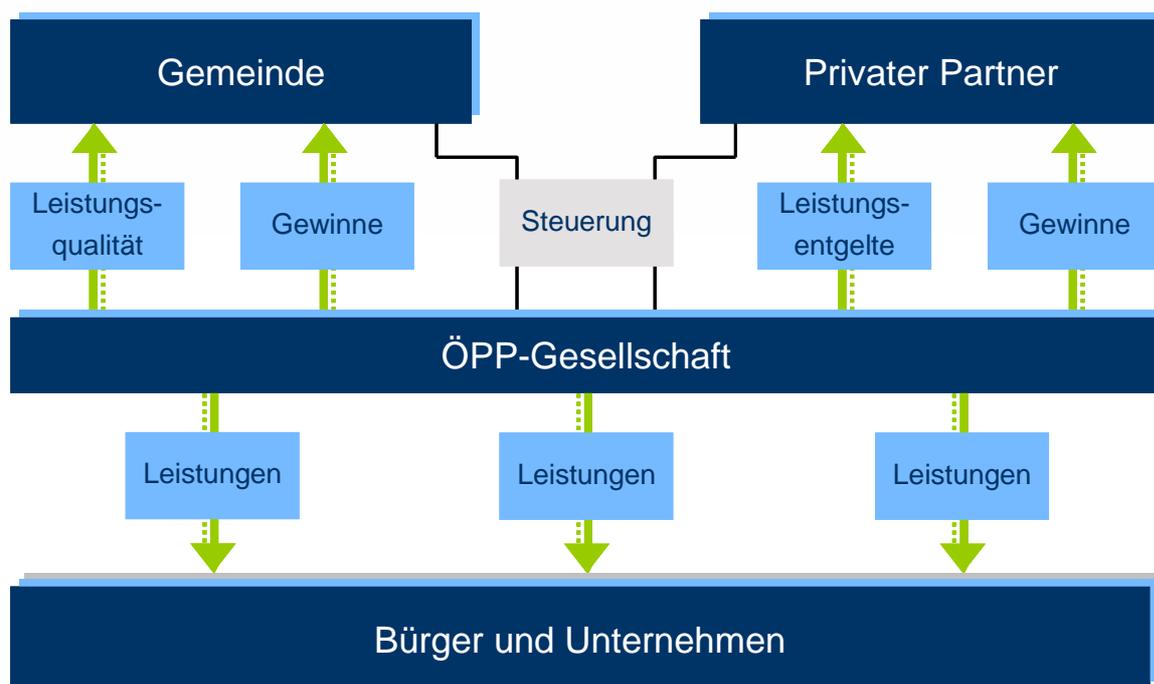
Die Ausgestaltung einer Öffentlich-Privaten Gesellschaft hängt im Wesentlichen von den verfolgten Zielen ab. Will eine Gemeinde die Daseinsvorsorge optimieren und dazu mit privaten Partnern zusammenarbeiten, muss sie zunächst ihre Erwartungen an die Kooperation in einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft definieren. Sie beabsichtigt regelmäßig - ausgehend von dem Ziel, eine Aufgabe der Daseinsvorsorge wirtschaftlicher zu organisieren - ihren Bürgern die Leistungen möglichst preiswert aber auch in hoher Qualität zur Verfügung zu stellen. Zugleich sollen oft Arbeitsplätze erhalten und Mitspracherechte gewahrt werden. Dabei müssen allerdings immer auch die Interessen des privaten Partners mitbedacht und mögliche Konflikte vor Eingehen der Partnerschaft umfassend geregelt werden.

4.1 Ziele

Bei Errichtung und Beteiligung an einer Öffentlich-Privaten Gesellschaft verfolgen Öffentliche Hand und der private Partner jeweils das Ziel, bestmöglich von der Beteiligung zu profitieren. Es ist allerdings im Auge zu behalten, dass für die Öffentliche Hand die Öffentlich-Private Gesellschaft immer nur Mittel zum Zweck ist. Vorrangiges Ziel ist stets die möglichst optimale Erfüllung von Aufgaben der Öffentlichen Hand. Vor diesem Hintergrund ist es Ziel der Kommunen im Rahmen der Öffentlich-Privaten Gesellschaft, langfristig eine bestmögliche Leistung für sich und/oder die Bürger zu geringen Kosten zu erreichen und ggfs. von Gewinnausschüttungen für den kommunalen Haushalt zu profitieren. Außerdem müssen Steuerungsmöglichkeiten gewahrt bleiben. Die privaten Partner wollen hingegen vorrangig Geld verdienen und sorgen so in der Regel für die Effizienz der Gesellschaft. Sie sind an Gewinnausschüttungen der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft und an Un-

teraufträgen der Gesellschaft an den privaten Partner interessiert. Damit von Beginn an die Gesellschaft die Unteraufträge nicht ausschreiben muss, sollten sie mit in den Wettbewerb um die Suche nach dem privaten Partner gestellt werden. Rechtlich ist das zulässig¹.

Dieser Zielkonflikt zwischen der Öffentlichen Hand und dem privaten Partner lässt sich - wie bei jedem Austauschvertrag auch - ohne Weiteres auflösen. Aufgaben und Leistungen der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft sowie die hierfür zu zahlenden Entgelte müssen vor Errichtung und Beteiligung zwischen der Öffentlichen Hand und dem privaten Partner im Wettbewerb - im Regelfall in einem Vergabeverfahren - ermittelt und vertraglich vereinbart werden.



Die konkreten Gewinnaussichten aus der Beteiligung an der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft können aber nicht ohne Weiteres vorher vertraglich vereinbart werden. Sie hängen insbesondere vom Manage-

¹ EuGH, Urteil vom 15.10.2009, Rs. C-196/08.

mentgeschick der Geschäftsführer sowie politischen und rechtlichen Rahmenbedingungen und von der Höhe der vereinbarten Leistungsentgelte ab. Einer interessengerechten Regelung sind die Gewinne und ggf. auch die Verluste gleichwohl zugänglich. Üblicherweise werden Gewinne und Verluste nach der Höhe der Beteiligung der Öffentlichen Hand auf der einen Seite und des privaten Partners auf der anderen Seite verteilt. Gemeinsames Wagnis führt zur Teilung von Risiken und Chancen.

In gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften wird allerdings nicht selten von der Gewinnverteilung nach Kapitalanteilen - dem gesellschaftsrechtlichen Regelfall - abgewichen, wenn die Befugnisse und Kompetenzen unterschiedlich zwischen den beiden Gesellschaftern verteilt sind. Übernimmt etwa der private Partner die operative Managementverantwortung in der Gesellschaft und stehen der Öffentlichen Hand nur Vetorechte bei besonders riskanten oder grundlegenden Geschäften der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft zu, muss er die finanzielle Verantwortung für seine Entscheidungen übernehmen. Er muss Verluste ausgleichen und der Öffentlichen Hand Gewinne bis zu einer bestimmten Höhe garantieren. Gleiches gilt, wenn er die Entgelte für die Leistungen in der Gesellschaft und die von ihm zu erbringenden Leistungen kalkuliert hat. Er muss dafür einstehen, dass diese auskömmlich sind und die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft nicht insolvent wird.

Auf der anderen Seite muss die Öffentliche Hand die Verantwortung dafür übernehmen, dass die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft wirtschaftlich sinnvoll agieren kann und sie nicht durch die im Grundsatz gebotene Steuerung mittels Vorgaben durch die gemeindlichen Gremien zu weitgehend eingeengt wird. Werden aus politischen Gründen

zum Beispiel betriebswirtschaftlich gebotene Entscheidungen in der Gesellschaft nicht getroffen oder etwa durch Mehrheitsbeschluss in der Stadtwerkegesellschaft eine Senkung der Gaspreise beschlossen, muss der öffentliche Partner für diese Entscheidung, die politisch im Gemeinwohlinteresse durchaus berechtigt sein kann, eintreten. Hierin besteht aber kein Unterschied zur konventionellen Beschaffung in Eigenregie.

Letztlich münden die Ziele des öffentlichen und des privaten Partners aber immer in dem gemeinsamen Ziel, in der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft effizient und kostengünstig zusammen zu arbeiten, damit die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft insgesamt profitabel und wettbewerbsfähig ist. An Gewinnen ist auch die Öffentliche Hand interessiert, um entweder ihre Zuschüsse für die Erfüllung der Aufgaben zu reduzieren oder Aufgaben in anderen Bereichen wahrzunehmen.

Neben der bei Betätigungen der Öffentlichen Hand stets verfolgten öffentlichen Zweckerfüllung und damit in Zusammenhang stehenden wirtschaftlichen Zielen verfolgt die Öffentliche Hand jedoch häufig noch zahlreiche andere Nebenziele, die einer wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung nicht ausschließlich förderlich sind, aber den besonderen kommunalen Interessen Rechnung tragen, insbesondere:

- Standortsicherung,
- Sicherung der Arbeitsplätze,
- Innovationen / Verwaltungsmodernisierung,
- Planungssicherheit und konstante Gebühren,
- Ökologie und Nachhaltigkeit,
- Wirtschaftsförderung.

Ein wichtiger Aspekt der Gemeinden bei Errichtung und Beteiligung an einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft ist häufig die **Standort-**

sicherung. Mit dem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen sollen Leistungen und Arbeitsplätze in der Gemeinde erhalten werden. Anders als bei einem reinen Leistungsvertrag ist dieses Ziel über eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft gut zu erreichen. Es wird eine ortsansässige Gesellschaft gegründet, die kommunale Aufgaben in der Kommune ortsnah mit eigenen Betriebsmitteln wahrnimmt. Eine Verlagerung ins Ausland oder in eine Nachbargemeinde ist gegen den Willen der Kommune nicht möglich.

Ein politisches Ziel bei Errichtung und Beteiligung an gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften ist in vielen Fällen, dass die bestehenden **Arbeitsplätze** im bisherigen Umfang und zu den gleichen Konditionen gesichert werden. Häufig besteht die Befürchtung, der private Partner setze sein privates Management-Know-how vor allem dahingehend ein, dass Abläufe effizienter gestaltet werden und Arbeitsplätze wegfallen.

Arbeitsplatzabbau reduziert so die Kosten und maximiert den Gewinn. Hierbei handelt es sich allerdings um wirtschaftliche Vorgänge, die politisch in den seltensten Fällen erwünscht sind. Daher genießen bestehende Arbeitsplätze in gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften durch besondere Verträge fast immer Bestandsschutz. Die Arbeitsbedingungen einschließlich Lohn, Urlaub, Fortbildungsansprüche und ähnliches werden für die bisherigen Arbeitskräfte festgeschrieben. Häufig werden mit dem Übergang auf die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft eine Beschäftigungsgarantie und weitere Vergünstigungen gewährt.

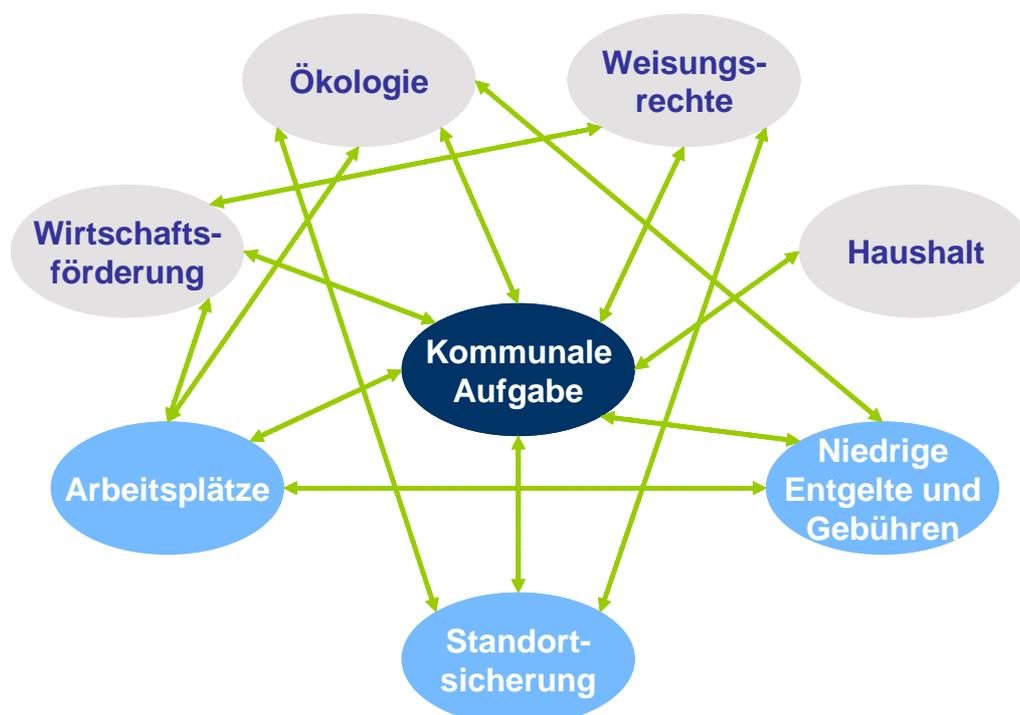
Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften dienen auch häufig dazu, **Innovationen** einzuführen und die Wahrnehmung einer Aufgabe der öffentlichen Daseinsvorsorge grundlegend zu modernisieren. Der priva-

te Partner bringt sein besonderes Know-how bei Erfüllung der Aufgabe ein und organisiert die Leistungen effizienter.

Planungssicherheit und **konstante Gebühren und Entgelte** lassen sich meistens über langfristige Dienstleistungsverträge mit der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft sicherstellen. Feste Entgelte führen somit auch zu konstanten Gebühren und Entgelten für die Bürger. Bei Gründung und Errichtung gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften spielen aber auch **ökologische Aspekte** und **Wirtschaftsförderungsmöglichkeiten** häufig eine Rolle.

Alle diese Ziele können im Rahmen einer Kooperation von Öffentlicher Hand und privatem Partner berücksichtigt werden, schränken aber in den meisten Fällen die Wirtschaftlichkeit, gemessen an den Erträgen, ein. Sie sind daher vor Beteiligung des privaten Partners nach Art und Umfang genau festzulegen, damit der private Partner sie in sein Angebot einkalkulieren kann.

Der Zielkonflikt lässt sich auch bei der Auswahl des privaten Partners beherrschen. Bildlich betrachtet sucht die Kommune einfach den für sie speziell optimalen Zielpunkt im Netz der widerstreitenden Interessen.



Sie findet ihn, indem sie Mindestvorgaben an private Partner definiert und die weiteren Kriterien im Wettbewerb wertet. Beispielsweise kann sie betriebsbedingte Kündigungen oder Gebührenerhöhungen für einen bestimmten Zeitraum ausschließen, ökologische Standards vorgeben und Standortgarantien sowie garantierte Beteiligungserträge und Anteilskaufpreise für den Haushalt werten.

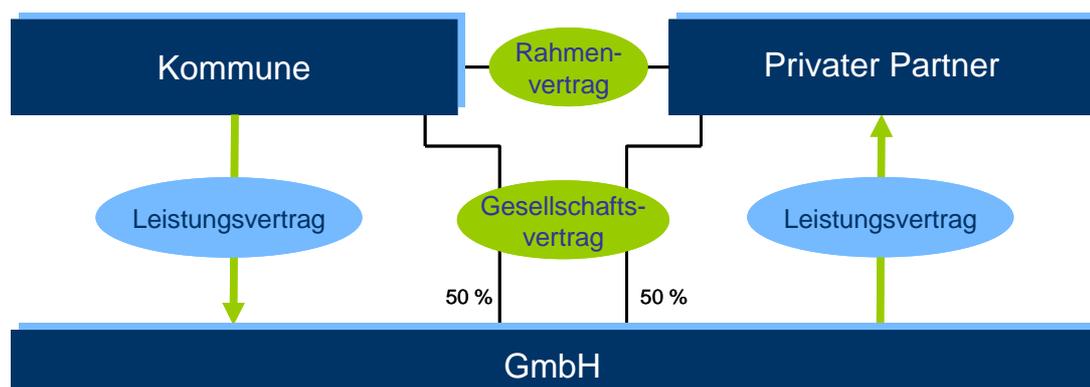
4.2 Modelle

Die Vertragsmodelle für Öffentlich-Private Gesellschaften sind unterschiedlich. Das „richtige“ Modell für die jeweilige Kooperation ist jeweils das Modell, das die Ziele der Kooperationspartner am besten abbildet.

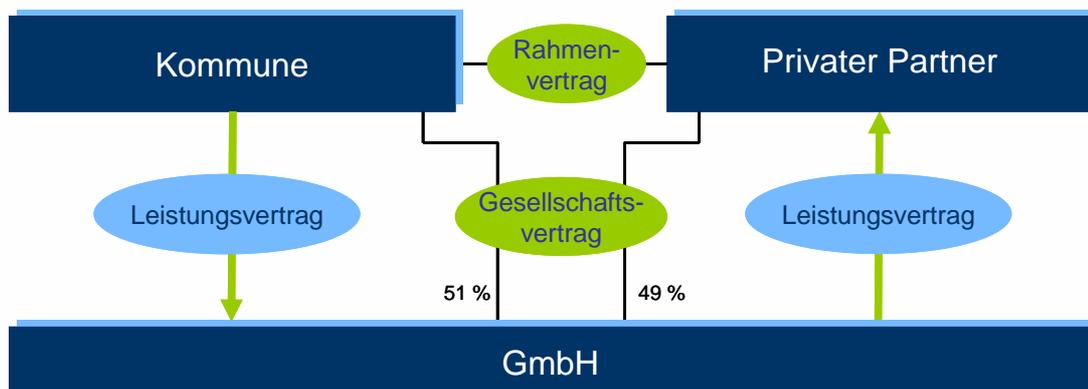
4.2.1 Typische Gesellschaftsformen

Zuerst ist nach der Größe der öffentlichen Beteiligung auf der einen Seite und der privatrechtlichen Beteiligung auf der anderen Seite zu fragen. Denkbar sind fünf Grundmodelle:

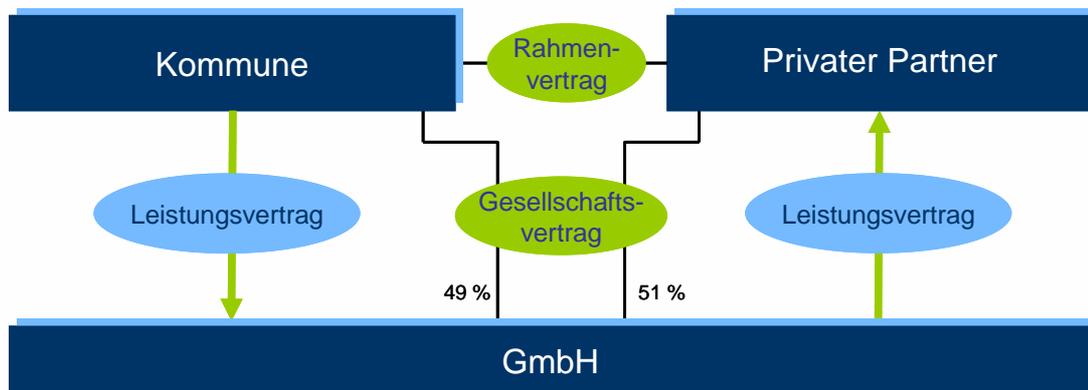
- **50/50 GmbH**, die als die typische Gesellschaftsform für eine vollständig gleichberechtigte Partnerschaft zwischen der Öffentlichen Hand und dem privaten Partner angesehen werden kann. Die gleiche Höhe der Geschäftsanteile steht für gleichberechtigte Einflussmöglichkeiten bei der Steuerung der Gesellschaft und eine hälftige Teilung der Einlagepflichten und Erträge der Gesellschaft.



- **51/49 GmbH**, die für eine Letztentscheidungsbefugnis der Öffentlichen Hand steht. Zur Sicherung des kommunalen Einflusses auf die Gesellschaft und zur Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung steht der Öffentlichen Hand in diesem Vertragsmodell die Mehrheit in der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft zu. Dementsprechend trifft die Öffentliche Hand auch eine leicht erhöhte Kapitalaufbringungspflicht, und es steht ihr demzufolge auch ein leicht erhöhter Gewinnanteil zu. Die Verantwortung für den wirtschaftlichen Erfolg wird in dieser Konstellation üblicherweise nicht an den privaten Partner abgegeben.



- Bei der **49/51 GmbH** ist das anders. Hier beschränkt sich die Kommune meist auf die Mitbestimmungs- und Vetorechte zu einzelnen für sie besonders wichtigen Fragen wie Geschäftsbereich oder Sitz der Gesellschaft. Als „Gegenleistung“ für ihre zurückhaltende Position als Minderheitsgesellschafter übernimmt der private Partner oft die Verantwortung und damit auch Garantien für die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft. In gut verhandelten Verträgen steht er dafür ein, dass die Gesellschaft nicht in die Insolvenz fällt, oder er garantiert der Kommune sogar Mindestauschüttungen bei stabilen Leistungsentgelten.

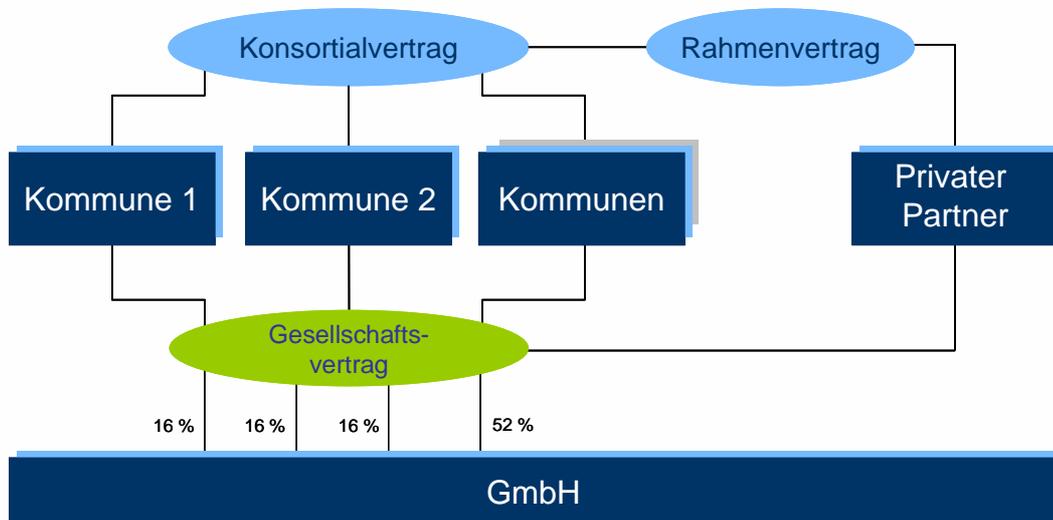


- Die Gesellschaft mit **mehreren kommunalen Anteilseignern** wird häufig bei Daseinsvorsorgeaufgaben gewählt, die mehrere Kommunen gemeinsam erfüllen, etwa Gemeinden, die gemeinsam mit einem privaten Partner die Abfallentsorgung betreiben. Ähnliche Konstruktionen findet man bei Stadtwerken. Oft bündeln die kommunalen Partner ihre Gesellschaftsrechte dann in einem Konsortialvertrag. Auf diese Weise steht dem privaten Partner das Konsortium als einziger Ansprechpartner zur Verfügung. Er muss sich nicht mit einer Vielzahl von Geschäftspartnern auseinandersetzen.

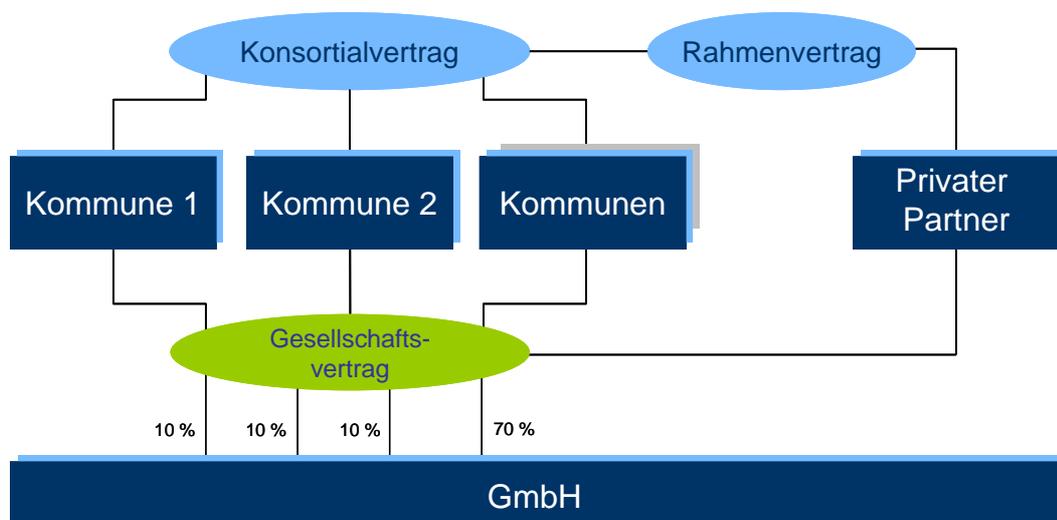
Im Konsortialvertrag werden die konsortialtypischen Regelungen, wie zum Beispiel die Führung des Konsortiums oder die Haftung der Konsorten, vereinbart. Die Bestimmungen richten sich nach den Bestimmungen für die BGB-Gesellschaften gemäß §§ 705 ff. BGB. Das Konsortium wiederum schließt mit dem privaten Partner einen Rahmenvertrag, in dem die Grundzüge der Zusammenarbeit geregelt werden.

Im Gesellschaftsvertrag zwischen den einzelnen Kommunen und dem privaten Partner werden alle gesellschaftsrechtlichen Aspekte der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft, wie zum Bei-

spiel Gesellschaftszweck, Organe, Beteiligungsverhältnisse, etc. geregelt.



- **Zwergenbeteiligungen** werden in der Regel für Aufgaben gewählt, bei denen ein beherrschender kommunaler Einfluss auf die Aufgabenerfüllung aus Sicht der jeweiligen Kommune als verzichtbar erscheint. Geringfügige Anteile der Öffentlichen Hand können beispielsweise gehalten werden, um kommunale Vetorechte sicherzustellen. Auch bei dieser Form der Kooperation schließen sich die beteiligten Kommunen in der Regel zu einem Konsortium zusammen.



Die fünf Grundmodellformen geben nur Schemata für die Ausgestaltung Öffentlich-Privater Gesellschaften vor. Die Gestaltungsvarianten im Gesellschaftsvertrag und auch in einem Rahmen- oder Konsortialvertrag sind in jedem Punkt flexibel und deshalb zahlreich. Bei Öffentlich-Privaten Gesellschaften wird in der kommunalen Praxis häufig vom Grundmodell der GmbH durch Regelungen im Gesellschaftsvertrag sowie durch Konsortialabsprachen in einem Rahmenvertrag abgewichen. Daneben kommen auch andere Gesellschaftsformen, z.B. die GmbH & Co. KG, in Betracht. Insofern macht das Gesellschaftsrecht nur wenige Vorgaben und gestattet den Gesellschaftern, ihre Gesellschaft nach ihren Interessen und den zu erfüllenden Aufgaben auszurichten.

4.2.2 Zulässige Tätigkeiten

Bei Gründung, Ausgestaltung und Betrieb einer Öffentlich-Privaten Gesellschaft sind die Rahmenbedingungen des Kommunalrechts und des Gesellschaftsrechts zu beachten. Das Kommunalrecht regelt, ob eine Gesellschaft gegründet werden darf, welche Aufgaben sie zulässiger Weise wahrnimmt und wie die Gesellschaft - soweit das vorrangige Gesellschaftsrecht dies erlaubt - ausgestaltet werden muss.

Bei wirtschaftlicher Betätigung der Kommunen müssen die Voraussetzungen der Schrankentrias in § 107 Abs. 1 Gemeindeordnung NRW² erfüllt sein. Danach darf sich die Gemeinde zur Erfüllung ihrer Aufgaben wirtschaftlich nur dann betätigen, wenn ein öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert, die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht und bei einem Tätigwerden außerhalb der Wasserversorgung,

² Für Kreise vgl. § 53 Abs. 1 Kreisordnung NRW

des öffentlichen Verkehrs sowie des Betriebes von Telekommunikationsnetzen einschließlich der Telefondienstleistungen der öffentliche Zweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann.

Die Schrankentrias des § 107 Abs. 1 GO NRW gilt nicht für die nach gesetzlicher Fiktion nichtwirtschaftlichen Betätigungen (Einrichtungen) im Sinne von § 107 Abs. 2 GO NRW. Grundsätzlich dürfen Öffentlich-Private Gesellschaften in allen zulässigen wirtschaftlichen und fiktiv nichtwirtschaftlichen Betätigungsbereichen tätig sein. Seit dem Urteil des OVG Münster vom 26. Oktober 2010³ gilt dies auch für Eigenbedarfseinrichtungen nach § 107 Abs. 2 Satz 1 Ziffer 5 GO NRW, die bis zu dieser Entscheidung nach Auffassung der Kommunalaufsichtsbehörden einer Privatrechtsform nicht zugänglich waren. Zudem ist dies durch eine im Rahmen des „Gesetzes zur Revitalisierung des Gemeindegewirtschaftsrechts“ vom 16.12.2010 erfolgte Änderung des § 108 Abs. 1 Satz 1 Nummer 2 GO NRW auch gesetzgeberisch klargestellt worden.

Für die energiewirtschaftliche Betätigung, die einen Unterfall der wirtschaftlichen Betätigung darstellt, ist die Sonderregelung des § 107 a GO NRW zu beachten, die ebenfalls mit dem am 29.12.2010. in Kraft getretenem „Gesetz zur Revitalisierung des Gemeindegewirtschaftsrechts“ (Revitalisierungsgesetz) eingeführt wurde (s. GV.NRW 2010, 688 sowie die LT-Drucksachen 15/27 und insbesondere 15/867 samt zugehörigem Anhang 1).

³ OVG Münster, Urteil vom 26.10.2010 – 15 A 440/08

4.3 Ausgestaltung der Gesellschaft

Das Grundmodell der GmbH sieht vor, dass sich

- Einfluss- und Entscheidungsrechte,
- Gewinnansprüche und
- die Kapitalaufbringungspflichten

grundsätzlich nach der Höhe der Kapitalanteile richten. Die Kapitalanteile bestimmen die Stimmrechte in der Gesellschafterversammlung. Die Gesellschafterversammlung ist das entscheidende Organ in einer GmbH. Sie darf insbesondere den Geschäftsführern Weisungen erteilen.

Die Geschäftsführung, die mindestens aus einem Geschäftsführer bestehen muss, vertritt die Gesellschaft organschaftlich nach außen. Der Geschäftsführer kann insbesondere für die Gesellschaft Verträge abschließen, sowie geld- und rechtsgeschäftliche Willenserklärungen entgegennehmen. Er handelt für die Gesellschaft⁴.

Ein Aufsichtsrat ist für eine GmbH im Gesellschaftsrecht nicht zwingend vorgeschrieben. Gleichwohl verfügen die meisten Öffentlich-Privaten Gesellschaften über einen Aufsichtsrat, damit die Mitglieder der kommunalen Gremien die Tätigkeiten der Gesellschaft durch ihre Aufsichtsrechte kontrollieren und entsprechend den Regelungen des Gesellschaftsvertrages steuern können. Es ist möglich, die Anwendbarkeit der sonst gemäß § 52 GmbHG geltenden Regelungen des Aktienrechts auf den Aufsichtsrat in dem Gesellschaftsvertrag ganz oder teilweise auszuschließen. Hiermit kann zusätzlich gestaltend auf die künftige Arbeit des Aufsichtsgremiums eingewirkt werden. Auch die Mitbestimmung der Beschäftigten im Aufsichtsrat kann gestaltend geregelt werden,

⁴ Vgl. §§ 35-52 GmbHG

soweit der Aufsichtsrat nicht gesetzlich (Drittelbeteiligungsgesetz oder Mitbestimmungsgesetz) vorgeschrieben ist. Dies dürfte bei der Mehrzahl der ÖPP – Gesellschaften der Fall sein. Bei ÖPP-Gesellschaften mit einer Mehrheitsbeteiligung der kommunalen Ebene sind jedoch die aus dem Demokratieprinzip folgenden verfassungsrechtlichen Grenzen zu beachten. Hinsichtlich einer Arbeitnehmermitbestimmung in fakultativen Aufsichtsräten bei Gesellschaften mit kommunaler Mehrheitsbeteiligung sind daher die mit dem Revitalisierungsgesetz eingeführten und dem Demokratieprinzip Rechnung tragenden Regelungen des § 108 a GO NRW zu beachten.

Bei Gründung und Ausgestaltung einer Öffentlich-Privaten Gesellschaft sind die wenigen zwingenden Vorgaben des Gesellschaftsrechts und die kommunalrechtlichen Vorgaben für die Beteiligungen von Kommunen zu beachten. Im Rahmen dieser zwingenden Vorgaben dürfen Öffentlich-Private Gesellschaften nach den individuellen Anforderungen für die zu erfüllenden Aufgaben und den Interessen der Gesellschafter ausgestaltet werden.

Zu den nach dem Gesellschaftsrecht zu beachtenden Vorgaben gehören der Mindestinhalt für den Gesellschaftsvertrag, die Vorgaben für die Organe der Gesellschaft sowie die Aufgaben, die zwingend die Gesellschafterversammlung wahrnehmen muss:

1. Der Gesellschaftsvertrag muss mindestens folgende Inhalte haben:
 - Firma und Sitz der Gesellschaft,
 - Gegenstand des Unternehmens,
 - Betrag des Stammkapitals (mindestens € 25.000),

- Zahl und die Nennbeträge der Geschäftsanteile, die jeder Gesellschafter gegen Einlage auf das Stammkapital (Stammeinlage) übernimmt.
2. Folgende Organe sind zwingend vorzusehen:
- Gesellschafterversammlung,
 - mindestens ein Geschäftsführer,
 - Aufsichtsrat muss nur gebildet werden, wenn dies aus Gründen der Arbeitnehmermitbestimmung zwingend vorgeschrieben ist (in der Regel beginnend frühestens mit 500 Arbeitnehmern).
3. Der Gesellschafterversammlung müssen zwingend folgende Aufgaben zugewiesen werden:
- Satzungsänderungen (3/4 Mehrheit),
 - Beschluss über Nachschusspflichten der Gesellschafter (einstimmig),
 - Auflösung der Gesellschaft (3/4 Mehrheit),
 - Ernennung eines Liquidators im Auflösungsfall, wenn die Aufgabe nicht vom Geschäftsführer wahrgenommen wird.

Möglich und sinnvoll können auch vom Normalfall abweichende Vorschriften, z.B. über eine inkonkludente Gewinnverteilung oder über Verlustausgleichspflichten des Privaten sein. Auch kann es sinnvoll sein, einen Aufsichtsrat auch in den Fällen zu installieren, in denen es keine rechtliche Verpflichtung zur Bildung eines Aufsichtsrates gibt, um die politische Kontrolle an der Aufsicht über die Gesellschaft wirksam darstellen zu können.

Wesentlich zahlreicher sind die zwingenden Vorgaben, die das Nordrhein-Westfälische Kommunalrecht für Gesellschaften aufstellt, an denen sich eine Gemeinde beteiligt⁵.

Insbesondere im Gesellschaftsvertrag müssen u.a. folgende Regelungen getroffen werden:

- angemessener Einfluss der Gemeinde in einem Überwachungsorgan (meistens Aufsichtsrat, ggfs. aber auch Gesellschafterversammlung),
- Begrenzung der Verlustausgleichs- und Nachschusspflichten,
- Ausrichtung der Gesellschaft auf die Erfüllung eines öffentlichen Zwecks,
- Jahresabschluss und Lagebericht müssen in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Dritten Buches des HGB für große Kapitalgesellschaften aufgestellt und ebenso oder in entsprechender Anwendung der für Eigenbetriebe geltenden Vorschriften geprüft werden,
- Transparenzbestimmungen gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 Ziffer 9 GO NRW,
- folgende Beschlussgegenstände müssen der Gesellschafterversammlung zugewiesen werden:
 - Abschluss und Änderungen von Unternehmensverträgen (§§ 291, 292 Abs. 1 AktG),
 - Erwerb und Veräußerung von Unternehmen und Beteiligungen,
 - Wirtschaftsplan,
 - Feststellung des Jahresabschlusses,
 - Verwendung des Ergebnisses,

⁵ Gemeindeordnung NRW, insbes. §§ 108, 109, 111-113, 118; Kreisordnung NRW,

- Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern,
 - Recht des Rates, den von der Gemeinde bestellten oder auf Vorschlag der Gemeinde gewählten Mitgliedern des Aufsichtsrats Weisungen zu erteilen, soweit die Bestellung eines Aufsichtsrates gesetzlich nicht vorgeschrieben ist,
- bei einer Beteiligung der Kommune von mehr 50 % muss sie zusätzlich auf folgendes hinwirken:
 - Aufstellung eines Wirtschaftsplans für jedes Wirtschaftsjahr (wie für Eigenbetriebe),
 - 5-jährige Finanzplanung als Grundlage für die Wirtschaftsführung; die Finanzplanung ist der Gemeinde zur Kenntnis zu bringen,
 - die Feststellung des Jahresabschlusses, die Verwendung des Ergebnisses sowie das Ergebnis der Prüfung des Jahresabschlusses und des Lageberichts sind öffentlich bekannt zu machen und der Jahresabschluss und der Lagebericht bis zur Feststellung des folgenden Jahresabschlusses zur Einsichtnahme verfügbar zu halten,
 - Stellungnahme zur Einhaltung der öffentlichen Zwecksetzung und Zweckerreichung im Lagebericht,
 - bei dem Betrieb eines Unternehmens muss nach den Wirtschaftsgrundsätzen gemäß § 109 GO NRW verfahren werden.

Die Gründung einer neuen Gesellschaft mit kommunaler Beteiligung und die erstmalige kommunale Beteiligung an einer bestehenden Gesellschaft in privater Rechtsform gehören zu den nach § 115 GO NRW anzeigepflichtigen Sachverhalten. Es hat sich bewährt, die Gesell-

schaftsgründung und die Einzelheiten des Gesellschaftsvertrages vorab und rechtzeitig mit der Kommunalaufsicht abzustimmen.

5 Projektablauf

Eine erfolgreiche Kooperation in der Daseinsvorsorge wird rechtssicher in vier Schritten umgesetzt:

- Schritt 1: Rechtliche und wirtschaftliche Vorprüfung
- Schritt 2: Grundsatzentscheidung und Projektorganisation
- Schritt 3: Umsetzung und Wettbewerb
- Schritt 4: Vertragsmanagement und -kontrolle

5.1 Schritt 1: Rechtliche und wirtschaftliche Vorprüfung

Das Verfahren zur Auswahl des privaten Partners unterscheidet sich nicht wesentlich von anderen ÖPP-Verfahren. Bei der Vorbereitung des Projektes sind jedoch in größerem Umfang rechtliche und wirtschaftliche Rahmenbedingungen zu klären, weil es nicht nur um Leistungsbeziehungen, sondern um dauerhafte Kooperationen mit gemeinsamen Gesellschaften und der Überleitung von Mitarbeitern geht. Der Erfolg des Projektes, die Dauer des Verfahrens zur Auswahl des privaten Partners, die Rechtssicherheit des Verfahrens und der wirtschaftliche Erfolg profitieren von einer gründlichen Vorbereitung.

Der Frage, ob ein Privater in die Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe eingebunden werden soll, ist eine Prüfung über Zulässigkeit der geplanten Partnerschaft durch die zuständigen Gremien der Gemeinde (evtl. vorsorglich unter Einbindung der Aufsichtsbehörde) vorzuschalten. Diese Prüfung erfolgt anhand zweier Gesichtspunkte:

1. Ist das Projekt rechtlich zulässig?
2. Ist die geplante Partnerschaft fachlich / technisch möglich und wirtschaftlich sinnvoll?

Die Frage der rechtlichen Zulässigkeit sollte eng mit der Frage der wirtschaftlichen Sinnhaftigkeit der Partnerschaft verknüpft werden. Weitere Rechtsfragen sind zum Beispiel:

- Ist ein europaweites Vergabeverfahren erforderlich?
- Welche Gesellschaftsform darf gewählt werden?
- Welche steuerlichen Folgen entstehen?
- Wie können die bestehenden Arbeitsplätze gesichert werden?
- Welche beihilferechtlichen Risiken sind zu vermeiden?
- Welche Vermögensgegenstände sind auf die gemeinsame Gesellschaft zu übertragen und wie erfolgt die Übertragung?
- Welche Verträge sind auf die gemeinsame Gesellschaft zu übertragen?

Wirtschaftlich sinnvoll ist eine Kooperation mit einem Privaten, wenn die im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe mit diesem zusammen wirtschaftlicher, das heißt die Aufgabe in der gewünschten oder künftig erforderlichen Leistungsqualität kostengünstiger als bei der konventionellen Beschaffung erfüllt werden kann. Zeigt eine Vergleichsrechnung mit der aktuellen Aufgabenerfüllung unter Berücksichtigung einer ggf. gewünschten künftig veränderten Leistungsqualität hingegen, dass die Partnerschaft mit dem Privaten zu keinen nennenswerten Effizienzvorteilen führt, ist die Partnerschaft wirtschaftlich nicht sinnvoll.

5.1.1 Ziele

Um die Fragen nach der rechtlichen Zulässigkeit und den wirtschaftlichen Konsequenzen beantworten zu können, sind vorab die Ziele und

Erwartungen der Öffentlichen Hand an die Kooperation zu definieren, denn sie bestimmen die Anforderungen an das Verfahren und das Modell. Regelmäßig verfolgt die Öffentliche Hand mit der Einbindung eines Privaten in die Aufgabenerfüllung vier grundlegende Ziele:

1. Preis- / Gebührenstabilität

Die Aufgabe der Daseinsvorsorge ist unter Berücksichtigung qualitativer Elemente möglichst effizient und kostengünstig zu erfüllen. Dabei setzt die Öffentliche Hand regelmäßig voraus, dass die Einbindung des Privaten in die Aufgabenerfüllung nicht zu einer Erhöhung der Entgelte für die Kommune bzw. der Entgelte und Gebühren für die Bürger führt.

2. Beitrag zum allgemeinen Haushalt

Daneben erwartet die Öffentliche Hand in der Regel, dass die Gesellschaft Gewinne erwirtschaftet und sie einen Kaufpreis für die Geschäftsanteile erzielt, so dass der allgemeine Haushalt entlastet oder von künftigen Risiken und Lasten befreit werden kann. Bei der zunehmenden Anzahl an kommunalen Haushalten mit doppelter Buchhaltung genügt allerdings hier ein kurzfristiger Liquiditätsvorteil nicht mehr, denn für die Bilanzen der Kommunen sind echte Vorteile über die gesamte Laufzeit der Kooperation erforderlich. Hierzu müssen in der Regel alle heute schon bekannten Zahlungen und auch die bisher „ausgeblendeten“ verdeckten Lasten in der Wirtschaftlichkeitsberechnung berücksichtigt werden. Für die Bilanzen der Kommunen sind echte Vorteile über die Laufzeit erforderlich, das heißt, der Kaufpreis muss höher sein als die zu erwartenden Gewinne, die auf die zu verkaufenden Anteile entfallen.

3. Sicherheit der Arbeitsplätze

Außerdem darf die Kooperation mit dem privaten Partner nicht zu Entlassungen führen. Durch die Einbindung des Privaten in die Aufgabenerfüllung dürfen bestehende Arbeitsplätze nicht gefährdet werden. Die arbeitsvertraglichen Rechte (Versorgung, Urlaub, Kündigungsschutz etc.) und die Mitbestimmung sind im Rahmen des rechtlich Möglichen zu wahren.

4. Kontroll- und Weisungsrechte

Schließlich erwartet die Öffentliche Hand - schon aufgrund entsprechender landesrechtlicher Vorgaben -, dass ihr in der Kooperation mit dem privaten Partner entscheidende Kontroll- und Weisungsrechte zukommen. Denn die durch die Gesellschaft wahrgenommene Aufgabe bleibt eine solche der Daseinsvorsorge mit den damit verbundenen Verpflichtungen. Die Öffentliche Hand kann sich nicht ihrer Verantwortung entziehen, indem sie die Aufgabe auf eine Gesellschaft auslagert. Sie hat daher das grundsätzlich erwünschte unternehmerische Handeln der Gesellschaft stets daraufhin zu überprüfen, ob dies „Allgemeinwohl-Belangen“ dient. Entsprechend verbindliche Weisungen müssen - soweit rechtlich zulässig - erteilt werden können.

5. Vergleichbarkeit der Leistungen

In den Verträgen ist die zu erbringende Leistung nach Quantität und Qualität ausreichend bestimmt zu beschreiben. Nicht allein der Preis, sondern genauso die geforderte und vertraglich geschuldete Leistung sind Kernpunkte der künftigen Vertragsausführung. Hier muss in dem Vergabeverfahren ein gemeinsames, gleichlautendes Verständnis insbesondere für die Qualität der Leistung entwickelt und vertraglich rechtssicher formuliert und sanktioniert werden,

wobei Regelungen zu Leistungsänderungen bei längeren Laufzeiten entwickelt und vereinbart werden sollten. Hiermit kann die Kommune auch sicher stellen, mindestens keine schlechteren Leistungen als bisher zu bekommen und künftig auf das Geschehen der Leistungserstellung Einfluss nehmen zu können.

Bildlich lassen sich die von der Öffentlichen Hand regelmäßig verfolgten vier Ziele wie folgt darstellen:



Daneben sind selbstverständlich weitere Ziele der Öffentlichen Hand möglich.

Problematisch ist, dass die dargestellten Ziele miteinander in Konflikt geraten und sich gegenseitig beschränken können. So steht das Ziel der Entgelt-/Gebührenstabilität tendenziell in einem Spannungsverhältnis zu dem Ziel der Realisierung eines erhöhten Beitrags zum allgemeinen Haushalt. Gewinne können nicht in dem Umfang erwirtschaftet werden, wie dies möglich wäre, wenn die Entgelte angehoben werden

könnten. Ebenso beschränkt das Ziel der Stabilität von Arbeitsplätzen jenes der Realisierung eines Beitrags zum allgemeinen Haushalt. Eine anhand von rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten orientierte Aufgabenerfüllung führt erfahrungsgemäß dazu, dass Arbeitsplätze gestrichen werden müssen, um Kosten einzusparen. Die Flexibilität der Aufgabenerledigung zur Erzielung von Kostenvorteilen durch die Gesellschaft und gewünschten Kontroll- und Beteiligungsrechte der Kommune und ihrer Gremien müssen in einem ausgewogenen Verhältnis stehen, denn bei übermäßigen Kontroll- und Weisungsrechten wird die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung sinken und zu geringeren Kostenvorteilen führen.

Darüber hinaus stehen die Ziele untereinander in einem Abhängigkeitsverhältnis. Grundsätzlich ist es nicht möglich, alle Ziele in gleichem Maße umzusetzen. Denn das Abhängigkeitsverhältnis führt dazu, dass die Realisierung eines Ziels zu Lasten der Realisierung eines anderen Ziels geht. Ist für die Öffentliche Hand beispielsweise entscheidend, dass die Entgelte und Gebühren stabil bleiben, bedeutet dies erfahrungsgemäß geringere Gewinne und damit einen kleineren Beitrag zum allgemeinen Haushalt.

Bei ihrer Entscheidung muss die Öffentliche Hand demnach zunächst festlegen, welches der vier Ziele für sie am wichtigsten ist. Sodann muss entschieden werden, wie und in welchem Umfang Abstriche bei der Realisierung der anderen Ziele gemacht werden können.

Darüber hinaus stehen alle vier Ziele in einem zusätzlichen Spannungsverhältnis zu den Interessen des privaten Partners. Dieser möchte Gewinne erwirtschaften, die ihm im Wege von Gewinnausschüttungen zu Gute kommen. Dieses Interesse lässt sich nicht ohne Weiteres mit den Zielen der Entgelt- und Gebührenstabilität, der Sicherheit der

Arbeitsplätze und der Einräumung von Kontroll- und Weisungsrechten vereinbaren. Eine unternehmerisch handelnde Gesellschaft orientiert sich am Markt und an den dort herrschenden Bedingungen. Die Kontrolle und die Weisungen durch den öffentlichen Partner können hierzu in einem Spannungsverhältnis stehen. Zudem spielen soziale Belange für eine wirtschaftlich handelnde Gesellschaft regelmäßig nur eine untergeordnete Rolle. Auch dieser Interessen-Zielkonflikt muss bei der Entscheidung für eine Kooperation mit einem privaten Partner zum Ausgleich gebracht werden.

5.1.2 Zielmodell

Wenn die Kooperationsziele feststehen, ist ein Zielmodell zu erarbeiten, das diese Ziele optimal umsetzt. Erfahrungsgemäß sollte dieses Zielmodell aber im Wettbewerb nicht zwingend umfassend vorgegeben werden. Besser ist es Varianten zuzulassen, um das Know-how der Bieter abzufragen. Würde die Öffentliche Hand das Zielmodell bereits vorgeben, würde sie auf Verbesserungsmöglichkeiten geänderter Konzepte sowie auf spezielle, auf die Bedürfnisse der Öffentlichen Hand zugeschnittene Konzepte durch die Bieter verzichten. Aus diesem Grund ist es sinnvoll und auch zulässig, das endgültige Zielmodell erst im Rahmen eines Vergabeverfahrens - durch Verhandlungen mit den Bietern - festzulegen. Allerdings sollte die Gemeinde hierzu Ihre Zielvorstellungen, das heißt, was sie mit der Kooperation erreichen möchte, zeitlich und sachlich möglichst konkret formulieren, den Weg dahin aber möglichst weit offen lassen und nur aus ihrer Sicht unabdingbare, z.B. rechtlich geforderte oder politische, Vorgaben machen.

5.1.3 Ist die Kooperation rechtlich zulässig?

Anschließend ist zu prüfen, ob das geplante Vorhaben und das Zielmodell rechtlich zulässig sind. Diese Prüfung kann unterschiedlichste Rechtsgebiete betreffen, z.B.:

- Kommunalrecht,
- Gebühren-/Preisrecht,
- Fördermittel- und Beihilferecht,
- Vergaberecht,
- Arbeitsrecht,
- Zivilrecht.

5.1.3.1 Kommunalrecht

Bei der Ausgestaltung einer Kooperation ist insbesondere zu prüfen, ob die gemeinsame Gesellschaft auf der Grundlage der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (GO NRW) zulässig ist. Folgende Fragen sind zu klären:

- Berücksichtigt die Modellgestaltung zum Umfang der dem Privaten zugewiesenen Beteiligung die rechtlich der Gemeinde zugewiesenen Befugnisse und auferlegten Vorgaben?
- Handelt es sich um eine zulässige wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Betätigung der Gemeinde - § 107 Abs. 1 und 2 GO NRW, § 107 a GO NRW?
- Sind die zahlreichen Gründungs- und Beteiligungsvoraussetzungen eingehalten - § 108 GO NRW?
- Ist die Veräußerung von Gemeindevermögen zulässig - § 90 GO NRW?

Im Einzelnen gilt kommunalrechtlich Folgendes:

- **Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung**

Nach § 107 Abs. 1 GO NRW darf sich eine Gemeinde zur Erfüllung ihrer Aufgaben wirtschaftlich betätigen, wenn ein öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert, die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenem Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht und (bei einem Tätigwerden außerhalb der Wasserversorgung, des öffentlichen Verkehrs sowie des Betriebs von Telekommunikationsleitungsnetzen einschließlich der Telefondienstleistungen) der öffentliche Zweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann (sogenannte Schrankentrias).

Bei einer energiewirtschaftlichen Betätigung sind die Sonderregelungen des § 107 a GO NRW zu beachten.

Betätigt sich die gemeinsame Gesellschaft dagegen im fiktiv nicht-wirtschaftlichen Bereich des § 107 Abs. 2 GO NRW, gilt grundsätzlich die „klassische“ Schrankentrias des § 107 Abs. 1 GO NRW nicht. In diesen Fällen muss nur ein wichtiges Interesse der Gemeinde für die Wahl einer Rechtsform des privaten Rechts bestehen, um auf diesem Wege eine Kooperation mit einem Privaten eingehen zu können, § 108 Abs. 1 Nr. 2 GO NRW. Eine Ausnahme galt bis vor kurzem für Eigenbedarfseinrichtungen nach § 107 Abs. 2 Satz 1 Ziffer 5 GO NRW, die nach Auffassung der Kommunalaufsichtsbehörden nicht in Privatrechtsform betrieben werden durften. Seit dem Urteil des OVG Münster vom 26. Oktober 2010⁶ und der durch das „Revitalisierungsgesetz“ erfolgten Änderung des

⁶ OVG Münster, Urteil vom 26.10.10 – 15 A 440/08

§ 108 Abs. 1 Nr. 2 GO NRW gilt dies indes nicht mehr. Nunmehr können auch Eigenbedarfseinrichtungen in einer Rechtsform des privaten Rechts betrieben werden, Im Übrigen ist die Zulässigkeit der wirtschaftlichen und fiktiv nichtwirtschaftlichen Betätigung stets genau zu untersuchen. Außerdem ist die Anzeigepflicht u.a. bei der Gründung, Beteiligung oder Änderung einer gemeinsamen Gesellschaft nach § 115 GO NRW zu berücksichtigen und möglichst vorab verbindlich mit der Kommunalaufsicht zu klären.

Kontrollfragen:

- Handelt es sich bei der Tätigkeit, die auf die gemeinsame Gesellschaft übertragen werden soll, um eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne von § 107 Abs. 1 GO NRW oder § 107 a GO NRW?
- Oder handelt es sich bei der Tätigkeit, die auf die gemeinsame Gesellschaft übertragen werden soll, um eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit nach § 107 Abs. 2 GO NRW?

- **Unternehmen und Einrichtungen des privaten Rechts**

Die Neustrukturierung und die Aufgabenübertragung auf den privaten Partner oder die gemeinsame Gesellschaft müssen ferner den Anforderungen an die Gründung und Beteiligung von Unternehmen und Einrichtungen in einer Rechtsform des privaten Rechts im Sinne von § 108 GO NRW genügen. Insbesondere müssen die Voraussetzungen des § 107 GO NRW bzw. die Voraussetzung des § 107 a GO NRW vorliegen. Ferner muss bei Einrichtungen i.S. des § 107 Abs. 2 GO NRW ein wichtiges Interesse des öffentlichen Partners an der Wahl einer privatrechtlichen Gesellschaftsform für

die Kooperation mit dem privaten Partner dargelegt werden. Das wichtige Interesse ist der Rechtsprechung zufolge ein unbestimmter Rechtsbegriff, hinsichtlich dessen Ausfüllung der Öffentlichen Hand eine gewisse Einschätzungsprärogative, d.h. ein eigener Einschätzungsspielraum zuzubilligen ist.

Das wichtige Interesse kann sich aus einer Vielzahl von Gesichtspunkten ergeben. Im Vordergrund kann insbesondere ein wirtschaftliches Interesse, z.B. an einer kostengünstigeren Aufgabenerledigung durch Einschaltung eines privatrechtlichen Subjekts, stehen. Ein wichtiges Interesse an der Gründung einer privaten Gesellschaft oder einer Beteiligung an ihr kann aber auch aus anderen als Kostenüberlegungen gegeben sein, so zum Beispiel:

- Größere Autonomie und Flexibilität bei der Aufgabenerfüllung,
- Abkoppelung vom öffentlichen Dienst-, Organisations- und Haushaltsrecht,
- leichtere Gewinnung qualifizierten Fachpersonals,
- wirtschaftliche Einbindung privater Dritter und dadurch mögliche Nutzbarmachung technischer und wirtschaftlicher Spezialkenntnisse und/oder
- erleichtertes Aufbringen von Investitionsmitteln für Großvorhaben.

Grundsätzlich ist darzulegen, dass gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, in die beide Gesellschafter ihr Know-how einbringen und gemeinsam Synergieeffekte nutzen, zur besseren Bewältigung der Aufgaben des öffentlichen Partners führen können. Das gilt insbesondere im Falle zusätzlicher Ertragsmöglichkeiten, welche mit Hilfe des privaten Partners innerhalb der kommunalrechtlichen Grenzen erschlossen werden können. Sofern dies der Fall ist, lässt sich

hieraus regelmäßig ein wichtiges Interesse für eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft ableiten.

Kontrollfragen:

- Liegen die Voraussetzungen für eine Gründung und/oder Beteiligung der Öffentlichen Hand von/an Unternehmen und Einrichtungen in einer Rechtsform des privaten Rechts im Sinne von § 108 GO NRW vor?
- Besteht bei Einrichtungen ein wichtiges Interesse an der Wahl einer privatrechtlichen Gesellschaftsform?

- **Zulässigkeit der Veräußerung von Vermögensgegenständen**

Sofern bestimmte Gegenstände des öffentlichen Anlagevermögens für die Aufgabenwahrnehmung der Kooperation veräußert werden sollen, sind auch die kommunalrechtlichen Voraussetzungen des § 90 GO NRW bei der Vorbereitung des Projektes zu prüfen.

Insbesondere nach § 90 Abs. 3 GO NRW ist die Gemeinde nur berechtigt, Vermögensgegenstände, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben in absehbarer Zeit nicht braucht, zu veräußern. Ferner stehen einer Veräußerung von Vermögensgegenständen des Anlagevermögens auf die gemeinsame Gesellschaft keine Bedenken entgegen, soweit sie zur Erbringung der zu übertragenden Leistungen erforderlich sind.

- **Transparenz**

Unter kommunalen Aspekten sind für Kooperationen der Daseinsvorsorge in Nordrhein-Westfalen auch die Anforderungen des neuen Transparenzgesetzes NRW zu beachten. Dieses ist mit Wir-

kung zum 31.12.2009 in Kraft getreten. Danach ist bei kommunalen Betrieben in Privatrechtsform bei kommunaler Mehrheitsbeteiligung Gründungs- bzw. Beteiligungsvoraussetzung eine gesellschaftsvertragliche Verankerung der individualisierten und gruppenbezogenen Ausweisung von Vorstands- und Aufsichtsratsbezügen. Bei bereits bestehenden Gesellschaften mit kommunaler Mehrheitsbeteiligung besteht eine entsprechende gemeindliche Hinwirkungspflicht.

Kontrollfrage:

- Werden die Anforderungen des neuen Transparenzgesetzes berücksichtigt?

5.1.3.2 Gebühren-/Preisrecht

Bei der Vorbereitung des Projekts sind auch die gebühren- und preisrechtlichen Anforderungen des Kommunalabgabengesetzes, insbesondere nach § 6 des Kommunalabgabengesetzes NRW (KAG NRW) sowie nach der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21.11.1953 (VO PR 30/53) zu beachten. Dies gilt jedenfalls für Kooperationen, die Entgelte von der Kommune erhalten, die durch Gebühren der Bürger finanziert werden, so zum Beispiel bei der Abfall- und Abwasserentsorgung. Rechtlich unerheblich können diese Vorschriften hingegen sein, wenn die Kooperation Entgelte von Dritten erhält, so zum Beispiel bei Kooperationen im Krankenhaus- oder Energiesektor.

In den erstgenannten Fällen darf insbesondere die Satzungs- und Gebührenhoheit der Öffentlichen Hand nicht auf den privaten Partner übertragen werden.

Ferner sollte dafür Sorge getragen werden, dass es zu keinen Gebüh-
rensteigerungen aufgrund der Kooperation kommt. Daher sollten den
Bieter für eine Kooperation bereits im Vergabeverfahren für die Betei-
ligung an einer gemeinsamen Gesellschaft zwingend Vorgaben ge-
macht werden, die sicherstellen, dass die Gebührenstabilität gewahrt
wird.

In gebührenrechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass die von der
Kommune an die Kooperationsgesellschaft zu zahlenden Entgelte, die
Fremdleistungsentgelte i.S. des § 6 Abs. 2 Satz 4 KAG NRW darstel-
len, nicht überhöht sind. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass diese
Fremdleistungsentgelte wegen Verstoßes gegen das Äquivalenzprinzip
und des auch im Gebührenrecht geltenden Erforderlichkeitsgrundsatzes
nicht - jedenfalls nicht in voller Höhe - auf den Gebührenzahler
umgelegt werden könnten. Die Einbeziehung solcher überhöhter
Fremdleistungsentgelte in das veranschlagte Gebührenaufkommen
indiziert zugleich einen Verstoß gegen das Kostenüberschreitungsver-
bot des § 6 Abs. 1 Satz 3 KAG NRW. In diesem Kontext spielt die Be-
achtung des Preisrechts eine bedeutsame Rolle. Fremdleistungsentgelte,
die auf Leistungen basieren, die dem Preisrecht für öffentliche Auf-
träge unterfallen, dürfen nur insoweit in die Gebührenkalkulation einbe-
zogen werden, als sie den Vorgaben der VO PR 30/53 genügen.

Die Preise nach den Vorgaben der VO PR 30/53 sind Höchstpreise. Ein
höherer Preis als der nach der VO PR 30/53 zulässige Höchstpreis darf
für die Aufgabenerfüllung nicht vereinbart werden. Wird dennoch ein
höherer Preis vereinbart und wird dies im Rahmen einer Preisprüfung
festgestellt, ist der Preis anzupassen. Zuviel gezahlte Beträge sind
zurückzugewähren.

Die VO PR 30/53 weist einen abgestuften Aufbau auf. Existiert für die Aufgabe, die der Partnerschaft übertragen wurde, ein allgemeiner Marktpreis, so kann als Höchstpreis für die Aufgabenerfüllung nur dieser allgemeine Marktpreis vereinbart werden, § 4 VO PR 30/53. Existiert für die Aufgabenerfüllung kein allgemeiner Marktpreis, ist ein Selbstkostenpreis zu vereinbaren, §§ 5 bis 7 VO PR 30/53.

Ein allgemeiner Marktpreis für die Aufgabenerfüllung besteht, wenn die Leistung auf einem Markt gehandelt wird, auf dem Wettbewerb herrscht. Das heißt, es muss eine marktgängige Leistung vorliegen, für die es Anbieter und Nachfrager gibt. Dieser Marktpreis ist sodann Grundlage für die Leistung.

- **Marktpreis im Wettbewerb**

In der Regel wird der Marktpreis im Wettbewerb, d.h. hier im Rahmen der Ausschreibung für die private Beteiligung an der gemeinsamen Gesellschaft, ermittelt. In dem Vergabeverfahren um den Gesellschaftsanteil ist dann auch das für die Aufgabenerfüllung zu zahlende Entgelt auszuschreiben. Der Durchschnitt der von den Käufern angebotenen Entgelte ist der durch die Ausschreibung ermittelte, preisrechtlich zulässige Marktpreis. Denn jeder Käufer hat im Rahmen des durch die Ausschreibung geschaffenen Wettbewerbs unabhängig und allein anhand unternehmerischer und wirtschaftlicher Gesichtspunkte das von ihm angebotene Entgelt zu kalkulieren.

- **Selbstkostenpreis**

Ist ein allgemeiner Marktpreis dagegen nicht ermittelbar, ist für die Aufgabenerfüllung ein Selbstkostenpreis zu vereinbaren. Zu unterscheiden sind der sog. Selbstkostenfestpreis, der sog. Selbstkostenrichtpreis sowie der sog. Selbstkostenerstattungspreis. Alle drei

Selbstkostentypen sind dabei auf der Grundlage der Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten (LSP) zu ermitteln. Sie unterscheiden sich dadurch, dass der Selbstkostenfestpreis vor der Leistungserbringung (vorkalkulatorisch) festgelegt wird, wohingegen der Selbstkostenerstattungspreis erst nach der Leistungserbringung (nachkalkulatorisch) festgelegt wird. Die LSP enthalten strenge Vorgaben, welche Kostenelemente ansetzbar sind und wie diese Kosten bei der Preisermittlung anzusetzen sind. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung im Laufe der Zeit für bestimmte Kostenelemente Höchstgrenzen festgelegt. Beispielsweise können kalkulatorische Zinsen nur bis zu einer Höhe von maximal 6,5% angesetzt werden. Entspricht der Preis für die Aufgabenerfüllung den Vorgaben der LSP, ist er preisrechtlich nicht zu beanstanden. Die Einbeziehung in die Gebührenkalkulation verstößt dann nicht gegen das Kostenüberschreitungsverbot des § 6 Abs. 1 Satz 3 KAG NRW.

Besondere Erwähnung verdient in diesem Kontext der sog. kalkulatorische Gewinnzuschlag für das allgemeine Unternehmerwagnis nach den LSP. Dieser „Wagniszuschlag“ bei Selbstkostenerstattungspreisen hat gerade für gebührenrechtlich relevante Leistungen eine größere praktische Bedeutung.

Kontrollfragen:

- Bleibt die Satzungs- und Gebührenhoheit bei der Öffentlichen Hand?
- Ist die Gebührenstabilität gewahrt?
- Ist das Preisrecht beachtet worden?

- Wird das Kostenüberschreitungsverbot gemäß § 6 Abs. 1 Satz 3 KAG NRW bei der Gebührenkalkulation beachtet?

5.1.3.3 Fördermittel-/Beihilfenrecht

Sofern Fördermittel für die Umsetzung der Kooperation eingebunden werden, sind die jeweiligen Bewilligungsbedingungen für die Gewährung der Zuwendungen zu berücksichtigen.

Ebenso sind beihilferechtliche Risiken im Sinne der Art. 107 bis 109 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) auszu-schließen. Die Realisierung einer Kooperation in der Daseinsvorsorge kann aber regelmäßig ohne beihilferechtliche Risiken umgesetzt werden. Wenn sämtliche Leistungen über ein Vergabeverfahren und damit im Wettbewerb vergeben worden sind, spricht alles indiziell gegen eine europarechtswidrige Beihilfe gemäß Art. 107 Abs. 1 AEUV. Wie die Europäische Kommission in ihrer Mitteilung betreffend Elemente staatlicher Beihilfen bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die Öffentliche Hand vom 10.07.1997 festgestellt hat, liegt eine Beihilfe im Sinne des Art. 87 EG-Vertrag (neu: Art. 107 AEUV) nicht vor, wenn die Gegenleistung in einem wettbewerblichen Verfahren ermittelt worden ist. Dieser Grundsatz wird auch auf Veräußerungsvorgänge außerhalb von Grundstücken übertragen.

Kontrollfrage:

- Werden sämtliche Leistungen in einem Vergabeverfahren und somit in einem Wettbewerb vergeben? Wenn nein, sind beihilferechtliche Risiken zu prüfen.

5.1.3.4 Vergaberecht

Wenn und soweit die Öffentlich-Private Gesellschaft mit der Erfüllung von Aufgaben beauftragt wird, ist entweder die Vergabe des Auftrags oder die Beteiligung des privaten Partners an der Gesellschaft ein vergabepflichtiger Vorgang. Die Leistung ist auszuschreiben⁷.

Nur in ganz beschränkten Ausnahmefällen, wenn mit der Kooperation keine Leistungen für die Gemeinde erbracht werden, ist kein Vergabeverfahren erforderlich und der Private ausschließlich in einem transparenten und diskriminierungsfreien Wettbewerbsverfahren auszuwählen⁸. So führt die reine Öffnung des Kapitals einer öffentlichen Gesellschaft für private Investoren noch nicht zu einer Vergabepflicht. Denn allein die Auswahl eines privaten Mitgesellschafters stellt noch keinen vergaberelevanten Beschaffungsakt im Wettbewerb dar, so zum Beispiel der bloße Verkauf einer Stadtwerkebeteiligung. Das Vergaberecht gilt nur, wenn ein öffentlicher Auftraggeber als „Einkäufer“ von Waren, Bauleistungen und/oder Dienstleistungen am Markt tätig wird. Eine Kooperation für Zwecke der Gewinnung von erneuerbaren Energien weist beispielsweise nicht zwingend gegenseitige Leistungspflichten der Gesellschafter auf. Insbesondere ist das Gesellschaftsverhältnis nicht zwingend mit Zahlungen der Stadtwerke oder mit sonstigen „verkappten“ Entgelten bzw. sonstiger Zuwendungen an den privaten Mitgesellschafter verbunden.

Bei einer Beteiligung an einer Abfallentsorgungsgesellschaft hingegen ist in der Regel mit der Kooperation die Übertragung von Aufgaben und

⁷ Bayerisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 27.02.2003, Verg. 1/03; EuGH, Urteil vom 10.11.2005, C-29/04; vgl. dazu auch Jasper/Arnold, Die Ausschreibungspflicht im Fall der „Stadt Mödling“, NZBau, 2006, 24 ff.

⁸ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Anwendung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen auf IÖPP vom 05.02.2008, C(2007), 6661.

sonit die Beschaffung von Leistungen am Markt verbunden. Hier ist das Vergaberecht zwingend zu beachten. Dies gilt insbesondere dann, wenn der öffentliche Auftraggeber die Verantwortung für die Durchführung einer öffentlichen Aufgabe nach außen behält und sich nur zur Erfüllung dieser Aufgabe eines privaten Unternehmens bedient.

Das Verfahren für die Vergabe des Auftrags oder die Beteiligung des privaten Partners an der Gesellschaft hat bei einer mit ihr verbundenen Ausschreibungspflicht den vergaberechtlichen Anforderungen zu entsprechen.

Die Auswahl des privaten Partners richtet sich dann nach folgenden vergabe- und haushaltsrechtlichen Vorschriften:

- EU-Vergaberichtlinien,
- §§ 97 ff. (4. Teil) GWB,
- Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV),
- Vergabeordnungen (in der Regel für Dienst- und Lieferleistungen die VOL/A),
- Kommunale Vergabegrundsätze nach § 25 GemHVO.
- Die EU-Vergaberichtlinien und das GWB gelten dabei nur für Aufträge ab dem Erreichen bestimmter Schwellenwerte, welche mit Wirkung zum 01.01.2010 neu festgelegt wurden⁹: Bei der Prüfung, ob der jeweilige Schwellenwert erreicht wird und welche Bestimmungen für die Vergabe anzuwenden sind, gilt Folgendes:

⁹ Laut Verordnung (EG) 1177/2009 der EU-Kommission vom 01.12.2009



Wenn diese Schwellenwerte überschritten werden, handelt es sich bei den zu vergebenden Aufträgen an den privaten Partner um öffentliche Aufträge, für die die Regelungen des GWB anzuwenden sind und das europaweite Vergabeverfahren durchzuführen ist.

Sowohl die Auswahl des privaten Partners als auch die (verschiedenen) Leistungen, die von ihm zu erbringen sind, können zu einem Paket geschnürt und so in den Wettbewerb gestellt werden, dass das insgesamt wirtschaftlichste Angebot gewinnt. Eine doppelte oder mehrfache Ausschreibung, d.h. eine Ausschreibung für die Auswahl des privaten Partners und eine weitere Ausschreibung für die Vergabe des öffentlichen Auftrags an das gemischtwirtschaftliche Unternehmen erscheint nicht praktikabel, da sich der private Partner in der Regel gerade auch wegen der Aufträge um die Beteiligung bemühen wird¹⁰.

¹⁰ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Anwendung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen auf Institutionalisierte Öffentlich-Private Partnerschaften (IÖPP) vom 05.02.2008, C(2007)6661; EuGH, Urteil vom 15.10.2009, Rs. C-196/08.

Kontrollfrage:

- Werden mit der Kooperation Leistungen am Markt beschafft und erreicht deren geschätzter Wert den Schwellenwert für europaweite Vergaben? Oder handelt es sich um eine reine Kapitalöffnung der öffentlichen Gesellschaft für einen privaten Mitgesellschafter?

5.1.3.5 Arbeitsrecht

Arbeitnehmerrechte sind grundsätzlich ein sehr sensibles Thema, an dem schon viele Projekte der Kooperation in der Daseinsvorsorge gescheitert sind. Mitarbeiter, die zuvor eine sichere Anstellung bei der öffentlichen Hand hatten, sind verunsichert, wenn sie zukünftig für eine privatrechtliche GmbH arbeiten sollen. Sie lehnen Ausgliederungen, sei es mit oder ohne privaten Partner, pauschal ab. Sie fürchten unzureichenden Arbeitnehmerschutz und den Abbau von Arbeitsplätzen.

Die Gründung der gemeinsamen Gesellschaft darf in der Regel nach den politischen Vorgaben nicht zu Nachteilen für die Mitarbeiter des öffentlichen Partners führen. Zwar wird dies bereits weitgehend durch die zwingenden arbeitsrechtlichen Vorschriften erreicht. Darüber hinaus sind aber regelmäßig zusätzliche Vereinbarungen, z.B. zur Personalüberleitung sinnvoll, die sicherstellen, dass die derzeit beschäftigten Arbeitnehmer vollumfänglich zu den gleichen Bedingungen, wie sie bisher bestehen, weiterbeschäftigt werden.

- **Betriebsübergang nach § 613a BGB**

Wenn die Aufgaben und das Vermögen des öffentlichen Partners auf die neu zu gründende gemeinsame Gesellschaft übertragen werden, gehen nach den zwingenden arbeitsrechtlichen Vorschrif-

ten auch die diesen Aufgaben zugeordneten Arbeitsverhältnisse auf die neue Gesellschaft über.

- **Anwendbarkeit des § 613a BGB**

§ 613a des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) ist auf alle Arbeitsverhältnisse anwendbar, die zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehen und dem übergehenden Betrieb oder Betriebsteil zuzuordnen sind. Dies schließt auch gekündigte Arbeitsverhältnisse während des Laufes der Kündigungsfrist ein. Erfasst werden alle Arbeitnehmer, ohne zwischen Arbeitern und Angestellten oder Voll- und Teilzeitbeschäftigten zu unterscheiden. Die Vorschrift gilt auch für leitende Angestellte sowie für Auszubildende und Praktikanten. § 613a BGB ist jedoch nicht anwendbar auf Ruhestandsverhältnisse, die bereits bei Betriebsübergang bestehen.

- **Betrieb oder Betriebsteil**

§ 613a BGB setzt ferner voraus, dass ein Betrieb oder Betriebsteil auf einen anderen Inhaber übergeht. Die Begriffe „Betrieb“ und „Betriebsteil“ sind im Gesetz nicht definiert. Deshalb ist auf die allgemeinen arbeitsrechtlichen Begriffe zurückzugreifen.

- **Übergang**

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes und des EuGH setzt der Betriebs(teil)übergang zunächst einen Wechsel des Betriebsinhabers voraus.

Weiter ist erforderlich, dass nicht nur bloße Aufgaben, sondern eine konkrete Betriebsorganisation oder zumindest die Funktion übertragen wird. Eine Eigentumsübertragung ist nicht erforderlich. Es genügt auch ein Betriebsinhaberwechsel.

- **Zuordnung der Arbeitnehmer**

Liegen die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs vor, gehen gemäß § 613a BGB die Arbeitsverhältnisse derjenigen Arbeitnehmer auf die gemeinsame Gesellschaft über, die den übergehenden Betrieb bzw. Betriebsteilen zuzuordnen sind. Es ist für jeden einzelnen Arbeitnehmer zu klären, ob sein Arbeitsverhältnis vom Betriebsübergang erfasst ist und damit übergeht. Dies hängt von den konkreten Umständen jedes Einzelfalles ab.

- **Rechtsfolgen**

Die Anwendung des § 613a führt zu verschiedenen Rechtsfolgen. Die gemeinsame Gesellschaft tritt als neuer Arbeitgeber in die Arbeitsverhältnisse derjenigen Arbeitnehmer ein, welche den zu übertragenden Aufgaben zuzuordnen sind. Dabei werden die Arbeitsverhältnisse mit allen Rechten und Pflichten übergeleitet. Für die betroffenen Arbeitnehmer ergeben sich grundsätzlich keine Veränderungen. Ihre Besitzstände bleiben gewahrt. Dies gilt insbesondere für Arbeitszeit, Arbeitsort, Altersversorgung, Urlaubstage und Vergütung.

- **Widerspruch des Arbeitnehmers**

Nach § 613a Abs. 6 BGB kann der Arbeitnehmer dem Übergang des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung über den Betriebsübergang schriftlich widersprechen. Wenn ein Arbeitnehmer dem Betriebsübergang widerspricht, tritt die gesetzliche Folge des § 613 a BGB - Eintritt der gemeinsamen Gesellschaft als neuer Arbeitgeber in das Arbeitsverhältnis - nicht ein. Der öffentliche Partner bleibt Arbeitgeber dieses Arbeitnehmers. Das ändert jedoch nichts am Übergang des Arbeitsplat-

zes. Das Recht des öffentlichen Partners auf betriebsbedingte Kündigung des Arbeitsverhältnisses bleibt bestehen. Der widersprechende Arbeitnehmer läuft somit Gefahr, seinen Arbeitsplatz zu verlieren, es sei denn, betriebsbedingte Kündigungen sind aus anderen Gründen ausgeschlossen.

- **Personalüberleitungsverträge**

Im Kern werden im Rahmen von Personalüberleitungsverträgen mit dem vorgenannten Hintergrund oft die folgenden Vereinbarungen und Verpflichtungen der gemeinsamen Gesellschaft getroffen:

- Vereinbarung, dass die Gesellschaft Mitglied in einem kommunalen Arbeitgeberverband in Nordrhein-Westfalen wird bzw. bleibt. Durch eine solche Vereinbarung wird der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) für die Gesellschaft verpflichtend.
- Vereinbarung, dass die Gesellschaft Mitglied einer Zusatzversorgungskasse wird bzw. bleibt.
- Verpflichtung der Gesellschaft zur Anwendung der bislang bestehenden Dienst-, Betriebs- und sonstigen Vereinbarungen sowie die Verpflichtung diese unverändert dem neuen Betriebsrat zum Abschluss anzubieten.
- Vereinbarung über die Weitergewährung der bisherigen freiwilligen Sozialleistungen, insbesondere Weiterbezahlung des Zuschusses zu den vermögenswirksamen Leistungen.
- Vereinbarung über den Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen.
- Verpflichtung der Gesellschaft, den bisherigen Lohn bzw. die bisherige Vergütung den Beschäftigten weiter zu bezahlen.

- Verpflichtung der Gesellschaft zur Gewährleistung der bisherigen Bedingungen für den vorgezogenen Ruhestand.
- Vereinbarung einer Rückkehroption im Insolvenzfall.

Personalüberleitungsverträge dieser Art dienen dazu, die Interessen der Arbeitnehmer an einem ungestörten Fortlauf ihres Arbeitsverhältnisses sicherzustellen.

- **Tarifverträge**

Sofern Tarifverträge bestehen, dürfen diese zum Nachteil der Arbeitnehmer während eines Jahres nicht geändert werden (§ 613a Abs. 1 Satz 2 BGB). Um die tarifvertraglichen Rechte der übergehenden Arbeitnehmer über die Jahresfrist bei Betriebsübergang hinaus umfassend zu sichern, sollte der Status Quo der Arbeitnehmer vertraglich festgehalten werden.

Kontrollfragen:

- Findet ein Betriebsübergang nach § 613a BGB statt?
- Welche Reaktionen der Arbeitnehmer sind zu erwarten?
- Existieren Tarifverträge?

5.1.3.6 Beamtenrecht

Unter beamtenrechtlichen Aspekten bedarf eine Kooperation in der Daseinsvorsorge z.B. bei Beamten einer Zuweisung zu der neuen Gesellschaft gemäß § 20 BeamtStG. Beamte können danach zum Zwecke der Ausübung einer nicht nur vorübergehenden Tätigkeit ohne ihre Zustimmung einer Einrichtung zugewiesen werden, die ganz oder teilweise in eine privatrechtliche organisierte Rechtsform (insbesondere GmbH oder AG) umgebildet wurde. Die Rechtsstellung des Beamten

bleibt hierdurch unberührt. Rechte und Pflichten aus dem Beamtenverhältnis bestehen daher auch nach der Zuweisung des betreffenden Beamten grundsätzlich fort. Daneben besteht die Gestaltungsalternative in einer Beurlaubung im öffentlichen Interesse mit Gewährleistungsentscheidung. Der beurlaubte Beamte erhält dann einen Arbeitsvertrag mit der Gesellschaft. Das Beschäftigungsverhältnis ist in der Regel sozialversicherungsfrei. Diese Variante wird in der Regel bei befristeten Tätigkeiten gewählt. Sie ermöglichen zudem eine von der bisherigen Besoldung unabhängige Vergütung durch die Gesellschaft. Der Vertrag sollte Regelungen über die Leistung der ab dem Zeitpunkt der Zuweisung anfallenden anteiligen Versorgungsansprüche der Beamten enthalten, welche die Gemeinde künftig weiterhin erfüllen muss.

Kontrollfrage:

- Werden Beamte für die gemeinsame Gesellschaft tätig? Bedarf es insoweit einer Zuweisung gemäß § 20 BeamtStG?

5.1.3.7 Zivilrecht

Die für die Umsetzung der gemeinsamen Gesellschaft erforderlichen Verträge sind zivilrechtlicher Natur und richten sich nach den Vorgaben des Zivilrechts.

- **Übertragung von Gegenständen**

Zu beachten sind hierbei insbesondere sachenrechtliche Verträge, sofern bewegliche Vermögensgegenstände des öffentlichen Partners auf die gemeinsame Gesellschaft übertragen werden. Die Übertragung richtet sich nach den sachenrechtlichen Vorschriften des BGB, hierin insbesondere nach den Formvorschriften des Sa-

chenrechts. Die Gestaltungsfreiheit wird dadurch aber praktisch nicht eingeschränkt.

- **Vertragsfreiheit**

Im Übrigen richten sich die zu schließenden Verträge nach schuldrechtlichen Vorschriften. Das Schuldrecht wird vom Grundsatz der Vertragsfreiheit beherrscht. Damit haben die Parteien die Möglichkeit, Vereinbarungen unter sich frei auszuhandeln und sich nicht durch bestimmte Vertragstypen (z.B. Kauf-, Dienst- oder Werkverträge) einzuschränken. Die Gestaltungsfreiheit der Parteien wird lediglich durch gesetzliche Verbote und die guten Sitten (§§ 134, 138 BGB) begrenzt.

- **Keine Verträge zu Lasten Dritter**

Zusätzlich dürfen Vereinbarungen Dritte nicht ohne deren Zustimmung belasten. Auch hieraus ergeben sich aber grundsätzlich keine Einschränkungen für den Gestaltungswillen der Parteien. Die Vertragsinhalte können sie vielmehr frei ausgestalten.

- **Überleitung bestehender Verträge**

Das Zivilrecht ist ferner dann zu berücksichtigen, wenn etwaige zwischen dem öffentlichen Partner als juristischer Person und Dritten geschlossene Verträge - beispielsweise Leasing- oder Kreditverträge - auf die neue Gesellschaft übergeleitet werden sollen. Die Überleitung ist nur durch eine dreiseitige Vertragsübernahme, das heißt im Einvernehmen aller drei Parteien möglich, weil ein Vertragspartner nicht gegen den Willen eines Vertragspartners ausgetauscht werden kann.

In diesem Fall sind die Vertragspartner einzeln und ausdrücklich über die Übertragung der Aufgaben und des Vermögens zu informieren und aufzufordern, der Überleitung der Verträge zuzustimmen. Für den Fall, dass eine Zustimmung nicht erfolgt, bietet es sich für die Gesellschafter der gemeinsamen Gesellschaft ggfs. an, sich gegenseitig im Innenverhältnis so zu stellen, als ob die Verträge übergeleitet worden wären.

- **Gesellschaftsvertrag**

Bei dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages etwa einer gemeinsamen GmbH sind nach den gesellschaftsrechtlichen Regelungen insbesondere folgende Aspekte zu beachten:

Der Gesellschaftsvertrag der GmbH muss neben den üblichen Klauseln über Firma, Sitz, Gegenstand des Unternehmens und Stammkapital sowie den in der GO NRW vorgeschriebenen Bestimmungen vor allem besondere Regelungen über die Vertretung und Geschäftsführung sowie über die Gesellschafterversammlung und einen Aufsichtsrat enthalten, in welchem die Rechte der beiden Gesellschafter abgegrenzt werden. Der Gesellschaftsvertrag muss regeln, welche Kompetenzen dem öffentlichen Partner und dem privaten Partner zustehen und für welche Entscheidungen der Geschäftsführung die Zustimmung der Gesellschafter eingeholt werden muss (siehe auch Ziffer 4.3).

Bestimmte Entscheidungen können nach dem Gesellschaftsvertrag auch einem zu bildenden Aufsichtsrat oder Beirat vorbehalten werden.

Ferner ist die Gewinn- und Verlustverteilung zu regeln. Der Gesellschaftsvertrag sollte auch die Verfügung des privaten Partners

über Geschäftsanteile - von Ausnahmefällen abgesehen - ausschließen, damit sichergestellt ist, dass der private Partner die Geschäftsanteile nicht ohne Zustimmung des öffentlichen Partners auf Dritte überträgt. Darüber hinaus sollte vorgesehen werden, dass der private Partner aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann, wenn die Zusammenarbeit mit ihm für den öffentlichen Partner nicht mehr zumutbar ist, weil er beispielsweise vertragliche Verpflichtungen verletzt.

Kontrollfragen:

- Werden bewegliche Vermögensgegenstände des öffentlichen Partners auf die gemeinsame Gesellschaft übertragen?
- Werden Vereinbarungen zu Lasten Dritter abgeschlossen?
- Existieren bestehende Verträge - beispielsweise Leasing- oder Kreditverträge - die auf die neue Gesellschaft übergeleitet werden?
- Genügt der Gesellschaftsvertrag mit dem privaten Partner über die Kooperation den gesellschaftsrechtlichen und kommunalrechtlichen Bestimmungen?

5.1.3.8 Steuerrecht

Bei der Kooperation mit einem Privaten sind ferner - je nach Ausgestaltung der Kooperation - steuerrechtliche Aspekte von Belang. So hat die vertragliche Ausgestaltung der Kooperation direkte Auswirkungen auf den Zeitpunkt der Gewinnrealisierung. Zu überprüfen sind insbesondere Körperschaftsteuer-, ertragsteuer-, umsatzsteuer- und gewerbesteuerpflichtige Aspekte. Ertragsteuer- und Umsatzsteuerpflichten bestehen beispielsweise auch dann, wenn und soweit nach einer Neuordnung Aufgaben nicht mehr von einer eigenbetriebsähnlichen Einrichtung,

sondern von einem beauftragten Dritten durchgeführt werden. Hierdurch können erhebliche anfängliche steuerliche Nachteile entstehen, die entweder durch eine abweichende Modellgestaltung und/oder ggf., soweit dies nicht möglich sein sollte, auch in der Wirtschaftlichkeitsberechnung berücksichtigt werden müssen.

Relevant sein können auch Grundsteuer- und Grunderwerbsteuerfragen, soweit es bei der Kooperation zu Transaktionen von Grundstücken der Öffentlichen Hand auf gemeinsame Gesellschaften kommt. Diese sind jedoch nach dem neuen ÖPP-Beschleunigungsgesetz in der Regel von der Grunderwerbsteuer befreit, solange die Grundstücke für hoheitliche Zwecke genutzt werden und sofern eine Rückübertragung des Grundstückes an die Öffentliche Hand innerhalb eines bestimmten Zeitraumes vorgesehen ist¹¹.

5.1.4 Ist die Kooperation wirtschaftlich sinnvoll?

Der Transaktionsaufwand, der mit der Auswahl eines privaten Partners verbunden ist, macht nur Sinn, wenn die Kooperation wirtschaftliche Vorteile bringt. Diese Frage ist sowohl im Vorfeld zu prüfen als auch während des Verfahrens im Blick zu behalten. Denn die Kooperation mit einem Privaten ist nicht immer automatisch vorteilhaft. Vor Vertragsschluss ist nochmals eine abschließende Prüfung erforderlich, da sich erst in den Verhandlungen herausstellt, ob die wirtschaftlichen Annahmen der Vorprüfung am Markt realisierbar sind, ob zum Beispiel der erwartete Kaufpreis gezahlt wird oder ob Entgeltstabilität garantiert wird. Dazu werden üblicherweise sogenannte „vergleichende Modellrechnungen“ angestellt, die den Status Quo der Aufgabenerfüllung und

¹¹ Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich-Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich-Private Partnerschaften vom 01.09.2005, BGBl. 2005 Teil I Nr. 56.

die geplante Kooperation gegenüberstellen. Problematisch ist dabei oftmals, dass es für Kooperationen in der Daseinsvorsorge - anders als beispielsweise für ÖPP im Hochbau - keine standardisierten Wirtschaftlichkeitsberechnungen gibt. Jede Kooperation ist anders.

Die Berechnungen beruhen daher zunächst auf Annahmen. Sie werden im Wettbewerbsverfahren auf Basis der sich konkretisierenden und verbindlicher werdenden Angebote fortgeschrieben. Die Berechnungen müssen sowohl die Auswirkungen auf den allgemeinen Haushalt - und zwar nachhaltig nach den Grundsätzen doppischer Buchführung - als auch - soweit gebührenrelevante Bereiche betroffen sind - auf den Gebührenhaushalt abbilden. Bloße Liquiditätsvorteile sind nicht entscheidend. Die steuerrechtlichen Auswirkungen, der Transaktionsaufwand und Remanenzkosten (zum Beispiel Kontrollaufwand der Kommune, dort verbleibende Mitarbeiter) sind ebenfalls zu berücksichtigen.

5.1.4.1 Grundsätzliche Eignung der Kooperation

Vor konkreten Berechnungen zur Wirtschaftlichkeit müssen jedoch zunächst folgende Grundüberlegungen getroffen werden:

- Eignet sich die gemeinsame Aufgabenerfüllung durch die Öffentliche Hand und einen Privaten überhaupt für die betreffende Aufgabe?
- Gibt es einen Markt bzw. private Anbieter für die zu vergebene Leistung?

Gehört die Leistung nicht zu den bedeutsameren Aufgaben der Öffentlichen Hand und wird sie bereits in größerem Umfang von privaten Unternehmen am Markt angeboten, eignet sich die gemeinsame Aufgabenerfüllung im Rahmen einer Öffentlich-Privaten Partnerschaft regelmäßig nicht. Denn der Wettbewerb zwischen den einzelnen Un-

ternehmen stellt sicher, dass die Leistung effizient hergestellt und kostengünstig angeboten wird. Es besteht keine Notwendigkeit, die Leistung zusätzlich durch eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft anzubieten. Die gemeinsame Gesellschaft wäre nur ein zusätzlicher Wettbewerber auf dem Markt, so dass es schwer sein dürfte, wirtschaftlich Erfolg zu haben. In solchen Fällen sollten zudem gemeindefinanzrechtliche Gesichtspunkte, wie das öffentliche Zweckerfordernis, das Erfordernis des Vorliegens einer kommunalen Aufgabe und die Subsidiaritätsklausel bei wirtschaftlichen Betätigungen von Kommunen besonders kritisch geprüft werden.

Besondere Zurückhaltung ist auch dann geboten, wenn die Leistung durch die privaten Anbieter nicht kostengünstiger als eine mögliche Eigenrealisierung angeboten wird. Schöpfen die privaten Anbieter Ressourcen bei der Erfüllung der Aufgabe nicht voll aus und/oder verlangen sie überhöhte Preise, ist die Bildung einer gemeinsamen Gesellschaft zur Wahrnehmung der Aufgabe ebenfalls nicht anzuraten. Ebenso verhält es sich bei Leistungen, die von privaten Anbietern nicht in dem Maße und Umfang angeboten wird, wie dies aus Sicht der Öffentlichen Hand erforderlich ist.

In dem Ausschreibungsverfahren kann bereits von Beginn an eine Klausel aufgenommen werden, dass sich die Gemeinde bei Unwirtschaftlichkeit der Angebote vorbehält, die Ausschreibung aufzuheben. Eine Entschädigungsleistung für die Verfahrenskosten kann nur dadurch wirksam ausgeschlossen oder begrenzt werden.

5.1.4.2 Wirtschaftlichkeitsvergleich

Der Entscheidung über die Kooperation mit einem Privaten in einer gemeinsamen Gesellschaft ist ein Wirtschaftlichkeitsvergleich vorweg zu schalten. Bevor sich die Öffentliche Hand entscheidet, die Aufgabe

mit einem privaten Partner gemeinsam zu erfüllen, muss beurteilt werden, ob dies wirtschaftlich sinnvoll ist.

Die grundsätzliche Kooperations-Eignung eines Projektes reicht damit für die rechtliche Zulässigkeit einer Kooperation in der Daseinsvorsorge in aller Regel also noch nicht aus. Die Notwendigkeit eines Wirtschaftlichkeitsvergleiches zwischen dem Kooperations-Modell und der Eigenregie kann aus den Haushaltsvorschriften für Bund, Länder und Kommunen, welche den öffentlichen Auftraggeber zur wirtschaftlichen Haushaltsführung und Sparsamkeit verpflichten, gefolgert werden.¹²

Da eine standardisierte Berechnungsmethode für einen Wirtschaftlichkeitsvergleich bei einer gemischtwirtschaftlichen Kooperation nicht existiert und die später zum Tragen kommende Struktur der Kooperation zu Beginn eines Verfahrens in der Regel noch nicht fest steht, empfiehlt sich zunächst ein grober Chancenabgleich von Kooperation und Eigenregie. Beispielsweise ist zu Beginn noch nicht absehbar, ob die mit der gemeinsamen Aufgabenerfüllung erhofften Synergieeffekte tatsächlich eintreten. Nicht absehbar ist auch, ob der Krankenstand der Beschäftigten sinkt oder steigt, wodurch Finanzmittel freiwerden bzw. wodurch der Finanzierungsbedarf zunimmt. Ebenso ist nicht sicher abzuschätzen, ob in der gemeinsamen Gesellschaft Dritterlöse tatsächlich realisiert werden können, so dass die Gewinne steigen. Der Chancenabgleich erfolgt ex-ante unter Zugrundelegung bestimmter Modellannahmen. Für die Modellannahmen können - je nach Projekt - diverse Evaluierungsergebnisse bereits abgeschlossener ÖPP-Projekte und Kooperationen herangezogen werden.

Zu untersuchen ist, ob durch die Kooperation mit einem privaten Partner Einsparungen bei der Tätigkeit erreicht werden können. Ebenso ist

¹² § 75 GO NRW.

zu untersuchen, ob sich durch die Einbindung des privaten Partners möglicherweise zusätzliche Finanzierungsbeiträge des privaten Partners generieren lassen, durch die Mittel freigesetzt und neue finanzielle Spielräume geschaffen werden. Wirtschaftliche Vorteile können sich auch durch ein Plus an Flexibilisierung bei der Aufgabendurchführung ergeben.

Kontrollfrage:

- Ist eine gemeinsame Gesellschaft im Vergleich zu einer Eigenvariante oder einer Vollübertragung der Aufgaben auf einen Privaten wirtschaftlich sinnvoll?

Wirtschaftlich sinnvoll ist die gemeinsame Aufgabenerfüllung, wenn die im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe zusammen mit dem privaten Partner effizienter und/oder kostengünstiger erfüllt werden kann. Der Aufwand, der mit der Gründung einer gemeinsamen Gesellschaft bzw. mit der Teilprivatisierung einer bestehenden Gesellschaft verbunden ist, muss sich im Vergleich zur Eigenvariante bzw. zur Vollübertragung der Aufgabe auf eine andere Gesellschaft lohnen. Zeigt eine Vergleichsrechnung mit der aktuellen Organisation der Aufgabenerfüllung hingegen, dass die Partnerschaft mit dem Privaten zu keinen nennenswerten Leistungsgewinnen und/oder Kostenvorteilen führt, ist die Partnerschaft wirtschaftlich nicht sinnvoll.

Die Beurteilung der wirtschaftlichen Sinnhaftigkeit der Gründung einer gemeinsamen Gesellschaft bzw. der Teilprivatisierung einer bestehenden Gesellschaft ist danach im Vorfeld zu dem Wettbewerbsverfahren eine reine Prognoseentscheidung für die Zukunft. Es handelt sich um keine verlässliche Beurteilung anhand gesicherter Erkenntnisse. Ob die gemeinsame Aufgabenerfüllung tatsächlich effizienter und/oder kos-

tengünstiger sein wird, ist erst im Laufe des Verfahrens und sodann anhand eines individuellen Wirtschaftlichkeitsvergleiches mit dem Angebot des bevorzugten Privaten belastbarer einzuschätzen.

Der vor Beginn des Verfahrens aufgestellte Chancenabgleich ist also im Laufe des Verfahrens zu einem konkreten Wirtschaftlichkeitsvergleich zu verdichten und sodann wiederholt anhand von Kontrollrechnungen zu überprüfen und zu modifizieren. Denn in den Verhandlungen mit den Bietern und in deren Angeboten kann es beispielsweise zu Änderungen des Leistungsumfangs kommen. Neben projektspezifischen Änderungen der Ausgangslage kann zum Beispiel auch ein veränderter Mehrwertsteuersatz zu einer erforderlichen Modifikation des Wirtschaftlichkeitsvergleiches führen.

Dieses Vorgehen ist den Bietern zu Verfahrensbeginn transparent mitzuteilen. Es wird empfohlen, das Verfahren auf dem erwähnten groben Chancenvergleich der Kooperation aufzubauen und sodann auf den individuellen Vergleich mit dem bevorzugten Privaten auszurichten. Neben der damit gesicherten Vergleichbarkeit von Eigenregie und dem im Wettbewerb ermittelten besten Kooperationsmodell entwickelt sich so ein zusätzlicher „Wettbewerb der Systeme“. Die Prüfung und Modifikation des Wirtschaftlichkeitsvergleichs darf jedoch während des Vergabeverfahrens nicht dazu führen, dass eine 1:1 Anpassung der Parameter auf der Seite der konventionellen Beschaffungsvariante erfolgt, da damit quasi vom Bieter vorgeschlagene Maßnahmen und Ideen fiktiv bereits heute zu Bestandteilen der heutigen Leistungserstellung würden, was jedoch nicht den Tatsachen entspräche und für den Wirtschaftlichkeitsvergleich nicht zulässig ist. Es muss vielmehr insbesondere im Rahmen der Risikoallokation eine sehr sachgerechte Einschätzung aufgrund des heutigen Erfahrungsstandes der Gemeinde vorge-

nommen werden, von welchen künftigen Annahmen in der konventionellen Beschaffungsvariante ausgegangen werden kann.

Die Öffentliche Hand erzielt so mehrere Vorteile. Sie muss nicht bereits zu Beginn des Verfahrens aufgrund hypothetischer Annahmen und Berechnungen entscheiden, ob die Kooperation besser oder schlechter ist als die Leistung in Eigenregie. Sondern sie kann diese Entscheidung auf Basis konkreter verbindlicher Angebote treffen und vermindert so Risiken. Zugleich werden politische Grundsatzdiskussionen jenseits von konkreten Tatsachen verhindert. Die politischen Gremien müssen sich nicht bereits im Vorfeld eines Wettbewerbes grundsätzlich für die Kooperation entscheiden und dann nur noch zwischen verschiedenen Bietern auswählen, sondern sie können auch die Entscheidung zwischen Eigenvariante einerseits und Kooperation andererseits auf den Zeitpunkt zum Ende des Wettbewerbs verschieben. So wird nicht nur der beste Bieter, sondern vorrangig das beste Handlungsmodell ausgewählt.

Um dieses Ziel zu erreichen, ist das Verfahren bezüglich des Wirtschaftlichkeitsvergleiches unter einen Aufhebungsvorbehalt zu stellen. Der Aufhebungsvorbehalt sollte für den Fall greifen, dass der individuelle Vergleich der Eigenregie mit dem besten Kooperationsangebot zugunsten der Eigenvariante ausgeht. Der Aufhebungsvorbehalt erfordert allerdings zu seiner Wirksamkeit eine klare und transparente Beschreibung der Aufhebungsbedingungen und eine möglichst zweifelsfreie Formulierung der Leistungspflichten und der Bewertungs- und Vergleichskriterien.

5.2 Schritt 2: Grundsatzentscheidung und Projektorganisation

Wenn die rechtliche und wirtschaftliche Vorprüfung einer Kooperation in der Daseinsvorsorge zu dem Ergebnis kommt, dass die Kooperation rechtlich zulässig und wirtschaftlich sinnvoll ist, müssen die zuständigen Beteiligten über das Projekt entscheiden. Die Verwaltung muss das Projekt ferner im Einzelnen organisieren.

5.2.1 Beteiligung kommunaler Gremien

Für einen zielgerichteten Erfolg der Kooperation muss die Gemeinde die betroffenen öffentlichen Entscheidungsträger und Gremien frühzeitig in die Projektentwicklung einbinden.

Die Grundsatzentscheidung betrifft zunächst das „Ob“ der Kooperation. Steht bereits fest, dass der private Partner für die Kooperation in einem Wettbewerb ermittelt werden soll - siehe im Folgenden Punkt 5.3 - kann auch bereits über die weitere Projektentwicklung, insbesondere über die Einleitung des Vergabeverfahrens, entschieden werden.

Die Grundsatzentscheidung sollte möglichst auf einen breiten Konsens treffen. Daher sind alle rechtlich an der Entscheidung über die Durchführung des Projektes beteiligten Stellen rechtzeitig in den Entscheidungsprozess für die Grundsatzentscheidung einzubinden und mit den erforderlichen Daten und Informationen zu versorgen. Insbesondere sind die in der Vorprüfung erarbeiteten Erkenntnisse und Informationen den zuständigen Entscheidungsträgern der Öffentlichen Hand mitzuteilen.

Auf kommunaler Ebene sind vor diesem Hintergrund insbesondere

- die Gemeindevertretung (Gemeinderat, Stadtrat),
- die Verwaltungsleitung (Bürgermeister, Gemeindevorstand),

- die für das Einzelprojekt zuständigen Ämter und
- gegebenenfalls die Personalvertretung

einzubinden. Auch wenn eine förmliche Beteiligung der Personalvertretung nicht erforderlich ist, sollte im Rahmen der vertrauensvollen Zusammenarbeit eine Einbindung erfolgen.

5.2.2 Beteiligung Dritter (Finanzamt, Kommunalaufsicht, Arbeitnehmervertretung, Fördermittelgeber)

In die Grundsatzentscheidung sollten auch beteiligte Dritte eingebunden werden. Beteiligte Dritte sind bei einer Kooperation im Wege einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft regelmäßig das Finanzamt und die Kommunalaufsicht. Das Projekt steht und fällt mit den entsprechenden Abstimmungs- und Beteiligungsprozessen. Beim Finanzamt sollte rechtzeitig eine verbindliche Auskunft eingeholt werden, falls sich steuerrechtliche Zweifelsfragen stellen.

Insbesondere die Kommunalaufsicht sollte frühzeitig in die Vorüberlegungen der Grundsatzentscheidung und die Grundsatzentscheidung selbst eingebunden werden. Damit wird der Verlust von Haushaltsmitteln, die bereits in die Projektorganisation geflossen sind, vermieden.

Das Gleiche gilt für die Beteiligung der Arbeitnehmervertretung. Trifft bereits die Grundsatzentscheidung für das Projekt auf keine Zustimmung in der Arbeitnehmervertretung, ist zum Beispiel mit erheblichen Schwierigkeiten bei dem späteren Arbeitnehmerwechsel auf die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft zu rechnen.

Die Kommunalaufsichtsbehörde ist insbesondere immer dann einzubinden,

- wenn die Genehmigung der Aufsichtsbehörde Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kooperation mit einem privaten Partner ist und
- in Fällen, in denen eine Anzeigepflicht vorgesehen ist, wie dies zum Beispiel in Nordrhein-Westfalen und bei der Gründung gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften der Fall ist.

Die frühzeitige Einbindung oder Information der Kommunalaufsicht empfiehlt sich auch in jedem anderen Fall, da diese aufgrund ihrer Funktion als Rechtsaufsicht unabhängig vom Bestehen eines Genehmigungsvorbehalts oder einer Anzeigepflicht das Projekt untersagen kann. Darüber hinaus erfüllt sie eine Beratungsfunktion.

Soweit öffentliche Förderungen eingeworben werden können, muss - um die Fördermittel nicht zu gefährden oder zu verlieren - zwingend vor Beginn des Verfahrens eine verbindliche Abstimmung mit der Förderstelle erfolgen. In der Regel stimmen gerade bei Projektförderungen u.a die einzelnen Förderbestimmungen und die Bestimmungen für Verwendungsnachweise oft nicht mit den Bedingungen und Regelungen des Vertragsentwurfs überein.

5.2.3 Projektorganisation

Eine erfolgreiche Projektentwicklung hängt maßgeblich von einer zielgerichteten und effizienten Projektorganisation ab. Die Projektorganisation sollte sich durch

- das frühzeitige Einsetzen einer Lenkungsgruppe,
- die klare Formulierung von Aufgaben und Verantwortlichkeiten und
- eine konkrete Definition von Entscheidungsfindungsmechanismen sowie Kommunikations- und Informationslinien

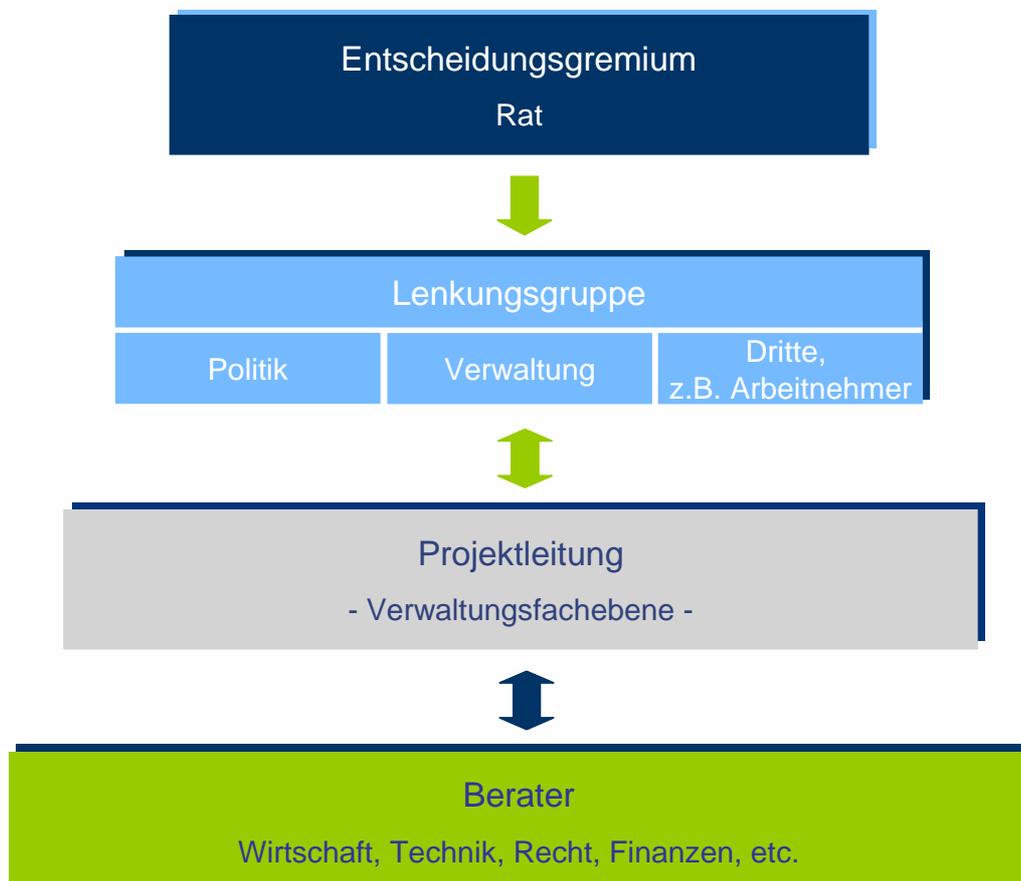
auf Seiten des Projektträgers auszeichnen.

Bewährt hat sich insbesondere das Instrument einer Lenkungsgruppe, in der Politik, Verwaltung und sonstige, von dem Kooperationsvorhaben Betroffene, wie zum Beispiel Arbeiternehmervvertreter, beteiligt sind. Die Lenkungsgruppe kooperiert wiederum mit der Projektleitung, die auf Verwaltungsfachebene angesetzt ist. Die Projektleitung ist verantwortlich für das inhaltliche und organisatorische Projektmanagement.

Aufgrund der interdisziplinären Natur einer Kooperation in der Daseinsvorsorge sind oftmals fundierte Kenntnisse aus den Bereichen Wirtschaft, Technik, Recht und Finanzen erforderlich. Falls das entsprechende Know-how intern nicht in ausreichendem Maße existieren sollte, können - je nach Bedarf - externe Berater hinzugezogen werden.

Die Projektleitung muss auch während der Projektorganisation darauf achten, die betroffenen öffentlichen Entscheidungsträger, Institutionen, Gremien und Aufsichten fortlaufend in die Projektentwicklung einzubinden. Gleiches gilt für sonstige relevante Interessengruppen, wie zum Beispiel Arbeiternehmervvertretungen - auch wenn sie nur bedingt und verwaltungsintern Einfluss auf Verwaltungsentscheidungen haben. Auf diese Weise können auch Anregungen und Hinweise von Dritten in das Projekt integriert werden. Fehlender Akzeptanz und sonstigen Hürden, die sich im Laufe der Projektentwicklung zeigen, sind durch aktive Informationen und Kommunikation entgegenzuwirken.

Eine sinnvolle und zielgerichtete Projektorganisation bei einer Kommune sollte wie folgt aufgebaut sein:



5.3 Schritt 3: Umsetzung und Wettbewerb

Die Umsetzung des Projektes hängt maßgeblich von der Art des Vergabeverfahrens ab, mit dem der private Partner für die Gründung einer gemeinsamen Gesellschaft gefunden werden soll.

5.3.1 Verfahrensart

Für die Vergabe eines Auftrags und/oder bei der Suche nach einem privaten Partner bieten sich in der Regel das europaweite Verhandlungsverfahren und das Verfahren des wettbewerblichen Dialogs an.

Beide Verfahrensarten sind äußerst flexibel. Der öffentliche Auftraggeber kann die Verfahren und die zu vergebenden Leistungen mit weitem Spielraum steuern und in Verhandlungen mit den Bietern das wirtschaftlichste Modell für die Kooperation wählen. Er muss die Leistung nicht im Vorfeld genau umschreiben, sondern kann diese - gemeinsam mit dem Know-how der Bieter - schrittweise festlegen.

Den beiden Verfahrensarten steht die Hierarchie der Verfahrensarten nicht entgegen. Zwar darf ein Verhandlungsverfahren oder ein wettbewerblicher Dialog aufgrund der strengen Verfahrenshierarchie (Vorrang offenes Verfahren) grundsätzlich nur in ganz engen Ausnahmefällen angewendet werden. Aufgrund der verfolgten Zielsetzungen bei Kooperationen in der Daseinsvorsorge liegen derartige Ausnahmen aber in der Regel vor.

- **Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb**

Das Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb ist zum Beispiel insbesondere dann zulässig, wenn die Art oder der Umfang oder die mit der Leistung verbundenen Wagnisse dazu führen, dass eine einwandfreie Preisermittlung nicht möglich ist, vgl. § 3 EG VOL/A.

Dies ist bei der Suche nach einem privaten Partner für eine Kooperation in der Regel der Fall. Der öffentliche Partner hat ein berechtigtes Interesse, sich von den Bietern zunächst Konzepte, wie etwa bezüglich der inhaltlichen Umsetzung der Kooperation, Finanzierungs- oder Sicherheitenmodelle und Garantien für den Erfolg der gemeinsamen Gesellschaft vorschlagen zu lassen. Ferner steht die genaue Aufgabenverteilung zwischen privatem und öffentlichem Partner noch nicht fest. Es können daher regelmäßig weder Einheits- noch Pauschalpreise von vornherein fest vereinbart werden.

Wenn der öffentliche Partner einen darauf gerichteten Versuch unternähme, müsste er die zu erbringenden Leistungen abschließend beschreiben und würde auf Verbesserungsmöglichkeiten aus geänderten Konzepten sowie auf eine speziell auf seine Bedürfnisse zugeschnittene und optimierte Ausgestaltung der öffentlichen-privaten Zusammenarbeit verzichten. Hieraus könnten sich wiederum Nachteile für den öffentlichen Partner ergeben. Um derartige Nachteile abzuwenden und das auf privatwirtschaftlicher Seite vorhandene Know-how zu nutzen, ist aber gerade ein Verhandlungsverfahren nach Vergabebekanntmachung zulässig.

- **Wettbewerblicher Dialog**

Der Anwendungsbereich des wettbewerblichen Dialogs ist hingegen für „besonders komplexe Aufträge“ vorgesehen (§ 101 Abs. 4 GWB). Ein Auftrag gilt als besonders komplex, wenn der Auftraggeber objektiv nicht in der Lage ist,

- die technischen Mittel anzugeben, mit denen seine Bedürfnisse und Ziele erfüllt werden können oder
- die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen des Vorhabens anzugeben.

Insbesondere die „finanziellen Bedingungen des Vorhabens“ dürften bei komplexen Kooperationen in der Daseinsvorsorge in der Regel nicht vorab festgelegt werden können. Denn dazu müsste ein Auftraggeber die finanziellen Bedingungen, unter denen die Angebote zu erstellen sind, so detailliert angeben, dass die beteiligten Kreditinstitute ohne eigene Nachforschungen und Berechnungen eine Finanzierung der Kooperation verbindlich zusagen können.

Die Verfahrensart des wettbewerblichen Dialoges und des Verhandlungsverfahrens stehen gleichrangig nebeneinander und lassen bei der Erfüllung ihrer jeweiligen Voraussetzungen dem öffentlichen Auftraggeber die Wahl, welches der beiden Verfahren er einleiten will.

Kontrollfragen

Für die Frage, ob ein Verhandlungsverfahren mit Vergabebekanntmachung oder ein wettbewerblicher Dialog zulässig ist, bieten sich folgende Kontrollüberlegungen an:

- Kann der öffentliche Partner - wenn er die Leistungen im offenen oder nichtoffenen Verfahren vergeben wollte - die anzubietenden Leistungen so genau definieren, dass er die Angebote der Bieter wegen des in diesem Verfahren geltenden Nachverhandlungsverbotes ohne weitere Verhandlungen durch einfache Erklärung (Zuschlag) annehmen könnte?
- Ist es dem öffentlichen Partner möglich, bereits vorab selbst ein abschließendes Konzept für die Umstrukturierung der Aufgaben zu entwickeln und auch sämtliche während der gesamten Vertragslaufzeit zu erbringenden Leistungen und Gegenleistungen im Einzelnen abschließend festzulegen?

Sofern dies nicht eindeutig gelingen kann, folgt, dass auch unter diesen Gesichtspunkten die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens oder eines wettbewerblichen Dialogs als der einzig gangbare Weg erscheint und damit zulässig ist.

Vertiefendes zu den beiden Verfahrensarten und der richtigen Wahl der Verfahrensart findet sich im –Vergaberechtsleitfaden der PPP-Task Force NRW¹³.

5.3.2 Bekanntmachung

Das eigentliche Vergabeverfahren beginnt mit der Bekanntmachung des Verfahrens und der geplanten Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union. Der öffentliche Auftraggeber teilt dort seine Absicht mit, seine Aufgaben in dem jeweiligen Bereich in Zukunft mit einem privaten Partner gemeinsam erbringen zu wollen. In der Bekanntmachung ist grob zu umreißen, welche Leistungen auf den Privaten übertragen bzw. von der noch zu gründenden gemeinsamen Gesellschaft ausgeführt werden sollen.

Die EG-Vergaberichtlinien sehen für die Bekanntmachungen im EU-Amtsblatt Musterformulare vor, die im NRW-Vergabeportal (www.vergabe.nrw.de) erhältlich sind. Gegebenenfalls bietet es sich an, das Verfahren noch zuvor durch eine sogenannte Vorinformation bekannt zu geben. Auf diese Weise bekommen interessierte Unternehmen die Möglichkeit, ihre Arbeiten für das Verfahren bereits vorzuplanen.

5.3.3 Wettbewerb

Am Beispiel des Verhandlungsverfahrens kann der Wettbewerb leicht erläutert werden; er ist mehrstufig aufgebaut. Das Verfahren startet zunächst mit mehreren Teilnehmern und ist für eine größere Zahl von Konzepten offen. Im Laufe des Verfahrens werden sowohl die Anforde-

¹³ Leitfaden der PPP-Task Force NRW und des BMVBS „PPP im Hochbau - Vergaberechtsleitfaden“ vom August 2007

rungen an die Angebote präzisiert, als auch der Bieterkreis eingeschränkt.

- Trichtereffekt

Der Trichtereffekt des Verhandlungsverfahrens lässt sich durch die folgende Grafik darstellen:



Wegen näherer Einzelheiten zu der Gestaltung und zu dem Ablauf eines Vergabeverfahrens wird auf den o.g. Vergaberechtsleitfaden „¹⁴ verwiesen.

- **Einstellung / Aufhebung des Verfahrens**

Sollte das Vergabeverfahren zu keinem wirtschaftlichen Ergebnis führen, ist der öffentliche Auftraggeber berechtigt, das Verfahren aufzuheben. Die Bieter können eine Aufhebung nicht verhindern. Ihnen stehen allenfalls Schadensersatzansprüche zu, wenn der Auftraggeber keinen besonderen sachlichen Grund, beispielsweise im Sinne von § 17 VOB/A, für die Aufhebung vortragen kann. Ein solcher Grund kann zum Beispiel darin bestehen, dass sich sämtliche Angebote als nicht wirtschaftlich erweisen. Der Aufhebungsvorbehalt für einen derartigen oder ähnlichen Fall (z.B. Gremienvorbehalt) sollte unbedingt in der Bekanntmachung oder in den

¹⁴ Leitfaden der PPP-Task Force NRW und des BMVBS „PPP im Hochbau - Vergaberechtsleitfaden“ vom August 2007

Vergabeunterlagen aufgeführt werden. Mit dem Verfahrensbeginn geht somit keine Verpflichtung einher, den Auftrag auch tatsächlich zu erteilen. Die Bieter können dann keine Schadensersatzansprüche geltend machen. Eine Aufhebung ist danach nicht nur formal, sondern auch materiell wirksam.

5.3.4 Auswahl des Kooperationsmodells im Wettbewerb

Da das Verhandlungsverfahren und der wettbewerbliche Dialog keinen festen Formvorschriften unterliegen, kann das Modell für die Kooperation zielführend verhandelt und während des Vergabeverfahrens weiterentwickelt und fortwährend optimiert werden.

5.3.5 Verträge

Den Bietern sollten zu Beginn des Verfahrens Eckpunkte oder auch bereits Entwürfe der späteren Verträge an die Hand gegeben werden. Diese sind mit den Bietern im Rahmen der Verhandlungen zu erörtern und zu konkretisieren. Den Bietern sollte die Gelegenheit gegeben werden, Aspekte in den Verträgen zu beziffern, die für sie wirtschaftlich unzumutbar sind und die sie an der Abgabe eines Angebotes hindern würden. Im Rahmen der Verhandlungen wird auf diese Weise ein ausformuliertes Vertragspaket erarbeitet, das allen Bietern in gleicher Weise als Grundlage für ihre letztverbindlichen Angebote vorgegeben werden kann. Denn andernfalls läuft der öffentliche Auftraggeber Gefahr, Änderungsvorschläge in den Vertragstexten anschließend werten zu müssen. Dies birgt das erhebliche Risiko, dass die Angebote miteinander nicht mehr vergleichbar sind.

Es steht dem öffentlichen Auftraggeber frei, wie detailliert er die Vertragstexte den Bietern bereits zu Beginn des Vergabeverfahrens vor-

geben will. Denn teilweise werden Vertragsinhalte erst durch das noch im Laufe des Verfahrens zu findende Kooperationsmodell, die Finanzierung und die Leistung bestimmt.

5.3.6 Wertung

Die Wertung sowohl der indikativen als auch der letztverbindlichen, endgültigen Angebote erfolgt nach Maßgabe der bekanntgemachten Zuschlagskriterien. Mögliche Zuschlagskriterien sind zum Beispiel - je nach Aufgabenstellung des privaten Partners:

- Kaufpreis für die Gesellschaftsanteile
- Qualität der Leistungen
- Arbeitsplatzsicherung
- Risiken und Sicherheiten für den öffentlichen Partner
- zu erwartende Gewinne und Verluste.

Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, die für die Wertung und den Vergleich der Angebote maßgeblichen Zuschlagskriterien bereits von Beginn des Verfahrens an, z. B. durch Unterkriterien, bis ins letzte Detail festzulegen.

Der Grundsatz, wonach ein öffentlicher Auftraggeber aus Gründen der Transparenz und der Gleichberechtigung der Bieter verpflichtet ist, die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung bereits in der Auftragsbekanntmachung oder den Ausschreibungsunterlagen abschließend anzugeben, gilt nach neuerer Rechtsprechung im Verhandlungsverfahren und im wettbewerblichen Dialog gerade nicht¹⁵. Aufgrund der Komplexität der in einem Verhandlungsverfahren oder einem wettbewerblichen

¹⁵ EuGH, Urteil vom 24.01.2008, Rs. C-532/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.01.2008, Verg 31/07; ebenso Beschluss vom 21.11.2007, Verg 32/07; 1. VK Bund, Beschluss vom 06.07.2005, VK 1-53/05.

Dialogs zu vergebenen Leistungen dürfen Unterkriterien auch stufenweise entwickelt werden. Denn gerade bei komplexen Verfahren stehen die Anforderungen an die Angebote zu Beginn noch nicht genau fest, da der Leistungsgegenstand selbst noch nicht abschließend beschrieben werden kann.

Entscheidend ist aber, dass der öffentliche Auftraggeber spätestens vor der Aufforderung zur Abgabe des letztverbindlichen Angebotes sämtliche Beurteilungskriterien allen Bietern bekannt gibt, um die Transparenz und die Gleichbehandlung aller Bieter sicherzustellen

Zu der Wertung im Einzelnen wird auf den o.g. Vergaberechtsleitfaden¹⁶, Ziffer 10, verwiesen.

5.3.7 Beteiligung der Kommunalaufsicht

Bei gemischtwirtschaftlichen Kooperationen bestehen für die Kommunen Anzeige- und Genehmigungspflichten gegenüber der Kommunalaufsicht. Deren Hauptaufgabe ist es, die Erfüllung der Pflichten durch die Gemeinden zu sichern und die Kommunen in ihren Rechten zu schützen (§ 11 GO NRW).

Wie auch bei „klassischen“ ÖPP-Projekten, verpflichtet sich eine Kommune auch bei einer gemischtwirtschaftlichen Kooperation in der Daseinsvorsorge gegenüber dem privaten Partner zur Leistung von Zahlungen oder einer Gewinnausschüttung der gemeinsamen Gesellschaft. Sofern im Rahmen der vertraglichen Gestaltungen Vorfinanzierungen vereinbart werden, kann es sich um ein anzeigepflichtiges kre-

¹⁶ Leitfaden der PPP-Task Force NRW und des BMVBS „PPP im Hochbau - Vergaberechtsleitfaden“ vom August 2007

ditähnliches Rechtsgeschäft im Sinne des § 86 Abs. 4 GO NRW¹⁷ handeln.

Der öffentliche Auftraggeber hat daher noch vor Zuschlagserteilung die speziellen, das kreditähnliche Geschäft charakterisierenden Merkmale, gegenüber der Kommunalaufsicht darzustellen und zu erläutern. Die Anzeige soll die Aufsichtsbehörde in die Lage versetzen, ggfs. ihre Aufsichtstätigkeit rechtzeitig vor Eintritt der Wirksamkeit nach Fristablauf durchführen zu können.

5.3.8 Zuschlag

Nach Prüfung und Wertung der letztverbindlichen Angebote und dem Vorliegen der entsprechenden Wirtschaftlichkeit, der erforderlichen Gremienbeschlüsse und sonstigen etwa erforderlichen Zustimmungen wird das Ausschreibungsverfahren mit dem Zuschlag an den privaten Partner beendet. Mit dem Zuschlag bzw. der notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrages kommt der Auftrag bzw. die (Vor-) Gründung der gemeinsamen Gesellschaft zustande.

5.4 Schritt 4: Vertragsmanagement und -kontrolle

In der Phase des Vertragsmanagements ist es Aufgabe der Öffentlichen Hand, von einer bislang operativen zu einer funktional steuernden Tätigkeit zu wechseln. Besonderes Ziel des Vertragsmanagements ist die kontinuierliche Sicherstellung der beidseitigen vertraglichen Pflichten. Das Vertragsmanagement dient daher vor allem der vertragsgemäßen Kooperation.

¹⁷ Vgl. Leitfaden des Nordrhein-Westfälischen Finanzministeriums „Public Private Partnership im Hochbau - Anleitung zur Prüfung der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung von PPP-Projekten im öffentlichen Hochbau“ (April 2007, Seite 16) und Runderlass des Nordrhein-Westfälischen Innenministeriums vom 09.10.2006 (34-48.05.01/01) „Kredite und kreditähnliche Rechtsgeschäfte der Gemeinden (GV)“

Zu den funktional steuernden Tätigkeiten der Öffentlichen Hand gehören insbesondere:

- die Bildung eines Vertragsmanagement-Teams auf öffentlicher Seite,
- ein kontinuierliches Vertragsmanagement (inklusive Leistungs- und Erfolgskontrollen) und
- das Management von Vertragsänderungen / Anpassungen.

Oftmals bewährt es sich, das bereits für die Umsetzung und den Wettbewerb des Projekts gebildete und erprobte Projektteam auf Seiten der Öffentlichen Hand auch für die Phase des Projektmanagements zu übernehmen. Auf diese Weise wird das Know-how des Projektteams sichergestellt und optimal genutzt. Gegebenenfalls sollte es durch weitere Kompetenzen ergänzt werden.

Im Rahmen des Vertragsmanagements hat das Projektteam insbesondere folgende Aufgaben zu erfüllen:

- Überwachung der Einhaltung der vertraglich vereinbarten Termine,
- Überwachung der Einhaltung der vertraglich vereinbarten Qualitätsstandards,
- Überwachung der Einhaltung anderer vertraglicher Verpflichtungen, wie zum Beispiel Garantien und Sicherheiten,
- Überwachung der vereinbarten Risikosphären zwischen Öffentlicher Hand und Privatem,
- vertraglich vereinbarte Zahlungsanweisungen für erbrachte Leistungen bzw. Zahlungsabzüge für nicht oder schlecht erbrachte Leistungen.

Die im Rahmen der Vorprüfung (siehe Punkt 5.1) vorgenommene Wirtschaftlichkeitsuntersuchung sollte auch während der Kooperation wiederholt durchgeführt werden. Auf diese Weise kann - aufbauend auf den seinerzeitigen Erkenntnissen - auch im Rahmen der Vertragsausführung sowohl die Effektivität als auch die Effizienz der Kooperation systematisch analysiert und überprüft werden.

Von besonderer Bedeutung ist ferner das Vertragsmanagement bei gewünschten oder erforderlichen Vertragsänderungen und -anpassungen, so zum Beispiel bei neuen gesetzlichen Entsorgungsaufgaben im Bereich der Abfallwirtschaft. Vertragsänderungen haben - je nach Ausgestaltung der Kooperation - Auswirkungen auf das Entgelt der vom Privaten erbrachten Tätigkeiten bzw. auf die Kostenverteilung innerhalb der Kooperation. Um wirtschaftlich nachteilige Veränderungen für die Öffentliche Hand in Grenzen zu halten und weil es vergaberechtlich geboten und zur korrekten Ermittlung der Gesamtwirtschaftlichkeit erforderlich ist, sollte der Vertrag mit dem Privaten unbedingt klare Regelungen zur Risikoverteilung und Entgeltanpassung bei Leistungsänderungen enthalten. Möglich ist es zum Beispiel, Leistungsänderungen kostenmäßig anhand von Marktpreisen zu deckeln. Das Vertragsmanagement muss vor jeder Vertragsänderung / -anpassung prüfen, ob das geänderte Entgelt in einem angemessenen Verhältnis zu der geänderten Leistung steht und etwaige Entgelterhöhungen finanziell realisierbar sind. Ferner ist die ursprünglich vertraglich vereinbarte Risikoverteilung während der Kooperationszeit zu wahren.

Wesentliche Änderungen des Vertrages, die einem Neuabschluss gleich kommen oder den Verdacht begründen, dass ursprünglich ein anderer Bieter den Auftrag für die Kooperation hätte erhalten müssen,

führen nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu einer erneuten Ausschreibungspflicht. Wann eine Änderung in diesem Sinne wesentlich ist, hängt vom Einzelfall ab. Der Vertrag sollte daher bereits im Wettbewerbsverfahren flexibel und offen für alle absehbaren Änderungen ausgerichtet werden.

Zu der Vertragskontrolle gehört letztlich auch die Überwachung und Kontrolle des privaten Partners. Gegenstand der Kontrolle können ferner Untersuchungsrechte und Betretungsrechte des öffentlichen Partners sowie Unterrichtungspflichten des privaten Partners sein.

6 Ausblick

Die Kooperation in der Daseinsvorsorge zwischen Öffentlicher Hand und der Privatwirtschaft gewinnt an Bedeutung. Kommunen stehen vor immer mehr neuen Herausforderungen. Wegen der angespannten kommunalen Finanzsituation können die nötigen Investitionen nicht mehr allein auf klassischem Wege geleistet werden. Die kommunalen Haushalte kommen an ihre Grenzen. Der Verteilungskampf um die Mittel nimmt stetig zu. Kommunen sehen sich einem steigenden Effizienzdruck ausgesetzt, dem nur mit wirksamen Kosten-Leistungsstrukturen begegnet werden kann. Neben finanziellen Aspekten führt auch ein struktureller Wandel der öffentlichen Verwaltung zu einem Handlungsdruck. Die Öffentlich-Private Kooperation, bei dem sich die Öffentliche Hand einen Privaten und dessen Kapital zur Aufgabenerfüllung hinzu-zieht, kann dafür eine sinnvolle Methode bieten. Anders als die inzwischen üblichen und bewährten „Beschaffungs“-ÖPP, beispielsweise im Hochbau, handelt es sich bei Kooperationen in der Daseinsvorsorge vielmehr um eine Art „Aufgabenerfüllungs“-ÖPP.

Öffentlich-Private Kooperationen können bei verschiedenen Aufgaben der Daseinsvorsorge und in unterschiedlichen Formen erfolgen. Das Spektrum umfasst - neben den im Folgeabschnitt unter Ziffer 7 beispielhaft aufgezeigten Abfallentsorgungs- und Hafenprojekten - die Wasserversorgung, den Verkehr, die Straßen, die Stadtentwicklung und viele Aufgaben mehr. Je komplexer die Projektstruktur, umso bedeutender ist die genaue Vorbereitung und Umsetzung der Kooperation.

Innovative Ideen und Ansätze sind gefordert, um Projekte zukunftsfähig und nachhaltig mit Hilfe der Privatwirtschaft umsetzen zu können. Wichtig ist dabei, dass die Verantwortung für die Aufgabenerfüllung bei

der Öffentlichen Hand verbleibt und dass der originäre Sinngehalt der öffentlichen Aufgabe nicht aus dem Blick gerät. Bei einer Kooperation mit einem Privaten sollten daher immer auch die sozialen und kulturellen Aspekte berücksichtigt werden, die mit der öffentlichen Aufgabe verknüpft sind.

Für Öffentlich-Private Kooperationen ist ein großes Entwicklungspotenzial vorhanden. Die Kooperationen helfen den Kommunen nicht nur, Geld zu sparen und ihre Aufgaben wirtschaftlicher zu erfüllen. Kooperationen können auch zur Standortpolitik genutzt werden. Sie dienen ferner dazu, wirtschaftliche Chancen und Risiken auf den privaten Partner zu übertragen, falls der Private diese besser einschätzen und steuern kann als der Staat. Wirtschaftliches Handeln ist aber nicht alles. Entscheidend ist auch, dass private Investitionen mit eingebunden und Risiken geteilt werden.

7 Beispiele

Die folgenden Beispiele zeigen Kooperationen und Wettbewerbsmodelle in den Bereichen Abfall und Hafen auf. Die darin aufgezeigten Modelle und Erfahrungen - siehe auch die Interviews mit den Projektleitern - sind gleichermaßen auf andere Kooperationsbereiche übertragbar.

7.1 Abfall: Entsorgungsbetriebe Essen GmbH (EBE)



Steckbrief:

Firma:	Entsorgungsbetriebe Essen GmbH („EBE GmbH“)
Gesellschafter:	<ul style="list-style-type: none">• Essener Versorgungs- und Verkehrsgesellschaft mbH (EVV), 51 %• REMONDIS, 49 %
Mitarbeiter:	<ul style="list-style-type: none">• 949 Mitarbeiter
Gewinnverteilung:	nach Geschäftsanteilen (51% / 49%)
Aufgaben:	<ul style="list-style-type: none">• Akquisition, Sammlung, Transport, Verwertung und Beseitigung von Wertstoffen aller Art• Erfassung und Transport von Verkaufsverpackungen, Altglas, Altpapier und Grünabfällen• Betrieb von Anlagen zur Behandlung, Sortierung, Verarbeitung und Verwertung von Abfällen• Straßenreinigung und Winterdienst• Betrieb von Wochenmärkten• Betrieb eines Fuhrparks

Mitbestimmung:	Betriebsrat
Organe:	<ul style="list-style-type: none"> • Gesellschafterversammlung • Aufsichtsrat <ul style="list-style-type: none"> - Arbeitnehmervertreter - Mitglieder, die die Stadt Essen bzw. die EVV entsendet - Mitglieder von REMONDIS • Geschäftsführung
Erlöse:	Leistungsentgelte für die Aufgabenwahrnehmung
Gründung:	1998
Sitz:	Essen
Betriebsstätten:	4 Recyclinghöfe, 2 Recyclingstationen

7.1.1 Interview mit dem Oberbürgermeister



Reinhard Paß,
Oberbürgermeister Stadt Essen

Fotograf: Udo Geisler

Redaktion: Herr Paß, als Oberbürgermeister der Stadt Essen und als langjähriges Aufsichtsratsmitglied der Entsorgungsbetriebe Essen GmbH (EBE) sind Sie seit langem mit Kooperationen in der Daseinsvorsorge befasst. Welche Vor- und Nachteile sehen Sie in solchen Kooperationen?

Paß: Gemischte Öffentlich-Private Kooperationen können, müssen aber nicht wirtschaftlicher sein als rein kommunale Tochterunternehmen. Die Wirtschaftlichkeit einer neuen Kooperation hängt von der bisherigen Struktur, dem Know-how und vor allem von den handelnden Personen ab. Außerdem darf eine Kommune nicht nur auf Wirtschaftlichkeit achten, Leistungsqualität und niedrige Gebühren sind für ihre Bürger mindestens ebenso wichtig. Um Struktur und Know-how einer kommunalen Tochtergesellschaft zu verbessern, müssen im Übrigen nicht unbedingt Geschäftsanteile auf Private übertragen werden. Oft ist es sinnvoller, wenn die Öffentliche Hand das Know-how einkauft und selbst Strukturen ändert.

Redaktion: Was war der Anlass für die Teilprivatisierung der EBE?

Paß: Damals versprach man sich von dem Anteilsverkauf mehr unternehmerisches Denken, aber auch Liquidität für den Haushalt. Solche Liquiditätsvorteile stehen aber für Kooperationen seit Einführung des neuen kommunalen Finanzmanagements nicht mehr im Vordergrund. Von entscheidender Bedeutung ist vielmehr der Erhalt des Vermögens.

Redaktion: Wie sind die entscheidenden Kriterien für den Erfolg der EBE? Spielt hier der private Partner die entscheidende Rolle?

Paß: Der private Partner hat sicher einiges an Know-how in das Unternehmen eingebracht. Der Erfolg hängt aber maßgeblich von den handelnden Personen, im konkreten Fall vom Geschäftsführer der EBE ab. Dies sehen Sie schon daran, dass das Unternehmen nicht zwei Geschäftsführer - einen von der privaten Seite und einen von der Stadt Essen - hat, sondern der kommunale Geschäftsführer das Unternehmen allein leitet. Weiter entscheidend ist die private Organisationsform. In einer privaten Gesellschaft können Anreizsysteme auch für die Mitarbeiter geschaffen werden, die in einem kommunalen Amt nicht möglich wären. Die Beteiligung eines privaten Unternehmens ist dafür nicht unbedingt erforderlich.

Redaktion: Haben Sie einen Tipp, wie eine gemischte Kooperation bestmöglich geführt werden sollte?

Paß: Man kann zwar kompetente Führungskräfte nicht aus dem Hut zaubern, aber man kann versuchen, die Verantwortung jeweils auf eine Person zu zentrieren, wie zum Beispiel bei der EBE auf den Geschäftsführer, Herrn Kunze. Ich bin überzeugt, dass das entscheidend ist für den Erfolg des Ge-

nership Public Private Partnership Public Private Part
lic Private Partnership Public Private Partnership P
ate Partnership Public Private Partnership Public Pr
ners
lic P
ate
ners
lic P
ate
ners
lic P
ate
ners
lic P
ate
ners

schäfts. Zwar streben beide Partner einer Koope-
ration regelmäßig je einen Geschäftsführer als
gleichberechtigtes Führungsteam an. Davon rate
ich aber entschieden ab. Vorzugswürdig sind die
Geschäftsführung in einer Hand und ein Vetorecht
für den anderen Gesellschafter.

Redaktion: Sind Sie zufrieden mit der Gesellschaftsstruktur?

Paß: Wir haben von der gemeinsamen Gesellschaft
und dem unternehmerischen Denken unseres
privaten Partners profitiert. Die Stadt Essen hat
beispielsweise deutliche Vorteile von dem kurzfris-
tigen Berichtswesen, das der Private eingeführt
hat. Auch die kurzen Entscheidungswege und die
schnellen Abstimmungsprozesse erleichtern und
verbessern die Arbeit. Allerdings kann ich nur
empfehlen, bei einer Kooperationsgesellschaft die
Steuerungsrechte der Öffentlichen Hand klar fest-
zulegen und vertraglich zu sichern.

7.1.2 Interview mit dem Projektleiter



Klaus Kunze, Geschäftsführer
Entsorgungsbetriebe Essen

Redaktion: Herr Kunze, was hat die Entsorgungsbetriebe Essen GmbH dazu bewogen, bei der Abfallentsorgung in Essen mit einem Privaten zu kooperieren?

Kunze: Hierfür gab es mehrere Gründe. Neben dem Effekt der Erzielung eines Verkaufserlöses wollten wir einerseits den Zugang zu dem Know-how eines Privaten erlangen, andererseits wollten wir Effizienzsteigerungen und Kostenoptimierungen erzielen sowie den Zugang zu Verwertungs- / Beseitigungsanlagen erschließen. Wichtig war uns dabei aber, die Gebühren stabil zu halten und keine Nachteile für Mitarbeiter akzeptieren zu müssen.

Redaktion: Wurden diese Ziele erreicht?

Kunze: Im Wesentlichen ja. Allerdings wurde schnell klar, dass wir bei der Abfallabfuhr, der Straßenreinigung und dem Winterdienst, somit in Bereichen, die bereits seit Jahrzehnten zu unseren klassischen Aufgaben gehören, sehr gut aufgestellt waren.

Rückblickend war vor allem die Umwandlung in eine GmbH eine gute Entscheidung. Unsere Entscheidungswege sind seither deutlich kürzer. Die Strukturen wurden effizienter.

Redaktion: Welche operativen Veränderungen hat der Betrieb durch die Kooperation mit einem Privaten erfahren?

Kunze: Wir haben gemeinsam Arbeitsabläufe optimiert, was in einigen Bereichen auch zu freien Personalkapazitäten geführt hat, die wir zum Teil sozialverträglich abgebaut haben bzw. in neuen Geschäftsfeldern einsetzen konnten.

Redaktion: Sind die ehemals städtischen Mitarbeiter mit der Kooperation zufrieden?

Kunze: Ja. Wir haben keine betrieblichen Kündigungen aussprechen müssen und bei dem Zusammenschluss mit dem Privaten vernünftige Lösungen für die Mitarbeiter gefunden.

Redaktion: Herr Kunze, was sind zusammengefasst die wesentlichen Vorteile einer Kooperation in der Daseinsvorsorge?

Kunze: Skaleneffekte, gegenseitiger Wissenstransfer und damit verbundene Synergien.

Das Projekt im Einzelnen:

7.1.3 Ausgangslage und Ziele der Teilprivatisierung

Die Entsorgungsbetriebe Essen GmbH (EBE) wurde im Jahr 1998 als eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Stadt Essen bzw. der zu 100 % von der Stadt Essen gehaltenen und im Jahr 1998 gegründeten Essener Versorgungs- und Verkehrsgesellschaft mbH (EVV) gegründet. Das Kerngeschäft der EBE besteht in der Sammlung und dem Transport sowie der Verwertung und der Beseitigung von Wertstoffen und Abfällen aller Art. Darüber hinaus betreibt die EBE Anlagen zur Behandlung, Sortierung, Verarbeitung und Verwertung der von ihr gesammelten Abfälle.

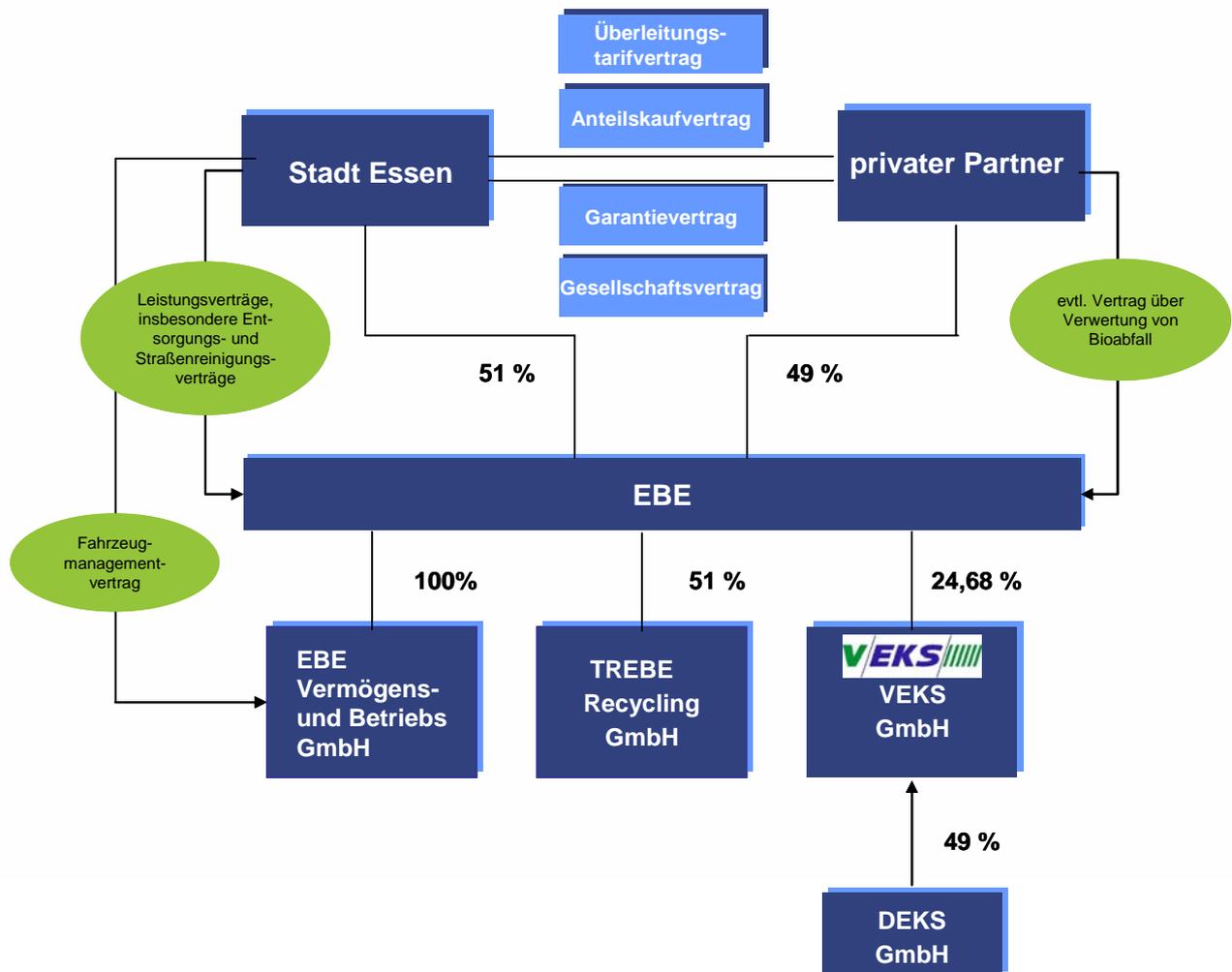
Vor der Veräußerung des Gesellschaftsanteils der EBE an einen privaten Partner stellte sich die Situation der EBE wie folgt dar:



Ziel der Teilprivatisierung der EBE im Jahr 1999 war es, die wirtschaftlichste Lösung für die Erfüllung der Aufgaben der EBE zu finden. Die vertraglichen und gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse im Abfallbereich sollten neu geordnet werden und ein privater Partner in die Aufgabenerfüllung miteinbezogen werden.

Das Neuordnungsmodell der Stadt Essen sah dabei nicht nur vor, dass ein 49%-iger Gesellschaftsanteil der EBE an einen privaten Partner veräußert wird. Zugleich sollten in die Teilprivatisierung der EBE auch die Beteiligungsgesellschaften TREBE Recycling GmbH (TREBE) und Verwertung und Entsorgung Karnap-Städte Holding GmbH (VEKS) sowie die EBE Vermögens- und Betriebs GmbH (EBE VB) einbezogen werden. Ferner sollten hierdurch die vertraglichen Verhältnisse im Abfallbereich grundlegend neu geordnet werden. Darüber hinaus bestand die Option, die Verwertung der kompostierbaren Abfälle auf den zukünftigen privaten Partner der EBE zu übertragen.

Das von der Stadt angestrebte Neuordnungsmodell stellte sich wie folgt dar:



Neben der vertraglichen und gesellschaftlichen Umstrukturierung verfolgte die Stadt Essen mit der Teilprivatisierung auch die nachfolgenden Ziele:

- Vorteile für den allgemeinen Haushalt:

Eines der wesentlichen Ziele der Teilprivatisierung war es, einen Beitrag zur Sanierung des städtischen Haushaltes zu leisten. Für den 49%-igen Gesellschaftsanteil wurde daher ein Mindestkaufpreis von 65 Mio. DM festgelegt. Für den Fall, dass kein Angebot

diesen Mindestpreis erreichte, behielt sich die Stadt Essen vor, den Gesellschaftsanteil nicht zu verkaufen.

- Gebühren- und Entgeltstabilität:

Die Gebühren durften aus privatisierungsbedingten Gründen keinesfalls steigen. Diese zwingende Vorgabe galt für alle Angebote für den Gesellschaftsanteil. Ferner musste auf der Grundlage der vorgegebenen Leistungsverträge und ihrer entsprechend anzupassenden Entgeltregelungen ein stabiler Entgeltverlauf erreicht werden.

- Sicherheit der Arbeitsplätze:

Weiteres Ziel war die Sicherheit der Arbeitsplätze auf der Grundlage des bestehenden Überleitungstarifvertrages, der im Vergabeverfahren vorgegeben wurde, und vom privaten Partner garantiert werden musste. Die Teilprivatisierung musste so ausgestaltet werden, dass sämtliche Mitarbeiter der EBE keine Nachteile erlitten. Dies galt nicht nur für deren Vergütung, sondern auch für die Altersversorgung, die Mitbestimmung und den Kündigungsschutz.

- Weisungs- und Kontrollrechte:

Schließlich musste der Stadt Essen die gesellschaftsrechtlich stärkere Position der Mehrheitsgesellschafterin eingeräumt werden. Bei ihr verblieben auch ihre öffentlich-rechtlichen Befugnisse, insbesondere die Gebühren- und Satzungshoheit sowie die Zuständigkeit für das Abfallwirtschaftskonzept. Darüber hinaus war der Stadt Essen eine besondere Überwachungs- und Kontrollposition einzuräumen. Sie sollte den privaten Partner jederzeit überwachen können und bei Vertragsverletzungen durch diesen entsprechende Maßnahmen ergreifen dürfen.

7.1.4 Gesellschaftsmodell und Aufgaben



Die EBE ist eine klassische 51/49 GmbH. Die Gesellschaftsanteile werden von der Stadt Essen zu 51% und der privaten REMONDIS zu 49% gehalten.

Seit ihrer Gründung ist die EBE von der Stadt Essen in erster Linie mit den nachfolgenden Aufgaben befasst:

- Akquisition, Sammlung und Transport, Verwertung und Beseitigung von Wertstoffen und Abfällen aller Art,
- Erfassung und Transport von Verkaufsverpackungen, Altglas und Altpapier/Kartonage im Sinne der Verpackungsverordnung,
- Erfassung und Transport von Grünabfällen insbesondere aus privaten Haushalten, Gewerbebetrieben und von Friedhöfen,
- Betrieb von Anlagen zur Behandlung, Sortierung, Verarbeitung und Verwertung von Abfällen (insbesondere Kompostierungsanlagen),
- Straßenreinigung und Winterdienst sowie Sonderreinigungen.

7.1.5 Arbeitnehmer

Auch für die Mitarbeiter der EBE konnte eine ausgewogene und interessengerechte Lösung durch einen Überleitungsvertrag gefunden werden.

Der bereits im Vorfeld des Vergabeverfahrens zwischen der Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr (ÖTV - heute ver.di)

und der EBE und der Stadt Essen ausgehandelte Überleitungstarifvertrag sieht insbesondere folgende Kernregelungen zugunsten der Mitarbeiter vor:

- Mitgliedschaft der Entsorgungsbetriebe Essen GmbH im kommunalen Arbeitgeberverband Nordrhein-Westfalen und damit Anwendbarkeit des TVöD,
- Mitgliedschaft der Entsorgungsbetriebe Essen GmbH in der Zusatzversorgungskasse der Stadt Essen,
- Verpflichtung zur Anwendung der bislang bestehenden Dienst-, Betriebs- und sonstigen Vereinbarungen sowie die Verpflichtung, diese unverändert dem neuen Betriebsrat zum Abschluss anzubieten,
- Weitergewährung der bisherigen freiwilligen Sozialleistungen,
- Ausschluss betriebsbedingter Beendigungskündigungen,
- Verpflichtung, den bisherige Lohn bzw. die bisherige Vergütung den Beschäftigten weiter zu bezahlen,
- Verpflichtung zum Beitritt der Vereinbarung zum internen Stellenmarkt der Stadt Essen und ihrer Gesellschaften und Beteiligungen,
- Verpflichtung zur Gewährleistung der bisherigen Bedingungen für den vorgezogenen Ruhestand,
- Weiterbezahlung des Zuschusses zu den vermögenswirksamen Leistungen,
- Rückkehroption im Insolvenzfall.

7.2 Hafen: Hafen Krefeld GmbH & Co. KG



Steckbrief:

Firma:	Hafen Krefeld GmbH & Co. KG
Gesellschafter:	<ul style="list-style-type: none">• Stadt Krefeld, 51 %• Neuss-Düsseldorfer Häfen GmbH & Co. KG, 49 %
Mitarbeiter:	39 Angestellte
Gewinnverteilung:	nach Geschäftsanteilen, aber abweichende Verlusttragungspflichten und Garantien
Aufgaben:	Hafendienstleistungen, Bereitstellung Hafeninfra- und -suprastrukturen, Grundstücksvermarktung, Hilfsdienste für Hafenordnungsbehörde
Mitbestimmung:	Betriebsrat
Organe:	<ul style="list-style-type: none">• Gesellschafterversammlung• Aufsichtsrat<ul style="list-style-type: none">- 4 Mitglieder, die Krefeld entsendet

- 4 Mitglieder, die NDH entsendet
- 2 beratende Mitglieder aus dem Betriebsrat
- Geschäftsführung
 - 1 hauptamtlicher Geschäftsführer (Vorschlag Stadt Krefeld)
 - 1 hauptamtlicher Geschäftsführer (Vorschlag NDH)

Erlöse:	Hafenentgelte, Pacht für Grundstücke, Leistungsentgelte
Gründung:	2007
Sitz:	Krefeld

7.2.1 Interview mit dem Projektleiter



Manfred Abrahams,
früher Stadtkämmerer und Hafendezernent
der Stadt Krefeld, heute Stadtdirektor und
Kämmerer der Stadt Düsseldorf

Redaktion: Herr Abrahams, welche Ziele hat die Stadt Krefeld mit der Umstrukturierung des Krefelder Hafens verfolgt?

Abrahams: Oberstes Ziel unseres Projekts war es, die Hafen- und Bahnbetriebe in der Stadt Krefeld zukunftsfähig zu machen und langfristig aus dem defizitären Bereich herauszuführen. Neben wirtschaftlichen Zielen des Unternehmens sowie Standort- und Wirtschaftsförderung spielte auch

die Arbeitsplatzsicherung eine große Rolle. Die Arbeitnehmerrechte sollten im Wege der Kooperation mit einem privaten Partner in jedem Fall gewahrt werden. Wichtig waren ferner die Weisungs- und Kontrollrechte für die Stadt Krefeld. Der private Partner musste zudem diverse Risiken übernehmen und Sicherheiten für die Stadt Krefeld stellen.

Redaktion: Warum wurde der private Partner in einem Wettbewerb ermittelt?

Abrahams: Wir wollten zunächst eine Marktübersicht erhalten und selbstverständlich die insgesamt beste Lösung für die Stadt finden. Durch den Wettbewerb hat das Projekt eine positive Eigendynamik entwickelt. Dadurch kamen wir an zusätzliche Ideen für das Projekt und an deutlich bessere finanzielle Ergebnisse. Rechtlich waren wir auch verpflichtet, die Leistungen im Wettbewerb auszuschreiben. Aber selbst wenn dies nicht der Fall gewesen wäre, hätten wir uns für einen Wettbewerb entschieden.

Redaktion: Wurden Ihre Erwartungen an die gemeinsame Gesellschaft mit dem Privaten erfüllt, enttäuscht oder sogar übertroffen?

Abrahams: Definitiv übertroffen. Der Hafen wird jetzt viel stärker als kompetenter Partner wahrgenommen. Die Verluste sind dank der Ideen der Neuss-Düsseldorfer Häfen GmbH & Co. KG zwischenzeitlich bereits halbiert, trotz der Wirtschaftskrise. Wir als Stadt haben nur die Ziele vorgegeben, an deren Erreichung sich die Bieter messen lassen mussten. Die Ansätze und Impulse, wie diese Ziele erreicht werden, haben wir ihnen überlassen. So ist es in kürzester Zeit gelungen, das brachliegende Container-Terminal zu reaktivieren und den Eisenbahnverkehr durch die Generierung neuer Verbindungen quer durch Europa zu stärken. Alle weiteren Erwartungen an die gemeinsame Gesellschaft werden zu unserer vollsten Zufriedenheit und auch zur Zufriedenheit der Arbeitnehmer erfüllt.

Das Projekt Hafen Krefeld sollte kein Einzelgänger bleiben. Die Kooperation mit Privaten ist nicht nur im Bereich von Häfen, sondern auch in vielen anderen Bereichen, bei denen die Öffentliche Hand als Dienstleister auftritt, zu empfehlen. Es ist erstaunlich, dass nicht bereits viel mehr Kommunen das Know-how und die wirtschaftliche Effizienz eines privaten Partners nutzen.

Das Projekt im Einzelnen:

Die Hafen Krefeld GmbH & Co. KG wurde 2007 gegründet und übernahm die Geschäfte des bisherigen Eigenbetriebs „Hafen- und Bahnbetriebe der Stadt Krefeld“. Das Projekt wurde von der PPP-Task Force des Landes Nordrhein-Westfalen als erstes Pilotprojekt im Hafensbereich ausgewählt und unterstützt. Bereits im ersten Jahr ihres Bestehens konnte die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft Erfolge bei der Weiterentwicklung des Hafengeschäfts und der Grundstücksvermarktung verzeichnen.

7.2.2 Ausgangslage

Der 1906 gegründete Krefelder Rheinhafen wurde bis 2007 als städtischer Eigenbetrieb geführt. Der Eigenbetrieb war Eigentümer der Hafen- und Bahninfrastruktur sowie von Lokomotiven, Anhängern und Umschlagseinrichtungen wie Kränen. Städtisches Personal war für den Hafen- und Bahnbetrieb verantwortlich. Kontrolliert wurde der Eigenbetrieb vom Hafenausschuss des Krefelder Stadtrates.

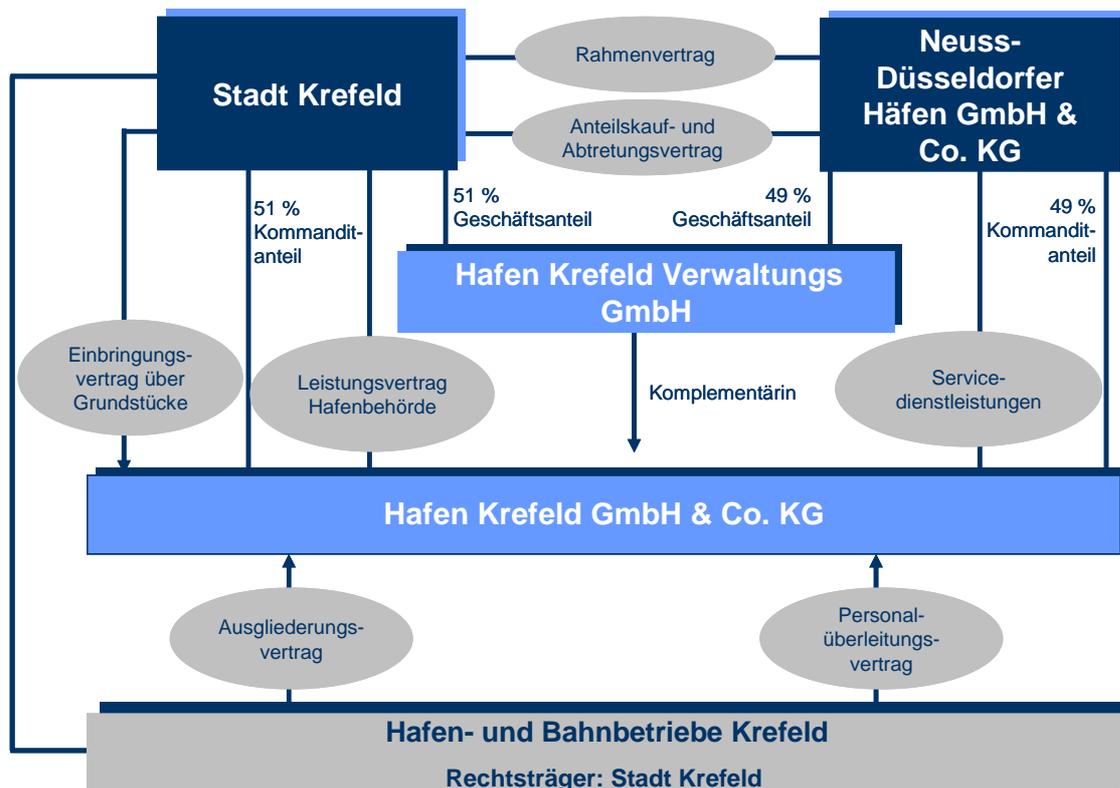
In den letzten Jahren vor der Teilprivatisierung und Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft hatte der Hafen- und Bahnbetrieb jährlich Verluste von knapp €1 Mio. erwirtschaftet, die die Stadt Krefeld ausgleichen musste. Anders als seine Konkurrenten Duisburg, Neuss-Düsseldorf oder Köln konnte der Krefelder Hafen von dem Boom in der Logistikbranche nicht profitieren. Im Jahr 2004 stellte ein wirtschaftliches Gutachten zur Hafenentwicklung in Nordrhein-Westfalen fest, dass auch der Krefelder Rheinhafen gute Aussichten habe, von dem Wachstum in der Logistikbranche zu profitieren. Das

Gutachten empfahl allerdings, den Hafen konzeptionell neu auszurichten und mit einem strategischen Partner zu führen.

Strukturell hatten die Hafen- und Bahnbetriebe der Stadt Krefeld das Problem, nicht auf alle hafennahen Grundstücke zugreifen zu können. Diese Grundstücke, die einen wesentlichen Geschäftsbereich im Hafengeschäft darstellen, gehörten der Stadt Krefeld und waren nicht dem Vermögen des Eigenbetriebs zugeordnet. Daher fehlte es an einer einheitlichen Vermarktungsstrategie, die insbesondere eine Ansiedlung hafenauffiner Unternehmen mit hohem Transportumschlag ermöglicht.

7.2.3 Gesellschaftsmodell

Dem Gesellschaftsmodell liegt der Wunsch der Stadt Krefeld zugrunde, eine Partnerschaft auf gleicher Augenhöhe einzugehen. Daher wurde eine 51/49 %-Lösung gewählt, wobei beiden Partnern im Aufsichtsrat ein Vetorecht zusteht und in der Gesellschafterversammlung Beschlüsse einstimmig gefasst werden müssen.



In der Geschäftsführung ist hingegen vorgesehen, dass bei Uneinigkeit zwischen den Geschäftsführern dem von dem privaten Partner vorgeschlagenen Geschäftsführer das Letztentscheidungsrecht zusteht.

Anders als bei gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften, die für die Gemeinde selbst entgeltliche Leistungen, wie etwa die Müllabfuhr oder die Betriebsführung von Abwasseranlagen übernehmen, spielen Leistungsverträge in der gemischtwirtschaftlichen Hafen Krefeld GmbH & Co. KG nur eine sehr untergeordnete Rolle. Entscheidend sind die Infrastrukturleistungen für Dritte.

Um Synergien im Verwaltungsbereich zwischen der Hafen Krefeld GmbH & Co. KG und der Neuss-Düsseldorfer Häfen GmbH & Co. KG zu erzielen, beauftragte die Hafen Krefeld KG die Neuss-Düsseldorfer Gesellschaft allerdings mit einigen Servicedienstleistungen. Hierzu gehören insbesondere:

- Kaufmännische Leistungen,
- Juristische Beratung,
- Personalservicedienstleistungen,
- Leistungen im Bereich Arbeits- und Gesundheitsschutz,
- Leistungen im Bereich Umweltschutz und Gefahrenabwehr,
- Kommunikationsdienstleistungen,
- Immobilienverwaltung.

Aufgaben, die der kleine Krefelder Eigenbetrieb zuvor selbst wahrnehmen musste, werden nun beim strategischen Partner in Neuss gebündelt. Für diese Leistungen bezahlt die Hafen Krefeld GmbH & Co. KG marktübliche Entgelte. Zudem beauftragte die Stadt Krefeld die Hafen Krefeld GmbH & Co. KG mit Dienstleistungen für behördliche Aufgaben im Hafensbereich. Bislang waren die Hafens- und Bahnbetriebe Sonder-

ordnungsbehörde für das Hafengebiet auf Grundlage des Landeswassergesetzes NRW und der Allgemeinen Hafenverordnung NRW. Da diese hoheitlichen Aufgaben weiterhin von der Stadt Krefeld wahrgenommen werden müssen, ihr aber die besondere Ortsnähe dafür fehlt, muss die Hafen Krefeld GmbH & Co. KG bestimmte ortsnahe Dienstleistungen für die Stadt Krefeld in diesem Bereich erbringen. Hierfür erhält sie ebenfalls ein marktgerechtes Entgelt.

7.2.4 Arbeitnehmer



Gustav Backes, Arbeitnehmervertretung
Hafen Krefeld GmbH & Co. KG

Redaktion: Herr Backes, im Jahr 2007 wurde die Hafen Krefeld GmbH & Co. KG gegründet. Sie haben den Prozess der Kooperation als ehemaliges Personalratsmitglied des städtischen Eigenbetriebes Hafen- und Bahnbetriebe der Stadt Krefeld und jetzt im Betriebsrat der neuen Gesellschaft live mitbestimmt. Haben sich für die Arbeitnehmer Veränderungen durch die Kooperation mit einem privaten Partner ergeben?

Backes: Im Grunde hat sich nichts geändert. Der Betrieb läuft weiter wie zuvor. An den Arbeitszeiten hat

sich kaum etwas geändert. Die Tarifbestimmungen und die Abrechnung wurden beibehalten. Höhergruppierungen sind jetzt aber leichter durchzusetzen als zuvor mit der Stadtverwaltung.

Redaktion: Die Kooperation fand also Zustimmung bei den Personal- und Betriebsräten?

Backes: Zu Beginn war schon viel Überzeugungskraft erforderlich. Da spielte es keine Rolle, ob sich für die Arbeitnehmer tatsächlich wenig ändern würde. Die typischen Ängste waren zunächst einmal da. Vorteil bei dieser Kooperation war aber, dass wir die Neuss-Düsseldorfer Häfen bereits kannten. Der Betriebsleiter war bereits seit längerer Zeit vor Ort. Da auch die Überleitungsverträge in Ordnung waren, haben wir uns letzten Endes kollektiv für den Übergang entschieden.

Redaktion: Hat sich der Betriebsrat bei der Kooperation beraten lassen?

Backes: Ja, wir haben die Verträge auf Kosten der Stadt prüfen lassen und uns bei der Entscheidung für und wider eine Kooperation externen Rat eingeholt. Das ist nur zu empfehlen. Es gab den Arbeitnehmern Sicherheit. So konnten die Ängste

vor einer Kooperation sicherlich deutlich schneller eingefangen werden.

Redaktion: Würden Sie sich heute noch einmal für eine Kooperation entscheiden? Oder würden Sie gar eine Vollprivatisierung bevorzugen?

Backes: Bei dem Hafen Krefeld würde ich mich noch einmal für eine Kooperation entscheiden. Sie ist eine super Sache. Die Belegschaft ist zufrieden. Wir können einen Aufwärtstrend verbuchen. Die Arbeitsplätze sind sicher. Das mag aber von Fall zu Fall anders sein. Ich könnte eine Kooperation nicht pauschal empfehlen. Jedenfalls ist sie aber im Vergleich zu einer Vollprivatisierung zu bevorzugen. Bei einer Kooperation gibt es viel mehr Balance zwischen den Partnern als bei einer Vollprivatisierung, wo nur einer das Wort hat.

Eine ausgewogene und interessengerechte Lösung wurde für die bisherigen Mitarbeiter der Hafen- und Bahnbetriebe gefunden.

Die Sorgen der Mitarbeiter um ihren sicheren Arbeitsplatz konnten im Fall des Krefelder Hafens durch einen sehr ausgewogenen Personalüberleitungsvertrag aufgefangen werden. Die Folgen des Betriebsübergangs nach § 613a BGB durch die Übertragung des Vermögens

der Hafen- und Bahnbetriebe auf die neu gegründete Hafen Krefeld GmbH & Co. KG wurden dadurch zusätzlich abgemildert.

Der mit dem Personalrat der Stadt Krefeld ausgehandelte Personalüberleitungsvertrag sieht insbesondere folgende Regelungen zugunsten der Mitarbeiter vor:

- Mitgliedschaft der Hafen Krefeld GmbH & Co. KG im kommunalen Arbeitgeberverband und damit Anwendbarkeit des TVöD,
- Aufrechterhaltung der bislang bestehenden Dienstvereinbarungen,
- Mitgliedschaft der Hafen Krefeld GmbH & Co. KG bei der Rheinischen Zusatzversorgungskasse,
- Weiterbezahlung des Zuschusses zu den Vermögenswirksamen Leistungen,
- Ausschluss betriebsbedingter Beendigungskündigungen bis zum 31.12.2017,
- Berücksichtigung bei internen und externen Stellenausschreibungen der Stadt Krefeld und der Neuss-Düsseldorfer Häfen GmbH & Co. KG und
- Rückkehroption im Insolvenzfall.

Beim Aushandeln des Personalüberleitungsvertrages wurde der Personalrat der Stadt Krefeld durch einen von der Stadt Krefeld bezahlten externen Rechtsberater unterstützt. Im Ergebnis wechselten alle Mitarbeiter freiwillig vom Eigenbetrieb zu der neu gegründeten Hafen Krefeld GmbH & Co. KG. Kein Mitarbeiter widersprach dem Betriebsübergang. Maßgeblich waren hierfür zwei Aspekte: Zum Einen der ausgewogene Personalüberleitungsvertrag, der den Arbeitnehmern weitgehende Rechte sicherte, und zum Anderen die durch den strategischen Partner ausgelöste Aufbruchstimmung, den Hafenbetrieb mit neuen Konzepten und zahlreichen Investitionsmaßnahmen wieder konkur-

renzfähig und profitabel zu machen. Die Geschäftsführung berichtet von einem Motivationsschub, der durch die Gründung der gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaft bei den Beschäftigten ausgelöst wurde.

7.2.5 Verfahren

Für die Auswahl des strategischen Partners gab die Stadt Krefeld ein vergaberechtliches Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem europaweitem Teilnahmewettbewerb bekannt. Ein transparentes und diskriminierungsfreies Wettbewerbsverfahren ohne Vergaberecht wäre zur Umsetzung des Zielmodells nicht zulässig gewesen. Denn zum einen strebte die Stadt Krefeld zur Hebung von Synergien an, Leistungsverträge abzuschließen, die die Beteiligung eines strategischen Partners zu einem ausschreibungspflichtigen Vorgang machten. Zum anderen sollten städtische Grundstücke der KG übertragen werden. Im Hinblick auf die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zu Grundstückverkäufen der Öffentlichen Hand handelte es sich auch insoweit um einen vergabepflichtigen Vorgang.

Das Verfahren begann offen und wurde sodann in mehreren Stufen (Teilnahmewettbewerb, indikative Angebote, Verhandlungen mit den Bietern, letztverbindliche Angebote) bis zur Auswahl des bevorzugten Bieters konkretisiert.

Die abzuschließenden Verträge wurden anhand der Konzepte der Bieter für die Neuausrichtung des Geschäftsbetriebes und die Vorschläge zur Ausgestaltung der Partnerschaft verhandelt und einheitlich für alle Bieter in dem Verfahren vorgegeben.

Die Politik - also der Hafenausschuss und der Rat der Stadt Krefeld - wurden über den Fortschritt der Verhandlungen laufend informiert. An den Verhandlungen selbst wurden sie allerdings aus Geheimhaltungs-

gründen nicht beteiligt. Die politische Steuerung des Projektes war über konkrete Ziele für die Ausgestaltung des Projektes durch die Politik vorgegeben. Insbesondere hatte die Politik folgende Ziele im Verfahren mit auf den Weg gegeben, die vollständig erreicht werden konnten:

- Ermittlung der wirtschaftlich insgesamt besten Lösung,
- Weiterentwicklung des Hafens, so dass er als Wirtschaftsfaktor in der Stadt und als Standort für Unternehmensansiedlung gut positioniert ist,
- Profitable Entwicklung der neu zu gründenden Gesellschaft,
- Erhaltung des Eisenbahn- und des Hafenbetriebs als Einheit,
- Betrieb mindestens eines Containerterminals,
- Steigerung der Auslastung der vorhandenen Kapazitäten im Eisenbahnbereich und Akquisition von Neuverkehren,
- Verstärkte Leistungserbringung mit hafeneigenen, zum Teil neuen Krananlagen,
- Entwicklung, Errichtung und Betrieb zukunftsweisender Infrastrukturen,
- Keine Nachteile für die Beschäftigten,
- Einstandspflicht des privaten Partners für Zusagen im Wettbewerb.

Schlussendlich mussten die Bieter zum Ende des Verfahrens neben den Konzepten zur Weiterentwicklung des Krefelder Rheinhafens anbieten:

- Kaufpreis für 49 % der Geschäftsanteile,
- Wirtschaftsplan, der die zukünftigen Erträge der Gesellschaft auswies,
- Garantien für die Einhaltung des Wirtschaftsplans (Erfolgszusagen, Verlustübernahme und Insolvenzabwendungspflichten),

- Konzepte zur Entwicklung des Wirtschaftsstandortes.

Auf Grundlage der angebotenen Leistungen wurde sodann nach konkretisierten Wertungskriterien das insgesamt wirtschaftlichste Angebot ermittelt. Insofern wurden die Vergabekriterien - wie im Verhandlungsverfahren zulässig - für die Aufforderung zur Abgabe der letztverbindlichen Angebote konkretisiert und an die Verfahrenssituation angepasst. Belastbare Aussagen - wie etwa der vertragliche vereinbarte Kaufpreis oder die Höhe von Garantieübernahmen der Bieter - wurden dabei höher bewertet als vage Erfolgsaussichten - wie etwa lediglich prognostizierte Gewinne nach den angebotenen Wirtschaftsplänen. Für den Aspekt der Wirtschaftsförderung wurde ein eigenes Wertungskriterium gebildet.

Wie in komplexen Vergabeverfahren zu erwarten, griff der unterlegene Bieter die Vergabeentscheidung der Stadt Krefeld an. Der Nachprüfungsantrag, der sich im Wesentlichen gegen die Wertung von Nebenangeboten und die nachträgliche Konkretisierung der Wertungskriterien richtete, wurde letztinstanzlich vom OLG Düsseldorf zurückgewiesen. In der mündlichen Verhandlung bestätigte das Oberlandesgericht der Stadt Krefeld, ein „vorbildliches Verfahren“ durchgeführt zu haben.

7.2.6 Besonderheiten

Das als Pilotprojekt geförderte Projekt wies im Wesentlichen zwei herausragende Besonderheiten auf. Zum einen handelt es sich um das erste ÖPP-Modell für Hafen- und Bahninfrastruktur, die zukünftig mit einem privaten Partner betrieben werden. Zum anderen wurden erstmals Wirtschaftsförderungsaspekte als qualitative Wertungskriterien in ein Vergabeverfahren eingeführt. So waren nicht allein die nackten Zahlen, wie etwa Kaufpreis, Gewinnaussichten und die Höhe der an-

gebotenen Garantien ausschlaggebend, sondern auch die zukünftige konzeptionelle Ausrichtung des Hafens. Die Neuss-Düsseldorfer Häfen GmbH & Co. KG hat sich im Wettbewerb als obsiegender Bieter durchgesetzt. Sie bot insbesondere konkrete Investitionsprojekte an, die teilweise bereits umgesetzt sind. ThyssenKrupp konnte z.B. mit einem neuen Stahl Service Center im Hafen angesiedelt werden. Ferner wurde auf der Hafenspitze im letzten Jahr ein neuer Containerterminal in Betrieb genommen. Zusätzlich sind weitere Investitionen in die Schieneninfrastruktur und zum Ausbau der Anlegeflächen im Hafen vorgesehen.

7.3 Abfall: Gesellschaft für Abfallentsorgung Lippe mbH

Steckbrief:

Firma:	Gesellschaft für Abfallentsorgung Lippe mbH („GAL“)
Gesellschafter:	<ul style="list-style-type: none">• Kommunale Gebietskörperschaften (Gemeinden, Städte, Kreis Lippe), 51 %• Müllverbrennungsanlage Bielefeld-Herford GmbH und Tönsmeier Entsorgung GmbH & Co. KG, 49 %
Mitarbeiter:	27
Gewinnverteilung:	nach Geschäftsanteilen (51 % / 49 %)
Aufgaben:	<ul style="list-style-type: none">• Sammlung und Transport von Restmüll, Bioabfällen und Altpapier• Schadstoffsammlung• Thermische Behandlung• Bioabfallbehandlung
Organe:	<ul style="list-style-type: none">• Gesellschafterversammlung• Aufsichtsrat<ul style="list-style-type: none">- 6 Mitglieder, die die Kommunen entsenden,- 5 Mitglieder, die der private Partner entsendet• Geschäftsführung<ul style="list-style-type: none">- 1 Geschäftsführer (Vorschlag privater Partner)- 1 Geschäftsführer (Vorschlag Kommunen)
Erlöse:	Leistungsentgelte
Gründung:	2004
Sitz:	Alte Hansestadt Lemgo
Betriebsstätten:	1 Kompostwerk (einschl. Photovoltaikanlage, Blockheizkraftwerk und vertragliche Regelungen zur Nutzung weiterer Abfallbehandlungsanlagen)



Friedel Heuwinkel,
Landrat Kreis Lippe

Redaktion: Herr Heuwinkel, Sie sind bereits sehr erfahren mit Kooperationen in der Daseinsvorsorge. Die Gesellschaft für Abfallentsorgung Lippe mbH (GAL) ist nicht das einzige von Ihnen angetriebene Projekt. Der Kreis Lippe führt auch Kooperationen bei Krankenhäusern und Straßen. Wann sind Kooperationen mit einem Privaten der richtige Weg?

Heuwinkel: Kooperationen mit einem privaten Partner in Form einer gemeinsamen Gesellschaft eignen sich fast in allen Bereichen der Öffentlichen Hand, in denen es um betriebliche Leistungen mit Personaltransfer geht. Bei unserem Straßenprojekt, bei dem der Bau und die Erhaltung der Straßen auf einen Privaten übertragen wurden, haben wir hingegen ganz bewusst auf eine gemeinsame Gesellschaft mit dem Privaten verzichtet. Dort hätte eine Kooperation nur Sinn gemacht, wenn auch unser Betriebshof mit eingebunden worden wäre. Diese Leistungen soll-

ten aber gerade bei uns verbleiben. Eine Kooperation hätte eher zu Schwierigkeiten bei den Aufgabenzuweisungen und mit den Angestellten geführt.

Redaktion: Gab es denn bei der GAL Schwierigkeiten mit den Mitarbeitern bzw. mit den beteiligten Personal- und Betriebsräten?

Heuwinkel: Anfangs wurden allseits Bedenken laut. Man fühlte sich mit etwas Unbekanntem, etwas Bedrohlichem konfrontiert. Durch unseren Personalüberleitungsvertrag, den Kündigungsschutz und die Rückkehrrechte der Mitarbeiter, konnten wir die Bedenken aber schnell beseitigen. Inzwischen sind alle Mitarbeiter und auch der Personalrat zufrieden. Entscheidend ist, die Interessen der Mitarbeiter anzuerkennen und ihre Rechte zu schützen. Dies ist uns bei der GAL offenbar gut gelungen.

Redaktion: Welchen Tipp können Sie Kommunen und Kreisen geben, um eine sinnvolle Kooperation zu gestalten?

Heuwinkel: Ganz wichtig ist es, die Steuerungsfunktion der Öffentlichen Hand zu erhalten. Leistungen können und sollen zwar an den Privaten abgegeben werden. Die Öffentliche Hand muss aber die

Kontrolle bewahren. Das ist nicht nur aus politischen Gründen sinnvoll und notwendig, sondern die Kommune ist ihren Bürgern gegenüber zu Qualität und Effizienz in der Daseinsvorsorge verpflichtet. Dazu muss sie nicht alles operativ selbst machen, aber immer funktional steuern.

Über allem muss der Gedanke „gemeinsam wirtschaftlich handeln“ stehen, sonst erhält die Kooperation keine Daseinsberechtigung. Dafür kann ich nur empfehlen, den optimalen Zuschnitt der Aufgabe nicht schon vorzugeben, sondern erst in dem Projekt, d.h. in dem Wettbewerb, zu ermitteln und zu finden. Auf diese Weise können die Privaten zusätzliche innovative Ideen kreieren, Qualitäten steigern und Effizienzvorteile und -gewinne aufzeigen, von denen vorher oftmals nicht einmal geträumt wird. In unserem Abfallprojekt sind sowohl während des Bieterverfahrens als auch im Anschluss aus dem Projekt heraus Innovationen entstanden, die wir nicht gefordert haben.

Das Projekt im Einzelnen:

7.3.1 Neuordnung der Abfallwirtschaft und Verfahren

Die Gründung der Gesellschaft für Abfallentsorgung Lippe mbH und die Aufnahme eines privaten Partners waren die letzten Schritte einer grundlegenden Neuordnung und -strukturierung der Abfallwirtschaft im Kreis Lippe.

Vor dieser Neuordnung im Jahr 2002 nahm jede Stadt und jede Gemeinde für ihr Gebiet die Aufgabe der Abfallsammlung und -verwertung selbst wahr.

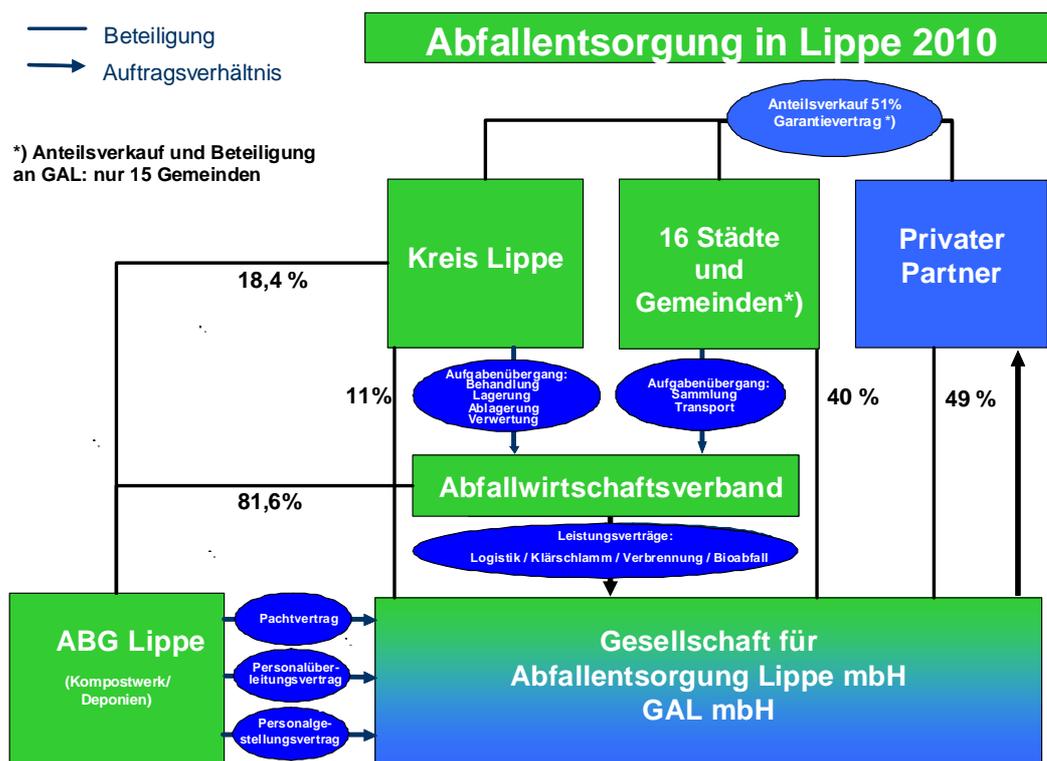
Bereits in einer kommunalen Neugliederung in den siebziger Jahren, aus der der Kreis Lippe hervorging, wurde die Abfallbeseitigung in den Gemeinden und Städten besser geregelt. Auf diese kommunale Neugliederung folgte im Jahr 2002 sodann die grundlegende Neuordnung der Abfallwirtschaft im Kreis Lippe. Ziel dieser Neuordnung war es, die wirtschaftlichste Lösung für die Aufgabe der Abfallentsorgung und -verwertung zu finden und umzusetzen. Die zuvor im Abfallbereich bestehende hoch komplizierte und extrem dezentralisierte Aufgabenerfüllungsstruktur sollte endlich der Vergangenheit angehören.

Um dieses Projekt zu realisieren, gründeten der Kreis Lippe und die kreisangehörigen Städte und Gemeinden in einem ersten Schritt den Zweckverband „Abfallwirtschaftsverband Lippe“. Dem Zweckverband „Abfallwirtschaftsverband Lippe“ wurden die Entsorgungsaufgaben der Städte, Gemeinden und des Kreises Lippe übertragen. Die Bündelung der Aufgaben im Zweckverband stellte die Grundlage für eine organisatorisch optimierte und wirtschaftlichere Aufgabendurchführung im Abfallbereich dar.

Nach der Gründung des Zweckverbands „Abfallwirtschaftsverband Lippe“ und dessen Beauftragung mit der Aufgabe der Abfallentsorgung,

gründeten der Kreis Lippe und die fünfzehn kreisangehörigen Städte und Gemeinden in einem zweiten Schritt eine 100 %-ige Tochtergesellschaft in der Rechtsform einer GmbH. Dieser wurde zum 01.07.2004 vom „Abfallwirtschaftsverband Lippe“ die Aufgabe der Sammlung und des Transports von Abfall im Kreis Lippe und den kreisangehörigen Städten und Gemeinden sowie der Betrieb und die Behandlung der überlassungspflichtigen Bioabfälle in einem Kompostwerk übertragen.

In einem letzten rechtlich separaten, aber im Zusammenhang mit der Gründung der Tochtergesellschaft stehenden Schritt, schrieben der Kreis Lippe und die fünfzehn Städte und Gemeinden einen 49%-igen Gesellschaftsanteil an der Gesellschaft für Abfallentsorgung Lippe mbH zum Erwerb durch einen privaten Partner sowie die Leistungen der Abfallentsorgung aus. Die Ausschreibung erfolgte in einem europaweiten Vergabeverfahren, in dem schließlich die Bietergemeinschaft bestehend aus der Müllverbrennungsanlage Bielefeld-Herford GmbH und der Tönsmeier Entsorgung GmbH & Co. KG den Zuschlag erhielt.



7.3.2 Ziele der Neuordnung

Grundlegendes Ziel der Neuordnung war die Realisierung der wirtschaftlichsten Lösung für die Aufgaben der Abfallentsorgung und -beseitigung.

Im Einzelnen verfolgten der Kreis und die kreisangehörigen Städte und Gemeinden die nachfolgenden Ziele:

- **Gebührenstabilität:**

Die Einbindung eines Privaten in die Abfallentsorgung durfte nicht zu Gebührensteigerungen führen. Daher war es unabdingbares Ziel der Neuordnung, dass die Gebühren nicht aus privatisierungsbedingten Gründen steigen durften. Dies musste vom privaten Partner garantiert werden.

- **Entsorgungssicherheit und Gewährleistung der Leistungsqualität:**

Die angestrebten Optimierungen in der Abfallwirtschaft im Kreis Lippe durften nicht dazu führen, dass technische und ökologische Standards beeinträchtigt werden. Daher mussten die bestehenden technischen und ökologischen Standards sowie die jeweils geltenden Vorschriften und Regeln der Technik auch nach dem Anteilsverkauf mindestens eingehalten werden.

- **Vorteile für die allgemeinen Haushalte:**

Ein weiteres wesentliches Ziel der Neuordnung der Abfallwirtschaft im Kreis Lippe war die Erlangung eines Beitrags für die allgemeinen Haushalte des Kreises und der beteiligten Gemeinden und Städte durch die Erzielung eines möglichst hohen Kaufpreises durch den Verkauf der Gesellschaftsanteile an der „GAL“. Den Bie-

tern des Vergabeverfahrens um den Gesellschaftsanteil wurde daher ein bestimmter Mindestkaufpreis vorgegeben.

- Weisungs- und Kontrollrecht:

Weiterhin musste dem Kreis Lippe und den fünfzehn Gemeinden und Städten in der „GAL“ vom privaten Partner wesentliche gesellschaftsrechtliche Weisungs- und Kontrollrechte eingeräumt werden. Es erfolgte keine Übertragung der öffentlich-rechtlichen Befugnisse. Diese verblieben uneingeschränkt beim Kreis und den Gemeinden und Städten.

- Risikoausschluss:

Die Neuordnung musste ferner gewährleisten, dass der Kreis Lippe und die beteiligten Gemeinden und Städte keine zusätzlichen Risiken übernehmen. Der private Partner musste daher insbesondere garantieren, dass die Gesellschaft ihren vertraglichen Verpflichtungen uneingeschränkt nachkommt und die Leistungen zu den vertraglich vereinbarten Entgelten erbringt. Eventuelle Mehrkosten hat der Private zu tragen. Außerdem musste der private Partner garantieren, dass die gemeinsame Gesellschaft finanziell dauerhaft in der Lage ist, ihre Aufgaben zu erfüllen. Eine drohende Insolvenz oder Illiquidität der Gesellschaft hat daher der private Partner durch geeignete Maßnahmen abzuwenden. Eine Nachhaftungs- und Nachschusspflicht des Kreises und der Gemeinden wurde ausgeschlossen, so dass die finanzielle Verantwortung allein beim Privaten liegt.

- Keine Nachteile für die derzeit Beschäftigten:

Schließlich musste die Neuordnung sicherstellen, dass bestehende Arbeitsplätze nicht gefährdet werden.

7.3.3 Gesellschaftsmodell und Aufgaben

Die Gesellschaft für Abfallentsorgung Lippe mbH ist eine klassische 51/49 Kooperation von mehreren kommunalen Gesellschaftern. 49 % der Gesellschaftsanteile werden von der privaten Bietergemeinschaft bestehend aus der Müllverbrennungsanlage Bielefeld-Herford GmbH und der Tönsmeier Entsorgung GmbH & Co. KG gehalten. Die restlichen 51 % sind beim Kreis Lippe und den fünfzehn kreisangehörigen Städten und Gemeinden verblieben.

Zum 01.07.2004 wurden der Gesellschaft für Abfallentsorgung Lippe mbH vom Zweckverband „Abfallwirtschaftsverband Lippe“ die Aufgaben der operativen Umsetzung der Abfallentsorgung übertragen. Hierzu gehören:

- Sammlung und Transport von Restabfällen - Graue Tonne -, von Bioabfällen - Grüne Tonne - und Schadstoffkleinmengen zu den Entsorgungsanlagen,
- Sammlung, Transport, Sortierung und Pressen von Altpapier - Blaue Tonne - und die Zuführung zu einer Verwertungsanlage,
- Durchführung der Schadstoffsammlung,
- kommunale Klärschlamm Entsorgung für die Mengen Klärschlamm, die die fünfzehn kreisangehörigen Städte und Gemeinden nicht selbst entsorgen können,
- thermische Verwertung und Beseitigung von Restabfällen (seit 2009),
- Behandlung überlassungspflichtiger Bioabfälle,
- Betrieb eines Kompostwerkes.

Der Erfolg des gewählten Modells hat dazu geführt, dass sich die ursprünglich nicht an der Kooperation beteiligte Kreisstadt Detmold seit Beginn des Jahres 2010 der Kooperation angeschlossen hat.

7.4 Weitere Erfahrungen mit Kooperationen in der Daseinsvorsorge



Dirk Buttler, Beigeordneter Oberhausen
und Geschäftsführer WBO a. D.,
mittlerweile Leiter Government Services
arvato services

Redaktion: Herr Buttler, Sie kennen sich hervorragend mit Kooperationen in der Daseinsvorsorge aus. Sie sind unter anderem Geschäftsführer der Wirtschaftsbetriebe Oberhausen GmbH. Sind Kooperationen mit einem Privaten zukunftssträftig?

Buttler: Ich denke ja. Ich kenne nur Kooperationsprojekte, in denen bislang gute Erfahrungen mit Privaten gemacht wurden. Diese Erfahrungen sind leider noch nicht zur Genüge publik gemacht. Daher fehlt der Öffentlichen Hand oftmals noch der Blick für diese Alternative in der Daseinsvorsorge. Und das obwohl sich das beiderseitige Verständnis zu Kooperationen spürbar wandelt. Die Privaten haben zwischenzeitlich verstanden, dass eine Kooperation nicht ohne kommunalen Bezug umgesetzt werden kann. Sie sind zunehmend bereit, auch soziale und kulturelle Aspekte des öffentlichen Partners zu berücksichtigen. Einige Kommunen

haben erkannt, dass eine Gewinnerzielungsabsicht nicht immer schädlich sein muss. Diese „Win-win-Situation“ muss sich einfach noch mehr herumsprechen. Dann werden Kommunen zukünftig öfter eine Kooperation mit einem Privaten als eine weitere Möglichkeit in ihre Überlegungen einbeziehen.

Redaktion: Was ist entscheidend für den Erfolg einer Kooperation in der Daseinsvorsorge?

Buttler: Eine Kooperation macht nur Sinn, wenn der entsprechende Markt funktioniert. Im Wettbewerb kann das wirtschaftlichste Kooperationsmodell gefunden, der Risikotransfer auf den Privaten verhandelt und die Gewinnverteilung bestmöglich für die Kommune und die Bürger geregelt werden. Der Risikotransfer spielt dabei eine ganz entscheidende Rolle für den Erfolg der Kooperation. Gebührenstabilität, Weisungs- und Kontrollrechte des öffentlichen Partners und gedeckelte Gewinnausschüttung sind nur einige wenige Schlagwörter, die zu berücksichtigen sind.

Wichtig ist auch, dass die Kommune ihre Ziele und Intentionen, also insbesondere die erwarteten Leistungen des privaten Partners, bereits im Vorfeld des Projekts ermittelt.

Redaktion: Können Sie auch von Konflikten und Problemen berichten?

Buttler: Ich begegne immer wieder dem Problem der Kommunen, wie sie die Ziele der Haushaltswirksamkeit und der Gebührenstabilität miteinander vereinbaren können. Das größere Gewicht wird oft auf die Haushaltsvorteile gelegt. Das ist aber meines Erachtens eine Milchmädchenrechnung. Die Zustimmung zu einer Kooperation in der Bevölkerung reicht nur soweit, wie deren Lebensqualität gemessen an den Steuern, Gebühren und Beiträgen verbessert wird. Also sollte ein Ziel einer strategischen Partnerschaft zum Beispiel beim Abfall auch dauerhaft niedrige Gebühren sein.

Redaktion: Wie hat die Wirtschaftsbetriebe Oberhausen GmbH durch den Privaten profitiert?

Buttler: Wir haben den Privaten erst einmal machen lassen. Er hat die volle Verantwortung für das operative Geschäft der Müll- und Abwasserentsorgung in der Gesamtheit übernommen. Durch diese Freiheit - trotz der selbstverständlich bestehen bleibenden öffentlichen Steuerung - entwickelte der Private eine deutlich höhere Innovationskraft, als es uns allein möglich gewesen wäre. Der Private optimierte vor allem die Leistungen im Detail und setzte nachhaltige Ideen um. Meines Erachtens stellt solch ein Modell zwar nicht immer den einzig goldenen Weg dar, ist aber in jedem Falle eine Alternative zur klassischen Aufgabenerfüllung. Die sich daraus ergebenden Chancen kann man aber nur wahrnehmen und erkennen, wenn man sich auf den Prozess einer Kooperation einlässt. Mut ist gefragt. Zu verlieren hat man nichts. Denn auch wenn man sich letzten Endes gegen eine Kooperation entscheidet, können sich allein aus dem Prozess bereits Effizienzgewinne für die Öffentliche Hand ergeben.

ANHANG - Literaturverzeichnis

Becker, Ralph, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, Baden-Baden, 1997

Budäus, Dietrich / Grüb, Birgit, Public Private Partnership: Theoretische Bezüge und praktische Strukturierung, ZögU 30. Jg. 3/2007, 245 ff.

Dünchheim, Thomas / Schöne, Franz-Josef, Privat vor Staat? - Die Novellierung des kommunalen Wirtschaftsrechts in NRW, DVBl. 2009, 146 ff.

Frenz, Walter, Vergaberecht und Institutionalisierte PPP, NZBau2008, 673 ff.

Glückert, Jürgen / Franßen, Gregor, Gewinnerwirtschaftungsverbot für nichtwirtschaftliche Einrichtungen?, NWVBl. 2007, 465 ff.

Hüffer, Uwe, Aktiengesetz, 7. Auflage, München 2006

Jarass, Hans-D., Aktivitäten kommunaler Unternehmen außerhalb des Gemeindegebiets, insbesondere im öffentlichen Personennahverkehr, DVBl. 2006, 1 ff.

Jarass, Hans-D., Die Vorgaben des Gemeinderechts für rechtlich selbständige Unternehmen der Kommunen, NWVBl. 2002, 335 ff.

Knemeyer, Franz-Ludwig, Kommunale Steuerung und unternehmerische Freiheit - Ein lösbarer Spagat, KommJur, 2007, 241

Koman, Angelika, Das Grünbuch der Kommission über Public Private Partnerships: Ein weiterer Schritt auf dem Weg zu größerer Rechtssicherheit?, ZfBR 2004, 763 ff.

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch zu Öffentlich-Privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, Grünbuch vom 30.04.2004, KOM/2004/327 (endgültig)

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Anwendung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen auf IÖPP vom 05.02.2008, C(2007)6661.

Kühling, Jürgen, Ausschreibungszwänge bei der Gründung gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften - Das EuGH-Urteil im Fall Möd-ling und seine Folgen, ZfBR 2006, 661 ff.

Leder, Martin, Kohärenz und Wirksamkeit des kommunalen Wirtschaftsrechts im wettbewerbsrechtlichen Umfeld - Probleme und Lösungen unter Einschluss der Rechtsfigur „Wettbewerbsunternehmen“ -, DÖV, 2008, 173 ff.

Lensdorf, Lars / Steger, Udo, Auslagerung von IT-Leistungen auf Public Private Partnerships - Privatisierung und Vergaberecht bei der Aufgabenverlagerung auf gemischtwirtschaftliche Unternehmen, Computer und Recht 2005, 161 ff.

Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 16. Auflage 2004

Masing, Tobias, Die Beteiligung Privater an kommunalen Gesellschaften und das öffentliche Vergaberecht, ZfBR 2002, 450 ff.

Nordrhein-Westfälisches Innenministerium, Runderlass vom 09.10.2006 (34-48.05.01/01) „Kredite und kreditähnliche Rechtsgeschäfte der Gemeinden (GV)“

Pape, Ulf-Dieter / Holz, Henning, Möglichkeiten und Grenzen kommunalwirtschaftlicher Betätigung im Bereich der Abfallwirtschaft, NVwZ 2007, 636 ff.

PPP-Task Force im BMVBS und PPP-Task-Force NRW, PPP im Hochbau, Vergaberechtsleitfaden (August 2007)

PPP-Task Force des Landes Nordrhein-Westfalen beim Finanzministerium des Landes NRW, Leitfaden „Public Private Partnership im Hochbau - Anleitung zur Prüfung der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung von PPP-Projekten im öffentlichen Hochbau“ (April 2007)

Rautenberg, Thomas, Gemischte Gesellschaften und Gemeindegewirtschaftsrecht, Teil 1, KommJur, 2007, 1, Teil 2, KommJur, 2007, 41 ff.

Rehn/Cronauge, GO, 31. Erg., Oktober 2008

Roling, Sebastian, Die Entwertung der Niedersächsischen Subsidiaritätsklausel, NVwZ 2009, 226 ff.

Ruhland, Bettina / Burgi, Martin, Das Grünbuch der EG-Kommission zu Öffentlich-Privaten Partnerschaften (ÖPP) und die Vergaberechtsreform, VergabeR, 2005, 1 ff.

Säcker, Franz-Jürgen / Wolff, Mike, Die Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH zu In-House-Geschäften auf Public Private Partnerships, WRP 2007, 282 ff.

Schmidt-Eichstaedt, Gerd, Baulanderschließung durch kommunale Eigengesellschaften, ZfBR 2007, 316 ff.

Schröder, Holger, Vergaberechtliche Probleme bei der Public-Private-Partnership in Form der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung, NJW 2002, 1831 ff.

Waldmann, Knut, Das Kommunalunternehmen als Rechtsformalternative für die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden, NVwZ 2008, 284 ff.

Wellmann, Anne, Die Reformpläne der NRW-Landesregierung für die kommunale Wirtschaft, NWVBl. 2007, 1 ff.

www.ppp.nrw.de

