

# Kooperation statt Schließung

Bäderbau, aber auch die Sanierung und Modernisierung bestehender Badelandschaften, erfolgt immer öfter als ÖPP. Dabei beinhalten diese Modelle oftmals auch Finanzierungskonzepte und die Betriebsführung sowie weitere Dienstleistungen.



Foto: BilderBox

**Hallenbad: Zur Umsetzung von ÖPP im Bereich kommunaler Schwimmbäder haben sich Betreiber- und Konzessionsmodelle, aber auch Betriebsführungsmodelle herausgebildet.**

Die öffentliche Bäderlandschaft in Deutschland kennzeichnet seit vielen Jahren ein erhöhter Modernisierungs- und Sanierungsbedarf. Der Bestand kommunaler Hallen- und Freibäder ist zum Großteil bereits 30 Jahre alt oder älter. Wegen begrenzter freier Mittel sind vielfach nicht einmal notwendige Erhaltungsinvestitionen im Bereich der Bausubstanz und der technischen Gebäudeausrüstung möglich. Vielerorts werden angesichts der Haushaltsengpässe bereits Bäder geschlossen

und Leistungsstandards bei Freizeiteinrichtungen deutlich gesenkt.

Diesen kommunalen Zwängen stehen die gestiegenen Ansprüche der Bürger gegenüber. Erwartet werden neben einem klassischen Schwimmbad immer öfter Bäder mit Freizeit- und Wellnesscharakter. Gleichzeitig sind die Gemeinden als Träger der kommunalen Daseinsvorsorge auch weiterhin verpflichtet, ein ausreichendes Bäderangebot für Schulen, Vereine und die Öffentlichkeit vorzuhalten.

Um den haushalterischen Notwendigkeiten einerseits und der Anforderung einer günstigen Bereitstellung von attraktiven Freizeiteinrichtungen andererseits gerecht zu werden, haben in der jüngeren Vergangenheit Öffentlich-Private Partnerschaften (ÖPP) an Bedeutung gewonnen. Eine Win-win-Situation für die Vertragspartner ergibt sich jedoch nur dann, wenn im Vorfeld eines Projektes die Vorteilhaftigkeit einer Öffentlich-Privaten Partnerschaft festgestellt wurde. Dazu wird anhand eines Wirtschaftlichkeitsvergleichs das in Betracht kommende ÖPP-Projekt bewertet und mit der Eigenerstellung verglichen.

Ergibt sich, dass eine ÖPP im Bäderbereich für die Kommunen wirtschaftlich vorteilhaft ist, sollte diese durchgesetzt werden. Für die Zusammenarbeit mit privaten Dritten im Bäderbereich gibt es dabei keine einheitliche Struktur. Vielmehr sind die ÖPP fallbezogen auszugestalten und es kann privates Know-how ganz nach Bedarf flexibel eingebunden werden. Zur Umsetzung der ÖPP haben sich Betreiber- und Konzessionsmodelle, aber auch Betriebsführungsmodelle herausgebildet.

Für die verschiedenen Betreibermodelle ist es charakteristisch, dass sich die Kommunen zur Erfüllung ihrer Aufgaben eines privaten Betreibers bedienen. Gleiches gilt im Übrigen auch für die Konzessionsmodelle. So übernimmt der

private Partner die Baumaßnahmen, etwaige Finanzierungsleistungen und ferner den Betrieb des jeweiligen Bades für einen festgelegten Zeitraum und gegen ein zuvor festgelegtes Entgelt.

Im Unterschied hierzu erhält bei Konzessionsmodellen der private Auftragnehmer kein Entgelt. Vielmehr räumt ihm die Kommune das Recht zur Nutzung des Bades ein. Schwimmbäder sind ein klassisches Beispiel für ein Konzessionsmodell, bei denen die Bürger als Nutzer des Bades dem privaten Partner das Entgelt zahlen.

Ebenfalls möglich, aber weniger verbreitet im Bereich der öffentlichen Schwimmbäder sind die Betriebsführungsmodelle. Bei diesen üben die Städte und Gemeinden die Betreiberfunktion selbst aus und der private Partner übernimmt lediglich die Betriebsführung, verknüpft mit Sanierungs- und Ertüchtigungspflichten, die über die reine Gewährleistung hinausgehen.

## Modell bestimmt das Risiko

Ziel eines jeden Bäderprojektes muss es daher für die Kommunen sein, eine langfristige Partnerschaft anzustreben, bei der die Risiken vertraglich so verteilt werden, dass zu den Pflichten des Auftragnehmers gehört, die versprochene Leistung zum vereinbarten Preis zu erbringen (Beschaffungsrisiko, Erfüllungsrisiko). Den privaten Partner trifft darüber hinaus bei Baumaßnahmen, wie etwa der Sanierung oder Modernisierung von Schwimmbädern, das Verfügbarkeitsrisiko über den Ablauf der baulichen Gewährleistung hinaus. Dies bedeutet, dass er während der gesamten Vertragslaufzeit dafür zu sorgen hat, dass das Schwimmbad auch genutzt werden kann. Die Risikoverlagerung im Einzelfall ist entscheidend dafür, welches ÖPP-Modell der Auftraggeber umsetzen will.

Unabhängig davon, welches ÖPP-Modell die Kommune wählt, ist sie zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet. Denn als öffentlicher Auftraggeber nach Paragraph 98 Nr. 1 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) beabsichtigen die Kommunen einen öffentlichen Auftrag im Sinne von Paragraph 99 Absatz 1 GWB abzuschließen, um bezahlte Leistungen in Auftrag zu geben. Werden verschiedene Leistungen zusammen vergeben, etwa Bau-, Finanzierungs- und Betreiberleistungen für Schwimmbäder, ist zur Einordnung

des öffentlichen Auftrages als Bau- oder Dienstleistungsauftrag der wirtschaftliche Schwerpunkt der Leistung entscheidend. In jedem Fall handelt es sich aber um einen öffentlichen Auftrag, der in der Regel auch oberhalb der maßgeblichen Schwellenwerte für europaweite Vergabeverfahren in Höhe von 5,15 Millionen Euro bei Bauaufträgen und 211 000 Euro bei Dienstleistungsaufträgen liegt.

## Gesetzlicher Rahmen

Bei der Wahl der Verfahrensart kommt grundsätzlich ein Verhandlungsverfahren in Betracht, da vor Beginn der Vergabe eine detaillierte Beschreibung der zu vergebenden Leistungen nicht möglich ist. Dies gilt insbesondere, wenn der private Partner seine Erfahrungen und sein Know-how beim Betrieb von Bädern einbringen soll.

Sowohl die herrschende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur als auch die einschlägigen Leitfäden der PPP-Task-Force des Finanzministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen haben übereinstimmend aus den Erfahrungen mit ÖPP-Projekten festgestellt, dass Leistungen in diesem Umfang und in der Komplexität eines ÖPP-Modells nicht ohne Verhandlungen zu einem wirtschaftlich sinnvollen Abschluss gebracht werden können. Das 2005 in Kraft getretene ÖPP-Beschleunigungsgesetz hat insoweit einen eigenständigen Rechtsrahmen für ÖPP gesetzt und im Bereich des Vergaberechts mit dem wettbewerblichen Dialog eine neue Verfahrensart eingeführt. Auch hier gilt es jedoch, wie im Verhandlungsverfahren bereits erfolgreich umgesetzt, gemeinsam mit den Bietern eine optimale vertragliche Risikoverteilung für die zu vergebenden Leistungen zu entwickeln.

*Ute Jasper / Carsten Steinert*



### Die Autoren

**Dr. Ute Jasper** ist Rechtsanwältin und Partnerin der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek in Düsseldorf und leitet die Practise Group „Public Sector“, **Carsten Steinert** ist Rechtsanwalt in der Sozietät