

Ein sehr beliebtes Finanzierungsmodell ist die Gründung einer Anstalt öffentlichen Rechts (AöR). Ziel der Kommune ist es, über die AöR etwaige Darlehen aus dem Haushalt zu nehmen.

Die Gründung einer AöR ist aber nicht das Allheilmittel, um trotz Schuldenbremse und Haushaltszwängen investieren zu können und gleichzeitig das Vergaberecht nicht beachten zu müssen. Wählt die Kommune den Weg über die AöR, um die Darlehen nicht selbst aufnehmen zu müssen, muss die AöR ihrerseits die Leistungen aus-schreiben.

Bei der AöR-Gründung ist das Beihilferecht zu beachten

Gründet die Kommune eine AöR, übernimmt sie für diese die unbeschränkte Gewähr-trägerhaftung. Das heißt, dass die Kommune wie ein Bürge für

(BS/Dr. Ute Jasper/Dr. Christopher Marx) Für Kommunen ist es so schwierig wie nie, ihr Geld sinnvoll zu investieren. Städte, Landkreise und Gemeinden stehen in einem komplexen Spannungsfeld: Schuldenbremse, Haushaltszwänge und Maastricht-Kriterien sind zu beachten. Eine Neuverschuldung über Darlehen ist nicht gewünscht. Die Kommune hat in dieser Situation mehr Handlungsmöglichkeiten, als gemeinhin angenommen. Entweder gibt sie ihr Geld nur tröpfchenweise aus, flickt Schlaglöcher dürrig, lässt Brücken verfallen und repariert Schulen nur, wenn dringend nötig. Oder sie nutzt Investitions- und Finanzierungsmodelle, um ihre Handlungsspielraum deutlich zu erweitern.

die Verpflichtungen der AöR entsteht. Grundsätzlich ist die Gewährträgerhaftung geeignet, den Wettbewerb zu verfälschen. Denn durch die Gewährträgerhaftung erhält die AöR kommunalkreditähnliche Konditionen. Das heißt, dass die von der AöR aufgenommenen Darlehen (fast) so günstig sind wie die von der Kommune aufgenommenen Darlehen. Allerdings führt eine Kommune die von der AöR aufgenommenen Darlehen oft nicht im Haushalt auf. Die Kommune

muss daher darauf achten, dass es sich bei der Übernahme der Gewährträgerhaftung nicht um eine unzulässige Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt.

Nach dem EuGH bestehen für eine unzulässige Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV insgesamt vier Voraussetzungen:

1. eine staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel,
2. die Maßnahme ist geeignet, den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen,
3. ein begünstigtes Unternehmen erhält durch die Maßnahme einen Vorteil und
4. die Maßnahme muss den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen.

Die Kommune kann das Risiko einer Beihilfe am besten lösen, indem die AöR keiner wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht. In diesem Fall ist die Kommune kein begünstigtes Unternehmen im beihilferechtlichen Sinn. Dies setzt voraus, dass die AöR als "verlängerter Arm" der Kommune bei der Erfüllung ihrer hoheitlichen Aufgaben tätig wird. Dabei ist allein die konkrete Art der Aufgaben der AöR entscheidend. Die AöR wird



Dr. Ute Jasper ist Partnerin der Rechtsanwaltskanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek und dort Leiterin der Praxisgruppe Öffentlicher Sektor und Vergabe. Dr. Christopher Marx ist Salaried Partner bei Heuking Kühn Lüer Wojtek.

Fotos: BS/Heuking Kühn Lüer Wojtek

beispielsweise regelmäßig nicht wirtschaftlich tätig, wenn sie allein im Bereich der Daseinsvorsorge handelt.

Für eine hoheitliche Tätigkeit darf sich eine Kommune einer eigens gegründeten AöR bedienen. Aus beihilferechtlicher Sicht macht es keinen Unterschied, ob die Kommune selbst Darlehen aufnimmt oder die kommunale AöR Darlehen aufnimmt, für die die Kommune als Gewährträger entsteht.

AöR ist inhouse-fähig und ausschreibungspflichtig

Neben dem Beihilferecht muss die Kommune auch die vergaberechtlichen Vorgaben berücksichtigen. Eine beihilferechtlich zulässige Anstalt öffentlichen Rechts ist in vielen Fällen zwar inhouse-fähig, al-

lerdings auch ausschreibungspflichtig. Die Kommune darf ihre inhouse-fähige AöR direkt mit der Sanierung von Schulen sowie der Reparatur von Straßen oder Brücken beauftragen. Die AöR ist nach § 108 Abs. 1 GWB inhouse-fähig, wenn die Kom-

mune ihre AöR wie eine eigene Dienststelle kontrolliert. Außerdem muss die AöR zu wenigstens 80 Prozent allein für die Kommune zur Erfüllung deren hoheitlicher Aufgaben tätig werden und an der AöR dürfen keine Privaten beteiligt sein.

Die Kehrseite ist jedoch, dass die AöR selbst ebenfalls ausschreibungspflichtig ist. Die inhouse-fähige Anstalt öffentlichen Rechts ist nach § 99 Nr. 2 GWB ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts, weil sie im Allgemeininteresse tätig ist.

Ausblick

Immer mehr Kommunen sind gezwungen, kreative Investitions- und Finanzierungsmodelle zu entwickeln oder bestehende Modelle auf ihre Ziele und Rahmenbedingungen zu übernehmen. Die Anstalt öffentlichen Rechts ist nur eines von vielen Modellen.

In dem Seminar des Behörden Spiegel am 19.01.2018 werden Ihnen verschiedene Lösungen, Verfahren und Modelle anhand konkreter Projekte vorgestellt.

Save the Date

Die öffentliche Hand braucht Investitions- und Finanzierungsmodelle, um Handlungsspielräume für eine bessere Infrastruktur zu schaffen. Deshalb stellen die beiden Autoren, zusammen mit weiteren hochkarätigen Gastreferenten, in einem Seminar am 19. Januar 2018 in Düsseldorf Lösungen, Verfahren, Modelle, Projekte vor, die bereits erfolgreich umgesetzt wurden und die Kommunen – angepasst an ihre Ziele und Rahmenbedingungen – übernehmen können.

Weitere Informationen und Anmeldung unter: www.fuehrungskraefteforum.de