

Dr. Corinna Sicko

Rechtliche Konsequenzen von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen (WU) für ÖPP

Konferenz „Kommunales Infrastruktur-Management“ am 11. Juni 2010 in Berlin

„[D]ie Aussagekraft von ex ante erstellten Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen [ist] aufgrund der aufgezeigten Anreizkonstellationen und methodischen Probleme begrenzt.“

Beckers/Klatt, Wirtschaftsdienst 2009 (3), 176 (180)

Übersicht

- I. Der Begriff der Wirtschaftlichkeit
- II. Die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung
- III. Rechtliche Überprüfbarkeit der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung
- IV. Rechtsfolgen der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung in ausgewählten Rechtsgebieten
- V. Ergebnisse

I. Der Begriff der Wirtschaftlichkeit

Rechtliche Verortung:

- Art. 114 Abs. 2 GG sowie teilweise landesverfassungsrechtlich
- § 6 HGrG
- § 7 BHO sowie jeweiliger § 7 LHO
- § 97 Abs. 5 GWB

Definition:

- Nr. 1 VV-BHO § 7:
Anstreben einer günstigen Relation zwischen verfolgtem Zweck und einzusetzenden Mitteln
→ Minimal- und Maximalprinzip

I. Der Begriff der Wirtschaftlichkeit

Unterscheidung enger und weiter Wirtschaftlichkeitsbegriff

- **enger Wirtschaftlichkeitsbegriff** = unbestimmter Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum:

Ermittlung des betriebswirtschaftlich günstigsten Preis-Leistungs-Verhältnisses
- **weiter Wirtschaftlichkeitsbegriff** = planerischer Abwägungsvorgang:

Einbeziehung sonstiger, hauptsächlich nicht quantifizierbarer Faktoren, z. B.
 - Flexibilisierung
 - Akzeptanz- und Imagegewinn
 - Verlust der eigenen Steuerungsfähigkeit
 - Abbau von demokratischer Kontrolle und Legitimation

I. Der Begriff der Wirtschaftlichkeit

Rechtsnatur:

Rechtsprinzip, keine Rechtsregel

- ➔ Das von dem Rechtsprinzip ausgehende Gebot muss im Wege der Optimierung ermittelt werden.

Folge:

1. Auslegung des engen Wirtschaftlichkeitsbegriffs unter Ausfüllung des Beurteilungsspielraums
2. Abwägung des engen Wirtschaftlichkeitsbegriffs mit weiteren Belangen und Rechtsprinzipien (Ermittlung des Inhalts des weiten Wirtschaftlichkeitsbegriffs)

II. Die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung

Rechtliche Verortung:

- § 6 Abs. 2 HGrG
- § 7 Abs. 2 S. 1 BHO sowie jeweiliger § 7 Abs. 2 oder 3 LHO
- keine bindenden Vorgaben für die Durchführung von WU; teilweise enthalten die VV aber Konkretisierungen

Einbettung der WU in den Beschaffungsprozess:

- Einsatz zu unterschiedlichen Zeiten des Verfahrens, sowohl zu Beginn als Planungsinstrument, als auch während und nach der Projektlaufzeit als Kontrollinstrument
- Mehrstufiges Vorgehen, an den Eigenheiten des Wirtschaftlichkeitsbegriffs orientiert

III. Rechtliche Überprüfbarkeit der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung

- Fehlerquellen sowohl auf der Verfahrens- als auch auf der Ergebnisebene vorstellbar
- Fehler sind grundsätzlich nur beachtlich, wenn das Ergebnis der WU schlechterdings unvertretbar ist
- Ansonsten: getrennte Überprüfung der Auslegung von engem und weitem Wirtschaftlichkeitsbegriff



Enger Wirtschaftlichkeitsbegriff:

Grundsätze der Überprüfung unbestimmter Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum

Weiter Wirtschaftlichkeitsbegriff:

Prüfungsmaßstab der planerischen Abwägung

IV. Rechtsfolgen der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung in ausgewählten Rechtsgebieten

Vergaberecht:

- **Aufhebung der Ausschreibung**
 - WU für Frage nach Aufhebungsgrund irrelevant
 - Entscheidend aber für die Frage der Schadensersatzpflichtigkeit der Aufhebung

- **Auswirkungen auf die zulässige Vertragslaufzeit**
 - keine Verpflichtung der WU unterschiedliche Laufzeitmodelle zugrunde zu legen
 - ordnungsgemäß durchgeführte WU kann aber lange Vertragslaufzeit rechtfertigen

IV. Rechtsfolgen der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung in ausgewählten Rechtsgebieten

Haushaltsrecht des Bundes und der Länder:

- Überprüfung der WU durch Rechnungshöfe ohne Sanktionsmöglichkeit
- Eher theoretische Möglichkeit von Schadensersatzansprüchen und disziplinarischen Maßnahmen gegen die zuständigen Mitarbeiter der Verwaltung

IV. Rechtsfolgen der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung in ausgewählten Rechtsgebieten

Haushaltsrecht der Kommunen:

Bestimmte ÖPP-Modelle müssen in vielen Bundesländern als kreditähnliche Geschäfte von der Kommunalaufsicht genehmigt werden

Genehmigungsvoraussetzungen:

- Einhaltung einer geordneten Haushaltswirtschaft
- Sicherstellung der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde

IV. Rechtsfolgen der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung in ausgewählten Rechtsgebieten

Haushaltsrecht der Kommunen:

Auswirkungen der WU in diesem Kontext

- Genehmigungserteilung für ÖPP nur im Falle einer ordnungsgemäß durchgeführten WU
- Rechtswidrig erteilte Genehmigung begründet Schadensersatzansprüche der betroffenen Gemeinde gegen die Kommunalaufsichtsbehörde – „Oderwitz“
- Offensichtlich fehlerhafte WU kann bei Hinzutreten weiterer Umstände zur Sittenwidrigkeit und damit Nichtigkeit des Vertrags mit dem privaten Partner führen. Dieser kann in einem solchen Fall keinerlei Schadensersatzansprüche gegen die Gemeinde geltend machen.

V. Ergebnisse

An das Ergebnis der WU sind nicht nur tatsächliche, sondern auch rechtliche Konsequenzen geknüpft, z. B. im Vergabe- und im Haushaltsrecht.

Allerdings findet nur eine eingeschränkte Überprüfung der WU statt und ihre Fehlerhaftigkeit kann nur sehr eingeschränkt von Privaten gerügt werden.

Die Überprüfung der WU erfordert dogmatische Feinarbeit; um eine Entpolitisierung der Beschaffungsentscheidung zu verhindern, lohnt sich dies aber.

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Kontakt: Dr. Corinna Sicko
Deutsches Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung Speyer
Freiherr-vom-Stein-Straße 2
67346 Speyer
Tel.: 06232/654-370
Email: sicko@foev-speyer.de