

Verwaltungskooperation

Public Private Partnerships und Public Public Partnerships
– Einführende Problemskizze –

HARTMUT BAUER

A. Verwaltungskooperation als Strategie der Staatsmodernisierung

Verwaltungskooperation liegt im Trend! Sie erfasst sowohl die Zusammenarbeit von Trägern öffentlicher Verwaltung mit Privaten als auch die Zusammenarbeit von Verwaltungsträgern mit anderen Verwaltungsträgern.¹ Als Motive für solche Kooperationen werden typenübergreifend u. a. genannt: Kostensenkungen und Einsparungen durch Kräftebündelung, Zusammenführung von Sachkompetenz und Know-how der beteiligten Akteure, Stärkung der Verwaltungskraft, Effizienzsteigerungen und ähnliche Synergieeffekte.² Daher ist die kooperative Erledigung von Verwaltungsaufgaben ein wichtiger Baustein in Konzepten zur Staats- und Verwaltungsmodernisierung geworden.

Das gilt insbesondere für Public Private Partnerships (PPP), die seit langem als Modernisierungsstrategie im Gespräch sind.³ Unumstritten ist dieser Reformansatz freilich nicht. Denn immerhin zeigen die monatelangen Anlaufschwierigkeiten der Mauterhebung durch Toll Collect an dem in Deutschland wohl prominentesten Beispiel einer Öffentlich Privaten Partnerschaft (ÖPP), in welche Schieflagen die Zusammenarbeit von öffentlicher Verwaltung und Privaten nicht nur bei Großprojekten geraten kann.⁴ Und auch in der weiter zurückliegenden Vergangenheit finden sich keineswegs

- 1 Sowie die in diesem Kooperationspektrum angesiedelten Misch- und Kombinationsformen; vgl. *Bauer*, Zur notwendigen Entwicklung eines Verwaltungskooperationsrechts, in: *Schuppert* (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und „schlankem Staat“*, 1999, S. 251 (251 ff. m.w.N.); *Schuppert*, *Verwaltungswissenschaft*, 2000, S. 277 ff.
- 2 *Bauer*, *Verwaltungsverträge*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 2008, § 36 Rn. 44, 49 m.w.N.
- 3 Siehe dazu nur das im Anschluss an die Koalitionsvereinbarung vom Oktober 1998 schon von der rot-grünen Bundesregierung in Angriff genommene Leitprojekt „Rechtliche Regelungen für Public Private Partnership“ im Rahmen des vom Bundeskabinett am 1. 12. 1999 verabschiedeten Programms „Moderner Staat – Moderne Verwaltung. Leitbild und Programm der Bundesregierung“ (im Internet abrufbar unter <http://www.bmi.bund.de/Internet/Content/Common/Anlagen/Broschueren/1999/Moderner_Staat_-_Moderne_Id_1447_de,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/Moderner_Staat_-_Moderne_Id_1447_de.pdf> [Stand: 15. 4. 2008]).
- 4 Vgl. *Bauer*, *Verwaltungsverträge* (Fn. 2), § 36 Rn. 42 m.w.N.

nur positive Belege, sondern ganz im Gegenteil auch Beispiele, in denen sich kommunale Eigenregie und interkommunale Kooperation als die besseren Alternativen erwiesen haben.⁵ Trotz derartiger Skepsis besteht heute „auf allen Ebenen (Bund, Länder und Gemeinden) und über Parteigrenzen hinweg ein Grundkonsens, Public Private Partnerships zu fördern“⁶. Anschaulicher Beleg ist das noch kurz vor dem Ende der letzten Legislaturperiode erlassene Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften (ÖPP-Beschleunigungsgesetz)⁷. Zusätzlicher Aufwind kommt aus Brüssel von der Kommission, die mit Interesse die mitgliedstaatliche Förderung und Koordinierung (auch binnengrenzenüberschreitender) Public Private Partnerships zur Kenntnis nimmt und selbst „Maßnahmen zur Ausschaltung von Hemmfaktoren für ÖPP eingeleitet hat“⁸.

In Deutschland geht ein starker Impuls für die ÖPP-Initiativen von dem Vergleich mit anderen Industrieländern aus. Dort liegt der Anteil von Public Private Partnerships an den öffentlichen Investitionen nämlich bei bis zu 15%⁹, während er sich hierzulande bei nur 2 oder 3% bewegt¹⁰. Fernziel der Bundesregierung ist es, diesen Anteil auf das Niveau anderer Länder anzuheben.¹¹ Im Fokus stehen dabei nicht zuletzt die Kommunen. In einem unlängst erschienenen Festschriftbeitrag ist – nicht ohne kritische Untertöne – dazu zu lesen: „Ein nicht unwesentlicher Teil des Posteingangs in deutschen Kommunalverwaltungen betrifft in diesen Tagen ein Thema: Public Private Partnership (PPP). Sonderhefte, Kongresse, Seminare, Prospekte von Beratern, dazu noch die (Online-)Angebote von Bund und Ländern. Die Informations- und Werbema-

5 So macht etwa *Püttner*, Chancen und Risiken von PPP aus juristischer Sicht, in: Budäus (Hrsg.), Kooperationsformen zwischen Staat und Markt, 2006, S. 97 (98), darauf aufmerksam, dass Mitte des 19. Jahrhunderts die Stadt Düsseldorf nach der Kündigung einer pathologisch gewordenen Vertragsbeziehung mit einer englischen Gasgesellschaft die Gasversorgung in Eigenregie übernommen hatte, dabei den Gaspreis um mehr als die Hälfte senken und trotzdem noch Gewinne machen konnte.

6 So die Einschätzung von *Uechtritz/Otting*, Das „ÖPP-Beschleunigungsgesetz“: Neuer Name, neuer Schwung für „öffentlich-private Partnerschaften“?, NVwZ 2005, S. 1105 (1105).

7 Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften vom 1. 9. 2005 (BGBl I S. 2676).

8 *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Grünbuch zu Öffentlich-Privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen vom 30. 4. 2004, KOM (2004) 327 endg., S. 4, 8. Die dazu von der Bundesregierung abgegebene Stellungnahme datiert vom 16. 8. 2004 und ist im Internet abrufbar unter <<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/S-T/stellungnahme-der-regierung-der-bundesrepublik-deutschland-zu-dem-gruenbuch,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>> [Stand: 15. 4. 2008].

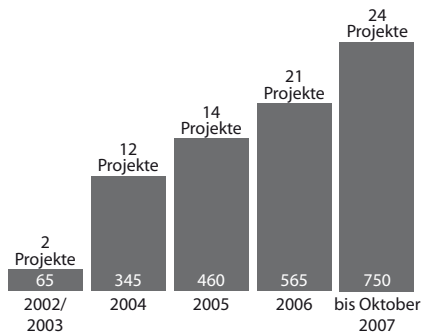
9 <http://www.bmvbs.de/Anlage/original_991057/Erfahrungsbericht-zu-Oeffentlich-Privaten-Partnerschaften_-04.-April-2007.pdf> [Stand: 15. 4. 2008].

10 So die Zahlenangaben zum Anteil der PPP-Investitionen an den gesamten Sachinvestitionen der Kommunen im Durchschnitt des Zeitraums 2000 bis 2005 (*Deutsches Institut für Urbanistik*, Public Private Partnership Projekte. Eine aktuelle Bestandsaufnahme in Bund, Ländern und Kommunen, 2005, S. 9; <www.difu.de/publikationen/abfrage.php3?id=843> [Stand: 15. 4. 2008]).

11 Fn. 9.

schinerie läuft auf vollen Touren.“¹² Presseberichten zufolge gibt es inzwischen „einen ganzen Wirtschaftszweig, der davon lebt, Kommunen solche PPP-Projekte aufzuschwatzen“¹³. Zudem sind auf Bundes- und Landesebene zahlreiche Kompetenzzentren ins Leben gerufen worden¹⁴, deren Aufgabe es ist, die Implementierung von Öffentlich Privaten Partnerschaften zu unterstützen¹⁵. Die Kompetenzzentren sollen über die verschiedenen Gestaltungsformen der Partnerschaften informieren und beraten, „egal ob es sich um die konzeptionelle Phase handelt, um die Modalitäten der Auswahl des privaten Partners, eine bessere Risikoverteilung, die angemessene Wahl der Vertragsbestimmungen oder sogar die Einbeziehung von EU-Finanzierungsmitteln“¹⁶. Die Werbung zeigt Wirkung. Exemplarisch ist das Investitionsvolumen der im öffentlichen Hochbau vergebenen PPP-Projekte, das ein starkes Wachstum verzeichnet:

Abb. 1: Neu vergebene PPP-Projekte im öffentlichen Hochbau: Investitionsvolumen in Mio. Euro



Quelle: Hauptverband der Deutschen Bauindustrie, abgedruckt in: *Wirtschaftswoche* Heft 1/2 vom 7. 1. 2008, S. 27.

Alles in allem hinterlässt der erste Zugriff auf die aktuelle Debatte demnach einen sehr ambivalenten Befund: Einerseits auffallend massive Förderung der Kooperation auf allen politischen Ebenen und beträchtliche Zuwachsraten – andererseits unüberhörbare Skepsis, nicht nur am Rande liegende Negativbeispiele und klare Warnungen vor unkritischer Euphorie.¹⁷

12 Thormann, PPP/ÖPP als Mittel zur Konsolidierung kommunaler Haushalte? – Das Beispiel Schwimmbäder, in: Gornig/Kramer/Volkman (Hrsg.), Festschrift für Werner Frotscher, 2007, S. 747 (747).

13 Vgl. Thormann, PPP/ÖPP (Fn. 12), S. 747 mit Fn. 1.

14 Dazu Drömann, Hilfestellung in Kompetenzzentren in Projektvorbereitung und Projektrealisierung, in: Weber/Schäfer/Hausmann (Hrsg.), Public Private Partnership, 2006, S. 651 ff.

15 Uechtritz/Otting, NVwZ 2005, S. 1105 (1105) mit Fn. 7.

16 Grünbuch zu Öffentlich-Privaten Partnerschaften (Fn. 8), S. 4.

17 Vgl. aus jüngerer Zeit etwa Püttner, Chancen und Risiken (Fn. 5), S. 97 f., 102 ff.; Uechtritz/Otting, NVwZ 2005, S. 1105 (1105); Tettinger, Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen – ein Sachstandsbericht, NWVB. 2005, S. 1 (10).

Hier setzt die diesjährige Fachtagung des Kommunalwissenschaftlichen Instituts an. Sie beschäftigt sich mit den rechtlichen Rahmenbedingungen von Verwaltungskooperationen und mit den dazugehörigen Implementationsproblemen in der Verwaltungspraxis. Dabei konzentriert sich das Tagungsprogramm auf ausgewählte Aspekte, auf die einleitend nur einige Schlaglichter zu werfen sind.

B. Public Private Partnerships

I. EINSATZFELDER, RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN UND IMPLEMENTATIONSPROBLEME

Der Boom Öffentlich Privater Partnerschaften ist nicht neu.¹⁸ Gleichwohl hat sich die Verwaltungsrechtslehre mit dem Begriff „Public Private Partnership“ lange Zeit schwer getan, weil er nicht für juristische Ableitungen taugte¹⁹; nach einer Bemerkung von *Gunnar Folke Schuppert*²⁰ gleichen Definitionen dem Versuch, „einen Pudding an die Wand zu nageln“. Demgegenüber nutzen die Verwaltungswissenschaften den unlängst sogar in die Gesetzessprache eingeführten Begriff wesentlich unbefangener als intra- und interdisziplinären Verbundbegriff, der heuristische und strukturierende, also keine rechtsdogmatischen Funktionen übernimmt. Für diese Begriffsverwendung stellen die Materialien zu dem erwähnten ÖPP-Beschleunigungsgesetz signifikante Merkmale heraus: „Mit Öffentlich Privaten Partnerschaften wird eine dauerhafte, in beiderseitigem Vorteil liegende, dem Gemeinwohl dienende Kooperation zwischen öffentlichen Händen und Privatwirtschaft angestrebt. [...] ÖPP heißt Kooperation von öffentlicher Hand und privater Wirtschaft beim Entwerfen, bei der Planung, Erstellung, Finanzierung, dem Management, dem Betreiben und dem Verwerten von bislang in staatlicher Verantwortung erbrachten öffentlichen Leistungen“²¹. Die Erläuterung ist zwar alles andere als besonders trennscharf. Sie deckt aber wesentliche Aspekte des verwaltungswissenschaftlichen Begriffsverständnisses²²

18 Zu weiter zurückliegenden Diskussionen siehe etwa *Tettinger*, Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership, DÖV 1996, S. 764 ff.; *Budäus/Eichhorn* (Hrsg.), Public Private Partnership, 1997; *Bauer*, Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Aspekte der Gestaltung von Kooperationsverträgen bei Public Private Partnership, DÖV 1998, S. 89 ff.

19 In diesem Sinne z. B. *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 99.

20 Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts, Regelungsbedarf und Handlungsoptionen eines Rechtsrahmens für Public Private Partnership. Rechts- und verwaltungswissenschaftliches Gutachten, erstellt im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, 2001, S. 4.

21 BTDrucks 15/5668, S. 10.

22 Dazu etwa *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung – Erscheinungsformen von Public Private Partnership als Herausforderung an Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft, in: *Budäus/Eichhorn* (Hrsg.), Partnership (Fn. 19), S. 93 (94 f.); *Budäus/Grüning*, Public Private Partnership – Konzeption und Probleme eines Instruments zur Verwaltungsreform aus Sicht der Public Choice-Theorie, ebd., S. 25 (48 ff.); *Schoch*, Public Private Partnership, in: *Erichsen* (Hrsg.), Kommunale Verwaltung im Wandel, 1999, S. 101 (103); *Roggenkamp*, Public Private Partnership, 1999, S. 26 ff.

ab und vermittelt einen ersten Eindruck davon, was mit Public Private Partnership gemeint ist.

Für die so verstandenen Öffentlich Privaten Partnerschaften ergeben sich (auch) auf der kommunalen Ebene außerordentlich breite Einsatzfelder.²³ Sie reichen von den Klassikern Stadtentwicklung durch Bauleitplanung und Wirtschaftsförderung über die Infrastrukturverwaltung (kommunale Ver- und Entsorgungswirtschaft, örtliches Straßennetz usw.), das Sozialwesen (Krankenhäuser, Jugendhilfe etc.), Kultur- und Freizeiteinrichtungen, Sportanlagen, Schulen, Kindergärten und andere Einrichtungen der örtlichen Daseinsvorsorge bis hin zu Police Private Partnership²⁴. Für all diese und andere potentielle Einsatzmöglichkeiten existieren teils übergreifende, teils bereichsspezifische Direktiven des Gemeinschaftsrechts, des Verfassungsrechts und des einfachen Verwaltungsrechts.²⁵ Die Komplexität dieser rechtlichen Rahmenbedingungen trifft bisweilen allerdings mit einer sehr geringen Regelungsintensität zur Frage der Kooperation von Verwaltung und Privaten zusammen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn sich das jeweilige Fachgesetz zu dieser Kooperation überhaupt nicht äußert oder sie nur in allgemeinen Wendungen billigt. Ein instruktives Beispiel liefert § 18a Abs. 2 Satz 2 Wasserhaushaltsgesetz, wonach sich die Kommunen „zur Erfüllung ihrer Pflichten Dritter bedienen“ können. Die ausgesprochen knappe Regelung hat lediglich deklaratorische Bedeutung und ist Grundlage für die von vielen Kommunen betriebene Privatisierung der Abwasserentsorgung, bei der bekanntlich das gesamte Kanalnetz einschließlich der Kläranlagen zusammen mit weiteren sächlichen Mitteln und dem Personal auf Private „übergeleitet“ werden kann.²⁶ Sowohl die hohe Komplexität der rechtlichen Rahmenbedingungen als auch die mitunter geringe gesetzliche Vorordnung der Zusammenarbeit machen die Einrichtung von Public Private Partnerships zu einem schwierigen Geschäft.

In der Praxis entschärft werden sollen die Schwierigkeiten durch Public Private Partnership-Modelle²⁷, die variantenreiche Konfigurationen für

23 Vgl. nur die Überblicke bei *Bonk*, Fortentwicklung des öffentlich-rechtlichen Vertrags unter besonderer Berücksichtigung der Public Private Partnerships, DVBl. 2004, S. 141 (145); *Tettinger*, NWVBl. 2005, S. 1 (7 ff.); *Bauer*, Verwaltungsverträge (Fn. 2), § 36 Rn. 42; jew. m.w.N.

24 Begriffsprägend *Stober*, Staatliches Gewaltmonopol und privates Sicherheitsgewerbe, NJW 1997, S. 889 (889, 895 f.).

25 Dazu näher *Tettinger*, NWVBl. 2005, S. 1 (4 ff.), der zu dem Ergebnis gelangt, es handle sich um einen „Wust an Vorgaben“, der es erforderlich mache, auf „ein umfangreiches gesellschaftsrechtliches Instrumentarium bzw. vertragliches Klauselwerk“ zurückzugreifen (a.a.O., S. 6).

26 Zu den näheren Einzelheiten vgl. *Bauer*, Privatisierungsimpulse und Privatisierungspraxis in der Abwasserentsorgung – Eine Zwischenbilanz, VerwArch. 90 (1999), S. 561 ff.; *Wollenschläger*, Effektive staatliche Rückholoptionen bei gesellschaftlicher Schlechterfüllung, 2006, S. 48 ff. m.w.N.

27 Vgl. dazu und zum Folgenden etwa die Überblicke bei *Tettinger*, NWVBl. 2005, S. 1 (3 ff.); *Schede/Pohlmann*, Vertragsrechtliche Grundlagen, in: *Weber/Schäfer/Hausmann* (Hrsg.), Partnership (Fn. 14), S. 102 ff.; *Hausmann/Mutschler-Siebert*, Vergaberecht, ebd., S. 235 (251 ff.).

Öffentlich Private Partnerschaften anbieten: Betreibermodelle, Betriebsführungsmodelle, Managementmodelle, Entwicklungsmodelle, Kooperationsmodelle, Finanzierungsmodelle und Konzessionsmodelle sind bekannte Beispiele. Indes ist mittlerweile eine in allen Facetten kaum noch überschaubare Zahl an überdies oftmals interessenorientiert konzipierten Modellen im Angebot. Mit einiger Berechtigung ist daher seit längerem von einem „Modell-Dschungel“²⁸ die Rede, der die Lage eher weiter verunklart und die Akteure verunsichert. Sieht man von informellen Arrangements²⁹ und verbleibenden Abgrenzungsproblemen im Detail³⁰ ab, dann dürften sich die Modelle jedoch unter dem Gesichtspunkt der institutionellen Verdichtung typologisch auf zwei Grundformen zurückführen lassen. Stichwortartig verkürzt geht es dabei um die „Vertrags-PPP“ einerseits und um die „Organisations-PPP“ andererseits.³¹ Während bei der Vertrags-PPP die kurz- oder langfristig angelegte Realisierung von Projekten auf vornehmlich schuldvertraglicher Grundlage beruht, erfolgt bei der Organisations-PPP die Projektrealisierung institutionell verfestigt durch ein eigenständiges Rechtssubjekt; in der Regel handelt es sich um eine Kapitalgesellschaft, an der ein oder mehrere öffentliche sowie ein oder mehrere private Eigentümer beteiligt sind³².

Die beiden Grundtypen sind seit langem bekannt und etwa für die Abwasserbeseitigung längst in Schaubildern präsent und verfügbar. Das dort verbreitete Betreibermodell ist ein Musterbeispiel für die Vertrags-PPP (Abb. 2).

Im Segment der Abwasserbeseitigung unterscheidet sich die Organisations-PPP nach dem Kooperationsmodell von der Vertrags-PPP im Wesentlichen dadurch, dass an die Stelle des privatwirtschaftlichen ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen tritt, an dem die Kommune üblicherweise mit mindestens 51% beteiligt ist (Abb. 3).

28 *Tettinger*, DÖV 1996, S. 764 (765); *ders.*, NWVBl. 2005, S. 1 (3).

29 Dazu etwa *Bonk*, DVBl. 2004, S. 141 (143); *Schuppert*, Verwaltungskooperationsrecht (Fn. 21), S. 13.

30 Die verbleibenden Abgrenzungsprobleme betreffen vor allem den Leistungsaustausch auf der Basis klassischer Verträge; vgl. *Budäus*, Public Private Partnership – Kooperationsbedarfe, Grundkategorien und Entwicklungsperspektiven, in: *ders.* (Hrsg.), Kooperationsformen (Fn. 5), S. 11 (15 ff.).

31 Vgl. dazu und zum Folgenden *Bauer*, Verwaltungsverträge (Fn. 2), § 36 Rn. 45 f. m.w.N. Die mehr verwaltungswissenschaftlich ausgerichtete Literatur spricht teilweise auch – und soweit ersichtlich gleichsinnig – von vertraglichen und institutionalisierten PPP; siehe *Sack*, Eine Bestandsaufnahme der Verbreitung, Regelungen und Kooperationspfade vertraglicher PPP in Deutschland – Effizienz, Kooperation und relationaler Vertrag, in: *Budäus* (Hrsg.), Kooperationsformen (Fn. 5), S. 51 ff.; *Reichard*, Organisations-PPP – Typologie und praktische Ausprägungen, ebd., S. 77 ff.

32 Diese Organisationsform ist als gemischtwirtschaftliches Unternehmen seit langem bekannt, vertraut und verbreitet; siehe *Reichard*, Organisations-PPP (Fn. 32), S. 77.

Abb. 2: Grundstruktur „Vertrags-PPP“

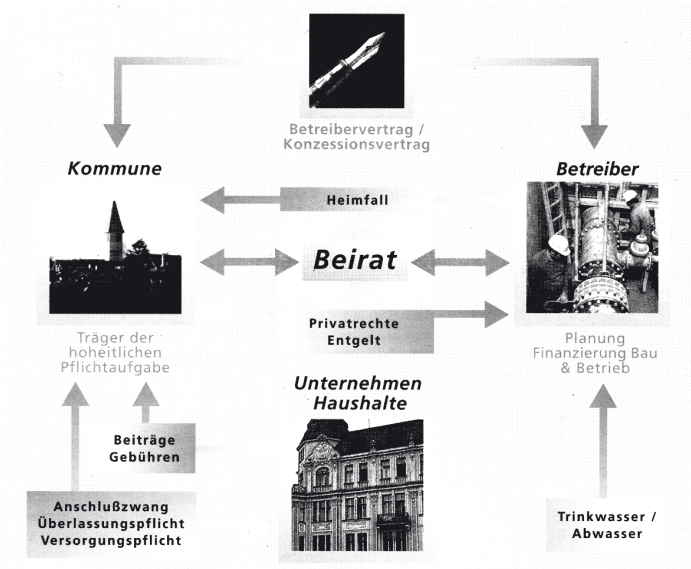
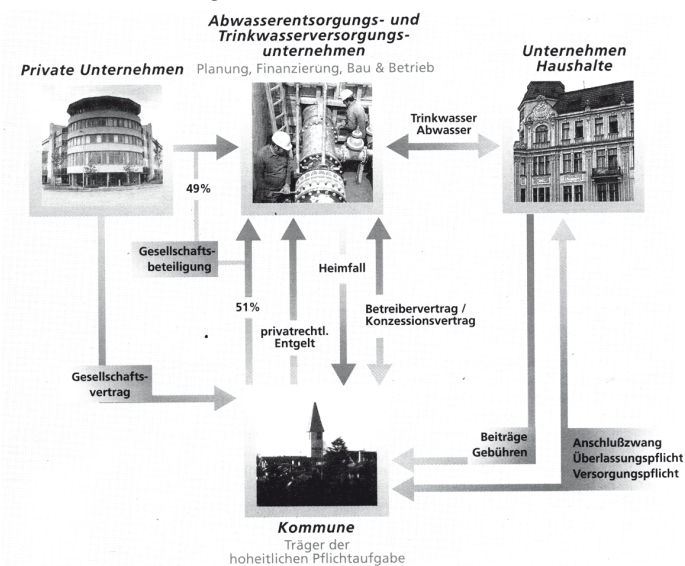


Abb. 3: Grundstruktur „Organisations-PPP“



Quelle: Bundesministerium für Wirtschaft (Hrsg.), *Trinkwasserversorgung & Abwasserentsorgung, Leitfaden zur Einbeziehung Privater in die kommunale Trinkwasserversorgung und Abwasserentsorgung*, o. J., S. 13 f.

Die Bezeichnung „Organisations-PPP“ ist hier allerdings zumindest unscharf, weil auch die institutionalisierten Öffentlich Privaten Partnerschaften auf einer vertraglichen, nämlich auf einer gesellschaftsvertraglichen Grundlage beruhen und in der Verwaltungspraxis mit einer Vertrags-PPP kombiniert sind.

Damit ist die Brücke zu den PPP-Verträgen geschlagen.³³ Diese Kooperationsverträge spielen eine wichtige Rolle für den Erfolg von Public Private Partnerships. Wo sich der Gesetzgeber zu der Zusammenarbeit gar nicht äußert oder – wie in dem erwähnten Beispiel des Wasserrechts – nur kurz deklaratorisch deren Zulässigkeit bestätigt oder sich sonst auf lediglich knappe Vorgaben für die Ausgestaltung der Partnerschaft beschränkt, entsteht nämlich umfangreicher Regelungsbedarf im Detail. Die Verträge schaffen dann gleichsam unterhalb der gesetzlichen Ebene eine mehr oder weniger dicke Schicht an Verwaltungskooperationsrecht, das die Parteien selbst setzen.³⁴ Die Implementierung von Public Private Partnerships wird dadurch kompliziert, zumal die Verwaltung vielfach kaum über Erfahrungen mit der Vertragsgestaltung verfügt. Zur Arbeitserleichterung stehen zwar Musterverträge und standardisierte Vertragsmuster bereit.³⁵ Doch entbinden die zumeist nur grob gerasterten Entscheidungshilfen nicht von der notwendigen Anpassung eines als geeignet erscheinenden Vertragsgerüsts an die konkreten Verhältnisse vor Ort. Auf diese Konkretisierungsarbeit wartet mancher Fallstrick. So haben Vertragsanalysen bemerkenswert uneinheitliche und sogar rechtlich prekäre Gestaltungen ergeben.³⁶ Das betrifft beispielsweise die schon mehrfach angesprochenen Public Private Partnerships im Segment der Abwasserbeseitigung. Dort muss die Verwaltung zur Vermeidung von Entsorgungsengepässen in der Lage sein, bei dauerhafter Schlecht- oder Nichterfüllung durch den Privaten die Abwasserbeseitigung „von einer Minute auf die andere“ wieder selbst zu übernehmen. Zur effektiven Absicherung dieser Erfüllungs- oder Gewährleistungsverantwortung dienen in der Praxis vertraglich vereinbarte Rückholoptionen wie Rechte zur Ersatzvornahme, Kündigungsrechte, Heimfallrechte usw. Vor diesem Hintergrund verwundert es, dass selbst ministerielle Leitfäden zur Gestaltung dieser Verträge „die Frage nach Rückholoptionen [...] weitgehend ins Belieben der Verwaltung stellen“³⁷. In einem ganz anderen Bereich zeigen übrigens die Vorgänge um Toll Collect³⁸, dass selbst Vertragswerke mit rund 17 000 Seiten keine Gewähr für eine termingerechte Pflichterfüllung bieten.

33 Vgl. allgemein zur Vertragsgestaltung bei Public Private Partnerships *Grzivotz*, Vertragsgestaltung im öffentlichen Recht, 2002, S. 253 und passim.

34 Näheres bei *Bauer*, Verwaltungskooperationsrecht (Fn. 1), S. 255 f.

35 Vgl. *Püttner*, Chancen und Risiken (Fn. 5), S. 102 f.; *Bauer*, Verwaltungsverträge (Fn. 2), § 36 Rn. 125ff.

36 Dazu und zum Folgenden *Bauer*, Verwaltungskooperationsrecht (Fn. 1), S. 262 ff.

37 *Wollenschläger*, Rückholoptionen (Fn. 27), S. 205.

38 Fn. 4.

II. GESETZGEBERISCHE REFORMBESTREBUNGEN

Tatsächliche oder vermeintliche Regelungsdefizite und die angedeuteten Gestaltungsprobleme haben schon vor der Jahrtausendwende gesetzgeberische Reformbestrebungen angestoßen. Im Vordergrund stehen dabei die Vorschriften über den Verwaltungsvertrag. Für deren Novellierung ist ein wichtiger Impuls von dem Leitprojekt „Rechtliche Regelungen für Public Private Partnership“³⁹ ausgegangen. Danach wird die Bundesregierung rechtliche Rahmenbedingungen für kooperative Vertragsverhältnisse schaffen und „für die Ausgestaltung von Kooperationsbeziehungen taugliche Vertragstypen und Vertragsklauseln im Verwaltungsverfahrenrecht“ verankern. Zur Vorbereitung der Novelle hat das Bundesinnenministerium zwei wissenschaftliche Gutachten in Auftrag gegeben, die für eine umfassende gesetzliche Ordnung der Kooperation zwischen Öffentlicher Verwaltung und Privaten plädieren und dazu ganz konkrete Regelungsvorschläge unterbreiten.⁴⁰ Die dort anvisierte sog. „große Lösung“ wird derzeit in der ministeriellen Modernisierungsarbeit zwar nicht weiterverfolgt.⁴¹ Regierungintern liegt aber seit längerem ein Referentenentwurf vor, der eine „behutsame Überarbeitung“ der §§ 54 ff. VwVfG anstrebt und mit einer sog. „kleinen Lösung“ den Ko-

39 Fn. 3.

40 Schuppert, Verwaltungs Kooperationsrecht (Fn. 21); Ziekow, Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz. Wissenschaftliches Gutachten, erstattet für das Bundesministerium des Innern, Juni 2001; beide Gutachten sind im Internet abrufbar unter <http://www.bmi.bund.de/Internet/Content/Common/Anlagen/Broschuere/2001/VerwaltungsKooperationsrecht_Public_Id_24040_de,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/VerwaltungsKooperationsrecht_Public_Id_24040_de.pdf> und <http://www.bmi.bund.de/Internet/Content/Common/Anlagen/Broschuere/2001/VerwaltungsKooperationsrecht_Public_Id_24041_de,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/VerwaltungsKooperationsrecht_Public_Id_24041_de.pdf> [Stand: 15. 4. 2008].

41 Näheres zu den vorbereitenden Tätigkeiten auf dem Weg zum Gesetzentwurf und insbes. zur sog. „großen Lösung“ sowie der in der Gesetzgebungspraxis bevorzugten „kleinen Lösung“ bei Schmitz, „Die Verträge sollen sicherer werden“ – Zur Novellierung der Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag, DVBl. 2005, S. 17 (19 ff.). Vgl. zu der beabsichtigten Neuregelung auch die Mitteilungen zum Bericht und zu den Beschlussempfehlungen des Beirats Verwaltungsverfahrenrecht beim Bundesinnenministerium, NVwZ 2002, S. 834 f.; Becker, Rechtsrahmen für Public Private Partnership, ZRP 2002, S. 303 ff.; Bonk, DVBl. 2004, S. 141 (147 ff.); Reicherzer, Die gesetzliche Verankerung von Public-Private-Partnerships, DÖV 2005, S. 603 ff.; Stelkens, Von der Nichtigkeit zur Vertragsanpassungspflicht – Zur Neuordnung der Fehlerfolgen öffentlich-rechtlicher Verträge, Die Verwaltung 37 (2004), S. 193 ff.; ders., „Kooperationsvertrag“ und Vertragsanpassungsansprüche: Zur beabsichtigten Reform der §§ 54 ff. VwVfG, NWVBl. 2006, S. 1 ff.; Gündling, Modernisiertes Privatrecht und öffentliches Recht, 2006, S. 122 ff.; Maurer, Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrenrechts – aber wohin?, in: Spannowsky (Hrsg.), Erscheinungsbilder eines sich wandelnden Verwaltungsrechts, in: Festschrift für Günter Püttner, 2007, S. 43 (50 ff.); Wollenschläger, Rückholoptionen (Fn. 27), S. 191 ff.; Lämmerzahl, Die Beteiligung Privater an der Erledigung öffentlicher Aufgaben, 2007, S. 223 ff.; Bauer, Verwaltungswissenschaftliche Impulse für die Fortentwicklung der Lehre vom Verwaltungsvertrag, in: Kluth/Müller/Peilert (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stober, i. E., I.

operationsvertrag als neuen Vertragstyp in das Verwaltungsverfahrensgesetz aufnehmen will.⁴² Der Entwurf befindet sich – soweit ersichtlich – gegenwärtig im Stadium interministerieller Abstimmung, deren Ausgang noch nicht absehbar ist.⁴³

Wegen des noch ungewissen Ausgangs der Regelungsaktivitäten, aber auch wegen der sich schon jetzt abzeichnenden inhaltlichen Zurückhaltung der geplanten Novelle betrifft der Modernisierungsbedarf freilich nicht nur die Gesetzgebung, sondern auch die Verwaltungsvertragsrechtslehre. Selbst eine etwaige Novellierung nach Maßgabe der „kleinen Lösung“ würde den gesetzgeberischen Handlungsbedarf nämlich nur in Teilen abbauen und deshalb unvollständig bleiben. Die fortwährende Lückenhaftigkeit des gesetzlichen Rahmens verlangt von der Rechtsdogmatik Orientierungshilfen für den praktischen Umgang mit verwaltungsrechtlichen Kooperationsverträgen. Dazu gehört die Bereitstellung⁴⁴ eines „Instrumentenkastens“, der in Form von Vertragstypen und Vertragsklauseln Gestaltungsvarianten aufzeigt und deren Funktionsweise zuverlässig beschreibt und bewertet. Das mündet in die Forderung nach einer Vertragsgestaltungslehre, die auf Vorarbeiten zur rechtsdirigierten Vertragsgestaltung und insbesondere auf das zur Vorbereitung der Gesetzesnovelle erstellte Gutachten von *Jan Ziekow* zurückgreifen kann. Denn dort wird ein besonderer Akzent auf die Vertragsklauseln⁴⁵ gelegt und u. a. unterschieden zwischen obligatorischen Klauseln (Mindestinhaltsklauseln) und fakultativen Klauseln, bei denen „Ob“ und „Wie“ einer kooperationsvertraglichen Regelung den Parteien anheim gestellt sind. Ein Beispiel für obligatorische oder Mindestinhaltsklauseln sind die etwa bei abwasserrechtlichen Kooperationsverträgen zu vereinbarenden Rechte zur Wahrung der gesetzlich gebotenen Rückholoption.⁴⁶ Die Sensibili-

42 Nach telefonischer Auskunft des BMI orientiert sich der vorerst noch nicht veröffentlichte Entwurf im Wesentlichen an dem im April 2004 in München beschlossenen Bund-Länder-Musterentwurf; die Eckpunkte des Musterentwurfs sind mit den vorgeschlagenen Änderungen des VwVfG vorgestellt bei *Schmitz*, DVBl. 2005, S. 17 (21 ff.).

43 Näheres zum derzeitigen Stand des Gesetzgebungsvorhabens bei *Schmitz*, Kooperationsverträge – Zur bevorstehenden Novellierung des Vertragsrechts im Verwaltungsverfahrensgesetz, in diesem Band. Neben dem Gesetzgebungsvorhaben auf Bundesebene ist auf der Landesebene das im vergangenen Jahr in Schleswig-Holstein erlassene Gesetz zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften vom 19. 6. 2007 (GVBl für Schleswig-Holstein 2007 S. 238) hervorzuheben. Das Gesetz, das in Auszügen im Anhang abgedruckt ist, enthält u. a. Vorgaben für die inhaltliche Ausgestaltung von Public Private Partnerships und eignet sich hervorragend als Diskussionsgrundlage für vergleichbare gesetzliche Regelungen des Bundes und anderer Länder.

44 Richtungweisend für die Bereitstellungsfunktion des Rechts im Zusammenhang mit der Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts *Schuppert*, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Grundfragen, 1993, S. 65 (insbes. S. 96 ff., 98 ff., 111 ff.); speziell im verwaltungsvertraglichen Kontext vgl. *ders.*, Verwaltungskooperationsrecht (Fn. 21), insbes. S. 80 ff.; *Reimer*, Mehrseitige Verwaltungsverträge, VerwArch. 94 (2003), S. 543 (546).

45 *Ziekow*, Kooperationsverhältnisse (Fn. 42), S. 190 ff.

46 Vgl. *Ziekow*, Kooperationsverhältnisse (Fn. 42), S. 192 f.

sierung für Fragen der Vertragsgestaltung verringert die Gefahr des Scheiterns von Öffentlich Privaten Partnerschaften, schließt sie aber nicht aus. Vor allem bei langfristig angelegten komplexen Verträgen unterlaufen leicht Gestaltungs-mängel mit hohen folgekostenbehafteten Risiken. Ähnlich verhält es sich mit unter Zeitdruck entstandenen Verträgen, die schnell mit konzeptionellen, später nicht mehr behebbaren Geburtsfehlern belastet sein können.

C. Public Public Partnerships

Schon allein wegen solcher Risiken sollten Verwaltungsträger, die vor der Auswahlentscheidung stehen, trotz der aktuellen Sympathiewelle für Triple P Alternativen nicht vorschnell ausblenden.⁴⁷ Zu diesen Alternativen gehört neben der kommunalen Eigenleistung die Zusammenarbeit zwischen zwei oder mehreren Verwaltungsträgern.⁴⁸ Die einzelnen Erscheinungsformen lassen sich unter der Chiffre „Public Public Partnerships“ (PuPuP) bzw. „Öffentlich Öffentliche Partnerschaft“ (ÖÖP) zusammenfassen.

Ähnlich wie bei Public Private Partnerships⁴⁹ können auch bei Public Public Partnerships typologisch zwei Grundformen⁵⁰ unterschieden werden. Bei der Vertrags-PuPuP erfolgt die Zusammenarbeit ohne die Errichtung einer neuen Organisationseinheit auf der Grundlage privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Verträge, durch die einem Kooperationspartner eine Aufgabe des oder der anderen Beteiligten übertragen, ein Kooperationspartner in die Erledigung der Aufgabe des bzw. der anderen Kooperationspartner eingeschaltet oder einem Kooperationspartner die Mitbenutzung einer von dem anderen Beteiligten betriebenen Einrichtung gestattet wird; exemplarisch sind die kommunalen Zweckvereinbarungen. Demgegenüber handelt es sich um Organisations-PuPuP, wenn die Zusammenarbeit in einer eigens dafür gegründeten besonderen Organisationseinheit erfolgt, also etwa in einer Arbeitsgemeinschaft oder in einem Freiverband oder auch in zivilrechtlichen Organisationsformen wie einer GmbH.⁵¹

47 In diesem Sinne auch *Tettinger*, NWVBl. 2005, S. 1 (10) (unter Hinweis auf die horizontale Kooperation mittels Zweckverbänden, Anstalten des öffentlichen Rechts und Arbeitsgemeinschaften).

48 Länderübergreifende Überblicke bei *Dittmann*, § 18 Kommunalverbandsrecht, in: *Achterberg/Püttner/Würtenberger* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, § 18 Rn. 33 ff.; *Gern*, *Deutsches Kommunalrecht*, 3. Aufl. 2003, S. 589 ff.; *Rengeling*, § 38 Formen interkommunaler Zusammenarbeit, in: *HKWP II*, S. 385 ff.; zu Brandenburg *Nierhaus*, *Kommunalrecht für Brandenburg*, 2003, S. 168 ff.

49 Oben B.I.

50 Vgl. *Storr*, *Public-Public-Partnerships*, LKV 2005, S. 521 (522); *Ziekow/Siegel*, *Public Public Partnerships und Vergaberecht: Vergaberechtliche Sonderbehandlung der „In-State-Geschäfte“?*, *VerwArch*. 96 (2005), S. 119 (122 f.); *Bauer*, *Verwaltungsverträge* (Fn. 2), § 36 Rn. 49.

51 Ähnlich wie bei PPP (vgl. oben B.I.) ist die Gegenüberstellung von Vertrags- und Organisations-PuPuP etwas missverständlich, weil in den genannten Beispielen auch die Organisations-PuPuP auf vertraglicher Grundlage beruht.

Als typenübergreifende Motive der Errichtung von Public Public Partnerships führt die kommunalrechtliche Literatur⁵² an: Einsparungen durch Kräftebündelung, Nutzung des Know-hows der anderen Akteure des öffentlichen Sektors, Erschließung von Synergieeffekten, Stärkung der Verwaltungskraft, Erhöhung der Wirtschaftlichkeit und anderes mehr. Das entspricht Grundanliegen der Verwaltungsmodernisierung⁵³ und sollte schon aus diesem Grund die Öffentlich Öffentlichen Partnerschaften nicht von vornherein als Alternative zu Öffentlich Privaten Partnerschaften ausscheiden, mögen sich beim Entwurf des Vertragsdesigns für eine konkrete PuPuP mitunter auch ähnliche Probleme stellen wie bei PPP.

D. Zu Suche und Auswahl des Kooperationspartners

Jede Verwaltungskooperation setzt einen Kooperationspartner voraus. Deshalb stößt man – ob man es will oder nicht – bei der Beschäftigung mit Public Private Partnership unweigerlich auf die Frage nach dem geeigneten Kooperationspartner.⁵⁴ Für dessen Auswahl stellt die Rechtsordnung bislang keine einheitlichen Kriterien bereit, was die Erarbeitung gebietsübergreifender Qualifikationsanforderungen erschwert.⁵⁵ Im Anschluss an verwaltungswissenschaftliche Vorarbeiten schreibt allerdings die geplante Regelung des Kooperationsvertrags im VwVfG nunmehr fest: „Die Behörde darf nur einen Vertragspartner wählen, der fachkundig, leistungsfähig und zuverlässig ist“⁵⁶. Das schaffte insoweit Klarheit.

Im Übrigen ist das Verfahren der Partnersuche und -auswahl bei Verwaltungskooperationen bereichs- und gegenstandsspezifisch und zudem in der Mehr-Ebenen-Rechtsordnung abgestuft⁵⁷ vergaberechtlich determiniert. Davon erfasst sind Public Private und Public Public Partnerships, sofern die vergaberechtsrelevanten Voraussetzungen⁵⁸ erfüllt sind. Das „verlängert“ die

52 Vgl. z. B. *Gern*, Kommunalrecht (Fn. 50), S. 589; *Nierhaus*, Kommunalrecht (Fn. 50), S. 167.

53 Vgl. *Storr*, LKV 2005, S. 521 (521).

54 Vgl. *Schuppert*, Verwaltungskooperationsrecht (Fn. 21), S. 122.

55 Vgl. *Bauer*, Verwaltungskooperationsrecht (Fn. 1), S. 259 ff.; *Schuppert*, Verwaltungskooperationsrecht (Fn. 21), S. 58 f., 122 f., 124.

56 *Schmitz*, DVBl. 2005, S. 17 (21).

57 Vgl. für die Rechtspraxis BVerfGE 116, 135.

58 Zu den Verträgen bei sog. (Quasi-)In-House-Geschäften, die unter bestimmten Voraussetzungen (insbes. Kontrolle des öffentlichen Auftraggebers über den Auftragnehmer wie über eine eigene Dienststelle, Beschränkung der auftragnehmerischen Aktivitäten im Wesentlichen auf Tätigkeiten für den Auftraggeber) vergaberechtsirrelevant sind, s. EuGH, Rs. C-107/98, Slg. 1999, I-8121, Rn. 44 ff.; EuGH, Rs. C-26/03, Slg. 2005, I-1, Rn. 47 ff.; EuGH, Rs. C-410/04, Slg. 2006, I-3303, Rn. 17 ff.; EuGH, Rs. C-340/04, Slg. 2006, I-4137, Rn. 31 ff., 58 ff.; *Hardrath*, In-house-Geschäfte und europäisches Vergaberecht, 2006; *Frenz*, Ausschreibungspflicht bei Anteilsveräußerungen und Einzelgesellschaften, NJW 2006, S. 2665 ff.; zu Fragen und Abgrenzungsproblemen bei den lange Zeit verbreitet als „vergaberechtsimmun“ eingestuften Public Public Partnerships namentlich im interkommunalen Bereich vgl. *Burgi*, Warum die „kommunale Zusammenarbeit“ kein vergaberechts-

Verwaltungskooperation in das Vergaberecht hinein, zumal die Verwaltungspraxis immer wieder Gestaltungsformen sucht und entwickelt, um die als starr empfundenen Bindungen dieses Rechtsgebiets abzustreifen; jüngstes Beispiel ist die Dienstleistungskonzession⁵⁹. Solche Vermeidungsstrategien bieten eine mögliche Erklärung dafür, dass in der Praxis ca. 90% der Aufträge die für die Anwendung des „harten“ europäisierten Vergaberechts maßgeblichen Schwellenwerte nicht erreichen.⁶⁰

Für eine gewisse Flexibilisierung sorgen auch die jüngsten Reformen des Vergaberechts⁶¹, unter denen der „Wettbewerbliche Dialog“⁶² besonders hervorsteht. Der Wettbewerbliche Dialog betrifft die Vergabe „besonders komplexer Aufträge“, zu denen die einschlägige EG-Richtlinie, die Vergabekordinierungsrichtlinie, etwa bedeutende integrierte Infrastrukturprojekte und große Computernetzwerke zählt.⁶³ Das besondere Kennzeichen des Wettbewerblichen Dialogs ist die Erarbeitung von im Dialog zwischen staatlichem Auftraggeber und potentiellern Auftragnehmer gemeinsam entwickelten Lösungsmöglichkeiten.⁶⁴ Wenn also beispielsweise ein Bedürfnis (und das Ziel) besteht, zwei Straßen, die an einander gegenüberliegenden Flussufern verlaufen, miteinander zu verbinden, die Art der Verbindung zunächst aber noch ungewiss ist, dann eröffnet der Wettbewerbliche Dialog die Option zur kreativen Generierung von Lösungsalternativen in einem kooperativen Ver-

pflichtiger Beschaffungsvorgang ist, NZBau 2005, S. 208 (209 ff.); *ders.*, Vergabe- und Wettbewerbsrecht als zusätzliche Maßstäbe für Verwaltungszusammenarbeit, ZG 21 (2006), S. 189 (193 ff.); *Ziekow/Siegel*, *VerwArch.* 96 (2005), S. 119 (123 ff.); *Storr*, Kooperation nur nach Ausschreibung?, *SächsVBl* 2006, S. 234 (235 ff.); mit einem Fortentwicklungsvorschlag *Pöcker/Michel*, Vergaberecht und Organisation öffentlicher Verwaltung: Vom Formalismus der juristischen Person zur Anpassung an sich verändernde Handlungs- und Organisationsrationalitäten, *DÖV* 2006, S. 445 ff.; speziell zur Anwendbarkeit des Vergaberechts auf Eigengeschäfte und Verwaltungskooperationen *Krajewski/Wethkamp*, Die vergaberechtsfreie Übertragung öffentlicher Aufgaben, *DVBl.* 2008, S. 355 ff.

- 59 Dazu etwa *Ruhland*, Die Dienstleistungskonzession, 2006; *Nettesheim*, Die Dienstleistungskonzession, *EWS* 2007, S. 145 ff.
- 60 *Gurlit*, Begriff, Bedeutung und Arten des Verwaltungsvertrages, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13. Aufl., 2006, § 28 Rn. 4 mit Fn. 20.
- 61 Vgl. *Fehling*, Informelles Verwaltungshandeln, in: *Hoffman-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen* (Fn. 2), § 38 Rn. 88 m.w.N.
- 62 § 101 Abs. 5 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 6a Vergabeverordnung; dazu etwa *Knauff*, Im wettbewerblichen Dialog zur Public Private Partnership?, *NZBau* 2005, S. 249 ff.; *Pünder/Franzius*, Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, *ZfBR* 2006, S. 20 ff.; *Schenke/Klimpel*, Verhandlungsverfahren versus wettbewerblicher Dialog: Neuere Entwicklungen im Vergaberecht Öffentlich Privater Partnerschaften (ÖPP)/Public Private Partnership (PPP), *DVBl.* 2006, S. 1492 (1494 ff.); jew. m.w.N. Über den aktuellen Stand der Entwicklung und die (potentiellen) Einsatzfelder namentlich bei Public Private Partnership-Projekten informiert *Schenke*, Der wettbewerbliche Dialog, in diesem Band.
- 63 Erwägungsgrund 31 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. 3. 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, *ABl. EG* Nr. 134 v. 30. 4. 2004, S. 114 (118).
- 64 *Pünder/Franzius*, *ZfBR* 2006, S. 20 (24).

fahren; denn erst in der Dialogphase, die in mehreren Runden stattfinden kann, ermittelt der Auftraggeber durch die Erörterung der Einzelheiten des Projekts mit den ausgewählten Unternehmen die für ihn optimale Problemlösung – Brücke, Tunnel, Fähre oder was auch immer. Der Wettbewerbliche Dialog wird allerdings – soweit ersichtlich – auf kommunaler Ebene bislang noch nicht oder allenfalls wenig praktiziert, was damit zusammenhängen mag, dass er noch relativ „neu“ ist. Deshalb bleibt abzuwarten, ob er den Praxistest bestehen und sich durchsetzen wird.

E. Zukunftstrend Rekommunalisierung?

Wenn von Public Private Partnerships die Rede ist, dann beschäftigt man sich regelmäßig zuallererst mit der Errichtung solcher Kooperationen, mit den damit verbundenen Chancen und Risiken und bisweilen auch mit den bei der kooperativen Aufgabenerledigung auftretenden Problemen, also mit der Durchführung, dem Management und dem Controlling in Public Private Partnership-Arenen. Deutlich weniger Aufmerksamkeit wird dagegen bislang dem Scheitern und der Beendigung von Öffentlich Privaten Partnerschaften geschenkt. Das überrascht. Denn früher oder später endet der Lebenszyklus jeder Verwaltungskooperation.⁶⁵ Die Vernachlässigung der Beendigung von Public Private Partnerships ist aber auch leicht erklärbar, weil am Beginn die kreative Aufbauarbeit steht und diese Phase vom Schwung des Glaubens an den Erfolg getragen wird – wer spricht bei der Geburt schon gerne über den Tod? Außerdem mag die lange Laufzeit vieler Öffentlich Privater Partnerschaften eine gewisse Rolle spielen. So haben die Betreiber- und Kooperationsmodelle im Abwassersektor eine mittlere Laufzeit von 20 bis 30 Jahren; das gestattet erst nach vielen Jahren zuverlässige Aussagen darüber, ob die Kooperationen langfristig leistungs- und tragfähig sind oder der Trend irgendwann in eine Rekommunalisierung umschlägt.⁶⁶

Was immer auch die Gründe für die Vernachlässigung des Scheiterns und der Beendigung von Public Private Partnerships sein mögen – rechtfertigen lässt sie sich nicht. Denn irgendwann endet, wie erwähnt, jede Kooperation, sei es durch Ablauf der vertraglichen Laufzeit, sei es als Folge inhaltlichen Scheiterns oder aus anderen Gründen. Eine vorausschauende Gestaltung von Verwaltungskooperationen sollte deshalb stets auch deren Beendigung im Blick haben und Vorkehrungen für die Phase der Aufgabenrückholung in kommunale Verantwortung treffen. Dazu besteht Anlass. So ist von den

65 Umso bemerkenswerter ist, dass selbst manche „Life Cycle Betrachtung“ die Beendigung der Kooperation ausblendet; vgl. etwa *Henk*, Bestandsbeurteilung Analyse in der Life Cycle Betrachtung, in: *Weber/Schäfer/Hausmann* (Hrsg.), *Partnership* (Fn. 14), S. 641 ff.

66 Dazu bereits *Bauer*, *VerwArch.* 90 (1999), S. 561 (580). Vgl. allgemein zur Rekommunalisierung auch den instruktiven Beitrag von *Schäfer*, *Privat vor Staat hat ausgedient, Rekommunalisierung: Modetrend oder neues Politikphänomen?*, *Öffentliche Finanzen*, Sonderbeilage zur F.A.Z., vom 19. 6. 2008, S. 3.

Potsdamer Stadtwerken bekannt, dass sich die Stadtwerke schon kurze Zeit nach Beginn einer auf zwanzig Jahre angelegten Partnerschaft wieder von dem daran beteiligten Privaten, einem „global player“, getrennt haben.⁶⁷ Auch gibt es längst fachgerichtliche Entscheidungen, die mit gescheiterten und beendeten Triple Ps konfrontieren. Aus der jüngeren Spruchpraxis hervorzuheben ist ein Urteil des OLG Schleswig zur Rekommunalisierung eines Gasnetzes.⁶⁸ In der dieser Entscheidung zugrunde liegenden Konstellation hatte sich – mit der hier gebotenen Vereinfachung – ein großer Energieversorger nach Ablauf des Konzessionsvertrages geweigert, das Eigentum am örtlichen Gasnetz zu übertragen. Das Gericht hat im praktischen Ergebnis zwar einen Anspruch der klagenden kommunalen Einrichtung auf Übereignung des Gasnetzes einschließlich der dazugehörigen Grundstücke anerkannt, musste sich jedoch, um zu diesem Ergebnis zu gelangen, mit schwierigen vertragsrechtlichen Problemen beschäftigen, deren Lösung nicht ohne Rückgriff auf den (verbreitet als „Notnagel“ geltenden) Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) auskam. Hier bestätigt sich im Detail die herausragende Bedeutung der Vertragsgestaltung, von der bereits die Rede war⁶⁹: Der Vertrag ist der Ort, an dem die Akteure schon zu Beginn der Zusammenarbeit Ausstiegsoptionen vereinbaren und vor allem Vorsorge für die interessengerechte Auseinandersetzung am Ende der Kooperation treffen sollten, um in Fällen der Rekommunalisierung eine kontinuierliche Aufgabenerfüllung zu gewährleisten.

F. Entwicklungsszenarien

Am Ende der *tour d’horizon* stehen ebenso facettenreiche wie spannende Entwicklungsszenarien der Verwaltungskooperation. Die diesjährige Fachtagung des Kommunalwissenschaftlichen Instituts greift aus der Gesamtserie vier besonders wichtig erscheinende Problemfelder heraus. Auf dem Programm stehen zunächst die Öffentlich Privaten Partnerschaften, die durch angekündigte Änderungen der Verwaltungsverfahrensgesetze normativ auf ein sichereres Fundament gestellt werden sollen und zudem von den politischen Akteuren auf vielfältige Weise gefördert werden. Bei allem Aufwind für Triple P nicht aus dem Blickfeld geraten dürfen jedoch konkurrierende Modelle der Public Public Partnerships, die mitunter die bessere Alternative sein können und den zweiten Schwerpunkt der Tagung bilden. In der Choice-Situation sollten die Akteure deshalb stets das gesamte Spektrum möglicher Verwaltungskooperationen vor Augen haben. In der Auswahlsi-

67 Näheres bei *Paffhausen*, Gestaltung von Public Private Partnerships – Motive, Erfolgsfaktoren, Risiken für die Kommunen, Rekommunalisierung, in diesem Band.

68 NVwZ-RR 2006, S. 811 ff.

69 Oben B.I.

tuation bewusst sein sollten auch die Schwierigkeiten der Partnersuche und -wahl, die vor jeder Verwaltungskooperation steht; damit befasst sich das dritte Schwerpunktthema, das aus diesem Segment vergaberechtliche Steuerungen und insbesondere den Wettbewerblichen Dialog aufnimmt. Schließlich: Verwaltungskooperationen haben nicht nur einen Anfang, sondern in aller Regel auch ein Ende. Und für diese Beendigung muss die Verwaltung gerüstet sein, wenn sie eine übergangslose Erfüllung ihrer Aufgaben sicherstellen will; daher stehen als vierter und letzter Aspekt der Lebenszyklusbetrachtung die Beendigung von Verwaltungskooperationen und die Rekommunalisierung auf der Agenda.

Der Autor *Prof. Dr. Hartmut Bauer* ist Inhaber des Lehrstuhls für Europäisches und Deutsches Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Sozialrecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht an der Universität Potsdam, Mitglied des Vorstands des Kommunalwissenschaftlichen Instituts der Universität Potsdam und ordentliches Mitglied des Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung Speyer.

G. Anhang: Gesetz zur Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften des Landes Schleswig-Holstein vom 19. 6. 2007 (GVBl S. 328) – Auszug

ARTIKEL 1

*GESETZ ÜBER DIE ZUSAMMENARBEIT ZWISCHEN
TRÄGERN DER ÖFFENTLICHEN VERWALTUNG UND PRIVATEN*

GS SCHL.-H. II, GL.Nr. 20-12

§ 1

Zweck und Anwendungsbereich des Gesetzes

(1) Zweck dieses Gesetzes ist,

1. Anforderungen an Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen zur Feststellung, ob die von den Trägern der öffentlichen Verwaltung wahrgenommenen Aufgaben ebenso gut oder besser in Zusammenarbeit mit Privaten erfüllt werden können, festzulegen;
2. die Voraussetzungen für und die inhaltlichen Anforderungen an die vertragliche Zusammenarbeit zwischen Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten zu definieren;
3. die Zuwendungsfähigkeit von Projekten der Zusammenarbeit zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten zu verbessern;
4. die Träger der öffentlichen Verwaltung zur Aufgabenkritik anzuhalten.

(2) Vertragliche Zusammenarbeit im Sinne der nachfolgenden Bestimmungen ist die auf mehrere Jahre vereinbarte Zusammenarbeit der Träger der öffentlichen Verwaltung nach § 2 Abs. 1 und 2 des Landesverwaltungsgesetzes mit Privaten bei der Erledigung der von ihnen wahrgenommenen Aufgaben.

(3) Dieses Gesetz gilt nicht für die Tätigkeit des Bundes sowie der Kirchen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsgemeinschaften des öffentlichen Rechts und deren Verbände und Einrichtungen im Land Schleswig-Holstein.

§ 2

Zulässigkeit der Zusammenarbeit mit Privaten

- (1) Soweit überwiegende öffentliche Interessen oder gesetzliche Vorschriften nicht entgegenstehen, können die Träger der öffentlichen Verwaltung bei der Erledigung der von ihnen wahrgenommenen Aufgaben mit Privaten auf vertraglicher Grundlage zusammenarbeiten. Die Zusammenarbeit kann sich auf unterstützende Tätigkeiten der Privaten ohne Außenwirkung, ihre unmittelbare Einbeziehung in die Erledigung der von den Trägern der öffentlichen Verwaltung wahrgenommenen Aufgaben oder eine Aufgabenübertragung auf die Privaten beziehen.
- (2) Eine Zusammenarbeit mit Privaten nach Absatz 1 lässt die Verpflichtungen des Trägers der öffentlichen Verwaltung gegenüber Dritten bei der Erledigung der von ihnen wahrgenommenen Aufgaben unberührt.

§ 3

Gegenstände vertraglicher Zusammenarbeit

Gegenstände der vertraglichen Zusammenarbeit zwischen den Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten können insbesondere sein:

1. Übernahme der Planung, des Baus, der Finanzierung und des Betriebs einer dem Träger der öffentlichen Verwaltung gegen regelmäßiges Nutzungsentgelt zur Nutzung zu überlassenden Immobilie durch den Privaten,
 - a) verbunden mit dem Eigentumsübergang zum Ende der Vertragslaufzeit (Erwerbermodell),
 - b) verbunden mit der Option zum Erwerb der Immobilie zum Ende der Vertragslaufzeit (Leasingmodell),
 - c) ohne Erwerbsoption zum Ende der Vertragslaufzeit (Mietmodell);
2. Übernahme der Planung, des Neu-, Aus- oder Umbaus oder der Sanierung, der Finanzierung und des Betriebs einer im Eigentum des Trägers der öffentlichen Verwaltung stehenden Immobilie durch den Privaten gegen regelmäßiges Nutzungsentgelt (Inhabermodell);
3. Übernahme von Bauarbeiten und betriebswirtschaftlichen Optimierungsmaßnahmen von bestimmten technischen Anlagen und Anlagenteilen durch den Privaten gegen ein regelmäßiges, zu Beginn der Zusammenarbeit festzulegendes Entgelt (Contractingmodell);

4. Übertragung von Aufgaben eines Trägers der öffentlichen Verwaltung auf eine Gesellschaft zur eigenverantwortlichen Erledigung, an der neben dem Träger der öffentlichen Verwaltung mindestens ein Privater gesellschaftsrechtlich beteiligt ist (Gesellschaftsmodell);
5. Übertragung von Aufgaben eines Trägers der öffentlichen Verwaltung auf einen Privaten zur eigenverantwortlichen Erledigung, verbunden mit der Übertragung oder Einräumung der Befugnis zur Erhebung von zivilrechtlichen Entgelten oder öffentlich-rechtlichen Gebühren (Konzessionsmodell);
6. Mischformen der in Nummer 1 bis 5 genannten Modelle.

§ 4

Aufgabenkritik

Die Träger der öffentlichen Verwaltung sollen die von ihnen wahrgenommenen Aufgaben daraufhin überprüfen, ob sie verzichtbar sind oder in anderer Weise erfüllt werden können. In geeigneten Fällen kann Privaten die Möglichkeit gegeben werden, darzulegen, ob und inwieweit sie die von den Trägern der öffentlichen Verwaltung wahrgenommenen Aufgaben ebenso gut oder besser wahrnehmen können. § 7 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 der Landeshaushaltsordnung bleiben unberührt.

§ 5

Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen

Die Träger der öffentlichen Verwaltung können Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchführen, um festzustellen, ob die von ihnen wahrgenommenen Aufgaben ebenso gut oder besser von Privaten oder in Zusammenarbeit mit Privaten erfüllt werden können. Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen zur Feststellung, ob die wahrgenommenen Aufgaben ebenso gut oder besser in Zusammenarbeit mit Privaten erfüllt werden können, haben sich auf den gesamten Lebenszyklus eines Projekts zu beziehen und sämtliche Kosten und Lasten sowie die Risikoverteilung in den Projektphasen der Planung, Realisierung und Abwicklung nach Vertragsbeendigung einzustellen. § 7 Abs. 2 der Landeshaushaltsordnung bleibt unberührt.

§ 6

Auswahl des Vertragspartners

- (1) Verträge nach § 2 Abs. 1 dürfen nur mit Privaten geschlossen werden, die die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen.
- (2) Unbeschadet der Anforderungen nach anderen Rechtsvorschriften dürfen Verträge nur unter Beachtung der Grundsätze des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz staatlichen Handelns geschlossen werden.

§ 7

Einflussssicherung und Aufsicht

- (1) In den mit den Privaten zu schließenden Verträgen über die Zusammenarbeit nach § 2 Abs. 1 ist in geeigneter Weise sicherzustellen, dass den Trägern der öffentlichen Verwaltung ein hinreichender Einfluss auf die Erfüllung der den Privaten obliegenden Leistungspflichten eingeräumt wird, soweit dies zur Sicherstellung der von den Trägern der öffentlichen Verwaltung wahrgenommenen Aufgaben erforderlich ist.
- (2) Werden die Privaten in die Erfüllung der den Trägern der öffentlichen Verwaltung gegenüber Dritten obliegenden Aufgaben unmittelbar einbezogen oder werden ihnen diese Aufgaben ganz oder teilweise übertragen, müssen den Trägern der öffentlichen Verwaltung vertragliche Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten eingeräumt werden, die eine jederzeitige Sicherstellung der von den Privaten zu erfüllenden Leistungspflichten gewährleisten, insbesondere Auskunfts-, Selbsteintritts-, Übernahme- oder Vetorechte, Genehmigungs- oder Abstimmungsrechte oder das Recht zur außerordentlichen Kündigung des Vertrages im Falle einer schwerwiegenden Störung des Vertragsverhältnisses. Bei gesellschaftsrechtlicher Ausgestaltung der Vertragsbeziehung ist durch Gesellschaftsvertrag, Satzung oder in anderer Weise außerdem sicherzustellen, dass den Trägern der öffentlichen Verwaltung insbesondere im Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Kontrollorgan der Gesellschaft ein angemessener Einfluss eingeräumt wird.

§ 8
Mindestinhaltsklauseln

Ein Vertrag nach § 2 Abs. 1 muss unbeschadet weitergehender Anforderungen nach § 7 enthalten:

1. die Verpflichtung zur Einhaltung der bei der Erfüllung des Vertrages zu beachtenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften;
2. die Beschreibung der von der oder dem Privaten zu erbringenden Leistungen nach Art, Umfang, Zeitpunkt und Qualität;
3. Regelungen über die Planung, Kontrolle und Steuerung der von der oder dem Privaten nach dem Vertrag geschuldeten Leistungen (Vertragscontrolling);
4. Regelungen über das der oder dem Privaten zustehende Leistungsentgelt sowie über die Anpassung des Leistungsentgelts bei einer Änderung der dem Vertragsschluss zugrunde liegenden Verhältnisse;
5. Regelungen über die Verpflichtung der Vertragspartner zur Änderung und Anpassung des Vertrages, soweit der Träger der öffentlichen Verwaltung eine Änderung der von der oder dem Privaten geschuldeten Leistung wünscht und die Leistungsänderung bei Abwägung der Interessen beider Vertragspartner der oder dem Privaten zumutbar ist;
6. Regelungen über die Grundlagen für die Bemessung des im Falle einer Änderung des Vertragsinhalts nach Nummer 5 an den veränderten Leistungsinhalt anzupassenden Entgelts;
7. Regelungen über die Rechtsfolgen von Leistungsstörungen, insbesondere im Verzugsfall und bei Schlechtleistung;
8. bei Verträgen mit werk- oder kaufvertraglichen Elementen Regelungen über Art und Umfang der Mängelgewährleistung sowie die Verjährungsfristen;
9. Regelungen über die Haftung der Vertragsparteien sowie die Verteilung der Gefahr und der sonstigen vertraglichen Risiken;
10. Regelungen über die außerordentliche Kündigung des Vertrages und deren Rechtsfolgen;

11. Regelungen über die Rechtsfolgen bei Beendigung des Vertrages zum Ende der Vertragslaufzeit;
12. die Verpflichtung der Vertragsparteien zur einvernehmlichen Ergänzung oder Änderung des Vertrages bei Fehlen oder Unvollständigkeit der Regelungen zur Einflusssicherung nach § 7, der Regelungen nach den Nummern I bis II oder sonstiger für die vertragsgemäße Erfüllung des Vertrages notwendiger Regelungen.

§ 9

Nichtigkeit des Vertrages

- (1) Ein Vertrag nach § 2 Abs. 1, durch den die oder der Private in die Erfüllung der dem Träger der öffentlichen Verwaltung obliegenden Aufgaben unmittelbar einbezogen wird oder durch den ihr oder ihm diese Aufgaben ganz oder teilweise übertragen werden, ist nichtig, wenn dem Träger der öffentlichen Verwaltung keine vertraglichen Einwirkungs- und Kontrollrechte eingeräumt werden, die die jederzeitige Sicherstellung der von der oder dem Privaten zu erfüllenden Leistungspflichten gewährleisten, und die Vertragsparteien sich nicht auf eine einvernehmliche Ergänzung oder Änderung des Vertrages einigen.
- (2) Für die Rückabwicklung empfangener Leistungen gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die ungerechtfertigte Bereicherung.

§ 10

Zuwendungsfähigkeit von Projekten der Zusammenarbeit

Bedienen sich die Träger der öffentlichen Verwaltung zur Erledigung der von ihnen wahrgenommenen Aufgaben Privater nach § 2 Abs. 1, sind die gemeinsam mit den Privaten erledigten Aufgaben ohne Rücksicht auf die eigentumsrechtliche Zuordnung des für die Aufgabenerledigung benötigten Sachvermögens nach Maßgabe der zuwendungsrechtlichen Bestimmungen in gleichem Umfang wie die in alleiniger Verantwortung der Träger der öffentlichen Verwaltung erfüllten Aufgaben zuwendungsfähig, soweit nicht Rechtsvorschriften des Bundes oder der Europäischen Union ausdrücklich etwas anderes bestimmen.

§ 11

Ergänzende Anwendung von Rechtsvorschriften

Ist Gegenstand des Vertrages nach § 2 Abs. 1 ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, finden die Vorschriften des Landesverwaltungsgesetzes über den öffentlich-rechtlichen Vertrag (§§ 121 ff.) ergänzend Anwendung. Im Übrigen gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs.