



Universität Potsdam

Hartmut Bauer/Christiane Büchner/  
Frauke Brosius-Gersdorf (Hrsg.)

## Verwaltungskooperation

Public Private Partnerships und  
Public Public Partnerships



*Hartmut Bauer/Christiane Büchner/Frauke Brosius-Gersdorf (Hrsg.)*

# Verwaltungs Kooperation

Public Private Partnerships und Public Public Partnerships

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;  
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

**Universitätsverlag Potsdam 2008**  
<http://info.ub.uni-potsdam.de/verlag.htm>

Am Neuen Palais 10, 14469 Potsdam  
Fon +49 (0)331 977 4623 / Fax -4625,  
E-Mail: [verlag@uni-potsdam.de](mailto:verlag@uni-potsdam.de)

Die Schriftenreihe KWI Schriften wird herausgegeben vom  
Kommunalwissenschaftlichen Institut der Universität Potsdam.

Satz: Martin Anselm Meyerhoff  
Druck: docupoint GmbH Magdeburg

Das Manuskript ist urheberrechtlich geschützt.

**ISSN 1867-951X**  
**ISBN 978-3-940793-68-3**

Zugleich online veröffentlicht auf dem Publikationsserver der Universität Potsdam  
URL <http://pub.ub.uni-potsdam.de/volltexte/2009/2758/>  
URN [urn:nbn:de:kobv:517-opus-27583](http://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:kobv:517-opus-27583)  
[<http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:kobv:517-opus-27583>]

# Inhaltsverzeichnis

Editorial	5
Verwaltungskooperation – Public Private Partnerships und Public Public Partnerships – Einführende Problemskizze <i>Hartmut Bauer</i>	9
Public Private Partnership (PPP): Zum aktuellen Entwicklungs- und Diskussionsstand <i>Dietrich Budäus und Birgit Grüb</i>	33
Kooperationsverträge – Zur bevorstehenden Novellierung des Vertragsrechts im Verwaltungsverfahrensgesetz <i>Heribert Schmitz</i>	51
Institutionelle Alternativen zu Public-Private-Partnerships – Kommunale Eigenleistung, Public-Public-Partnerships und Contracting-Out <i>Christoph Reichard</i>	61
Vergaberechtliche Direktiven für Verwaltungskooperationen <i>Thomas Mestwerdt</i>	73
Der Wettbewerbliche Dialog <i>Ralf P. Schenke</i>	77
Die Public Private Partnership-Kontaktstelle des Landes Brandenburg <i>Volker Schaedel</i>	91
Gestaltung von Public Private Partnerships – Motive, Erfolgsfaktoren, Risiken für die Kommune, Rekommunalisierung <i>Peter Paffhausen</i>	95



# Editorial

Public Private Partnerships (PPP) sind aktueller denn je: Die Aufgaben der Kommunen werden immer komplexer und lassen sich oft nur meistern, wenn die Last auf mehrere Schultern verteilt wird. Für die Kommunen bieten PPPs die Chance zu einer schnelleren, bürgernäheren und bedarfsgerechteren Aufgabenerfüllung, zur Konzentration auf kommunale Kernkompetenzen, zur Nutzung privaten Know-hows sowie zu Kosteneinsparungen und Effizienzgewinnen. Für die privaten Partner sind PPPs eine Möglichkeit zur Erschließung neuer Märkte und Generierung lukrativer Aufträge. Gleichzeitig bringen die Planung, die Finanzierung, der Betrieb und die Beendigung Öffentlich Privater Partnerschaften jedoch komplexe rechtliche und praktische Probleme mit sich.

Vor diesem Hintergrund widmete sich die 14. Jahrestagung des Kommunalwissenschaftlichen Institutes (KWI) der Universität Potsdam im April 2008 den rechtlichen Rahmenbedingungen und den praktischen Problemen im alltäglichen Umgang mit PPPs. Sie beleuchtete die verschiedenen Stationen des Lebenslaufs von PPPs und gab Antworten auf wichtige Fragestellungen bei der Implementierung und Umsetzung von PPP-Projekten. Behandelt wurden unter anderem Themen wie die Novellierung des Vertragsrechts im Verwaltungsverfahrensgesetz, Direktiven des Vergaberechts, Möglichkeiten der Finanzierung durch EU-Fördermittel sowie institutionelle Alternativen (insbes. Public Public Partnerships) und Lösungswege beim Scheitern von PPPs.

*Hartmut Bauer*, Geschäftsführender Direktor und Vorstand des KWI, führt in die Thematik ein. Er konzentriert sich in seinem Beitrag auf Verwaltungskooperation als Strategie der Staatsmodernisierung sowie auf Einsatzfelder, rechtliche Rahmenbedingungen und Implementationsprobleme von Public Private Partnerships. Des Weiteren skizziert er gesetzgeberische Reformbestrebungen mit einem besonderen Focus auf Fragen der Auswahl von Kooperationspartnern. Darüber hinaus stellt er Aspekte von Rekommunalisierungen in diesem Kontext zur Diskussion.

*Dietrich Budäus* und *Birgit Grüb*, beide Universität Hamburg, behandeln in ihrem Beitrag den aktuellen Entwicklungs- und Diskussionsstand von Public Private Partnerships. Ausgehend von einer Charakterisierung von PPPs diskutieren sie Risikoanalyse und Risikoverhalten als zentrales Problem des Wirtschaftlichkeitsvergleichs. Sie konstatieren, dass bei zukünftig geplanten

PPP-Projekten vermehrt eine möglichst aussagefähige Wirtschaftlichkeitsanalyse beachtet werden muss. Insgesamt ist den Risiken, aber auch den tatsächlichen Verhaltensweisen und der Unvollständigkeit von PPP-Verträgen, ein bedeutenderer Stellenwert einzuräumen als bisher.

*Heribert Schmitz*, Bundesministerium des Innern, äußert sich zur Novellierung des Vertragsrechts im Verwaltungsverfahrensgesetz und geht in diesem Zusammenhang besonders auf die Problematik von Kooperationsverträgen ein. In diesem Zusammenhang verweist er auch auf die geplanten Regelungen zur Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie, die die Gründung betrieblicher Niederlassungen in einem anderen EU-Mitgliedstaat erleichtern und das Erbringen von Dienstleistungen über die Landesgrenzen hinweg vereinfachen will.

*Christoph Reichard*, Universität Potsdam, konzentriert sich in seinem Beitrag „Institutionelle Alternativen zu Public Private Partnerships“ sowohl auf die Aspekte kommunale Eigenleistung, Verselbstständigung, Auslagerung als auch auf Public Public Partnerships. In seinem Fazit weist er darauf hin, dass das derzeit (noch) in Richtung „private Leistungserbringung“ schlagende Pendel wieder in Richtung des öffentlichen Sektors zurück schwingen wird. Erste Anzeichen von Rekommunalisierungen und erkennbarer Bürgerwiderstand gegen Privatisierungen – etwa von Stadtwerken – belegen diese Tendenz.

*Thomas Mestwerdt*, Rechtsanwalt in Potsdam, beschreibt in seinem Beitrag „Vergaberechtliche Direktiven für Verwaltungskooperationen“, ausgehend vom Stand der Rechtsprechung, in welchen Bereichen der interkommunalen Zusammenarbeit weiterhin keine Ausschreibungspflichten bestehen. Er geht dabei auf die sog. mandatierte Aufgabenübertragung und auf die sog. delegierende Aufgabenübertragung ein.

*Ralf P. Schenke*, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, stellt in seinem Beitrag fest, dass sich mit der Einführung des Wettbewerblichen Dialogs für die PPP das Koordinatensystem des europäisierten Vergaberechts verschoben hat. Die bisherige und nunmehr auch nach Auffassung der EU-Kommission rechtswidrige Vergabepaxis, PPP-Projekte im Wege des flexiblen Verhandlungsverfahrens durchzuführen, ist nicht mehr haltbar. Für die Umsetzung von PPP-Projekten ist zukünftig der Wettbewerbliche Dialog das vorrangig zu berücksichtigende Verfahren.

*Volker Schaedel*, Investitionsbank des Landes Brandenburg, stellt in seinem Beitrag die Service-Funktionen der Public Private Partnership-Kontaktstelle des Landes Brandenburg vor. Sie ist zentraler Ansprechpartner für PPP-Projekte und berät Projektträger, stellt Informationen bereit und unterstützt die Kommunikation zwischen Kommunen, dem Land und dem Bund zum Thema PPP. Ebenso ist die Kontaktstelle für den Transfer von Erfahrungen in diesem Bereich zuständig. Eingebunden in das föderale PPP-Kompetenz-



netzwerk (FPK) wird über sie auch ein reger Erfahrungsaustausch mit anderen Bundesländern gewährleistet.

*Peter Paffhausen*, Stadtwerke Potsdam, skizziert in seinem Beitrag Erfahrungen der Stadtwerke Potsdam mit PPPs. Er stellt Motive und Erfolgsfaktoren für PPPs heraus. Er verdeutlicht sozusagen aus erster Hand praktische Erfahrungen im Umgang mit PPPs. Nicht immer führen PPPs zum Erfolg. Ziel muss eine ausgewogene Win-Win-Situation für alle Beteiligten sein, also „Gewinnerzielung“ auf Seiten der Privaten und effektive und preiswerte Daseinsvorsorge für Jedermann auf Seiten der öffentlichen Hand.

Die Herausgeber danken Frau *Sina Stamm* für die Unterstützung bei der Druckvorbereitung.

*Die Herausgeber*



# 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.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> 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](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.<sup>5</sup> Trotz derartiger Skepsis besteht heute „auf allen Ebenen (Bund, Länder und Gemeinden) und über Parteigrenzen hinweg ein Grundkonsens, Public Private Partnerships zu fördern“<sup>6</sup>. Anschaulicher Beleg ist das noch kurz vor dem Ende der letzten Legislaturperiode erlassene Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften (ÖPP-Beschleunigungsgesetz)<sup>7</sup>. 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“<sup>8</sup>.

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%<sup>9</sup>, während er sich hierzulande bei nur 2 oder 3% bewegt<sup>10</sup>. Fernziel der Bundesregierung ist es, diesen Anteil auf das Niveau anderer Länder anzuheben.<sup>11</sup> 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].

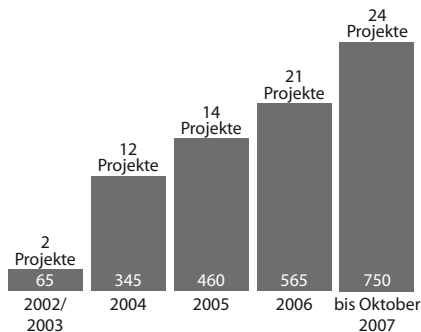
9 <[http://www.bmvbs.de/Anlage/original\\_991057/Erfahrungsbericht-zu-Oeffentlich-Privaten-Partnerschaften\\_-04.-April-2007.pdf](http://www.bmvbs.de/Anlage/original_991057/Erfahrungsbericht-zu-Oeffentlich-Privaten-Partnerschaften_-04.-April-2007.pdf)> [Stand: 15. 4. 2008].

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](http://www.difu.de/publikationen/abfrage.php3?id=843)> [Stand: 15. 4. 2008]).

11 Fn. 9.

schinerie läuft auf vollen Touren.“<sup>12</sup> Presseberichten zufolge gibt es inzwischen „einen ganzen Wirtschaftszweig, der davon lebt, Kommunen solche PPP-Projekte aufzuschwatzen“<sup>13</sup>. Zudem sind auf Bundes- und Landesebene zahlreiche Kompetenzzentren ins Leben gerufen worden<sup>14</sup>, deren Aufgabe es ist, die Implementierung von Öffentlich Privaten Partnerschaften zu unterstützen<sup>15</sup>. 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“<sup>16</sup>. 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.<sup>17</sup>

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.<sup>18</sup> Gleichwohl hat sich die Verwaltungsrechtslehre mit dem Begriff „Public Private Partnership“ lange Zeit schwer getan, weil er nicht für juristische Ableitungen taugte<sup>19</sup>; nach einer Bemerkung von *Gunnar Folke Schuppert*<sup>20</sup> 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“<sup>21</sup>. Die Erläuterung ist zwar alles andere als besonders trennscharf. Sie deckt aber wesentliche Aspekte des verwaltungswissenschaftlichen Begriffsverständnisses<sup>22</sup>

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.<sup>23</sup> 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 Partnership<sup>24</sup>. Für all diese und andere potentielle Einsatzmöglichkeiten existieren teils übergreifende, teils bereichsspezifische Direktiven des Gemeinschaftsrechts, des Verfassungsrechts und des einfachen Verwaltungsrechts.<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup> 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-Modelle<sup>27</sup>, 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“<sup>28</sup> die Rede, der die Lage eher weiter verunklart und die Akteure verunsichert. Sieht man von informellen Arrangements<sup>29</sup> und verbleibenden Abgrenzungsproblemen im Detail<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup> 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 sind<sup>32</sup>.

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“

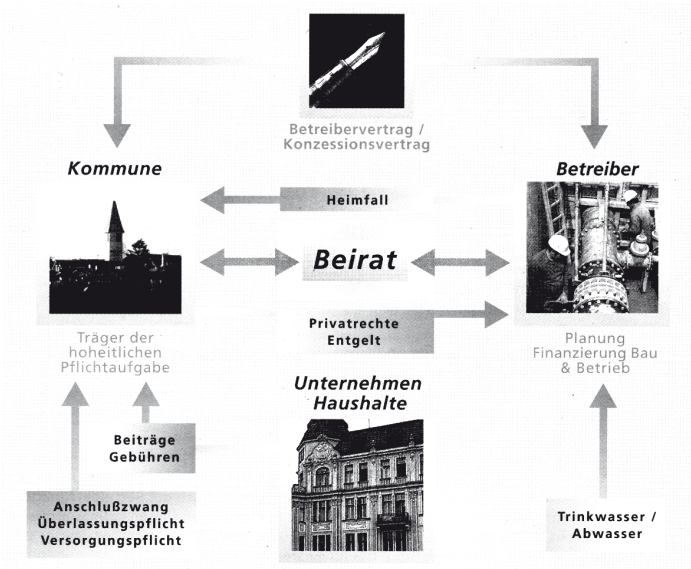
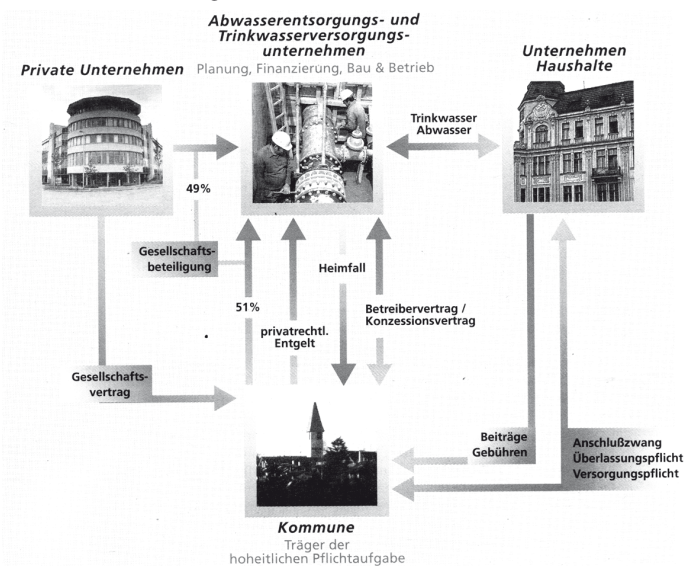


Abb. 3: Grundstruktur „Organisations-PPP“



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.<sup>33</sup> 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.<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup> 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.<sup>36</sup> Das betrifft beispielsweise die schon mehrfach angesprochenen Public Private Partnerships im Segment der Abwasserbeseitigung. Dort muss die Verwaltung zur Vermeidung von Entsorgungsengpässen 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“<sup>37</sup>. In einem ganz anderen Bereich zeigen übrigens die Vorgänge um Toll Collect<sup>38</sup>, 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“<sup>39</sup> 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.<sup>40</sup> Die dort anvisierte sog. „große Lösung“ wird derzeit in der ministeriellen Modernisierungsarbeit zwar nicht weiterverfolgt.<sup>41</sup> 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, Verwaltungskooperationsrecht (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/Broschueren/2001/Verwaltungskooperationsrecht\\_Public\\_Id\\_24040\\_de,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/Verwaltungskooperationsrecht\\_Public\\_Id\\_24040\\_de.pdf](http://www.bmi.bund.de/Internet/Content/Common/Anlagen/Broschueren/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/Broschueren/2001/Verwaltungskooperationsrecht\\_Public\\_Id\\_24041\\_de,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/Verwaltungskooperationsrecht\\_Public\\_Id\\_24041\\_de.pdf](http://www.bmi.bund.de/Internet/Content/Common/Anlagen/Broschueren/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.<sup>42</sup> Der Entwurf befindet sich – soweit ersichtlich – gegenwärtig im Stadium interministerieller Abstimmung, deren Ausgang noch nicht absehbar ist.<sup>43</sup>

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 Bereitstellung<sup>44</sup> 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 Vertragsklauseln<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup> 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.<sup>47</sup> Zu diesen Alternativen gehört neben der kommunalen Eigenleistung die Zusammenarbeit zwischen zwei oder mehreren Verwaltungsträgern.<sup>48</sup> Die einzelnen Erscheinungsformen lassen sich unter der Chiffre „Public Public Partnerships“ (PuPuP) bzw. „Öffentlich Öffentliche Partnerschaft“ (ÖÖP) zusammenfassen.

Ähnlich wie bei Public Private Partnerships<sup>49</sup> können auch bei Public Public Partnerships typologisch zwei Grundformen<sup>50</sup> 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.<sup>51</sup>

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 Literatur<sup>52</sup> 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 Verwaltungsmodernisierung<sup>53</sup> 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.<sup>54</sup> Für dessen Auswahl stellt die Rechtsordnung bislang keine einheitlichen Kriterien bereit, was die Erarbeitung gebietsübergreifender Qualifikationsanforderungen erschwert.<sup>55</sup> 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“<sup>56</sup>. 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 abgestuft<sup>57</sup> vergaberechtlich determiniert. Davon erfasst sind Public Private und Public Public Partnerships, sofern die vergaberechtsrelevanten Voraussetzungen<sup>58</sup> 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 Dienstleistungskonzession<sup>59</sup>. 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.<sup>60</sup>

Für eine gewisse Flexibilisierung sorgen auch die jüngsten Reformen des Vergaberechts<sup>61</sup>, unter denen der „Wettbewerbliche Dialog“<sup>62</sup> besonders hervorsteicht. 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.<sup>63</sup> Das besondere Kennzeichen des Wettbewerblichen Dialogs ist die Erarbeitung von im Dialog zwischen staatlichem Auftraggeber und potentielltem Auftragnehmer gemeinsam entwickelten Lösungsmöglichkeiten.<sup>64</sup> 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.<sup>65</sup> 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.<sup>66</sup>

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.<sup>67</sup> 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.<sup>68</sup> 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 war<sup>69</sup>: 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 Auswahl-

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.



# Public Private Partnership (PPP): Zum aktuellen Entwicklungs- und Diskussionsstand

DIETRICH BUDÄUS UND BIRGIT GRÜB

## A. Praktischer und theoretischer Entwicklungsstand von PPP in Deutschland

Public Private Partnership ist in Deutschland grundsätzlich kein neues Konzept. Neu ist allerdings die Intensität der Diskussion, des Marketings und der praktischen Anwendungsempfehlung von PPP. Auf Bundesebene und in einer Reihe von Bundesländern gibt es inzwischen PPP-Arbeitsgruppen, PPP-Kompetenzzentren<sup>1</sup> und PPP-Netzwerke, formale und informale Institutionen, die bei der Umsetzung der unterschiedlichsten PPP-Varianten<sup>2</sup> beratend zur Seite stehen. Entsprechend existiert inzwischen eine Vielzahl von Empfehlungen und Leitlinien zur Anwendung und zur Wirtschaftlichkeitsbeurteilung.<sup>3</sup> 2003 wird das sehr umfassende Gutachten zu PPP vorgelegt<sup>4</sup>, 2004 erarbeitet die EU-Kommission ein Grünbuch zu PPP. Dessen Diskussion führt zu dem (vorläufigen) Ergebnis, dass auf nationaler Ebene ein Regelungsbedarf durch die EU für zunächst nicht geboten angesehen wird. Im Jahr 2005 wird das ÖPP-Beschleunigungsgesetz verabschiedet, in der Erwartung, dass sich durch die Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Umsetzung von PPP notwendige bisher öffentlich finanzierte Infrastrukturmaßnahmen schneller realisieren lassen. Im Jahr 2007 wird auf Initiative der IFD (Initiative Finanzplatz Deutschland) auf Bundesebene eine Konzeption für eine PDG als AG (Partnerschaften Deutschland Gesellschaft) erarbeitet. Zielsetzung ist generell die Professionalisierung des PPP-

- 1 Vgl. Meyer-Hofmann, Durchführung der Ausschreibung, in: Meyer-Hofmann/Riemenschneider/Weihrauch (Hrsg.), Public Private Partnership. Gestaltung von Leistungsbeschreibung, Finanzierung, Ausschreibung und Verträgen in der Praxis, Köln 2005, S. 186-215.
- 2 Vgl. Tettinger, Impulse der Public-Private-Partnerships im Hochschulbereich für das Sicherheitsgewerbe, Köln u. a. 2000, S. 51-60.
- 3 Vgl. <<http://www.innenministerium.bayern.de/bauen/themen/ppp/>> oder <[http://www.ppp.niedersachsen.de/master/C13551192\\_N13360026\\_L20\\_D0\\_I13274394.html](http://www.ppp.niedersachsen.de/master/C13551192_N13360026_L20_D0_I13274394.html)> oder <<http://www.ppp.nrw.de/publikationen/vergaberechtsleitfaden.php>>.
- 4 Vgl. Bundesministerium für Verkehr, Bau und Wohnungswesen, Gutachten zu PPP im öffentlichen Hochbau, Berlin 2004.

Marktes durch Beratung und Standardisierung. Die PDG Anteile sollen mit 50,1% bei den öffentlichen Gebietskörperschaften Bund, Länder und Kommunen liegen und mit 49,9% bei der Privatwirtschaft.<sup>5</sup> „Die Partnerschaften Deutschland ist als breit aufgestellter Qualitätsdienstleister für umfassende ÖPP-bezogene Beratungsleistungen für die öffentliche Hand konzipiert.“<sup>6</sup> Der Schwerpunkt liegt auf der Frühphase der Projekte und die angestrebten Ziele sind Objektivität bei der Beratung, Kostenreduktion und Schnelligkeit. Mit dieser Gesellschaft soll der Anteil von PPP-Projekten an den gesamten öffentlichen Investitionen von zur Zeit 4% auf etwa 15% erhöht werden.

Eine zuverlässige Statistik über die Verbreitung von PPP existiert bisher nicht. Dies erklärt sich schon allein aus den unterschiedlichen Definitionen von PPP-Projekten. So gab es nach einer Studie des Deutschen Instituts für Urbanistik (Difu) in Deutschland im Jahre 2005 etwa 160 konkrete PPP-Projekte auf kommunaler Ebene. Hiervon waren 143 bereits vertraglich fixiert, weitere 300 Projekte befanden sich in der Planungsphase.<sup>7</sup> Für die erfassten Projekte wurde ein Investitionsvolumen von etwa 890 Mio. Euro bei den Kommunen und 1,2 Mrd. Euro bei Bund und Ländern geschätzt, wobei letzteres ganz überwiegend auf das Projekt Toll Collect zurückzuführen sein dürfte.<sup>8</sup> Die Entwicklung von PPP-Projekten von 2002 bis 2007 nach den aktuellen Erhebungen der PPP-Task Force zum Stichtag 1. Januar 2008<sup>9</sup> ist in Abbildung 1 wiedergegeben.

In den empirisch ermittelten Projekten werden Effizienzvorteile von PPP-Projekten bis zu 25% behauptet,<sup>10</sup> ohne dass hierfür allerdings bisher eine systematische und allgemeingültige Ursachenanalyse betrieben wurde. Eines der Hauptprobleme hinsichtlich der Aussagen über Effizienzvorteile liegt darin, dass sich diese weitgehend auf geplante PPP-Projekte beziehen. Eine systematische Erfolgskontrolle realisierter Projekte existiert bisher nicht. So ist beispielsweise hinreichend bekannt, dass die beiden PPP-Projekte Warnow-Querung und Travettunnel bisher nicht zu der prognostizier-

5 Vgl. <<http://www.partnerschaftendeutschland.de/faq.html#24>>.

6 Siehe <<http://www.partnerschaftendeutschland.de/pdg.html>>.

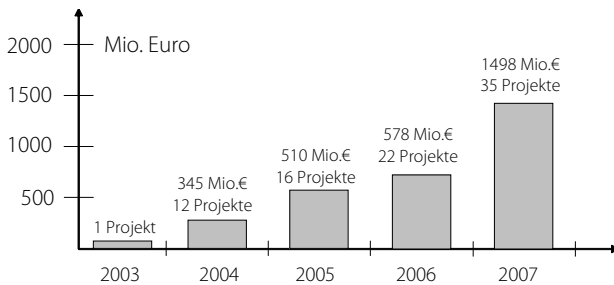
7 Vgl. *Deutsches Institut für Urbanistik*, Public Private Partnership Projekte – Eine aktuelle Bestandsaufnahme in Bund, Ländern und Kommunen, Berlin 2005, S. 8.

8 Hinzu kommt jüngst das Projekt Herkules (Bund [49,5%] einerseits und Siemens [50,05%]/IBM [0,05%] andererseits) zur Modernisierung der Informationstechnik der Bundeswehr – Volumen ca. 7 Mrd. Euro – <[http://www.bundeswehr.de/portal/a/bwde/kcxml/04\\_Sj9SPyksy0xPLMnMz0vM0Y\\_QjzKld4w39bQESUGYpvRaGKGbn4lsSB9b31fj\\_zcVPOA\\_YLc0llyR0dFALNCmZy!delta/base64xml/L2dJQSEvUUt3QS80SVVFLZfQV8xU1E!yw\\_contentURL=/C1256EF4002AED30/W26QXALR593INFODE/content.jspt](http://www.bundeswehr.de/portal/a/bwde/kcxml/04_Sj9SPyksy0xPLMnMz0vM0Y_QjzKld4w39bQESUGYpvRaGKGbn4lsSB9b31fj_zcVPOA_YLc0llyR0dFALNCmZy!delta/base64xml/L2dJQSEvUUt3QS80SVVFLZfQV8xU1E!yw_contentURL=/C1256EF4002AED30/W26QXALR593INFODE/content.jspt)>.

9 *Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung/Deutscher Sparkassen- und Giroverband* (Hrsg.), PPP-Handbuch, Leitfaden für Öffentlich-Private-Partnerschaften, Berlin 2008, S. 10 ff.

10 Vgl. *Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung/Deutscher Sparkassen- und Giroverband* (Fn. 9), S. 12 ff.

Abb. 1: Projekte und Investitionsvolumen im Hoch- und Straßenbau 2003 bis 2007.



Quelle: Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung/Deutscher Sparkassen- und Giroverband (Hrsg.), PPP-Handbuch, Leitfaden für Öffentlich-Private Partnerschaften, Berlin 2008, S. 10.

ten Effizienz geführt haben.<sup>11</sup> Eine wesentliche Erklärung für die wachsende Bedeutung von PPP können somit lediglich deren vermutete oder erhoffte Effizienzvorteile sein. Daneben spielt aber auch die Finanzkrise der öffentlichen Haushalte eine wesentliche Rolle.<sup>12</sup> Ohne diese dürfte es zumindest aus öffentlicher Sicht keinen Bedarf für als PPP bezeichnete Finanzierungs- und Organisationskonzepte geben.

Außerdem ist ein ganz entscheidender in der bisherigen Diskussion stark vernachlässigter Faktor zu berücksichtigen: Die PPP-Diskussion ist sehr stark von Interessen geleitet. Die wesentlichen Interessenträger dabei sind zunächst einmal Banken, von denen die Initiative Finanzplatz Deutschland (IFD) getragen wird. Hintergrund für die besondere Förderung von PPP ist der stark wachsende Kapitalmarkt mit einem entsprechend hohen Bedarf an rentablen Kapitalanlagealternativen. Weitere Interessengruppen sind Berater und Rechtsanwälte. Schließlich kommen noch die öffentlichen Gebietskörperschaften sowie die unterschiedlichen PPP-Kompetenzzentren als Interessenträger hinzu.

Auch wenn PPP seit mehreren Jahren parallel zur wachsenden praktischen Bedeutung in der Fachliteratur intensiv diskutiert wird, sind nach wie vor wesentliche Aspekte ungeklärt: So gibt es noch keine über einen allgemeinen, unstrukturierten Sammelbegriff hinausgehende, einheitliche, allgemein akzeptierte Definition von PPP. Zwar finden sich in der Literatur zahlreiche un-

11 Vgl. Beckers/von Hirschhausen/Klatt/Winter, Effiziente Verkehrspolitik für den Straßensektor in Ballungsräumen: Kapazitätsauslastung, Umweltschutz und Finanzierung, S. 211 f. und <<http://www.spiegel.de/auto/aktuell/0,1518,421586,00.html>>.

12 So betragen allein die Geldschulden der öffentlichen Gebietskörperschaften in der Bundesrepublik Deutschland 1,5 Billionen Euro. Die jährlichen Zinsaufwendungen machen mehr als 65 Mrd. Euro aus (bei einem vergleichsweise sehr niedrigen Zinssatz).

terschiedliche Definitionen von PPP.<sup>13</sup> Diese kommen in ihrer zusätzlichen Strukturierungswirkung letztlich aber wenig über die bereits 1997 von Roggencamp vorgelegte Abgrenzung hinaus.<sup>14</sup> Auch fehlt es an der Erfassung der inhaltlichen Struktur von PPP. Zwar gibt es den als innovativ gekennzeichneten und als zweite Generation von PPP bezeichneten Lebenszyklusansatz. Dieser zielt aber weniger – wie zu erwarten wäre – auf den zeitlichen Verlauf eines PPP-Projektes ab, sondern auf den Wertschöpfungsprozess eines Projektes. Das PPP-Spezifische ist dabei die mögliche Arbeitsteilung zwischen privaten und öffentlichen „Partnern“ bei der Ausgestaltung dieses Wertschöpfungsprozesses und die Art der – vom i.d.R. privaten Partner wahrzunehmenden – integrierten Koordination der arbeitsteilig wahrgenommenen Aktivitäten bzw. Teilprozesse im Rahmen des Wertschöpfungsprozesses. Mindestens in gleichem Maße von besonderem Interesse scheint aber der zeitliche Ablauf von PPP-Projekten als Lebenszyklus bzw. als Phasenmodell. So gibt es durchaus Anhaltspunkte dafür, dass sich im Zeitablauf das partnerschaftliche Verhältnis quasi gesetzmäßig wandelt, von einem Kooperationsverhältnis während der Projektplanung bis zur Projektbewilligung, über ein – zumindest scheinbar – konfliktäres Verhältnis als Phase des Nachvertragsmanagements bis zu einer sich dann anschließenden Phase der geregelten Auftragsabwicklung. Auch scheinen die Aussagen zu Risiken, deren Handhabung<sup>15</sup> und Risikoverhalten im Rahmen der PPP-Diskussion und die dabei gemachten expliziten und impliziten Prämissen wenig die Erkenntnisse der Risikotheorie zu berücksichtigen. Schließlich fehlt es bisher weitgehend an einer theoretischen Auseinandersetzung mit PPP und der Nutzung allgemeiner theoretischer Ansätze – etwa jener der Vertragstheorie – zur Erklärung des realen Phänomens PPP. Es existiert bisher weder ein theoretischer Bezugsrahmen, geschweige denn eine geschlossene PPP-Theorie, da es weitgehend an einer fundierten Theoriediskussion fehlt.<sup>16</sup>

13 Vgl. z.B. *Budäus/Grüning*, Public Private Partnership – Konzeption und Probleme eines Instruments zur Verwaltungsreform aus Sicht der Public Choice-Theorie, in: Budäus/Eichhorn (Hrsg.), *Public Private Partnership*, Baden-Baden 1997, S. 25 (48 ff.); *Roggencamp*, *Public Private Partnership*, Frankfurt a. M. 1999, S. 55 f.; *Roentgen*, *Public-Private-Partnership*, Aachen 2001, S. 44 ff.; *Eichhorn*, *Public Private Partnership – Praxis, Probleme, Perspektiven*, in: Neumann/Schulz-Nieswandt (Hrsg.), *Sozialpolitik und öffentliche Wirtschaft*. In memoriam Theo Thiemeyer, Berlin 1995, S. 173 (174 f.).

14 Vgl. *Roggencamp* (Fn. 13), S. 55 ff.

15 So wird allgemein gefordert, dass derjenige jene Risiken tragen soll, der sie am besten beeinflussen kann – hier stellt sich neben der Frage, wer jene Risiken trägt, die keiner der Partner beeinflussen kann, die Frage, ob nicht generell eine gemeinsame Risikovermeidungspolitik zweckmäßig sein könnte und wie diese ausgestaltet sein müsste.

16 Erste Ansätze hierzu finden sich etwa bei *Budäus/Grüb*, *Public Private Partnership: Theoretische Bezüge und praktische Strukturierung*, Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, Band 30, Heft 3, Baden-Baden 2007, S. 245-272; *Grüb*, *Sozialkapital als Erfolgsfaktor von Public Private Partnership*, 2007; *Mühlenkamp*, *Public Private Partnership aus der Sicht der Transaktionsökonomik und der Neuen Politischen Ökonomie*, in: Budäus (Hrsg.), *Kooperationsformen zwischen Staat und Markt*, Baden-Baden 2006, S. 29 ff.

## B. Charakterisierung von PPP

### I. GRUNKATEGORIEN VON PPP

Eine zentrale – und bis heute noch nicht geklärt – Fragestellung beschäftigt sich mit dem Begriff PPP. Trotz zahlreicher Definitionsversuche (s.o.) ist es bisher nicht gelungen, PPP klar von anderen Formen der öffentlichen Aufgabenerfüllung abzugrenzen. Oftmals wird in PPP im engeren Sinne (PPP i.e.S.) und in PPP im weiteren Sinne (PPP i.w.S.) differenziert. In der Studie des *Difu* von 2005 werden unter PPP i.e.S. die PPP verstanden, die mindestens drei Lebenszyklusphasen (Finanzierung, Planung, Erstellung und Betrieb) beinhalten. PPP mit weniger als drei Lebenszyklusphasen zählen demnach zu den PPP i.w.S.<sup>17</sup> Hier soll dieser Einteilung jedoch nicht gefolgt werden.

Zur Systematisierung sollten PPP in zwei Grundkategorien eingeteilt werden; dies sind das Tausch-Modell (Vertrags- oder Projekt-PPP) auf der einen Seite und das Pool-Modell (Organisations- oder institutionelle PPP) auf der anderen Seite. Beide Kategorien bilden die Kooperationsbasis, welche die Grundlage für die Zusammenarbeit darstellt.<sup>18</sup>

Bei der Vertrags-PPP arbeiten die öffentliche Hand und die Privatwirtschaft in einem befristeten Projekt insofern zusammen, als dass untereinander Ressourcen ausgetauscht werden. Die Vertrags-PPP ist durch eher hierarchische Strukturen geprägt. Bei der Organisations-PPP agieren die Kooperationspartner im Rahmen einer unbefristeten Partnerschaft zusammen. In einen gemeinsamen Pool (oft ist dies ein neu gegründetes gemischtwirtschaftliches Unternehmen in Form einer GmbH) werden von beiden Seiten Ressourcen eingebracht. Bei der institutionellen PPP handelt es sich um eine formale Organisation. Hier geht es generell um das Management der mit den gepoolten Ressourcen verbundenen Verfügungsrechte. Dies bedeutet, dass die Partner sich insbesondere über die Art der Ressourcenverwendung sowie um die Verteilung des aus dem Ressourcenpool erzielten Ergebnisses auf die Partner verständigen müssen. Es geht somit nicht oder zumindest nicht in erster Linie um die Festlegung der von den Partnern zu übernehmenden Kosten und Risiken bzw. der zu erbringenden Leistungen bei Eintritt in die Organisation, sondern um das Managen eines gemeinsamen Ressourcenpools. Bei der Organisations-PPP hängt deren Funktions- und Leistungsfä-

17 Vgl. *Deutsches Institut für Urbanistik (Difu)*, Public Private Partnership Projekte – Eine aktuelle Bestandsaufnahme in Bund, Ländern und Kommunen, Berlin 2005, S. 14.

18 Vgl. *Budäus*, Public Private Partnership – Ansätze, Funktionen, Gestaltungsbedarfe, in: Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (Hrsg.), Public Private Partnership: Formen – Risiken – Chancen, Berlin 2004, S. 9-22; *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, EU-Grünbuch zu Öffentlich-Privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, Brüssel 2004.

Abb. 2: Abgrenzung von Vertrags-PPP und Organisations-PPP.

	Vertrags-PPP	Organisations-PPP
<b>Grundlegendes institutionelles Arrangement</b>	Markt	Hierarchie
<b>Rechtliche Grundlagen</b>	bilateraler Vertrag über Leistungen und Gegenleistungen	in der Regel GmbH-Gesetz als Rahmen und zusätzlich Gesellschaftervertrag
<b>Grundstruktur</b>	komplexe Beschaffungsvariante	Ressourcenpool
<b>Dauer</b>	zeitlich befristet	in der Regel unbefristet
<b>Gegenstand</b>	abgegrenztes Projekt	generelle Aufgabe
<b>Regelung der Kooperation</b>	ex ante Teil der vertraglichen Vereinbarung	Kooperationsverfassung, z.B. GmbH-/Gesellschaftervertrag
<b>Einfluss und Kontrolle</b>	klar regelbar	unbestimmt; getrennte Kontrolle öffentlicher Kapitalbeteiligung in der Regel nicht möglich
<b>Vertrauen</b>	gemeinsame Konkretisierung der nicht vollständig definierten Kosten und Leistungen; Handhabung der durch die Principal Agent-Theorie erfassten Probleme (Informationsasymmetrie, opportunistisches Verhalten)	gemeinsame Zielsetzung und Entscheidung über Management des Ressourcenpools sowie Ergebnisverwendung

Quelle: Budäus/Grüb, *Public Private Partnership: Theoretische Bezüge und praktische Strukturierung*, Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, Bd. 30, Heft 3, Baden-Baden 2007, S. 245-272.

higkeit ganz wesentlich vom Vertrauen zwischen den Partnern ab. Die hier dargelegten Grundkategorien bzw. Unterscheidungsmerkmale sind noch einmal in der Abbildung 2 aufgezeigt.

PPP sind einzuordnen in das Markt-Hierarchie-Kontinuum. Bei der Koordination von Wirtschaftssubjekten über den Markt ist zwischen einfachen bzw. vollständigen oder auch als klassische Verträge bezeichneten Vereinbarungen für den Leistungsaustausch und den unvollständigen Ver-



einbarungen über einen in der Regel komplexen Leistungsaustausch zu unterscheiden. Letztere stellt für den öffentlichen Sektor ein „Complex-Contracting-Out“ dar. Dieses einer Vertrags-PPP zugrunde liegende „Complex-Contracting-Out“ ist durch eine schlecht strukturierte Ausgangssituation bei Vertragsabschluss gekennzeichnet. Die Kosten und Leistungen sind bei Vertragsabschluss ebenso wie die Risiken nicht klar definiert. Zwar könnte i.d.R. durch weitergehende Marktrecherchen, Risikoanalysen und Fachgutachten die Struktur der Ausgangssituation verbessert werden; dies führt jedoch zu ganz erheblichen zusätzlichen Transaktionskosten. Von daher lassen sich die Vertragspartner im Rahmen von PPP auf unvollständige Verträge ein. Aus der mangelnden und/oder ökonomisch nicht vertretbaren Möglichkeit, die gesamten Kosten, Leistungen und Risiken bei Vertragsabschluss vollständig zu definieren und vertraglich festzulegen, resultiert für die Vertragspartner die Notwendigkeit, bei der Vertragsabwicklung zu kooperieren. Diese Kooperation zielt zum einen auf die Konkretisierung von Kosten, Leistungen und Risiken im Zeitablauf und zum anderen auf die Koordination der einzelnen arbeitsteiligen Prozesse. Unvollständige Verträge können aber nur dann zielführend sein, wenn zwischen den Vertragspartnern ein Mindestmaß an Vertrauen herrscht, auf dessen Grundlage sich die unvollständig definierten Kosten- und Leistungsbestandteile im Zeitablauf vollständig definieren und zurechnen lassen. Diese Problematik nimmt zu, wenn nicht nur die Bewältigung der Komplexität eines Projektes besonderes Vertrauen erfordert, sondern wenn auch die Struktur der Leistung in Form von Erfahrungs- und Vertrauensgütern von Anfang an eine klare Leistungsdefinition und damit auch -überprüfbarkeit weitgehend ausschließt.

Im Grunde genommen sollte eine PPP einen Entwicklungsprozess darstellen, das heißt im Verlauf der Partnerschaft (Zusammenarbeit) soll die Lösung einer Problemstellung (einer öffentlichen Aufgabe) gemeinsam erarbeitet werden. In der jetzigen Praxis wird jedoch versucht, sämtliche Sachverhalte im Vorhinein festzulegen und einem der Kooperationspartner zuzuordnen. Hieraus resultieren zahlreiche Probleme, da es bei einer langfristigen Zusammenarbeit, wie es bei einer PPP der Fall ist, schwer möglich ist, sämtliche Fragestellungen und Verteilungsfragen im Voraus zu klären. So zählt zu einem Charakteristikum von PPP, dass es sich bei der Vertrags-PPP um eine „schlecht strukturierte Ausgangssituation bei Vertragsabschluss handelt“.<sup>19</sup> Die gängige Literatur setzt sich nicht mit dem Phänomen PPP an sich auseinander, sondern mit den Möglichkeiten der Vertragsgestaltung und einer vertraglichen Absicherung beider Parteien.<sup>20</sup> Das Konstrukt PPP bleibt dabei oftmals unberücksichtigt.

19 *Buddäus* (Fn. 18), S. 9 (17).

20 Vgl. z.B. *Weber/Schäfer/Hausmann* (Hrsg.), *Praxishandbuch Public Private Partnership*, 2006; *Müller-Wrede*, Vorwort, in: *Müller-Wrede* (Hrsg.), *ÖPP-Beschleunigungsgesetz*, Köln 2006.

Das klassische/einfache Contracting Out lässt sich von PPP dadurch abgrenzen, dass es sich um eine gut strukturierte Ausgangssituation für Austauschbeziehungen handelt. Sowohl die Kosten, als auch die Leistungen sowie die Risiken sind relativ gut bestimmbar.<sup>21</sup> PPP kann somit auch als ein Complex Contracting Out bezeichnet werden, da es durch eine schlecht strukturierte Ausgangssituation charakterisiert wird. Aufgrund der Langfristigkeit der Verträge (Lebenszyklusprojekte) ist es nicht möglich, die Kosten, Leistungen und Risiken im Vorhinein zu bestimmen. Die unvollständigen Verträge bei der Vertrags-PPP resultieren schon aus deren Beschreibung, in der als essentielles Merkmal eine schlecht strukturierte Ausgangssituation bei Vertragsabschluss genannt wird. Durch die relationalen Verträge müssen die Gestaltungsbedingungen in einem laufenden Anpassungsprozess kooperativ gelöst werden.<sup>22</sup> Aufgrund der unvollständigen Verträge und des dadurch gestiegenen Kooperations- und Koordinationsbedarfs steigen auch die Transaktionskosten für die Zusammenarbeit im Rahmen der PPP. In der Realität muss man grundsätzlich von relationalen Verträgen ausgehen, da nicht sämtliche Sachverhalte im Vorhinein bestimmt werden können.<sup>23</sup>

## II. PHASENMODELL DER PROJEKTÄNDERUNG UND KOSTENSTEIGERUNGEN BEI PPP-Projekten

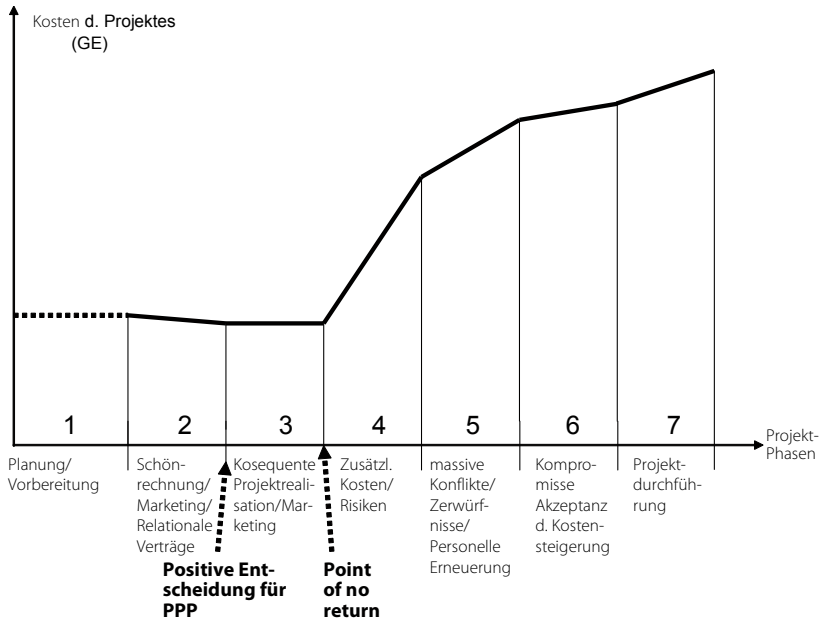
Geht man von PPP als komplexe Beschaffungsvariante mit einer unstrukturierten Ausgangssituation aus, so kann für den Ablauf derartiger Beschaffungsprozesse folgendes Phasenmodell zu Grunde gelegt werden. Nach Abschluss der Planungsphase (1. Phase) und Entscheidung, dass PPP eine realisierbare Alternative ist, wird den zuständigen öffentlichen Entscheidungsträgern ein eher fiktives Konzept vorgelegt. Der Nutzen wird media- und öffentlichkeitswirksam präsentiert, die Kosten werden in einer vertretbaren Größenordnung gehalten. Insgesamt wird das Beschaffungsprojekt vom Nutzen und Image her hoch, von den Kosten her klein gerechnet. Faktisch wird dabei so getan, als handle es sich um einen klassischen Vertrag. Die Funktion dieser Phase (2. Phase) besteht darin, die politischen Entscheidungsträger zu einer positiven Entscheidung zu bringen und Bedenkensträger, die etwa eine fundiertere Kostenkalkulation einfordern, zu isolieren und zu diskreditieren. Die 3. Phase beginnt mit einem zügigen Vortreiben der Projektrealisation, begleitet wiederum von einer intensiven

21 Vgl. *Budäus*, Public Private Partnership – Kooperationsbedarfe, Grundkategorien und Entwicklungsperspektiven, in: *Budäus* (Fn. 16), S. 11 (15).

22 Vgl. *Budäus* (Fn. 18), S. 9 (17).

23 Vgl. z.B. *Schweizer*, Vertragstheorie, Tübingen 1999; *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 3. überarb. und erw. Aufl., Tübingen 2003; *Ripperger*, Ökonomik des Vertrauens, Tübingen 1998; *Kieser*, Organisationstheorien, Stuttgart u. a. 1993; *Suchanek*, Institutionenökonomik und Verantwortungsteilung, in: Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und ‚schlanke‘ Staat*, Baden-Baden 1999.

Abb. 3: Phasenmodell der Projektänderungen und Kostensteigerung bei komplexen PPP Projekten.



Quelle: Eigene Darstellung.

Öffentlichkeitsarbeit. Sinn dieser Phase ist es, eine Situation zu schaffen, ab der das Projekt unumkehrbar ist. Am Ende dieser Phase wird auf erste Risiken, ungeklärte Vertragsbedingungen und mögliche Kostensteigerungen verwiesen. Die 4. Phase besteht dann in der Nachvertragsverhandlung. Hier werden Änderungsbedarfe, -empfehlungen, bisher nicht berücksichtigte Risiken, mögliche Nutzensteigerungen etc. neu verhandelt und versucht, in das bestehende Vertragswerk einzubinden.

Die Funktion dieser Phase liegt darin, über zusätzliche Kosten, Risiken und Änderungen die ökonomische Situation des privaten Partners zu verbessern. In dieser Phase geht es um den eigentlichen Gewinn des privaten Partners. Die Phase 5 stellt die Konfliktphase dar. Hier erfolgen Schuldzuweisungen, öffentliche Auseinandersetzungen über Missmanagement bis hin zu personellen Konsequenzen für Projektverantwortliche. Am Ende dieser Phase steht die Annäherung im Sinne der Inaussichtstellung eines Neuanfangs. Die 6. Phase bedeutet die Übernahme erheblicher Kostensteigerungen durch den öffentlichen Partner im Sinne einer „Kompromisslösung“ und die Fortsetzung der Realisation. Die 7. Phase schließlich führt zur Fertigstellung des Projekts. Ab der 5. Phase wird das Projekt ergänzt durch Versuche, über

## Gerichte Lösungen für einzelne Teilprobleme herbeizuführen.

### C. Wirtschaftlichkeitsanalyse und -vergleich

#### I. ALLGEMEINE KENNZEICHNUNG

Im Grunde genommen könnte die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung als die Basis eines jeden PPP-Projektes dargestellt werden. Die eigentliche Beschaffungsentscheidung, d.h., ob ein Projekt als PPP oder klassisch öffentlich erstellt wird, ergibt sich aus derartigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen. Die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung orientiert sich zwar an dem vom obigen Phasenmodell der Projektänderung zu unterscheidenden Lebenszyklusphasen eines PPP-Projektes,<sup>24</sup> ist aber nicht in der Lage, die kompletten Lebenszykluskosten einzurechnen, da diese bei Erstellung der Wirtschaftlichkeitsanalyse noch nicht bekannt sind.

Phase I beinhaltet die Bedarfsfeststellung, die Finanzierbarkeit und die Maßnahmenwirtschaftlichkeit sowie den PPP-Eignungstest eines Projektes. Hierbei wird die Vorentscheidung für oder gegen die Weiterverfolgung einer PPP getroffen. In Phase II wird nun der Public Sector Comparator (PSC) und alternative Beschaffungsvarianten erstellt und monetär bewertet. Der PSC stellt den Vergleichswert für die alternativen Beschaffungsvarianten, die klassische öffentliche Variante dar. Die PPP-Varianten werden für die Wirtschaftlichkeitsanalyse „hypotetisch konstruiert“<sup>25</sup>. Schon diese Aussage zeugt von einer gewissen „Willkür“ hinsichtlich der Genauigkeit der Kostenbestimmung bei der Wirtschaftlichkeitsanalyse. Die Beschaffungsvarianten werden in einer vorläufigen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung verglichen, um eine Vorentscheidung für oder gegen eine PPP-Ausschreibung zu treffen. In Phase III geben interessierte Unternehmen ihre Angebote ab. Während des Verhandlungsverfahrens werden die Leistungsbeschreibung des Projektes und, um daraufhin die Vergleichbarkeit zu gewährleisten, auch der PSC oftmals noch verändert und angepasst. Phase IV beinhaltet ein bislang nicht weiter konkretisiertes Projektcontrolling.<sup>26</sup>

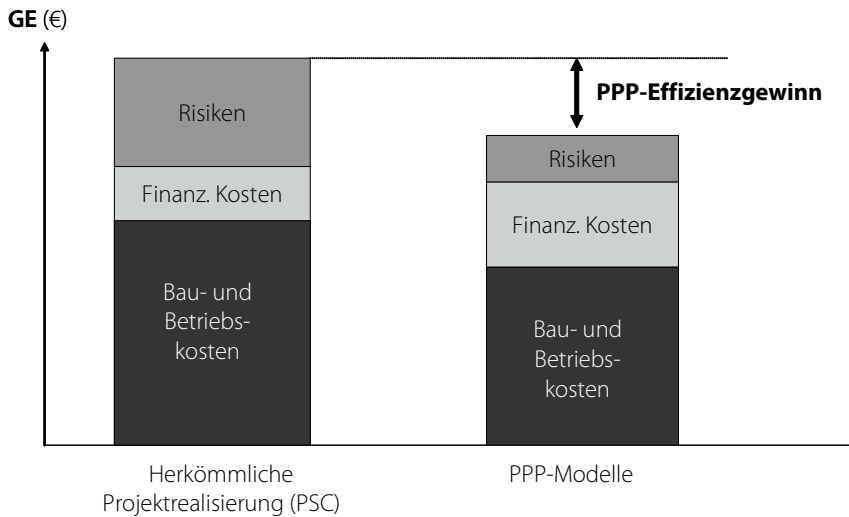
Defizite der Wirtschaftlichkeitsanalyse sind auf der einen Seite die nicht klar zu bestimmenden Lebenszykluskosten einer PPP, da man mit einer dynamischen Umwelt rechnen muss und es somit nicht möglich ist, die Kosten sowohl der Bau- als auch der Betriebsphase genau vorherzusagen bzw. relativ genau zu schätzen.

24 Vgl. *Beratergruppe „PPP im öffentlichen Hochbau“*, Gutachten zur PPP im öffentlichen Hochbau, Bd.1, 2003 (ohne Ort), S. 13 ff.

25 *Pfnür*, Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei ÖPP-Projekten, in: Brüggenmeier/Schauer/Schedler (Hrsg.), *Controlling und Performance Management im Öffentlichen Sektor*, Bern 2007, S. 221 (225).

26 *Pfnür* (Fn. 25), S. 221 (225).

Abb. 4: Vermuteter wirtschaftlicher Vorteil von PPP.



Quelle: Eigene Darstellung.

## II. MÖGLICHE GRÜNDE EINER VORTEILHAFTIGKEIT VON PPP

Der vermutete wirtschaftliche Vorteil von PPP, die so genannte PPP-Rendite, ergibt sich zum einen aus den geringeren Bau- und Betriebskosten und zum anderen durch die Risikoaufteilung bzw. eine vermutete Möglichkeit der Verlagerung von Risiken auf den oder die privaten Partner. Hierdurch entsteht der PPP-Effizienzgewinn.

Das Kernproblem bei den langfristig angelegten komplexen Großprojekten im Baubereich liegt darin, dass – quasi fiktiv – den Projekten bei Vertragsabschluss ein klassischer/vollständiger Vertrag zu Grunde gelegt wird. Tatsächlich sind in der Realität bei komplexen Beschaffungsprojekten mit einer Laufzeit von bis zu 30 Jahren lediglich unvollständige Verträge möglich. Dies erfordert während der Projektlaufzeit eine kontinuierliche Anpassung an bisher nicht berücksichtigte oder veränderte (Umwelt-)Bedingungen und an technologische Änderungen. Aus dieser Problematik heraus erklären sich auch jene Situationen, wie sie beispielsweise bei dem PPP-Projekt der Hamburger Elbphilharmonie zu beobachten waren. Die ursprünglich errechneten Kosten in Höhe von 241,3 Mio. Euro stiegen inzwischen um 100 bis 150 Mio. Euro, wobei die endgültigen Kosten noch nicht absehbar sind.

Ein besonderer Schwachpunkt liegt darin, dass die verwendete Datenbasis, welche zum Vergleich der konventionellen Beschaffung und der Kos-

tenschätzung des PPP-Modells herangezogen wird, ganz überwiegend nicht ausreichend ist.<sup>27</sup> Wie am Beispiel der Elbphilharmonie gesehen, ist es aufgrund einer dynamischen Umwelt und des Nachvertragsmanagements des privaten Partners nicht möglich, vor Projektbeginn die gesamten anfallenden Bau- und Betriebskosten zu ermitteln und verbindlich festzulegen.

In der PPP-Diskussion wird weitgehend vernachlässigt, dass zahlreiche Projekte erst durch den Risikotransfer von der öffentlichen Hand auf die Privatwirtschaft wirtschaftlich werden<sup>28</sup> (bzw. würden), ohne dass allerdings Verfahren der Vermeidung der Risikorückverlagerung auf den öffentlichen Partner, der generellen Risikovermeidung bzw. der -steuerung systematisch zur Anwendung kommen. Zudem herrscht nicht einmal Einigkeit darüber, welche Risiken explizit berücksichtigt werden müssen und wie diese Risiken monetär zu bewerten sind.<sup>29</sup> Die einzelnen Risiken sind über den Lebenszyklus von der Konzeption bis hin zur Verwertung des Projektes verteilt. Gerade, wenn es in den Bereich der Verwertungs- und Nachnutzungsphase geht (wie wird beispielsweise eine Immobilie nach Projektende weiter genutzt), ist es schwierig, genaue Festlegungen zu treffen. Da sich jede PPP durch ganz individuelle Risiken auszeichnet, ist die genaue Identifikation der projektspezifischen Schlüsselrisiken eine Grundvoraussetzung für eine realistische Risikobewertung.<sup>30</sup>

Im Laufe des Lebenszyklus einer PPP existieren zahlreiche Risiken, mit denen die Kooperationspartner möglicherweise rechnen müssen. Hier seien exemplarisch die Risiken einer immobilienwirtschaftlichen PPP aufgezeigt:

Gerade vor dem aktuellen Hintergrund der Finanzkrise soll hier noch einmal das Finanzierungsrisiko explizit angesprochen werden. In den letzten Jahren etablierten sich einige (vor allem in Zusammenhang mit der Verwendung von öffentlichen Geldern) durchaus fragwürdige Finanzierungsinstrumente auf dem Markt. Zum einen sei hier das Cross Border Leasing (CBL) zu nennen, für das bis 2004 in deutschen Kommunen aktiv Verträge abgeschlossen wurden. Nicht zu Unrecht bezeichnet *Werner Rügemer* diese Art der Finanzierung als „hochkomplizierte strukturierte Finanzierung mit verborgenen Mittätern und unkalkulierbaren Risiken“<sup>31</sup> bzw. als „eine extreme Form fiktiver und parasitärer Kapitalbildung, aber typisch für die gegenwärtig vorherrschenden Formen der deregulierten, von US-Praktiken dominierten Wirtschaft“<sup>32</sup>. Im

27 Pfnür (Fn. 25), S. 221 (225).

28 Vgl. Pfnür (Fn. 25), S. 221 (225).

29 Vgl. *Bundesverband Public Private Partnership*, Risiken immobilienwirtschaftlicher PPPs aus Sicht der beteiligten Akteure, in: Pfnür (Hrsg.), Arbeitspapiere zur immobilienwirtschaftlichen Forschung und Praxis, Bd. Nr. 4, Hamburg 2006, S. 2.

30 Vgl. *Bundesverband Public Private Partnership* (Fn. 29), S. 14.

31 *Rügemer*, Zittern und Schachern hinter den Kulissen, Cross Border Leasing: Die Finanzkrise bringt Städten und Staatsunternehmen noch mehr Risiken. Offenlegung problematischer Klauseln wird als Vertragsverletzung geahndet. <<http://www.jungewelt.de/2008/09-30/001.php>>.

32 *Rügemer*, Cross Border Leasing – Ein Lehrstück zur globalen Enteignung der Städte, Münster 2005, S. 133.

Abb. 5: Übersicht der Risiken in immobilienwirtschaftlichen PPP.

Konzeption	Kontrahierung	Planung/Bau	Betrieb	Verwertung
Politisches Risiko	Genehmigungsrisiko	Bausubstanzrisiko und Altlastenrisiko	Mangelzustandsrisiko	Nachnutzungsrisiko
Kozeptionsrisiko	Angebotsrisiko	Baukosten- und Nachtragsrisiko	Rechts- und Steuerrisiko	Weiterbetriebsrisiko
Beratungsrisiko	Vergaberisiko	Planungsrisiko	Verbrauchs- und Mengenänderungsrisiko	Wertrisiko
Wirtschaftlichkeitsnachweisrisiko	Financial Close Risiko	Terminrisiko	Nutzungsänderungs- und Marktrisiko	
		Planänderungsrisiko	Instandhaltungsrisiko	
		Abnahmerisiko	Verfügbarkeitsrisiko	
		Steuerungs- und Organisationsrisiko	Technologie- risiko	
			Zinsänderungsrisiko	
			Force Majeure Risiko	

Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an Bundesverband Public Private Partnership, Risiken immobilienwirtschaftlicher PPPs aus Sicht der beteiligten Akteure, in: Pfnür (Hrsg.), Arbeitspapiere zur immobilienwirtschaftlichen Forschung und Praxis, Bd. Nr. 4, 2006, S. 4.

Rahmen des CBL verkaufen Kommunen für ca. 30 Jahre ihre Infrastruktur (Kanalisation, Wasserwerke, Müllverbrennungsanlagen, Messehallen u.ä.) an US-amerikanische Investoren und mieten die Anlagen gleichzeitig zurück. Da die Investoren in den USA für diese durch sie getätigte Auslandsinvestition Steuervorteile erhalten, zahlen sie der Kommune einen Barwertvorteil von vier bis fünf Prozent auf den Kaufpreis als einmalige Auszahlung aus.

Aufgrund dieser Auszahlung versucht die Kommune ihre Verschuldung zu reduzieren. Seit 2004 wurde das Gesetz in den USA geändert, so dass aus diesen Investitionen keine steuerlichen Vorteile mehr resultieren, d.h. es werden keine neuen Verträge mehr abgeschlossen, jedoch existieren noch laufende Verträge bis 2034.<sup>33</sup> Problematisch an den CBL-Verträgen ist, dass sie extrem komplex und intransparent sind (z.B. hinsichtlich der Konsequenzen einer Veränderung des Projektes) und sehr hohe Risiken im Zusammenhang mit der Vertragsgestaltung zu Gunsten der US-Investoren (z.B. hinsichtlich des von der Kommune beizubringenden Gewährträgers – i.d.R. ein US-amerikanisches Finanz- bzw. Versicherungsinstitut) für die Kommunen beinhalten.

Ebenso kritisch sollten Finanztransaktionen, bei denen mit öffentlichen Geldern spekuliert wird, betrachtet werden. Ziel der Reformbewegung sollte es sein, die Staatsverschuldung zu reduzieren, nicht durch riskante Finanztransaktionen noch weiter zu erhöhen. Im Grunde genommen ist gesetzlich geregelt, dass es grundsätzlich zulässig ist, Zinsderivate zur Zinsabsicherung zu nutzen. Geschäfte mit Derivaten, die jedoch unabhängig von Kreditgeschäften abgeschlossen werden, sind als spekulative Geschäfte zu verstehen und somit für Kommunen unzulässig. Voraussetzung für den Einsatz von Derivaten sind entsprechende Sicherungsmaßnahmen. Der Einsatz der einzelnen Finanzinstrumente ist vor dem Hintergrund des Risikomanagements genau zu untersuchen und abzuwägen.

### III. RISIKOANALYSE UND RISIKOVERHALTEN ALS ZENTRALES PROBLEM DES WIRTSCHAFTLICHKEITSVERGLEICHS

Für die Wirtschaftlichkeitsanalyse ist eine Kostenschätzung für den gesamten Lebenszyklus erforderlich. Die „Prognose von Zukunftswerten sowie die Identifikation, Messung und Bewertung von Risiken“<sup>34</sup> fällt jedoch noch schwer. Problematisch ist hierbei, dass man sich, wie oben erwähnt, auf so genannte „Expertenschätzungen“ verlässt. Ein zentrales Problem in Bezug auf die Wirtschaftlichkeitsanalyse bei PPP ist auch, dass es keine Transparenz hinsichtlich der Risiken eines Projektes gibt. Oftmals sind sich die Partizipanten einer PPP der Risiken, denen sie sich gegenübersehen nicht bewusst. Eine effektive und effiziente Zuordnung der Risiken kann jedoch nur dann erfolgen, wenn die Risiken zuvor entsprechend identifiziert und bewertet wurden.<sup>35</sup> Um diese Identifizierung und Bewertung der Risiken zu gewährleisten ist eine entsprechende Transparenz über die einzelnen Risiken erforderlich. Für eine solche Transparenz über die Risiken ist eine umfassende Informationsgrundlage und ein funktionierendes Informationssystem notwendig. Eine Verbesserung der

33 Vgl. Rügemeier (Fn. 31).

34 Pfnür (Fn. 25), S. 221 (227).

35 Vgl. Bundesverband Public Private Partnership (Fn. 29), S. 29.



Informationsgrundlage über generelle Risiken bei PPP in der Bau-, primär aber in der Betriebsphase würde sich über eine Ausarbeitung der Datengrundlage sämtlicher PPP-Projekte in Deutschland erreichen lassen. Hierfür müssten die Kostenstrukturen und die beobachteten Risiken lebenszyklusorientiert in einer Datenbank erfasst werden. Gewisse Unsicherheiten bestehen auch bezüglich rechtlicher und organisatorischer Regelungen. Aufgrund der föderalistischen Struktur in Deutschland gibt es verschiedene Kompetenzzentren, mit unterschiedlichen Leitfäden – über Projekte wird dezentral entschieden. Auch in diesem Fall wäre es hilfreich, eine Datenbank mit Risiken, Risikomanagementmethoden und gefällten Entscheidungen in bestehenden PPP-Projekten aufzustellen.<sup>36</sup>

Wenn es um die Verbesserung der Informationssysteme der öffentlichen Hand geht, so ist das öffentliche Rechnungswesen gemeint. Auch im Hinblick auf PPP bzw. die Erfassung von Risiken im Zusammenhang mit PPP nimmt das öffentliche Rechnungswesen einen hohen Stellenwert ein. Risiken, die beispielsweise aus einer unterlassenen Instandhaltung resultieren, können durch das kamerale Rechnungswesen nicht erfasst werden. Voraussetzung für ein effektives PPP-Projekt ist ein öffentliches Rechnungswesen, das eine systematische Bewertung der Risiken gewährleistet – eine Unterbewertung der Risiken reduziert die Wirtschaftlichkeit der Projekte.<sup>37</sup>

Auch auf der Seite der Privatwirtschaft wirkt sich eine zu geringe Risikokenntnis und Risikovorsorge negativ aus. Aufgrund einer zu geringen Risikokenntnis errechnet sich ein entsprechend niedriger Preis, der die Wahrscheinlichkeit für diesen Anbieter erhöht, den Zuschlag für das PPP-Projekt zu bekommen. Wird der Anbieter nach der Zuschlagserteilung mit den unkalkulierten Risiken konfrontiert, besteht die Möglichkeit, dass er entweder versucht, diese auf die öffentliche Hand abzuwälzen oder an den Folgen insolvent geht.<sup>38</sup> Das Ergebnis ist ein gescheitertes PPP-Projekt und Negativ-Beispiel.

Je langfristiger die PPP-Projekte werden, desto schwieriger und komplexer ist es, die Risiken vorherzusehen und realistisch zu kalkulieren. Gefordert ist ein Performance-Controlling für PPP-Projekte.<sup>39</sup> Es ist von großer Relevanz für die Effizienz und Wirtschaftlichkeit von PPP, dass Risiken nicht erst während der Bau- und Betriebsphase, sondern bereits in der Planungsphase berücksichtigt werden. Zudem sollte das angestrebte Ziel „nicht die Abwälzung möglichst vieler Risiken, sondern die sachgerechte Allokation der Risiken“<sup>40</sup> sein.

36 Vgl. *Bundesverband Public Private Partnership* (Fn. 29), S. 29.

37 Vgl. *Bundesverband Public Private Partnership* (Fn. 29), S. 29.

38 Vgl. *Bundesverband Public Private Partnership* (Fn. 29), S. 32.

39 Vgl. *Bundesverband Public Private Partnership* (Fn. 29), S. 33.

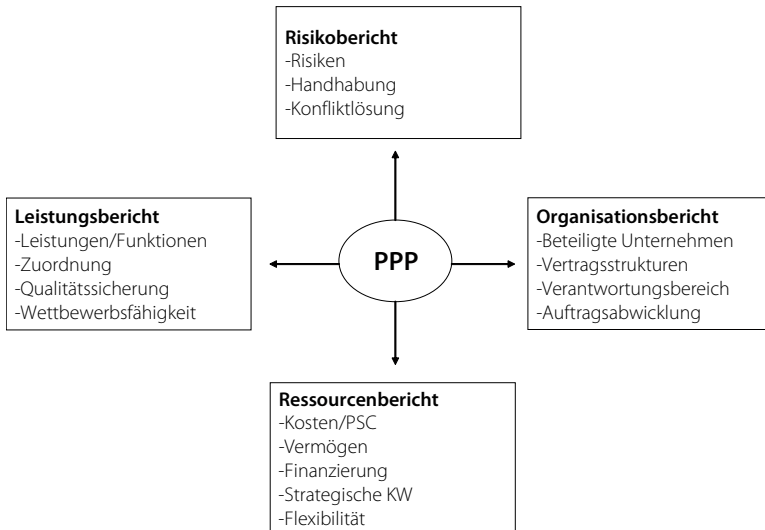
40 *Bundesverband Public Private Partnership* (Fn. 29), S. 33.

#### D. Transparenzbericht zur Deckung des Bedarfs an Informationen über Projektstruktur und -verlauf

Wie bereits erwähnt gibt es erhebliche Kritik an der Wirtschaftlichkeits-, speziell der Risikoanalyse bei komplexen PPP-Projekten mit vielschichtigen vertraglichen Verpflichtungen und einer oft nicht mehr überschaubaren Zahl an Vertragspartnern. So ist häufig auch nicht mehr nachvollziehbar, wie die ermittelnden Stellen zu ihren Ergebnissen kommen. Hier zeigt sich dann zunächst das erwähnte „Schönrechnen“ des Projektes, um dann nach Vertragsschluss und des Erreichens des „politischen point of no return“ festzustellen, dass Risiken nicht berücksichtigt und Kosten zu niedrig angesetzt wurden. Ein aktuelles Beispiel hierfür ist die Elbphilharmonie in Hamburg.

Um die Komplexitäts-, Wirtschaftlichkeits- und Risikoprobleme prozessual besser in den Griff zu bekommen, ist es geboten, bei allen Projekten ab einer bestimmten Größenordnung einen regelmäßig zu erstellenden Transparenzbericht einzuführen. Der Transparenzbericht wäre in regelmäßigen Zeitabständen als aktuelle „Bilanz“ einer PPP zu erstellen und sollte sich in vier Teilberichte gliedern: den Risikobericht, den Leistungsbericht, den Organisationsbericht und den Ressourcenbericht.

Abb. 6: Elemente eines Transparenzberichts für PPP.



Quelle: Eigene Darstellung.

Der Risikobericht soll die zuvor erwähnten Informationslücken bezüglich einer Übersicht über vorhandene Risiken, die Handhabung und den Umgang mit diesen Risiken sowie die Konfliktlösung schließen.

Der Leistungsbericht gibt zum einen einen Überblick über die einzelnen Leistungen und Funktionen, die von der PPP wahrgenommen werden. Zum anderen gibt der Leistungsbericht die Zuordnung der Leistungen auf die Kooperationspartner an, d.h. es wird festgehalten, wer für welche Aufgabenerfüllung verantwortlich ist. Zudem enthält der Leistungsbericht den Stand der Qualitätssicherung des PPP-Projektes.

Der Ressourcenbericht liefert Informationen über die finanzielle Situation des Projektes. So gehört es zu seinen Aufgaben, über die realisierten Kosten und die Finanzierung sowie die zu erwartenden Kosten und deren Finanzierung vollständig zu berichten und gegebenenfalls auf eingetretene bzw. sich abzeichnende Abweichungen mit einer Abweichungsanalyse und Handlungsalternativen für entsprechende Anpassungsmaßnahmen zu reagieren.

Der Organisationsbericht beinhaltet Informationen über die beteiligten Unternehmen sowie die gesamten Vertragsstrukturen. Auch hier werden noch einmal die Verantwortungsbereiche dargestellt, d.h. es wird aufgezeigt, welcher Kooperationspartner für welche Aufgaben zuständig ist. Zudem umfasst der Organisationsbericht die realisierte und noch anstehende Auftragsabwicklung.

Insgesamt ist der Transparenzbericht so zu strukturieren und zeitlich anzupassen, dass regelmäßig ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechender Überblick über den Stand, die Kosten sowie über die strukturellen, organisatorischen, personalen und finanziellen Gegebenheiten des PPP-Projektes gegeben wird. Er muss gegebenenfalls rechtzeitiges Gegensteuern ermöglichen. Es handelt sich um ein so genanntes Instrument des Performance-Ressourcen Controllings.

## E. Schlussfolgerung und Entwicklungsperspektiven

In der zukünftigen Entwicklung um PPP und in zukünftig geplanten PPP-Projekten muss vermehrt an der weiteren Erarbeitung einer möglichst aussagefähigen Wirtschaftlichkeitsanalyse gearbeitet werden. „Unbedingt zu vermeiden ist der Vergleich der PPP-Variante mit einer hypothetischen konventionellen Beschaffungsvariante, die in der Praxis so gar nicht existent ist.“<sup>41</sup> Sinnvoller ist es, dass die PPP-Alternative, mit der die Angebote verglichen werden – die konventionelle Beschaffungsvariante –, als lebenszyklusbezogene optimierte Eigen-

41 *Bundesverband Public Private Partnership*, Optimierung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen in immobilienwirtschaftlichen PPPs. Ein Thesenpapier, in: Pfnür (Hrsg.), Arbeitspapiere zur immobilienwirtschaftlichen Forschung und Praxis, Bd. Nr. 9, Hamburg 2007, S. 4.

realisierung ermittelt wird. Diese Eigenvariante stellt die Budgetgrenze dar, die vom Markt nicht überschritten werden darf.<sup>42</sup>

Ein weiterer Schwerpunkt der Weiterentwicklung der Wirtschaftlichkeitsanalyse muss auf deren Transparenz liegen. Von Bedeutung ist dabei, dass es sich hierbei zum einen um eine kontinuierliche Transparenz handelt, d.h. die Transparenz muss über die gesamte Projektlaufzeit aufrecht erhalten bleiben. Es reicht nicht aus, Transparenz während der Wirtschaftlichkeitsanalyse zu schaffen, es handelt sich dabei um einen fortwährenden Prozess der Schaffung von Transparenz. Zum anderen handelt es sich nicht um eine einseitige Transparenz, es müssen die Risiken und Erfolgsaussichten aller Partner transparent gemacht werden.

Insgesamt sollte versucht werden, die Risikokosten über den Einsatz statistischer Evaluationen besser antizipierbar zu machen. Gerade im Bereich des Immobilien- und Infrastruktursektors sollte es möglich sein, eine ausreichende Datenbasis aufzubauen. Ebenso sollte eine einheitliche Berechnungsgrundlage für Planungs-, Bau-, Finanzierungs- und Betriebskosten geschaffen werden.<sup>43</sup>

Für komplexe PPP-Projekte ist die Einführung eines Transparenzberichts unabdingbar. Nur so kann dem Anspruch nach hinreichender jederzeit gewährleisteter Transparenz Rechnung getragen werden. Er ist in regelmäßigen Zeitabständen vorzulegen und im Laufe des Projektes anzupassen und zu aktualisieren. Es bietet sich an, dass dieser Transparenzbericht auch zur Grundlage bzw. zum zentralen Element des Informationssystems eines Performance-Controllings gemacht wird.

Insgesamt ist den Risiken aber auch den tatsächlichen Verhaltensweisen und der Unvollständigkeit von Verträgen in der Praxis und Fachdiskussion ein bedeutenderer Stellenwert einzuräumen als bisher. Durch die Prognose-schwierigkeit hinsichtlich der Risiken dürfte sich in der Realität nicht selten die Effizienz von PPP-Projekten im Nachhinein derart reduzieren, dass es wirtschaftlicher gewesen wäre, die alternative Beschaffungsvariante zu wählen.

Der Autor *Prof. Dr. Dr. h.c. Dietrich Budäus* war bis zum Jahr 2007 Leiter des Lehrstuhls Public Management an der Universität Hamburg.

Die Autorin *Dr. Birgit Grüb* ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Fakultät für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften der Universität Hamburg und vertritt dort z. Zt. das Fach Public Management.

42 Vgl. *Bundesverband Public Private Partnership* (Fn. 41), S. 3 f.

43 Vgl. *Bundesverband Public Private Partnership* (Fn. 41), S. 5 f.

# Kooperationsverträge

Zur bevorstehenden Novellierung des Vertragsrechts im Verwaltungsverfahrensgesetz

*Heribert Schmitz*

Durch das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) vom 25. 5. 1976<sup>1</sup> ist der – in der Verwaltungspraxis schon lange bekannte – öffentlich-rechtliche Vertrag als allgemeines Instrument des Verwaltungshandelns auf der Ebene des Bundes kodifiziert worden. Damit kam eine wissenschaftliche Diskussion über die Nutzung von Verträgen als Handlungsform der Verwaltung im öffentlichen Recht zu einem Endpunkt. Das verwaltungsrechtliche Denken war lange von dem von *Otto Mayer* geprägten Grundsatz „Der Staat paktiert nicht“ beeinflusst. *Mayer* erschien das Verhältnis des Staates zu dem Einzelnen durch Subordination gekennzeichnet; das typische Handeln des Staates erfolgte durch Verwaltungsakt. Vor allem auf Grund der Habilitationsschrift von *Apelt*<sup>2</sup> aus dem Jahr 1920 setzte ein Umdenken ein. Schon 1931 enthielt der Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg die Möglichkeit, öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse durch Vertrag zu begründen, „soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen“. Diesem Ansatz folgt das Verwaltungsverfahrensgesetz: Der öffentlich-rechtliche Vertrag wird als Mittel des Verwaltungshandelns eingeführt, das in besonderen Maße geeignet ist, Rechtsfrieden herzustellen. Gleichwohl sind der Vertragsverbindlichkeit durch den Grundsatz der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns Grenzen gezogen. Dieses Verständnis rechtlich gebundener Möglichkeiten des Verwaltungshandelns durch öffentlich-rechtlichen Vertrag liegt den §§ 54 ff. VwVfG zugrunde.

Bereits in der Begründung zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1963 wurde festgehalten, dass sich rechtlich, politisch und tatsächlich das Verhältnis „Obrigkeit – Untertan“, von dem *Otto Mayer* ausgegangen war, grundlegend gewandelt hat. Dies war 1976 noch deutlicher geworden, es gilt umso mehr für den „aktivierenden Staat“, der ein offenes, kooperatives Verhältnis zwischen den gesellschaftlichen Akteuren schaffen will. Dieses kooperative Grundverhältnis soll auch in den Handlungsmöglichkeiten der öffentlichen Verwaltung stärker zur Geltung kommen. Dementsprechend war das Ziel eines der Leitprojekte des Programms der Bundesregierung „Moderner Staat – Moderne Verwaltung“ in der 14. Wahlperiode:

1 BGBl. I S. 1253.

2 Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 1920.

„Die Bundesregierung wird rechtliche Rahmenbedingungen für kooperative Vertragsverhältnisse schaffen. [...] Deshalb werden für die Ausgestaltung von Kooperationsbeziehungen taugliche Vertragstypen und Vertragsklauseln im Verwaltungsverfahrenrecht verankert.“<sup>3</sup>

Änderungen des Verwaltungsverfahrenrechts bedürfen wegen ihrer großen Auswirkungen sorgfältiger Vorbereitung.<sup>4</sup> Der beim Bundesministerium des Innern (BMI) eingerichtete Beirat Verwaltungsverfahrenrecht<sup>5</sup> hat sich intensiv mit dem Thema einer Anpassung des öffentlich-rechtlichen Vertrages an neue Anforderungen befasst. Seine Vorschläge für eine Modernisierung des Rechts des öffentlich-rechtlichen Vertrages basieren auf zwei Gutachten, die *Schuppert* und *Ziekow* für das Bundesministerium des Innern erstellt und im Beirat erläutert hatten.<sup>6</sup> Die Vorschläge des Beirats waren Grundlage der weiteren Arbeiten.

Die Auffassungen über Zulässigkeit und Grenzen öffentlich-rechtlicher Verträge haben sich während der Jahrzehnte, in denen diese Fragen Rechtslehre, Rechtsprechung und Verwaltungspraxis beschäftigen, grundlegend geändert. Der Entwurf begnügt sich, entsprechend der Übung des Verwaltungsverfahrensgesetzes als Grundgesetz der Verwaltung, mit den für die Verwaltungspraxis unbedingt erforderlichen Regelungen zur Anpassung des Rechts des öffentlich-rechtlichen Vertrages an neue Anforderungen. Die geplante Novelle hat zwei Themen: den Kooperationsvertrag<sup>7</sup> und die Beseitigung von Nichtigkeitsfällen<sup>8</sup>.

### A. Kooperationsvertrag

Die Bedeutung des Instrumentariums „Vertrag“ hat sich für die öffentliche Verwaltung im Laufe der Jahre stark gewandelt. Die Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages wurde zunächst vorwiegend verwaltungsaktersetzend in der Form der subordinationsrechtlichen Verträge eingesetzt, so dass bislang der Schwerpunkt auf dem Schutz des Bürgers in dem ungleichen Kräfteverhältnis zur Verwaltung lag. Heute nutzt die Verwaltung öffentlich-rechtliche Verträge auch, um ihre Aufgaben in Zusammenarbeit mit anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts sowie mit Privatpersonen zu erfüllen. Solche Kooperationen sind zwar auch nach dem gel-

3 Vgl. *Schmitz*, DVBl. 2005, S. 17 (18).

4 *Hufen*, in: *Schuppert* (Hrsg.), *Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates* (1998), S. 11 (18); *Schmitz/Olbertz*, NVwZ 1999, S. 126 (132).

5 Hierzu *Bonk/Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 1 Rn. 276.

6 *Schuppert*, *Erfordernis verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse* (Public Private Partnership); *Ziekow*, *Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse* (Public Private Partnership) im VwVfG; abgedruckt in: Bundesministerium des Innern (Hrsg.), *Verwaltungskooperationsrecht* (Public Private Partnership), Berlin 2002.

7 Hierzu *Schmitz*, DVBl. 2005, S. 17 ff.

8 Hierzu zunächst *Schmitz*, NVwZ 2000, S. 1238 (1241).

tenden Vertragsrecht zulässig. Es fehlt bislang aber eine ausdrückliche Regelung für einen Vertragstyp Kooperationsvertrag, die den rechtlichen Rahmen solcher verwaltungsrechtlichen Kooperationsverhältnisse konkretisiert. Der Musterentwurf der Verwaltungsverfahrenrechtsreferenten von Bund und Ländern sieht hier folgende Anpassung vor:

In das Verwaltungsverfahrensgesetz werden Regelungen zu verwaltungsrechtlichen Kooperationsverhältnissen aufgenommen. Hierzu wird der Kooperationsvertrag als besonderer Typ des öffentlich-rechtlichen Vertrages in das Gesetz eingeführt. Gleichzeitig wird ein rechtlicher Rahmen für die Zulässigkeit solcher Verträge vorgegeben. Zudem wird das Recht des Kooperationsvertrages durch eine entsprechende Nichtigkeitsregelung ergänzt.

Systematische Überlegung war, § 54 VwVfG neu zu strukturieren. Der bisherige Satz 2 soll ohne das Wort „insbesondere“ als neuer Absatz 2 nur den subordinationsrechtlichen Vertrag behandeln. Die „Insbesondere“-Einleitung des bisherigen Satzes 2 sollte die Möglichkeit der Verwaltung, an Stelle eines Verwaltungsaktes durch öffentlich-rechtlichen Vertrag zu handeln, in bewusster Abkehr zu der Maxime „Der Staat paktiert nicht“ von *Otto Mayer* verdeutlichen. Inhaltlich war diese Klarstellung nicht erforderlich, da diese Möglichkeit von Satz 1 bereits umfasst wurde. Sie erscheint heute – anders als 1976 – auch nicht mehr hervorhebenswert. Der Norminhalt soll jedoch beibehalten werden. Zum einen wird dadurch das Missverständnis vermieden, die Möglichkeit des subordinationsrechtlichen öffentlich-rechtlichen Vertrages bestehe zukünftig nicht mehr. Zum anderen bleibt klarstellend die Vorgabe erhalten, dass Vertragspartner hier nur derjenige sein kann, der sonst Adressat eines Verwaltungsakts wäre.

Der kooperationsrechtliche Vertrag tritt in Absatz 3 ausdrücklich daneben. Um den Kooperationsvertrag als eigenständigen Typ neben Vergleichsvertrag (§ 55 VwVfG) und Austauschvertrag (§ 56 VwVfG) herauszuheben, soll er mit § 56a VwVfG auch eine „eigene Nummer“ erhalten. § 56a VwVfG ist die zentrale Norm für die Gestaltung von kooperativen öffentlich-rechtlichen Verträgen. Die Vorschrift definiert den Kooperationsvertrag als besonderen Typus des öffentlich-rechtlichen Vertrages und legt die notwendigen Anforderungen an diesen Vertragstyp für die Praxis fest. Satz 1 der Vorschrift schließt an § 54 Abs. 3 VwVfG an; die Norm stellt damit klar, dass der Kooperationsvertrag das Vorliegen der Anforderungen des § 54 Abs. 3 VwVfG voraussetzt. Nur soweit die Behörde einen Privaten an der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe beteiligt, kommt ein Kooperationsvertrag nach § 56a VwVfG in Betracht.

Wesentliche Anforderung an den Kooperationsvertrag ist die „Sicherstellung eines hinreichenden Einflusses auf die ordnungsgemäße Erfüllung der öffentlichen Aufgabe“ in § 56a Satz 1 VwVfG. Durch Abschluss eines Kooperationsvertrages kann die Behörde zwar einen Privaten an der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe beteiligen, dies enthebt sie aber nicht ihrer

bestehen bleibenden öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen. Weiterhin trägt sie die Verantwortung für die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe. Bei Mängeln in der Erfüllung durch den Privaten muss die Verwaltung daher die ordnungsgemäße Erfüllung jederzeit sicherstellen können.

Zeitlich muss der hinreichende Einfluss auf die Aufgabenerfüllung beim Abschluss des öffentlich-rechtlichen Vertrages sichergestellt sein. Der Begriff „Einfluss“ wird im Gesetz nicht näher definiert, um deutlich zu machen, dass hiervon eine Vielzahl von Möglichkeiten, den Vertragspartner zu beeinflussen, umfasst wird. Hierzu gehören beispielsweise die Verankerung von Aufsichtsrechten, von Aktenvorlage- und Berichtspflichten des Privaten sowie die Abgabe von Erfüllungsbürgschaften. Es geht also um die Beeinflussung des Vertragspartners durch die Behörde, ebenso wie um den Einfluss der Behörde auf die gemeinwohlorientierte Erfüllung der öffentlichen Aufgabe. Die Behörde wird regelmäßig Rückhol- und Steuerungsmöglichkeiten im Vertrag regeln müssen. Zwingende Rechtsfolge bei Nichterfüllung dieser Anforderungen ist die Nichtigkeit des Kooperationsvertrages (vgl. § 59 Abs. 2a VwVfG).

§ 56a Satz 2 VwVfG regelt die Anforderungen an die Auswahl des Vertragspartners in Anlehnung an das Gewerbe- und Vergaberecht: Als Vertragspartner kommt nur in Betracht, wer fachkundig, leistungsfähig und zuverlässig ist. Außerdem sind die allgemeinen für jegliches Verwaltungshandeln geltenden Rechtsgrundsätze zu beachten, so etwa das Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsgebot.

Zwar liegt die Auswahl des Vertragspartners zeitlich vor der Sicherstellung des Einflusses auf die ordnungsgemäße Erfüllung. Dennoch sind die Auswahlkriterien erst als Satz 2 geregelt; hierdurch spiegelt der Normtext die unterschiedliche Bedeutung seiner beiden Sätze und der in ihnen enthaltenen Anforderungen durch ihre Reihenfolge wider. Dies korreliert insbesondere auch mit den unterschiedlichen Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Anforderungen. Eine fehlerhafte Auswahl der Vertragspartner kann anders als die Nichterfüllung der Anforderung des ersten Satzes nur zu Regressansprüchen gegen die Behörde führen.

Das Bundesministerium der Justiz (BMJ) hat gegen den Musterentwurf verschiedene Bedenken erhoben. Für die geplanten Änderungen des § 54 VwVfG sei ein überzeugender Grund nicht ersichtlich. Ohne dass dies einen Einfluss auf den Inhalt der vom Beirat gefundenen Lösung hätte, könne man § 54 VwVfG unverändert lassen und den geplanten § 54 Abs. 3 VwVfG mit dem gleichfalls geplanten § 56a VwVfG zusammenführen. Soweit im Teil IV bestimmte Vertragstypen wegen ihrer Wichtigkeit besonders behandelt, also „benannt“ würden, erfolge dies jeweils nur an einer Stelle. Dass der zu installierende „Kooperationsvertrag“ an zwei Stellen, nämlich sowohl in § 54 Abs. 3 VwVfG als auch in § 56a VwVfG benannt, also gesondert geregelt werden soll, sei systemwidrig und begründe einen Vorrang des „Koopera-



tionsvertrags“ gegenüber den anderen benannten Vertragsarten, ohne dass dies sachlich gerechtfertigt wäre. Dies gelte selbst dann, wenn berücksichtigt werde, dass es ein besonderes Anliegen ist, das Augenmerk auf den „Kooperationsvertrag“ zu richten.

Auch in der Literatur finden sich vereinzelt kritische Anmerkungen: „Die beabsichtigte Normierung des ‚Verwaltungskooperationsrechts‘ belegt [...] erneuert, dass der von verwaltungspolitischen Schlagworten getragene politische Wille Berge aufhäufen kann, um sie dann an solche Stellen zu setzen, wo sie aus rein juristischer Sicht nicht wirklich benötigt werden.“<sup>9</sup> Dem Ministerialpraktiker erscheint dies als typische „Privatdozenten-Attitüde“: scharfe, detaillierte und nicht gänzlich unzutreffende Kritik, aber ohne Einsicht in den realen Aspekt von Gesetzgebung als Signal politischer Problemlösungskompetenz. Bei Anlegung des Maßstabs politischer Umsetzbarkeit sind die Interessen diverser Akteure im Gesetzgebungsverfahren zu berücksichtigen: Ressorts, Länder, Verbände und nicht zuletzt der Gesetzgeber in Person der fachlich zuständigen Abgeordneten des Deutschen Bundestages.<sup>10</sup>

Deshalb wurde auf Arbeitsebene – also ohne Staatssekretäre oder Minister zu befassen – ein Kompromissvorschlag erstellt, der den – nach hiesiger Sicht nicht durchschlagenden – Bedenken des Bundesministeriums der Justiz Rechnung tragen soll. Die Regelungen zum Kooperationsvertrag werden danach bei § 56a VwVfG konzentriert. Satz 1 der Vorschrift betont einerseits, dass die Verwaltung einen öffentlich-rechtlichen Vertrag auch schließen kann, um Private an der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe der Behörde zu beteiligen. Die Vorschrift ist die Grundnorm für den kooperationsrechtlichen Vertrag und stellt zugleich eingrenzend klar, dass durch öffentlich-rechtlichen Vertrag nur eine Beteiligung Privater an der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der Behörde möglich ist. Halbsatz 2 stellt klar, dass sich aus der Vorschrift kein Recht ergibt, hoheitliche Befugnisse durch Vertrag zu übertragen; insoweit verbleibt es beim geltenden Recht und den eindeutigen verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Beleihung, also der Notwendigkeit einer ausdrücklichen Ermächtigung durch eine anderweitige Rechtsvorschrift. Dies berücksichtigt auch den Aspekt, dass sich der Staat durch die Verwendung von privatrechtlichen Handlungs- und Organisationsformen nicht den Bindungen des öffentlichen Rechts entziehen kann. Die Regelung im Gesetzestext ist daher auch keine Legaldefinition der Beleihung.

9 *Stelkens*, NWVBl 2006, S. 1 (7); kritisch auch *Gurlit*, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2006, § 28 Rn. 9; aber andererseits ebda., Rn. 5: Eine große Lösung der verfahrensrechtlichen Normierung der PPP würde den Rahmencharakter des VwVfG sprengen, gleichzeitig aber normativ ein Phänomen zementieren, dessen Fortentwicklung nur in Ansätzen erkennbar ist.

10 Vgl. *Schmitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, S. 135, 136 f., 141.

## B. Nichtigkeitsfallen

1. Als problematisch hat sich erwiesen, dass die bestehenden Nichtigkeitsregelungen zwangsläufig die Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen verlangen. Das bisherige Rechtsfolgenregime führt einerseits dazu, dass selbst bei geringfügigen Verstößen gegen die Nichtigkeitsbestimmungen eine Rückabwicklung zu erfolgen hat, die aber oftmals nicht vollständig möglich ist. Zudem kommt es vor, dass der die Nichtigkeit auslösende Fehler erst nach langer Zeit erkannt wird und schon deshalb besondere Schwierigkeiten bei einer Rückabwicklung entstehen. Zum anderen wirkt sich das strikte Rechtsfolgenregime auch hemmend auf die Bereitschaft aus, den öffentlich-rechtlichen Vertrag als adäquates Instrument des Verwaltungshandelns einzusetzen. Mit dem Gesetzentwurf soll die Heilung bestimmter Mängel zur Rettung eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zugelassen werden, die sonst zur Nichtigkeit und zur Rückabwicklung führen würden, ohne dass die Nichtigkeitsregelungen als solche aufgeweicht werden.

2. Im Hinblick auf das Schriftformerfordernis besteht zum Teil Unsicherheit, ob Urkundeneinheit erforderlich ist, oder ob es ausreicht, wenn Angebot und Annahme schriftlich erklärt werden.

3. Die Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag enthalten bislang keine eigene Regelung über die Höhe zu zahlender Verzugszinsen. Unsicherheiten über die Höhe des Zinssatzes bei entsprechender Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Verweisung in § 62 VwVfG könnten noch verstärkt werden durch die Einführung des „gespaltenen“ (von der Beteiligung eines Verbrauchers an dem Rechtsgeschäft abhängigen) Zinssatzes in § 288 BGB durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz.

Der Musterentwurf sieht hier die notwendigen Anpassungen für das Recht des öffentlich-rechtlichen Vertrages vor:

Das bisherige Rechtsfolgenregime, das als zwingende Folge bei Verstößen gegen das Angemessenheitsprinzip und das Kopplungsverbot (§§ 56, 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG) die Nichtigkeit des Vertrages vorsieht und damit keinerlei Möglichkeit für eine Heilung mangelhafter Vereinbarungen lässt, sondern stets zur Rückabwicklung des Vertrages führt, wird moderat zurückgeführt. Es wird ein Recht für die Vertragsparteien zur Heilung solcher Mängel eingeführt, das allerdings nur greift, soweit die mangelhafte und sonst zur Nichtigkeit des Vertrages führende Regelung durch eine angemessene wirksame Regelung ersetzt werden kann.

Es wird klar gestellt, dass es zur Wahrung des Schriftformerfordernisses ausreicht, wenn Angebot und Annahme des Vertrags jeweils schriftlich erklärt werden.

Zudem wird eine eigene Regelung über den Verzugszinssatz bei öffentlich-rechtlichen Verträgen eingeführt, um Schwierigkeiten bei der entsprechenden Anwendung des mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in § 288 BGB eingeführten gespaltenen Zinssatzes zu vermeiden.

Auch hier hat das Bundesministerium der Justiz Bedenken erhoben. Unbeschadet der Besonderheiten und Bedürfnisse des Verwaltungsrechts lehne sich das Recht des öffentlich-rechtlichen Vertrages eng an die zivilrechtlichen Vorschriften und zivilrechtliche Grundsätze an, manifestiert durch die Verweisung in § 62 Satz 2 VwVfG. Mit § 59 Abs. 4 VwVfG-E würde jedoch öffentlich-rechtliches Vertragsrecht geschaffen, das sich fundamental von zivilrechtlichen Grundsätzen unterscheidet. Die vorgesehene Ergänzung des § 59 VwVfG sehe vor, dass in bestimmten Fällen die Vertragsparteien die Anpassung eines nichtigen Vertrages verlangen können. Damit würden an ein nichtiges Rechtsgeschäft Rechtsfolgen geknüpft, die im Ergebnis darauf zielen, dass die ursprünglich bezweckten Rechtswirkungen eintreten. Hierfür wäre nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts dagegen grundsätzlich eine Neuvernahme des nichtigen Rechtsgeschäfts notwendig. Ein nichtiges Rechtsgeschäft bleibe auch nach Wegfall des Nichtigkeitsgrundes unwirksam. Ein nichtiger Vertrag könne daher auch nicht angepasst werden.

Diese Überlegungen waren schon im Beirat erörtert worden. Im Hinblick auf das Ziel der Novelle – und vergleichbare Lösungen – wurden sie als nicht durchschlagend angesehen. Der Gesetzgeber kann auch neue Wege beschreiten. Trotzdem hat das BMI auch hier eine Variante vorgeschlagen, um dem BMJ entgegen zu kommen.

Mit dieser Kompromissfassung wird die Möglichkeit eröffnet, bei Verstößen gegen das Verbot aus § 56 VwVfG die Nichtigkeit des Vertrages durch Ersetzung durch eine rechtmäßige Regelung nach Absatz 4 zu vermeiden. Der neue Absatz 2a knüpft an die Anforderungen des § 56a Satz 2 VwVfG an. Die Nichtigkeit des Kooperationsvertrages kann vermieden werden, wenn nach Absatz 4 die fehlende Einflussmöglichkeit der Behörde gesichert wird.

Erweisen sich Regelungen zur ordnungsgemäßen Erfüllung der öffentlichen Aufgabe als nicht ausreichend, so greift § 59 Abs. 2a VwVfG nicht. Insoweit gilt vielmehr: Ändern sich die Verhältnisse nach Vertragsschluss und kann eine ordnungsgemäße Erfüllung nicht mehr sichergestellt werden, richtet sich das Recht auf Anpassung und Kündigung des Kooperationsvertrages nach § 60 VwVfG. Dabei wird insbesondere an § 60 Abs. 1 Satz 2 VwVfG zu denken sein.

Mit dem neuen Absatz 4 soll die bisherige unbedingte Nichtigkeitsfolge bei Austauschverträgen (§ 56 i.V.m. § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG) bei nur geringen Verstößen gegen das Angemessenheitsprinzip von Leistung und Gegenleistung oder gegen das Kopplungsverbot vermieden werden, da bisher zu wenig Spielraum für Differenzierungen bei unterschiedlichen Problemlagen

in der Praxis vielfach zu unbefriedigenden und nicht wünschenswerten Ergebnissen geführt hat.

Der Wortlaut des § 56 VwVfG bleibt unverändert, mit einer Aufhebung des Koppelungsverbots oder einem Wegfall der Angemessenheitsklausel soll kein falsches Signal gesetzt werden: Der verfassungsrechtlich fundierte Grundsatz der Gesetzesgebundenheit des Verwaltungshandelns wird nicht in Frage gestellt.

Der Gesetzentwurf ermöglicht den Vertragsparteien, im Falle der sonst drohenden Nichtigkeit des Vertrages dessen vollständige Rückabwicklung durch eine nachträgliche Heilung des Mangels zu vermeiden. Hierdurch wird eine faktisch unzumutbare Rückabwicklung vermieden. Die Pflicht der Parteien zur Korrektur von unangemessenen Leistungen wird Befriedungswirkung entfalten und soll die Zahl einschlägiger Rechtsstreitigkeiten verringern. Bei der Angemessenheit der Regelung handelt es sich insoweit um einen objektiv geprägten Faktor, der sachgerechte Vertragsanpassungen ermöglicht. Die Regelung öffnet dieses Korrekturverfahren nach Absatz 2a auch für Kooperationsverträge.

Der neue Absatz 5 regelt das Rückabwicklungsregime für nichtige öffentlich-rechtliche Verträge. Nunmehr wird eine Anspruchsgrundlage für die Durchführung der Rückabwicklung normiert, so dass nicht mehr auf das bisher angewandte Rechtsinstitut des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs zurückgegriffen werden muss. Hinsichtlich des Umfangs des Erstattungsanspruchs wird im Wege einer Rechtsfolgenverweisung auf die Vorschriften des BGB über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verwiesen. Die Verweisung entspricht im Wesentlichen der in § 49a Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 VwVfG für die Erstattung von aufgrund eines Verwaltungsaktes erbrachten Leistungen. Wie bei der allgemeinen Verweisungsnorm in § 62 Satz 2 VwVfG gilt, dass die Vorschriften des BGB nur entsprechend, das heißt soweit die Besonderheiten des Verwaltungsrechts nicht entgegenstehen, anzuwenden sind. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch bleiben insoweit anwendbar. So kann sich z. B. der Staat regelmäßig nicht in analoger Anwendung von § 818 Abs. 3 BGB auf den Wegfall der Bereicherung berufen. Der Gesetzentwurf schafft damit eine den Verhältnissen der Gegenwart angepasste Regelung für den Ausgleich der im Rahmen des Vertragsverhältnisses ausgetauschten Leistungen.

### C. Fortgang

Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf wird das Recht des öffentlich-rechtlichen Vertrages an die Entwicklungen des modernen Rechtsverkehrs angepasst. Für Verwaltung, Wirtschaft und Bürger werden Möglichkeiten und

Grenzen dieser Handlungsform auch für den Bereich des kooperativen Handelns klargestellt und dadurch Rechtssicherheit geschaffen.

Welche Fassung der Regierungsentwurf finden wird, lässt sich heute (April 2008) nicht abschließend sagen. Die Gespräche mit dem Bundesministerium der Justiz wurden im vergangenen Jahr – vorläufig – eingestellt. Andere Vorhaben zur Fortentwicklung der Verwaltungsverfahrensgesetze haben eine höhere Priorität.

Noch in diesem Jahr soll eine Novelle abgeschlossen werden, mit der Regelungen zur Umsetzung der EG-Dienstleistungsrichtlinie getroffen werden sollen. Die Richtlinie will die Gründung betrieblicher Niederlassungen in einem anderen EU-Mitgliedstaat erleichtern und das Erbringen von Dienstleistungen über die Landesgrenzen hinweg vereinfachen. Hierzu soll es jedem Dienstleistungserbringer ermöglicht werden, über einen so genannten „einheitlichen Ansprechpartner“ alle Formalitäten zur Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistung – auf Wunsch auch elektronisch – abzuwickeln.<sup>11</sup> Es ist geplant, in die Verwaltungsverfahrensgesetze einen neuen Typ „Verfahren über eine einheitliche Stelle“ aufzunehmen.<sup>12</sup>

Ein anderes Vorhaben folgt aus dem Gesetz zur Beschleunigung von Planungsverfahren für Infrastrukturvorhaben vom 9. 12. 2006 mit weiteren Regelungen zur Vereinfachung und Beschleunigung der Planungsprozesse für den Verkehrsbereich. Der Gesetzgeber hat dabei nicht das VwVfG geändert, sondern – weil schneller zu realisieren – die Fachplanungsgesetze, die für die wesentlichen Verkehrsvorhaben einschlägig sind. Dabei war ihm bewusst, dass damit die Zersplitterung des Verwaltungsverfahrensrechts weiter zunimmt.<sup>13</sup> Er hat deshalb am 27. 10. 2006 mit dem Gesetzesbeschluss die Bundesregierung aufgefordert, die beschleunigenden Maßgaben des Gesetzentwurfs auf den gesamten Anwendungsbereich der Planfeststellungsverfahren auszudehnen und in den Verwaltungsverfahrensgesetzen des Bundes sowie der Länder sobald wie möglich mit einem gesonderten Gesetzgebungsverfahren zu verankern.<sup>14</sup> Eine entsprechende EntschlieÙung hat auch der Bundesrat gefasst.<sup>15</sup>

Nach Abschluss dieser beiden Vorhaben soll die Arbeit an der Novellierung des Vertragsrechts im Verwaltungsverfahrensgesetz fortgesetzt werden.

Der Autor *Dr. Heribert Schmitz* ist Ministerialrat im Bundesministerium des Innern und seit 1993 Referatsleiter des Bereichs Verwaltungsrecht, Verwaltungsverfahrenrecht und Personenstandsrecht.

11 Vgl. *Bonk/Schmitz* (Fn. 5), § 1 Rn. 228.

12 Inzwischen umgesetzt durch das 4. VwVfÄndG vom 11.12.2008 (BGBl. I, S. 2418; hierzu *Schmitz/Prell*, NVwZ 2009, 1.

13 Vgl. *Bonk/Schmitz* (Fn. 5), § 1 Rn. 269.

14 BTDrucks 16/3158, S. 53 f.

15 BRDrucks 764/06 unter Bezugnahme auf den Wortlaut der EntschlieÙung des Bundestags.



# Institutionelle Alternativen zu Public-Private-Partnerships

Kommunale Eigenleistung, Public-Public-Partnerships und Contracting-Out

*Christoph Reichard*

Anliegen dieses Beitrages ist es in erster Linie, das breite institutionelle Spektrum bei der Erbringung kommunaler öffentlicher Dienstleistungen und die bei den verschiedenen institutionellen Alternativen auftretenden Vor- und Nachteile zu beleuchten. Auf dieser Basis soll dann herausgearbeitet werden, wie eine vernünftige Wahlentscheidung aussehen könnte. In diesem Beitrag wird auf das Thema „Public-Private-Partnerships“ (PPP) kaum eingegangen, weil dem ein eigener Beitrag gewidmet ist. Demgegenüber wird der Variante der „Public-Public-Partnerships“, also dem Thema der Verwaltungskooperation, besondere Aufmerksamkeit gewidmet.

## A. Leitbild des Gewährleistungsstaates

Der öffentliche Sektor in den meisten Industriestaaten wandelt sich seit einiger Zeit vom produzierenden Staat zum *Gewährleistungsstaat*. Zunächst geschah dies vor allem auf der rhetorischen und akademisch-konzeptionellen Ebene, aber inzwischen ist dies auch in der praktischen Umsetzung sichtbar. Es wächst die Einsicht, dass der Staat nicht notwendigerweise alle öffentlichen Leistungen selber erbringen muss. Vielmehr erscheint es angemessen, dass der Staat die politisch gewollten und finanzierbaren Leistungen gewährleistet und entscheidet, welche Leistungen staatlicherseits selbst erbracht und welche von Dritten geliefert werden sollen.<sup>1</sup>

Das Paradigma des Gewährleistungsstaates soll deutlich machen, dass der Staat sich weiterhin um die Aufgabenerfüllung kümmert. Er stellt sicher (gewährleistet), dass bestimmte politisch erwünschte öffentliche Aufgaben erfüllt werden, muss diese aber nicht notwendigerweise alle selbst erbringen. Er steht damit vor einer Wahlentscheidung, welche Leistungen selbst zu erbringen sind, welche von Dritten geliefert oder in Kooperation erstellt werden sollen.

1 Vgl. *Schuppert* (Hrsg.), *Der Gewährleistungsstaat – ein Leitbild auf dem Prüfstand*, 2005; *Reichard*, *Öffentliche Dienstleistungen im gewährleistenden Staat*, in: *GÖW* (Hrsg.), *Öffentliche Dienstleistungen für die Bürger*, 2006, S. 53-79.

Damit verändert sich die Rolle des Staates vom alleinigen Produzenten zum Gewährleister. Er nimmt einige neue Funktionen wie z. B. Anreger, Moderator, Anschubfinanzier, Steuerer bzw. Koordinator wahr, die zuvor im Handeln des Staates nur eine begrenzte Rolle gespielt haben. Gerade von rechtswissenschaftlicher Seite ist in die deutsche Debatte der Gedanke der *Verantwortungsstufung und -teilung*<sup>2</sup> herein getragen worden. Diese geht von einer neuen Anordnung der Verantwortlichkeiten aus, wobei die grundsätzliche Sicherstellung der Leistungserbringung weiter beim Staat liegt (Gewährleistungsverantwortung), die Vollzugsverantwortung aber bei den mit der Produktion tatsächlich betrauten Leistungserbringern angesiedelt ist. Daneben gibt es sicherlich noch weitere Verantwortungskategorien, wobei z.B. die Auffangverantwortung – z.B. bei privaten Insolvenzen – eine besondere Rolle spielen kann.

Aus diesem Paradigma ergeben sich *neue Anforderungen* an die Kommunen im gewährleistenden Staat<sup>3</sup>:

- ▶ Herausbildung der Auftraggeber- und Besteller-Funktion;
- ▶ verstärkte Notwendigkeit der Planung (z.B. Nahverkehrsplan als Basis für ÖPNV-Leistungsauftrag);
- ▶ Leistungsbeschreibungen, Vergabe-Management; Ausschreibungs-Wettbewerb;
- ▶ Vertragsmanagement, Regulierung;
- ▶ Controlling, Monitoring, Sicherstellung der Leistungserbringung (Auffangverantwortung);
- ▶ Leistungs- und Wirkungs-Evaluierung;
- ▶ Kooperationsmanagement (Netzwerk-Koordinator);
- ▶ Sicherstellung von Transparenz und Publizität.

Als Folge des Ansatzes des Gewährleistungsstaats ergeben sich im öffentlichen Sektor zusätzliche *institutionelle Arrangements*, die zu erweiterten Wahlmöglichkeiten (institutional choice) sowohl für die Bürger als Konsumenten und Leistungsempfänger wie für den Staat als Auftraggeber und Besteller führen.<sup>4</sup> Es bieten sich drei generelle Optionen, wie sie im Thema des Beitrages bereits zum Ausdruck kommen: Der Staat bzw. die Kommune können eine öffentliche Leistung in *Eigenleistung* erstellen, sie können dies in *Kooperation* mit öffentlichen oder privaten Partnern tun oder sie können diese Leistung zeitweise oder auf Dauer auf Dritte *auslagern*. Diese verschiedenen Optionen finden sich in einer Gemengelage zwischen Hierarchie, Markt bzw. Kooperation (siehe Abbildung 1).

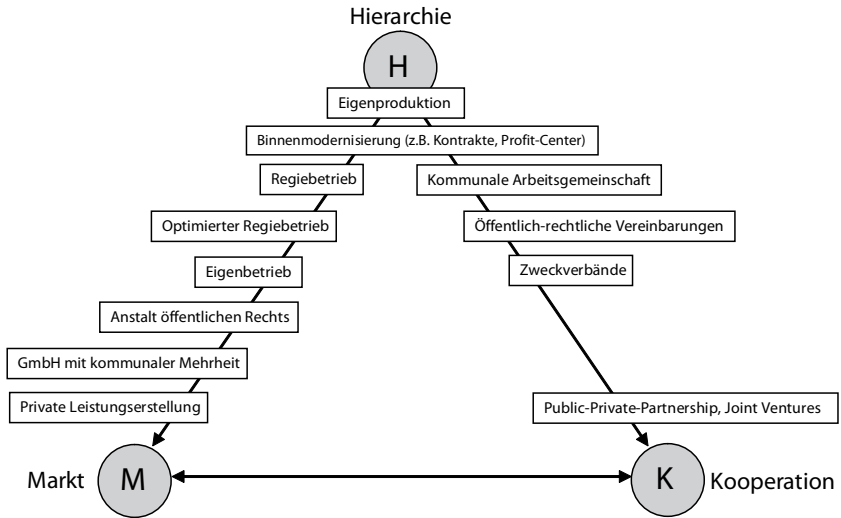
2 Z.B. Schuppert (Fn. 1).

3 Libbe/Trapp/Toerius, Gemeinwohlsicherung als Herausforderung – umweltpolitisches Handeln in der Gewährleistungskommune, DIFU Networks-Paper Nr. 8, 2004, S. 134 ff.

4 Vgl. Reichard, New Institutional Arrangements of Public Service Delivery, in: Reichard/Mussari/Kupke (Hrsg.), The Governance of Services of General Interest between State, Market and Society, 2006, S. 35-47.



Abb.1



Quelle: eigene Darstellung.

## B. Institutionelle Arrangements

### I. EIGENLEISTUNG

Die klassische Lösungsvariante „*Eigenleistung*“ im staatlichen oder kommunalen Verwaltungsapparat war im Wohlfahrtsstaat die bevorzugte Erbringungsform; auch heute ist sie vor allem bei vielen hoheitlichen oder sehr politiknahen Aufgaben immer noch bedeutsam. Die Eigenproduktion durch die Kernverwaltung hat den Vorzug direkter politisch-administrativer Steuerbarkeit, kann indes mit bürokratischer Ineffizienz verbunden sein.

### II. VERSELBSTSTÄNDIGUNG

Eigenleistungen werden – zumal auf kommunaler Ebene – seit Jahrzehnten vermehrt durch ausgegliederte, *verselbstständigte Einrichtungen* erbracht. In den Verwaltungswissenschaften wird von einem weltweiten Trend der Autonomisierung gesprochen. Dieser Trend hat zwei verschiedene Erscheinungsformen: Bildung von Agenturen („*Agencification*“), vor allem auf der Ebene der Ministerialverwaltung, sowie Bildung öffentlicher Unternehmen („*Corporatization*“) auf allen staatlichen Ebenen, u. a. auch auf der kommunalen Ebene.

Die deutschen Kommunen haben seit den 1990er Jahren immer mehr Aufgaben auf teilselbstständige Unternehmen ausgliedert. Diese sind in letzter Zeit vor allem in GmbH-Form organisiert, die früher häufig genutzte Form des Eigenbetriebes ist hingegen stark rückläufig. Im Schnitt hat heute nach einer KWI-Studie jede (größere) Kommune rund 20 solcher Beteiligungen, in denen bereits etwa 50% der kommunalen Beschäftigten tätig sind. In ca. 40% dieser kommunalen Beteiligungen sind überdies Private einbezogen, d.h. es finden sich in hohem Maße Organisations-PPPs.<sup>5</sup>

In mittleren und größeren Städten haben sich im Zuge dieser Verselbstständigungsprozesse komplexe konzernartige Strukturen herausgebildet, deren Steuerung der besitzenden Kommune häufig erhebliche Probleme bereitet.<sup>6</sup> Es häufen sich Klagen aus der Praxis, dass den Kommunen und insbesondere deren politischer Leitung die zahlreichen Unternehmensbeteiligungen aus dem Ruder laufen und dass sie nur begrenzt in der Lage sind, auf diese einen hinreichenden steuernden Einfluss auszuüben.

Die Ursachen für diesen Verselbstständigungsprozess sind vielgestaltig, häufig werden Argumente wie ein Streben nach mehr Flexibilität, nach Haushaltsentlastung sowie eine Befreiung von einengenden Regelungen des Haushalts-, Dienst- und Vergaberechts genannt. Verselbstständigung kommunaler Einrichtungen kann zweifellos eine Reihe von Vorteilen haben (z. B. mehr Flexibilität, höhere Effizienz, geringere politische Konflikte, geringere rechtliche Restriktionen usw.). Sie kann auch ein erster Schritt hin zu PPP und/oder Privatisierung sein. Sie kann gleichzeitig jedoch auch verschiedene Probleme bzw. Gefahren nach sich ziehen, über die bislang viel zu wenig nachgedacht wird:

- ▶ Unzureichende Steuerbarkeit der Organisation durch Träger;
- ▶ Fragmentierung des Gemeinwesens, zentrifugale Kräfte;
- ▶ Zielwandel (Ökonomisierung, „Managerialisierung“);
- ▶ Unklare Verantwortungsstrukturen, Legitimationsprobleme;
- ▶ Ethikprobleme, z.B. ansteigende Korruptionsrisiken<sup>7</sup>.

Als Fazit zu dieser institutionellen Variante bleibt festzuhalten, dass verselbstständigte öffentliche Einrichtungen durchaus Vorteile gegenüber anderen Erbringungsformen mit sich bringen können, dass sie jedoch einer wirksamen Rahmensteuerung durch ihren (staatlichen bzw. kommunalen) Träger bedürfen. Daran mangelt es gegenwärtig vielfach.

5 *KGSt und KWI der Universität Potsdam*, Kommunale Betriebe in Deutschland. Abschlußbericht, 2003.

6 *Reichard*, Die Stadt als Konzern: „Corporatization“ als Fortführung des NSM?, in: Bogumil et al. (Hrsg.), Perspektiven kommunaler Verwaltungsmodernisierung. Praxiskonsequenzen aus dem Neuen Steuerungsmodell, 2007, S. 55-64.

7 Vgl. hierzu *Maravic*, Verwaltungsmodernisierung und dezentrale Korruption, 2007.

III. KOOPERATION

Kooperation ist eine weitere – altbekannte und weit verbreitete – institutionelle Lösung für die öffentliche Leistungserstellung. Strukturell stellen Kooperationen eine Lösung zwischen Markt und Hierarchie dar, was entsprechende Steuerungsfolgen hat. Kooperationen erfolgen einerseits mit privaten Partnern (= PPP, einschließlich Nonprofit-Organisationen), andererseits mit öffentlichen Partnern unterschiedlichster Ebenen und Formen („Public-Public“-Kooperation). Auf PPP wird hier nicht weiter eingegangen, da dies Gegenstand eines separaten Beitrags ist. Public-Public-Kooperation kann sowohl *vertikal* angelegt sein (Bund und/oder Länder mit Kommunen; siehe das aktuelle Beispiel der Hartz-IV-Arbeitsgemeinschaften) wie auch *horizontal* verlaufen. Im letzteren Fall spricht man auf Kommunalebene auch gerne von *interkommunaler Zusammenarbeit* (IKZ). Hierauf wird nachfolgend schwerpunktmäßig eingegangen. Es lassen sich drei grundlegende *Erbringungsformen* der IKZ herausarbeiten:

- ▶ „Einer für alle“: eine Gemeinde erbringt Leistungen im Auftrag weiterer Partner;
- ▶ Gemeinschaftliche Leistungserbringung;
- ▶ Beauftragung einer separaten öffentlichen Einrichtung.

Abb. 2: Kooperationsformen nach Bindungsintensität.



Quelle: eigene Darstellung.

Analog zu PPP lassen sich – abgesehen von informellen Formen – zwei Grundtypen von Public-Public-Kooperationen unterscheiden: *vertragliche* und (kommunalverfassungs- bzw. gesellschaftsrechtlich) *institutionalisierte* Kooperationen.<sup>8</sup> Bekannte Erscheinungsformen in der Praxis sind z.B. Arbeits- oder Verwaltungsgemeinschaften, Zweckvereinbarungen, Zweckverbände, Ämter (in einigen Gemeindeverfassungen) oder gemischt-öffentliche Unternehmen.<sup>9</sup>

8 Bauer, Verwaltungsverträge, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2008, S. 1191 ff.

9 Kooperation von Kommunalunternehmen (z.B. Joint Ventures) sind in Deutschland noch selten. In Italien bestehen hingegen große Kooperationen, z.B. das öffentliche Großunternehmen HERA spA in der Emilia Romana, das sich aus 70 vereinigten Stadtwerken zusammensetzt.

Obwohl altbekannt, haben Public-Public-Kooperationen in jüngerer Zeit deutlich zugenommen. Gemäß einer aktuellen österreichischen Umfrage<sup>10</sup> kooperieren 73% aller dortigen Kommunen mit zumindest einer weiteren Gemeinde (durchschnittlich sind es vier Partner); dabei nimmt die Intensität der Kooperation mit steigender Gemeindegröße ab. Besonders kooperationsintensive Aufgaben sind z.B. Wasser/Abwasser, Abfall, Wirtschaftsförderung/Tourismus, Beschaffungswesen. Obwohl hierzu keine Empirie vorliegt, scheint die Situation in Deutschland ähnlich zu sein. Die Motive von Public-Public-Kooperationen sind denen von PPPs vergleichbar: Kosteneinsparungen, Steigerung von Leistungs- und Verwaltungskraft, Synergieeffekte, Arbeitsteilung sowie der Austausch von *Know-how* werden häufig genannt.

Zusammenfassend können Public-Public-Kooperationen als guter Kompromiss zwischen Eigenleistung und völliger Fusion bewertet werden. Sie können zu Kostensenkungen sowie zu gestiegener Verwaltungskraft bei Erhalt politischer Eigenständigkeit führen. Problematisch ist allerdings die Tendenz zu unklarer, fragmentierter Verantwortungs- und Risiko-Verteilung mit der Gefahr der Entstehung von Überkapazitäten (man denke z.B. an die überdimensionierten Zweckverbände in Brandenburg). Aktuell wird die IKZ durch das EU-Vergaberecht (z.B. die Ausschreibungspflicht bei Zweckverbandsgründung) erschwert.

#### IV. AUSLAGERUNG

Auslagerungen von Aufgaben auf private Dritte sind eine zusätzliche Variante öffentlicher Leistungserbringung, die – obwohl seit langem bekannt – in jüngerer Zeit erheblich zugenommen haben. Dabei übertragen Staat respektive Kommune, die jedoch die Gewährleistungsverantwortung behalten, eine Aufgabe vertraglich für eine gewisse Laufzeit teilweise oder vollständig auf Private (die Abgrenzung zu PPP ist hierbei fließend).<sup>11</sup> In einigen Politikfeldern wie etwa dem Sozial- und Gesundheitswesen oder der Kinder- und Jugendhilfe gibt es in Deutschland ein tradiertes Auslagerungsmuster: die Aufgabenübertragung auf Nonprofit-Organisationen gemäß dem Subsidiaritätsprinzip. In jüngerer Zeit haben demgegenüber die Auslagerungen auf privat-kommerzielle Unternehmen zugenommen (= *funktionale Privatisierung*). Bezogen sich diese früher vor allem auf Annex- und Hilfsaufgaben, sind in der letzten Zeit zunehmend bürgerbezogene Leistungen, z.B. im Infrastruktur- oder Baubereich, betroffen.

Auch die radikalere Variante der *materiellen Privatisierung*, bei der der Staat eine Aufgabe dauerhaft und unter Einschluss der Gewährleistungsverantwortung auf Private abgibt, erfreut sich in deutschen Kommunen zu-

10 Lummerstorfer, Interkommunale Zusammenarbeit – eine Organisationsalternative mit großen Potenzialen zur Effektivitäts- und Effizienzsteigerung, 2006.

11 Vgl. zur Auslagerung Proeller, Auslagerung in der hoheitlichen Verwaltung, 2002.

nehmender Beliebtheit. Dahinter steht oft die neoliberale Erwartung, dass es „Private besser können“.

Empirische Studien lassen indes erkennen, dass es bei beiden Varianten zu gemischten Ergebnissen gekommen ist.<sup>12</sup> Zweifellos sind (kurzfristige) ökonomische Effizienzeffekte (Einsparungen beim Staat) möglich. Diese werden aber mit vielfältigen unerfreulichen Nebenwirkungen erkauft, wie Preissteigerungen für Kunden, Arbeitsplatzverluste, Ausschluss einkommensschwacher Bevölkerungsgruppen von Leistungen, Qualitätsverschlechterungen (z.B. bei Wasser und beim ÖPNV), Risiko der Monopolbildung, Gefahr des Leistungsausfalls, Externalisierung von sozialen oder ökologischen Effekten, Verlust von demokratischer Kontrolle sowie erhöhtes Korruptionsrisiko. Eine fehlende Balance von ökonomischen, sozialen und ökologischen Aspekten ist in vielen Fällen erkennbar. Als Regel lässt sich festhalten: Der Privatisierungserfolg hängt stark von funktionsfähigem Wettbewerb, von effektiver Regulierung und von sozialer/ökologischer Gegensteuerung ab.

### C. Bewertung der institutionellen Alternativen

Welche institutionelle Lösung ist nun für eine Kommune die geeignetste? Es ist offensichtlich, dass es keinen „one best way“ gibt, sondern dass es auf den Einzelfall ankommt. Die *Wahl zwischen Eigenleistung, Verselbstständigung, Kooperation oder Auslagerung* ist vor allem im Hinblick auf die folgenden drei Aspekte zu treffen:

- ▶ Welche Lösungsvariante bietet den Bürgern die Gewähr einer dauerhaft und universell zugänglichen öffentlichen Leistungserbringung?
- ▶ Welche Variante kann als die wirtschaftlichste Lösung eingeschätzt werden?
- ▶ Welche Variante ermöglicht der Kommune als Gewährleister und Auftraggeber eine wirksame politisch-administrative Steuerung und Kontrolle der Leistungserbringung?

Es geht bei der Institutionenwahl also zum einen darum, dass die öffentlichen Leistungen nachhaltig an den Bürger erbracht werden. Zum anderen kommt es darauf an, eine angemessene Steuerung und Kontrolle der erbrachten Leistungen vonseiten der gewährleistenden Kommune sicherzustellen. Und überdies soll die gewählte Institution auch noch auf wirtschaftliche Weise tätig sein.

12 Vgl. aktuell *Weizsäcker/Young/Finger* (Hrsg.), Grenzen der Privatisierung. Bericht an den Club of Rome, 2006.

Die wirtschaftswissenschaftliche Diskussion um die *Make-or-Buy-Frage*, um die es bei der Institutionenwahl letztlich geht, stellt häufig vor allem auf die folgenden Kriterien ab<sup>13</sup>:

Wie *strategisch relevant* ist die betreffende Aufgabe für die Kommune? Dahinter steht die Annahme, dass wichtige Aufgaben lieber in Eigenregie erstellt werden, weil dabei Steuerung und Kontrolle wirksamer erfolgen können und nötigenfalls rasch in den Erstellungsprozess eingegriffen werden kann.

Spielen bei dieser Aufgabe bestimmte „spezifische“ Ressourcen (z.B. Personal, Investitionen) eine Rolle, die Dritte nicht bereitstellen können? Die Ökonomen sprechen hier von *Spezifität* und raten zu Eigenherstellung, wenn diese hoch ist, da es sonst zu Qualitätseinbußen kommen kann.

Wie sind die Kosten der verschiedenen Varianten zu beurteilen? Hier sind neben den Produktions- bzw. Beschaffungskosten auch die *Transaktionskosten* der verschiedenen institutionellen Lösungen zu beachten. Man nimmt an, dass diese bei Ausgliederung, Kooperation oder Vergabe – z.B. im Hinblick auf Funktionen wie Ausschreibung, Vertragsmanagement, Monitoring – höher sind als bei Eigenleistung.

Darüber hinaus können weitere Aspekte – z. B. bei Kooperationen – eine Rolle spielen<sup>14</sup>:

- ▶ Synergieeffekte;
- ▶ Qualität der Dienstleistung;
- ▶ Flexibilität der Organisation;
- ▶ Know-how-Erhaltung;
- ▶ Mitarbeiter-Motivation.

Ein besonders wichtiges, leider oft vernachlässigtes Thema bei der Beurteilung institutioneller Varianten ist die Möglichkeit der *Steuerung der betreffenden Leistung* respektive der diese erbringenden Organisation durch die gewährleistende Kommune. Bei Ausgliederungen und Kooperationen und viel mehr noch bei ausgelagerten Leistungen sollte die Kommune weiterhin in der Lage sein, die Erbringung der betreffenden öffentlichen Leistung – insbesondere, wenn es sich um strategisch wichtige Aufgaben handelt – in gewohnter Qualität und zu angemessenen Kosten und Preisen auf verlässliche Weise sicherzustellen und den Erbringungsprozess entsprechend zu überwachen. Man muss sich klar darüber sein, dass die Steuerungsintensität und damit der Einfluss der Kommune mit dem Übergang von der Eigenleistung über die Kooperation zum Contracting-Out deutlich abnehmen. Wie zahlreiche Befunde aus der kommunalen Praxis zeigen, wird dies jedoch häufig

13 Naschold et al., Leistungstiefe im öffentlichen Sektor, 1996.

14 Lienhard et al., Auslagerung der Aufgabenerfüllung im Kanton Luzern. Interdisziplinäre Grundlagenstudie, 2003.

übersehen. Schon beim derzeit oft beobachtbaren hemmungslosen Ausgliederungsprozess kommunaler Einrichtungen zeigt sich das – und in vielen Privatisierungsfällen wird das Steuerungsdefizit erst recht unübersehbar.

Die Steuerungsmöglichkeiten bei verschiedenen institutionellen Lösungen nehmen in ihrer Wirksamkeit von der Verselbstständigung zur Privatisierung ab (siehe Abbildung 3). Verselbstständigte Einrichtungen befinden sich immer noch ganz oder teilweise im Eigentum der Kommune und die Kommune kann entsprechend ihre Eigentumsrechte geltend machen. Sie kann – je nach Rechtsform – hierarchisch eingreifen und über ihre Vertreter in den Aufsichtsgremien politisch einwirken. Insofern ist hier der Einfluss noch als einigermaßen wirksam einzustufen. Im Kooperationsfalle ist dies bereits schwieriger, da hier mehrere öffentliche Einrichtungen „das Sagen haben“. Entsprechend kann nur in Abstimmung mit den übrigen Partnern auf die entsprechende Einrichtung eingewirkt werden; nicht selten führt das zu Interessenkonflikten und endet in faulen Kompromissen. Bei den Varianten Verselbstständigung und Kooperation hängt die externe Steuerungswirksamkeit in starkem Maße von den jeweiligen rechtlichen Regelungen ab. Je nach Rechtsform ergeben sich bestimmte *Governance*-Strukturen, die sich als mehr oder weniger steuerungswirksam erweisen<sup>15</sup>. Bei den Kooperationen kommt es demgegenüber vor allem auf die Ausgestaltung des Kooperationsvertrages respektive der anderen bestehenden rechtlichen Regelungen (Satzungen usw.) an. Im Falle von Auslagerung kann die auftraggebende Kommune ausschließlich über den geschlossenen Leistungsvertrag steuern, dementsprechend ist der Einfluss auf den Leistungserbringer sehr begrenzt. Und im Falle der (materiellen) Privatisierung schließlich hat die Kommune nahezu alle ihre Einflussmöglichkeiten aufgegeben, denn sie hat die Aufgabe ja einschließlich der bislang bestehenden Gewährleistungsverantwortung auf Private übertragen. Hier bleibt dem Staat nur noch der allgemeine Weg der Regulierung über entsprechende Gesetzgebung sowie über Aufsichtsgremien, die als Regulierungsbehörden in den Marktprozess eingreifen (z.B. Netzentur).

15 Dieses Thema spielt seit einiger Zeit unter dem Schlagwort *Corporate Governance* auch im öffentlichen Sektor eine zunehmende Rolle; es gibt vertiefte Diskussionen darüber, wie die *Governance*-Strukturen bei öffentlichen Unternehmen geregelt werden sollten und wie sich die Entscheider in den entsprechenden Gremien verhalten sollten (vgl. z.B. *Schedler/Gulde/Suter, Corporate Governance öffentlicher Unternehmen. Ausgewählte Fragen zur Führung staatlicher Beteiligungen, 2007; Reichard/Grossi, Corporate Governance von städtischen Holdings, in: Schaefer/Theuvsen (Hrsg.), Public Corporate Governance – Rahmenbedingungen, Instrumente, Wirkungen, Sonderheft der ZögU, 2008.*

Abb. 3: Steuerungsmöglichkeiten der institutionellen Alternativen.

	Verselbst- ständigung	Kooperation	Auslagerung	Privatisierung
Dominante Steuerungsmodi	Hierarchie, Kontrakt- management	Hierarchie, Kontrakt- management	Marktanreize, Kontrakt- management	Regulierung, Marktanreize
Einwirkungs- intensität des staatlichen Auf- gabenträgers	+ 0	0	0 -	- 0

Quelle: eigene Darstellung.

Versucht man nunmehr, noch einmal die verschiedenen Stärken und Schwächen der institutionellen Varianten Revue passieren zu lassen, so lassen sich die folgenden möglichen Vor- und Nachteile der institutionellen Alternativen auflisten (siehe Abbildung 4).

Abb. 4: Denkbare Vor- und Nachteile der institutionellen Alternativen.

Institutionelle Variante	Tendenzielle Vorteile	Mögliche Schwachpunkte
<b>Eigenleistung in Kernverwaltung</b>	gute Steuerungs- möglichkeiten	hohe Kosten, Bürokratisierungs- gefahr, Bürgerferne
<b>Eigenleistung in verselbst- ständiger Einrichtung</b>	Flexibilität, Kostenvorteile, besserer Bürgerservice	Steuerungsprobleme, zentrifugale Kräfte, Zielverschiebungen (Ökonomisierung)
<b>Public-Public- Kooperation</b>	Synergien, Kostenvorteile, Erhalt von Eigenständigkeit und politischer Gestaltungsmöglichkeit	Verantwortungzer- splitterung, unklare Risikoverteilung, Ziel- und Interessenkonflikte
<b>Contracting-Out; Privatisierung</b>	Kapazitäts- und Kostenent- lastungseffekte für Verwal- tung, Know-how-Nutzung bei Privaten, Konzentration auf Kernaufgaben	Steuerungsprobleme, hohe Transaktionskos- ten, höhere Kosten für Kunden, Qualitätsein- bußen

Quelle: eigene Darstellung.



Die Tabelle macht nochmals deutlich, dass es keine generell bevorzugenswerte institutionelle Lösung gibt. Vielmehr hängt es ganz vom Einzelfall ab, ob sich eine Kommune eher für die Eigenleistung, die Ausgliederung, Kooperation, Auslagerung oder Privatisierung entscheiden sollte. Die immer wieder beobachtbaren Moden, die eine der Varianten als besonders positiv herausstellen, sind insofern abzulehnen; sie können in vielen Fällen zu Fehlentscheidungen animieren.

#### D. Trends

Welche Trends sind für die Zukunft zu erwarten? Zunächst ist es wahrscheinlich, dass das derzeit (noch) in Richtung „private Leistungserbringung“ schlagende Pendel wieder in Richtung des öffentlichen Sektors zurückschwingen wird. Erste Anzeichen von „Rekommunalisierungen“ und erkennbarer Bürgerwiderstand gegenüber Privatisierungen – etwa von Stadtwerken – belegen diese Tendenz. Die Politik hat langsam begriffen, dass einige institutionelle Moden langfristig kritische (Neben-)Wirkungen haben können. Beispielsweise erkennen immer mehr Bürgermeister, dass sie kaum noch in der Lage sind, ihre komplexen Stadtkonzerne mit den zahlreichen Beteiligungen wirksam zu steuern. Daher plädieren sie – derzeit noch vereinzelt – für den Rücktransfer mancher dieser Einrichtungen in die kommunale Kernverwaltung.

Ein weiterer, bereits sichtbarer Trend ist der zu *Netzwerken*: Kommunale Leistungen werden verstärkt durch kooperierende Netze unterschiedlichster öffentlicher und privater Anbieter erbracht (Beispiel: Soziale Dienste, bei denen unterschiedliche öffentliche, halböffentliche, gemeinnützige und privatkommerzielle Organisationen zusammenarbeiten). Darüber hinaus dürften *interkommunale Kooperationen* weiterhin zunehmen, weil sie wichtige Synergien ermöglichen, oft eine sinnvolle Arbeitsteilung zulassen und nicht selten ein Gegengewicht zur Privatisierung darstellen (bspw. sind kommunale Kooperationen der aktuell wichtigste Trend in Schweizer Gemeinden).

Besonders kräftige Impulse werden von der zukünftigen Entwicklung des *E-Governments* ausgehen, das neue Potenziale der interkommunalen, aber auch ebenenübergreifenden Kooperation bietet. Neue Formen von *Shared Services* sowie einer interorganisatorischen Trennung von *Front und Back Offices* belegen schon heute diesen Trend.<sup>16</sup>

Alle diese Trends erhöhen den Druck auf die Kommunen, wirksamere Formen der *Governance* zu entwickeln, die nicht mehr allein auf hierarchischer und prozessualer Steuerung basieren, sondern auch vertragliche, marktmäßige sowie auf Vertrauen basierende Steuerungsmodi einbeziehen. Hier besteht erheblicher Analyse- und Gestaltungsbedarf für die Zukunft.

16 Schuppan, Strukturwandel der Verwaltung mit E-Government, 2005.

Der Autor *Prof. Dr. Christoph Reichard* war bis zum Jahr 2006 Universitätsprofessor an der Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät der Universität Potsdam; von 1998 bis 2002 war er Geschäftsführender Direktor des Kommunalwissenschaftlichen Instituts der Universität Potsdam.

# Vergaberechtliche Direktiven für Verwaltungskooperationen

Thomas Mestwerdt

Lange Zeit wurde ganz überwiegend die Auffassung vertreten, die interkommunale Zusammenarbeit fielen als Akt der Staatsorganisation per se nicht unter den Anwendungsbereich des Vergaberechts. Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG *schütze* auch den Bereich der Aufgabenübertragungen von einer Kommune auf eine andere, beispielsweise auf der Basis der Gesetze über die kommunale Gemeinschaftsarbeit (GKG), etwa das GKG Brandenburg.

Dieser Auffassung sind verschiedene Vergabesenäte<sup>1</sup> entgegengetreten. Gestützt werden diese Entscheidungen durch ein Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) in der Entscheidung „*Kommission/Spanien*“<sup>2</sup>. Der Beitrag stellt den Stand der Rechtsprechung dar und beschreibt, in welchen Bereichen der interkommunalen Zusammenarbeit weiterhin keine Ausschreibungspflichten bestehen.

## A. Die sog. mandatierende Aufgabenübertragung

Ausgangspunkt der Überlegungen war für die Vergabesenäte des OLG Düsseldorf und Frankfurt/Main<sup>3</sup> die Frage, ob die Beauftragung einer Nachbarkommune dem Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB unterfällt; ob es sich insbesondere um einen *Öffentlichen Auftrag* im Sinne des § 99 GWB handelt.<sup>4</sup> Gegenstand der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 5. 5. 2004 war die entgeltliche Übertragung des Einsammelns und Beförderns von Altpapier im Wege einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung durch eine Kommune auf die Nachbarkommune gemäß § 23 Abs. 1, 2. Alt., Abs. 2 Satz 2 des GKG

1 Namentlich das OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 5. 5. 2004 – 7 Verg 78/03 und das OLG Frankfurt/Main, Beschlüsse vom 7. 9. 2004 – 11 Verg 11 und 12/04; OLG Naumburg, Urteil vom 3. 11. 2005 – 1 Verg 9/05.

2 EuGH, Urteil vom 13. 1. 2005 – Rs. C-84/03, NZBau 2005, S. 232 (233).

3 Namentlich das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 5. 5. 2004 – NZBau 2004, S. 398 (399).

4 § 99 GWB bestimmt den objektiven Anwendungsbereich des sog. Kartell-Vergaberechts, § 99 Abs. 1 GWB lautet: „Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, und Auslobungsverfahren, die zu den Dienstleistungsaufträgen führen sollen.“

NRW. Das OLG Düsseldorf bejahte die Tatbestandsvoraussetzung des § 99 Abs. 1 GWB. Bei der Beauftragung handele es sich um einen entgeltlichen Auftrag im Sinne der Vorschrift. Insbesondere sei die beauftragte Nachbarkommune als Hoheitsträger auch als „Unternehmen“ im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB anzusehen. Ein Hoheitsträger habe sich an den Vergabevorschriften des GWB messen zu lassen, wenn dieser den ihm durch das öffentliche Recht zugewiesenen Aufgabenbereich verlasse und sich funktional und gewerbsmäßig wie ein Marktteilnehmer verhalte.<sup>5</sup> An dieser Einordnung als öffentlicher Auftrag ändere auch der Abschluss einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung nach den Vorschriften des Gesetzes über die kommunale Zusammenarbeit (GKG NRW) nichts. Eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung im Sinne des GKG begründe insbesondere auch kein *ausschließliches Recht* im Sinne des § 100 Abs. 2 lit. g) GWB.<sup>6</sup> Mit ähnlicher Begründung entschied auch das OLG Frankfurt/Main in seinen Beschlüssen vom 7. 9. 2004<sup>7</sup>. Verwaltungskooperationen seien jedenfalls dann als ausschreibungspflichtige öffentliche Aufträge anzusehen, wenn lediglich die Durchführung einer öffentlichen Aufgabe auf einen anderen Verwaltungsträger übertragen wird. Dabei wird von der so genannten „*unechten*“ oder auch „*mandatierenden Aufgabenübertragung*“ gesprochen.

#### B. Die Auffassung des EuGH

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 13. 1. 2005<sup>8</sup> diese Auffassung im Ergebnis bestätigt. Der Entscheidung lag ein von der Europäischen Kommission eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren gegen das Königreich Spanien zugrunde. Die Kommission rügte aus mehreren Gründen die unzureichende Umsetzung der europäischen Vergaberichtlinien in das spanische Gesetz über öffentliche Auftragsvergaben. Die Rüge betraf unter anderem eine Vorschrift, wonach Kooperationsvereinbarungen, die die allgemeine staatliche Verwaltung mit der Sozialversicherung, den autonomen Gemeinschaften, den Gebietskörperschaften, deren autonomen Einrichtungen und allen anderen öffentlichen Einrichtungen schließt oder diese Einrichtungen untereinander schließen, ausnahmslos vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgeschlossen waren. Der EuGH sieht in diesem absoluten Ausschluss eine unzureichende Umsetzung der Vergaberichtlinien, da einige der Vereinbarungen zwischen den genannten Verwaltungseinrichtungen

5 OLG Düsseldorf, NZBau 2004, S. 398 (399).

6 § 100 Abs. 2 lit. g) GWB bestimmt sinngemäß, dass Aufträge zwischen öffentlichen Auftraggebern nach § 98 Nr. 1, 2 oder 3 GWB nicht unter den Anwendungsbereich des Vergaberechts fallen, wenn die Leistungserbringung auf Grundlage eines auf Gesetz oder Verordnung beruhenden ausschließlichen Rechts erfolgt.

7 OLG Frankfurt/Main a.a.O.

8 EuGH, NZBau 2005, S. 232 (233).

von gleicher Art wie die unter die Richtlinie fallenden öffentlichen Aufträge sein könnten. Ein derartiger genereller Ausschluss sei vergaberechtlich nicht vorgesehen.<sup>9</sup> Für die Zuordnung eines Vertrages als öffentlicher Auftrag im Sinne der Vergaberichtlinien genüge es, dass der Vertrag zwischen einer Gebietskörperschaft und einer rechtlich von dieser verschiedenen Person abgeschlossen wird. Etwas anderes könne ausnahmsweise nur dann gelten, wenn die Voraussetzungen für ein so genanntes *In-House-Geschäft* vorlägen.<sup>10</sup>

#### C. Die sog. delegierende Aufgabenübertragung

Noch einen Schritt weiter als die Vergabesenate beim OLG Düsseldorf und OLG Frankfurt/Main ging das Oberlandesgericht Naumburg in seiner Entscheidung vom 3. 11. 2005<sup>11</sup>. Der Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, nach dem die Abfallentsorgung, die zuvor von einem privaten Unternehmen im Rahmen einer Drittbeauftragung durchgeführt wurde, auf einen Nachbarlandkreis übertragen werden sollte. Der übernehmende Landkreis sollte dabei vollständig in die Stellung als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger eintreten. Zudem wurde die Aufgabenübertragung im Hinblick auf eine Verwaltungsreform vorgenommen, im Zuge derer beide Landkreise zur Jahresmitte 2007 zu einem Landkreis zusammengefasst werden sollten. Zu diesem Zweck schlossen die Landkreise eine Zweckvereinbarung nach § 3 Abs. 1 GKG LSA, nach der die entgeltliche Erbringung von Abfallentsorgungsdienstleistungen durch den Nachbarlandkreis vereinbart wurde. Nach Auffassung des OLG Naumburg fallen auch solche interkommunalen Kooperationen in den Anwendungsbereich des Vergaberechts – und stellen folglich einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1, 4 GWB dar –, bei denen neben der Durchführung einer öffentlichen Aufgabe auch die entsprechende Kompetenz als gesetzlicher Aufgabenträger vollständig auf einen anderen Verwaltungsträger übertragen wird.<sup>12</sup> Man spricht hierbei von einer so genannten „*echten bzw. delegierenden Aufgabenübertragung*“.

#### D. Einschränkung der Rechtsprechung des OLG Naumburg

Dieser weiten Auslegung ist wiederum das OLG Düsseldorf in einem Urteil vom 21. 6. 2006<sup>13</sup> zu Recht entgegengetreten. Auch dieser Entscheidung lag die Aufgabenübertragung zugrunde, wobei die Übertragung durch Grün-

9 EuGH, NZBau 2005, S. 232 (233).

10 Namentlich in der so genannten „Teckal“-Entscheidung vom 18. 11. 1999, Rs. C-107/98 hat der EuGH die Voraussetzungen für das Vorliegen eines so genannten In-House-Geschäftes formuliert; nämlich das Beteiligungskriterium, das Kontrollkriterium und das Wesentlichkeitskriterium.

11 OLG Naumburg, Urteil vom 3. 11. 2005 – 1 Verg 9/05, NZBau 2006, S. 58 f.

12 OLG Naumburg, NZBau 2006, S. 58 f.

13 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. 6. 2006, VII-Verg 17/06, NZBau 2006, S. 662 ff.

derung eines Zweckverbandes und satzungsgemäße Verlagerung von Entsorgungsaufgaben auf den Zweckverband nach der Bestimmung des § 4 GKG NRW erfolgte. Maßnahmen, die die (interne) Verwaltungsorganisation betreffen, so die Begründung des OLG, seien dem Vergaberecht entzogen. Die Anwendung des Vergaberechts sei jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn öffentlich-rechtliche Kompetenzen von einem Aufgabenträger auf einen anderen verlagert würden und dies - wie im Fall der Gründung eines Zweckverbandes nach §§ 4 ff. GKG NRW - auf einer gesetzlichen Ermächtigung beruhe.<sup>14</sup>

#### E. Fazit

Als derzeitiges Fazit lässt sich vor dem Hintergrund der dargestellten Rechtsprechung zum Thema Verwaltungskooperationen folgende zusammenfassende Aussage treffen: Nicht vergaberechtsrelevant sind Vorgänge mit vornehmlich organisationsrechtlicher Bedeutung. Hierzu zählt etwa die Bildung kommunaler Einkaufskooperationen, die dem eigentlichen Beschaffungsvorgang vorangeht. Auch und gerade der Zusammenschluss für eine kommunale Zusammenarbeit von Kommunen beispielsweise im Rahmen von Zweckverbänden, die auf Grundlage der von den Ländern erlassenen Gesetzen über die kommunale Gemeinschaftsarbeit erfolgen, sind dem Vergaberecht entzogen. Dies jedenfalls dann, wenn die Kooperation einer gemeinsamen Aufgabenerledigung und -beschaffung dienen soll (so genannte *delegierende Aufgabenübertragung*), nicht jedoch dem Leistungsaustausch zwischen den selbständigen Einheiten der öffentlichen Hand. Alle anderen Formen der kommunalen Zusammenarbeit, die letztlich darin bestehen, dass ein Hoheitsträger für einen anderen entgeltliche Leistungen erbringt, stellen grundsätzlich eine vergabepflichtige Beschaffung dar. Dies gilt vor dem Hintergrund der dargestellten Rechtsprechung jedenfalls dann, wenn ein Hoheitsträger wie ein *Unternehmen* agiert. Wenn er also seinen eigenen (territorialen) Aufgabenbereich verlässt und sich wie ein gewerbsmäßig handelnder Marktteilnehmer verhält.

Der Autor *Dr. Thomas Mestwerdt* ist Rechtsanwalt mit Spezialisierung im Vergaberecht und im öffentlichen Wirtschaftsrecht; er ist Gründungspartner der im Jahr 2008 gegründeten Anwaltskanzlei „MD Rechtsanwälte“ in Potsdam.

14 OLG Düsseldorf, NZBau 2006, S. 662 ff.

# Der Wettbewerbliche Dialog

Ralf P. Schenke\*

## A. Einführung in die Thematik

Nicht nur die Wissenschaft, sondern auch die Verwaltungspraxis hat ihre Methodemen. Wenn man nach einem Thema sucht, das Praxis wie Wissenschaft in den vergangenen Jahren gleichermaßen geprägt hat, so fällt die Auswahl nicht schwer. Ohne Zweifel lautet dies Public Private Partnership (PPP) oder zu Deutsch besser Öffentlich Private Partnerschaft (ÖPP).<sup>1</sup> Im Einklang mit der mittlerweile fest etablierten Definition der Beratergruppe PPP im öffentlichen Hochbau soll auch im Folgenden unter PPP „die langfristige, vertraglich geregelte Zusammenarbeit zwischen öffentlicher Hand und Privatwirtschaft zur wirtschaftlichen Erfüllung öffentlicher Aufgaben“ verstanden werden, bei der „die erforderlichen Ressourcen in einen gemeinsamen Organisationszusammenhang eingestellt und vorhandene Projektrisiken entsprechend der Risikomanagementkompetenz der Projektpartner angemessen verteilt werden“<sup>2</sup>.

Dass die PPP in Deutschland auf so fruchtbaren Boden gefallen ist, hat eine Reihe von Gründen. So verbindet sich aus Sicht der Politik und der Verwaltungsführung mit der PPP die Erwartung, den hohen Stand der öffentlichen Infrastruktur trotz chronisch knapper Kassen zumindest aufrechterhalten oder sogar noch verbessern zu können. Aus Sicht der Verwaltungswissenschaft ist das Thema attraktiv, weil die PPP mit der Ökonomisierung<sup>3</sup>- und der Privatisierungsthematik<sup>4</sup> an zwei zentrale Leitmotive des verwaltungswissenschaftlichen Diskurses der vergangenen Jahre anschließt, die nach angelsächsischem Vorbild aus der grauen Theorie nunmehr in die Praxis umgesetzt werden sollen<sup>5</sup>.

\* Das Vortragsmanuskript wurde lediglich um Fußnoten ergänzt, die Vortragsform aber bewusst beibehalten. Frau stud. jur. *Rhea Schuster* danke ich für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

1 Vgl. etwa *Tettinger*, Public Private Partnership, NWVBl. 2005, S. 1 ff.; *Ziekow/Windoffer*, Public Private Partnership als Verfahren, NZBau 2005, S. 665 ff.; *Hermes/Michel*, Die Nutzung privaten Innovationspotentials bei privatfinanzierten öffentlichen Projekten, Die Verwaltung 38 (2005), S. 177 ff.; *Stehlin/Gebhardt*, Public Private Partnership, VBIBW 2005, S. 90 ff.; *Schenke/Gebhardt*, Steuerrechtliche Probleme der Public-Private-Partnership (PPP), DStZ 2005, S. 213 ff.

2 *Bundesministerium für Verkehr Bau- und Wohnungswesen* (Hrsg.), PPP im öffentlichen Hochbau, Bd. I, 2003, S. 2 f.

3 Vgl. etwa *Voßkuhle*, „Ökonomisierung“ des Verwaltungsverfahrens, Die Verwaltung 34 (2001), S. 347 ff.; *Groß*, Ökonomisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und des Verwaltungsprozessrechts, Die Verwaltung 34 (2001), S. 371 ff.

4 Vgl. *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 962 ff.; *Kämmerer*, Privatisierung, 2001.

5 Siehe auch *Leinemann/Kirch*, ÖPP-Projekte, 2006, S. 11.

Ob aus einem Modethema auch eine Erfolgsgeschichte wird, stellt sich aber letztlich erst auf dem mitunter steinigen Weg seiner praktischen Bewährung heraus. Hier waren und sind bei der PPP eine ganze Reihe rechtlicher Stolpersteine zu überwinden.<sup>6</sup>

Um diese auszuräumen, wurden seitens der Politik beträchtliche Anstrengungen unternommen. Auf der administrativen Ebene ist insbesondere die Einrichtung der PPP-Task Forces<sup>7</sup> zu nennen, die nicht zuletzt die Aufgabe haben, die kommunale Ebene bei der Umsetzung von PPP-Vorhaben zu unterstützen und zu beraten.<sup>8</sup> Auch der Bundesgesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften (ÖPP-Beschleunigungsgesetz)<sup>9</sup> den Versuch unternommen, die rechtlichen Rahmenbedingungen der PPP zu verbessern<sup>10</sup>. Bestandteil des im September 2005 in Kraft getretenen Artikelgesetzes ist unter anderem eine Reform des Vergaberechts. Diese hat in Umsetzung der Vergabekoordinierungsrichtlinie (VergabeRL)<sup>11</sup> den Kanon der bisherigen Vergabearten um die neue Verfahrensart des Wettbewerblichen Dialogs erweitert<sup>12</sup>, die speziell auf die PPP-Problematik zugeschnitten ist.

Wenn man rund zweieinhalb Jahre nach Inkrafttreten des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes eine erste vorsichtige Zwischenbilanz zieht, so ist der Wettbewerbliche Dialog in der Vergabepaxis zunächst sehr zögerlich aufgenommen worden. Einen relativ sicheren Aufschluss ermöglicht die bei der Europäischen Kommission geführte Datenbank TED, die alle aus-

6 Vgl. nur *Bundesministerium für Verkehr Bau- und Wohnungswesen* (Hrsg.), *Hochbau* (Fn. 2), Bd. I - III.

7 Vgl. *Drömann/Finke*, PPP-Vergaben und Kompetenzzentren, NZBau 2006, S. 79 ff.

8 Mittelfristig abgelöst werden sollen die PPP-Task Forces durch die Partnerschaften Deutschland, bei der es sich um eine ÖPP-Beratungsgesellschaft des Bundes und der Länder in Form einer ÖPP handeln soll (<<http://www.partnerschaftendeutschland.de/>>).

9 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.

10 Vgl. *Uechtritz/Otting*, Das „ÖPP-Beschleunigungsgesetz“: Neuer Name, neuer Schwung für „öffentlich-private Partnerschaften“, NVwZ 2005, S. 1105 ff.; *Fleckenstein*, Abbau von Hemmnissen für Public Private Partnership: Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz, DVBl. 2006, S. 75 ff.; siehe auch *Ruhland/Burgj*, Das Grünbuch der EG-Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften (ÖPP) und die Vergaberechtsreform, VergabeR 2005, S. 1 ff.

11 Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. EG Nr. 134 v. 30. 4. 2004, S. 114 ff.)

12 Aus der umfangreichen Literatur etwa *Pünder/Franzius*, Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, ZfBR 2006, S. 20 ff.; *Müller/Veil*, Wettbewerblicher Dialog und Verhandlungsverfahren im Vergleich, VergabeR 2007, S. 298 ff.; *Drömann*, Wettbewerblicher Dialog und ÖPP-Beschaffungen, NZBau 2007, S. 751 ff.; *Opitz*, Wie funktioniert der wettbewerbliche Dialog?, VergabeR 2006, S. 451 ff.; *Knauff*, Neues europäisches Vergabeverfahrensrecht: Der wettbewerbliche Dialog, VergabeR 2004, S. 287 ff.; *Knauff*, Im wettbewerblichen Dialog zur Public Private Partnership, NZBau 2005, S. 249 ff.; *Ruthig*, Vergaberechtsnovelle ohne Gesetzgeber - Teil I, NZBau 2006, S. 137 ff.; *ders.*, Vergaberechtsnovelle ohne Gesetzgeber - Teil II, NZBau 2006, S. 208 ff.



schreibungspflichtigen Vergaben erfasst. Demnach sind seit dem 1. 4. 2006 europaweit gerade einmal 87 Vergabeverfahren in der Vergabeart des Wettbewerblichen Dialogs ausgeschrieben worden, was auf einen Prozentanteil von 0,11 % hinausläuft.

0,11% ist eine relativ ernüchternde Zahl. Darzulegen, dass sich eine Beschäftigung mit dem Thema Wettbewerblicher Dialog aber sehr wohl lohnt und dass die Verfahrensart in Zukunft eine weit größere Bedeutung gewinnen wird, ist das primäre Ziel meines Vortrages.

Gegliedert habe ich diesen in fünf Abschnitte: So werde ich nach dieser Einleitung im zweiten Teil darlegen, welche Friktionen zwischen dem Vergaberecht und der PPP bestehen und wie diese vor Einführung des Wettbewerblichen Dialogs gelöst wurden (dazu B.).

Im dritten Teil sollen der Anwendungsbereich und der Verfahrensablauf des Wettbewerblichen Dialogs näher skizziert werden (dazu C.). Im vierten Teil werde ich auf das Verhältnis der neuen Vergabeart zu den anderen Vergabearten eingehen (dazu D.), um dann im fünften abschließenden Teil zu den Perspektiven und der Bewertung dieser Verfahrensart Stellung zu nehmen (dazu E.).

#### B. Bedeutung des Vergaberechts innerhalb des PPP-Beschaffungsprozesses

Wie in dem Vortrag meines Vorredners schon angeklungen ist, erweist sich das Vergaberecht im PPP-Beschaffungsprozess als eine besonders heikle Materie. Um zu verstehen, warum dies so ist, möchte ich skizzenhaft noch einmal die Grundphilosophie der PPP mit der *ratio legis* des europäischen Vergaberechts kontrastieren.

Die Grundidee der PPP besteht bekanntermaßen in einem Konzept, das eine gewisse Verwandtschaft zum Outsourcing aufweist. Praktiziert wird die Strategie des Outsourcings in der Privatwirtschaft schon seit rund dreißig Jahren.

Ziel des Outsourcings ist ein Rückzug auf die eigentlichen Kernaufgaben und Kernkompetenzen eines Unternehmens. Dazu werden unterstützende Hilfeleistungen, zumal im Bereich der Infrastrukturverwaltung, durch externe Partner erbracht, die über Kostenvorteile und ein überlegenes Know-how verfügen.<sup>13</sup>

Dass der Erfolg eines Outsourcings von einer sorgfältigen Auswahl des Partners abhängt und auch durch die Möglichkeit bedingt ist, gegebenenfalls flexibel auf neue Problemstellungen und Bedarfe reagieren zu können, versteht sich weitgehend von selbst.

13 *Hermes/Schwarz*, Outsourcing - Chancen und Risiken, Erfolgsfaktoren, rechtssichere Umsetzung, 2005, S. 21 f.

Im Unterschied zur Privatwirtschaft ist die Öffentliche Hand beim Outsourcing aber in ein vergleichsweise enges rechtliches Korsett eingeschnürt. Wenn die Verwaltung mit Privaten im Rahmen der PPP kooperiert, handelt es sich aus Sicht des europäisierten Vergaberechts regelmäßig um einen aus-schreibepflichtigen Vorgang<sup>14</sup>, bei der sich schnell eine Bruchlinie zwischen der Grundphilosophie des Vergaberechts und der PPP abzeichnet<sup>15</sup>:

Denn am besten umsetzen lassen sich die das Vergabeverfahren bestimmenden Grundsätze des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz in einem Vergabeverfahren, in dem die zu vergebende Leistung auf Basis eines Leistungsverzeichnisses nach Losen so exakt und präzise beschrieben ist, dass sich die Rolle der Bieter im Vergabeverfahren auf die bloße Abgabe eines Gebots beschränken kann.

Eine derartige inputorientierte Auftragsbeschreibung kommt bei PPP-Vorhaben aber regelmäßig nicht in Betracht: Denn die vorzugswürdige Problemlösung ist dem Auftraggeber ja im Detail noch gar nicht bekannt und muss im Rahmen des PPP-Beschaffungsprozesses erst noch ermittelt werden. Zudem widerspricht eine Vergabe nach Losen dem PPP-Lebenszyklusansatz.<sup>16</sup> An die Stelle der inputorientierten Leistungsbeschreibung hat daher für die PPP eine offene, funktionale Beschreibung zu treten.

Scheidet ein offenes Verfahren folglich als Vergabeart aus, sind PPP-Vorhaben bislang ganz überwiegend im so genannten Verhandlungsverfahren ausgeschrieben worden.<sup>17</sup> Im Unterschied zum offenen und nicht offenen Verfahren besteht im Verhandlungsverfahren kein Kontaktaufnahmeverbot, so dass zwischen Besteller und Bieter sowohl über Gegenstand wie Preis verhandelt werden kann.

Das Verhandlungsverfahren ermöglicht es zwar, die Grundphilosophie der PPP zu verwirklichen, als unerwünschte Nebenfolge droht dann aber das freie Aushandeln der Leistung und des Preises zu Lasten der Transparenz des Vergabeverfahrens und der Gleichbehandlung der Bieter zu gehen.

Folglich wird durch das Verhandlungsverfahren das Spannungsfeld zwischen der Wettbewerbsgleichheit und Transparenz des Vergabeverfahrens einerseits und der Eigenlogik der PPP andererseits zu Lasten der Grundprinzipien des Vergaberechts verschoben. Angesichts der zunehmenden Bedeutung der PPP für die Infrastrukturverwaltung ist es daher einsichtig, dass die Kommission hier Handlungsbedarf sah<sup>18</sup>.

14 Vgl. etwa *Jaeger*, Public Private Partnership und Vergaberecht, NZBau 2001, S. 6 (7 ff.); PPP-Task Force im BMVBS und PPP-Task Force NRW, PPP im Hochbau - Vergaberechtsleitfaden, 2007, S. 14 ff.; *Leinemann/Kirch*, ÖPP-Projekte (Fn. 5), S. 43 ff.

15 *Schenke/Klimpel*, Verhandlungsverfahren versus wettbewerblicher Dialog, DVBl. 2006, S. 1492 ff.

16 *Bundesministerium für Verkehr Bau- und Wohnungswesen* (Hrsg.), Hochbau (Fn. 2), Bd. I, S. 4 f.

17 *Schenke/Klimpel*, DVBl. 2006, S. 1492 (1493 f.).

18 Vgl. *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Grünbuch zur öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftsrechtlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, S. 10.

Ihre Antwort auf die geschilderte Problemlage hat sie mit der Verfahrensart des Wettbewerblichen Dialogs gegeben.

C. Der Wettbewerbliche Dialog als „Dritter Weg“  
zwischen offenem und Verhandlungsverfahren

Erste Vorarbeiten reichen bereits in das Jahr 1996 zurück<sup>19</sup>, praktisch umgesetzt worden sind diese aber erst im Zuge der neuen VergabeRL von 2004<sup>20</sup>. In dieser wurde die Einführung des Wettbewerblichen Dialogs in das Ermessen des nationalen Gesetzgebers gestellt, wovon Deutschland dann durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz<sup>21</sup> Gebrauch gemacht hat.

Grundgedanke des Wettbewerblichen Dialogs ist es, Elemente des flexiblen Verhandlungsverfahrens mit dem klassischen, streng formalisierten Vergabeverfahren zu kombinieren.<sup>22</sup> Damit stellt sich das Vergabeverfahren quasi als ein Dritter Weg zwischen offenem Verfahren und dem Verhandlungsverfahren dar.

Um den Wettbewerblichen Dialog vorzustellen, werde ich zunächst seinen Anwendungsbereich erläutern und dann im Anschluss auf seine verschiedenen Verfahrensstufen eingehen.

I. ANWENDUNGSBEREICH

Gem. § 101 Abs. 6 GWB ist der Anwendungsbereich des Wettbewerblichen Dialogs in persönlicher Hinsicht auf staatliche Auftraggeber beschränkt. Was unter dem staatlichen Auftraggeber zu verstehen ist, wird im Gesetz nicht näher ausgeführt und ist daher in der Literatur umstritten. Vor allem die Entstehungsgeschichte der Norm, aber auch die systematische Interpretation sprechen entscheidend dafür, die Verfahrensart nur für öffentliche Auftraggeber gem. § 98 Nr. 1 bis 3 GWB zu eröffnen, sodass der Wettbewerbliche Dialog insbesondere auf Sektorenauftraggeber keine unmittelbare Anwendung findet.<sup>23</sup>

In sachlicher Hinsicht ist zunächst § 101 Abs. 5 GWB zu beachten. Danach ist der Wettbewerbliche Dialog ein Verfahren zur Vergabe besonders komplexer Aufträge. Näher präzisiert wird diese Vorgabe in § 6a Abs. 1 Nr. 1 und 2 VgV,

sionen vom 30. 4. 2004, KOM (2004) 327 endg., Rn. 24 zu dem aus Sicht der Kommission sehr engen Anwendungsbereich des Verhandlungsverfahrens.

19 Vgl. *Europäische Kommission*, Mitteilung vom 27. 11. 1996, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union – Überlegungen für die Zukunft, KOM (1996), S. 583.

20 Vgl. die Nw. oben Fn. 11.

21 Zum ÖPP-Beschleunigungsgesetz vgl. die Nw. oben Fn. 10.

22 Vgl. *Knauff*, NZBau 2005, S. 249 (250).

23 Vgl. etwa *Hausmann/Mutschler-Siebert*, Vergaberecht, in: *Weber/Schäfer/Hausmann* (Hrsg.), *Praxis-handbuch Public Private Partnership*, S. 235 (265).

der den Wettbewerblichen Dialog alternativ in zwei Sachverhaltsgestaltungen eröffnet: So dürften die staatlichen Stellen objektiv nicht in der Lage sein, die technischen Mittel anzugeben, mit denen ihre Bedürfnisse und Ziele erfüllt werden, oder nicht in der Lage sein, die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen des Vorhabens anzugeben.

Damit ist der Anwendungsbereich des Wettbewerblichen Dialogs sowohl vom offenen und nicht offenen Verfahren einerseits und vom Verhandlungsverfahren andererseits abzugrenzen, worauf an späterer Stelle noch ausführlich zurückzukommen ist<sup>24</sup>.

Im Übrigen gelten in sachlicher Hinsicht die allgemeinen Regeln des Vergaberechts, sodass der Wettbewerbliche Dialog gem. § 100 Abs. 1 GWB auch nur jenseits der in § 2 VgV festgesetzten Schwellenwerte vorgesehen ist.

## II. DER VERFAHRENSABLAUF

Der Verfahrensablauf des Wettbewerblichen Dialogs gliedert sich in fünf Phasen<sup>25</sup>, die in ihren Grundzügen bereits in § 29 VergabeRL vorgezeichnet und in § 6a VgV und den Verdingungsordnungen (§ 3a Nr. 4 VOB/A) normiert sind.

Den Auftakt des Vergabeverfahrens markiert die Bekanntmachung (§ 6a Abs. 1 VgV), an die sich in der zweiten Phase die Präqualifikation, d.h. die Auswahl der späteren Teilnehmer des Wettbewerblichen Dialogs, anschließt (§ 6a Abs. 3 VgV).

In der folgenden dritten eigentlichen Dialogphase kann zwischen dem Auftraggeber und dem Bieter so lange verhandelt werden, bis sich im Verhandlungsprozess geeignete Lösungen abzeichnen (§ 6a Abs. 3 VgV).

In der sich daran anschließenden vierten Phase sollen die Bieter auf Grundlage der erarbeiteten technischen, finanziellen und rechtlichen Grundsatzlösungen nunmehr ein präzisiertes und mit Preisen versehenes Angebot einreichen, auf dessen Grundlage in der fünften Phase der Zuschlag erteilt wird (§ 6a Abs. 4 VgV).

### 1. Bekanntmachung

Nach § 6a Abs. 2 VgV haben die staatlichen Auftraggeber ihre Bedürfnisse und Anforderungen europaweit bekannt zu geben. Die Erläuterung der Anforderungen kann entweder in der Bekanntmachung selbst oder in einer Beschreibung erfolgen. Weitere Anforderungen lassen sich der VgV zwar nicht explizit, wohl aber aus den allgemeinen Grundsätzen des Vergaberechts ent-

<sup>24</sup> Vgl. dazu unten D.

<sup>25</sup> Vgl. dazu im Einzelnen *Ollmann*, Wettbewerblicher Dialog eingeführt, *VergabeR* 2005, S. 685 (688 ff.); *Knauff*, *NZBau* 2005, S. 249 (251 ff.).

nehmen. Sowohl der Wettbewerbsgrundsatz, der Grundsatz der Gleichbehandlung wie der der Transparenz des Vergabeverfahrens gebieten es, dass der Auftraggeber auch im Rahmen der Vergabeart des Wettbewerblichen Dialogs den bei ihm bestehenden Bedarf ausreichend identifiziert hat.<sup>26</sup>

Für die öffentliche Hand sind PPP-Vorhaben gerade deshalb besonders attraktiv, weil der Auftraggeber von der Problemlösungskompetenz und dem Sachverstand privater Partner profitieren will. Wenn PPP-Vorhaben aus diesem Grund lediglich funktional ausgeschrieben werden können, bedeutet dies aber nicht, dass sich die Vergabestelle jeder Planungstätigkeit enthalten kann. Insoweit lässt sich die vergaberechtliche Rechtsprechung zum Verhandlungsverfahren auch auf den Wettbewerblichen Dialog übertragen. Hier ist anerkannt, dass auch bei funktionaler Leistungsbeschreibung die eigene Planung des Auftraggebers zumindest insoweit feststehen muss, als die Kriterien für spätere Angebote festliegen und das Leistungsziel, die Rahmenbedingungen sowie die wesentlichen Einzelheiten der Leistung in einer Weise bekannt sind, dass mit Veränderungen nicht zu rechnen ist.<sup>27</sup>

## 2. Präqualifikation der Anbieter

Mit einer Vielzahl von Anbietern in einen Dialog einzutreten, kann für die Vergabestelle einen beträchtlichen Aufwand bedeuten. Aus diesem Grund ist dem Wettbewerblichen Dialog zunächst ein Teilnahmewettbewerb vorzuschalten (§ 6a Abs. 3 VgV). In diesem ist anhand der in der Bekanntmachung angegebenen Kriterien zu prüfen, ob die Bewerber über eine ausreichende Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit verfügen, um mit ihnen in die anschließende Dialogphase einzutreten.<sup>28</sup>

## 3. Dialogphase

Als Ziel der sich anschließenden Dialogphase bestimmt § 6a Abs. 3 S. 1 VgV zu ermitteln und festzulegen, wie der staatliche Auftraggeber seine Bedürfnisse am besten erfüllen kann. Die Anforderungen an die Ausgestaltung und den Ablauf des Dialogs ergeben sich aus § 6a Abs. 3 - 5 VgV:

Im Unterschied zum offenen Verfahren (§ 24 Nr. 1 VOB/A) und in offener Parallelität zum Verhandlungsverfahren besteht auch im Wettbewerblichen Dialog kein Verhandlungsverbot. Daher können gem. § 6a Abs. 3 VgV mit den ausgewählten Unternehmern alle Einzelheiten des Auftrags erörtert werden. Wie sich aus der Gesetzessystematik ergibt, ist der Kreis

26 *PPP-Task Force im BMVBS und PPP-Task Force NRW*, Vergaberechtsleitfaden (Fn. 14), S. 32.

27 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. 10. 2000, Verg 14/00; OLG Naumburg, NZBau 2003, S. 628.

28 Vgl. nur *PPP-Task Force im BMVBS und PPP-Task Force NRW*, Vergaberechtsleitfaden (Fn. 14), S. 33, 59 ff.

der Einzelheiten der Auftragsbestimmung allerdings in einer nicht ganz unbedeutenden Hinsicht eingeschränkt. So darf in der Dialogphase noch nicht in abschließende Preisverhandlungen eingetreten werden, weil dies der Angebotsphase als dem vierten Verfahrensabschnitt des Wettbewerblichen Dialogs vorbehalten bleibt.

Den Preisaspekt vollkommen auszublenden, wäre aber gleichermaßen unpraktikabel wie lebensfremd. Damit dürfen Preise wohl doch insoweit eine Rolle spielen, als Kostenschätzungen zur Ermittlung der vom Auftraggeber gewollten Lösung erforderlich sind.<sup>29</sup>

Letztlich allein deklaratorisch bestimmt § 6a Abs. 3 VgV, dass alle Unternehmen bei dem Dialog gleich zu behandeln sind. Näher konkretisiert wird dieses Gebot in § 6 Abs. 3 S. 4 und 5 VgV. Danach dürfen die Auftraggeber Informationen nicht so weitergeben, dass bestimmte Unternehmen begünstigt werden könnten. Zudem dürfen staatliche Auftraggeber Lösungsvorschläge oder vertrauliche Informationen eines Unternehmens nicht ohne Zustimmung an die anderen Unternehmen weitergeben und diese nur im Rahmen des Vergabeverfahrens verwenden.

Um den Verfahrensaufwand zu reduzieren, ermöglicht § 6a Abs. 4 VgV den Dialog in verschiedenen aufeinander abfolgenden Phasen abzuwickeln. Ziel dieser Stufung des Verfahrens ist es, die in der Dialogphase zu erörternden Lösungen anhand der in der Bekanntmachung oder der in der Beschreibung angegebenen Zuschlagskriterien zu verringern. Möglich ist eine derartige Stufung des Verfahrens allerdings nur, sofern in der Bekanntmachung oder in der Beschreibung auf diese Möglichkeit hingewiesen wurde (§ 6a Abs. 4 S. 2 VgV). Unternehmen, die nicht für die folgende Dialogphase vorgesehen sind, sind über ihr Ausscheiden zu informieren, um ihnen gegebenenfalls eine Überprüfung dieser Entscheidung vor den Vergabeprüfstellen zu ermöglichen (§ 6a Abs. 4 S. 3 VgV).

Die Frage, wie viele Anbieter noch im Wettbewerb zu verbleiben haben, lässt die VgV unbeantwortet. Um die sich anschließende Angebotsphase nicht ad absurdum zu führen und den Preis- und Wettbewerbsdruck auf die Anbieter aufrecht zu erhalten (§ 3a Nr. 4 Abs. 4 S. 3 VOB/A), sollten zumindest zwei Anbieter im Wettbewerb verbleiben.<sup>30</sup>

Ihren Abschluss findet die Dialogphase, wenn im Dialog eine Lösung gefunden worden ist, die die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers erfüllt oder erkennbar ist, dass keine Lösung gefunden werden kann (§ 6a Abs. 5 VgV).

Im ersteren Fall hat der Auftraggeber die Unternehmen aufzufordern (§ 6a Abs. 5 S. 2 VgV), auf Grundlage der in der Dialogphase näher ausgeführten Lösungen ein endgültiges Angebot zu erstellen.

29 So *Leinemann/Kirch*, ÖPP-Projekte (Fn. 5), S. 117.

30 *PPP-Task Force im BMVBS und PPP-Task Force NRW*, Vergaberechtsleitfaden (Fn. 14), S. 37.

#### 4. Angebotsabgabe

Während die Dialogphase weite Überschneidungen mit dem (strukturierten) Verhandlungsverfahren aufweist, ist die Phase der Angebotsverwertung in weiten Teilen an das offene bzw. das nicht offene Verfahren angelehnt. Das für beide Verfahrensarten geltende Verbot der Nachverhandlungen (§ 24 Nr. 1 VOB/A) wird im Wettbewerblichen Dialog allerdings modifiziert. So darf der staatliche Auftraggeber vom Unternehmer gemäß § 6a Abs. 5 S. 4 VgV eine Präzisierung, Klarstellung und Ergänzung seines Angebots verlangen. Grundlegende Neuverhandlungen sind in dieser Phase aber nicht mehr möglich. Insoweit bestimmt § 6a VgV, dass diese Präzisierungen, Klarstellungen oder Ergänzungen keine Änderung der grundlegenden Elemente des Angebots oder der Ausschreibung zur Folge haben dürfen, die den Wettbewerb verfälschen oder diskriminierend wirken könnten (§ 6a Abs. 5 S. 5 VgV).

#### 5. Angebotswertung und Zuschlagserteilung

Zuletzt ist auf Grundlage der in der Bekanntmachung bzw. in der Beschreibung genannten Zuschlagskriterien das wirtschaftlichste Angebot auszuwerten (§ 6a Abs. 6 S. 1 VgV). Dabei hat der Zuschlagserteilung gem. § 13 VgV eine Vorabinformation der nicht berücksichtigten Bieter vorauszugehen.

#### D. Verhältnis zu den anderen Vergabearten

Bei Licht betrachtet lässt die Konkretisierung des Wettbewerblichen Dialogs in § 6a VgV und in der VOB/A noch eine ganze Reihe von Fragen offen. Im vorliegenden Rahmen muss ich mich schon aus Zeitgründen auf zwei Aspekte beschränken, die den Anwendungsbereich der neuen Vergabeart betreffen. Klären möchte ich zum einen, wie sich der Wettbewerbliche Dialog einerseits zum Verhandlungsverfahren (§ 101 Abs. 4 GWB) und wie er sich andererseits zum offenen Verfahren verhält (§ 101 Abs. 2 GWB).

##### I. ABGRENZUNG ZUM VERHANDLUNGSVERFAHREN

PPP-Projekte sind vor Inkrafttreten des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes nahezu ausschließlich im Verhandlungsverfahren nach § 101 Abs. 4 GWB ausgeschrieben worden. Da der Anwendungsbereich des Verhandlungsverfahrens im ÖPP-Beschleunigungsgesetz unverändert geblieben ist, stellt sich nunmehr die Frage, in welchem Verhältnis der Wettbewerbliche Dialog zum „alten“ Verhandlungsverfahren steht<sup>31</sup>.

31 Vgl. dazu bereits *Schenke/Klimpel*, DVBl. 2006, S. 1492 ff.

Die Praxis verfährt bislang ganz überwiegend nach dem Motto „bekannt und bewährt“ und ignoriert den Wettbewerblichen Dialog weitgehend.

Eine Stütze findet diese Position in § 101 Abs. 6 S. 1 GWB. Die Norm regelt das Konkurrenzverhältnis der Vergabearten, beschränkt sich für öffentliche Auftraggeber aber darauf, einen Vorrang eines offenen Verfahrens vor den anderen Vergabearten zu statuieren. Dies lässt den durchaus nahe liegenden Umkehrschluss zu, dass den öffentlichen Auftraggebern mit Ausnahme der Vorrangigkeit des offenen Verfahrens die Auswahl der Vergabearten freigestellt ist, insbesondere aber Wahlfreiheit zwischen dem Wettbewerblichen Dialog und dem Verhandlungsverfahren besteht.<sup>32</sup>

Gegen diese Position und für einen Vorrang des Wettbewerblichen Dialogs vor dem Verhandlungsverfahren spricht aber bereits die Entstehungsgeschichte des Wettbewerblichen Dialogs. Sowohl auf der europäischen wie auch auf der nationalen Ebene ist der Wettbewerbliche Dialog als diejenige Verfahrensart angedacht und konzipiert worden, die speziell auf die besondere Problemlage von PPP-Vorhaben zugeschnitten ist.

In Richtung eines Vorrangs des Wettbewerblichen Dialogs deuten aber auch systematische Erwägungen. So lässt Art. 30 Abs. 1 lit. a VergabeRL das Verhandlungsverfahren auch dann zu, wenn im Rahmen eines Wettbewerblichen Dialogs keine ordnungsgemäßen Angebote eingegangen sind. Dieser Nachrang des Verhandlungsverfahrens legt aber den Schluss nahe, dass die Richtlinie von einem Vorrang des Wettbewerblichen Dialogs ausgeht.<sup>33</sup> Darüber hinaus sind Zweifelsfragen bei der Auslegung des europäisierten Vergaberechts im Einklang mit seinen Grundprinzipien des Wettbewerbsgrundsatzes, der Gleichbehandlung und der Transparenz zu lösen. Wenn sich aber nun der europäische wie der nationale Gesetzgeber von der neuen Verfahrensart einen Zugewinn an Transparenz des Vergabeverfahrens versprechen, so zwingt das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung<sup>34</sup> auf Ebene des nationalen Rechts dazu, den Wortlaut des § 101 Abs. 6 GWB um eine weitere ungeschriebene Vorrangregel zu ergänzen. PPP-Projekte dürfen zukünftig folglich erst dann im Verhandlungsverfahren ausgeschrieben werden, wenn der vorrangige Wettbewerbliche Dialog gescheitert ist.

Die Praxis wird also umdenken müssen, zumal die Europäische Kommission bereits ein gegen Deutschland gerichtetes Vertragsverletzungsverfahren

32 So etwa *Hausmann/Mutschler-Siebert*, Vergaberecht (Fn. 23), S. 269; *Müller/Veil*, VergabeR 2007, S. 298 (304 ff.).

33 Gegen diese Auffassung lässt sich auch nicht einwenden, dass die Einführung des Wettbewerblichen Dialogs fakultativ ist (so aber wohl *Müller/Veil*, VergabeR 2007, S. 298 [308]). Denn wenn der nationale Gesetzgeber die neue Vergabeart ins nationale Recht umgesetzt hat, muss auch ihr Anwendungsbereich den Vorstellungen des europäischen Gesetzgebers entsprechen, wenn nicht die einheitliche Anwendung und Geltung des Europarechts gefährdet werden soll. Dass das Verhandlungsverfahren für funktionale Privatisierungen zukünftig keine Rolle mehr spielen sollte, unterstreichen ferner die entsprechenden Überlegungen der Kommission zu Dienstleistungskonzessionen (CC/2007/20 DE, S. 5 vom 10. 12. 2007).

34 Vgl. dazu etwa *Schenke*, Die Rechtsfindung im Steuerrecht, 2007, S. 463 ff.



betreibt, in dem es auf dem Vorrang des Wettbewerblichen Dialogs vor dem Verhandlungsverfahren besteht<sup>35</sup>.

## II. ABGRENZUNG ZUM OFFENEN VERFAHREN

Wenn die Vergabepaxis den Anwendungsbereich des Wettbewerblichen Dialogs im Verhältnis zum Verhandlungsverfahren ausdehnen sollte, so muss doch auch in umgekehrter Richtung gefragt werden, wie sich der Wettbewerbliche Dialog zum offenen und nicht offenen Verfahren verhält<sup>36</sup>.

Wie bereits im vorigen Abschnitt angedeutet wurde, gibt das Gesetz auf diese Frage in § 101 Abs. 6 GWB eine eindeutige Antwort. Danach ist vom Vorrang des offenen Verfahrens auszugehen, sofern im GWB nicht etwas anderes gestattet ist. Eine derartig abweichende Bestimmung ist insbesondere § 6a Abs. 3 VgV, der den Wettbewerblichen Dialog ja unter anderem dann vorsieht, wenn die staatlichen Auftraggeber objektiv nicht in der Lage sind, die rechtlichen und/oder finanziellen Bedingungen des Verfahrens anzugeben.

Dass PPP-Vorhaben in dieser Hinsicht erhebliche Schwierigkeiten und Unwägbarkeiten aufweisen, lässt sich für die ersten PPP-Projekte schwerlich in Abrede stellen. Nicht zuletzt durch die Standardisierungsbemühungen der PPP-Task Forces<sup>37</sup> sind in jüngerer Zeit die Transaktionskosten von PPP-Vorhaben aber deutlich gesenkt worden. Schreiten diese Bemühungen weiter voran und wird von den staatlichen Auftraggebern lediglich ein PPP-Projekt „von der Stange“ intendiert, bleibt daher zu prüfen, ob zukünftig statt des Wettbewerblichen Dialogs nicht auch das offene bzw. nicht offene Verfahren in Betracht kommen.<sup>38</sup>

## E. Bewertung und Ausblick

### I. GRÜNDE FÜR DAS BISHERIGE AKZEPTANZDEFIZIT

Bereits in meiner Einleitung habe ich auf die geringe Akzeptanz des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabepaxis hingewiesen. Was sind die Gründe für dieses Zögern? Eine plausible Erklärung dürfte dieses in den nicht unerheblichen Unwägbarkeiten haben, die mit der Anwendung dieser neuen, bislang weitgehend ungeklärten Vergabeart verbunden sind.

35 Gegenstand des Verfahrens ist die Rechtmäßigkeit eines PPP-Projektes der Stadt Mülheim an der Ruhr (<<http://www.derwesten.de/nachrichten/staedte/muelheim/2008/3/28/news-33764802/detail.html>>).

36 Vgl. dazu nur *Drömann*, NZBau 2007, S. 751 (753 f.).

37 Vgl. etwa den Mustervertrag der PPP-Task Force des Bundes, *PPP-Mustervertrag Inhabermodell*, 2007.

38 Siehe auch *PPP-Task Force im BMVBS und PPP-Task Force NRW*, Vergaberechtsleitfaden (Fn. 14), S. 26 f.

So neigt die PPP-Beraterpraxis aus verständlichen Gründen nicht zu übermäßiger Experimentierfreude, zumal der Wettbewerbliche Dialog auch bei den PPP-Task Forces anfänglich auf Vorbehalte gestoßen ist. Gleichwohl dürfte hier in den vergangenen Monaten ein Umdenken eingesetzt haben. So hat nicht nur die neuere Beratungsliteratur zur PPP den Wettbewerblichen Dialog entdeckt<sup>39</sup>, sondern es zeichnet sich auch in der jüngeren Ausschreibungspraxis eine Trendwende ab<sup>40</sup>.

Auf geringe Gegenliebe ist der Wettbewerbliche Dialog zunächst aber auch auf Bieterseite gestoßen. Hier ist seitens der Bauwirtschaft wiederholt die Befürchtung geäußert worden, der Schutz der Vertraulichkeit der Angebote sei nicht mehr in ausreichender Weise gewährleistet.<sup>41</sup> Diese Bedenken sind ernst zu nehmen, weil der PPP-Beschaffungsprozess ja gerade davon lebt, das Wissen und das Know-how der privaten Partner in das Projekt einfließen zu lassen. Dies kann aber nur gelingen, wenn die privaten Partner keinen kostenlosen Wissenstransfer bzw. „Ideenklau“ befürchten müssen.

Bei Licht betrachtet stellt sich dieses Problem aber in genau der gleichen Weise auch beim Verhandlungsverfahren. Gegenüber dem Wettbewerblichen Dialog hat dieses aber noch den Nachteil, vergleichsweise grobmaschig vorstrukturiert zu sein, sodass die entsprechenden Vorbehalte zwar nachvollziehbar, aber letztlich nicht stichhaltig sind.

## II. VERGLEICH ZUM VERHANDLUNGSVERFAHREN

Eine ganz andere Frage ist es, ob sich die vom europäischen und nationalen Gesetzgeber in den Wettbewerblichen Dialog gesetzten Erwartungen erfüllen werden. Dies hängt maßgeblich davon ab, ob mit dem Wettbewerblichen Dialog tatsächlich ein Zugewinn an Verfahrenstransparenz, Wettbewerbsgleichheit und Wirtschaftlichkeit der Auftragsvergabe verbunden ist. Vergleichsmaßstab beziehungsweise Messlatte für die Beantwortung dieser Frage ist das tradierte Verhandlungsverfahren.

In der Literatur wird als Vorteil des Wettbewerblichen Dialogs mitunter angesehen, dass er eine noch größere Flexibilität als das Verhandlungsverfahren ermögliche.<sup>42</sup> Dem ist freilich entgegenzuhalten, dass das zentrale Motiv für die Einführung des Wettbewerblichen Dialogs ja gerade der Versuch war, durch eine stärkere Strukturierung des Verfahrensablaufs eine hö-

39 Vgl. etwa *Leinemann/Kirch*, ÖPP-Projekte (Fn. 5), S. 68 ff.; *Hausmann/Mutschler-Siebert*, Vergaberecht (Fn. 23), S. 264 ff.

40 Ein jüngeres Beispiel ist etwa der Landtagsneubau des Landes Brandenburg (dazu <<http://brandenburg.de/cms/detail.php/lbm1.c.366782.de>>).

41 Vgl. etwa *ibr-online* 09/2001: „Bauwirtschaft lehnt neues EU-Vergabeverfahren ab. BVMB: „Wettbewerblicher Dialog“ fördert den Ideenklau!“ (<<http://ibr-online.de>>).

42 Vgl. *Müller/Veil*, VergabeR 2007, S. 298 (311).

here Gewähr für die Wettbewerbsorientierung, Transparenz und die Gleichbehandlung der Bieter im Vergabeverfahren zu bieten.<sup>43</sup>

Diesbezüglich in den Wettbewerblichen Dialog gesetzten Hoffnungen dürften aber schon recht bald enttäuscht werden. Dies liegt indes weniger an Mängeln des Wettbewerblichen Dialogs, sondern umgekehrt daran, dass das Verhandlungsverfahren in der PPP-Praxis weniger defizitär ist, als dies auf den ersten Blick erscheint. Zwar gibt es für den Ablauf des Verhandlungsverfahrens nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs keine ausdrücklichen Vorgaben mehr, doch dieses normative Defizit ist weitgehend richterrechtlich geschlossen worden. So hat sich im PPP-Beschaffungsprozess die Praxis eines strukturierten Verhandlungsverfahrens herausgebildet, das weitgehend mit der des Wettbewerblichen Dialogs identisch ist.<sup>44</sup>

Mit der Einführung des Wettbewerblichen Dialogs und dem hier postulierten Vorrang vor dem Verhandlungsverfahren ist damit letztlich keine tiefgreifende Änderung der Ausschreibungspraxis verbunden. Geändert haben sich wohl allein die Rechtsgrundlagen, indem das richterrechtlich strukturierte Verhandlungsverfahren nunmehr durch das in der Vergabeverordnung ausgestaltete Verfahren des Wettbewerblichen Dialogs abgelöst werden wird.

#### F. Zusammenfassender Ausblick

Mit der Einführung des Wettbewerblichen Dialogs hat sich für die PPP das Koordinatensystem des europäisierten Vergaberechts verschoben. Die bisherige und nunmehr auch nach Auffassung der Kommission rechtswidrige Vergabepaxis, PPP-Projekte im Wege des flexiblen Verhandlungsverfahrens durchzuführen, ist nicht mehr haltbar.

Für die Umsetzung von PPP-Projekten ist zukünftig der Wettbewerbliche Dialog das vorrangig zu berücksichtigende Verfahren. Den PPP-Beschaffungsprozess wird dies zunächst mit Unwägbarkeiten belasten, weil nunmehr im Vergabeverfahren neue und noch nicht abschließend gesicherte Wege beschritten werden müssen.

Auf der anderen Seite eröffnen sich der PPP-Beratungspraxis aber auch neue Chancen, die sie nicht länger ignorieren, sondern offensiv nutzen sollte.

Der Autor *Prof. Dr. Ralf Peter Schenke* ist Inhaber des Lehrstuhls für öffentliches Recht und Steuerrecht an der Universität Münster; im Jahr 2008 erhielt er einen Ruf auf die Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Steuerrecht der Universität Würzburg.

43 Vgl. auch *PPP-Task Force im BMVBS und PPP-Task Force NRW*, Vergaberechtsleitfaden (Fn. 14), S. 49 f., der die größere Flexibilität des Verhandlungsverfahrens betont.

44 Dazu zuletzt *PPP-Task Force im BMVBS und PPP-Task Force NRW*, Vergaberechtsleitfaden (Fn. 14), S. 46 f.



# Die Public Private Partnership-Kontaktstelle des Landes Brandenburg

*Volker Schaedel*

Um Public Private Partnerships (PPP) in Brandenburg weiter zu fördern, hat das Land Brandenburg im Juli 2007 eine zentrale Kontaktstelle bei der Investitionsbank des Landes Brandenburg (ILB) eingerichtet. Die PPP-Kontaktstelle soll insbesondere den brandenburgischen Kommunen dabei helfen, PPP-Vorhaben vorzubereiten und durchzuführen. Sie wird durch die PPP Task-Force des Bundes unterstützt und in das föderale PPP-Kompetenznetzwerk eingebunden. Dadurch besteht die Möglichkeit, die bisher in Deutschland gemachten Erfahrungen zum Thema PPP zu nutzen und auf PPP-Initiativen im Land anzuwenden.

Im Sinne der Arbeit der PPP-Kontaktstelle wird unter Public Private Partnerships (auch als „Öffentlich Private Partnerschaften“ bezeichnet) „die auf vertraglicher Grundlage begründete partnerschaftliche Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und dem privaten Sektor bei der Finanzierung, der Planung, dem Bau, dem Betrieb, der Unterhaltung und ggf. der Verwertung eines Infrastrukturprojektes und [...] einer Immobilie [...] über dessen gesamte Lebensdauer“<sup>1</sup> verstanden. Durch die Anwendung des Lebenszyklusansatzes unterscheidet sich PPP auch deutlich von reinen Finanzierungsmodellen.

Die PPP-Kontaktstelle des Landes Brandenburg ist der zentrale Ansprechpartner für PPP-Projekte. Dabei liegt der Schwerpunkt bei der Unterstützung der Brandenburger Kommunen und Kreise. Die PPP-Kontaktstelle berät die Projektträger, stellt Informationen bereit und unterstützt die Kommunikation zwischen Kommunen, dem Land und dem Bund zum Thema PPP.

Das Beratungsangebot für den öffentlichen Auftraggeber umfasst dabei die Erstberatung der Projektträger, Hilfestellung bei der Vorbereitung von Entscheidungen auf kommunaler Ebene und die Begleitung von PPP-Eignungstests. Der PPP-Eignungstest ist ein frühzeitiges Prüfinstrument zur Anwendung der Beschaffungsalternative PPP für Investitionen der öffentlichen Hand. Durch die Prüfung von projektunabhängigen und projektabhängigen Kriterien kann ermittelt werden, ob eine PPP-Eignung vorliegt.

1 *Schöne*, Ausgewählte Rechtsfragen, in: Littwin/Schöne (Hrsg.), Public Private Partnership im öffentlichen Hochbau, 2006, S. 38 (53).

Um die Öffentlichkeit zum Thema PPP zu informieren, wurde eine Internetpräsenz <[www.ilb.de/ppp](http://www.ilb.de/ppp)> erstellt. Hier werden neben allgemeinen Informationen zum Thema PPP die Brandenburger PPP-Projekte dokumentiert. Sie informiert außerdem über Veranstaltungen und stellt die Aufgaben der PPP-Kontaktstelle dar. Zudem lassen sich relevante Dokumente und Leitfäden finden und herunterladen.

Um den PPP-Prozess im Land Brandenburg zu verstetigen, organisiert die Kontaktstelle Informationsveranstaltungen, die sich mit speziellen Problemstellungen beschäftigen. Dazu gehört z.B. ein Workshop mit dem Ministerium des Innern und den Kommunalaufsichten in Brandenburg und eine Veranstaltung mit dem Ministerium für Wirtschaft zur Mittelstandsproblematik.

Die Erfahrungen aus den Projekten werden durch die PPP-Kontaktstelle in den anstehenden Implementierungs- und Evaluierungsprozess für Brandenburg übernommen und koordiniert. Damit soll sichergestellt werden, dass zukünftige Projekte von den Erfahrungen profitieren und somit die Umsetzung von PPP-Projekten vereinfacht wird. In dieser Funktion agiert die Kontaktstelle als Schnittstelle zwischen den Kommunen, dem Land und der PPP Task-Force des Bundes. Durch diese Verzahnung können die anstehenden Fragen auf kurzem Wege weitergeleitet werden und die Antworten lassen sich an andere Projektträger weitergeben. So wird beispielsweise durch die PPP Task-Force des Bundes ein Programm zur Evaluierung von PPP-Schulprojekten realisiert. Dabei sollen die Erfahrungen aus bis zu 50 Projekten mit den entwickelten Leitfäden des Projektes „PPP-Schulstudie“ rückgekoppelt werden. Die PPP-Kontaktstelle betreut hierbei die Brandenburger Projekte. Die Kontaktstelle unterstützt die Projektträger bei der Umsetzung der Projekte und evaluiert diese gemeinsam mit ihnen.

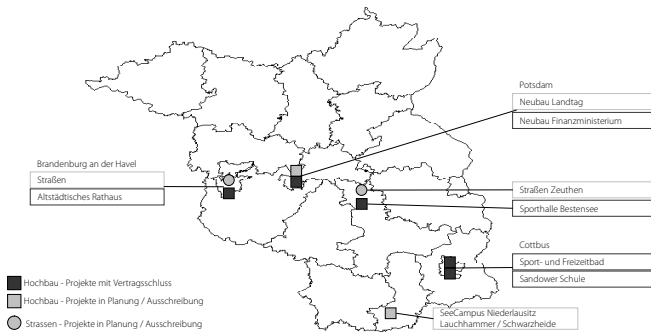
Dadurch, dass die PPP-Kontaktstelle in das föderale PPP-Kompetenznetzwerk (FPK) eingebunden ist, wird ein reger Erfahrungsaustausch mit den anderen Bundesländern gewährleistet – und damit ist ein verbundener Wissenstransfer möglich. Somit profitieren die Brandenburger Projekte nicht nur von den Erfahrungen der anderen Bundesländer, die teilweise schon deutlich mehr Projekte vorweisen können, sondern auch die Brandenburger Erfahrungen werden an die Bundesländer weitergegeben. Die Arbeit des föderalen PPP-Kompetenznetzwerkes wird durch Arbeitsgruppen (FPK-AG) zu speziellen Themengebieten weiter intensiviert. Der PPP-Kontaktstelle obliegt die Geschäftsführung der Arbeitsgruppe „Straßen“. Das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung fördert das erste PPP-Pilotprojekt im Bereich Kommunalstraßen in der Stadt Brandenburg an der Havel. Die hier gemachten Erfahrungen gilt es, im Rahmen des Wissenstransfers an andere zu vermitteln. Hieraus können andere Projektansätze dieser Art in Deutschland profitieren. Im Rahmen der Geschäftsführung gilt es, die Arbeit der Arbeitsgruppe inhaltlich und organisatorisch zu gestalten und dadurch einen Beitrag zur Verstetigung der PPP-Initiative in Deutschland zu leisten. Durch die Un-

terschiede zwischen PPP-Hochbau und PPP-Straßenprojekten lassen sich die vielfältigen Erfahrungen im Hochbaubereich nur beschränkt auf den Straßensektor übertragen. Die FPK-AG soll diese Unterschiede und Gemeinsamkeiten identifizieren und entsprechend aufarbeiten. Erste wesentliche Fragestellungen sind dabei z.B. die Definition des Begriffes PPP im Straßensektor, die Einbindung von Fördermitteln oder das Kommunalabgabengesetz.

Der Austausch mit den beteiligten Ministerien und Behörden des Landes Brandenburg erfolgt über die Interministerielle Arbeitsgruppe (IMAG) sowie durch Direktansprache. Damit wird gewährleistet, dass die Informationen zwischen allen Beteiligten ausgetauscht werden.

Im Land Brandenburg haben die Kommunen schon einige PPP-Projekte umgesetzt beziehungsweise bereiten sie vor. Die Abbildung zeigt den Stand aller Projekte vom Mai 2008. In Betrieb befinden sich das Sport- und Freizeitbad Cottbus, die Sporthalle in Bestensee und das Altstädtische Rathaus in Brandenburg an der Havel. Gerade saniert wird im Rahmen eines PPP-Projektes die Sandower Schule in Cottbus. Durch den Landkreis Oberspreewald-Lausitz wird der Neubau eines Gymnasiums und Oberstufenzentrums (SeeCampus Niederlausitz) vorbereitet. Auch das Land Brandenburg selbst nutzt die Beschaffungsalternative PPP beim Neubau des Landtages sowie beim Neubau des Finanzministeriums. Für das Finanzministerium wurde Ende Mai 2008 der Vertrag unterzeichnet. Im Bereich Straßenverkehrsinfrastruktur wird neben dem bereits erwähnten Pilotprojekt in der Stadt Brandenburg an der Havel auch eine Machbarkeitsstudie für ein Projekt in der Gemeinde Zeuthen erstellt. Darüber hinaus gibt es einige interessierte Kommunen, die sich für die Umsetzung von Investitionen mittels PPP interessieren.

Abb.: PPP-Projekte im Land Brandenburg (Stand 05/2008).



Quelle: Eigene Darstellung.

Der Autor *Dr. Volker Schaedel* ist Leiter der PPP-Kontaktstelle der Investitionsbank des Landes Brandenburg in Potsdam.





# Gestaltung von Public Private Partnerships

Motive, Erfolgsfaktoren, Risiken für die Kommune, Rekommunalisierung

*Peter Paffhausen*

## A. Einführung in das Thema und Vorstellung des SWP-Verbundes

Zu Beginn dieses Beitrags anlässlich der 14. KWI-Fachtagung möchte ich vorwegschicken, dass ich mir in meinem Berufsleben umfangreiche Praxiserfahrungen bezüglich Public Private Partnerships (PPP) aneignen konnte.

Nach meinem Studium des Faches Bauingenieurwesen an der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule Aachen und vor meiner Tätigkeit als Geschäftsführer bei den Stadtwerken Potsdam (SWP) und gleichzeitig bei der Energie und Wasser Potsdam GmbH (EWP) sowie deren Vorgängergesellschaften Energieversorgung Potsdam GmbH (EVP) und Wasserbetrieb Potsdam GmbH (WBP) habe ich den größeren Teil meiner Berufstätigkeit bis zum 31. 12. 1996 in einem mittelständischen Anlagenbauunternehmen sowie in Tochtergesellschaften von zwei Großkonzernen, insgesamt also 22 Jahre in Führungspositionen, davon sechs als Geschäftsführer, absolviert.

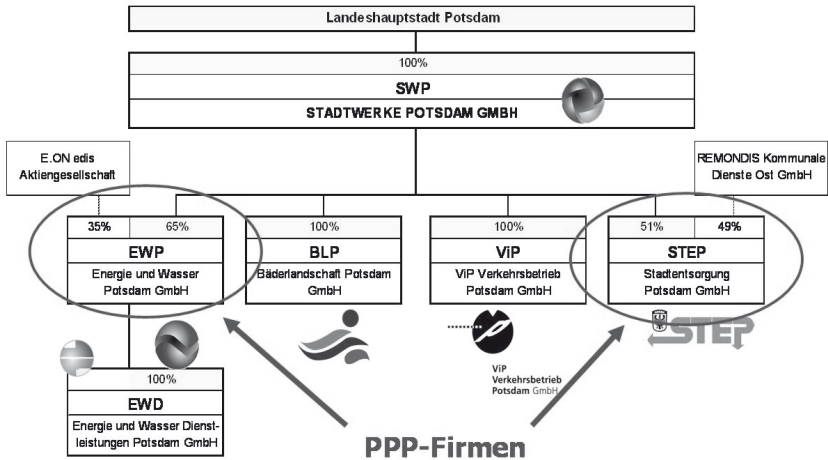
Meine Erfahrungen mit Public Private Partnerships betreffen beide Seiten, quasi beide „Ps“, der im Idealfall partnerschaftlichen Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand („Public“) und privaten Unternehmen („Private“). Denn in meiner Zeit in der Privatwirtschaft hatte ich vielfache Berührungspunkte mit öffentlich-privaten Partnerschaften.

Darüber hinaus prägten und prägen Public Private Partnerships meine Arbeit im Tagesgeschäft als Geschäftsführer verschiedener kommunaler Unternehmen in Potsdam. So haben beispielsweise die Energieversorgung, also zunächst die EVP und dann die Energie und Wasser Potsdam GmbH, sowie die STEP – Stadtentsorgung Potsdam GmbH – private Mitgeschafter.

Diese gesammelten Erfahrungen halfen mir so denn auch bei der Teilprivatisierung des Wasserbetriebes in Potsdam im Jahre 1998 mit Eurawasser und der anschließenden Rekommunalisierung im Jahr 2000.

Unter dem Dach der Stadtwerke Potsdam GmbH sind also auch Unternehmen verbunden, die starke Bezugspunkte zum Thema aufweisen:

Abb. 1: Beteiligungsstruktur der SWP zum 01. 05. 2006.



Quelle: eigene Darstellung.

Die SWP wurde am 6. 10. 2000 gegründet. Damit wurde der Beschluss der Potsdamer Stadtverordnetenversammlung vom 31. 3. 1999 zur Bildung einer Stadtwerke-Holding umgesetzt, der dem Ziel der Entlastung des städtischen Haushaltes diene.

In diesem Konzern sind neben der SWP als geschäftsleitender Holding vier eigenständige, wirtschaftlich agierende Unternehmen zusammengefasst, die für die Potsdamer Bürgerinnen und Bürger Dienstleistungen der Daseinsvorsorge erbringen und durch ihr zahlreiches soziales Engagement und ihre Wirtschaftskraft ein wichtiger, integraler Bestandteil unserer Stadt sind.

Folgende vier Unternehmen gehören dem Verbund an:

1. Die Energie und Wasser Potsdam GmbH versorgt die Potsdamer Bürger zuverlässig und kostengünstig mit Strom, Gas, Fernwärme und Wasser und entsorgt das Abwasser. Mit ihren Erträgen ist die EWP quasi das Lebenselixier, denn sie finanziert so den defizitären Verkehrs- und Bäderbereich mit und entlastet den Potsdamer Stadthaushalt nachhaltig.

- ▶ 65 % Gesellschaftsanteil bei der SWP
- ▶ E.ON edis AG mit 35% Mitgesellschafter

Die EWP ist also eine Public-Private-Partnership-Gesellschaft und das Ergebnis der im Jahre 2002 stattgefundenen Fusion der zunächst teilprivatisierten und anschließend wieder rekommunalisierten WBP – Wasserbetrieb Potsdam GmbH und der EVP – Energieversorgung Potsdam GmbH.

2. Die Stadtentsorgung Potsdam GmbH, die STEP, ist für die Müllentsorgung und Straßenreinigung in unserer Stadt zuständig.

- ▶ zu 51 % in kommunalen Händen (SWP)
- ▶ 49 % gehören zur Remondis kommunale Dienste Ost GmbH

Die STEP ist also ebenfalls bereits seit 1991 eine PPP-Gesellschaft.

3. Die Verkehrsbetrieb Potsdam GmbH, die ViP, betreibt mit ihrem Bus- und Straßenbahnnetz den ÖPNV in Potsdam.

4. Die Bäderlandschaft Potsdam GmbH schließlich unterhält zwei Schwimmhallen („Am Brauhausberg“ und das Kiezbad „Am Stern“) sowie zwei Freibäder (das „Waldbad Templin“ sowie das „Stadtbad Park Babelsberg“).

Allen Unternehmen ist gemeinsam, dass sie betriebswirtschaftlich und somit grundsätzlich gewinnorientiert geführt werden – auch wenn eine Gewinnerzielung im Verkehrs- und Bäderbereich nur unter massiver Reduzierung der angebotenen Leistung möglich wäre.

#### B. Motive der öffentlichen Hand für Public Private Partnerships

Zu Beginn möchte ich erläutern, welche Motive die öffentliche Hand oftmals bewegen, Partnerschaften mit privaten Unternehmen einzugehen, um die Leistungen der Daseinsvorsorge anzubieten:

Zu nennen ist hier zweifelsohne zunächst die *ökonomische Effizienz*. Als wohl häufigster Vorteil einer Public Private Partnership wird die vermeintliche ökonomische Effizienz von Privatunternehmen gerühmt. Diese sei ja schließlich „am Markt gereift“. Nur ökonomisch effiziente Unternehmen könnten den Wettbewerb am Markt langfristig bestehen. So nimmt man landläufig an, dass die Privatisierung beziehungsweise Teil-Privatisierung von öffentlichen Aufgaben die ökonomische Effizienz erheblich erhöht.

Private Unternehmen hätten es zudem rechtlich und politisch leichter, Personal abzubauen und somit Kosten einzusparen. Hier sei nur das Stichwort von der lebenslangen Beschäftigungsgarantie von Beamten erwähnt.

Hinzu kommt als Hauptmotiv die *Entlastung der öffentlichen Haushalte*. Denn die buchstäblich desolate Lage der öffentlichen Haushalte, sei es nun kommunal oder gesamtstaatlich, ist hinreichend bekannt.

Wenn der Gesellschaft (der Bürgergesellschaft) durch die Privatisierung auch noch Effizienzgewinne geschenkt werden, können die Privatisierungserlöse, die den öffentlichen Haushalten zufließen, durchaus ein positiver Aspekt sein.

Wenn die Effizienzgewinne allerdings im Wesentlichen zu bleibender und vermehrter Arbeitslosigkeit führen und eine schlechtere Leistung der Daseinsvorsorge für den Einzelnen bedeuten, was durchaus öfters vorkommt, dann sieht die fiskalische Rechnung natürlich anders aus.

Ein weiteres Motiv ist die mit einer (Teil-)Privatisierung verbundene Hoffnung auf *erhöhte Investitionen*. Mit einer Public Private Partnership können also private Investoren angelockt werden. Die Kommunen haben in vielen Bereichen schlicht das Geld nicht, um umfassend in die Infrastrukturen zu investieren.

Zudem soll durch die Privatisierung eine *bessere Servicequalität* erreicht werden. Privaten Unternehmen wird nachgesagt, dass sie kundenorientierter agieren als staatliche oder staatsnahe Stellen. Eine hohe Kundenorientierung gerade bei Dienstleistungsunternehmen ist der Schlüssel zum Erfolg, um langfristig am Markt im Wettbewerb zu überleben.

Aber auch kommunale Unternehmen, wie der Stadtwerkeverbund, können voll kunden- und somit dienstleistungsorientiert agieren.

Dies ist mehr eine Mentalitätsfrage als eine Frage der „Rechtsform“ beziehungsweise Staatsnähe von Unternehmungen.

Schließlich lassen sich noch die Punkte *Innovation und Ausbildung* nennen. Jenseits der Frage der Marktausweitung haben Firmen, die im Wettbewerb stehen, die Tendenz, sich intensiver um Innovation und um die Qualifizierung ihrer Mitarbeiter/innen zu kümmern. Denn dies sichert nachhaltig das Überleben im Wettbewerb.

Bei allen Positivaspekten einer Public Private Partnership muss der Vorbehalt gemacht werden, dass die Vorteile möglicherweise dem Wettbewerb, nicht notwendigerweise der Privatisierung geschuldet sind. Auch kommunale Unternehmen können wie Privatunternehmen geführt werden. Denn Wettbewerb sowie sich dem Wettbewerb aktiv stellen und somit seine Organisation stetig weiterzuentwickeln, ist die beste Voraussetzung für kommunale Unternehmen, um langfristig am Markt im Wettbewerb zu bestehen.

Dann muss die öffentliche Hand auch nicht zwangsläufig eine Public Private Partnership eingehen, sondern kann beispielsweise auch die Kooperation mit anderen kommunalen Einrichtungen, quasi eine Public Public Partnership, suchen.

Die Landeshauptstadt Potsdam konnte umfängliche Erfahrungen mit einer Public Private Partnership mit Eurawasser im Jahre 1998 machen. Vor dieser PPP gab es in Potsdam für die Trinkwasserversorgung die WBP – Wasserbetrieb Potsdam GmbH, die sich zu 100% in den Händen der Landeshauptstadt befand, sowie für die Abwasserentsorgung den Potsdamer Eigenbetrieb Abwasser.

Eurawasser war damals ein Tochterunternehmen der beiden Großkonzerne Thyssen Krupp und Suez und war zu dieser Zeit bestrebt, in mehreren Städten in Deutschland privater Mitgesellschafter an kommunalen Wasser- und Abwasserentsorgungsunternehmen zu werden. Die konkreten Motive der Teil-Privatisierung des Wasserbetriebes im Jahre 1998 der politisch

Verantwortlichen in Potsdam fügen sich nahtlos in die Ausführungen zu den so genannten „Sonnenseiten“ ein.

Die Gründe der Landeshauptstadt zur Teilveräußerung des Wasserbetriebs waren die Sanierung des städtischen Haushalts durch die Einnahmen, die Hoffnung auf Gebührenstabilität für die Bürger der Landeshauptstadt für eine längere Zeit, eine sichere Wasserver- und Abwasserentsorgung sowie eine Neuausrichtung der Aufgaben der WBP durch Kostenminimierung im Unternehmen und durch Einbringen von technischem und kaufmännischem Know-how. Die WBP sollte zudem jährlich Gewinne an die Stadt abführen und diese wollte jährlich Konzessionsabgaben einnehmen. Die städtischen Anteile an der WBP sollten in eine zu gründende Stadtwerke GmbH eingelegt werden.

Die Einflussnahme der Stadt Potsdam auf die Wasserver- und Abwasserentsorgung sollte bewahrt werden durch Weisungsrechte und Kontrolle, durch Stimmrechte in der WBP sowie durch eine Rücktrittsmöglichkeit. Ferner wollte die Landeshauptstadt keine Bürgschaften geben, sondern es sollte eine „normale“ GmbH gegründet werden, an der ein Privatunternehmen beteiligt ist.

Der Public Private Partnership mit Eurawasser lagen damals insgesamt dreizehn sehr kompliziert ineinander greifende und somit fast schon unverständliche Verträge zugrunde. In diesen Verträgen wurde Eurawasser konkret mit Folgendem beauftragt.

Zunächst ist der Erwerb von 49% der Gesellschaftsanteile an der WBP für 167 Millionen DM zu nennen. Dieser Kaufpreis wurde nicht von Eurawasser aufgebracht, sondern durch die WBP finanziert. Dieses spezielle Verfahren der Finanzierung heißt „Forfaitierung“ und ist ein dem Kredit ähnliches Finanzierungsgeschäft.

Ferner war Eurawasser mit der Geschäfts- und Betriebsführung der WBP betraut und verantwortlich für die Instandhaltung und die Investitionen der WBP, die jedoch von der WBP mittels Forfaitierung finanziert wurden. Hauptinvestition war damals der Bau der Kläranlage durch Eurawasser.

### C. Risiken für die öffentliche Hand

Mit einer Public Private Partnership gehen nun oftmals nicht die erhofften Vorteile einher, sondern es können sich zahlreiche Risiken für die öffentliche Hand, die Kommune und somit im Ergebnis für die Bürgerinnen und Bürger einstellen.

Hier lässt sich Folgendes benennen:

*Schwache Investitionsregeln und minimale Investitionen* können die Folge sein. Die öffentliche Hand hat oft einfach nicht die Macht und die Erfahrung, um mit starken, zum Teil international agierenden Konzernen auf Augenhöhe zu verhandeln.

Staatliche Stellen sind oft nicht fähig, Rechtssicherheit und Kontinuität sicherzustellen und haben gegenüber den Privaten keine gut definierten Regeln zur Verfügung.

Zudem lassen sich *ungenügender Wettbewerb und private Monopole* nennen. Idealerweise soll die Privatisierung zu mehr Wettbewerb und Effizienz führen. In der Praxis sieht es oft aber ganz anders aus. Die Betreiber haben oft eine Monopolstellung, besonders dann, wenn die Verteilungsnetze der Natur der Sache nach nur in einer Hand sein können (so genannte „natürliche Monopole“), so etwa bei den Wasserleitungen.

Dann ist für den privaten Mitgesellschafter einer PPP die Versuchung groß, diese Monopolstellung für überhöhte Preise zu nutzen, was die öffentliche Hand unter demokratischer Kontrolle nicht oder zumindest schwerer könnte.

In diesem Zusammenhang sind auch die Stichpunkte *„Rosinenpicken“ und Marginalisierung der Armen* zu beachten. Für kommunale Unternehmen, wie sie unter dem Dach der Stadtwerke Potsdam vereinigt sind, ist die Versorgung aller Menschen in unserer Kernregion Potsdam mit den Leistungen der Daseinsvorsorge eine öffentliche Pflichtaufgabe.

Für private Mitgesellschafter einer PPP stellt es aber immer eine Versuchung dar, die Versorgung auf diejenigen zu beschränken, die auch kostendeckende Preise bezahlen können. Das nennt man Rosinenpicken! Dies kann schlimmstenfalls die Spaltung der Gesellschaft in Arm und Reich bedeuten.

Nach der Privatisierung müssen die sozial schwächeren Bevölkerungsteile typischerweise viel mehr für die Leistungen der Daseinsvorsorge als vorher bezahlen, wie jeder andere auch.

Eine *schwache Vertragsgestaltung* und somit eine *Verschiebung von Risiken* kann mit einer Privatisierung einhergehen. Entgegen vereinfachten Vorstellungen ist die (Teil-)Privatisierung nicht ein Einmalereignis, das danach die Privatunternehmen dazu zwingt, sich strikt an Standards und Regeln zu halten. Oft gibt es vielmehr Nachverhandlungen, bei denen die Regeln zugunsten der Privaten verändert werden, weil die öffentliche Hand und mit ihr die Bürger nach der (Teil-)Privatisierung in einer schwachen Verhandlungsposition sind.

Privatunternehmen haben oftmals Informationsvorsprünge, Macht und auch gute politische Beziehungen.

Die Privatisierung ist in der Theorie so angedacht, dass sie bestimmte Risiken vom Staat auf die Privatunternehmen überträgt. In der Praxis ist es

aber häufig genau umgekehrt. Die Privatfirmen setzen oft „Renditegarantien“ durch, um sich beispielsweise gegen Nachfrageschwächen abzusichern.

Die *Vernachlässigung der Qualität* der zu erbringenden Leistungen kann die Folge sein. Das Spiegelbild zur positiv erwähnten ökonomischen „Effizienz“ ist, dass die Entlassung von qualifiziertem Personal und eine verringerte Investitionspolitik, beides um Kosten zu sparen und um ökonomisch „effizient“ zu werden, zu einer Vernachlässigung der Wartung und somit zur Verschlechterung der Dienstleistungen der Daseinsvorsorge führen kann.

Insgesamt können die *Demokratie und die Mitbestimmung leiden*. Die kommunale Demokratie – auch in Potsdam – sorgt gut dafür, dass kommunale Unternehmen wie der SWP-Verbund im „Scheinwerferlicht“ stehen und sich ständig durch Qualität und angemessene Preise rechtfertigen müssen; und dies ist auch grundsätzlich gut so!

Jede geplante Preiserhöhung der SWP-Unternehmen wird mit Argusaugen wahrgenommen und in der ganzen Stadt und allen lokalen Medien buchstäblich wochenlang diskutiert.

Die Bürgerinnen und Bürger fühlen sich bei rein kommunalen Unternehmen – mehr als bei PPP-Unternehmen mit internationalen Multis als privaten Teilhabern – als Eigentümer der Wasser-, Strom-, Entsorgungs- und Verkehrsbetriebe.

Hierbei darf man eins nicht vergessen und unterschätzen: Die Gemeinde als „Schule der Demokratie“ hat viel mit bürgerlich praktiziertem Verantwortungsgefühl zu tun! Diesen Einfluss der Bürgerinnen und Bürger mussten sich diese von den Monarchen in einer früheren Zeit hart, ja zum Teil blutig erkämpfen!

Insoweit könnte man schon fast sagen, dass eine Teil-Privatisierung schlicht die Demokratie schwächt, wenn Entscheidungen des privaten Mitgesellschafters in der Konzernzentrale fernab von den Menschen in der Region gefällt werden. Diese sind häufig intransparent und geben nicht oder nur in geringem Maße die politische Meinung der Kommune vor Ort wieder.

#### D. Konkrete Auswirkungen der Teil-Privatisierung des Wasserbetriebes in Potsdam

Folgende konkrete Auswirkungen der Teil-Privatisierung des Wasserbetriebes in Potsdam lassen sich benennen:

Im Jahre 1997 erwarteten die Potsdamer Stadtverordneten bei ihrer Entscheidung zu Gunsten der Privatisierung mit Eurawasser eine Gebührentabilität über 20 Jahre hinweg. Diese bestätigte sich jedoch auf Grund der Preisgleitklausel mit den zahlreichen Indizes in den ausgehandelten Verträgen nicht. So kam es in der Folgezeit zu zahlreichen Gebührenerhöhungen, nämlich zum 1. 1. 1998 eine Gebührenerhöhung von 6,85 auf 7,86 DM/m<sup>3</sup>, zum 1. 1. 1999 eine Gebührenerhöhung von 7,86 auf 8,80 DM/m<sup>3</sup> sowie einen An-

trag zum 1. 1. 2000, um wiederum Gebühren auf 10,18 DM/m<sup>3</sup> zu erhöhen.

Die Preiserhöhungen waren auf Basis der abgeschlossenen Verträge möglich. Eurawasser reichte eine Unterlage an die Stadt aus, die für 2017 eine Gesamtgebühr für Trink- und Abwasser von 16,40 DM/m<sup>3</sup> incl. MwSt. auswies!

Eurawasser schloss zudem mit dem Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung zur „sozialverträglichen Beendigung von Arbeitsverhältnissen“ ab; im Ergebnis wurde also Personal abgebaut.

Als weitere Auswirkung der Public Private Partnership lässt sich schließlich noch benennen, dass, obwohl die Mehrheit der Gesellschaftsanteile bei der Landeshauptstadt Potsdam lag, Potsdam keinen bestimmenden Einfluss auf die WBP hatte. Es gab z.B. keinen Aufsichtsrat, sondern einen Koordinierungsrat zwischen dem städtischen und dem Eurawasser-Gesellschafter.

#### E. Warum eine Rekommunalisierung oftmals geboten erscheint

Aus den genannten allgemeinen „Schattenseiten“ einer Public Private Partnership und den praktischen Erfahrungen, die mit der Teil-Privatisierung des Wasserbetriebs in Potsdam gesammelt werden konnten, ergeben sich offenkundig bereits die Gründe, die oftmals für eine Rekommunalisierung der öffentlichen Dienstleistungen sprechen.

Die wichtigen Leistungen der Daseinsvorsorge sollten allen Menschen zu den gleichen, guten und bezahlbaren Bedingungen zur Verfügung gestellt werden. Es sollten nicht einige Menschen von den Leistungen ausgeschlossen werden, weil es sich für Privatunternehmen wirtschaftlich nicht rechnet, diese anzubieten.

In diesem Zusammenhang sollte auch auf die besondere Bedeutung des Wassers für alles Leben auf unserer Welt hingewiesen werden. Wasser ist unser wichtigstes Lebensmittel; es ist eine elementare natürliche Ressource und eine unverzichtbare Lebensgrundlage. Wasser ist deshalb kein handelbares Wirtschaftsgut wie jedes andere, sondern vielmehr ein Erbe, das eine nachhaltige, d.h. sparsame, pflegliche und vorsorgende Bewirtschaftung auch im Interesse nachfolgender Generationen verlangt. Daher ist die Wasserver- und Abwasserentsorgung für jede Kommune eine zentrale Aufgabe der Daseinsvorsorge. Mit der anschließenden Rekommunalisierung des Wasserbetriebes Potsdam im Jahr 2000 lassen sich im Ergebnis für Potsdam folgende Punkte benennen.

Die Landeshauptstadt Potsdam hat diesen sensiblen Bereich der Daseinsvorsorge wieder unter alleiniger Kontrolle. Bei allen Entscheidungen stehen die Interessen der Landeshauptstadt und der Gebührenzahler im Vordergrund. Die Einflussnahme der Stadt auf die WBP ist wieder ohne Vertragshindernisse möglich. Es besteht eine eindeutige Zuständigkeit für die Trinkwasserver- und



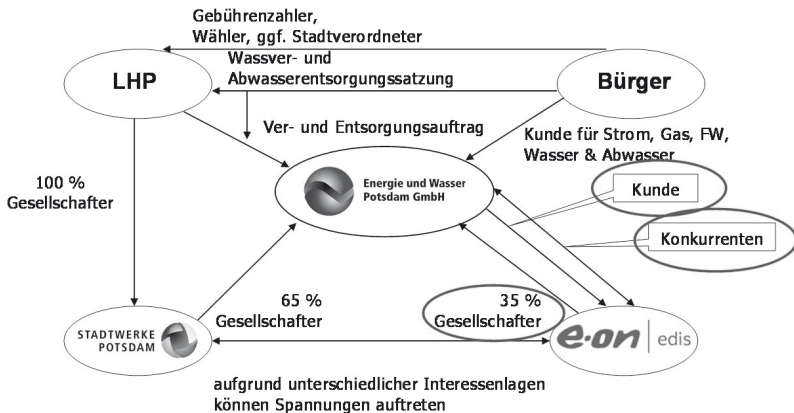
Abwasserentsorgung, nämlich diese liegt bei der Landeshauptstadt. Zudem erfolgen moderate Gebührensteigerungen auf der Basis von Entgeltanpassungsbegehren der WBP beziehungsweise heute der Energie und Wasser Potsdam GmbH als Rechtsnachfolger.

#### F. Die Public Private Partnership im Tagesgeschäft

Aus der Zusammenarbeit mit dem privaten Minderheitsgesellschafter einer Public Private Partnership können sich im Tagesgeschäft vielfältige Herausforderungen ergeben.

Diese sollen beispielhaft anhand der EWP erläutert werden, deren privater Mitgesellschafter mit 35% die E.ON edis AG ist.

Abb. 2



Quelle: eigene Darstellung.

Aus diesem Umstand ergibt sich ein Spannungsgefüge, welches auch bei anderen kommunalen Energieunternehmen in mal stärkerer, mal schwächerer Ausprägung vorhanden ist.

Die hier auftretenden zum Teil widerstreitenden Interessen sind durch die Geschäftsführung in einen schonenden Ausgleich zu bringen, um den öffentlichen Auftrag nachhaltig zu erfüllen.

Zunächst hat der Minderheitsgesellschafter Einflussmöglichkeiten und Mitspracherechte in den gesellschaftsrechtlichen Gremien Aufsichtsrat und Gesellschafterversammlung und erhält einen verhältnismäßigen Anteil am erwirtschafteten Gewinn.

Darüber hinaus ist der Minderheitsgesellschafter auch noch Lieferant von Strom, die EWP ist also ganz einfach gesamt Kunde. In Potsdam wird

aufgrund der eigenen Stromproduktion der EWP nur ein kleinerer Anteil des Strombedarfs (für die Spitzenlastzeiten) vom Minderheitsgesellschafter bezogen. Bei anderen kommunalen Energieunternehmen, die kein eigenes oder ein kleineres Kraftwerk betreiben, liegt dieser Anteil erheblich höher.

Es muss teilweise eine Beschaffungsoptimierung auch gegebenenfalls gegen eigene Gesellschafterinteressen vorgenommen werden.

Schließlich ist, nicht zuletzt aufgrund des neuen Energiewirtschaftsgesetzes, der privatwirtschaftliche Minderheitsgesellschafter auch noch Wettbewerber auf dem Markt der Energieversorgung und dem damit einhergehenden dynamischer werdenden Kampf um jeden einzelnen Kunden. Verstärkt wird dieser Umstand noch dadurch, dass die Konzernmutter E.on durch „E wie einfach“ aggressiv um Neukunden wirbt, indem Preise angeboten werden, die generell unter denen der kommunalen Unternehmen liegen (sollen).

Einerseits liegt also dem Minderheitsgesellschafter durchaus „Wohl und Wehe“ des Unternehmens am Herzen, andererseits fordert der Wettbewerb im Markt Akquisitionsbemühungen jedes Unternehmens.

#### G. Erfolgsfaktoren – wann PPPs auch für die öffentliche Hand und somit den Bürger erfolgreich sein können

Abschließend ist noch die Frage zu beantworten, wann sich eine Public Private Partnership für die Bürgerinnen und Bürger durchaus auch als vorteilhaft erweisen kann, wenn die Kommune sich nun – trotz der erläuterten Risiken – für eine PPP entscheiden sollte. Denn eine Privatisierung ist nicht etwas per se schlechtes, sondern diese kann durchaus die zu Beginn erläuterten Vorteile für die Kommune mit sich bringen. Aber diese Vorteile sind kein Selbstläufer, sondern müssen hart für den Bürger erarbeitet und tagtäglich gesichert werden. Die öffentliche Hand ist hierbei aufgefordert, ihre Interessen und somit die der Bürgerinnen und Bürger von Anfang an nachhaltig zu vertreten.

Als einige Faktoren für eine für die öffentliche Hand erfolgreiche Public Private Partnership lassen sich benennen:

Die Kommune sollte sich bei PPPs von spezialisierten Beratungsunternehmen unterstützen lassen. Deren Markt- und Methodenwissen soll und kann interne „Know-how“-Defizite der öffentlichen Hand bei wichtigen Entscheidungen minimieren helfen. Die Kommune als Auftraggeber muss insbesondere bei diesen großen, komplexen und für die Kommune elementaren Projekten ihre besten Leute aufbieten.

Gefordert sind in diesem Zusammenhang der Abschluss guter Verträge unter Einbeziehung von Vertragsprofis und weiterer Berater, die die Interessen der Kommune von Beginn an nachhaltig wahrnehmen.

Abb. 3: Grundsätze für vertrauensvolle Zusammenarbeit: Klare Rollenverteilung

Kommune/ öffentliche Hand	Privatunternehmen
Festlegung der wesentlichen Ziele vor Beginn der PPP	Einbringung des maßgeblichen Know-hows in die Zusammenarbeit
Kontrolle der Durchführung der vereinbarten Leistungen	Risikoübernahme für den Betrieb (Kaufpreis und Garantie fester Entgelte)
Hoheit z.B. über die Wasserrechte und die Investitionspolitik	Implementierung des Arbeits- und Managementsystems, welches im Ergebnis des Wettbewerbs erzielt wurde
Kontrolle der Preis- und Gebührengestaltung	

**Klarheit und Wahrheit bei den wichtigsten Punkten**

Quelle: eigene Darstellung.

Im Ergebnis geht es um eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen öffentlicher Hand und Privatunternehmen.

Hierbei sollte die Kommune insbesondere die folgenden Punkte beachten: Hierzu gehört zunächst die Festlegung der wesentlichen Ziele vor Beginn der PPP. Die Kommune sollte sich schon vor Verhandlungsbeginn mit den Privatunternehmen im Klaren sein, was die wesentlichen Ziele sind, die mit einer Privatisierung verfolgt werden, und diese Ziele dann konsequent umsetzen. Hierzu zählen beispielsweise die Sicherung des kommunalen Einflusses auf PPP-Unternehmen sowie die weiterhin sichere und kostengünstige Versorgung der Bürgerinnen und Bürger mit der entsprechenden Leistung.

Hinzu kommt die Kontrolle der Durchführung der vereinbarten Leistungen. Die Kommune / öffentliche Hand sollte ein wachsames Auge darauf haben, ob das Privatunternehmen auch tatsächlich alle vertraglich vereinbarten Leistungen einhält.

Des Weiteren gehört hierzu auch die Hoheit zum Beispiel über die Wasserrechte und die Investitionspolitik. In einzelnen, ganz besonders wichtigen Bereichen, wie zum Beispiel bei der Investitionspolitik, sollte sich die Kommune ihre Mitspracherechte nicht vertraglich beschneiden lassen, sondern sie sollte Hoheitsträger sein und bleiben.

Hinzu kommt die Kontrolle der Preis- und Gebührengestaltung. Hierzu gehört im weiteren Sinne auch, dass die öffentliche Hand nachhaltigen Einfluss nimmt auf eine moderate Preis- und Gebührengestaltung, um die

Güter der Daseinsvorsorge auch für sozial schwächere Personenkreise erschwinglich zu halten.

Privatunternehmen sind im Rahmen einer PPP insbesondere zu Folgendem aufgefordert: Zur Einbringung des maßgeblichen Know-hows in die Zusammenarbeit. Die Kommunen werden oftmals eine PPP eingehen in der Erwartung und Hoffnung, dass Privatunternehmen ihr maßgebliches, „wettbewerbserprobtes“ Know-how in die zu erfüllende Aufgabe einbringen werden. Hierzu sind die Privatunternehmen aufgefordert.

Hinzukommen sollte eine Risikoübernahme für den Betrieb. Hierzu zählen auch die Zahlung des gesamten Kaufpreises und die Garantie für die Entgeltstabilität.

Schließlich lässt sich noch die Implementierung des Arbeits- und Managementsystems, welches im Ergebnis des Wettbewerbs erzielt wurde, aufzählen. Denn die (vermeintliche) „Effizienzerhöhung“ bei Einbindung eines Privatunternehmens ist auf kommunaler Seite ein Hauptpunkt für eine Teilprivatisierung. Im Ergebnis geht es um Klarheit und Wahrheit in den wichtigsten Punkten.

Abb. 4: Grundsätze für vertrauensvolle Zusammenarbeit – Klare Rollenverteilung



Quelle: eigene Darstellung.

Es geht um die Schaffung einer ausgewogenen Win-Win-Situation, d.h. die jeweils angemessene Berücksichtigung der unterschiedlichen Interessenlagen! Dies ist auf Seiten der *Privaten* die „Gewinnmaximierung“ und für die *öffentliche Hand* die „effektive & preiswerte Daseinsvorsorge für Jedermann.“

Der Autor *Peter Paffhausen* ist Geschäftsführer der Stadtwerke Potsdam GmbH.



**KWI**

Kommunalwissenschaftliches Institut

ISSN 1867-951X

ISBN 978-3-940793-68-3