



Universität Potsdam

Hartmut Bauer/Marek Szewczyk/Bożena  
Popowska/Michael Meier/Adrian Fuks (Hrsg.)

## Publizierung öffentlicher Aufgaben



Hartmut Bauer / Marek Szewczyk / Bożena Popowska / Michael Meier / Adrian Fuks (Hrsg.)  
Publizisierung öffentlicher Aufgaben



*Hartmut Bauer / Marek Szewczyk / Bożena Popowska /  
Michael Meier / Adrian Fuks (Hrsg.)*

# Publizisierung öffentlicher Aufgaben

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

**Universitätsverlag Potsdam 2018**

<http://verlag.ub.uni-potsdam.de>

Am Neuen Palais 10, 14469 Potsdam

Tel.: +49 (0)331 977 2533/Fax: -2292

E-Mail: [verlag@uni-potsdam.de](mailto:verlag@uni-potsdam.de)

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

Satz: Elisabeth Döring, wissen.satz

Druck: docupoint GmbH Magdeburg

Das Manuskript ist urheberrechtlich geschützt.

ISSN (print) 1867-951X

ISSN (online) 1867-9528

ISBN 978-3-86956-417-3

Zugleich online veröffentlicht auf dem Publikationsserver der Universität Potsdam:

URN <urn:nbn:de:kobv:517-opus4-402270>

<http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:kobv:517-opus4-402270>

# Inhaltsverzeichnis

Editorial	7
Privatisierung oder Publizisierung? <i>Hartmut Bauer</i>	15
„Republizisierung“ der Erfüllung öffentlicher Aufgaben <i>Marek Szewczyk</i>	41
Aktuelle Entwicklungstendenzen im Recht der Öffentlich-Privaten Partnerschaften <i>Bożena Popowska</i>	59
Öffentlich-Private Partnerschaften im Fokus der Rechnungshöfe <i>Michael Meier</i>	87
Gestaltungsprobleme bei Verträgen für Öffentlich-Private Partnerschaften <i>Wolfgang Abromeit</i>	107
Genossenschaften als Instrumente der Wohnraumpolitik <i>Adrian Fuks</i>	119
Rekommunalisierung öffentlicher Aufgaben im polnischen Energiewirtschaftsrecht <i>Piotr Lissoń</i>	133
Änderungen im Abfallwirtschaftssystem <i>Maciej Kruś</i>	145
„Republizisierung“ versus „New Public Management“ <i>Marcin Princ</i>	157
Publizisierung oder Privatisierung öffentlicher Aufgaben am Beispiel der Flughäfen <i>Lucyna Staniszevska/Sławomir Pawłowski/Maria Jędrzejczak</i>	177



# Editorial

Die frühere Privatisierungseuphorie ist heute längst verfliegen. Der Stimmungsumschwung hat viele Gründe. So hat die weltweite Finanz- und Wirtschaftskrise das Vertrauen in privatwirtschaftliche Mechanismen und in die Leistungsfähigkeit der Märkte erschüttert. Auch haben bei weitem nicht alle Privatisierungsmaßnahmen die in sie gesetzten Erwartungen erfüllt. Vielmehr wurde zunehmend bewusst, dass die Privatwirtschaft nicht zwangsläufig besser, effizienter und kostengünstiger arbeitet als die öffentliche Hand. Daher war schon vor vielen Jahren eine Trendwende weg von der Privatisierung und hin zu dem gegenläufigen Prozess der Rekommunalisierung zu beobachten. Davon betroffen sind fast alle kommunalen Aufgabenfelder. Nur beispielhaft zu nennen sind die Entsorgungs- und Versorgungswirtschaft (Abfallentsorgung, Abwasserbeseitigung, Stadtreinigung, Wasserversorgung und Versorgung mit Strom, Wärme und Gas), ferner Verkehrsbetriebe, Krankenhäuser, soziale und kulturelle Einrichtungen (Kindergärten, Senioren- und Jugendzentren, Schwimmbäder, Museen, Theater usw.), sozialer Wohnungsbau, Messen, Märkte und Volksfeste, nicht zuletzt auch die öffentliche Sicherheit und die Gefahrenabwehr.

Indes beschränkt sich die Rückkehr des Öffentlichen nicht auf die kommunale Ebene, sondern hat sich längst zu einem ebenenübergreifenden Phänomen entwickelt. So finden sich in Deutschland auf der Länderebene neben Rückverstaatlichungen namentlich in der Energie- und Wasserwirtschaft (u. a. in Baden-Württemberg, Berlin und Hamburg) sogar gesetzliche Weichenstellungen, die von der Privatisierung wegführen und bis hin zu verfassungsrechtlichen Privatisierungsbremsen reichen. Auch auf der Bundesebene gibt es inzwischen klare Anhaltspunkte für einen Rückzug aus der Privatisierung und die Rückkehr des Öffentlichen. Bekannte Beispiele sind die bei dem Großprojekt „Deutsche Bahn“ vorerst nicht mehr verfolgten weiteren Privatisierungsstufen (insb. Verkauf der Bahnaktien), die Rettung insolvenzgefährdeter Banken in der Finanzkrise und der Ausstieg aus mehreren Public Private Partnerships im Bereich der Bundeswehr, die oftmals viel teurer wurden als bei einer von vornherein rein staatlichen Finanzierung. Selbst auf der Unionsebene wurden unlängst auf Druck der Bevölkerung die Wasserwirtschaft aus den Regelungen des Binnenmarkts herausgehalten und die Verantwortung öffentlicher Autoritäten für die Wasserver- und Abwasserentsorgung festgelegt. Ebenenübergreifend

lässt sich dieser Trend zu Rekommunalisierung und Rückverstaatlichung mit dem neuen Begriff der Publizisierung erfassen. Vorgänge der „remunicipalization“, „renationalization“ und „publicization“ sind auch in anderen Ländern und in manchen Segmenten heute sogar weltweit zu beobachten. Das gilt auch für Polen – dort verbindet sich der Umschwung bisweilen mit stärker national imprägnierten Tendenzen einer „Polonisierung“. Indes ist die Trendwende „hin zum Öffentlichen“ kein durchgängiges Phänomen. Vielmehr gibt es daneben auch Bestrebungen, die auf künftige Privatisierungen abzielen – das betrifft etwa die Infrastruktur und die damit zusammenhängende Änderung des Grundgesetzes zur Zuständigkeit für die Verwaltung der Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs.

An diesen gegenläufigen Entwicklungstendenzen setzt der vorliegende Tagungsband an. Er dokumentiert den Gedankenaustausch zwischen polnischen und deutschen Verwaltungsrechtswissenschaftlern auf einer Tagung, die im Juni 2017 an der Uniwersytet im. Adama Mickiewicza (Adam-Mickiewicz-Universität, UAM) in Poznań stattgefunden hat. Das Symposium ist Teil einer Kooperation zwischen dem Wydział Prawa i Administracji (Fakultät für Recht und Verwaltung) der UAM und dem Kommunalwissenschaftlichen Institut (KWI) der Universität Potsdam. Diese Kooperation beschäftigt sich mit dem umfassenderen Programm einer „Modernisierung des Gemeinwesens“ und richtet dabei den Fokus insbesondere auf die beiden Modernisierungsansätze „Privatisierung“ und „Publizisierung“. Dazu haben auf dem Symposium von polnischer Seite sechs Verwaltungsrechtswissenschaftler aus Poznań vorgetragen und acht Teilnehmer Beiträge zu dem Tagungsband beigesteuert. Von deutscher Seite haben drei Verwaltungsrechtswissenschaftler aus Potsdam vorgetragen, vier Teilnehmer sind in dem Konferenzband mit einem Beitrag vertreten:

*Professor Dr. Hartmut Bauer* ist Inhaber des Lehrstuhls für Europäisches und Deutsches Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Sozialrecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht an der Universität Potsdam und Vorstandsmitglied des KWI. Er erörtert in seinem Beitrag im Kontext von Privatisierung und Publizisierung Perspektiven zur Verbesserung der Bereitstellung öffentlicher Leistungen. Ausgehend von der Privatisierungseuphorie der Nachwendejahre beleuchtet er zunächst in einem empirischen Teil die in den vergangenen Jahren zu beobachtende Rückbesinnung „hin zum Öffentlichen“. Er legt dar, dass die vor allem unter dem Schlagwort der „Rekommunalisierung“ auf Kommunalebene diskutierten Phänomene nicht auf den gemeindlichen Bereich beschränkt

sind, sondern auch auf Landes-, Bundes-, EU- und sogar internationaler Ebene zu beobachten sind und sich deshalb treffender mit dem integrativen Begriff der „Publizisierung“ beschreiben lassen. In einem zweiten Teil zur „Grammatik der Publizisierung“ erläutert *Bauer* die Motive für Publizisierungen und zeigt Zukunftsperspektiven für die Bereitstellung öffentlicher Leistungen auf, die Publizisierung und Privatisierung nicht als notwendigen Antagonismus wahrnehmen, sondern als komplementäre Modernisierungsstrategien. Er plädiert in beiden Bereichen für einen Fokus auf die Aufbereitung des Formenarsenals staatlichen Handels und wendet seinen Blick besonders auf die Einbeziehung gemeinnütziger Organisationsformen des sog. Dritten Sektors.

*Professor dr. hab. Marek Szewczyk* ist Inhaber der Katedra Prawa Administracyjnego i Nauki o Administracji (Lehrstuhl für Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften) an der UAM. Er thematisiert ein aktuell ebenso wichtiges wie politisch brisantes Publizisierungs-Segment, nämlich die „Republizisierung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben am Beispiel von Bau und Betrieb gebührenpflichtiger Autobahnen und Schnellstraßen im polnischen Rechtssystem“. Dazu stellt *Szewczyk* den Autobahnbau und -betrieb in den 1913 einsetzenden europäischen Entwicklungskontext ein und analysiert anschließend die Entwicklung des Autobahnbaus in Polen über die Jahrzehnte und politischen Systeme hinweg. Wie in anderen Bereichen war auch bei Bau und Betrieb von Autobahnen der weltpolitische Umbruch der Jahre 1989 bis 1991 ein tiefer Einschnitt. Im Zuge der Transformation des politischen Systems hat Polen einen allgemeinen Plan zur Errichtung eines „transeuropäischen Verkehrsnetzes“ angenommen. Der Plan stützte sich auf vier Korridore, die Westeuropa mit dem östlichen Teil des Kontinents verbinden sollen. Doch waren die anfänglichen Planungen für polnische Verhältnisse viel zu ehrgeizig. Das hatte mehrere Gründe, die von einer durch die Privatisierung der Staatsbetriebe ausgelösten Massenarbeitslosigkeit über eine Hyperinflation bis hin zu einem signifikanten Rückgang des Bruttoinlandsprodukts reichen. Unter diesen Umständen lag es nahe, die Privatwirtschaft für den Autobahnbau und -betrieb zu aktivieren oder jedenfalls zu interessieren und in den Ausbau des transeuropäischen Verkehrsnetzes einzubinden. Doch erwiesen sich privatwirtschaftliche Konzepte nicht immer als Königsweg. Die vielen kurvenreichen Entwicklungen mit ihren immer wieder neuen Korrekturen hinterlassen in der Analyse einen skeptisch stimmenden Gesamteindruck: Danach sind die auf Öffentlich-Private Partnerschaften (ÖPP) setzenden Privatisierungs-Modelle und Konzessionskonstruktionen

gescheitert. Inzwischen hat der Gesetzgeber daraus die Konsequenzen gezogen und wieder ein Organ der öffentlichen Verwaltung zu einem Hauptakteur gemacht, nämlich den Generaldirektor der Landesstraßen und Autobahnen. Die wichtigsten Folgen der auf der Linie des in vielen Ländern zu beobachtenden Publizisierungstrends liegenden Modellrevision sind nicht nur ein zügigerer Ausbau des Autobahnnetzes, sondern auch beachtliche Kostensenkungen. Sie schlagen sich mittlerweile in gravierenden, teilweise sogar sehr krassen Unterschieden in der Höhe der Nutzer-Gebühren für konzessionierte, privat errichtete und betriebene Autobahnabschnitte einerseits und die wesentlich billigeren nicht-konzessionierten, „staatlichen“ Abschnitte der Autobahn andererseits nieder. Hier liegt ein wichtiger polnischer Erfahrungsschatz, der nicht zuletzt bei den auch in Deutschland immer wieder erhobenen Forderungen nach einer an ÖPP-Modellen orientierten Privatisierung der Infrastruktur und insbesondere der Autobahnen zur Zurückhaltung mahnen sollte.

*Professorin dr. hab. Bożena Popowska* ist Inhaberin der Katedra Publicznego Prawa Gospodarczego (Lehrstuhl für Öffentliches Wirtschaftsrecht) an der UAM. Sie beschäftigt sich mit „Aktuellen Entwicklungstendenzen im Recht der Öffentlich-Privaten Partnerschaften“ und fokussiert dabei „die Verstärkung des öffentlich-rechtlichen Aspekts“. Dazu besteht Anlass. Anders als in Deutschland gibt es nämlich in Polen schon seit langem ein Gesetz über Öffentlich-Private Partnerschaften (ÖPP-Gesetz). Das ursprünglich im Jahr 2005 in die polnische Rechtsordnung eingeführte ÖPP-Gesetz wurde 2008 modernisiert, seither aber nur noch eher geringfügig geändert. In seiner derzeit geltenden Fassung verweist das ÖPP-Gesetz für wichtige Fragen ergänzend auf das Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens und das Gesetz über den Konzessionsvertrag und damit auf zwei Gesetze, die der Umsetzung von Unions-Richtlinien dienen. Dadurch ist ein insgesamt etwas unübersichtliches Regelungswerk entstanden, das – nicht zuletzt wegen der 2008 erfolgten Liberalisierungen des ÖPP-Gesetzes – nicht immer den aktuellen Herausforderungen genügt. Deshalb sind seit geraumer Zeit Bestrebungen zu einer Modernisierung des Rechts der ÖPP und insbesondere zu einer Novellierung des ÖPP-Gesetzes zu beobachten. Hier setzt *Popowska* an. Sie analysiert akribisch – in einem ersten Schritt – die Absicherung öffentlicher Interessen in der bisherigen Entwicklung des Regelungswerks und – in einem zweiten Schritt – die Absicherung öffentlicher Interessen nach einem bereits vorliegenden Entwurf zu einer ÖPP-Novelle. Im praktischen Ergebnis zeigt die

Analyse in vielen Teilaspekten eine deutliche Tendenz „hin zum Öffentlichen“ bzw. zu einer „Rückkehr des Öffentlichen“. Sie bestätigt damit für das polnische Recht der ÖPP den weltweiten Trend zur Publizisierung. Das schließt manche gegenläufige Regelungen zum Schutz privater Interessen der Investoren nicht aus. Deshalb bleibt der Gesetzgeber gefordert, eine jeweils zeitgemäße Rahmenordnung für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben bereitzustellen, die neben anderen Handlungs- und Organisationsformen auch ÖPP aufnimmt und im Allgemeininteresse eine effektive und effiziente Erledigung öffentlicher Aufgaben ermöglicht.

*Ass. iur. Michael Meier* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand an der Universität Potsdam. Sein Beitrag wirft ein Schlaglicht auf die Kritik der Rechnungshöfe an ÖPP in Deutschland. Er erläutert zunächst den für die Prüfung durch die Rechnungshöfe maßgeblichen Begriff der Wirtschaftlichkeit unter Einschluss der Sonderregeln des deutschen Haushaltsrechts zu Öffentlich-Privaten Partnerschaften. Anschließend umreißt er die Entwicklung Öffentlich-Privater Partnerschaften und legt hierbei einen Schwerpunkt auf die vom Bundesrechnungshof wiederholt geprüften ÖPP im deutschen Fernstraßenbau. Sodann wendet sich *Meier* im Einzelnen den Stellungnahmen der Rechnungshöfe zu und diskutiert deren Äußerungen zu systemischen Kostenstrukturen, langfristigen Wirkungen und der Methodik der Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen. Er stimmt dabei insbesondere mit dem Bundesrechnungshof überein, dass die aktuellen Berechnungsmethoden Schwächen aufweisen und der häufig anzutreffende Vorfinanzierungseffekt in bedenklicher Weise Möglichkeiten zur Umgehung der Schuldenbremse eröffnet. Haushaltsrechtlich spricht er sich deshalb für ein stärker materielles Verständnis des verfassungsrechtlichen Kreditbegriffs aus.

*Ass. iur. Wolfgang Abromeit*, Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Potsdam, befasst sich in seinem Beitrag konstruktiv mit den praktischen Herausforderungen der Vertragsgestaltung bei ÖPP. Ausgangspunkt der Betrachtung sind typische Fallstricke der Kooperation des Staates mit Privaten. Die angemessene Risikoverteilung sieht er als Kernproblem der kautelarjuristischen Auseinandersetzung und stellt sie daher in das Zentrum der Analyse. Als Ergebnis stellt *Abromeit* eine mögliche Systematisierung der die Zusammenarbeit betreffenden Risiken, Prinzipien der angemessenen Risikoverteilung sowie Beispiele für vertragliche Lösungsoptionen vor.

*Dipl.-Jur. Adrian Fuks*, ebenfalls Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Potsdam, thematisiert in seinem Beitrag die Rolle, die Genossenschaften in der deutschen Wohnraumpolitik einnehmen. Im Zentrum der Betrachtung steht dabei die Einflussnahme des Staates auf Wohnungsgenossenschaften. Nach einem kurzen Blick auf die aktuellen Zahlen zum Genossenschaftswesen und einer Betrachtung der genossenschaftlichen Organisationsstruktur wendet sich *Fuks* dem genossenschaftlichen Wohnen zu, wobei er verschiedene Formen staatlicher Einwirkung auf Bundes-, Landes- und Kommunalebene vorstellt. Im Ergebnis legt er dar, dass es vor allem begleitende, fördernde und rahmensetzende Handlungen sind, durch die die öffentliche Hand Einfluss auf Genossenschaften nimmt und damit die notwendigen Voraussetzungen für deren Mitwirkung bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben schafft. Dieses Phänomen sieht *Fuks* als mittelbare Publizisierung öffentlicher Aufgaben.

*Dr. Piotr Lissoń*, Wissenschaftlicher Assistent an der UAM, befasst sich in seinem Beitrag mit Rekommunalisierungsperspektiven im polnischen Energiesektor. Er erläutert zunächst, dass die Versorgung mit elektrischer Energie nach polnischem Recht zwar grundsätzlich den Kommunen zugewiesen ist, diese aber mangels erforderlicher Infrastruktur faktisch auf planerische Aspekte begrenzt sind und zur Erfüllung ihrer Aufgaben vielfach auf private Partner zurückgreifen müssen. Nach der Darstellung des historischen Hintergrunds für diesen Befund und der Erörterung praktischer Probleme auf Grund oligopolartiger Strukturen bei den privaten Partnern wendet sich *Lissoń* einem aktuellen Gesetzentwurf zur Stärkung der Kommunen bei der Bereitstellung lokaler Beleuchtungsinfrastruktur zu, der u. a. eine zwangsweise Kommunalisierung der örtlichen Straßenbeleuchtung ermöglichen soll. *Lissoń* begrüßt diese Aufwertung der gemeindlichen Rolle, weist aber auch auf verfassungsrechtliche Probleme der geplanten Neuregelung hin. Zuletzt setzt er sich mit einem weiteren aktuellen Gesetzesvorhaben zur E-Mobilität auseinander und identifiziert auch hier praktische Probleme der Kommunen bei der Bewältigung der ihnen nach dem Gesetzentwurf künftig obliegenden Aufgaben.

*Dr. Maciej Kruś* ist Wissenschaftlicher Assistent an der UAM. Sein Beitrag setzt sich mit der Entwicklung kommunaler Abfallwirtschaft aus der Perspektive von Kommunen, Abfallerzeugern und privaten Entsorgungsunternehmen in Polen auseinander. Er erläutert zunächst die im polnischen Abfallwirtschaftsrecht aus kommunaler Sicht zentrale Kate-

gorie des Siedlungsabfalls und zeichnet sodann die Entwicklung des polnischen Abfallrechts nach. Hierbei beschreibt er einen nach 1990 zunächst einsetzenden Privatisierungsprozess, bei dem zum einen zahlreiche Kommunen ihre Entsorgungsbetriebe an private Investoren veräußerten und zum anderen die jeweiligen Verbraucher direkte Verträge mit privaten Entsorgern abschlossen. Anschließend geht er auf eine grundlegende Reform aus dem Jahr 2011 ein, die die Verantwortung für die Müllentsorgung wieder stärker in kommunale Hände legte und dem einzelnen Verbraucher wieder ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zur Gemeinde anstelle der direkten Kontrahierung mit privaten Entsorgungsunternehmen zuwies. Auch beleuchtet er eine jüngere Novelle, die die Rolle des Eigenbetriebs und sog. *in-house*-Vergaben stärkte. Diese Entwicklung ordnet *Kruś* abschließend in den Trend zur Publizisierung ein und erörtert die maßgeblichen Motive der attestierten Rückbesinnung auf den öffentlichen Sektor.

*Dr. Marcin Princ*, ebenfalls Wissenschaftlicher Assistent an der UAM, analysiert die Folgen des allgemeinen Publizisierungstrends für das Konzept des New Public Managements (NPM). Er ordnet das Konzept zunächst in seinen verwaltungswissenschaftlichen und historischen Kontext ein. Sodann beschreibt er die Grundzüge des in den 1980er Jahren aufkommenden und auf Instrumente des Privatrechts und Outsourcing gerichteten New Public Management und erläutert die aktuellen Vorbehalte und Ernüchterung mit Blick auf das NPM-Konzept. Hieran anknüpfend zeichnet *Princ* Konzepte für einen „dritten Weg“ zwischen Privatisierungsfreundlichkeit und Rückverstaatlichung nach, um sich anschließend Publizisierungstendenzen und -beispielen in Polen zu widmen. Mit einem spezifischen Blick auf die polnischen Verhältnisse formuliert er eine Liste von Herausforderungen an Publizisierungsvorhaben, die von der Leistungsfähigkeit des staatlichen Sektors über personalwirtschaftliche Aspekte bis hin zu Vorbehalten in der öffentlichen Meinung reichen. Das Konzept des New Public Management sieht *Princ* in seiner Reinform im Niedergang begriffen, plädiert aber dennoch – gerade in Polen – für eine sorgsame Prüfung von Publizierungen und tritt dafür ein, auch für neuere Verwaltungsleitbilder den Wert marktwirtschaftlicher Mechanismen nicht vollständig zu verwerfen.

*Dr. Lucyna Staniszevska* ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin, *Dr. Sławomir Pawłowski* Wissenschaftlicher Assistent und *Mgr. Maria Jędrzejczak* Doktorandin an der UAM. Ihr Artikel hat das Spannungsfeld zwischen Staatseinfluss und Privatisierung bei der polnischen Flug-

hafeninfrastruktur zum Gegenstand. Die Autoren ordnen zunächst die bisher nur vereinzelt Privatisierungsbeispiele im polnischen Flughafenbau und -betrieb in den europäischen und historischen Kontext ein und vergleichen die polnische Situation insbesondere mit Entwicklungen in Großbritannien und Deutschland. Anschließend erläutern sie die besonderen rechtlichen Hürden für die Beteiligung Privater im polnischen Flughafensektor, die vor allem mit Aspekten der öffentlichen Sicherheit und Landesverteidigung begründet werden. Im weiteren Verlauf der Untersuchung vergleichen *Staniszewska*, *Pawłowski* und *Jędrzejczak* die Rentabilität des vollständig unter staatlicher Kontrolle stehenden Warschauer Airports mit zwei weiteren teil- bzw. vollprivatisierten europäischen Flughäfen. Die Autoren kommen zu dem Schluss, dass der Warschauer Flughafen in Punkto Profitabilität und Entwicklung keinesfalls hinter den (teil-)privatisierten Konkurrenten zurückbleibt und folgern deshalb, dass die staatliche Trägerschaft – bei entsprechender Mittelausstattung – kein Hindernis für einen wirtschaftlichen Flughafenbetrieb darstellt. Abschließend stellen sie zusammenfassend die Vor- und Nachteile privater Beteiligung im Flughafenbereich gegenüber und resümieren, dass umfassende Privatisierungen im polnischen Luftverkehrssektor wegen des strikten Regulierungsumfelds mittelfristig kaum zu erwarten sind.

Die Herausgeber danken *Dr. Christiane Büchner*, *Ass. iur. Anna-Lisa Heyne*, *Ass. iur. Anja Hoffmann*, *Lina Irscheid*, *Robin Mayer*, *Tanja Petrovic* und *Jannis Rink* für zupackende Unterstützung bei der Vorbereitung dieses Konferenzbandes.

*Potsdam und Poznań, Nikolaustag 2017*

*Hartmut Bauer, Marek Szewczyk, Bożena Popowska, Michael Meier, Adrian Fuks*

# Privatisierung oder Publizisierung?

Wege zur gemeinwohlorientierten Bereitstellung  
von Leistungen im allgemeinen Interesse

*Hartmut Bauer\**

## 1. Von der Privatisierung über die (Re-)Kommunalisierung und die (Re-)Nationalisierung zur Publizisierung

Ähnlich wie in Deutschland<sup>1</sup> dürfte auch in Polen die Privatisierung in den zurückliegenden Jahrzehnten zu einem der großen „Themen der Zeit“ herangewachsen sein.<sup>2</sup> Vergleichbare Entwicklungen in beiden Ländern haben jedenfalls die Verwaltungsrechtswissenschaft frühzeitig zu einem grenzüberschreitenden Erfahrungs- und Gedankenaustausch angeregt. Ein sehr gelungenes Beispiel für den fruchtbaren Dialog zwischen polnischen und deutschen Rechtswissenschaftlern ist das achte deutsch-polnische Verwaltungskolloquium in Krakau, das sich bereits im Herbst 1992, also vor 25 Jahren mit „Grundfragen der Privatisierung“ beschäftigte.<sup>3</sup> In den wissenschaftlichen Privatisierungsdebatten haben sich im deutschsprachigen Raum die Diskussionsschwerpunkte

---

\* Der Vortrag beruht auf früheren, teilweise bereits veröffentlichten Untersuchungen des Autors und führt diese fort.

- 1 Privatisierungsvorstöße waren zwar bereits in den 1980er Jahren zu verzeichnen. „Volle Fahrt“ haben die Privatisierungsbestrebungen aber erst in den 1990er Jahren aufgenommen (*Friedrich Schoch*, Die Rolle der Rechtsdogmatik bei der Privatisierung staatlicher Aufgaben, in: Rolf Stürner [Hrsg.], Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, 2010, S. 91). Einer der letzten, freilich bereits etwas verspäteten Höhepunkte in der rechtswissenschaftlichen Diskussion war der Erfurter Juristentag (2008); dazu *Martin Burgi*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, Gutachten D für den 67. Deutschen Juristentag, 2008.
- 2 Die deutsche Staatsrechtslehrervereinigung hat mit der „Privatisierung von Verwaltungsaufgaben“ das Thema bereits 1994 aufgegriffen; siehe dazu die Berichte von *Johannes Hengstschläger*, *Leke Osterloh*, *Hartmut Bauer* und *Tobias Jaag*, VVDStRL 1995, Bd. 54, S. 165 ff., 204 ff., 243 ff., 287 ff. Aus aktueller Sicht finden sich instruktive Beispiele etwa in dem von *Claudia Fuchs*, *Franz Merli*, *Magdalena Pöschl*, *Richard Sturm*, *Ewald Wiederin* und *Andreas W. Wimmer* herausgegebenen Sammelband Staatliche Aufgaben, private Akteure, Bd. 1: Erscheinungsformen und Effekte, 2015.
- 3 Stanisław Biernat / Reinhard Hendl / Friedrich Schoch / Andrzej Wasilewski (Hrsg.), Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung, 1994; rezensiert von *Hartmut Bauer*, DVBl. 1995, S. 481 f.

allerdings in jüngerer Zeit deutlich verändert. Während anfangs vornehmlich die „Grenzen der Privatisierung“<sup>4</sup> im Blickfeld standen, rückte später insbesondere die Zusammenarbeit von öffentlichen und privaten Rechtssubjekten als „Technik der staatlichen Aufgabenerfüllung“<sup>5</sup> in den Vordergrund des Interesses. Dem entspricht nicht zuletzt die eingehende Analyse der Kooperationsformen bei der Erbringung von Leistungen im allgemeinen Interesse, die derzeit die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht perspektivisch sogar zu einer „Neuvermessung der Grenzen zwischen ‚staatlich‘ und ‚privat‘“<sup>6</sup> inspiriert.

Wichtige Anstöße zu einer solchen Neuvermessung gehen in Deutschland von aktuellen Entwicklungen aus. Dort gibt es nämlich seit einigen Jahren einen klaren Trend weg von der früheren Privatisierungseuphorie und „hin zum Öffentlichen“<sup>7</sup>. Man spricht von einem Paradigmenwechsel und fordert eine „Renaissance des Staates“<sup>8</sup>. Die Trendwende ist zuerst im Kommunalrecht bewusst geworden. Dort hat sie unter dem Schlagwort der „Rekommunalisierung“ für Aufsehen gesorgt und Kontroversen ausgelöst.<sup>9</sup> Inzwischen ist sogar von einem

4 *Hengstschläger* (Fn. 2), S. 174 ff.

5 *Franz Merli*, Vorwort, in: Fuchs u. a. (Hrsg.), *Staatliche Aufgaben* (Fn. 2), S. III (V).

6 So die programmatischen Überlegungen von *Merli* (Fn. 5), S. V.

7 Zu dieser Kennzeichnung *Hartmut Bauer*, *Publizisierung, Begriff – Befunde – Perspektiven*, *JZ* 2014, S. 1017 (1021).

8 *Peter M. Huber*, *Zur Renaissance des Staates*, in: *Hartmut Bauer u. a. (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht im Zeitalter der Globalisierung*, 2012, S. 35 (37).

9 Vgl. aus der stark anwachsenden Literatur etwa *Christoph Brüning*, (Re-)Kommunalisierung von Aufgaben aus privater Hand – Maßstäbe und Grenzen, *VerwArch* 2009, Bd. 100, S. 453 ff.; *Jens Libbe/Stefanie Hanke/Maic Verbücheln*, *Rekommunalisierung – Eine Bestandsaufnahme*, 2011; *Jens Libbe/Stefanie Hanke*, *Rekommunalisierung – neue alte Wege der öffentlichen Daseinsvorsorge, der gemeindehaushalt 2011*, S. 108 ff.; *Manfred Röber*, *Privatisierung adé?, Rekommunalisierung öffentlicher Dienstleistungen im Lichte des Public Managements*, *Verwaltung & Management* 2009, S. 227 ff.; *Manfred Scholle*, *Der Trend zur Rekommunalisierung – Chance oder Risiko?*, in: *Wolfgang Gernert u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rüdiger Robert*, 2010, S. 95 ff.; *Hartmut Bauer/Christiane Büchner/Lydia Hajasch (Hrsg.)*, *Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge*, 2012; *Hartmut Bauer*, *Zukunftsthema „Rekommunalisierung“*, *DÖV* 2012, S. 329 ff.; *Martin Burgi*, *Privatisierung und Rekommunalisierung aus rechtswissenschaftlicher Sicht*, *NdsVbl.* 2012, S. 225 ff.; *Annette Guckelberger*, *Die Rekommunalisierung privatisierter Leistungen in Deutschland*, *VerwArch* 2013, Bd. 104, S. 161 ff.; *Anna Leisner-Eggensperger*, *Rekommunalisierung und Grundgesetz*, *NWz* 2013, S. 1110 ff.; *Dietrich Budäus/Dennis Hilgers*, *Mutatis Mutandis: Rekommunalisierung zwischen Euphorie und Staatsversagen*, *DÖV* 2013, S. 701 ff.; *Hellmut Wollmann*, *Öffentliche Dienstleistungen zwischen municipalem und privatem Sektor – „Comeback“ der Kommunen?*, in: *Martin Kronauer/Walter Siebel (Hrsg.)*, *Polarisierte Städte. Soziale Ungleichheit als Herausforderung für die Stadtpolitik*, 2013, S. 242 ff.; *Christoph Reichard*, *Neue Institutionelle Varianten öffentlicher Leistungserbringung*, in: *Eckhard Schröter/Patrick v. Maravic/Jörg Röber (Hrsg.)*, *Zukunftsfähige Verwaltung? Herausforderungen und Lösungsstrategien in Deutschland, Österreich und der Schweiz*, 2012, S. 187 (213 f.); *Eckard Schröter/Christoph Reichard*, *Öffentliche Aufgaben – ein*

„Richtungsstreit“<sup>10</sup> zwischen Privatisierung und Rekommunalisierung die Rede. Der Stimmungsumschwung beschränkt sich jedoch nicht auf die kommunale Ebene. Vielmehr sind auch bei den Ländern und beim Bund Prozesse der Rückverstaatlichung zu beobachten – so etwa auf der Landesebene der komplette Rückkauf der Berliner Wasserbetriebe für 1,2 Milliarden Euro und auf der Bundesebene der Ausstieg aus milliardenschweren Public Private Partnerships.<sup>11</sup> Selbst auf der traditionell Binnenmarkt, Marktwirtschaft und Wettbewerb besonders verpflichteten Unionsebene setzte sich in den Sektoren Wasser und Abwasser ein Bedürfnis nach mehr öffentlicher Präsenz durch. Über einzelne Sektoren hinweg bestätigt dieses Bedürfnis auch das Freihandelsabkommen CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) zwischen Kanada und der Europäischen Union, dessen Verhandlung bis zum Abschluss von massiven Protesten aus der Unionsbevölkerung begleitet war; die Proteste richteten sich gegen die durch das Abkommen entstehenden Einflussnahmemöglichkeiten kanadischer Großunternehmen auf den öffentlichen Dienstleistungssektor und erreichten manche zumindest klarstellende Nachbesserung.<sup>12</sup>

Deshalb liegt es nahe, den Gesamtbefund über alle Ebenen hinweg mit einem Sammelbegriff zu erfassen. Dafür ist an anderer Stelle ein Neologismus, nämlich der neue Schlüsselbegriff „Publizisierung“<sup>13</sup> vorgeschlagen. Danach meint Publizisierung alle Vorgänge der angedeuteten „Rückkehr des Öffentlichen“<sup>14</sup>, und zwar als Reaktion auch auf eine „Krise der Privatisierung“<sup>15</sup>. Dies erlaubt eine ebenenübergreifende

---

Versuch über Ihre Bestimmung, Entwicklung und Wahrnehmung, in: dies. (Hrsg.), *Zur Organisation öffentlicher Aufgaben*, 2013, S. 11 (28f); *Thorsten Ingo Schmidt*, *Rechtliche Rahmenbedingungen und Perspektiven der Rekommunalisierung*, DÖV 2014, S. 357 ff.; *Matthias Knauff*, *Zurück zur kommunalen Daseinsvorsorge in der Energieversorgung*, EnWZ 2015, S. 51 ff.; *Jan Henrik Klement*, *Auf der Suche nach dem öffentlichen Zweck*, *Die Verwaltung* 2015, Bd. 48, S. 55 ff.; *Ludger Breuer*, *Zersplitterung und Bedeutungsverlust des Gemeindefachrechts*, *WiVerw* 2015, S. 150 ff.

10 *Breuer* (Fn. 9), *WiVerw* 2015, S. 150.

11 Vgl. vorerst nur *Matthias Knauff*, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2015, S. 21.

12 Vgl. dazu etwa *Bettina Weiz*, *Ceta und die öffentliche Daseinsvorsorge: Ringen um ein wertvolles Gut*, in: *Deutschlandfunk* (online) v. 26.10.2016, im Internet abrufbar unter [http://www.deutschlandfunk.de/ceta-und-die-oeffentliche-daseinsvorsorge-ringen-um-ein.724.de.html?dram:article\\_id=369681](http://www.deutschlandfunk.de/ceta-und-die-oeffentliche-daseinsvorsorge-ringen-um-ein.724.de.html?dram:article_id=369681) <22.02.2017>.

13 *Bauer* (Fn. 7), *JZ* 2014, S. 1021 f.

14 *Mario Candeias/Rainer Rilling/Katharina Weise*, *Krise der Privatisierung – Rückkehr des Öffentlichen*, *WSI Mitteilungen* 2008, S. 563 ff.; *Mario Candeias/Rainer Rilling/Katharina Weise* (Hrsg.), *Krise der Privatisierung – Rückkehr des Öffentlichen*, 2009.

15 *Candeias/Rilling/Weise* (Fn. 14).

Analyse und Bewertung, die sich in zwei Schritten vor allem auf die Praxis (II.) und die Programmatik (III.) der Publizisierung konzentriert.

## II. Zur Praxis der Publizisierung

Zur Praxis der Publizisierung liegen bislang keine validen empirischen Gesamtbefunde vor. Stattdessen stehen einzelne Segmente namentlich der Rekommunalisierung im Vordergrund rechtstatsächlicher Aufmerksamkeit. Allerdings fehlen auch dazu systematische, flächendeckende und umfassende Erhebungen, die verlässliche Auskunft über die Rekommunalisierungspraxis geben könnten. Vielmehr dominieren Fallstudien zu einzelnen, teilweise spektakulären und bundesweit beachteten Rekommunalisierungsvorgängen, ferner statistisches Material aus Verbandsmitteilungen, Stellungnahmen von Rechnungshöfen, Praktikerberichte, Beobachtungen aus Pressemitteilungen, Internetrecherchen, Gerichtsentscheidungen und ähnliches.<sup>16</sup>

### 1. Der „Fall Potsdam“

Ein besonders bekanntes Beispiel ist der Fall Potsdam, der gut dokumentiert<sup>17</sup> und inzwischen fast schon zum Klassiker avanciert ist. Die brandenburgische Landeshauptstadt hat nämlich frühzeitig den von ihr zunächst beschrittenen Pfad der Privatisierung verlassen, eine Kehrtwende um 180 Grad vollzogen und in umgekehrter Richtung den Weg in die Rekommunalisierung eingeschlagen. Dabei handelt es sich um einen sehr markanten Referenzfall, der über die lokalen Erfahrungen hinaus verallgemeinerungsfähige Aussagen zu Publizisierungsvorgän-

16 Vgl. Röber (Fn. 9), *Verwaltung & Management* 2009, 227 ff.; Brüning (Fn. 9), *VerwArch* 2009, S. 454 f.; Libbe/Hanke (Fn. 9), *der gemeindehaushalt* 2012, S. 109; Burgi (Fn. 9), *NdsVBl.* 2012, S. 225 f.; Bauer (Fn. 9), *DÖV* 2012, S. 330 ff.; Guckelberger (Fn. 9), *VerwArch* 2013, S. 161 f.; Budäus/Hilgers (Fn. 9), *DÖV* 2013, S. 703 f.; Schmidt (Fn. 9), *DÖV* 2014, S. 357; zur Energiewirtschaft Klement (Fn. 9), *Die Verwaltung* 2015, S. 55 f., 59 ff.

17 Peter Paffhausen, *Gestaltung von Public Private Partnerships – Motive, Erfolgsfaktoren, Risiken für die Kommune, Rekommunalisierung*, in: Hartmut Bauer / Christiane Büchner / Frauke Brosius-Gersdorf (Hrsg.), *Verwaltungskooperation*, 2008, S. 95 (insb. 97 ff., 101 ff.); ders., *Entscheidung über eine Öffentlich Private Partnerschaft*, 2011, insb. S. 144 ff.; David Hachfeld, *Rekommunalisierung – Lehren aus Potsdam und Grenoble*, in: Mario Candeias u. a. (Fn. 14), S. 90 ff.; Bauer (Fn. 9), *DÖV* 2012, S. 330 f.; Budäus/Hilgers (Fn. 9), *DÖV* 2013, S. 703; *Water Remunicipalisation Tracker, Potsdam*, [http://www.remunicipalisation.org/#case\\_Potsdam <22.02.2017>](http://www.remunicipalisation.org/#case_Potsdam%202017).

gen erlaubt.<sup>18</sup> In Potsdam vollzog sich der Trendumschwung weg von der Privatisierung und hin zur Rekommunalisierung in mehreren Etappen:

Wie viele andere Kommunen hatte sich Potsdam in den 1990er Jahren für eine Privatisierung der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung interessiert. 1998 kam es zum Abschluss einer Public Private Partnership mit Eurawasser. Eurawasser war damals ein weltweit agierendes Tochterunternehmen der beiden Großkonzerne Thyssen Krupp und Suez Lyonnaise des Eaux. In Deutschland konzentrierte der Global Player seine Geschäftspolitik unter anderem darauf, Mitgesellschafter an kommunalen Wasserversorgungs- und Abwasserentsorgungsunternehmen zu werden. Die brandenburgische Landeshauptstadt versprach sich von der Public Private Partnership Effekte, die von ähnlichen Anliegen wie den seinerzeit auch andernorts zu beobachtenden und ganz allgemein verfolgten Privatisierungsmotiven getragen waren: Entlastung des Haushalts, Anlockung privater Investoren, Flexibilisierung der Personalstrukturen, Erschließung privaten Know-hows und privater Innovationskraft, Gewährleistung sicherer Wasserver- und Abwasserentsorgung, Kostenminimierung, Verbesserung der Servicequalität usw.

Grundlage der Kooperation mit Eurawasser waren „insgesamt dreizehn sehr kompliziert ineinander greifende und somit fast schon unverständliche Verträge“<sup>19</sup>. Nach diesen Verträgen wurde der Kaufpreis in Höhe von rund 85 Millionen Euro faktisch nicht von Eurawasser eingebracht, sondern im Wege der Forfaitierung durch eine Bank; als Gegenleistung erhielt die Bank für eine Laufzeit von zwanzig Jahren einen Anspruch auf Einnahmen aus den Wassergebühren in Höhe von insgesamt rund 205 Millionen Euro. Die Kooperationsverträge enthielten auch eine Preisgleitklausel, die eine Anpassung der Wasserpreise an sich verändernde tatsächliche Entwicklungen ermöglichte. Außerdem sollten die Verträge die Einflussnahme der Stadt Potsdam auf die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung absichern, und zwar namentlich durch die in den Händen der Landeshauptstadt liegende Mehrheit der Gesellschaftsanteile mit entsprechenden Kontroll-, Weisungs-, Stimm- und Rückholrechten.

---

18 Näheres dazu bei *Hartmut Bauer*, *The City of Potsdam: Between Privatization and Remunicipalization – Local Experiences and General Aspects on the Road to Publicization*, *European Public Law* 2015, Bd. 21, S. 723 ff.

19 *Paffhausen* (Fn. 17), S. 98f.; ähnliche Bewertung der Privatisierungsverträge bei *Hachfeld* (Fn. 17), S. 90f.: in den Einzelheiten komplizierte Vertragskonstruktion aus dreizehn Einzelverträgen.

Die Public Private Partnership geriet allerdings schon bald in eine Schiefelage, die bereits im Jahr 2000 zur Rekommunalisierung führte. Ein wichtiger Grund für die Beendigung der Partnerschaft waren wiederholte Erhöhungen der Wasserpreise um annähernd 50 Prozent innerhalb von nur zwei Jahren und absehbare weitere Erhöhungen, allesamt auf der Grundlage der erwähnten Preisgleitklausel. Außerdem kam es zu politischen Kontroversen wegen einer von Eurawasser mit dem Betriebsrat abgeschlossenen Vereinbarung über die „sozialverträgliche Beendigung von Arbeitsverhältnissen“, die zu einem Personalabbau führte. Und schließlich konnte die Landeshauptstadt Potsdam in der Praxis keinen bestimmenden Einfluss auf das Unternehmen ausüben. Es hatte sich nämlich alsbald „gezeigt, dass das komplizierte Vertragskonstrukt im Tagesgeschäft viele Fragestellungen und Probleme aufwarf“, weil genauere Regelungen fehlten.<sup>20</sup> Dementsprechend gelangte ein von der Stadt Potsdam in Auftrag gegebenes Gutachten zu dem Ergebnis, dass die Vertragskonstruktion einseitig zu Lasten Potsdams ging.

Die Landeshauptstadt setzte deshalb mit einem Winkelzug<sup>21</sup> einen Rückkauf durch, der jedoch auf den Widerstand des privaten Vertragspartners stieß und Regressforderungen auslöste. Der Streit mündete in einen Vergleich, der Eurawasser in einer geschätzten Höhe von bis zu knapp 13 Millionen Euro eine Abfindung zusprach. Zusammen mit den fortlaufenden Verpflichtungen aus der teuren Kreditaufnahme nach dem Forfaitierungsmodell haben diese Zahlungen dazu beigetragen, dass die Wasserpreise nach der Rekommunalisierung weiter gestiegen sind, und zwar im bundesweiten Vergleich auf höchstes Niveau.

## 2. Weitere Publizisierungsszenarien

### a. *Kommunale Ebene*

Die Potsdamer Rekommunalisierung ist kein singulärer Vorgang. Missglückte, Rekommunalisierungsforderungen auslösende Organisations- und Aufgabenprivatisierungen finden sich auch anderswo. So stößt man in unmittelbarer Nachbarschaft von Potsdam auf die Berliner Was-

---

20 So hatten die Vertragsparteien unterschiedliche Sichtweisen, wie die Verträge auszulegen sind; daraus ergaben sich immer wieder Meinungsverschiedenheiten. Näheres dazu bei *Peter Paffhausen*, Entscheidung über eine Öffentlich Private Partnerschaft, 2011, insb. S. 149ff.

21 Über die trickreich umgesetzte Überrumplungsstrategie informiert *Hachfeld* (Fn. 17), S. 91, 95f.

serbetriebe. Die Berliner Wasserbetriebe waren vor gut fünfzehn Jahren teilprivatisiert worden. Wegen rechtstatsächlicher Fehlentwicklungen und intransparenter Vertragsgestaltung ist die Berliner Bevölkerung jahrelang gegen die Privatisierung ins Feld gezogen. Nach einem erfolgreichen Volksentscheid hat das Abgeordnetenhaus im November 2013 dem kompletten Rückkauf der Berliner Wasserbetriebe für 1,2 Milliarden Euro zugestimmt und damit ein misslungenes Kapitel der Öffentlich-Privaten Partnerschaft beendet.<sup>22</sup>

Die bundesweit zu beobachtenden Privatisierungs-Schieflagen betreffen nicht allein Organisations- und Aufgabenteilprivatisierungen. Vielmehr sind auch Vermögensprivatisierungen alles andere als unproblematisch. Ein einprägsames Beispiel ist der Verkauf des kommunalen Wohnungsbestandes der sächsischen Landeshauptstadt Dresden.<sup>23</sup> Der Verkauf brachte der Stadt Dresden zwar rund 982 Millionen Euro ein. Doch war es der Stadt Dresden nicht gelungen, den Schutz der Mieter durch eine in das Vertragswerk mit dem Privatinvestor aufgenommene „Sozialcharta“ effektiv abzusichern. Deshalb wünschen sich zumal unter den Bedingungen der aktuellen Zuwanderungswelle viele die kommunale Wohnungswirtschaft zurück.

Alle bislang angesprochenen Vorgänge spielen zwar im Osten der Republik. Gleichwohl handelt es sich bei der Rekommunalisierung um kein spezifisch ostdeutsches Phänomen. Nach Angaben des Verbandes kommunaler Unternehmen haben sich seit 2005 über 120 Stadtwerke neu gegründet, von denen eine ganze Reihe in Westdeutschland liegen.<sup>24</sup> Beispiele finden sich in Hamburg, Münster, Bochum, Dortmund, Stuttgart, Kiel, Saarbrücken, Thüringen und im Rhein-Sieg-Kreis.<sup>25</sup> Außerdem haben in vielen Städten – wie Dresden, Freiburg, Hamburg, Heidelberg, Leipzig und Rostock – massive Bürgerproteste, Bürgerbegehren und Bürgerentscheide Privatisierungsmaßnahmen verhindert<sup>26</sup>,

22 <http://www.morgenpost.de/berlin-aktuell/article121668882/Abgeordnetenhaus-stimmt-Rueckkauf-der-Wasserbetriebe-zu.html> <22.02.2017>. Der Rückkauf wird verbreitet als Rekommunalisierung bezeichnet. Bei genauerer Betrachtung handelt es sich allerdings wegen der „Staatsqualität“ des Landes Berlin um eine Rückverstaatlichung; näher dazu sogleich im Text.

23 Näheres dazu und zum Folgenden bei *Bauer* (Fn. 9), DÖV 2012, S. 331 f.

24 Verband kommunaler Unternehmen, Stadtwerke der Zukunft IV: Neue Wege für Kommunen und Energieversorgungsunternehmen, im Internet abrufbar unter <http://www.vku.de/energie/unternehmensstrategien/rekommunalisierung-sdz-iv/konzessionsvertraege00.html> <22.02.2017>.

25 Vgl. *Röber* (Fn. 9), *Verwaltung & Management* 2009, S. 231; *Bauer* (Fn. 9), DÖV 2012, S. 332f.; *Klement* (Fn. 9), *Die Verwaltung* 2015, S. 59 ff.

26 Vgl. *Candeias/Rilling/Weise* (Fn. 14), S. 563 ff.; *Scholle* (Fn. 9), S. 95 ff.; *Hachfeld* (Fn. 17), S. 87 ff.; *Röber* (Fn. 9), *Verwaltung & Management* 2009, S. 231.

dadurch für kontinuierliche kommunale Aufgabenerledigung gesorgt und so bereits im Ansatz spätere Rekommunalisierungen entbehrlich gemacht. Auch dies unterstützt den Publizisierungstrend.

Weitere Rekommunalisierungsbeispiele finden sich im grenzüberschreitenden Privatisierungsgeschäft bei missglückten Vorgängen des Cross-Border-Leasings.<sup>27</sup> Ein anschauliches Beispiel ist die sächsische Stadt Leipzig, die sich Ende 2015 nur mit einem finanziellen Verlust von mehr als 41 Millionen Euro aus einem im Jahr 2003 mit einem amerikanischen Telekommunikationskonzern über das Trinkwassernetz der Stadt abgeschlossenen Cross-Border-Leasing-Vertrag lösen konnte.<sup>28</sup> Im Rahmen dieses Vertrages hatte die Stadt Leipzig ihr heute mit 600 Millionen Euro bewertetes Trinkwassernetz für 99 Jahre an den Konzern verleast und das Netz gleichzeitig wieder zurückgemietet. Während sich der Konzern durch den Deal Steuereinsparungen versprach, erhielt Leipzig einen Barwertvorteil von etwas mehr als 14 Millionen Euro ausgezahlt, die zum Großteil in die Wasserwerke flossen. Zur Finanzierung der Rückübertragungssumme erwarb Leipzig Anleihen im Wert von 61 Millionen Dollar bei einer amerikanischen Versicherung, die im Zuge der Finanzkrise bald nur noch als Ramsch gehandelt wurden. Zur Ausräumung des hohen finanziellen Risikos akzeptierte die Stadt Ende 2015 ein Angebot zur vorzeitigen Vertragsauflösung gegen Zahlung einer hohen Auflösungsprämie. Am Ende des gesamten Deals musste Leipzig den erwähnten Verlust von 41 Millionen Euro im Haushalt verbuchen.

Inzwischen hat man zahlreiche Tätigkeitsfelder identifiziert, die in der Vergangenheit von Privatisierungsmaßnahmen betroffen waren und nunmehr Rekommunalisierungspotenziale<sup>29</sup> aufweisen. Dazu

27 *Scholle* (Fn. 9), S. 98f.; vgl. allgemein zur Ausgestaltung und zu den Problemlagen des Cross-Border-Leasings sowie zu den davon erwarteten Vorteilen *Frank Laudenklos/Claus Pegatzky*, US-Leasingfinanzierungen – innovative Finanzierungsformen oder zweifelhafte Geschäfte?, NVwZ 2002, S. 1299ff.; *Carolin Böhm/Caroline Stepputat*, Nachwirkungen des Cross-Border-Leasings: Die Wirtschaftskrise und der Ordre public des Kommunalrechts, DÖV 2009, S. 984ff.; *Karl-Hermann Kästner*, Privatisierung kommunaler Einrichtungen – eine rechtliche Bestandsaufnahme, in: Peter Baumeister u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke, 2011, S. 895ff. m.w.N.

28 Dazu und zum Folgenden *Jens Rometsch*, Ein Ende mit Schrecken – Leipzig büßt 41 Millionen Euro bei US-Leasing ein, in: Leipziger Volkszeitung (online) v. 18.01.2016, im Internet abrufbar unter <http://www.lvz.de/Leipzig/Lokales/Ein-Ende-mit-Schrecken-Leipzig-buesst-41-Millionen-Euro-bei-US-Leasing-ein> <22.02.2017>.

29 Vgl. dazu und zum Folgenden *Schmidt* (Fn. 9), DÖV 2014, S. 357; ferner *Röber* (Fn. 9), Verwaltung & Management 2009, S. 227ff.; *Brüning* (Fn. 9), VerwArch 2009, S. 454; *Libbe/Hanke* (Fn. 9), der gemeindehaushalt 2011, S. 109; *Burgi* (Fn. 9), NdsVbl. 2012, S. 22; *Budäus/Hilgers* (Fn. 9), DÖV 2013, S. 703f.; aus der Sicht der vergleichenden Verwaltungswissenschaft *Christian Schwab/Philipp Richter/Sabine Kuhlmann/Hellmut Wollmann*, „Local Public

gehören namentlich die Versorgungswirtschaft (Wasser, Elektrizität, Gas, Fernwärme, Telekommunikation sowie andere leitungsgebundene Leistungen) und die Entsorgungswirtschaft (Abwasser, Abfall, Straßenreinigung), daneben beispielsweise Verkehrsbetriebe, medizinische Einrichtungen (Krankenhäuser, ambulante medizinische Versorgung, Rettungsdienste etc.), soziale und kulturelle Einrichtungen (Kindertagesstätten, Jugend- und Seniorenzentren, Freizeiteinrichtungen wie Schwimmbäder und andere Sportanlagen, Theater, Museen usw.), sozialer Wohnungsbau, Messen, Märkte und Volksfeste und nicht zuletzt die öffentliche Sicherheit und die Gefahrenabwehr.

### *b. Landes-, Bundes- und Unionsebene*

Die Rückkehr des Öffentlichen ist nicht auf die kommunale Ebene beschränkt. Ähnlich wie bei der Privatisierung finden sich Belege für die Trendwende auch auf anderen Ebenen des föderativ geordneten Gemeinwesens:

Das betrifft zunächst die Länder. In Berlin und Hamburg beziehen sich die Auseinandersetzungen über sogenannte „Rekommunalisierungen“ auf den Handlungsfeldern Wasser / Abwasser und Energie nämlich nicht auf die kommunale, sondern auf die „staatliche“ Landesebene. Wohl prominentestes Beispiel ist die bereits erwähnte Rückverstaatlichung der Berliner Wasserbetriebe. Im Energiesektor, um nur ein weiteres Beispiel aus einem anderen Segment und einem Flächenland zu nennen, hat Baden-Württemberg im Zuge der „zunehmenden Verstaatlichung von Elektrizitätsversorgungsunternehmen“<sup>30</sup> 2010 über eine Tochtergesellschaft die in früheren Jahren an einen französischen Staatskonzern veräußerten Unternehmensanteile an Deutschlands drittgrößtem Energieversorger zurückerworben.<sup>31</sup>

Die Rückbesinnung auf das Öffentliche weist auf der Landesebene längst über derartige Einzelfälle hinaus. So finden sich in der Kommunalgesetzgebung eine ganze Reihe von publizisierungsfreundlichen Gesetzesänderungen, die namentlich die landesrechtlichen Schrauben der kommunalwirtschaftsrechtlichen Subsidiaritätsklauseln

---

Sector Reforms in Times of Crisis: National Trajectories and International Comparisons“, DÖV 2014, S. 839 ff.

30 Sabine Schlacke/James Kröger, Zur Unionsrechtskonformität des EEG bei zunehmender Rekommunalisierung und Verstaatlichung der Elektrizitätswirtschaft, DVBl. 2013, S. 401 ff.

31 Näheres dazu bei Schlacke/Kröger (Fn. 30), DVBl. 2013, S. 401, 402 f.

für eine normative Umsteuerung „hin zum Öffentlichen“ nutzen.<sup>32</sup> Und die Freie Hansestadt Bremen hat im Jahr 2013 eine sogenannte „Privatisierungsbremse“<sup>33</sup> in die Landesverfassung eingefügt.<sup>34</sup> Die Verfassungsnovelle bezieht sich auf Verkehrsleistungen, auf Abfall- und Abwasserentsorgung, auf Energie- und Wasserversorgung, auf die wirtschaftliche, verkehrliche und kulturelle Infrastruktur, auf die Bereitstellung von Wohnraum und auf die allgemeine Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhäusern. In all diesen Sektoren verschärfen die neuen Verfassungsnormen<sup>35</sup> die Anforderungen an die Veräußerung von Unternehmen des Landes durch einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt. Der Gesetzesvorbehalt soll den Verkauf von Staatsbetrieben und Unternehmensbeteiligungen der öffentlichen Hand erschweren und unter bestimmten Voraussetzungen ergänzend durch das Erfordernis eines Volksentscheids überreilte Privatisierungsentscheidungen des Parlaments verhindern.<sup>36</sup> Inzwischen entfaltet das Beispiel Bremen Vorbildwirkung: In der Bundeshauptstadt Berlin planen SPD, Linke und Bündnis 90/Die Grünen nach ihrer Ende 2016 beschlossenen Koalitionsvereinbarung für die Legislaturperiode 2016 bis 2021 vergleichbare Ergänzungen der Landesverfassung.<sup>37</sup> So soll etwa die Privatisierung der landeseigenen Wohnungsbaugesellschaften verfassungstextlich ausdrücklich ausgeschlossen werden, und die Koalition will „nach dem Vorbild Bremens eine Privatisierungsbremse in die Berliner Verfassung aufnehmen, nach der öffentliche Unternehmen ganz oder in wesentli-

32 Signifikante Beispiele sind das nordrhein-westfälische „Gesetz zur Revitalisierung des Gemeindefortschritts“ von 2010 und das brandenburgische „Gesetz zur Stärkung der kommunalen Daseinsvorsorge“ von 2012; aktueller Überblick über den Entwicklungsstand bei *Breuer* (Fn. 9), *WiVerw* 2015, S. 150 ff.

33 Dazu *Volker Boehme-Neßler*, Privatisierungsbremsen in den Landesverfassungen?, *LKV* 2013, S. 481 ff.

34 Art. 1 des Gesetzes zur Änderung der Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen v. 03.09.2013, *BremGBI* S. 480.

35 Art. 42 Abs. 4, 70 Abs. 2 *BremVerf*.

36 Im Einzelnen ist nach Art. 42 Abs. 4 *BremVerf* die Veräußerung von in den erwähnten Segmenten tätigen Unternehmen, auf die die Öffentliche Hand unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann, prinzipiell nur aufgrund eines Gesetzes möglich, das nicht vor Ablauf von drei Monaten nach seiner Verkündung in Kraft tritt. Außerdem ist nach Art. 70 Abs. 2 *BremVerf* in Fällen des Art. 42 Abs. 4 *BremVerf* ein Volksentscheid über dieses Gesetz durchzuführen, wenn die Bürgerschaft das Gesetz mit weniger als zwei Dritteln ihrer Mitglieder beschlossen hat, ein Viertel der Mitglieder der Bürgerschaft die Durchführung eines Volksentscheids beantragt oder ein Zwanzigstel der Stimmberechtigten die Durchführung eines Volksentscheids begehrt.

37 Die zwischen SPD, Linkspartei und Bündnis 90/Die Grünen geschlossene Berliner Koalitionsvereinbarung für 2016–2021 ist im Internet abrufbar unter [https://gruene.berlin/sites/gruene.berlin/files/koavereinbarung\\_final\\_161208\\_0.pdf](https://gruene.berlin/sites/gruene.berlin/files/koavereinbarung_final_161208_0.pdf) <22.02.2017>.

chen Teilen nur dann veräußert werden dürfen, wenn dem eine Mehrheit der Berliner\*innen in einem Volksentscheid zustimmt“<sup>38</sup>.

Wissenschaftlich bislang noch unzureichend wahrgenommen sind vergleichbare Konstellationen auf der Bundesebene. Doch finden sich auch dort Beispiele für einen Rückzug aus der Privatisierung und die Rückkehr des Öffentlichen. Dazu gehören die Absage der ursprünglich geplanten materiellen (Teil-)Privatisierung der Deutsche Bahn AG<sup>39</sup> und die Rettung insolvenzgefährdeter Banken während der Finanzkrise<sup>40</sup>. Instruktives Anschauungsmaterial liefert auch die Bundeswehr<sup>41</sup>, die im früheren Privatisierungstrend mehrere Dienstleistungsbereiche ausgelagert hatte, darunter die Bekleidungsbeschaffung, die zivile IT und die Verwaltung der nicht gepanzerten Fahrzeuge der Truppe durch den „Bw Fuhrpark Service“. Indes erfüllten die dabei eingegangenen Öffentlich-Privaten Partnerschaften nicht die in sie gesetzten Hoffnungen. Vielmehr wurden diese Projekte oftmals viel teurer als bei einer von vornherein staatlichen Finanzierung. Demgemäß rügte der Bundesrechnungshof Effizienzlücken in Milliardenhöhe.<sup>42</sup> Inzwischen übernimmt die Bundeswehr wieder viele privatisierte Teilleistungen in die eigene Obhut.<sup>43</sup> Nicht unerwähnt bleiben kann auf der Bundesebene die Kritik der Rechnungshöfe an Public Private Partnerships im Infrastrukturbereich<sup>44</sup>, auch wenn diese Kritik offenbar Probleme hat, sich

38 Koalitionsvereinbarung (Fn. 37), S. 155.

39 *Knauff* (Fn. 11), S. 21; ferner *Sina Stamm*, Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung, 2010, S. 234.

40 Vgl. dazu *Denise A. Bauer*, Staatliches Handeln im systemrelevanten Markt am Beispiel des Rettungsübernahmegesetzes, DÖV 2010, S. 20ff.; *Alexander Peters*, Art. 15 und die Notverstaatlichung der Banken, DÖV 2012, S. 64ff.

41 Vgl. dazu und zum Folgenden *Gerhard Hegmann/Thomas Steinmann*, Truppe dreht Privatisierung zurück, Financial Times Deutschland v. 15.08.2012, S. 1; *Johannes Leithäuser*, Die fast entblößte Bundeswehr, Süddeutsche Zeitung v. 05.06.2015, S. 4.

42 Zur Kritik der Rechnungshöfe an Öffentlich-Privaten Partnerschaften *Michael Meier*, Öffentlich-Private Partnerschaften im Fokus der Rechnungshöfe, S. 95 ff. in diesem Band.

43 Die Gründe hierfür sind indes komplexer und beschränken sich nicht ausschließlich auf negative Erfahrungen mit Privatisierungsmaßnahmen. Als wichtigstes Beispiel sei hier das mit der Instandhaltung der Fahrzeugflotte des Heeres befasste Gemeinschaftsunternehmen von Bund und drei deutschen Rüstungsfirmen (HIL) erwähnt. Obschon diese Kooperation funktionierte, trat der Bund auch hier den Rückzug an. Hintergrund hierfür war eine EU-Richtlinie, wonach Rüstungsaufträge künftig europaweit auszuschreiben sind. Folge davon wäre, dass bei den Ausschreibungen ausländische Unternehmen stärker zum Zug kommen könnten. Daran hat die Bundeswehr in sensiblen Sicherheitsbereichen aber kein Interesse. Vgl. zum Ganzen näher *Hegmann/Steinmann* (Fn. 41), Financial Times Deutschland v. 15.08.2012, S. 1, und zur Diskussion speziell zur ÖPP bei dem IT-Projekt Herkules *Hauke Friedrichs/Toralf Staud*, Teuer und schlecht, Die Zeit v. 05.12.2014, S. 28.

44 Bundesrechnungshof, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über Öffentlich Private Partnerschaften (ÖPP) als Beschaffungsvariante

bei Vermeidungs- und Umgehungsstrategien im Umfeld von Schuldenbremse und „Schwarzer Null“ das gebotene Gehör zu verschaffen.<sup>45</sup> In diesem Kontext stehen auch die derzeit noch nicht abschließend ausgetragenen Kontroversen<sup>46</sup> über Optionen für die private Finanzierung öffentlicher Infrastruktur und die Stärkung der Investitionstätigkeit einschließlich Öffentlich-Privater Finanzierungspartnerschaften (ÖPF) und Nutzerfinanzierung.

Besonders umstritten ist aktuell, ob und wie Private künftig an der Verwaltung der Bundesautobahnen zu beteiligen sind und beteiligt werden können. Bundestag und Bundesrat haben Anfang Juni 2017 in diesem Zusammenhang eine Änderung von Art. 90 GG beschlossen.<sup>47</sup> Durch die Reform wird die Verwaltungszuständigkeit der bisher von den Ländern im Auftrag des Bundes verwalteten Bundesautobahnen vollständig auf den Bund übertragen. Der Bund kann sich bei der Erledigung seiner Aufgaben einer Gesellschaft des privaten Rechts, einer sog. „Infrastrukturgesellschaft“ bedienen. Für heftige Kritik hatte dabei zunächst der Vorschlag des Finanzministers gesorgt, an dieser Gesellschaft durch einen Anteilsverkauf von bis zu 49,9 Prozent auch unmittelbar private Unternehmen zu beteiligen. Nunmehr ist in Art. 90 Abs. 2 S. 2 GG ausdrücklich festgelegt, dass die „Gesellschaft [...] im

---

im Bundesfernstraßenbau (Gz.: V3-2013-5166) v. 04.06.2014, im Internet abrufbar unter [https://www.gemeingut.org/wp-content/uploads/2014/06/2014-06-04\\_Bericht\\_BRH\\_zu\\_PPP\\_an\\_Haushaltsausschuss.pdf](https://www.gemeingut.org/wp-content/uploads/2014/06/2014-06-04_Bericht_BRH_zu_PPP_an_Haushaltsausschuss.pdf) <22.02.2017>; Rechnungshöfe des Bundes und der Länder, Gemeinsamer Erfahrungsbericht zur Wirtschaftlichkeit von ÖPP-Projekten v. 14.09.2011, im Internet abrufbar unter <http://www.rechnungshofbaden-wuerttemberg.de/media/978/Gemeinsamer%20Erfahrungsbericht%20zur%20Wirtschaftlichkeit%20von%20D6PP-Projekten.pdf> <22.02.2017>.

45 Vgl. nur Bundesrechnungshof (Fn. 44), S. 7, 42.

46 Vgl. dazu Bericht der Expertenkommission „Stärkung von Investitionen in Deutschland“, mit Zusammenfassung sowie ergänzenden und abweichenden Positionen der in der Kommission vertretenen Gewerkschaften, April 2015, S. 5, 13 ff., im Internet abrufbar unter [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/staerkung-von-investitionen-in-deutschland.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=9](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/staerkung-von-investitionen-in-deutschland.pdf?__blob=publicationFile&v=9) <22.02.2017>; zur bislang nicht abschließend geklärten Umsetzung etwa *Martin Greive*, Union lässt Gabriel bei Lieblingsprojekt auflaufen, *Die Welt* v. 08.11.2015, im Internet abrufbar unter <http://www.welt.de/wirtschaft/article148557971/Union-laesst-Gabriel-bei-Liebblingsprojekt-auflaufen.html> <22.02.2017>; vgl. ferner *Friedrich Kneuper/Matthias v. Kaler*, Die öffentlich-private Finanzierungspartnerschaft (ÖPF), *NVwZ* 2015, S. 1401 ff.; *Philipp Reimer*, Infrastruktur zwischen ÖPP und Nutzerprinzip: Reformansätze der Bundesfernstraßenfinanzierung und die neue „Pkw-Maut“, *DVBl.* 2015, S. 1405 ff.

47 Vgl. dazu Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 90, 91c, 104b, 104c, 107, 108, 109a, 114, 125c, 143d, 143e, 143f, 143g) v. 13.02.2017, BT-Drs. 18/11131, im Internet abrufbar unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/111/1811131.pdf> <06.07.2017>; BR-Drs. 430/17; *BGBI. I* 2017, S. 2347 ff.

unveräußerlichen Eigentum des Bundes [steht]<sup>48</sup>. Kritiker äußern sich jedoch weiterhin skeptisch und bezeichnen diese Privatisierungsschranke als „Täuschungsmanöver“<sup>49</sup> und „Augenwischerei“<sup>50</sup>. Eine unmittelbare Beteiligung Privater an der Gesellschaft sei damit zwar nicht möglich. Nicht ausgeschlossen sei aber, dass die Gesellschaft ihrerseits wiederum Öffentlich-Private Partnerschaften betreibt und etwa Konzessionen für bestimmte Abschnitte des Autobahnnetzes an Private vergibt.<sup>51</sup> Befürchtet werden dabei u. a. vergleichbare Szenarien wie in Frankreich. Dort lassen sich die von privaten Konzessionsgesellschaften erhobenen Mautgebühren nur noch „ungenügend“ regulieren.<sup>52</sup> Das Verkehrsministerium müsse dort mühsam mit „leistungstarken Unternehmen verhandeln, hinter denen große Unternehmensgruppen (insbesondere aus dem Hoch- und Tiefbau) stünden“<sup>53</sup>.

48 Bundesregierung (Fn. 47), S. 7.

49 *Heribert Prantl*, Leckere Autobahnen, in: *Süddeutsche Zeitung* (online) v. 06.12.2016, im Internet abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/politik/privatisierung-leckere-autobahnen-1.3284071> <22.02.2017>; ähnlich *Sahra Wagenknecht*, *Deutscher Bundestag*, Plenarprotokoll 18/237, S. 23978, im Internet abrufbar unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btp/18/18237.pdf#P.24024> <06.06.2017>.

50 So die Einschätzung von SPD-Finanzexpertin *Cansel Kiziltepe*, zitiert von dpa, Bundesrechnungshof kritisiert Schnellstraßenpläne, in: *Handelsblatt* (online) v. 01.12.2016, im Internet abrufbar unter <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/fernstrassengesellschaft-bundesrechnungshof-kritisiert-schnellstrassenplaene/14919870.html> <22.02.2017>.

51 Vgl. zur Beteiligung Privater beim Bau von Autobahn-Teilstrecken *Meier* (Fn. 42), S. 89f.; *Prantl* (Fn. 49) mit Verweis auf den Regierungsentwurf eines Begleitgesetzes v. 23.11.2016 zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften, im Internet abrufbar unter <https://www.daserste.de/information/wirtschaft-boerse/plusminus/sendung/entwurf-begleitgesetz-100.pdf> <22.02.2017>, wonach „[p]rivate Investitionen [...] auf Projektebene mit der Maßgabe der Wirtschaftlichkeit mobilisiert werden können“ (a. a. O., S. 3) und *Georg Hermes/Holger Weiß/Thorsten Beckers*, Kurzgutachten v. 06.12.2016: Verhindert der Vorschlag der Bundesregierung v. 24.11.2016 zur Neufassung des Art. 90 GG eine Privatisierung der Bundesautobahnen? Eine rechtliche und ökonomische Bewertung der Privatisierungsschranken in dem Entwurf der Bundesregierung zur Neufassung des Art. 90 GG v. 24.11.2016 unter Berücksichtigung der einfachgesetzlichen Anpassungen, S. iii. Das Kurzgutachten ist im Internet abrufbar unter [http://www.w2k.de/fileadmin/medien/pdf/news/2016/ZDB\\_-\\_Kurzgutachten\\_Beurteilung\\_Art-90-GG-Entwurf\\_der\\_Bundesregierung\\_hinsichtlich\\_Privatisierungsschranken-v90.pdf](http://www.w2k.de/fileadmin/medien/pdf/news/2016/ZDB_-_Kurzgutachten_Beurteilung_Art-90-GG-Entwurf_der_Bundesregierung_hinsichtlich_Privatisierungsschranken-v90.pdf) <22.02.2017>.

52 Präsident des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, Gutachten v. 30.11.2016 zu Organisationsformen und Finanzierungsvarianten für die Bundesfernstraßen, S. 59. Das Gutachten ist im Internet abrufbar unter <https://www.bundesrechnungshof.de/de/veroeffentlichungen/gutachten-berichte-bwv/berichte/langfassungen/2016-bwv-gutachten-organisationsformen-und-finanzierungsvarianten-fuer-die-bundesfernstrassen> <22.02.2017>.

53 Präsident des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung (Fn. 52), S. 59f.

Auf der Unionsebene finden sich mittlerweile ebenfalls Hinweise auf ein wachsendes Bedürfnis nach mehr Präsenz des Öffentlichen. Ein bemerkenswertes Beispiel ist die Europäische Bürgerinitiative „right2water“<sup>54</sup>. Die Initiative wandte sich bekanntlich gegen tatsächliche oder vermeintliche Bestrebungen der Europäischen Union, die Wasserversorgung zwangsweise zu privatisieren. Der sich frühzeitig abzeichnende Erfolg der Initiative hat die Europäische Union alsbald veranlasst, den Bereich der Wasserwirtschaft vom Anwendungsbereich der EU-Konzessionsrichtlinie auszunehmen. Am Ende des Petitionsverfahrens veröffentlichte die Kommission ihre Schlussfolgerungen.<sup>55</sup> Darin begrüßte die Kommission die Initiative und sagte eine ganze Reihe von konkret benannten Schritten und Maßnahmen zu, die dem Anliegen der Initiative Rechnung tragen sollen. Die Initianten waren damit zwar nicht vollständig zufrieden, bewerteten aber viele Aspekte positiv – so etwa „die Anerkennung, dass die Bereitstellung von Wasserversorgung und Abwasserentsorgung generell in der Verantwortung der lokalen Autoritäten liegen sollte,“ weil dies den „Trend zur Rekommunalisierung“ bestätige, der der sicherste Weg sei, um Wasser aus den Binnenmarktregelungen herauszuhalten.<sup>56</sup> Inzwischen nutzen die Initianten die Initiative für weitergehende Agitationen in politischen Prozessen. Ihre jüngste Erfolgsmeldung betrifft eine Abstimmung des Europäischen Parlaments im September 2015, mit der das Parlament die Kommission auffordert, konkrete legislative Schritte zur Anerkennung des Menschenrechts auf Wasser und sanitäre Grundversorgung zu unternehmen.<sup>57</sup>

---

54 Vgl. dazu und zum Folgenden <http://www.right2water.eu/de> <22.02.2017>.

55 Europäische Kommission, Mitteilung über die Europäische Bürgerinitiative „Wasser und sanitäre Grundversorgung sind ein Menschenrecht! Wasser ist ein öffentliches Gut, keine Handelsware“ v. 19.03.2014, COM (2014) 177 endg., S. 14 f.

56 Europäische Bürgerinitiative, „Wasser ist ein Menschenrecht“, Pressemitteilung, „Antwort der Kommission auf die erste Europäische Bürgerinitiative ist wenig ambitioniert“ v. 19.03.2014, im Internet abrufbar unter <http://www.right2water.eu/de/node/477> <22.02.2017>.

57 <http://www.right2water.eu/de/node/532> <22.02.2017>.

### c. Europäische und globale Entwicklungen

Auch außerhalb Deutschlands ist jedenfalls in bestimmten Segmenten wie der Wasserversorgung ein Publizisierungstrend erkennbar. So liegt für Frankreich im Bereich der Wasserversorgung eine detaillierte Fallstudie insbesondere zu Grenoble<sup>58</sup> vor. In Grenoble wurden die Wasserbetriebe nach Bürgerprotesten wieder in die öffentliche Hand übernommen, nachdem Gerichtsentscheidungen die vorausgegangene „Privatisierung der Wasserversorgung wegen Korruption und Falschinformation für ungültig erklärt hatten“<sup>59</sup>. Die Rekommunalisierung in Grenoble führte zu einer „regelrechten Kettenreaktion“<sup>60</sup>, in der sich zahlreiche Kommunen zu Rekommunalisierungen entschlossen, darunter auch die Hauptstadt Paris, die im Jahr 2010 ihre Wasserversorgung wieder in die eigene Verantwortung überführte. Als Gründe hierfür werden unter anderem das Bestreben nach Unabhängigkeit gegenüber den privaten „grands groupes“ (wie Veolia und Suez) sowie das Bedürfnis nach einem stärkeren politischen Einfluss auf den Wassersektor in der Region genannt.<sup>61</sup> Ergänzend ist für die gesamteuropäische Ebene die bereits erwähnte Bürgerinitiative „right2water“ in Erinnerung zu rufen.

Die Befunde zu Deutschland und zu Europa lassen weltweit Rekommunalisierungstendenzen vermuten.<sup>62</sup> Dazu sind zwar keine umfassenden und detaillierten Erhebungen ersichtlich. Doch finden sich zumindest im ersten Zugriff Anhaltspunkte, die diese Vermutung unterstützen. Als Belege müssen an dieser Stelle stichwortartige Hinweise auf Publizierungen in Bolivien, auf den Philippinen, in Südafrika, in Tansania, in Trinidad und Tobago und in den Vereinigten Staaten genügen.<sup>63</sup>

58 Hachfeld (Fn. 17), S. 92 ff. m. w. N.

59 Hachfeld (Fn. 17), S. 90.

60 Sabine Kuhlmann/Hellmut Wollmann, *Verwaltung und Verwaltungsreformen in Europa*, 2013, S. 198.

61 Kuhlmann/Wollmann (Fn. 60), S. 198.

62 In diesem Sinne für den Wassersektor Emanuele Lobina/Satoko Kishimoto/Olivier Petitjean, *Festgestellt: Globaler Trend der Rekommunalisierung des Wassers*, Stand: Juli 2015 (veröffentlicht von Public Services International Research Unit [PSIRU], Transnational Institute [TNI] und Multinational Observatory in Zusammenarbeit mit Allianz der öffentlichen Wasserwirtschaft e.V.), im Internet abrufbar unter [https://www.tni.org/files/publication-downloads/heretostay-de\\_0.pdf](https://www.tni.org/files/publication-downloads/heretostay-de_0.pdf) <25.02.2017>.

63 Vgl. Hachfeld (Fn. 17), S. 87 ff., mit Hinweisen u. a. auf die Städte Cochabamba, El Alto, Buenos Aires, Daressalam, Nkonkobe, Manila, Atlanta und Felton; ferner die Globale Liste von Rekommunalisierungen (Stand: Oktober 2014) Lobina/Kishimoto/Petitjean (Fn. 62), S. 11 ff., mit ergänzenden Hinweisen u. a. auf die Volksrepublik China (Shanghai, Shenyang), Indien, Malaysia (Kuala Lumpur) und Vietnam.

Der im Internet abrufbare „Water Remunicipalisation Tracker“ weist derzeit weltweit 235 Städte, Regionen und Länder in 37 Staaten aus, in denen während der letzten fünfzehn Jahre der Wassersektor publizisiert wurde<sup>64</sup>:



### III. Zur Programmatik der Publizisierung

#### 1. Publizierungsanliegen

Im „Fall Potsdam“ gingen ausschlaggebende Rekommunalisierungsimpulse von negativen Erfahrungen mit der früheren Privatisierung aus: Preissteigerungen, Entlassung von qualifiziertem Personal und faktisch entglittene kommunale Steuerungsmöglichkeiten. Außerdem hat der Verlust an „kommunaler Demokratie“ und der Identifikation der Bürger mit „ihrem“ Unternehmen eine Rolle gespielt.<sup>65</sup>

Dies alles entspricht auch andernorts anzutreffenden Beobachtungen.<sup>66</sup> Danach hat die Trendwende viele Gründe. Eine wichtige Ursache dürften die weltweiten Finanz- und Wirtschaftskrisen sein, die auf ein Versagen privatwirtschaftlicher Mechanismen zurückgehen und ganz allgemein das Vertrauen in die Leistungsfähigkeit der Märkte

<sup>64</sup> <http://www.remunicipalisation.org/front/page/home> <22.02.2017>, der Abdruck erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Transnational Institute, Amsterdam.

<sup>65</sup> Vgl. dazu *Paffhausen* (Fn. 17), S. 101.

<sup>66</sup> Vgl. zur Rekommunalisierung *Bauer* (Fn. 9), DÖV 2012, S. 334 f. m. w. N.; aus jüngerer Zeit *Burgi* (Fn. 9), NdsVbl. 2012, S. 226; *Guckelberger* (Fn. 9), VerwArch 2013, S. 161 f., 163 ff.; *Leisner-Eggensperger* (Fn. 9), NVwZ 2013, S. 1110 ff.

erschüttert haben. Neben diesen Veränderungen im politischen Großklima haben Misserfolge bei der Privatisierung Impulse für die unerwartete Renaissance der Kommunalwirtschaft gegeben. Bei weitem nicht alle in Privatisierungen gesetzte Hoffnungen haben sich nämlich erfüllt. Vielmehr wurde immer mehr bewusst, dass die Privatwirtschaft nicht zwangsläufig besser, effizienter und kostengünstiger arbeitet als die öffentliche Hand. Als weitere Motive sind zu nennen:

- ein neu erwachtes Selbstbewusstsein der Kommunen,
- die Einbindung der Bürger in das Gemeinwesen durch die Erschließung von Mitwirkungspotentialen und die Bereitstellung von Partizipationsoptionen,
- die Rückbesinnung auf Leitbilder öffentlicher Daseinsvorsorge (Gemeinwohlorientierung statt reiner Profitmaximierung, „citizen value“ statt „shareholder value“ etc.),
- die Rückgewinnung öffentlicher Einflussmöglichkeiten auf die Aufgabenerledigung,
- Verbesserung der Qualität und
- Kostensenkungen für die Bürger.

In der ebenenübergreifenden Betrachtung hat die Rückkehr des Öffentlichen eine beträchtliche Tiefenwirkung mit prinzipieller Bedeutung: Die einschlägigen Debatten beschäftigen sich mit der Abkehr von Konzepten des Gewährleistungsstaats<sup>67</sup>, mit der „Rückkehr zum klassischen, produzierenden Staat“<sup>68</sup>, mit der Leitbild-Kontroverse „Leistungs- vs. Gewährleistungsstaat“<sup>69</sup>, mit der „Ökonomisierung des Staatsrechts“ und einer strukturellen „Änderung der Wirtschaftsverfassung“<sup>70</sup>, nicht zuletzt auch mit der Generierung eines neuen „Zielbegriffs des Kommunen bzw. Öffentlichen“, der „Produktions- und Aneignungs- sowie die damit verknüpften Herrschaftsverhältnisse [...], ihre erbrachten Gebrauchswerte [...], verschiedene Operationsweisen [...] und ihre Territorien oder Orte“ verbindet<sup>71</sup>. Solche Themen berühren nicht weniger als Grundfragen der Verfassung und des Staatsverständnisses.

67 Z. B. Schmidt (Fn. 9), DÖV 2014, S. 365; anders offenbar Röber (Fn. 9), Verwaltung & Management 2009, S. 233 f.

68 Budäus/Hilgers (Fn. 9), DÖV 2013, S. 703.

69 Knauff (Fn. 11), S. 52 f.

70 Dazu Leisner-Eggensperger (Fn. 9), NVwZ 2013, S. 1112 f.

71 Candeias/Rilling/Weise (Fn. 14), S. 566, 568 mit abschließendem Hinweis darauf, dass ein Eintreten für das Öffentliche bedeute, „Eigentums- und Sozialbeziehungen, Unternehmen, Güter, Räume oder Maßnahmen der Daseinsvorsorge, der Kommunikation, der öffentlichen Gewalt oder politischen Entscheidungen so zu gestalten, dass sie die

Schwerpunkte sind die Konzeption des Gemeinwesens, die Funktionen des Staates im Gemeinwesen, die Rolle der Öffentlichen Hand bei der Bereitstellung von Leistungen im allgemeinen Interesse, nicht zuletzt auch bürgerschaftliche Partizipation und damit die Demokratie.

## 2. Von „schwingenden Pendeln“ über komplementäre Gestaltungsprozesse zur Modernisierung des Gemeinwesens

Bei der Beschäftigung mit Publizierungsphänomenen ist oft von Pendelbewegungen, von einem „From public to private and return“<sup>72</sup> schwingenden Pendel die Rede.<sup>73</sup> Das Bild lebt von der Gegenüberstellung von Privat und Staat. Es weckt den Eindruck, dass in über die Jahre hinweg stets zu beobachtenden Stimmungswechseln nach einer langen Phase der Privatisierung derzeit „wieder“ eine generelle Neuorientierung hin zur „öffentlichen Wirtschaft“ auf der Tagesordnung steht.<sup>74</sup>

Indes sind solche abgeklärt wirkenden Deutungen viel zu unterkomplex, um die Wirklichkeit der Publizierungsphänomene angemessen zu erfassen. Das Beispiel Potsdam, um ein letztes Mal auf die brandenburgische Landeshauptstadt zurückzukommen, ist dafür besonders instruktiv. Die dortige Rekommunalisierung führte die Wasserversorgung und Abwasserentsorgung unter dem Dach der im 100-prozentigen Anteilseigentum der Landeshauptstadt Potsdam stehenden Stadtwerke Potsdam GmbH zusammen. Das Organigramm<sup>75</sup> dieser GmbH ist ausgesprochen interessant:

---

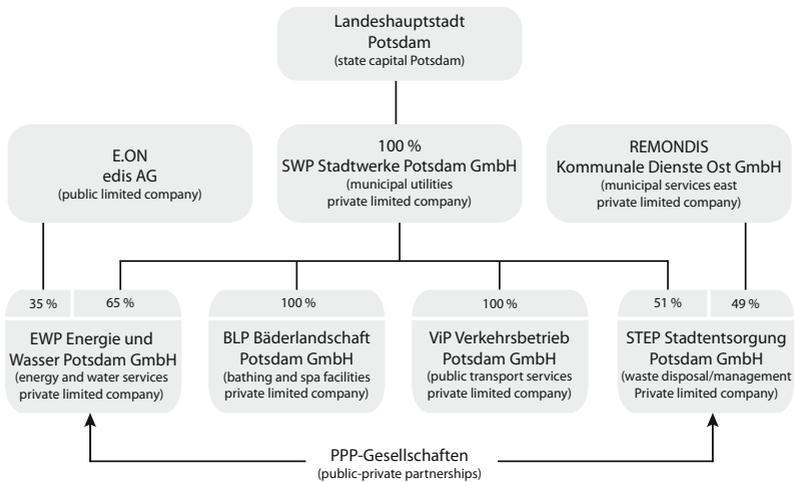
ungleiche Verteilung von Ressourcen in der Gesellschaft vermindern und die Verteilung politischer Güter (Teilhabe, Zugang) demokratisieren und verallgemeinern“.

72 Hellmut Wollmann, *From public to private and return? Discourse swings forth and back*, Congrès de l'AFSP-Strasbourg 2011, Section Thématique nr. 25 du Groupe de Travail "Science politique comparée des administrations" (SPCA), *Les administrations publiques en réforme(s) : une comparaison Allemagne-France*, 2011.

73 Z. B. Libbe/Hanke (Fn. 9), *der gemeindehaushalt* 2011, S. 108; Röber (Fn. 9), *Verwaltung & Management* 2009, S. 227; Knauff (Fn. 9), S. 51.

74 Vgl. zur kommunalen Ebene Budäus/Hilgers (Fn. 9), *DÖV* 2013, S. 702.

75 Organigramm in Anlehnung an Paffhausen (Fn. 17), S. 96.



Ausweislich des Organigramms hat die Rekommunalisierung nämlich nicht zu einer exklusiv öffentlichen oder gar öffentlich-rechtlichen Organisation der Leistungserbringung geführt. Vielmehr hat die in privater Rechtsform eingerichtete Stadtwerke Potsdam GmbH eine Beteiligungsstruktur, die ausschließlich auf privatrechtliche Organisationsformen setzt, neben anderem zwei Public Private Partnership-Firmen umfasst, insgesamt in mehrfacher Hinsicht eine hybride Organisationsform aufweist und ohne Kenntnis der Vorgeschichte bei unbefangener Betrachtung ebenso gut das Ergebnis einer Privatisierung sein könnte.<sup>76</sup>

Hier zeigt sich exemplarisch, dass Publizierungen nicht notwendig schlichte Rückabwicklungen früherer Privatisierungen sind, nicht notwendig zur Wiederherstellung des status quo ante führen. Vielmehr lassen sie Raum für neue Gestaltungen „hin zum Öffentlichen“. Solche Gestaltungen können beispielsweise eine größere kommunale Einflussnahme erlauben und deshalb stärker als bisher im Bereich des Öffentlichen angesiedelt sein, ohne jedoch deckungsgleich mit einem früheren Design zu sein. In der Gesamtbetrachtung sind der Publizierung außerdem auch Vorgänge zuzuordnen, bei denen sich etwa eine Kommune bei der Versorgung der Bevölkerung mit Strom,

<sup>76</sup> Vgl. dazu auch die Beobachtungen zur Energiewirtschaft bei *Klement* (Fn. 9), Die Verwaltung 2015, S. 61: „In vielen Fällen kommt es nicht zu vollständigen Übernahmen, sondern zu Öffentlich-Privaten Partnerschaften. Es ist ein gemeinsames Kennzeichen von Privatisierung und Kommunalisierung, dass der Unterschied zwischen dem klassischen Stadtwerk und dem überregionalen Unternehmen mit kommunaler Beteiligung verschwimmt. [...] Das Ineinandergeschobensein hoheitlicher und privater Handlungsrationalität ist gleichsam die Mitte, in der sich Privatisierung und Kommunalisierung im Ergebnis treffen.“

Gas und Wasser einer Aufgabe, die bislang stets von Privaten erledigt wurde, erstmals bemächtigt.<sup>77</sup> In Verlauf und Ergebnis kann sich eine „Neukommunalisierung“<sup>78</sup> über weite Strecken mit einer Rekommunalisierung decken.

Vor diesem Hintergrund geht es bei der Rückkehr des Öffentlichen nicht um einen Stimmungsumschwung von der früheren Privatisierungseuphorie hin zu einer (künftigen) Publizisierungseuphorie, auch nicht um eine Umstellung vom politischen Leitbild „Privat vor Staat“ auf das neue (alte) Leitbild „Staat vor Privat“ und schon gleich gar nicht um einen Richtungsstreit. Denn Publizisierung und Privatisierung stehen nicht in einem diametralen Gegensatz, sondern ergänzen sich wechselseitig als „komplementäre Gestaltungsprozesse“<sup>79</sup>, als komplementäre Strategien zur Modernisierung des Gemeinwesens.<sup>80</sup> Dies verlangt nach einer Verknüpfung der beiden Modernisierungsansätze, die auch publizisierungskritische Stellungnahmen<sup>81</sup> verarbeitet und – wie bereits an anderer Stelle eingehender dargelegt<sup>82</sup> – rechtsdogmatisch auf das Arbeitsfeld der Handlungs- und Organisationsformen verweist. Ziel ist die Aufbereitung des gesamten Formenarsenals, das für gemeinwohl-orientierte Leistungserbringung zur Verfügung steht.

Bei der geforderten Gesamtanalyse bietet die Fokussierung auf das „Gemeinwesen“ einen Rahmen, der ohne voreilige Verengung das ganze Spektrum verfügbarer Formen in den Blick nimmt und einen unvoreingenommenen, nüchtern sachlichen Zugriff fördert. Insbesondere

77 Vgl. *Brüning* (Fn. 9), *VerwArch* 2009, S. 454, mit konkreten Beispielen aus Konstellationen ablaufender Konzessionsverträge; instruktiv auch *Leisner-Eggensperger* (Fn. 9), *NVwZ* 2013, S. 1112.

78 *Leisner-Eggensperger* (Fn. 9), *NVwZ* 2013, S. 1112.

79 Treffend *Peter Collin*, *Privatisierung und Etablierung als komplementäre Gestaltungsprozesse*, *JZ* 2011, S. 274 ff.

80 Dazu allgemein *Guckelberger* (Fn. 9), *VerwArch* 2013, S. 187.

81 Vorbehalte gegenüber einer „Rekommunalisierungs-Euphorie“ finden sich beispielsweise bei Monopolkommission, *Sondergutachten 59, Energie 2011: Wettbewerb mit Licht und Schatten*, 2011, insb. S. 14f., 47ff., im Internet abrufbar unter [http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s59\\_volltext.pdf](http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s59_volltext.pdf) <22.02.2017>; ferner Deutsches Steuerzahlerinstitut, *Sonderinformation 2: Staat vor Privat – Risiken kommunaler Wirtschaftstätigkeit*, September 2014, im Internet abrufbar unter [http://www.steuerzahlerinstitut.de/files/20363/DSI-Sonderinf\\_2\\_fuer\\_Web.pdf](http://www.steuerzahlerinstitut.de/files/20363/DSI-Sonderinf_2_fuer_Web.pdf) <22.02.2017>; Bundeskartellamt, *Der Staat als Unternehmer – (Re-)Kommunalisierung im wettbewerblichen Kontext*, Arbeitspapier v. 02.10.2014, im Internet abrufbar unter [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions\\_Hintergrundpapier/Bundeskartellamt%20-%20Der%20Staat%20als%20Unternehmer.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Bundeskartellamt%20-%20Der%20Staat%20als%20Unternehmer.pdf?__blob=publicationFile&v=2) <22.02.2017>; zu Relativierungen des rechtstatsächlichen Befundes vgl. *Bauer* (Fn. 9), *DÖV* 2012, S. 334; *ders.* (Fn. 7), *JZ* 2014, S. 1023.

82 *Bauer* (Fn. 9), *DÖV* 2012, S. 336 ff.

vermeidet der Fokus „Gemeinwesen“ bereits im Ansatz das konventionelle ordnungspolitisch imprägnierte Denken in „einem bipolaren Modell der Arbeitsteilung zwischen Staat und Markt“<sup>83</sup>. Auf der Agenda steht vielmehr auch und gerade die Einbeziehung der in der Praxis äußerst bedeutsamen Hybrid-Formen.<sup>84</sup> Nichts anderes gilt für Organisationsformen, die zwar im Publizisierungstrend liegen, traditionell aber nicht oder wenig beachtet sind und wichtige Beiträge zur Modernisierung des Gemeinwesens leisten können. Dazu gehört namentlich die Erschließung gemeinwohlorientierter Aktivitäten von Institutionen des Dritten Sektors, von denen an dieser Stelle nur Wohlfahrtsverbände, Genossenschaften und andere Non-Profit-Einrichtungen sowie etwa bei Klerikalisierungen auch kirchliche Rechtsträger hervorzuheben sind.

### 3. Modernisierung des Gemeinwesens durch die Bereitstellung leistungsfähiger Handlungs- und Organisationsformen

Für eine solche Gesamtanalyse ist hier nicht der Ort. Stattdessen mögen zwei Schlaglichter genügen, die das komplexe Arbeitsprogramm der Bereitstellung leistungsfähiger Handlungs- und Organisationsformen verdeutlichen:

Das erste Schlaglicht richtet sich auf Öffentlich-Private Partnerschaften, die nach dem hier vorgestellten Konzept als Modernisierungsstrategie auch künftig erhalten bleiben. Die Ausgestaltung dieser Partnerschaften erfolgt über weite Strecken in Verträgen, die in der Vergangenheit häufig unklare Regelungen enthielten und zu Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vertragsparteien geführt haben. Das lässt vermuten, dass unausgewogene oder unklare Vertragsgestaltungen Auslöser für Schieflagen und auch das Scheitern der Kooperation sein können. So hat die Praxis komplexe Infrastruktur-Verträge hervorgebracht, die eine Laufzeit von 99 Jahren und einen Umfang von 1.500 bis 1.700 Seiten haben, in englischer Sprache abgefasst sind und amerikanisches Vertragsrecht in Verbindung mit einem US-Gerichtsstand vereinbaren. Bei solchen Verträgen spricht vieles dafür, dass sie die kommunalen

83 Kritisch zum „Verharren im bipolaren ordnungspolitischen Problemlösungsdenken“ *Budäus/Hilgers* (Fn. 9), DÖV 2013, S. 703; aus historischer Sicht instruktiv *Miloš Vec*, Staatliche Aufgaben und private Akteure in der Rechtsgeschichte, in: Fuchs u. a. (Hrsg.), Staatliche Aufgaben (Fn. 2), S. 1 ff., der das „Denken vom Staat her“ historisch entzaubert und Defizite der verbreiteten Dichotomien aufzeigt.

84 Auch dazu aus historischer Sicht aufschlussreich *Vec* (Fn. 83), insb. S. 34 ff., der eine Abkehr vom methodischen Etatismus fordert und den „Fokus auf Hybridisierungen“ (S. 37) legen will.

Entscheidungsträger nicht wirklich verstanden haben. Mögliche Folge sind Fehleinschätzungen, die auf längere Sicht die Kooperation scheitern lassen können.<sup>85</sup> Hier bedarf es der Bereitstellung eines Verwaltungskooperationsrechts, das die Akteure in die Lage versetzt, im vorgegebenen rechtlichen Rahmen ein passgenaues Vertragsdesign für die optimale Aufgabenerfüllung zu entwickeln.<sup>86</sup>

Das zweite Schlaglicht richtet sich auf die Organisation gemeinwohlorientierter Leistungserbringung im Dritten Sektor. Dort findet sich mit der Genossenschaft eine in der Verwaltungsrechtslehre weithin vernachlässigte Organisation, die sich auf der lokalen Ebene zunehmender Beliebtheit erfreut.<sup>87</sup> Viele Kommunen sehen in genossenschaftlichen Kooperationsformen nämlich eine Option, um unter den schwierigen Rahmenbedingungen der Finanznot, des demografischen Wandels und der Migration die kommunale Infrastruktur zu erhalten und ihren Bürgern bestmögliche Leistungen in herkömmlich der Daseinsvorsorge zugeordneten Segmenten anbieten zu können. In diesem Kontext entwickelt sich die Genossenschaft zu einer wichtigen Modernisierungsstrategie, in der sie funktional sogar zum eigenständigen Infrastrukturträger neben der Kommune heranwachsen kann. In den Fokus kommunaler Auswahlentscheidungen rückt die Genossenschaft aber auch deshalb, weil sich mit ihr bereits vorhandene Potenziale, bürgerschaftliches Engagement und Partizipationsmöglichkeiten erschließen und bündeln lassen.

Zur Erschließung dieser Potenziale hat die Praxis inzwischen viele genossenschaftliche Innovationen hervorgebracht – so etwa

- Energiegenossenschaften,
- Wassergenossenschaften,
- Stadtmarketinggenossenschaften,
- das genossenschaftlich betriebene digitale Rathaus,

---

85 *Bauer* (Fn. 18), *European Public Law* 2015, S. 736f.

86 Näheres dazu und zu einschlägigen Rechtsetzungsvorschlägen bei *Hartmut Bauer*, *Verwaltungsverträge*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem u. a. (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 2. Aufl. 2012, § 36 Rn. 121 ff. m. w. N.

87 Vgl. dazu und zum Folgenden *Hartmut Bauer / Friedrich Markmann*, *Lokale Leistungserbringung im kommunalen Interesse zwischen Privatisierung und Publizisierung: Renaissance der Genossenschaft?*, in: Lothar Knopp / Heinrich Amadeus Wolff (Hrsg.), *Festschrift für Franz-Joseph Peine*, 2016, S. 375 ff.; *Hartmut Bauer / Friedrich Markmann*, *Genossenschaften im Aufwind*, in: *Hartmut Bauer / Christiane Büchner / Friedrich Markmann* (Hrsg.), *Kommunen, Bürger und Wirtschaft im solidarischen Miteinander von Genossenschaften*, 2014, S. 11 ff. m. w. N.; *Bauer* (Fn. 9), *JZ* 2014, S. 1024f.

- interkommunale Beschaffungsgenossenschaften,
- genossenschaftliche Krankenhäuser,
- genossenschaftliche Mehrgenerationenhäuser,
- Nahverkehrsgenossenschaften,
- genossenschaftliche Kinos und
- Wohnungsgenossenschaften.

Die genossenschaftliche Leistungserbringung ist nicht auf diese Bereiche beschränkt. Vielmehr entfalten Genossenschaften auch Aktivitäten bei der Erbringung von Leistungen, die nicht, nicht mehr oder nicht durchgängig diesen Segmenten zuzuordnen sind, an deren Bereitstellung die Kommune aber wegen des intensiven Bezugs zur örtlichen Gemeinschaft und den Einwohnern ein enormes Interesse hat. Als Beispiel für die Bereitstellung solcher Leistungen im kommunalen und lokalen Interesse sei an dieser Stelle nur auf die Grundversorgung der Gemeindeeinwohner mit Lebensmitteln durch Dorfladengenossenschaften verwiesen. Die Dorfladengenossenschaften haben in den letzten Jahren einen regelrechten Gründungsboom erlebt. Zwischen 2015 und dem ersten Halbjahr 2016 wurden nicht weniger als 77 Dorfladengenossenschaften neu gegründet, um eine stabile Nahversorgung weiterhin aufrechtzuerhalten.<sup>88</sup>

Die Genossenschaften sollten deshalb viel „stärker als bisher in die öffentliche Diskussion über Modelle zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die zukünftige Gestaltung von Dörfern, Städten und Regionen eingebracht werden“<sup>89</sup>. Das leitet zwanglos über zu der Aufforderung, die kommunalen Optionen zur Förderung der Genossenschaftsidee bis hin zu modernen Varianten gemeinwohlorientierter Public Citizen Partnerships (PCP)<sup>90</sup> intensiver als bisher in Modernisierungsstrategien einzubeziehen und das „Zukunftsmodell Genossenschaft“<sup>91</sup> praxisgerecht aufzubereiten.

88 Michael Stappel, Auswertung des Genossenschaftsregisters 2005–2016 (1. Halbjahr), Quelle unveröffentlicht.

89 Andreas Eisen, Kooperation und Genossenschaft als Modell der kommunalen (Selbst-)Steuerung, in: Wolfgang George/Martin Bonow (Hrsg.), Regionales Zukunftsmanagement Bd. IV, Kommunale Kooperation, 2010, S. 135; vgl. auch Markus Krajewski, Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, 2011, S. 336 m. w. N.

90 Andrea Karner/Dietmar Rößl/Daniela Weismeier-Sammer, Genossenschaftliche Erfüllung kommunaler Aufgaben in PCP-Modellen: Typen und Determinanten einer erfolgreichen Entwicklung, in: Hans-H. Münkner/Günther Ringle (Hrsg.), Neue Genossenschaften und innovative Aktionsfelder: Grundlagen und Fallstudien, 2010, S. 85 ff.

91 Andreas Eisen, Einleitung in: DStGB Dokumentation Nr. 40, Genossenschaften – Miteinander von Bürgern, örtlicher Wirtschaft und Kommunen, 2004, S. 2.

Solche und ähnliche Forderungen, die bewährten Vorzüge genossenschaftlicher Organisation, die auf den zeitlosen Grundprinzipien von Solidarität, demokratischer Selbstverwaltung und Selbstverantwortung beruhen, und die Erfolge genossenschaftlicher Aktivitäten haben nicht nur die UNESCO unlängst veranlasst, die Genossenschaftsidee zum immateriellen Weltkulturerbe zu erklären<sup>92</sup>, sondern auch in politischen Arenen die Leistungsfähigkeit der Genossenschaft bei der Bereitstellung lokaler Infrastrukturen zunehmend (wieder) bewusst gemacht. Nur exemplarisch ist an dieser Stelle erneut auf die Ende 2016 abgeschlossene Berliner Koalitionsvereinbarung zu verweisen. Die Vereinbarung sieht nämlich ausdrücklich vor, dass namentlich die Wohnungsbaugenossenschaften sowie die Neugründung von Genossenschaften unterstützt werden sollen.<sup>93</sup> Vor allem im Wohnungsbau sieht die Koalition vor dem Hintergrund eines in vielen deutschen Großstädten extrem angespannten Wohnungsmarkts, der überwiegend durch Private beherrscht wird, in den Genossenschaften „wichtige Partner für eine soziale Wohnungspolitik, weil sie mit ihren rund 190.000 Wohnungen [in und für Berlin] dauerhaft mietpreisbremsend und sozial stabilisierend wirken“<sup>94</sup>.

#### IV. Die Rückkehr des Öffentlichen: Weichenstellung für einen Dritten Weg

In der zusammenfassenden Würdigung ist die Rückkehr des Öffentlichen nicht mehr nur Vision, sondern zumindest partiell längst aktueller Befund. Sie fordert von Wissenschaft und Politik eine Perspektivenerweiterung auf die ebenenübergreifende Publizisierung des Gemeinwezens. Dabei wäre es allerdings verfehlt, in einer überzogenen Gegenreaktion unkritische Privatisierungseuphorien durch eine ähnlich undifferenzierte Publizierungseuphorie zu ersetzen. Derart scheuklappenartige Fokussierungen haben bei Privatisierungen in der Vergangenheit immer wieder zu gravierenden Fehlentwicklungen geführt. Die Offenlegung von kostenträchtigen Irrwegen der Privatisierung ist daher schon jetzt ein wichtiger Ertrag der Publizierungsdebatten.

92 Vgl. dazu etwa Deutscher Genossenschafts- und Raiffeisenverband, Genossenschaftsidee ist Immaterielles Weltkulturerbe der Menschheit, Mitteilung v. 30.11.2016, im Internet abrufbar unter <http://genossenschaften.de/genossenschaftsidee-ist-immaterielles-kulturerbe-der-menschheit> <22.02.2017>.

93 Koalitionsvereinbarung (Fn. 37), S. 9, 21, 24, 28, 29, 34, 56, 63, 65, 121, 123.

94 Koalitionsvereinbarung (Fn. 37), S. 29.

Deshalb war und ist es auch überfällig, gegenüber allzu neoliberalen Strömungen die notwendige Publizisierung des Gemeinwesens stärker zu akzentuieren. Doch sind darum noch lange nicht alle Privatisierungen „Teufelszeug“. Vielmehr müssen Privatisierungen auch künftig eine Entscheidungsoption bleiben, wenn sie unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte den „besseren“ Ansatz für Problemlösungen bieten. Daher sollte die Rückkehr des Öffentlichen dazu beitragen, Publizisierung *und* Privatisierung als komplementäre Strategien zur Modernisierung des Gemeinwesens anzuerkennen und jenseits einer unterkomplexen bipolaren Weltsicht namentlich auch den Dritten Sektor mit seinen zahlreichen Non-Profit-Organisationen von Anbeginn einzubeziehen. Im Vordergrund steht dann neben den angedeuteten Grundfragen die dogmenfreie Bereitstellung von Handlungs- und Organisationsformen, die es den Akteuren ermöglicht, passgenaue Gestaltungen für die Aufgabenerfüllung zu entwickeln.

Allerdings hat die Rückkehr des Öffentlichen erkennbar Schwierigkeiten, sich auf allen Handlungsfeldern die gebotene Beachtung zu verschaffen. Jahrzehntelange Privatisierungstraditionen haben offenbar Pfadabhängigkeiten geschaffen, die Richtungsänderungen erschweren und behindern. Beispiele finden sich in Deutschland im vorschnellen Ausschluss erfolgsversprechender Alternativen bei von den Rechnungshöfen kritisierten Public Private Partnerships und – zumal vor dem Hintergrund der Erfahrungen in Ostdeutschland – in der viel zu einseitigen Privatisierungspolitik. Indes deuten die zunehmenden Publizisierungsvorgänge darauf hin, dass die Entwicklung auf dem Privatisierungspfad auf einen Kreuzungspunkt zusteuert, an dem prinzipielle Kurskorrekturen und Richtungsänderungen bekanntlich leichter möglich sind. Dafür bietet sich ein jenseits der konfrontativen Gegenüberstellung von Staat und Privat ansetzender Dritter Weg an, der jenseits von Publizisierung und Privatisierung zur Verwirklichung des Gemeinwohls vorurteilsfrei die gesamte Palette verfügbarer Organisations- und Handlungsformen aufbereitet und bereithält.

Der Autor *Prof. Dr. Hartmut Bauer* ist Inhaber des Lehrstuhls für Europäisches und Deutsches Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Sozialrecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht an der Universität Potsdam und Vorstandsmitglied des KWI.



# „Republizisierung“ der Erfüllung öffentlicher Aufgaben

Am Beispiel von Bau und Betrieb gebührenpflichtiger Autobahnen und Schnellstraßen im polnischen Rechtssystem

Marek Szewczyk

## I. Einführung

Entgegen einer verbreiteten Auffassung waren Autobahnen weder eine Idee von Adolf Hitler, noch des Nationalsozialismus. Der erste, gut acht Kilometer lange Straßenabschnitt, der die Voraussetzungen für eine ausschließlich dem Autoverkehr gewidmete und so gekennzeichnete, kreuzungsfreie Straße mit mindestens zwei abgetrennten Fahrbahnen erfüllte, entstand zwar in Deutschland, genauer: in Berlin. Er wurde jedoch bereits zwischen 1913 und 1921 gebaut, also mehrere Jahre vor der sog. „Machtübernahme“ durch die Nazis. Dabei handelt es sich um einen bis heute bestehenden Abschnitt des innerdeutschen Autobahnnetzes, der die Ortsteile Berlin-Zentrum und Berlin-Wannsee verbindet, nämlich um die „AVUS“, die als Akronym für „Automobil-Verkehrs- und Übungsstraße“ steht.<sup>1</sup>

Das Bauprojekt „AVUS“ war für den Mailänder Bauingenieur *Piero Puricelli* ein Anstoß dafür, die sog. „Autobahn der Seen“ (*Autostrada dei Laghi*) zu entwerfen, die heutzutage mit einer Gesamtlänge von 77 km als Autobahn (A8 und A9) durch Norditalien führt.<sup>2</sup> Ihr erster Abschnitt, dessen Länge 20 km beträgt und Mailand mit Varese an der italienisch-schweizerischen Grenze verbunden hat, wurde bereits 1921 in Betrieb genommen. Darin sehen viele die erste fertiggestellte Autobahn der Welt.<sup>3</sup> Die gesamte „Autobahn der Seen“ ist außerordentlich schnell gebaut worden. Der Bau wurde 1924 abgeschlossen, und – was wichtig ist – die *Autostrada* steht den Autofahrern bis heute zur Verfügung. Ihr

1 Abrufbar unter: <https://de.wikipedia.org/wiki/AVUS> <19.09.2017>.

2 Vgl. „Die Autobahn der Seen – die erste Autobahn auf der Welt“, „Rynek infrastruktury“ v. 28.08.2016, abrufbar unter: <http://www.rynekinfrastruktury.pl/wiadomosci/autostrada-jezior-pierwsza-autostrada-na-swiecie-35052.html> <02.06.2017>.

3 Abrufbar unter: [https://pl.wikipedia.org/wiki/Autostrady\\_we\\_Wloszech](https://pl.wikipedia.org/wiki/Autostrady_we_Wloszech) <02.06.2017>.

Bau wurde nach dem Modell der öffentlichen Arbeiten durchgeführt<sup>4</sup>; sie wurde also im Grunde vom italienischen Staat gebaut.

Pioniere des Autobahnbaus waren auch die Deutschen. Sie starteten noch Ende der 20er Jahre des letzten Jahrhunderts mit der Erarbeitung eines Plans für ein ganzes Autobahnnetz. Der Bau der ersten dieser Autobahnen, die Hamburg mit Basel verbinden sollte, begann 1927.<sup>5</sup> Gleichwohl wurden die Pläne zum Bau des Autobahnnetzes und ihre Realisierung über weite Strecken erst nach 1933 in Angriff genommen. Damals erstellte man unter dem Namen „Reichsautobahn“ mit dem Akronym „RAB“ ein Programm, das Teil des von Adolf Hitler verkündeten Vier-Jahres-Plans war.<sup>6</sup>

## II. Erste Autobahnen in Polen

Die ersten Autobahnen auf dem Gebiet der heutigen Republik Polen waren keine besonders langen Autobahnabschnitte, die zur Zeit des Nationalsozialismus im Rahmen des Programms „Reichsautobahn“ gebaut worden sind. Sie bestanden aus zwei Abschnitten:

Der erste Abschnitt, der mit dem heutigen Verlauf der Autobahn A4 (anfangs: „Schlesische Autobahn“<sup>7</sup>) zusammenfällt, war ursprünglich von Berlin bis nach Zabrze geplant. Seine Länge betrug 270 km; bis zum Ende des 2. Weltkriegs wurde er jedoch nur teilweise gebaut. Lediglich der Abschnitt zwischen Legnica und Wrocław<sup>8</sup>, der auch den heute als A18 bezeichneteten, völlig zerstörten Teilabschnitt umfasste, wurde im Ganzen gebaut. Sein Verlauf ist auf der nebenstehenden Landkarte dargestellt, die einer Bearbeitung über Straßen in Polen unter dem Titel „Polskie drogi“ entnommen ist.<sup>9</sup>



4 Abrufbar unter: [<02.06.2017>](https://pl.wikipedia.org/wiki/Autostrada_A8_(W%C5%82ochy)).

5 Vgl. „Die älteste Autobahn in Europa“, veröffentlicht am 10.02.2016, abrufbar unter: [<02.06.2017>](http://www.wiatrak.nl/16206/najstarsza-autostrada-w-europie).

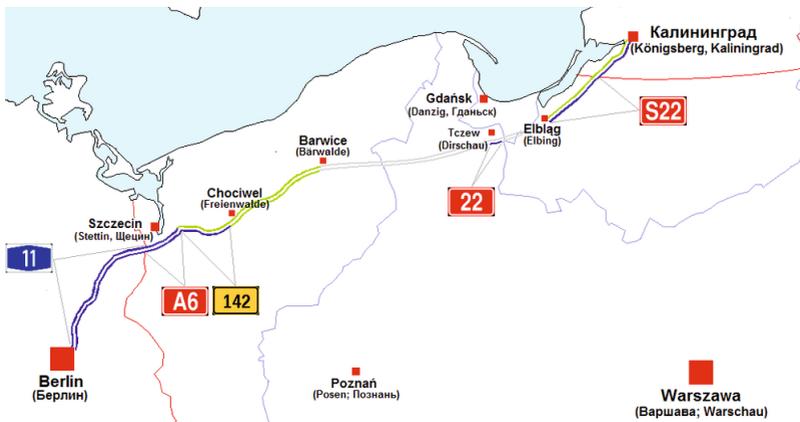
6 „Reichsautobahn“, abrufbar unter: [<02.06.2017>](https://pl.wikipedia.org/wiki/Reichsautobahn).

7 Vgl. den Bericht „Polskie drogi“ über Straßen in Polen, abrufbar unter: [<02.06.2017>](http://fakty.interia.pl/raporty/raport-polskiedrogi/informacje).

8 Vgl. Artikel „1000 km „Autostrady Rzeszy““, in: „Leignitzer Tagesblatt“ v. 26.09.1926, abrufbar unter: [<02.06.2017>](http://www.liegnitz.pl/?OBJ/398).

9 Abrufbar unter: [<24.05.2017>](http://fakty.interia.pl/raporty/raport-polskiedrogi/informacje).

Der zweite Abschnitt ist ein Teilstück der Autobahn, die Berlin mit Königsberg verbinden sollte und bis zum Ende des 2. Weltkriegs nur teilweise gebaut worden war, nämlich von Berlin bis nach Stettin (Szczecin) und von Elbling (Elblag) nach Königsberg (Kaliningrad).<sup>10</sup> Ihr Verlauf und der Stand der laufenden Arbeiten auf den jeweiligen Abschnitten sind auf der nachstehenden Landkarte veranschaulicht, die aus dem gleichen Bericht stammt.<sup>11</sup>



Bei beiden Abschnitten handelt es sich um staatliche Investitionen mit einer Finanzierung durch öffentliche Gelder. Ein Großteil der Gelder, die für den Autobahnbau im Rahmen des Programms „Reichsautobahn“ verwendet worden sind, stammte aus Sozialversicherungsbeiträgen.<sup>12</sup>

### III. Der Bau von Autobahnen zur Zeit der Volksrepublik Polen

Nach dem 2. Weltkrieg hat die Regierung der Volksrepublik Polen drei Jahrzehnte lang keine Maßnahmen zum Bau von Autobahnen ergriffen. Wegen der „sozialistischen“ Wirtschaft verfolgte sie andere Ziele, denen auch andere Prioritäten als Befriedigung des Versorgungsbedarfs der damaligen Gesellschaft vorschwebten. Nach Beendigung der Kriegshandlungen konzentrierte man sich auf den Wiederaufbau der im Krieg zerstörten Straßen und Brücken. Doch haben die damaligen polnischen

<sup>10</sup> Vgl. Fn. 7.

<sup>11</sup> Vgl. Fn. 7.

<sup>12</sup> Vgl. Edward Karolczuk, *Autostrady Hitlera*, in: *Tygodnik Przegląd*, abrufbar unter: <https://www.tygodnikprzeglad.pl/autostrady-hitlera/> <26.09.17>.

Regierungsbehörden nach 1956 immerhin Studien zur Modernisierung des Straßensystems in Polen eingeleitet.

Die Situation änderte sich nach 1970, als in der Polnischen Vereinigten Arbeitspartei (poln. PZPR) sowie in der Volksrepublik Polen selbst die Befürworter einer Annäherung Polens an den Westen und den westlichen Lebensstil an die Macht kamen. Damit verband sich in der polnischen Bevölkerung schon damals der Wunsch nach einem eigenen Auto und der damit verbundenen Möglichkeit des selbstständigen Reisens. Eine in diese Richtung weisende Programmatik war bereits im Nationalsozialismus in einer sozialen, vom Staat zu erledigenden Aufgabe angelegt. Damals hatte die deutsche Regierung eine Idee des Ingenieurs *Ferdinand Porsche* aufgegriffen und mit der Herstellung eines Autos für das Volk begonnen – eines Volkswagens, der mit einem Preis von 1000 Reichsmark für möglichst viele deutsche Familien erschwinglich sein sollte. Auch wurde seinerzeit erstmals in der Geschichte ein Regierungsplan zum Bau der Autobahnen erstellt<sup>13</sup>, der Adolf Hitler selbst zugeschrieben wurde. Angeblich soll er 1924 auf die Idee gekommen sein, als er eine gegen ihn verhängte Freiheitsstrafe im Gefängnis in Landsberg verbüßte.<sup>14</sup>

Fast könnte man den Eindruck gewinnen, dass sich die Geschichte im Polen der 70er Jahre des letzten Jahrhunderts wiederholt hat, weil die damalige Regierung beschlossen hat, die eben vorgestellte Idee aufzugreifen und in der Volksrepublik Polen umzusetzen. Zur Verwirklichung dieser Idee intensivierte man die Kooperation mit dem Autokonzern FIAT, die zur Herstellung eines „Volksautos“, nämlich des FIAT 126p (Polski-Fiat) führte.

Ungefähr zur selben Zeit wurde 1972 in dem damaligen Verkehrsministerium eine Verwaltung der Autobahnen ins Leben gerufen, die einen Plan für den Bau moderner Straßennetze erstellte. Planungsschwerpunkte waren damals folgende Abschnitte:

- Warszawa – Katowice, fertiggestellt bereits im Jahr 1973;
- Bielsko-Biała – Cieszyn;
- Warszawa – Poznań – als Autobahn A2, deren Abschnitt von Września nach Sługocin 1985 fertiggestellt wurde;
- die östliche Umfahrung des Oberschlesischen Industriegebiets;
- Kraków – Katowice, als Abschnitt der Autobahn A4 und
- Łódź – Piotrków Trybunalski, als Abschnitt der Autobahn A1.<sup>15</sup>

13 Vgl. *Richard Grunberger*, *Historia społeczna Trzeciej Rzeszy*, 1987.

14 Vgl. *Eckhard Gruber/Erhard Schütz*, *Mythos Reichsautoban. Bau und Inszenierung der „Straßen des Führers“*, 1996, S. 36 f.

15 Vgl. Fn. 7.

Es ist nur teilweise gelungen, diese Pläne zu realisieren. Von den Autobahnen sind nur drei kürzere Abschnitte entstanden, die auf der nebenstehenden, dem Bericht „Polskie drogi“ entnommen<sup>16</sup> Landkarte dargestellt sind:



#### IV. Erste Dekade nach der Wende

Im Zuge der Transformation des politischen Systems nach dem welt-politischen Umbruch 1989 bis 1991 hat Polen einen allgemeinen Plan zur Errichtung eines „transeuropäischen Verkehrsnetzes“ angenommen.<sup>17</sup> Der Plan stützt sich auf vier Korridore, die Westeuropa mit dem östlichen Teil des Kontinents verbinden sollen. Das erste diesen Plan berücksichtigende Programm des Autobahnbaus wurde 1993 verabschiedet. Danach sollten folgende Autobahnen entstehen:

- Autobahn A1 von Gdańsk über Łódź in Richtung Tschechien;
- Autobahn A2 von Świecko über Poznań, Warszawa nach Terespol;
- Autobahn A3 von Szczecin über Zielona Góra nach Lubawka;
- Autobahn A4 von Zgorzelec über Wrocław und Kraków in Richtung Ukraine;
- Autobahn A8 von Łódź über Wrocław nach Bolkowo und
- Autobahn A12 vom Grenzübergang in Olszyna nach Krzyżowa, also bis zur Verbindung mit der Autobahn A4.

Die Umsetzung dieser – für die polnischen Verhältnisse äußerst ehrgeizigen – Pläne, hat die damaligen Möglichkeiten Polens überstiegen. Das hat mehrere Gründe, von denen hier nur einige kurz anzusprechen sind. So hat die intensiv vorangetriebene Privatisierung des Teils der Wirtschaft, der bis dahin staatliches Eigentum war, eine enorme Arbeitslosigkeit mit sich gebracht. Dazu kamen eine Hyperinflation und ein signifikanter, einschneidender Rückgang des Bruttoinlands-

<sup>16</sup> Vgl. Fn. 7.

<sup>17</sup> Vgl. Fn. 7.

produkts.<sup>18</sup> Unter diesen Umständen musste man feststellen, dass die Staatskasse über keine ausreichenden Finanzmittel für die Umsetzung des Programms des transeuropäischen Verkehrsnetzes allein durch den Staat verfügte. Das führte zu der etwas naiven Annahme, dass die Privatwirtschaft binnen weniger Jahre selbst die in dem erwähnten Verkehrsnetzprogramm vorgesehenen Autobahnen bauen werde.<sup>19</sup>

Am 27. Oktober 1994 verabschiedete der polnische Sejm das Gesetz über gebührenpflichtige Autobahnen. Die ursprüngliche Fassung dieses Regelwerks wurde im Gesetzblatt Nr. 127, Pos. 627 veröffentlicht und trat am 2. Januar 1995 in Kraft. Aufgrund des Gesetzes wurde eine staatliche Agentur für den Bau und Betrieb der Autobahnen (im Folgenden abgekürzt als „Agentur“) gegründet, die grundsätzlich eine Stiftung des öffentlichen Rechts darstellte. Die der Agentur vom Gesetzgeber zugeschriebene Rolle beschränkte sich auf den staatlichen Erwerb von Grundstücken, auf denen Autobahnen gebaut werden sollten (Art. 26). Diese Grundstücke wurden von Gesetzes wegen am Tag des staatlichen Eigentumserwerbs zum Gegenstand des Nutzungsrechts, das der Agentur zustand (Art. 34 Abs. 1). Außerdem hatte die Agentur die Aufgabe, den Bau und Betrieb der Autobahnen vorzubereiten und zu koordinieren (Art. 7 Abs. 1). Der Bau und die Finanzierung des Autobahnbaus selbst sollte Aufgabe privater Akteure sein, die – vor derartigen Investitionen – zunächst eine Konzession beim Minister für Transport und Seewirtschaft im Wege einer Verwaltungsentscheidung erlangen mussten.<sup>20</sup> Eine Konzession für den Bau und den Betrieb oder ausschließlich für den Betrieb der Autobahnen<sup>21</sup> konnte jedoch nur derjenige erhalten, der im Wege eines zweistufigen Ausschreibungsverfahrens ausgewählt wurde (Art. 41). An den Ausschreibungen konnten nur Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung teilnehmen, die ihren Sitz in Polen hatten und deren Grund- bzw. Eigenkapital nicht unter 100 Mio. ECU lag.<sup>22</sup> Als die wichtigste Pflicht des Konzessionärs wurde die in Art. 57 Pkt. 1 des Gesetzes über die gebührenpflichtigen

18 Diariusz Sejmowy (Tagebuch des Sejms) Nr. 68 von 2000.

19 Fn. 18.

20 Art. 40 des Gesetzes über gebührenpflichtige Autobahnen besagte, dass „der Bau und Betrieb einer Autobahn einer Konzession bedarf“.

21 Zwei von drei in den 1970er und 1980er Jahren gebauten Autobahnen: A2 zwischen Września und Konin (ca. 50 km lang) und A4 zwischen Kraków und Katowice (ca. 65 km lang) wurden den privaten Unternehmen – als Konzessionären – gemäß Art. 63 ausschließlich zwecks ihrer Anpassung an die Voraussetzungen für gebührenpflichtige Autobahnen und den Betrieb überlassen.

22 European Currency Unit – Rechnungseinheit im Europäischen Währungssystem, benutzt in den Jahren 1979–1998.

Autobahnen geregelte „Beschaffung der Finanzmittel für den Bau und Betrieb der Autobahn“ bezeichnet. Im Wege der Verordnung des Ministerrats vom 14. April 1995 bezüglich der gebührenpflichtigen Autobahnen wurde ein Regierungsprogramm für den Autobahnbau beschlossen. In dem Plan wurden vier Autobahnen genannt: A1 von Gdańsk über Toruń, Łódź, Czestochowa und Katowice bis zur Staatsgrenze, A2 von der Staatsgrenze über Świecko, Poznań, Warszawa und Terespol bis zur Staatsgrenze, A3 von Szczecin über Zielona Góra, Legnica Bolków und Lubawka bis zur Staatsgrenze, sowie A4 von Zgorzelec und Olszyna, über Krzyżowa, Wrocław, Opole, Gliwice, Katowice, Kraków, Tarnów und Rzeszów bis zur Staatsgrenze.

Nach diesem kurzen Überblick über die in der ursprünglichen Fassung des Gesetzes vom 27. Oktober 1994 enthaltenen Regelungen über die gebührenpflichtigen Autobahnen lässt sich festhalten, dass die damalig in Polen herrschenden politischen Kräfte im Bereich des Autobahnbaus, auf Privatisierung, genauer: auf Public Private Partnerships bzw. Öffentlich-Private Partnerschaften gesetzt haben. Die öffentliche Hand sollte die Grundstücke für den Bau der Autobahnen sichern und die Trassenführung festlegen. Die private Hand sollte dagegen die Finanzierung des Autobahnbaus selbst sichern, die auf den in staatlichem Eigentum stehenden Grundstücken errichteten Autobahnen, über den im Konzessionsbescheid festgelegten Zeitraum betreiben und anschließend, also nach Ablauf der Konzession, die Autobahn der Agentur „übergeben“. Die damalige gesetzliche Ausgestaltung der Verfahrensweise bei dem Bau und Betrieb von Autobahnen in Polen orientierte sich an einem Modell, das unter dem Namen „BOT“ bekannt war.<sup>23</sup> Nach der ursprünglichen Fassung des Gesetzes über die gebührenpflichtigen Autobahnen sollten die privaten Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung als Gegenleistung für ihr finanzielles und organisatorisches Engagement beim Bau der Autobahnen Einnahmen aus den von den Nutzern entrichteten Gebühren beziehen.

Unter den negativen Kommentaren zu diesem Konzept des Baus und Betriebs von Autobahnen findet sich auch der Vorwurf, die damals in Polen herrschenden politischen Kräfte und Regierenden hätten geglaubt, die Autobahnen würden sich selbst bauen. Und in der Tat war die Umsetzung des Gesetzes in der Praxis alles andere als zufriedenstellend. Insgesamt wurden drei Konzessionen erteilt und drei Konzessionsverträge für eine Laufzeit von 30 Jahren abgeschlossen: 1997 für das Teilstück der Autobahn A4 Kraków – Katowice, in demselben Jahr für den Bau und

23 Build – Operate – Transfer: Eine Form der Finanzierung der Projekte, die als Öffentlich-Private Partnerschaften realisiert werden.

Betrieb des Teilstücks der Autobahn A2 Konin – Nowy Tomyśl, 2007 für den Abschnitt Nowy Tomyśl – Świecko mit einer Gesamtlänge von 255 km sowie 2004 für den Bau und Betrieb des Teilstücks der Autobahn A1 Gdańsk – Toruń mit einer Länge von 160 km. Die Realisierung der Bauarbeiten ist jedoch auf zahlreiche, vor allem finanzielle Hindernisse gestoßen. Zwei der drei Konzessionsgesellschaften, die Konzessionen für den Bau neuer Autobahnabschnitte erworben haben – Gdańsk Transport Company SA für die A1 und Autostrada Wielkopolska SA für die A2 – konnten bei der Europäischen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung die für den Bau der Autobahnen benötigten Kredite ohne Garantie der polnischen Regierung nicht erhalten. Die Regierung wollte jedoch eine solche Garantie nicht geben und die Gesellschaften selbst verfügten nicht über das Kapital, das für die Realisierung der sich aus den erteilten Konzessionen ergebenden Pflichten ausgereicht hätte. Im praktischen Ergebnis entstand bis zum Jahr 2000 – trotz der seit dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 27. Oktober 1994 über gebührenpflichtige Autobahnen verstrichenen mehr als fünf Jahre – kein einziger Kilometer neuer Autobahnen oder Schnellstraßen.<sup>24</sup>

## V. Erste Modifizierung des Systems

Dieser Befund gab den Anstoß für eine (erste) tiefgreifende Gesetzes-Novellierung. Sie erfolgte durch das Gesetz zur Änderung des Gesetzes über gebührenpflichtige Autobahnen und zur Änderung anderer Gesetze vom 8. September 2000<sup>25</sup>, das am 17. November 2000 in Kraft getreten ist. Wichtigste Eckpunkte der Modifizierung des bisherigen Modells waren die in Art. 39 geregelte Schaffung des Nationalen Autobahnenfonds und die in Art. 38 enthaltenen Regelungen über die Bereitstellung und Erschließung von Geldmitteln für den Fonds. Danach sollte die Grundfinanzierung des Fonds aus staatlichen Haushaltsmitteln erfolgen (Art. 39a Abs. 1 Pkt. 1 des Gesetzes vom 8. September 2000). Der Fonds sollte die ihm übergebenen oder von ihm eventuell erworbenen Geldmittel den Konzessionären in Form von Darlehen, Zuschüssen, Zahlungen oder von ihm übernommenen Fixkosten auskehren, falls die Mautgebühren das Einkommen des Fonds darstellen würden (Art. 39d Abs. 1 Pkt. 1 des Gesetzes vom 8. September 2000).

24 Vgl. „Historia budowy autostrady A1“, abrufbar unter: [https://pl.wikipedia.org/wiki/Autostrada\\_A1\\_\(Polska\)#Historia\\_budowy](https://pl.wikipedia.org/wiki/Autostrada_A1_(Polska)#Historia_budowy) und „Historia budowy autostrady A2“, abrufbar unter: [https://pl.wikipedia.org/wiki/Autostrada\\_A2\\_\(Polska\)#Historia\\_budowy](https://pl.wikipedia.org/wiki/Autostrada_A2_(Polska)#Historia_budowy) <25.09.2017>.

25 GBl. Nr. 86, Pos. 958.

## VI. Zweite Modifizierung des Systems

Trotz der Misserfolge bei der Einführung des bisherigen Modells, hat man sich im Jahr 2004 entschieden, es noch weiter zu liberalisieren, indem das Erfordernis abgeschafft wurde, eine Konzession für den Bau und Betrieb der Autobahnen erlangen zu müssen. Dies erfolgte aufgrund Art. 14 Pkt. 12 des Gesetzes vom 2. Juli 2004 der Einführungsvorschriften zum Gesetz über die Gewerbefreiheit. Durch diese Vorschrift wurde Art. 40 des Gesetzes über gebührenpflichtige Autobahnen so geändert, dass das Konzessionserfordernis für den Bau und Betrieb der gebührenpflichtigen Autobahnen entfällt. Danach hat der Gesetzgeber den Abschluss eines Vertrages über den Bau und Betrieb der Autobahn für ausreichend erklärt. Die Vorschrift erhielt damals folgende Fassung: „Der Bau und Betrieb einer Autobahn bzw. ausschließlich ihr Betrieb bedarf des Abschlusses eines Vertrags über den Bau und Betrieb bzw. ausschließlich den Betrieb einer Autobahn“. Unter diesen Voraussetzungen konnte jede Handelsgesellschaft, mit der ein Vertrag über den Bau und Betrieb bzw. ausschließlich den Betrieb einer Autobahn abgeschlossen wurde, zum Erbauer bzw. Betreiber einer Autobahn werden. Allerdings sollte der Weg zum Abschluss eines solchen Vertrags durch ein dreistufiges Ausschreibungsverfahren führen, das nicht mehr von der (nunmehr abgeschafften) Agentur, sondern von dem Generaldirektor der Landesstraßen und Autobahnen, also von einem Organ der unmittelbaren Verwaltung durchgeführt werden sollte.<sup>26</sup>

Praktische Konsequenzen hatte diese zweite Modifikation des Modells des Autobahnbaus allerdings nicht. Auf der Grundlage der neuen Vorschriften ist nämlich kein einziger Vertrag über den Bau und Betrieb oder zumindest ausschließlich den Betrieb einer Autobahn abgeschlossen worden. Es verwundert daher nicht, dass die polnische Regierung nach einigen Jahren festgestellt hat, dass es höchste Zeit sei, das in dem Rechtssystem geregelte Modell des Autobahnbaus noch radikaler zu ändern.

Inzwischen hat allerdings die Unterstützung der Konzessionäre mit Finanzmitteln aus der Staatskasse, vor allem aber aus dem Nationalen Autobahnenfonds, gewisse Effekte gebracht. Von der Unterstützung profitierte insbesondere die Konzessiongesellschaft Autostrada Wielkopolska SA, die im November 2003 den Bau des 37,5 km langen

---

<sup>26</sup> Art. 41 des Gesetzes über gebührenpflichtige Autobahnen in der Fassung nach Art. 14 Pkt. 12 des Gesetzes v. 02.06.2004, Einführungsvorschriften zum Gesetz über die Gewerbefreiheit.

Teilstücks der Autobahn A2 von Poznań nach Września<sup>27</sup> und im Oktober 2004 des 50,4 km langen Abschnitts derselben Autobahn von Nowy Tomyśl nach Poznań abgeschlossen hat. Von der ersten Modifizierung des Systems profitierte darüber hinaus, die Konzessionsgesellschaft Gdańsk Transport Company SA, die im Oktober 2008 den Bau des 89,5 km langen Abschnitts der Autobahn A2 von Gdańsk nach Grudziadz und im Oktober 2011 des 62 km langen Abschnitts von Grudziadz nach Toruń fertig gestellt hat.<sup>28</sup> Im Dezember 2011 wurde der (bisher) letzte im Konzessionssystem gebaute Autobahnabschnitt in Polen fertiggestellt, nämlich das 107 km lange Teilstück der Autobahn A2 von der Staatsgrenze bis nach Nowy Tomyśl.<sup>29</sup> Die Ergebnisse dieser Entwicklung sind auf der nebenstehenden Landkarte dargestellt, die wiederum dem Bericht über polnische Straßen „Polskie drogi“<sup>30</sup> entnommen ist.



## VII. Die Revision des Modells des Autobahnbaus und -betriebs aus den 1990er Jahren

Die geschilderten Auswirkungen des im polnischen Rechtssystem verwirklichten, auf Öffentlich-Private Partnerschaften setzenden Modells des Autobahnbaus wurden – wenn auch viel zu spät – mit Recht ausgesprochen kritisch beurteilt. Der Gesetzgeber hat daraus Konsequenzen gezogen und mit dem Gesetz zur Änderung des Gesetzes über gebührenpflichtige Autobahnen und den Nationalen Autobahnenfonds vom 16. September 2011<sup>31</sup> eine grundlegende Korrektur vorgenommen. Durch dieses Gesetz erhielten die Vorschriften des Art. 1a Abs. 1 und 2 des Gesetzes über gebührenpflichtige Autobahnen folgende Fassung: „Die in Art. 1 genannten Autobahnen werden von folgenden Rechtsträgern gebaut und betrieben: 1) Dem Generaldirektor der Landesstraßen und Autobahnen; 2) einer Straßenbaugesellschaft mit spezieller Bestim-

27 Vgl. „Historia budowy autostrady A2“ (Fn. 24).

28 Vgl. „Historia budowy autostrady A2“ (Fn. 24).

29 Vgl. „Historia budowy autostrady A2“ (Fn. 24).

30 Vgl. Fn. 7.

31 GBl. 234, Pos. 1387.

mung zu den in einem Vertrag bestimmten Bedingungen, der in Art. 6 Abs. 1 des Gesetzes vom 12. Januar 2007 über Straßenbaugesellschaften mit spezieller Bestimmung geregelt wird (GBL. Nr. 23, Pos. 136, von 2008 Nr. 218, Pos. 1391 und von 2009 Nr. 86, Pos. 720). Der Generaldirektor der Landesstraßen und Autobahnen oder eine Straßenbaugesellschaft mit spezieller Bestimmung ist berechtigt, im Wege eines Vertrags einen anderen Rechtsträger – im Folgenden „Gesellschaft“ genannt – mit dem Bau und Betrieb oder ausschließlich mit dem Betrieb der Autobahn zu beauftragen<sup>32</sup>. Gleichzeitig hat der Gesetzgeber<sup>33</sup> die Abschnitte 4 (Lokalisierung der Autobahnen) und 5 (Erwerb der Grundstücke für den Autobahnbau) aufgehoben.

Die grundlegende Revision des bisherigen Regelungsmodells führt zu einem vollständigen Verzicht auf das Konzessionssystem. Das bisherige Modell wurde durch ein anderes ersetzt, in dem zum Hauptakteur – jedoch nicht zum einzigen – ein Organ der öffentlichen Verwaltung geworden ist, nämlich der Generaldirektor der Landesstraßen und Autobahnen. Dieses Organ hat den Status eines Organs der unmittelbaren öffentlichen Verwaltung.<sup>34</sup> Denn es handelt sich um ein zentrales Organ der Regierungsverwaltung, das aber nicht über den Status eines Ministers verfügt, also kein Verfassungsorgan ist, das zu dem Ministerrat gehören würde. Die Änderung ist eine radikale Abkehr des polnischen Gesetzgebers von dem Modell des Baus und Betriebs der Autobahnen und Schnellstraßen nach den Regeln der Privatisierung; denn die Realisierung dieser Aufgabe wird nicht mehr der privaten Hand und damit den privaten Handelsgesellschaften überlassen. Stattdessen hat sich der polnische Gesetzgeber im Grunde genommen auf die Rückkehr zu dem früher in vielen Ländern in die Praxis umgesetzten Modell entschieden. Ein solches Modell war auch zur Zeit der Volksrepublik Polen praktiziert worden, damals jedoch ähnlich erfolglos wie das Modell, das in das nach 1990 geltende Rechtssystem eingeführt wurde – also bei den Versuchen, unterschiedliche Varianten des auf Öffentlich-Private Partnerschaften gestützten Modells anzuwenden. Nach Einschätzung des polnischen Gesetzgebers war das neue „alte“ Modell offenbar erfolgversprechender.

Dank der Anwendung des neuen „alten“ Modells für Bau und Betrieb von Autobahnen wurden relativ lange Abschnitte – vor allem

---

32 Art. 1 Pkt. 2 des Novellierungsgesetzes.

33 Art. 1 Pkt. 4 des Novellierungsgesetzes.

34 Aus der deutschen Perspektive: *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 22 Rn. 1 ff.; aus der polnischen Perspektive: *Emanuel Iserzon*, *Polskie prawo administracyjne*, 1968, S. 91 ff.

der Autobahn A4 von der deutsch-polnischen Grenze bis Katowice und von Kraków bis zur polnisch-ukrainischen Grenze gebaut. Dies ermöglicht die Entstehung der ersten Autobahn in Polen, auf der man durch das ganze Land fahren kann. Weniger spektakuläre Ergebnisse wurden auf der Autobahn A1 erzielt, wo jedoch ebenfalls zwei lange Abschnitte zwischen Toruń und Łódź sowie zwischen Katowice und der tschechisch-polnischen Grenze gebaut wurden. Die Effekte der Anwendung des neuen „alten“ Modells veranschaulicht die folgende Landkarte aus „Polskie drogi“<sup>35</sup>:



Die dargestellte Änderung liegt im allgemeinen Trend, der in vielen europäischen Ländern zu beobachten war und der eine gewisse Skepsis gegenüber der Einschaltung privater Partner bei der Realisierung von öffentlichen Aufgaben zum Ausdruck bringt. Dieser Trend bestätigt zugleich Vorbehalte gegenüber der früher verbreiteten Einschätzung, dass Private in der Lage seien, alle Aufgaben – darunter auch die öffent-

35 Vgl. Fn. 7.

lichen – effektiver und billiger zu realisieren.<sup>36</sup> Die Skepsis gegenüber der Leistungsfähigkeit der Privatisierung ist inzwischen auch in der Verwaltungswissenschaft verbreitet. So beobachtet der deutsche Verwaltungswissenschaftler *Hellmut Wollmann* bei der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen auf der kommunalen Ebene seit geraumer Zeit ein Phänomen, das er in Anlehnung an die englischsprachige Literatur als „remunicipalization“ bezeichnet. Dieses Phänomen sei unter anderem auf negative Erfahrungen mit Privatisierungen zurückzuführen.<sup>37</sup> Denn Privatisierungen hätten – entgegen den damit verbundenen Erwartungen – oftmals einen Anstieg und nicht eine Senkung der Preise für öffentliche Dienstleistungen sowie eine Verschlechterung und nicht eine Verbesserung ihrer Qualität bewirkt. Diese Feststellungen belegt *Hellmut Wollmann* mit zahlreichen Beispielen aus deutschen, aber auch französischen und britischen Selbstverwaltungen, in denen zur Wiedererlangung der öffentlichen Kontrolle über zuvor privatisierte Kommunalunternehmen enorme Anstrengungen und Aufwendungen nötig waren.<sup>38</sup> Ähnliche Entwicklungen hat *Hartmut Bauer* in mehreren, auch über die kommunale Ebene hinausgreifenden Analysen<sup>39</sup> identifiziert und zusammenfassend jetzt in Poznań vorgestellt<sup>40</sup>. Solche Publikationen bestätigen den mittlerweile sehr starken Trend weg von der Privatisierung und hin zur Rekommunalisierung und Publizisierung.

## VIII. Die wichtigsten Folgen der Modellrevision

**Bei der Abkehr von dem Modell der Öffentlich-Privaten Partnerschaft im Bereich des Baus und Betriebs der Autobahnen und der Rückkehr zur Erledigung öffentlicher Aufgaben vornehmlich durch die Verwal-**

36 Näher hierzu: *Paweł Swianiewicz*, Urynkowanie, prywatyzacja i rekomunalizacja. Formy dostarczania lokalnych usług publicznych w opiniach burmistrzów krajów europejskich, in: *Samorząd Terytorialny* 2017, S. 11 ff.

37 Vgl. *Hellmut Wollmann / Gérard Marcou*, From public sector-based to privatized service provision. Is the pendulum swinging back again?, in: dies. (Hrsg.), *The Provision of Public Services in Europe: Between State, Local Government and Market*, 2010, S. 254 ff.

38 Vgl. *Hellmut Wollmann*, *Provision of Public Services in European Countries: From Public/Municipal to Private and Revers?*, 2011, Nr. 4, S. 889 ff.

39 Z. B. *Hartmut Bauer*, Von der Privatisierung zur Rekommunalisierung – Einführende Problemskizze, in: *Hartmut Bauer/Christiane Büchner/Lydia Hajasch* (Hrsg.), *Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge*, Potsdam 2012, S. 11 ff.; *ders.*, Zukunftsthema „Rekommunalisierung“, *DÖV* 2012, S. 329 ff.; *ders.*, Publizisierung, Begriff – Bedeutung – Perspektiven, *JZ* 2014, S. 1017 ff.; jeweils mit weiteren Nachweisen.

40 *Hartmut Bauer*, *Privatisierung oder Publizisierung? Wege zur gemeinwohlorientierten Bereitstellung von Leistungen im allgemeinen Interesse*, S. 15 ff. in diesem Band.

tung hat sich erwiesen, dass der Autobahnbau durch Öffentlich-Private Partnerschaften nicht billiger ist. Ganz im Gegenteil: Er ist viel teurer als der Bau der Autobahnen direkt durch den Staat. Die Ausrichtung auf die öffentliche Aufgabenerledigung bedeutet nicht, dass der Staat die Bauarbeiten mit Einsatz eigener – sprich: staatlicher – Baugesellschaften durchführen muss. Es geht vielmehr lediglich darum, dass der Staat die Rolle des Investors und „Steuermanns“ für den Autobahnbau annimmt, mit der nachgeordneten technischen Durchführung der Bauarbeiten aber Privatunternehmen beauftragen kann, die nach den Vorschriften über das Vergabewesen auszuwählen sind. Die Kostenaufstellungen für den Bau zweier Abschnitte der Autobahn A2, die in derselben Zeit, nämlich im Jahre 2004 gebaut worden sind<sup>41</sup>, haben gezeigt, dass der direkt beziehungsweise unmittelbar vom Staat realisierte Bau dreimal billiger war als der im Konzessionssystem, also als der Autobahnbau, an dem die private Aktiengesellschaft Autostrada Wielkopolska SA als Kapitalgeber beteiligt war.<sup>42</sup>

Ähnlich gravierend sind die Unterschiede bei den Gebühren für die Nutzung der Autobahn A2. Die Gebührenhöhe fällt nämlich sehr weit auseinander. Die höchste Maut wird für die Nutzung des 100 km langen, konzessionierten Abschnitts von Poznań nach Konin erhoben. Für diese Fahrt zahlt ein Auto- bzw. Motorradfahrer 38 Złoty, das heißt ca. 9 Euro. Vergleichbar hoch sind die Gebühren für die Nutzung des 50 km langen Abschnitts dieser Autobahn von Nowy Tomyśl nach Poznań. Diese beträgt 19 Złoty, das heißt ca. 4,5 Euro. Halb so hoch ist die Maut für die 100 km lange Fahrt von Nowy Tomyśl bis an die deutsch-polnische Grenze, die 19 Złoty, also 4,5 Euro beträgt. Für die 100 km lange Fahrt mit dem Auto oder mit dem Motorrad auf der gleichen Autobahn, jedoch auf einem vom Staat gebauten Abschnitt, beträgt die Maut dagegen nur 9,80 Złoty, also ca. 2,3 Euro.<sup>43</sup> Derart krasse Unterschiede in der Gebührenhöhe für die Nutzung der konzessionierten und nicht-konzessionierten Abschnitte derselben Autobahn A2, die sowohl in Polen als auch in Deutschland seit 2014 „Autobahn der Freiheit“ genannt wird, haben einen enormen Einfluss auf den Zugang zu der Autobahn und

---

41 Einerseits für das 50 km lange Teilstück von Nowy Tomyśl nach Poznań, das im Konzessionssystem von der Aktiengesellschaft Autostrada Wielkopolska SA als Kapitalgeber errichtet wurde, und andererseits für das 103 km lange Teilstück von Konin nach Łódź, bei dessen Bau als Kapitalanleger ein Organ der unmittelbaren Staatsverwaltung (der Generaldirektor der Landesstraßen und Autobahnen) tätig war.

42 Die vorstehenden Informationen verdankt der Autor einem Gespräch mit dem ehemaligen Vorstandsvorsitzenden der Aktiengesellschaft Autostrada Wielkopolska SA, Dr. Andrzej Patalas.

43 Abrufbar unter: <https://www.autostrada-a2.pl/> <20.06.2017>.

ihre Nutzung durch die Bürger. Nicht jeder Autobesitzer in Polen kann sich die Fahrt auf der Autobahn leisten, wenn für die Nutzung eines Autobahnkilometers der oben genannten konzessionierten Abschnitte 0,38 Złoty (ca. 0,09 Euro) zu entrichten sind – die finanziellen Unterschiede beeinflussen demnach die Möglichkeit der Nutzung öffentlicher Straßen durch die Allgemeinheit.

## IX. Modifizierungen des Regierungsprogramms

Die Änderung des Modells des Autobahnbaus in Polen und der Übergang von dem auf Öffentlich-Private Partnerschaft gestützten Konzessionsmodell auf das „staatliche“ Modell, in dessen Rahmen wieder der Staat mittels eines Organs der unmittelbaren Staatsverwaltung – des Generaldirektors der Landesstraßen und Autobahnen – zum Investor geworden ist, wurde mit einer gewissen Rationalisierung des Regierungsprogramms zum Autobahn- und Schnellstraßenbau verbunden. In mehr prinzipieller Hinsicht hat die Änderung dazu geführt, dass in dem Programm die Zahl der noch zu bauenden Autobahnen wesentlich reduziert wurde. In den 1990er Jahren waren ursprünglich sechs Autobahnen geplant: A1, A2, A3, A4, A8 und A12. Diese Anzahl wurde auf drei reduziert, und zwar auf die A1, A2 und A4. In dem Regierungsprogramm wurde vorgesehen, die Autobahnen A3 und A8 durch Schnellstraßen zu ersetzen. Darüber hinaus sollten nach dem Programm zahlreiche andere Schnellstraßen entstehen. Die technischen Parameter der Schnellstraßen wären im unmittelbaren Vergleich mit denen der Autobahnen nur unwesentlich niedriger; die Schnellstraßen hätten aber – ähnlich wie die Autobahnen – grundsätzlich zwei durch einen Grünstreifen getrennte Richtungsfahrbahnen mit Schutzplanken. Die etwas niedrigeren technischen Parameter erlauben es, die Schnellstraßen ein wenig billiger als Autobahnen zu bauen. Die Höchstgeschwindigkeit auf den Schnellstraßen ist mit 120 km/h etwas niedriger als die auf polnischen Autobahnen zulässigen 140 km/h. Dafür sind die Schnellstraßen in Polen aber – wie es bisher immer war – nicht gebührenpflichtig.

Das Netz der Autobahnen und Schnellstraßen, die bereits gebaut worden sind (in grün markiert) und solcher, die sich noch im Bau befinden (in rot markiert), ist auf der folgenden, dem Bericht „Polskie drogi“ entnommenen Landkarte dargestellt.



Public-Private-Partnership-Modell und die Rückkehr zum konventionellen Modell des staatlichen Autobahnbaus unter Einsatz privater Bauunternehmen, die nach Wettbewerbsgrundsätzen mit den Bauarbeiten an den Autobahnen betraut werden, sowohl organisatorisch als auch finanziell eine effektivere und damit insgesamt vorzugswürdige Lösung ist. Außerdem lässt sich aus der Perspektive der Nutzer festhalten, dass das neue „alte“ Modell des staatlichen Autobahnbaus wegen der niedrigeren Nutzungsgebühren den Zugang der Allgemeinheit zur Autobahninfrastruktur erleichtert.

Der Autor *Prof. dr. hab. Marek Szewczyk* ist Inhaber der Katedra Prawa Administracyjnego i Nauki o Administracji (Lehrstuhl für Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften) an der Uniwersytet im. Adama Mickiewicza (Adam-Mickiewicz-Universität) Poznań.



# Aktuelle Entwicklungstendenzen im Recht der Öffentlich-Privaten Partnerschaften

Die Verstärkung des öffentlich-rechtlichen Aspekts

*Bożena Popowska*

## I. Einführung, Ziel und Gegenstände

Das Institut der Öffentlich-Privaten Partnerschaft (ÖPP) wurde in der polnischen Rechtsordnung seit 1990 aufgebaut. Sie ist eine mit dem neuen politisch-wirtschaftlichen System verbundene Form der Erfüllung staatlicher Aufgaben. Zugleich handelt es sich um ein neues Handlungsfeld für private Geschäftstätigkeit und eine neue Art der Zusammenarbeit von öffentlicher Hand und privatem Sektor (zumeist privatwirtschaftlichen Unternehmen). Diese Entwicklung hat zwar mit der Privatisierung von Staatsunternehmen begonnen.<sup>1</sup> Doch haben sich anschließend weitere Arten und Rechtsformen der Kooperation ausgebildet, so dass die Entwicklung stetig an Dynamik gewinnt. In den 1990er Jahren wurde die vertraglich geregelte Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und privaten Rechtsträgern zu einem wichtigen Thema in den Debatten über die „Privatisierung öffentlicher Aufgaben“.<sup>2</sup>

Normativ wurde der Begriff der Öffentlich-Privaten Partnerschaft durch das Gesetz über Öffentlich-Private Partnerschaften vom 28. Juli

---

1 Das erste Gesetz über Privatisierung der Gesellschaften wurde am 13.07.1990 verabschiedet, GBl. 1990, Nr. 51, Pos. 298 in der zuletzt geänderten Fassung, im Weiteren „Gesetz über die Privatisierung der Gesellschaften von 2005“ genannt.

2 Vgl. *Stanisław Biernat*, *Prywatyzacja zadań publicznych: Problematyka prawna*, 1994, S. 120–130; vgl. auch den gemeinsamen Tagungsband polnischer und deutscher Autoren zur Privatisierung öffentlicher Aufgaben (Tagung in Kraków v. 07.–11.09.1992), *Stanisław Biernat/Reinhard Henderl/Friedrich Schoch/Andrzej Wasilewski* (Hrsg.), *Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung*, 1994; aus der neusten deutschen Literatur übersetzt ins Polnische vgl. *Max-Emanuel Geis*, *Prywatyzacja zadań publicznych (partnerstwo publiczno-prywatne) w Niemczech*, in: Bogdan Dolnicki (Hrsg.), *Sposoby realizacji zadań publicznych*, 2017, S. 264–276.

2005 eingeführt. Dabei ist hervorzuheben, dass die Privatisierung der Staatsunternehmen ausschließlich nach den Regeln des polnischen Rechts durchgeführt wurde<sup>3</sup>, die Entwicklung der Gesetzgebung im Bereich der ÖPP jedoch von Anfang an durch die Rechtssetzung der EU geprägt ist.<sup>4</sup> Von einem ausdrücklichen Einfluss der EU-Vorgaben lässt sich vor allem seit 2016 sprechen, als drei Richtlinien der EU-Organe umgesetzt wurden, die öffentliche Aufträge und den Konzessionsvertrag betreffen. In Anlehnung an die Titel der Richtlinien wurden sie umgesetzt durch eine Novelle des Gesetzes über die Vergabe der öffentlichen Aufträge, die in bestimmten Bereichen auch bei Öffentlich-Privaten Partnerschaften Anwendung findet, und durch das neue Gesetz über den Konzessionsvertrag, der eine gesonderte Form des Vertrags zur Ausführung von ÖPP darstellt. Indes behandeln diese Regelungen die mit ÖPP verbundenen Rechtsfragen nicht erschöpfend. Allgemeine Fragen dieser Form der Zusammenarbeit sind im Gesetz über Öffentlich-Private Partnerschaften vom 19. Dezember 2008 geregelt<sup>5</sup> (im Folgenden abgekürzt: ÖPP-Gesetz), das seither nur eher marginal abgeändert wurde.

Die Notwendigkeit, die Entwicklung des Unionsrechts sowie des polnischen Rechts über die Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben und Ausführung der öffentlichen Investitionen zu berücksichtigen, fand ihren Ausdruck in einem neuen Gesetzentwurf zur Änderung des ÖPP-Gesetzes und einiger anderer Gesetze. Es ist somit an der Zeit, über die Änderungstendenzen der Regelungen über die Rechtsbeziehungen der öffentlichen Rechtsträger (zumeist der Rechtsträger der öffentlichen Verwaltung) mit den privaten Rechtsträgern (zumeist den Unternehmen) bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben nachzudenken. Dabei verlangt die facettenreiche Gesamthematik eine Schwerpunktsetzung, die eine strukturierende Analyse und weiterführende Analyseergebnisse ermöglicht. Der Rahmen für die hier angestellten Überlegungen wird vornehmlich durch die Rechtsnormen und Institute des öffentlichen Wirtschaftsrechts abgesteckt<sup>6</sup>, in denen das öffentliche Interesse

---

3 Zu erinnern ist die Tatsache, dass nach dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union Eigentumsfragen nicht in die Zuständigkeiten der EU fallen: „Die Verträge lassen die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt“, Art. 345 AEUV (GBl. 2004, Pos. 90.864/2 in der zuletzt geänderten Fassung).

4 Nach h.M. soll die Einführung von ÖPP in das polnische Rechtssystem ein Zeichen der Europäisierung des öffentlichen Wirtschaftsrechts sein, vgl. u.a. *Michał Kania*, Partnerstwo publiczno-prywatne, in: Roman Hauser / Zygmunt Niewiadomski (Hrsg.), *Publiczne prawo gospodarcze. System Prawa Administracyjnego*, Tom 8 B, 2013, S. 569–571.

5 Vgl. GBl. 2015, Pos. 696 in der zuletzt geänderten Fassung.

6 Aus den letzten Abhandlungen vgl. *Katarzyna Kokocińska*, Instytucje prawne publicznego prawa gospodarczego, in: Andrzej Powałowski (Hrsg.), *Prawne instrumenty oddziaływania*

eine wichtige Rolle spielt.<sup>7</sup> Es bietet sich daher an, zu untersuchen, wie das geltende Recht das öffentliche Interesse in den ÖPP-Arenen schützt und zur Geltung bringt: Durch welche Rechtsträger wird das öffentliche Interesse bei ÖPP vertreten, welche Aufgaben haben diese Rechtsträger, welche Instrumente (Rechtsmittel und Rechtsformen) stehen zur Erfüllung dieser Aufgaben bereit, wer sorgt für die Durchsetzung öffentlicher Interessen, und zwar bis hin zu außergerichtlichem Rechtsschutz und zur gerichtlichen Kontrolle? Interessant wird auch die Frage sein, ob sich in der Entwicklung des rechtlichen Rahmens und der rechtlichen Direktiven für ÖPP eine klare Tendenz zur Verstärkung der öffentlichen Interessen ausmachen lässt.<sup>8</sup> Dabei sind auch die Regelungsanliegen und einige Regulierungsansätze der vorgeschlagenen Änderungen des ÖPP-Gesetzes zu berücksichtigen. Der Änderungsentwurf zum ÖPP-Gesetz und einiger anderer Gesetze wirft auch die Frage nach der Notwendigkeit auf, das bestehende Rechtssystem bezüglich der ÖPP aufrechtzuerhalten, welches aus den erwähnten Regelwerken und ihren Ausführungsbestimmungen besteht.

Bei dieser konzeptionellen Ausrichtung bedarf es weder einer vollständigen Analyse der Rechtsvorschriften über ÖPP noch einer umfassenden Darstellung der jeweiligen Rechtsinstitute und rechtlichen Kategorien, die mit Öffentlich-Privaten Partnerschaften verbunden sind und zu denen auch die Kategorie des öffentlichen Interesses zählt.<sup>9</sup> Eingehend zu berücksichtigen ist jedoch die bis hin zum Vergaberecht reichende Diskussion über ÖPP, die Gesetzeskommentare, Monographien und andere theoretische Abhandlungen umfasst.

---

na gospodarke, 2016, S. 36–44; *Teresa Rabska*, Prawo administracyjne a publiczne prawo gospodarcze (kilka dyskusyjnych refleksji), in: Jerzy Supernat (Hrsg.), Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Janowi Bociowi, 2009, S. 583–592 m. w. N.

- 7 *Rafał Blicharz / Michał Kania*, Klauzula interesu publicznego w publicznym prawie gospodarczym, 2010, Nr. 5, S. 19; *Teresa Rabska*, Refleksje nad nauką publicznego prawa gospodarczego, in: *Roczniki Nauk Prawnych*, 2011, Bd. XXI, Nr. 1, insb. S. 271.
- 8 *Blicharz und Kania* vergleichen die Bestimmungen der ÖPP-Gesetze von 2005 und von 2008 (siehe Fn. 3 und 6) mit Blick auf die dortigen Rechtsinstrumente zum Schutz des öffentlichen Interesses, s. *Blicharz / Kania* (Fn. 7), S. 19. Es erscheint angebracht, diese Untersuchungen zu vertiefen und die geltenden Regelungen hinsichtlich des öffentlichen Vergabewesens und der Konzessionsverträge sowie des Gesetzesentwurfes zum ÖPP-Gesetz mitzuberücksichtigen.
- 9 Als Publikationen aus jüngerer Zeit sind zu nennen: *Andrzej Borkowski*, Interes publiczny a partnerstwo publiczno-prywatne, in: Jolanty Blicharz (Hrsg.), *Prawne aspekty prywatyzacji*, 2012, S. 443–459; *Aleksandra Wilczyńska*, Interes publiczny jako podstawa partnerstwa publiczno-prywatnego, in: Michał Kania (Hrsg.), *Partnerstwo publiczno-prywatne. Teoria i praktyka*, Difin 2013, S. 23–31; *Tadeusz Kocowski*, Interes publiczny, konkurencja i równe traktowanie w zamówieniach publicznych, in: Henryk Nowicki / Paweł Nowicki (Hrsg.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, 2015, S. 83–97.

## II. Rechtliche Grundlagen der Öffentlich-Privaten Partnerschaft: das ÖPP-Gesetz, das Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens und das Gesetz über den Konzessionsvertrag

Das derzeit die Grundlagen der ÖPP regelnde Gesetz ist das ÖPP-Gesetz. Ein Jahr später wurde das bereits nicht mehr geltende Gesetz über Baukonzessionen und/oder Dienstleistungen vom 9. Januar 2009 verabschiedet<sup>10</sup>, das ein gesondertes Auswahlverfahren des privaten Partners in bestimmten Fällen regelte<sup>11</sup>. Obwohl das Gesetz in den nicht geregelten Fällen auf das Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens vom 29. Januar 2004<sup>12</sup> verweist, waren seine Regelungen über die Verfahrensweise und die Verfahrensordnung gegenüber dem Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens wesentlich entformalisierter; das Gesetz basierte hauptsächlich auf einer der flexibelsten Verfahrensarten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, den Verhandlungen mit vorheriger Bekanntmachung.

Große Änderungen in der Regelung von ÖPP erfolgten nach 2014, als drei Richtlinien des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 verabschiedet wurden:

- die Richtlinie Nr. 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG<sup>13</sup>,
- die Richtlinie Nr. 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung und der Postdienste sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG<sup>14</sup> und
- die Richtlinie Nr. 2014/23/EU über Konzessionsverträge<sup>15</sup>.

10 Vgl. GBl. 2015, Pos. 113, im Weiteren „Konzessionsvertrag“ genannt. Dieses Gesetz wurde von mir in dem hier erörterten Hinblick bereits in folgendem Artikel analysiert: *Bożena Popowska*, Publiczne prawo gospodarcze w płaszczyźnie proceduralnej, in: Leon Kieres (Hrsg.), *Nowe problemy badawcze w teorii publicznego prawa gospodarczego (z uwzględnieniem samorządu terytorialnego)*, 2010, S. 231–236.

11 Ein Kriterium für die Auswahl dieses Verfahrens war die Art der Vergütung für die Arbeiten oder Leistungen.

12 Vgl. GBl. 2015, Pos. 2164 in der zuletzt geänderten Fassung. Das Gesetz hat das Gesetz v. 10.06.1994 ersetzt, vgl. GBl. 2002., Nr. 72, Pos. 664 in der zuletzt geänderten Fassung.

13 Amtsblatt der EU v. 28.03.2014, Nr. L 94, S. 65; Amtsblatt der EU vom 25.11.2015, Nr. L 307, S. 5.

14 Amtsblatt der EU v. 28.03.2014, Nr. L 94, S. 243 (in der aktuell geltenden Fassung); Amtsblatt der EU v. 25.11.2015, Nr. L 307, S. 7.

15 Amtsblatt der EU v. 28.03.2014, Nr. L 94, S. 1.

Folge der Implementierung der beiden ersten Richtlinien ist eine umfangreiche Novelle des Gesetzes über das Recht des öffentlichen Vergabewesens, die mit dem Gesetz vom 22. Juni 2016 ergangen ist<sup>16</sup>, und die Verabschiedung eines neuen Gesetzes über Konzessionsverträge vom 21. Oktober 2016<sup>17</sup> (im Folgenden abgekürzt: Gesetz über den Konzessionsvertrag). Angesichts der oben genannten Veränderungen drängt sich die Frage nach der Angleichung der angegebenen Regelungen an die Bestimmungen des ÖPP-Gesetzes aus dem Jahre 2008 auf.

Es sind fast zehn Jahre vergangen, seitdem das ÖPP-Gesetz verabschiedet wurde. In dem wirtschaftlichen Staatsleben ist dies eine lange Zeit, und in der Gesetzgebung zu ÖPP-ähnlichen Rechtsinstituten wurde viel geändert. Die zum ÖPP-Gesetz eingeführten Veränderungen sind dagegen nur gering.<sup>18</sup> Umso größer sind die Erwartungen an den Änderungsentwurf zum ÖPP-Gesetz<sup>19</sup>, insbesondere an den in der Begründung enthaltenen Hinweis, dass eine der Zielsetzungen der Novelle der „Schutz der wichtigsten öffentlichen Interessen“ ist.<sup>20</sup>

Für die hier zentral interessierende Frage nach einer Verstärkung der öffentlich-rechtlichen Aspekte bedarf es zunächst der Darstellung der grundlegenden Inhalte des ÖPP-Gesetzes sowie der Gesetzesbestimmungen, auf die dieses Gesetz verweist. Erst im Anschluss daran lässt sich eine Stellungnahme zu den Änderungsvorschlägen des ÖPP-Gesetzes abgeben.

16 Dabei handelt es sich um das Gesetz über die Änderung des Gesetzes über das Recht des Öffentlichen Vergabewesens und einiger anderer Gesetze, GBl. 2016, Pos. 1250.

17 GBl. 2016, Pos. 1920 in der aktuell geltenden Fassung.

18 Das Gesetz wurde fünf Mal abgeändert, zuletzt mit dem Gesetz v. 14.12.2016, GBl. 2016, Pos. 1920.

19 Die neuste Fassung des Gesetzentwurfes über die Änderung des Gesetzes über die Öffentlich-Rechtliche Partnerschaft und einiger anderer Gesetze wurde am 24. Mai 2017 veröffentlicht und ist auf der Seite des Regierungszentrums der Gesetzgebung (Rządowe Centrum Legislacji) unter folgendem Link abrufbar: <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12296204<18.09.2017>>. Der Entwurf wurde noch nicht beim Sejm eingereicht. Abgeschlossen ist dagegen bereits die sog. Ressortabsprache, auch öffentliche Anhörungen sind erfolgt. Zurzeit werden die Stellungnahmen der genannten Anhörungen analysiert. Es ist zu erwarten, dass wesentliche Änderungen des Entwurfs – noch vor Einreichung beim Sejm – während der Arbeiten im Komitee des Ministerrates sowie im Rechtskomitee vorgenommen werden.

20 Entwurfsbegründung (Fn. 19), S. 3 und 4.

### III. Die Absicherung öffentlicher Interessen im ÖPP-Gesetz

Das ÖPP-Gesetz ist ein Rahmengesetz und regelt hauptsächlich die mit ÖPP verbundenen sachlich-rechtlichen Fragen. Außerdem enthält das Gesetz die wichtigsten Definitionen, nämlich Legaldefinitionen der ÖPP und des ÖPP-Vertrags.

Diese Definitionen bringen jedoch nicht die öffentlich-rechtlichen Bestandteile in ÖPP zum Ausdruck. Nach dem Gesetz wird die ÖPP als „gemeinsame Umsetzung eines Vorhabens durch Aufgaben- und Risikoteilung zwischen einem öffentlichen Rechtsträger und einem privaten Partner“ definiert (Art. 1 Abs. 2), wobei Aufgaben- und Risikoverteilung durch die Parteien selbst vorzunehmen sind.<sup>21</sup> Es ist anzunehmen, dass der öffentliche Rechtsträger bei dieser Aufteilung solche öffentlichen Zwecke berücksichtigen sollte, denen auch das umzusetzende Vorhaben dienen sollte. Solch eine Bestimmung wird jedoch im Gesetz nicht *expressis verbis* zum Ausdruck gebracht.<sup>22</sup> Ähnliches ist auch bei der Analyse der Definition vom „ÖPP-Vertrag“ zu verzeichnen. Der ÖPP-Vertrag ist nach dem Gesetz ein Vertrag, in dem der private Partner zur Durchführung eines Vorhabens gegen Vergütung sowie zur Übernahme der gesamten oder eines Teils der Kosten zur Durchführung des Vorhabens bzw. zur Sicherstellung, dass sie von einem Dritten übernommen wird, verpflichtet wird. Der öffentliche Partner ist dagegen zur Mitwirkung bei der Verwirklichung des Vorhabens verpflichtet, insbesondere durch Eigenleistungen (Art. 7 Abs. 1). Nach dem Gesetz kommen inländische oder ausländische Unternehmer als private Partner in Frage. Zu den öffentlichen Rechtsträgern gehören nach dem Gesetz insbesondere: Einrichtungen des öffentlichen Finanzsektors, andere als die oben genannten juristischen Personen, die mit dem besonderen Ziel errichtet wurden, Bedürfnisse allgemeiner Art, die keine industriellen oder geschäftlichen Merkmale aufweisen, zu befriedigen (Art. 2 Pkt. 1 und Pkt. 2). Aus der Definition des ÖPP-Vertrages ergibt sich unmittelbar keine besondere Position des öffentlichen Rechtsträgers.

In einem inneren Zusammenhang mit diesen Definitionen steht eine Vorschrift, nach der dem öffentlichen Rechtsträger die Kompetenzen

---

21 So auch in der Literatur. Der in der Definition enthaltene Hinweis auf Risiken betont die Tatsache, dass die Partner ein gemeinsames Vorhaben auszuführen haben, vgl. u.a. dazu *Katarzyna Płonka-Bielenin/Tomasz Moll*, Partnerstwo publiczno-prywatne. Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, 2012, S. 24.

22 Die Risiken wurden in der nicht geltenden Verordnung des Wirtschaftsministers über die mit der Ausführung der Vorhaben im Rahmen der Öffentlich-Privaten Partnerschaft verbundenen Risiken v. 21.06.2006 genannt, siehe GBl. Nr. 125, Pos. 868.

zur laufenden Kontrolle der Ausübung der Aufgaben im Rahmen der Partnerschaft gewährt werden, nämlich Art. 8. Diese Kompetenz stellt sicher keine Kompetenz einer gleichberechtigten ÖPP-Vertragspartei dar.<sup>23</sup> Sie ist vielmehr eine zusätzliche Berechtigung, die aus der Funktion des für die Erfüllung der konkreten Aufgabe verantwortlichen öffentlichen Rechtsträgers als Veranstalter eines gemeinsamen Vorhabens folgt. Der jeweilige öffentliche Rechtsträger sollte sich solch eine Berechtigung in dem ÖPP-Vertrag einräumen lassen.<sup>24</sup>

Der hier erörterte Art. 8 des ÖPP-Gesetzes ist auch deswegen von Bedeutung, weil er Argumente für die Bestimmung des rechtlichen Charakters des ÖPP-Gesetzes liefert; so wie er nämlich formuliert ist, lässt er die Rechtsnatur über das Zivilrecht hinausgehen.<sup>25</sup> Die Argumente, die auf den öffentlich-rechtlichen – für den ÖPP-Vertrag kennzeichnenden – Charakter hinweisen, sind auch in der Vorschrift zu finden, nach der in dem ÖPP-Vertrag die Folgen der Schlechterfüllung und Nichterfüllung der Verpflichtung zu bestimmen sind, insbesondere die Vertragsstrafe oder Herabsetzung der Vergütung von dem privaten Partner (unerlässliches Element des Vertrages, Art. 7 Abs. 3). In Art. 8 des ÖPP-Gesetzes sieht die Literatur gleichfalls einen zusätzlichen Schutz des öffentlichen Interesses.<sup>26</sup>

Zu dieser Argumentation passt auch eine öffentlich-rechtliche Regelung über die Vorgehensweise bei der Wahl des jeweiligen privaten Partners. Das ÖPP-Gesetz selbst regelt die Arten der Auswahlverfahren des privaten Partners nur in einem sehr kleinen Umfang. Es werden nur „das günstigste Angebot“ und die Kriterien genannt, nach denen die Angebote zu bewerten sind, darunter obligatorische und fakultative

23 So auch *Anna Śniecikowska*, Kontrola partnerstwa publiczno-prywatnego na podstawie art. 8 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, in: Henryk Nowicki/Paweł Nowicki (Hrsg.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, 2015, insb. S. 414 und 418; *Piotr Bogdanowicz/Paweł Piotrowski*, in: Marcin Bejm (Hrsg.), *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, 2. Aufl. 2010, insbesondere S. 378-379. Ähnliche Bemerkungen zur Regelung des ÖPP-Gesetzes von 2005 in dem hier erörterten Bereich, vgl. *Bożena Popowska*, Partnerstwo publiczno-prywatne w świetle koncepcji „ciągu działań prawnych” i jej wpływ na ocenę umowy o PPP, in: Leon Kieres (Hrsg.), *Środki prawne publicznego prawa gospodarczego*, 2007, S. 153.

24 In der Literatur werden die Bestimmungen des ÖPP-Vertrags über die Kontrolle für einen wesentlichen Teil (*essentialia negotii*) des Vertrags gehalten, so auch *Borkowski* (Fn. 9), S. 458.

25 Allgemein zur Einordnung der Verträge, vgl. *Bożena Popowska*, Kwalifikacja prawna umowy koncesji; instrument „mieszany” czy typowy dla realizacji zadań gospodarczych przez administrację publiczną?, in: Andrzej Powalowski (Hrsg.), *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*, 2016, S. 81–83 u. 93–97; *Popowska* (Fn. 23), insbesondere S. 154–156 und 161–174.

26 *Śniecikowska* (Fn. 23), S. 417–418.

Kriterien (Art. 6 Abs. 2). Das ÖPP-Gesetz weist auch auf das Kriterium der Wahl des jeweiligen Verfahrens hin.<sup>27</sup> Der ganze Ablauf des Verfahrens ist dagegen – als Verweisungen – entweder im Gesetz über den Konzessionsvertrag oder im Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens geregelt.<sup>28</sup> Beim Vergleich des Regelungsbereichs der beiden Gesetze lässt sich feststellen, dass in jedem Gesetz das Verfahren ausführlich vor dem Vertragsabschluss normiert ist, vor allem durch Bestimmung der Aufgaben, darunter meist diejenigen der öffentlichen Rechtsträger, die gemäß der verwendeten Terminologie in den beiden oben genannten Gesetzen Auftraggeber sind.<sup>29</sup>

In den Bereich, für den das ÖPP-Gesetz auf das Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens verweist (Art. 4 Abs. 2), fallen auch die Fragen, die mit der Verfahrenskontrolle hinsichtlich der Auswahl eines privaten Partners für die ÖPP-Zusammenarbeit verbunden sind, sowie Fragen des Rechtsschutzes. Wie sich aus den bisherigen Ausführungen ergibt, finden sich auch außerhalb der Bestimmungen des ÖPP-Gesetzes wesentliche Regelungen zu ÖPP. Diese sind bei der Analyse der Bestimmungen des Gesetzes über das Recht des öffentlichen Vergabewesens sowie des Gesetzes über den Konzessionsvertrag näher zu erörtern.

Unter den eigenen Regelungen des ÖPP-Gesetzes sind überdies die Vorschriften zu nennen, nach denen der ÖPP-Vertrag auch durch eine Gesellschaft (Art. 14–16) ausgeführt werden kann, sowie eine Vorschrift, die die Aufgaben der Träger der öffentlichen Verwaltung im Rahmen von der ÖPP bestimmt (Art. 3).

Was die Möglichkeit der Durchführung des ÖPP-Vertrags durch eine Gesellschaft anbelangt, schränkt der Gesetzgeber den Katalog der zur Auswahl stehenden Gesellschaftsformen ein, wobei er sich an dem Schutz des öffentlichen Interesses ausrichtet.<sup>30</sup> Das ist auch das Ziel der Bestimmung, wonach dem öffentlichen Rechtsträger das Vorkaufsrecht

27 Kriterium ist die Vergütungsform – Art. 4 des ÖPP-Gesetzes i.V. m Art. 3 des Gesetzes über den Konzessionsvertrag.

28 Bei der Anwendung des Gesetzes über das Recht der öffentlichen Aufträge bei der Wahl eines privaten Partners ist das einschlägige EU-Recht zu beachten; nach der Richtlinie 2004/18/EG fehlt eine Differenzierung der Aufgaben zwischen gewöhnlichen öffentlichen Aufträgen sowie ÖPP.

29 In der Literatur zum öffentlichen Wirtschaftsrecht gilt die Regelung des Gesetzes über das Recht des öffentlichen Vergabewesens und des Gesetzes über den Konzessionsvertrag (zuvor Konzessionsgesetz) zum Verfahren bei der Auswahl eines privaten Partners als öffentliches Recht, so *Grzegorz Klich*, *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego*, 2016, S. 135–139, *Popowska* (Fn. 10), insb. S. 209–211 und S. 229–242.

30 Zur Wahl stehen die Kapitalgesellschaft und Kommanditgesellschaft sowie Kommanditgesellschaft auf Aktien, wobei der öffentliche Rechtsträger kein Komplementär sein kann

der Aktien oder Geschäftsanteile des privaten Partners an der Gesellschaft zusteht. (Art. 16 Abs. 1).<sup>31</sup>

Im Vergleich zu der oben angeführten Regelung werden die Fragen über den Schutz des öffentlichen Interesses im Bereich der Bestimmung der Aufgaben des jeweils für ÖPP zuständigen Organs, d. h. des für die regionale Entwicklung zuständigen Ministers, nicht so deutlich zum Ausdruck gebracht. Zu den Zuständigkeiten des Organs gehören die Verbreitung und Werbung für ÖPP und die Analysen und Bewertungen von ÖPP-Leistungen, darunter die Optionen zur finanziellen Beteiligung des privaten Sektors (Art. 3). Nicht im Gesetz enthalten sind Instrumente, die einen tatsächlichen Einfluss auf den ÖPP-Markt haben.<sup>32</sup>

Somit muss der herrschenden Meinung zugestimmt werden, dass das ÖPP-Gesetz von 2008 sehr liberale Grundsätze für die Zusammenarbeit zwischen den öffentlichen und privaten Partnern aufstellt. Dies dürfte auch auf das fehlende Interesse an der Zusammenarbeitsform zu Zeiten des ÖPP-Gesetzes von 2005 zurückzuführen sein. Die fehlende Nutzung der Kooperationsoptionen nach dem Gesetz von 2005 beruhte auf den zu strengen Voraussetzungen sowohl an die privaten als auch an die öffentlichen Partner.<sup>33</sup> Die Bereitstellung liberal ausgestalteter Kooperationsoptionen bedeutet aber nicht, dass der Gesetzgeber das öffentliche Interesse vernachlässigt. Im öffentlichen Interesse liegt vor allem die Akquise von privaten Investoren, die bereit und fähig sind, das Vorhaben mitzufinanzieren und die damit verbundenen Risiken zu tragen.<sup>34</sup> Das ist dem Gesetzgeber auch gelungen. Das ÖPP-Gesetz findet breite Anwendung. Der Zeitablauf und die mit in rechtstatsächlicher Hinsicht ÖPP verbundenen Erfahrungen, insbesondere neue Richtlinien hinsichtlich der öffentlichen Auftragsvergabe und des Konzessionsvertrages, haben den Gesetzgeber dazu bewogen, die Regelung dieser Form der Zusammenarbeit vom privaten und öffentlichen Sektor erneut zu analysieren.

---

(Art. 14 Abs. 1). Der Bezug auf die genannten Gesellschaftsformen soll die Vermögenshaftung des jeweiligen öffentlichen Rechtsträgers begrenzen.

- 31 Die Veräußerung der Aktien bzw. der Geschäftsanteile durch den privaten Partner bei der Verletzung dieser Vorschrift und des Art. 16 Abs. 2 ist unwirksam (Art. 16 Abs. 3). Zu den Vorteilen, die mit der Beteiligung eines öffentlichen Rechtsträgers an der Zweckgesellschaft verbunden sind, vgl. u. a. *Bartłomiej Poczowski*, Spółka celowa (SPV) jako instrument realizacji przedsięwzięć formule partnerstwa publiczno-prywatnego, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2015, S. 13–114.
- 32 In einem anderen Bereich ist der für die öffentlichen Finanzen zuständige Minister integriert; die Aufgaben dieses Organs werden mit der Aufsicht über die Staatsausgaben verbunden (Kapitel 5).
- 33 *Blicharz/Kania* (Fn. 7), S. 19; *Borkowski* (Fn. 9), S. 456–457; vgl. auch Fn. 8.
- 34 Wie oben, *Blicharz/Kania* (Fn. 7), S. 19; *Borkowski* (Fn. 9), S. 457.

#### IV. Die Absicherung öffentlicher Interessen im Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens

Zunächst ist daran zu erinnern, dass die Regelung des öffentlichen Vergabewesens in Polen auf die Zwischenkriegszeit zurückgeht. Allerdings war dieses Institut in den Jahren der Zentralverwaltungswirtschaft völlig entstellt worden. Doch entwickelten sich die öffentlichen Aufträge anschließend erneut zu einem wichtigen Instrument bei der Ausführung von Lieferungen, Erbringung von Dienstleistungen und Bauarbeiten, die durch öffentliche Mittel finanziert werden.<sup>35</sup> Wie bereits erwähnt, sind die Ausführungen über die öffentliche Auftragsvergabe in diesem Beitrag dadurch veranlasst, dass das ÖPP-Gesetz in wichtigen Bereichen auf das Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens verweist.

Dementsprechend finden sich die wesentlichen Einschränkungen der Vertragsfreiheit im Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens (Art. 353 mit Index 1. des poln. Zivilgesetzbuches<sup>36</sup>). Ein Teil der Einschränkungen beruht auf Vorschriften des Zivilgesetzbuches, die anderen werden im Recht des öffentlichen Vergabewesens bestimmt. Das Ziel der letztgenannten Einschränkungen ist der Schutz des öffentlichen Interesses, indem der Auftraggeber das günstigste Ergebnis des Verfahrens erreicht und künftig beibehält.<sup>37</sup> Vereinfacht lassen sich zumindest zwei Gründe für die Sorge um das öffentliche Interesse nennen: eine erfolgreiche Ausführung der öffentlichen Aufgabe, wozu der Auftraggeber verpflichtet ist, sowie die Notwendigkeit, die Regeln der Bewirtschaftung öffentlicher Mittel einzuhalten.<sup>38</sup>

Als öffentlich-rechtlich werden meistens die Einschränkungen hinsichtlich Vergabe der öffentlichen Aufträge bezeichnet, die an die öffentlichen Rechtsträger gerichtet sind oder wegen des Schutzes von öffentlichen Interessen festgesetzt werden.<sup>39</sup> Somit haben diejenigen

35 *Henryk Nowicki*, Wprowadzenie do systemu zamówień publicznych, in: Jacek Sadowy (Hrsg.), System zamówień publicznych w Polsce, Urząd Zamówień Publicznych, 2013, S. 15–20.

36 Gesetz v. 23.04.1964., zu finden in GBl. 2016, Pos. 380 in der zuletzt geänderten Fassung.

37 Vgl. *Tadeusz Kocowski*, Kontrola postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, in: Tadeusz Kocowski / Jacek Sadowy (Hrsg.), Kontrola zamówień publicznych, 2013, S. 22–23.

38 In den Veröffentlichungen aus den letzten Jahren wird darauf hingewiesen, dass die Regelung der öffentlichen Aufträge wirtschaftlichen Zwecken (Maximierung der Gewinne des Auftraggebers durch Einsparungen) dient und gleichzeitig ein Werkzeug der Wirtschafts- und Sozialpolitik des jeweiligen Staates darstellt, vgl. *Klich* (Fn. 29), S. 3 ff. m. w. N.

39 Vgl. *Klich* (Fn. 29), S. 135–139. Vertiefend zu den zivilrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Regelungsmethoden der öffentlichen Aufträge sowie dem öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Charakter des öffentlichen Auftrags *Marka Szydło*, Prawna koncepcja zamówienia publicznego, 2014, S. 215–252.

Vorschriften einen öffentlich-rechtlichen Charakter, die das öffentliche Vergabeverfahren regeln<sup>40</sup>, sowie diejenigen, die die Kontrolle über die Vergabe der öffentlichen Aufträge bestimmen. In den beiden Bereichen sind nämlich öffentliche Rechtsträger tätig: der Auftraggeber<sup>41</sup> und der Präsident des Vergabeamts<sup>42</sup>. Beide handeln im öffentlichen Interesse. Die Bestimmungen des Gesetzes über das Recht des öffentlichen Vergabewesens finden auch entsprechende Anwendung bei der Wahl des jeweiligen privaten Partners und beim ÖPP-Vertrag sowie in dem durch das ÖPP-Gesetz nicht bestimmten Bereich, also in den Fällen, in denen die Bestimmungen des Gesetzes über den Konzessionsvertrag keine Anwendung finden.<sup>43</sup>

Unter dem Verfahren wird das Vorgehen von der Einleitung des Verfahrens bis zur Wahl des Angebots des Auftragnehmers verstanden (Art. 2 Pkt. 7a). Dabei hat der Auftraggeber die Hauptrolle als Veranstalter und derjenige, der das Verfahren über die Vergabe des Auftrags durchführt (Art. 15). Zu den Aufgaben des Auftraggebers gehören nach den gesetzlichen Vorgaben unter anderem:

- die Erfüllung der Pflichten, die mit der Bekanntmachung der Ausschreibung verbunden sind (die Offenheit und Aufgeschlossenheit gegenüber dem Wettbewerb),
- die Verifizierung der Auftragnehmer (anhand der gesetzlichen Ausschlussgrundsätze gemäß Art. 24 und hinsichtlich der Erfüllung der durch den Auftraggeber vorgeschriebenen Bedingungen für die Anteilnahme an dem Verfahren – Art. 22 Abs. 1a, Abs. 1b, Abs. 2 und Abs. 2a), weiterhin
- die Erstellung der Spezifikation von wesentlichen Auftragsbedingungen (Art. 29) sowie
- die Durchführung des Verfahrens nach der bestimmten Art und Weise<sup>44</sup>.

40 Anderer Meinung war das Oberste Gericht im Urt. v. 27.02.2009 (V CSK 337/08; OSP 2010/3, Pos. 33). Dazu *Kocowski* (Fn. 9), S. 96 m. w. N.

41 Behörden des öffentlichen Finanzwesens und andere Behörden, die zum Zwecke der Befriedigung allgemeiner Bedürfnisse handeln (Art. 2 Pkt. 12 und Art. 3).

42 Das Zentralorgan der Regierungsverwaltung (Art. 152 Abs. 1 des Gesetzes über das öffentliche Vergabewesen).

43 Die Gesetzesvorschriften über den Konzessionsvertrag dann angewendet, wenn das Entgelt des privaten Partners in einem Recht auf Nutzziehung aus dem Gegenstand der Öffentlich-Privaten Partnerschaft besteht (Art. 4 ÖPP-Gesetz).

44 Das Gesetz über das Recht des Vergabewesens sieht neun Verfahrensarten bei der Vergabe der öffentlichen Aufträge vor, wobei die Anwendung jeder Verfahrensart von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängt. Nicht alle Verfahrensarten können bei dem Verfahren über den Abschluss eines ÖPP-Vertrags angewendet werden, z.B. die

Wie sich aus diesen Regelungen ergibt, sind die Beschränkungen des Auftraggebers im Wesentlichen auf die öffentlich-rechtliche (den Schutz des öffentlichen Interesses bezweckende) Einschränkung der Vertragsfreiheit bei der Auswahl des privaten Geschäftspartners reduziert<sup>45</sup>, was letztendlich zur Wahl des günstigsten Angebots führen sollte, d. h. desjenigen Angebots, das das öffentliche Interesse bestmöglich befriedigt. Das ist auch das Ziel von mehreren rechtlichen Regelungen, die in der Novelle des Gesetzes über das Recht des öffentlichen Vergabewesens vom 22. Juni 2016 enthalten sind und die auf die Implementierung von zwei Richtlinien des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 (2014/24/EU und 2014/25/EU) zurückzuführen sind.<sup>46</sup> Die wesentlichen Änderungen betreffen das Verfahren, unter anderem die Bewertungskriterien der Angebote (Art. 91 Abs. 2). Art. 91 Abs. 2 des Gesetzes über das Recht des öffentlichen Vergabewesens verstärkt im Vergleich zu der vorher geltenden Regelung das Prinzip, wonach der Auftraggeber auch andere Bewertungskriterien der Angebote als den Preis anzuwenden hat, wie etwa die Berücksichtigung sozialer und ökologischer Aspekte, was auch die Möglichkeiten zur Verwirklichung der betroffenen öffentlichen Interessen im jeweiligen Verfahren erweitert. Besondere Aufmerksamkeit hinsichtlich des hier erörterten Schutzes öffentlicher Interessen sollte auch einer neuen Vorgehensweise bei der Vergabe öffentlicher Aufträge geschenkt werden, nämlich der „Innovationspartnerschaft“ (Unterabschnitt 6a). Die Innovationspartnerschaft weicht von dem festen Rahmen der Durchführung des Verfahrens ab, was die Suche nach innovativen, maßgeschneiderten Lösungen, die der Markt zur Zeit nicht anbieten könnte, erleichtert. Das Verfahren der Innovationspartnerschaft bietet überdies eine Chance, innovative Projekte durchzuführen, die auf dem Prinzip der Zusammenarbeit zwischen dem öffentlichen und privaten Sektor sowie den Forschungseinrichtungen fußen. Dabei ergibt sich die Stärke der Innovationspartner-

---

freihändige Vergabe oder die Versteigerung. Unter Berücksichtigung der Definition des Vorhabens kann man annehmen, dass in der Praxis besonders folgende Verfahrensweisen Anwendung finden: Ausschreibung (unbegrenzte und begrenzte, Art. 39 und Art. 47), Verhandlungen mit Bekanntmachung (Art. 54) sowie wettbewerblicher Dialog (Art. 60a). Näher *Katarzyna Płonka-Bielenin*, Zastosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie wyboru partnera prywatnego w ramach instytucji partnerstwa publiczno-prywatnego – wybrane zagadnienia, in: Henryk Nowicki/Paweł Nowicki (Hrsg.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, 2015, S. 378-390.

45 Zu nennen sind bspw. die Vorschriften zur Festlegung von Auftragswert und -gegenstand, Bewertungskriterien und Gründen der Ablehnung des Angebots. Näher *Klich* (Fn. 29), S. 63–84.

46 Vgl. Fn. 13 und 14.

schaft aus der Möglichkeit, die Potenziale dreier Partner zu verbinden: die Welt der Wissenschaft sowie den öffentlichen und privaten Sektor.<sup>47</sup>

Ein bedeutender Bestandteil der rechtlichen Regelung zum öffentlichen Vergabewesen ist die Kontrolle bei der Auftragsvergabe. Die Vorschriften über die Kontrolle des Verfahrens bei der Vergabe der öffentlichen Aufträge finden auch bei der Wahl des privaten Partners im Rahmen der ÖPP-Zusammenarbeit Anwendung.

Bei der Beschreibung des Kontrollsystems der öffentlichen Aufträge ist hervorzuheben, dass nicht alle rechtlichen Lösungen in diesem Bereich unmittelbar zum Schutz des öffentlichen Interesses beitragen. Es handelt sich um die Vorschriften über die Kontrollmöglichkeiten des Verfahrens über die Vergabe öffentlicher Aufträge, die den Auftragnehmern (und Bietern) zustehen, d. h. denjenigen, die an der Erteilung eines öffentlichen Auftrags interessiert sind. Die Auftragnehmer (und Bieter) nehmen zum Schutz ihrer privaten Interessen die ihnen zuerkannten Rechtsmittel in Anspruch: die Berufung (Art. 180) und die Klage bei einem ordentlichen Gericht (Art. 198a). Da in dem durch die Berufung des Auftragnehmers eingeleiteten Verfahren die Übereinstimmung des Vergabeverfahrens mit den Bestimmungen des Vergaberechts untersucht wird, lässt sich feststellen, dass dieses Verfahren auch für den Schutz des öffentlichen Interesses von Vorteil ist.<sup>48</sup>

Zum Schutz des öffentlichen Interesses trägt vor allem die durch den Präsidenten des Vergabeamts durchgeführte Kontrolle bei.<sup>49</sup> Die Kontrolle hat zum Ziel, die Übereinstimmung des jeweiligen Vergabeverfahrens mit den Bestimmungen des Gesetzes und den Vollstreckungsakten, die anhand der in ihnen enthaltenen Delegationen verabschiedet wurden (Art. 161 Abs. 2), zu überprüfen. Gemeint sind damit die Regeln und Standards, die das Erzielen des besten Ergebnisses gewährleisten.<sup>50</sup>

Zu nennen sind dabei insbesondere die allgemeinen Regeln des Verfahrens über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags, die im Grunde genommen die Richtlinien für die Verwirklichung des öffentlichen Interesses in solchen Verfahren sind, d. h. die Vorschriften des lautereren Wettbewerbs und der Gleichbehandlung der Auftragnehmer gemäß den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz (Art. 7).

---

47 *Małgorzata Borowiak / Tomasz Siedlecki*, Nowy tryb – partnerstwo innowacyjne, in: *Monitor Zamówień Publicznych*, 2016, Nr. 9, S. 28–30.

48 Vgl. *Kocowski* (Fn. 37), S. 28–32.

49 Sonderregelungen betreffen die Kontrolle der öffentlichen Aufträge durch die Oberste Kontrollkammer und regionale Rechnungskammern, vgl. *Kocowski* (Fn. 37), S. 36–37.

50 *Szydło* (Fn. 39), S. 112–123.

Insoweit ist vor allem auf die Zuständigkeiten des Präsidenten des Vergabeamts hinzuweisen, nach denen er berechtigt ist, die schon abgeschlossenen Verträge für ungültig zu erklären (Art. 146 Abs. 1 Pkt. 6). Der Präsident des Vergabeamtes kann bei Gericht beantragen, den jeweiligen Vertrag rückgängig zu machen, falls der Auftraggeber rechtswidrig eine Handlung vorgenommen hat oder es unterlassen hat, diese vorzunehmen, was den Ausgang des Verfahrens beeinflussen könnte bzw. hätte beeinflussen können. Als Kläger tritt er auch als der Vertreter des öffentlichen Interesses auf.<sup>51</sup>

## V. Die Absicherung öffentlicher Interessen im Gesetz über den Konzessionsvertrag

Beim Übergang zur Erörterung der Vorschriften des Gesetzes über den Konzessionsvertrag vom 21. Oktober 2016 in dem hier interessierenden Bereich ist daran zu erinnern, dass das Gesetz eine Sonderform des ÖPP-Vertrags regelt – den „Vertrag über die Konzession“ – und in zwei Fragen auf das Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens verweist, nämlich bei den zuständigen Organen und den Rechtsschutzmöglichkeiten.

Im Vergleich zum vorherigen Rechtsrahmen<sup>52</sup> stellt das Gesetz über den Konzessionsvertrag eine umfangreiche Regelung dar, die flexiblere Lösungen einführt.<sup>53</sup> Dies ist darauf zurückzuführen, dass das neue Gesetz über den Konzessionsvertrag die Bestimmungen der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates 2014/23/EU über die Vergabe von Konzessionen<sup>54</sup> implementiert; denn diese Richtlinie regelt ein breites Spektrum der Fragen zum Verfahren bei der „Vergabe der Aufträge in Form von Konzessionen durch die auftraggebenden Institutionen und Rechtsträger“ (Art. 1 Abs. 1).<sup>55</sup> Wie in der Begründung des Entwurfs festgestellt wurde, hat das neue Gesetz – laut der Präambel

51 *Ryszard Szostak / Jacek Skoczny*, System zamówień publicznych w Polsce, 2013, S. 321–323.

52 Gemeint ist das Gesetz über Konzessionen für Bauarbeiten oder Dienstleistungen, vgl. Fn 11. Näher zum o.g. Gesetz *Popowska* (Fn. 10), S. 234–236 sowie *Popowska* (Fn. 25), insbesondere S. 84–92.

53 Vgl. *Andrzej Panasiuk*, Zasadnicze kierunki zmian regulacji prawnej koncesji na roboty budowlane lub usługi w świetle nowej dyrektywy 2014/13/EU, Samorząd Terytorialny 2015, S. 61.

54 Vgl. Fn. 15.

55 Zur o.g. Richtlinie u. a. *Panasiuk* (Fn. 53), S. 53–62; vgl. auch die eingehende Beschreibung des Verfahrens bei *Michał Kania*, Postępowanie koncesyjne w świetle nowej dyrektywy europejskiej, Prawo zamówień publicznych 2015, S. 85–93.

– zum Ziel, klare und transparente Regeln und Verfahrensweisen bei der Auftragsvergabe in Form von Konzessionsverträgen über Bauarbeiten oder Dienstleistungen einzuführen, was die Übereinstimmung mit dem in diesem Bereich geltenden Recht der EU absichern soll. Diese Verfahren sollen im Vergleich zu dem Verfahren über die Vergabe eines „einfachen“ öffentlichen Auftrags vereinfacht sein, zugleich sollen sie die Ausführung des öffentlichen Interesses möglichst im vollen Umfang gewährleisten.

Beide Gründe spiegeln sich in den Vorschriften wider, die „das Verfahren über den Abschluss des Konzessionsvertrags“ regeln (Kapitel 5). Das Gesetz lässt die Veranstaltung des Verfahrens im Ermessen des Auftraggebers, wobei nun die Grundelemente des Verfahrens bestimmt werden, die der jeweilige Auftraggeber anwenden kann (Art. 28 und Art. 29). Der Gesetzgeber will erreichen, dass die Auftraggeber selbst das Verfahren über die Wahl des Auftragnehmers bestimmen können und dabei in dem größtmöglichen Ausmaß das öffentliche Interesse befriedigen.

Ein wesentlicher Bestandteil des hier erörterten Verfahrens ist die Bestimmung der Qualifizierungskriterien bei der Auswahl von Auftragnehmern sowie der Bewertungskriterien für das Angebot. Der Gesetzgeber setzt – unter Berücksichtigung des Schutzes öffentlicher Interessen – die Bestimmungsrahmen für beide Elemente fest. Hinsichtlich der durch den Auftraggeber erfolgenden Bestimmung der Qualifizierungskriterien für die Auftragnehmer ist auf die Vorschriften hinzuweisen, nach denen die Kriterien der wirtschaftlichen bzw. finanziellen Leistungsfähigkeit sowie der technischen und beruflichen Leistungen mit dem Gegenstand des jeweiligen Konzessionsvertrages proportional zu dem Gegenstand verbunden sein sollen; mit hierher gehören ferner Vorschriften, die den tatsächlichen Wettbewerb sichern sowie es dem Auftraggeber ermöglichen sollen, das Potential des jeweiligen Auftragnehmers zur Ausführung des Konzessionsvertrags zu überprüfen (Art. 33 Abs. 1 und Abs. 2). Auch die durch den Auftraggeber bestimmten Bewertungskriterien der Angebote sollen mit dem Vertragsgegenstand verbunden sein und in den Vergabedokumenten von den wichtigsten bis zu weniger wichtigen aufgelistet werden. Als solche Kriterien können insbesondere Umweltfaktoren sowie soziale oder innovative Faktoren des Gegenstands des Konzessionsvertrages gelten (Art. 37 Abs. 1 und Abs. 2).

Außer den oben angeführten, verweisen auch andere neue rechtliche Vorschriften über das Verfahren zur Auswahl des jeweiligen privaten Partners auf die öffentlichen Zwecke, denen sie zu dienen haben,

darunter die Sicherung des lautereren Wettbewerbs, die Gleichbehandlung, die Verhältnismäßigkeit und die Transparenz (Art. 12). Zu erwähnen sind insbesondere die Vorschriften über die Erteilung von Auskünften, Zugänglichmachung der Dokumente, Kommunikation zwischen dem Auftraggeber und den Verfahrensbeteiligten (Art. 13 und Art. 14) und über die Bekanntmachung (Kapitel 4).

Dem öffentlichen Interesse soll auch die viel eindeutiger Bestimmung von „wirtschaftlichem Risiko“ als Definitionsbestandteil des jeweiligen Konzessionsvertrags dienen, das das mit dem Bedarf und der Nachfrage verbundene Risiko sowie das Übertragungsprinzip des so verstandenen Risikos auf den Auftragnehmer umfasst (Art. 3 Abs. 3).<sup>56</sup>

Das Gesetz über den Konzessionsvertrag implementiert auch andere Vorgaben der Bestimmungen der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates 2014/23/EU vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Konzession. Die neuen rechtlichen Lösungen in der polnischen Rechtsordnung hinsichtlich ÖPP sind Sonderverträge über die Konzession wie z. B. Konzessionsvertrag über soziale Dienstleistungen oder andere Sonderleistungen<sup>57</sup> (Kapitel 8). Kennzeichnend für diese Verträge ist nicht nur die Art des Leistungsgegenstandes, sondern auch das zum Vertragsabschluss führende Verfahren. Grundsätzlich vereinfacht das Gesetz das Abschlussverfahren solcher Verträge, indem die Anwendung der Gesetzesvorschriften, darunter auch die Vertragsabschlussbedingungen, bis auf die genannten Ausnahmen ausgeschlossen werden (Art. 51 Abs. 1 und Abs. 2). Der Auftraggeber hat somit eine größere Freiheit bei der Gestaltung des jeweiligen Verfahrens, welches das bestmögliche Ergebnis sichern sollte, d. h. eine optimale Auswahl des Auftragnehmers nach den Bedürfnissen.

Bei der Erörterung der öffentlich-rechtlichen Regelungen des Gesetzes über den Konzessionsvertrag ist auch auf die Tatsache hinzuweisen, dass wegen der Ähnlichkeit zwischen den Richtlinien 2014/23 und 2014/24 sowie 2014/25 das Gesetz eine ganze Reihe analoger Lösungen enthält wie diejenigen, die zum Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens im Rahmen einer großen Novelle vom 22. Juni 2016 eingeführt wurden. Von engen Verbindungen zwischen dem Gesetz über den Konzessionsvertrag und dem Gesetz über das Recht des öffentlichen

---

56 Vgl. Art. 1 Abs. 3 des Konzessionsvertrages von 2009. Erörtert werden diese Fragen u. a. von *Panasiuk* (Fn. 53), S. 63.

57 Sie werden im Anhang Nr. 4 zu der Richtlinie 2014/23/EU aufgelistet: „Dienstleistungen aus dem Bereich Gesundheitswesen, soziale und verbundene Dienstleistungen, Verwaltungsleistungen, soziale Leistungen, Bildungsleistungen, Leistungen im Bereich der Gesundheitspflege, Kultureilleistungen, Postleistungen“.

Vergabewesens zeugen unter anderem die Erklärungen der verwendeten Begriffe, die an die Definitionen aus dem Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens angelehnt sind oder hierauf verweisen, z. B. der Begriff der Dienstleistungen (Art. 2 Pkt. 9) und der Begriff des Auftraggebers (Art. 2 Pkt. 11) sowie bei der Angabe der Organe, die für die mit dem Konzessionsvertrag verbundenen Angelegenheiten zuständig sind. Dabei weist das Gesetz auf den Präsidenten des Vergabeamts und die Nationale Berufungskammer hin (Kapitel 9).<sup>58</sup> Im Zusammenhang mit den Zuständigkeiten dieser Organe bewegt sich auch die Regelung über die den Auftragnehmern zustehenden Rechtsschutzmöglichkeiten. Die Systematik dieses Rechtsschutzes hat dieselbe Grundstruktur wie das Rechtsschutzsystem im Vergaberecht (Kapitel 10).<sup>59</sup>

Es ist hervorzuheben, dass die neue Regelung in diesem Bereich eine grundlegende Änderung im Vergleich zu der Regelung des Vorläufer-Gesetzes über den Konzessionsvertrag vom 9. Januar 2009 darstellt. Letzteres eröffnete für den Rechtsschutz eine Klagemöglichkeit vor dem Verwaltungsgericht, die dem Rechtsträger zusteht, der ein Interesse an dem Abschluss des Vertrages hatte bzw. hat und der einen Schaden wegen einer Verletzung der Vorschriften des Gesetzes durch den Auftraggeber davongetragen hat bzw. davontragen kann (Art. 27).<sup>60</sup>

In Bezug auf die zuletzt angesprochenen Änderungen des Gesetzes über den Konzessionsvertrag ist auch zu erwähnen, dass die frühere Regelung, die eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle vorschrieb, die Argumente für eine Verstärkung des öffentlich-rechtlichen Charakters der Konzessionsverträge lieferte und somit die Forderung begründete, eine Sonderkategorie der Verträge in das polnische Rechtssystem nach

58 Zugleich werden in der Rechtslehre Systemunterschiede und funktionelle Unterschiede zwischen einem klassischen öffentlichen Auftrag und einer Konzession betont, wobei meistens auf das Element des Risikos des Rechtsträgers hingewiesen wird, der die jeweilige Konzession ausführt, vgl. insbesondere *Panasiuk* (Fn. 53), S. 55–57.

59 Somit besteht das System aus Folgendem: Berufung zur Nationalen Berufungskammer und Klage an das Bezirksgericht.

60 Die Regelung zum Konzessionsvertrag verweist in Bezug auf das Verfahren ergänzend auf die Vorschriften des Gesetzes über das Recht des Verfahrens vor den Verwaltungsgerichten v. 30.08.2002 (siehe GBl. 2016., Pos. 718 in der zuletzt geänderten Fassung). Zum Rechtsschutzsystem im Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens und im Gesetz über Konzessionen s. *Popowska* (Fn. 10), S. 231–236 sowie *Popowska* (Fn. 25), S. 89–93. In dem geltenden Gesetz wird vom Grundsatz der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte abgewichen, was in der Begründung des Entwurfs durchaus plausibel erläutert wird, u. a. dadurch, dass die Verwaltungsgerichte lediglich eine Kontrolle über die Rechtmäßigkeit des Verfahrens vornehmen, ohne dabei den zivilrechtlichen Charakter dieses Vertrages zu berücksichtigen, überdies, dass das verwaltungsgerichtliche Verfahren keine Fristen zur Entscheidung über die Sache vorsieht, was das Verfahren verlängert (S. 38 der Begründung).

Vorbild der deutschen Rechtsordnung<sup>61</sup> einzuführen – die Verwaltungsverträge.<sup>62</sup> Die Änderung des Rechtsschutzsystems im Bereich des Verfahrens über den Abschluss eines Konzessionsvertrags sollte jedoch die wissenschaftlichen Debatten über das Bedürfnis nach einer neuen rechtlichen Form der Geschäftstätigkeit der öffentlichen Rechtsträger mit den privaten Rechtsträgern in Gestalt eines Verwaltungsvertrags nicht beeinflussen und schon gar nicht beenden. Es geht um eine Erweiterung des Instrumentenspektrums der Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung und zwar insbesondere in den Fällen, in denen die Verwaltung nicht in Rechte und Pflichten der Bürger eingreift, sondern eher private Rechtsträger oder die, die mit ihnen bei der Erledigung öffentlicher Aufgaben zusammenarbeiten, unterstützt.<sup>63</sup>

## VI. Eine Zwischenbilanz: Zur Notwendigkeit einer Änderung der ÖPP-Regelungen

Nach alledem spricht vieles dafür, die grundlegenden Fragen der Öffentlich-Privaten Partnerschaft von Anbeginn neu zu bestimmen. Das geltende ÖPP-Gesetz von 2008 regelt nur teilweise einige Fragen, indem es im Allgemeinen auf das Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens sowie auf das Gesetz über den Konzessionsvertrag verweist. Das erstgenannte Vergabegesetz wurde jedoch mit der Novelle von 2016 gründlich abgeändert, das zweitgenannte Gesetz – ebenfalls im Jahre 2016 verabschiedet – stellt im Vergleich mit dem Gesetz über den Konzessionsvertrag von 2009 eine ganz neue Regelung dar. Dabei ist daran zu erinnern, dass sowohl die Novelle des Gesetzes über das Recht des öffentlichen Vergabewesens als auch das Gesetz über den Konzessionsvertrag eine Folge der Implementierung der genannten

61 Vgl. § 54 ff. des deutschen VwVfG. Hinzuzufügen ist, dass der Verwaltungsvertrag auch in anderen Staaten nach dem deutschen Vorbild eingeführt wurde, vgl. u.a. *Agnieszka Kubiak-Kozłowska*, *Formy konsensualne w postępowaniu administracyjnym*, in: Jan Zimmermann (Hrsg.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego – Zjazd Katedr Prawa Administracyjnego i Postępowania Administracyjnego*. Zakopane 24–27 września 2006 r., 2009, S. 442–450.

62 Vgl. *Bożena Popowska*, *Decyzja i umowa jako formy działania podmiotów administracji gospodarczej; konkurencja, współwystępowanie czy alternatywa?*, in: *Bożena Popowska* (Hrsg.), *Instrumenty i formy działania administracji gospodarczej*, 2009, insb. S. 112–115 m.w.N., davon insb. *Ziemowit Cieślaka*, *Umowa administracyjna w państwie prawa*, 2004.

63 Das Institut des Verwaltungsvertrags wird als eine besondere Form des Verwaltungshandels angesehen, s. hierzu: *Gesetzentwurf über Allgemeine Vorschriften des Verwaltungsrechts v. 19.03.2008; Sejm RP VI Kadencja – Druck 3942; abrufbar unter: <http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/WWW-wszystkie/3942?OpenDocument> <04.10.2017>.*

EU-Richtlinien sind, die im Jahre 2014 erlassen wurden.<sup>64</sup> Es ist auch hervorzuheben, dass die beiden genannten Gesetze (die Novelle des Gesetzes über das Recht des öffentlichen Vergabewesens sowie das Gesetz über den Konzessionsvertrag) getrennt die Verträge bestimmen („öffentliche Aufträge“ und „Konzessionsvertrag über die Bauarbeiten oder Dienstleistungen“), die durch einen öffentlichen Rechtsträger mit dem Unternehmer abgeschlossen werden sowie getrennt die Verfahren über den Vertragsabschluss und den Rechtsschutz bestimmen. Diese Gesetze behandeln jedoch nicht die Charakteristika der ÖPP und enthalten auch keine Legaldefinitionen. Sie präsentieren zudem weder ein normatives Muster des ÖPP-Vertrags<sup>65</sup>, noch regeln sie ganzheitlich die Rolle der staatlichen Organe gegenüber ÖPP. Ausnahmen sind die Kontrollzuständigkeiten des Präsidenten des Vergabeamts, die auch die Verfahrensweise bei der Auswahl des privaten Partners im Rahmen der ÖPP umfassen, sowie die Entscheidungszuständigkeiten der Nationalen Berufungskammer.

Es fehlt demnach ein Gesetz, das die begrifflichen Grundlagen für ÖPP enthält und das Verhältnis des Staates zu diesem Rechtsinstitut klärt, darunter die Aufgaben der für ÖPP zuständigen Organe. Solch ein Gesetz müsste mit den Vorschriften des Gesetzes über das Recht der öffentlichen Aufträge sowie des Gesetzes über den Konzessionsvertrag, die auch für ÖPP Anwendung finden, abgestimmt sein.<sup>66</sup> Wie bereits hervorgehoben, genügt das geltende Gesetz diesen Anforderungen nicht.

Der vorgelegte Entwurf des Gesetzes über die ÖPP<sup>67</sup> ist bemüht, die bisherigen Defizite zu bereinigen. Die Begründung des Entwurfs hebt hervor, dass er unter anderem die Verbesserung des rechtlichen Umfeldes der ÖPP zum Ziel habe, zu der die Anpassung der Vorschriften des

---

64 Der Erlass der Konzessionsrichtlinie kann als Bestätigung dafür angesehen werden, dass im Bereich des EU-Rechts „klassische“ öffentliche Aufträge getrennt von Konzessionsverträgen betrachtet werden.

65 Es ist hinzuzufügen, dass das Recht der öffentlichen Aufträge in einzelnen Bereichen den Inhalt des Vertrags über den öffentlichen Auftrag regelt, z. B. in Art. 142 Abs. 5 (in dieser Vorschrift geht es um obligatorische inhaltliche Elemente von Verträgen mit einer Vertragslaufzeit von über 12 Monaten), was auch einen ÖPP-Vertrag auf Grund des Verweises in Art. 4 des ÖPP-Gesetzes betrifft.

66 Ein alternativer Vorschlag ist der Erlass eines Gesetzes, das den sachlichen Inhalt der drei hier beschriebenen Gesetze umfasst, d. h. die Fragen aus dem Bereich öffentlicher Aufträge und der Öffentlich-Privaten Partnerschaft samt der Sonderregeln zum Konzessionsvertrag. Diese Forderung hat *Kocowski* (Fn. 9), wie oben vorgebracht, wobei er betonte, dass die Frage der Konzession in dem Recht des öffentlichen Vergabewesens in seinem ursprünglichen Wortlaut schon geregelt wurde, vgl. S. 97.

67 Vgl. Fn. 19.

ÖPP-Gesetzes an die Änderungen beitragen sollte, die im Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens 2016 und im neuen Gesetz über den Konzessionsvertrag eingeführt wurden. Diese Änderungen sollten – laut dem Gesetzgeber – zur größeren Flexibilität des Vertragsabschlusses durch die öffentliche Hand beitragen. Das Bestreben der Entwurfsersteller ist auch die Abschaffung bestimmter rechtlicher Einschränkungen für die Unternehmer, die privates Kapital in ÖPP-Vorhaben anlegen wollen; dazu soll die Einführung der Vorschriften beitragen, die *expressis verbis* unter anderem eine Anpassung an weltweit angenommene Standards für den ÖPP-Bereich vornehmen.

Es ist hier nicht der Ort für eine umfassende Würdigung des umfangreichen Entwurfs. Stattdessen sind nur einige ausgewählte Aspekte näher zu beleuchten, und zwar vornehmlich die, die sich dort erstmals normativ niedergeschlagen haben und – wie im Entwurf explizit hervorgehoben – den Schutz des öffentlichen Interesses bezwecken. Dies betrifft vor allem die Regelungen der Aufgaben des für ÖPP zuständigen Organs. Zu erwähnen sind außerdem einige Vorschriften des Entwurfs, die – namentlich bei den liberalen Grundsätzen für die ÖPP – von der derzeit geltenden Rechtsordnung abweichen. Solche Vorschriften stehen meist im Kontext mit anderen, die auf die Berücksichtigung des öffentlichen Interesses pochen. Beispiele liefern die Regelungen hinsichtlich der Verfahren über die Wahl eines privaten Partners und die Verwendung der Form einer Gesellschaft. Da an diesem Entwurf noch gearbeitet wird, kann sich der Wortlaut einiger Vorschriften vor der Vorlage im Sejm allerdings noch ändern.<sup>68</sup> Deshalb und wegen des in diesem Beitrag nur begrenzt zur Verfügung stehenden Raums beschränken sich die hier angestellten Überlegungen auf prinzipielle Aspekte.

## VII. Ausgewählte Regelungen zum Schutz des öffentlichen Interesses im Entwurf zu der ÖPP-Novelle

### 1. Aufgaben des zuständigen Organs in Partnerschaftssachen

Das ÖPP-Gesetz enthält – wie erwähnt – eine Vorschrift, die die Aufgaben des zuständigen Ministers für die regionale Entwicklung bestimmt (Art. 3). Im Vergleich zu dieser Regelung sieht der Entwurf der Novelle eine breite Regelung der Aufgaben und Zuständigkeiten des für ÖPP

---

68 Vgl. Fn. 19.

zuständigen Organs vor, die sich in einem zusätzlichen Kapitel 4a finden. Das Organ ist der für Angelegenheiten der regionalen Entwicklungen zuständige Minister (zur Zeit der Minister für die Entwicklung und die Finanzen). Nach der Entwurfsbegründung zielt die neue Regelung darauf ab, einer mit starken Befugnissen ausgestatteten Einheit in der öffentlichen Verwaltung wesentliche Funktionen in dem Bereich ÖPP anzuvertrauen, so wie es in mehreren EU-Mitgliedstaaten der Fall ist. Da diesem Organ entsprechende Werkzeuge zur Verfügung gestellt werden, soll es dazu dienen, den Inlandsmarkt der ÖPP effektiv zu beeinflussen. Solch ein Konzept, das dem zuständigen Minister für die regionale Entwicklung die Zuständigkeiten im Rahmen der ÖPP anvertraut, wird in den Vorschriften der EU-Verordnung Nr. 1303/2013 vom 17. Dezember 2013 begründet. Diese bestimmen die allgemeinen Vorschriften über Fonds der EU für 2014–2020.<sup>69</sup> In dem Entwurf sind Musteraufgaben des zuständigen Organs angegeben. Das sind unter anderem die Verbreitung von und Werbung für best-practice-Empfehlungen im Bereich ÖPP, die Vorbereitung und Verbreitung von Musterverträgen für ÖPP, die Richtlinien und andere Dokumente, die bei der Planung und der Ausführung der ÖPP verwendet werden, das Pflegen einer Datenbank über ÖPP<sup>70</sup> sowie die Analyse und Bewertung der Funktionsfähigkeit von ÖPP, darunter der jeweiligen Lage und der finanziellen Perspektiven beim Einsatz des privaten Sektors.

Mit der zuletzt genannten Aufgabe verbindet sich die in dem Entwurf enthaltene neue Regelung zu Auskunftspflichten des an einer ÖPP beteiligten öffentlichen Rechtsträgers gegenüber dem zuständigen (Überwachungs-)Organ. Dabei geht es vor allem um den Vergleich und die Bewertung von Verträgen über Vertrags-ÖPP, über Projektgesellschaften und mit etwaigen Tochtergesellschaften des privaten Partners.<sup>71</sup>

Eine weitere Neuregelung, die zur polnischen Rechtsordnung vorgeschlagen wurde, ist ein sogenannter negativer ÖPP-Test, d.h. ein

69 Amtsblatt der EU v. 10.12.2013, Nr. L 347, S. 320. Zu erwähnen ist, dass nach geltender Rechtslage die Investitionen, die über mehrere Jahre in Programmen eingeplant sind und die in den Vorschriften über öffentliche Finanzen angegeben werden, einer Entscheidung des für die Sachen der regionalen Entwicklung zuständigen Ministers unterliegen, vgl. Art. 19 des Gesetzes über die Regeln des Betreibens von der regionalen Politik v. 06.12.2006, (d. h. GBl. 2006, Pos. 383 in der zuletzt geänderten Fassung), die Entwicklungsprogramme mit einem Wert von über 300 Mio. Złoty werden dem Ministerrat zur Bearbeitung vorgelegt.

70 Diese Datenbank wird durch den für die regionale Entwicklung zuständigen Minister anhand der von den öffentlichen Rechtsträgern eingeholten Informationen erstellt.

71 Der Umfang der Informationen über den Vertrag ist groß und umfasst u.a. die Auswahlverfahren des jeweiligen privaten Partners, den Wert der Investitionen und den Wert der Dienstleistung sowie den Wert des Vertrags.

Zustimmungsvorbehalt zur Ausführung von Vorhaben, wenn der Wert der Zuschüsse aus dem Budget des Staates größer oder gleich dem Wert von 300 Millionen Złoty ist, mit Ausnahme der Projekte, die aus der EU finanziert werden (vorgeschlagener Art. 16c Abs. 2).<sup>72</sup> Hinzuzufügen ist, dass in dem Entwurf nicht nur die Investitionen im Rahmen der ÖPP angesprochen werden, sondern auch die anderweitig ausgeführten Investitionen. In dem letzteren Fall hat der negative ÖPP-Test zum Ziel, die Richtigkeit der Ausführung des Vorhabens außerhalb der ÖPP-Form zu bewerten. Der Gesetzentwurf bestimmt eingehend das Verfahren der Zustimmung zur Ausführung des Vorhabens durch den Minister in einer anderen Form als ÖPP; das ordnungsgemäß durchlaufene Zustimmungsverfahren ist Voraussetzung für eine erfolgreiche Entscheidung. Die Erteilung einer Zustimmung setzt den Nachweis voraus, dass die Ausführung des Vorhabens auf die in dem Antrag bestimmte Weise „für das öffentliche Interesse am günstigsten ist, insbesondere, dass sie eine hohe Qualität der Aufgabenausführung durch den öffentlichen Rechtsträger und sparsame Verwendung der Ressourcen sichert“ (Art. 16d Abs. 1a nach dem Gesetzentwurf).<sup>73</sup>

Nach dem Entwurf wird die Zustimmung und Verweigerung der Zustimmung kein Verwaltungsbescheid und auch keine Zusicherung der Finanzierung aus dem Staatsbudget sein. Der Entwurf sieht vielmehr einen Rechtsbehelf gegen die Entscheidung des Ministers vor, falls die Erteilung der Zustimmung verweigert wird. In diesem Fall kann man sich mit dem gleichen Antrag an den Ministerrat wenden.<sup>74</sup> Die Zustimmung des Ministerrates ersetzt dann die Zustimmung des Ministers.

Wenn die Zustimmung nicht erforderlich ist, kann sich der öffentliche Rechtsträger an den zuständigen Minister mit dem Antrag wenden, ein nicht verbindliches Gutachten zu der geplanten ÖPP zu erlassen. In der Begründung des Entwurfs wird darauf hingewiesen, dass der Erlass eines unverbindlichen Gutachtens auch die Kosten der Geschäftstätigkeit durch die potenziellen privaten Partner senken sollte.<sup>75</sup>

72 Zu erinnern ist auch daran (Fn. 19), dass vor der Übergabe des Entwurfs an den Sejm Änderungen vorgenommen werden können, darunter auch solche, die den negativen Test betreffen.

73 In der Begründung des Entwurfs wurde erklärt, dass – wenn der Minister zustimmt – das Projekt als ÖPP ausgeführt werden sollte (S. 26).

74 Der öffentliche Rechtsträger stellt den Antrag über den zuständigen Minister. Der Minister kann dem Antrag stattgeben, die Verweigerung rückgängig machen und eine Zustimmung erteilen (Selbstkontrolle). Ansonsten hat der Ministerrat zu entscheiden.

75 Zurzeit ergibt sich aus dem Verhältnis aller abgeschlossenen ÖPP-Verträge zu allen veröffentlichten Bekanntmachungen, dass lediglich jedes vierte Verfahren mit einem

## 2. Änderungen im Verfahren zur Auswahl des privaten Partners

Eine der wichtigsten Änderungen in dem Entwurf zum ÖPP-Gesetz betrifft die Verpflichtung des öffentlichen Rechtsträgers, vor der Einleitung des Auswahlverfahrens die Rentabilität der Vorhabenverwirklichung im Vergleich mit einer anderweitigen Realisierung (insbesondere ausschließlich aus öffentlichen Mitteln) zu bewerten (Art. 2a).<sup>76</sup> Dieser Vorschlag zeugt zweifelsohne von dem Bemühen, das öffentliche Interesse hinsichtlich des Einsatzes öffentlicher Mittel verstärkt zur Geltung zu bringen. Ein vergleichbares Bemühen um die Verstärkung des Schutzes öffentlicher Interessen lässt sich auch den Vorschlägen des Entwurfs zur Novelle des ÖPP-Vertrags entnehmen, die sich auf die Verfahrensfragen beziehen.

In der Gesamtbetrachtung ist hervorzuheben, dass der ÖPP-Gesetzesentwurf nicht die Regel ändert, wonach die Auswahl eines privaten Partners nach den Vorschriften eines der beiden Hauptgesetze (Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens und Gesetz über den Konzessionsvertrag) zu erfolgen hat. Das Novum ist, dass es zur Regel werden soll, die in dem Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens vorgeschriebenen Verfahrensweisen anzuwenden. Der öffentliche Rechtsträger kann sich jedoch in den bestimmten Fällen für das Verfahren entscheiden, das in dem Gesetz über den Konzessionsvertrag vorgeschrieben ist.<sup>77</sup> Die Änderung hat zum Ziel, das Risiko zu eliminieren, ein nicht ordnungsmäßiges Verfahren über die Auswahl des privaten Partners zu wählen. Der Entwurf behält auch die im ÖPP-Gesetz angenommene Regel (in Anlehnung an das „günstigste Angebot“ – Art. 6) bei, indem die Wahl eines Angebots je nach Höhe der Vergütung des privaten Partners ausgeschlossen wird. Die Änderung gegenüber der aktuellen Rechtslage stellt dagegen auf die Bewertungskriterien für die Angebote ab; der Entwurf weist auf einen Katalog der Musterbewertungskriterien für die Angebote hin, die jedoch – abweichend von der

---

Vertragsabschluss endet. Private Partner, wenn sie eine Entscheidung für die Beteiligung an einer ÖPP treffen, werden besser vorbereitete Projekte wählen, d.h. solche, die den Anschein erwecken, mit einem Vertragsabschluss beendet werden zu können. Ein positives Gutachten des zuständigen Ministers wird gerade auf diese Investitionen hinweisen.

76 In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass die einschlägige Lösung des ÖPP-Gesetzes von 2005 einer der Gründe für die fehlende praktische Anwendung der ÖPP-Form gewesen sei, vgl. Fn. 8.

77 Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 des Gesetzes nach dem Entwurf sowie der ergänzte Abs. 2a.

derzeitigen Gesetzeslage – nicht obligatorisch sind.<sup>78</sup> Diese Änderung sollte zu einer größeren Flexibilität bei der Auswahl der privaten Partner beitragen, was für den Schutz des öffentlichen Interesses vorteilhaft ist.

### 3. Verwendung der gesellschaftlichen Organisationsformen

Eine ganze Reihe der im Entwurf der Novellen zum ÖPP-Gesetz enthaltenen Regelungen, die sich auf die Verwendung gesellschaftsrechtlicher Organisationsformen beziehen, sind für öffentliche Rechtsträger von Vorteil. Die Liberalisierung der Zusammenarbeit wird jedoch durch die Regelungen begleitet, die dem öffentlichen Interesse dienen. So ist (nach der Wahl des günstigsten Angebots) beispielsweise eine neue Option die Zulassung von Verträgen mit einer Tochtergesellschaft des ausgewählten privaten Partners – d. h. die Bildung einer Zweckgesellschaft, die in dieser Form in der internationalen Praxis bei der Durchführung von ÖPP verbreitet ist. Mit dieser Organisationsform verbindet die geplante Novelle Vorschriften, die dem privaten Partner die Haftung für Schäden auferlegt, die darauf zurückzuführen sind, dass der Tochtergesellschaft die Mittel für die Aufgabendurchführung nicht zur Verfügung gestellt werden – auch dies dient nach dem Entwurf ausdrücklich dem Schutz des öffentlichen Interesses.

Eine andere, für die privaten Rechtsträger vorteilhafte Regelung ist die Änderung der Vorschriften, die für zu streng gehalten werden und die Ausführung des ÖPP-Vertrags durch die von öffentlichen und privaten Akteuren gemeinsam gegründete Gesellschaft regeln (Art. 14 des ÖPP-Gesetzes). Die vorgesehene Novelle sieht unter anderem eine Möglichkeit vor, den privaten Partner zu der schon bestehenden Gesellschaft des öffentlichen Rechtsträgers zuzulassen. Die Folge der in dem Entwurf geplanten Regelungen hinsichtlich der Vertragsdurchführung (Ausführung der Partnerschaft) in Form einer Gesellschaft ist die Einführung von Vorschriften zum ÖPP-Gesetz, die die Position des privaten Partners in der Gesellschaft verstärken sollten. Dem dient unter anderem die Erweiterung des Katalogs der Situationen, in denen die für die Gesellschaft verbindlichen Entscheidungen der Zustimmung aller Gesellschafter bzw. Aktionäre bedürfen.

---

78 Im Sinne des Art. 6 Abs. 2 des ÖPP-Gesetzes sind obligatorische Bewertungskriterien für die Angebote wie folgt: Aufteilung der Aufgaben und Risiken, die mit dem Vorhaben zwischen dem öffentlichen Rechtsträger und dem jeweiligen privaten Partner verbunden sind, sowie Fristen und Höhe der vorgesehenen Zahlungen.

## VIII. Schlussbemerkungen

Das weit verstandene System der öffentlichen Aufträge, das auch ÖPP umfasst, wird in Polen durch drei Gesetze geregelt: das ÖPP-Gesetz, das Gesetz über den Konzessionsvertrag und das Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens, wobei die zwei zuletzt genannten Gesetze die EU-Richtlinien von 2014 über die öffentlichen Aufträge und den Konzessionsvertrag implementieren. Die beiden Gesetze bestimmen lediglich einige Fragen, die für das Institut der ÖPP kennzeichnend sind, denn Hauptgegenstand der Regelungen sind das Verfahren über den Vertragsabschluss (für einen öffentlichen Auftrag bzw. einen Konzessionsvertrag) sowie mit den jeweiligen Vertragstypen verbundene Vorgaben. Bei der Schlüsselfrage für die Zusammenarbeit im Rahmen der ÖPP, die in der EU durch *soft law* bestimmt wird, hat sich der polnische Gesetzgeber dafür entschieden, diese in einem abgetrennten, besonderen Gesetz zu regeln. Derzeit ist dies das Gesetz vom 19. Dezember 2008. Wie es sich aus den obigen Erörterungen ergibt, stellt es weder eine vollständige Regelung im Bereich der ÖPP noch eine für die Bedürfnisse der Praxis angemessene Lösung dar. Zudem ist es nicht mit den zurzeit geltenden Regelungen des Gesetzes über das Recht des Vergabewesens und des Gesetzes über den Konzessionsvertrag harmonisiert. Daher ist die Überarbeitung des ÖPP-Gesetzes völlig begründet.

Grundsätzlich ist den im Entwurf zur Novellierung des ÖPP-Gesetzes vorgeschlagenen Regelungen zuzustimmen, und zwar auch denjenigen, die den grundlegenden Änderungsbedarf beim Einsatz von ÖPP unterstreichen. Dabei handelt es sich unter anderem um die Definition des günstigsten Angebots sowie um die Kriterien für die Bewertung der Angebote, die getrennt im Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens und im Gesetz über den Konzessionsvertrag geregelt sind.<sup>79</sup>

Im zusammenfassenden Rückblick ist zunächst festzuhalten, dass in der Rechtslehre die Vorschriften des ersten ÖPP-Gesetzes von 2005 mit den aktuell geltenden Vorschriften von 2008 in dem hier interessierenden Bereich schon seit geraumer Zeit miteinander verglichen werden.<sup>80</sup> Die Meinungen über die Änderung der ÖPP-Regelung in dem Gesetz von 2008 im Vergleich zu dem Gesetz von 2005 sind ähnlich. Sie wei-

79 Das Gesetz über das Recht des öffentlichen Vergabewesens regelt die Bewertungskriterien der Angebote umfassend (Art. 91 ff.), das Gesetz über den Konzessionsvertrag regelt diese Frage dagegen nicht eingehend (Art. 37).

80 Auch die Regelungen zum Konzessionsvertrag von 2009 wurden nach den Voraussetzungen der Konzessionsvertrag-Richtlinie bewertet, die sich in den neuen Regelungen zum Konzessionsvertrag von 2016 widerspiegeln; vgl. *Panasiuk* (Fn. 53), S. 60–62.

sen auf eine ausdrückliche Liberalisierung der Zusammenarbeitsregel bei ÖPP im geltenden Gesetzesrecht (ÖPP-Gesetz 2008) hin, die auf eine sowohl bei den öffentlichen als auch bei den privaten Akteuren fehlende Akzeptanz von ÖPP unter den Rahmenbedingungen der früheren Rechtsordnung (ÖPP-Gesetz 2005) zurückgeht.<sup>81</sup> Denn die Liberalisierung der Regeln über die Zusammenarbeit im Rahmen von ÖPP in dem Gesetz von 2008 hatte zum Ziel, die öffentlichen und privaten Rechtsträger zu aktivieren und die Unternehmer dazu zu bewegen, sich an gemeinsamen Projekten zu beteiligen, bei denen es um die Erledigung öffentlicher, im Interesse der Allgemeinheit liegender Aufgaben geht.<sup>82</sup> Demnach verfolgte die Liberalisierung der ÖPP-Vorschriften aus damaliger Sicht mit der Optimierung der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben ein öffentliches Interesse und schob dafür den mit dem Gesetz von 2005 intendierten Schutz der öffentlichen Mittel teilweise beiseite.

Die Analyse der beiden Gesetze zeigt, dass die normativen Regulierungen eine unterschiedliche Dichte haben und vielfältige Regelungstechniken sowohl des privaten als auch des öffentlichen Rechts einsetzen. Dabei hat der polnische Gesetzgeber vergleichbare sachlich-rechtliche Fragen bei der Zulassung und Ausgestaltung von ÖPP in dem Gesetz von 2005 und in dem Gesetz von 2008 auf verschiedene Art und Weise geregelt. Die Abweichungen betreffen beispielsweise den Inhalt des Vertrags (mit strengeren Vorgaben 2005 und weniger strengen Direktiven 2008) und die Verpflichtung zur Bekanntmachung (2005 in größerem Umfang, 2008 in engerem Umfang). Konzeptionell folgten die Rechtsänderungen von 2008 einer Tendenz des Rückzugs der öffentlichen Akteure aus der beherrschenden Stellung gegenüber den Privaten und einer stärkeren Berücksichtigung der privaten Interessen und Präferenzen.<sup>83</sup> 2008 wollte der Gesetzgeber die Stellung der an ÖPP beteiligten öffentlichen und privaten Rechtsträger in ein Gleichgewicht bringen.

Der Vergleich des Designs der beiden Regelwerke zeigt auch, dass der Einsatz bestimmter Regelungsmodelle in gewissem Umfang zeitabhängig ist. Eine wichtige Rolle spielen dabei die jeweilige Marktlage, die Vorhaben und Möglichkeiten der öffentlichen Hand, das Potenzial des privaten Sektors sowie die rechtlichen und ökonomischen

81 *Kania* (Fn. 7), S. 19 und *Borkowski* (Fn. 9), S. 456–459. Auch die Änderungen der Regelung des Konzessionsvertrags, die sich nach Bestimmungen der Richtlinie über die Konzession von 2014 richten, wurden ähnlich erklärt.

82 *Borkowski* schreibt von „einer Sorge hinsichtlich der öffentlichen Aufgabenerfüllung, die die öffentlichen Bedürfnisse befriedigt“; diese Sorge sei „ein Kernpunkt des Schutzes des öffentlichen Interesses“, siehe *Borkowski* (Fn. 9), S. 457.

83 *Borkowski* (Fn. 9), S. 457; vgl. auch *Wilczyńska* (Fn. 9), S. 26–31.

Rahmenbedingungen für die unternehmerische Betätigung. In diesen Szenarien sind die öffentlichen Interessen an einer arbeitsteiligen Kooperation von öffentlicher Hand und Privaten immer wieder neu zu bestimmen und mit den Anliegen der privaten Akteure immer wieder neu auszutarieren. Der rationale Gesetzgeber kann daraus wichtige Impulse erhalten und Anregungen für die Ausgestaltung der normativen Rahmenordnung für ÖPP beziehen.

In dem aktuellen Entwurf zur Novellierung des ÖPP-Gesetzes zeichnet sich im Vergleich mit dem ÖPP-Gesetz von 2008 teilweise eine erneute Trendwende ab. Offenbar halten die in einer gewissen Deregulierungseuphorie vollzogenen Liberalisierungen einer erneuten Überprüfung unter den heutigen Gegebenheiten nicht mehr durchgängig Stand. Dies erklärt die mit dem Novellierungsentwurf angestrebte normative Verstärkung öffentlich-rechtlicher Aspekte in den Kooperationsarenen der ÖPP – so etwa durch die Verpflichtung der Verwaltungsträger, bereits vor der Ausschreibung die Rentabilität einer in Aussicht genommenen ÖPP zu bewerten, und durch die Verstärkung des Einflusses von Körperschaften der öffentlichen Verwaltung auf den ÖPP-Markt mittels der Erweiterung der Aufgaben und Zuständigkeiten „des in Partnerschaftssachen zuständigen Organs“. Die darin zum Ausdruck kommende „Rückkehr des Öffentlichen“ folgt einem auch in anderen Ländern zu beobachtenden Trend der (Re-)Publizisierung. Allerdings weist ein Teil der geplanten neuen Regelungen in die entgegengesetzte Richtung und soll auch für die Privaten vorteilhaft sein – so namentlich die erweiterten Optionen zur Kooperation in gesellschaftsrechtlichen Formen. Ob diese auf die Absicherung privater Interessen zielenden Regelungen ausreichen, um private Investoren unter den veränderten öffentlich-rechtlichen Rahmenbedingungen zu einer intensiveren Zusammenarbeit mit der öffentlichen Hand in ÖPP zu bewegen, bleibt abzuwarten. Schon jetzt ist freilich absehbar, dass wegen der sich im Wirtschaftsleben seit jeher rasch ändernden tatsächlichen Gegebenheiten auch künftig normativer Anpassungsbedarf entstehen wird. Daher bleibt der Gesetzgeber gefordert, eine jeweils zeitgerechte Rahmenordnung für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben bereitzustellen, die neben anderen Handlungs- und Organisationsformen auch ÖPP aufnimmt und im Allgemeininteresse eine effektive und effiziente Erledigung öffentlicher Aufgaben ermöglicht.

Die Autorin *Prof. dr. hab. Bożena Popowska* ist Inhaberin der Katedra Publicznego Prawa Gospodarczego (Lehrstuhl für Öffentliches Wirtschaftsrecht) an der Uniwersytet im. Adama Mickiewicza (Adam-Mickiewicz-Universität) Poznań.



# Öffentlich-Private Partnerschaften im Fokus der Rechnungshöfe

Michael Meier\*

## I. Einleitung

Sowohl in Polen als auch in Deutschland haben seit Beginn der 2000er Jahre sog. Public Private Partnerships (PPP) an Bedeutung gewonnen.<sup>1</sup> In der deutschen Rechtsprechung und Literatur findet immer stärker der übersetzte Begriff der Öffentlich-Privaten Partnerschaft (ÖPP) synonyme Verwendung. Die unterschiedlichen Privatisierungsphänomene, die unter dem Begriff „ÖPP“ zusammengefasst werden, sind in Deutschland aber mitunter auch kritisch begleitet worden. Insbesondere die Rechnungshöfe des Bundes und der Länder haben sich wiederholt skeptisch zu Planung und Durchführung von ÖPP-Projekten in Deutschland geäußert.<sup>2</sup>

## II. Überprüfung der Wirtschaftlichkeit durch die Rechnungshöfe

### 1. Grundsatz der Wirtschaftlichkeit

**Für die Prüftätigkeit der Rechnungshöfe ist der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit der öffentlichen Haushalts- und Wirtschaftsführung zentral. Dieser ist in Deutschland in Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG ver-**

---

\* Der Beitrag beruht in Teilen auf dem Aufsatz „Beteiligung Privater im Fernstraßenbau – Infrastrukturgesellschaft und Öffentlich-Private Partnerschaften auf dem Prüfstand“ des Autors (DÖV 2018, im Erscheinen) und führt die dortigen Untersuchungen fort.

1 Zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden bei ÖPP in Polen und Deutschland vgl. *Jörg Klingmann/Lothar Knopp/Barbara Friedrich*, Cooperation between State and Economy in Germany compared to Poland exemplified by the PPP, EPPPL 1/2008, S. 6 ff.

2 Zur Einordnung der Kritik der Rechnungshöfe in die generelle Tendenz zur Publizisierung vgl. *Hartmut Bauer*, Publizisierung, Begriff – Befunde – Perspektiven, JZ 2014, S. 1020; *ders.*, Privatisierung oder Publizisierung? Wege zur gemeinwohlorientierten Bereitstellung von Leistungen im allgemeinen Interesse, S. 25 ff. in diesem Band.

fassungsrechtlich verankert und wird in § 6 HGrG und § 7 BHO näher ausgestaltet. Er wird auch als „Leitprinzip“<sup>3</sup> staatlichen Fiskalhandelns bezeichnet.

Bei der Prüfung, ob staatliche Ausgaben „wirtschaftlich“ sind, kommt es auf eine ökonomische Betrachtung an: Die zur Verfügung stehenden Mittel müssen unter betriebswirtschaftlichen und gesamtwirtschaftlichen Gesichtspunkten möglichst zweckmäßig eingesetzt werden (sog. Kosten-Nutzen-Relation).<sup>4</sup> Die Zweckmäßigkeit des Einsatzes lässt sich dabei in zwei Kategorien einteilen: Nach dem sog. Minimal- bzw. Sparsamkeitsprinzip sind bestimmte Ziele mit möglichst wenig finanziellem Aufwand zu erreichen. Das sog. Maximalprinzip fordert umgekehrt bei einem festgelegten finanziellen Rahmen die bestmögliche Verwirklichung des angestrebten Erfolgs.<sup>5</sup> Gem. §§ 6 Abs. 2 HGrG, 7 Abs. 2 BHO muss die Exekutive bei allen finanzwirksamen Maßnahmen die Wirtschaftlichkeit ihres Vorgehens durch eine angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchung sicherstellen.<sup>6</sup>

Dabei müssen die handelnden staatlichen Stellen insbesondere bei größeren Projekten grundsätzlich auch eruieren, ob die Realisierung eines öffentlichen Projekts in ÖPP-Form günstiger oder zumindest gleich günstig ist wie eine Realisierung auf herkömmliche Weise (sog. konventionelles Referenzprojekt bzw. *Public Sector Comparator*, PSC).<sup>7</sup> Gem. § 7 Abs. 2 Satz 2 BHO darf dabei auch eingepreist werden, dass der Private u.U. einen Teil des Wirtschaftlichkeitsrisikos eines ÖPP-Projektes trägt.<sup>8</sup> In „geeigneten Fällen“ ist zudem gem. § 7 Abs. 2 Satz 3 BHO privaten Anbietern die Möglichkeit zu geben, im Rahmen eines

3 Kai v. Lewinski/Daniela Burbat, Bundeshaushaltsordnung, 2013, § 7 Rn. 7; ähnlich Christoph Gröpl, in: ders. (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnung (BHO/LHO), 2011, § 7 Rn. 1 („zentrale[r] Grundsatz“).

4 Ulrich Hufeld, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 56 Rn. 8; Kyrill-A. Schwarz, in: Hermann v. Mangoldt (Begr.)/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 114 Rn. 87; Hanno Kube, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz, Stand: 56. Erg.-Lfg. Oktober 2009, Art. 114 Rn. 100; Helmut Siekmann, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 114 Rn. 14.

5 Schwarz (Fn. 4), Art. 114 Rn. 87; Siekmann (Fn. 4), Art. 114 Rn. 14.

6 V. Lewinski/Burbat (Fn. 3), § 7 Rn. 18.

7 Claus Jürgen Diederichs, Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten, NZBau 2009, S. 551; Alexander Reuter, PPP-Refinanzierung unter Haushalts-, Gebühren-, Preis- und Beihilferecht: Zielkonflikte und Lösungsansätze, NVwZ 2005, S. 1247.

8 BT-Drs. 15/5668, S. 16; v. Lewinski/Burbat (Fn. 3), § 7 Rn. 23; Gröpl (Fn. 3), § 7 Rn. 42; Martin Fleckenstein, Abbau von Hemmnissen für Public Private Partnership: Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz, DVBl. 2006, S. 80; Michael Uechtritz/Olaf Otting, Das „ÖPP-Beschleunigungsgesetz“: Neuer Name, neuer Schwung für „öffentlich-private Partnerschaften“?, NVwZ 2005, S. 1110f.

sog. Interessenbekundungsverfahrens darzulegen, wie und zu welchem voraussichtlichen Preis die jeweilige staatliche Aufgabe auch von einem Privaten durchgeführt werden kann.<sup>9</sup>

## 2. Rolle der Rechnungshöfe

Gem. Art. 114 Abs. 2 GG ist es Aufgabe des Bundesrechnungshofs (BRH), die Wirtschaftlichkeit der Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes zu überprüfen. Hierbei steht das Sparsamkeitsprinzip im Vordergrund, weil das angestrebte Ergebnis der Mittelaufwendungen in der Regel bereits auf politischer Ebene im Haushaltsplan festgelegt wird.<sup>10</sup> Der Rechnungshof dient dabei nicht nur der Selbstkontrolle der Regierung, sondern unterstützt insbesondere auch den Bundestag bei seiner Kontrollfunktion.<sup>11</sup> Seine Wirkkraft verdankt der BRH zudem vor allem der Öffentlichkeitswirkung seiner Berichte und dem damit einhergehenden Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung.<sup>12</sup>

Neben der Regelung im Grundgesetz sehen auch alle Bundesländer in ihren Verfassungen Landesrechnungshöfe zur Kontrolle ihrer jeweiligen Landeshaushalte vor.<sup>13</sup>

## III. ÖPP in Deutschland

### 1. Allgemeines

**Bevor die Kritik der Rechnungshöfe beleuchtet wird, ist zunächst auf den Begriff der Öffentlich-Privaten Partnerschaften in Deutschland einzugehen. Der Terminus „ÖPP“ ist im deutschen Recht bis heute nur**

9 Gröpl (Fn. 3), § 7 Rn. 51 f.; v. Lewinski/Burbar (Fn. 3), § 7 Rn. 16f.; vgl. auch Abschnitt 3 Ziffer 3 Allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung (VV-BHO) sowie das Rundschreiben des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) v. 24.09.2012, Az. II A 3-H 1005/07/10002 (GMBl. 2012, S. 1190).

10 V. Lewinski/Burbar (Fn. 3), § 7 Rn. 5; Diederichs (Fn. 7), NZBau 2009, S. 547.

11 Roman Herzog, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz, Stand: 52. Erg.-Lfg. Mai 2008, Art. 62 Rn. 94; zur genauen Stellung des Bundesrechnungshofs im Gefüge der Staatsgewalten s. Norbert Hauser, Stellung des Bundesrechnungshofs im System der Gewaltenteilung und in der öffentlichen Verwaltung, DVBl. 2006, S. 540 m. w. N.

12 Christoph Degenhart, Kontrolle der Verwaltung durch Rechnungshöfe, VVDStRL 1996, Bd. 55, S. 225; Dieter Birk, Steuerung der Verwaltung durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, DVBl. 1983, S. 873; Hufeld (Fn. 4), § 56 Rn. 17 ff.; Herzog (Fn. 11), Art. 62 Rn. 106.

13 Kube (Fn. 4), Art. 114 Rn. 7.

schemenhaft umrissen. Die meisten Autoren sind sich aber jedenfalls darüber einig, dass er verschiedenste Kooperationsverhältnisse zwischen Staat und Privaten umfasst, die häufig auf vertraglicher Basis beruhen.<sup>14</sup> Dabei kann weiter zwischen rein austauschvertraglichen ÖPP und institutionalisierten ÖPP unterschieden werden. Erstere dienen einem – wenn auch langfristig angelegten – rein schuldrechtlichen Leistungsaustausch, während sich Staat und Privater bei letzteren in gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften zusammenfinden.<sup>15</sup> Da bei ÖPP in der Regel der Vollzug einzelner Aufgaben an den Privaten übertragen wird, werden sie häufig als funktionale Privatisierung kategorisiert.<sup>16</sup>

ÖPP haben inzwischen in vielen Bereichen der öffentlichen Daseinsvorsorge Einzug gehalten. Die wichtigsten Anwendungsfälle finden sich im Hoch- und Straßenbau. Allein hier gab es zwischen 2002 und 2017 über 200 Projekte mit einem kumulierten Finanzvolumen von fast 10 Mrd. Euro.<sup>17</sup> Weitere Anwendungsbereiche finden sich im IT- und Bildungsbereich sowie auf kommunaler Ebene, etwa bei der Abfallentsorgung<sup>18</sup>, dem Personennahverkehr und der Wasserversorgung.<sup>19</sup> Insgesamt wurden – unabhängig von bereits geleisteten Zahlungen – bereits Ende 2014 Investitionsvolumina von über 30 Mrd. Euro vereinbart.<sup>20</sup>

14 Hartmut Bauer, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl. 2012, § 36 Rn. 42; Heinz Joachim Bonk/Werner Neumann/Thorsten Siegel, in: Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs (Hrsg.), VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 54 Rn. 75; Ulrich Ramsauer, in: Ferdinand O. Kopp (Begr.)/Ulrich Ramsauer (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 18. Aufl. 2017, § 54 Rn. 40c; Peter Friedrich Bultmann, Public Private Partnerships, in: ders. u.a. (Hrsg.), FS für Battis, 2014, S. 369f.

15 Jan Ziekow/Alexander Windoffer, Public Private Partnership, 2008, S. 20 ff.

16 Christoph Gröpl, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz, Stand: 49. Erg.-Lfg. März 2007, Art. 90 Rn. 79; Bonk/Neumann/Siegel (Fn. 14), § 54 Rn. 75; eingehend Martin Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 100 ff.

17 <https://www.pd-g.de/unsere-beratungsangebote/oepp-informationen/<05.06.2017>>.

18 Zu ÖPP im polnischen Abfallwirtschaftsrecht vgl. Maciej Krus, Änderungen im Abfallwirtschaftssystem, S. 145 ff. in diesem Band.

19 Für eine detaillierte Übersicht s. etwa Rolf Stober, in: Hans J. Wolff/Otto Bachof (Begr.)/Rolf Stober/Winfried Kluth (Hrsg.), Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 93 Rn. 7 ff.; Ziekow/Windoffer (Fn. 15), S. 17 ff.

20 Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen (BMF), Chancen und Risiken Öffentlich-Privater Partnerschaften, 2016, S. 14, [http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Broschueren\\_Bestellservice/2016-09-22-chancen-und-risiken-oeffentlich-privater-partnerschaften.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1<04.09.2017>](http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Broschueren_Bestellservice/2016-09-22-chancen-und-risiken-oeffentlich-privater-partnerschaften.pdf?__blob=publicationFile&v=1<04.09.2017>).

Im Jahr 2005 verabschiedete der deutsche Gesetzgeber das sog. ÖPP-Beschleunigungsgesetz<sup>21</sup>, mit dem er die Durchführung von ÖPP-Projekten zu vereinfachen und mehr Rechtsklarheit zu schaffen suchte.<sup>22</sup> Das Gesetz führte beispielsweise im Vergaberecht den gerade für komplexe ÖPP-Projekte besonders geeigneten sog. wettbewerblichen Dialog ein und schuf die bereits erwähnte haushaltsrechtliche Regelung zur Berücksichtigung von Risiken bei der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung (§ 7 Abs. 2 Satz 2 BHO).<sup>23</sup> Inzwischen hat der Begriff „Öffentlich-Private Partnerschaften“ auch Eingang in die Gesetzessprache gefunden.<sup>24</sup> Seit einer Änderung des Art. 90 GG im Juli 2017 findet er sogar in der deutschen Verfassung Erwähnung.<sup>25</sup>

## 2. Insbesondere: ÖPP in Fernstraßenbau und -betrieb

Die Fernstraßen werden in Deutschland traditionell im Eigenbetrieb unterhalten. ÖPP in nennenswertem Umfang fassten in diesem Bereich – anders als in Polen<sup>26</sup> – erst ab 2007 und damit verhältnismäßig spät Fuß.<sup>27</sup> Inzwischen kommt dem Straßenbau unter den verschiedenen ÖPP-Bereichen in Deutschland jedoch eine besondere Bedeutung zu: Zwar machen Vorhaben in diesem Bereich gemessen an der Gesamtzahl von ÖPP-Projekten nur 8 % aus. Gleichwohl sind die Investitionsvolumina mit 33 % hier am höchsten.<sup>28</sup> Das ändert freilich nichts daran, dass die überwiegende Mehrzahl der deutschen Straßen noch immer konventionell betrieben wird.<sup>29</sup>

---

21 Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften v. 01.09.2005, BGBl. I 2005, S. 2676 ff.

22 BT-Drs. 15/5668, S. 2.

23 Zum Ganzen *Uechtritz/Otting* (Fn. 8), NVwZ 2005, S. 1105 ff.; *Fleckenstein* (Fn. 8), DVBl. 2006, S. 77 ff.

24 Im einfachen Recht vgl. § 3 Abs. 1 Satz 2 GrStG, § 4 Nr. 5 Satz 1 GrESTG, § 5 Abs. 2 Satz 2 KInvFG sowie zukünftig § 1 Abs. 19 Nr. 28 KAGB.

25 Näher dazu unten, III.2.b.

26 Dazu *Marek Szewczyk*, „Republizisierung“ der Erfüllung öffentlicher Aufgaben am Beispiel von Bau und Betrieb gebührenpflichtiger Autobahnen und Schnellstraßen im polnischen Rechtssystem, S. 41 ff. in diesem Band.

27 Vgl. die Übersichten bei Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS), Öffentlich-Private-Partnerschaften – Am Beispiel des Bundesfernstraßenbaus, 2011, S. 21 ff.

28 Beirat BMF (Fn. 20), S. 12 f.

29 Vgl. etwa zu den Fernstraßen die graphische Darstellung in BMWI, Öffentlich-Private Partnerschaften im Bundesfernstraßenbereich – die Neue Generation, 2015, S. 4 f.

### a. ÖPP-Modelle im Fernstraßenbau

Im Fernstraßenbau existieren verschiedene ÖPP-Modelle. Die in den 1990er Jahren einsetzende Diskussion um die Beteiligung Privater im Straßenbau war zu Anfang vor allem um eine stärkere Einbeziehung des Privatsektors bei der Finanzierung der Baukosten bemüht.<sup>30</sup> Differenziert wurde zunächst insbesondere zwischen Konzessions- und Betreibermodell. Finanzierung, Bau und Betrieb der betroffenen Fernstraße sollte in beiden Fällen ein privater Betreiber übernehmen. Mit dem Stichwort des Konzessionsmodells verbanden sich Konzepte, bei denen dem privaten Unternehmen als Gegenleistung ein befristetes Nutzungsrecht eingeräumt wird, das der Private seinerseits gegen jährliche Entgelte an den Staat rücküberträgt.<sup>31</sup> Beim Betreibermodell hingegen sollte sich der Private für einen gewissen Zeitraum durch unmittelbar vom einzelnen Straßennutzer zu erhebende Entgelte, also eine „echte“ lokal begrenzte Straßenmaut, refinanzieren.<sup>32</sup>

Für das Betreibermodell wurde 1994 mit dem Fernstraßenbau-privatfinanzierungsgesetz (FStrPrivFinG) eine gesetzliche Grundlage geschaffen. Nach der Gesetzesbezeichnung wird insofern auch vom „F-Modell“ gesprochen. Diese Direktfinanzierung durch den Nutzer ist allerdings bisher nur selten zum Einsatz gekommen.<sup>33</sup>

Größere Breitenwirkung hat das Ausbaumodell („A-Modell“) erreicht. Hier ist der Private ebenfalls für Bau sowie Betrieb und Unterhaltung über einen längeren Zeitraum verantwortlich, die Refinanzierung erfolgt aber nicht unmittelbar beim Straßennutzer, sondern über den Bundeshaushalt. Die Projekte der ersten Staffel des A-Modells

30 Näher zur Entwicklung nach der Wiedervereinigung *Annegret Bucher*, Privatisierung von Bundesfernstraßen, 1996, S. 64 ff.

31 *Gröpl* (Fn. 16), Art. 90 Rn. 82; *Bucher* (Fn. 30), S. 73; *Heinz-Joachim Pabst*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung im Fernstraßenbau, 1997, S. 202 f.; *Jörn Axel Kämmerer*, Privatisierung, 2001, S. 352; *Tatjana Tegtbauer*, in: Kurt Kodal (Begr.), Straßenrecht, 6. Aufl. 2010, Kap. 17 Rn. 36.2; *Bernhard Stüer*, in: ders. (Hrsg.), Bau- und Fachplanungsrecht, 5. Aufl. 2015, Rn. 3780; *Klaus Grupp*, Rechtsprobleme der Privatfinanzierung von Verkehrsprojekten, DVBl. 1994, S. 143; *Wolfram Höfling*, Private Vorfinanzierung öffentlicher Verkehrsinfrastruktur, DÖV 1995, S. 143.

32 *Kämmerer* (Fn. 31), S. 345; *Pabst* (Fn. 31), S. 220; *Gröpl* (Fn. 16) Art. 90 Rn. 81; *Tegtbauer* (Fn. 31), Kap. 17 Rn. 36.1; *Stüer* (Fn. 31), Rn. 3781; *Grupp* (Fn. 31), DVBl. 1994, S. 142, *Höfling* (Fn. 31), DÖV 1995, S. 143.

33 Pilotprojekte waren die „Warnowquerung“ in Rostock und der „Herrentunnel“ in Lübeck, vgl. *Gröpl* (Fn. 16), Art. 90 Rn. 81; *Jörg Kupjetz/Puya Eftekharzadeh*, PPP im Verkehrswesen, NZBau 2013, S. 143; näher *Tegtbauer* (Fn. 31), Kap. 17 Rn. 37 ff.; *Frank Roth*, Erstes Betreibermodell für den privaten Ausbau und Betrieb von Autobahnen in Deutschland, NVwZ 2003, S. 1057; *Stüer* (Fn. 31), Rn. 3781.

(ab 2007) sind auf eine Laufzeit von 30 Jahren ausgelegt. Neben einer anfänglichen Anschubfinanzierung werden dem Betreiber hier für die Dauer des Projekts die auf der jeweiligen Strecke anfallenden Erträge der Lkw-Maut weitergeleitet (sog. verkehrsmengenabhängige Vergütung).<sup>34</sup> Beim A-Modell handelt es sich letztlich um eine Kombination aus Konzessions- und Betreibermodell, da der Private zwar keine unmittelbare Maut erhebt, aber dennoch teilweise das entsprechende Risiko übernimmt.<sup>35</sup>

Bei den ab 2011 realisierten Projekten der zweiten Staffel wurde die laufende Vergütung teilweise um verfügbarkeitsabhängige Elemente ergänzt. Entscheidend für die Höhe ist hier nicht mehr allein der vom Verkehrsaufkommen abhängige Mautertrag, sondern auch die tatsächliche Nutzbarkeit der Straße. Ist die Straße beispielsweise wegen Bauarbeiten nur eingeschränkt verfügbar, verringert sich der Betrag.<sup>36</sup> Bei dem inzwischen präferierten Verfügbarkeitsmodell („V-Modell“), einer Fortentwicklung des A-Modells, bemisst sich die laufende Vergütung nunmehr nur noch nach der Nutzbarkeit der Strecke.<sup>37</sup>

Mit der langen Laufzeit der ÖPP-Modelle soll die „Lebenszeit“ von Bau und Unterhaltung umfassend abgebildet werden (sog. Lebenszyklus-Ansatz), um durch die Leistung „aus einer Hand“ Effizienzgewinne zu erzielen und Qualitätsanreize zu schaffen.<sup>38</sup>

---

34 BMVBS (Fn. 27), S. 18; *Alexander Herrmann*, in: Jan Ziekow / Uwe-Karsten Völlink (Hrsg.), *Vergaberecht*, 2. Aufl. 2013, Vor § 22 VOB/A Rn. 11 Fn. 16; *Roth* (Fn. 33), NVwZ 2003, S. 1057.

35 *Gröpl* (Fn. 16), Art. 90 Rn. 82; wegen divergierender Begriffsverständnisse ist die Einordnung freilich uneinheitlich, anders etwa *Tegtbauer* (Fn. 31), Kap. 17 Rn. 39; *Roth* (Fn. 33), NVwZ 2003, S. 1058; *Dietrich Drömann*, *Wettbewerblicher Dialog und ÖPP-Beschaffungen – Zur „besonderen Komplexität“ so genannter Betreibermodelle*, NZBau 2007, S. 751 (Betreibermodell).

36 BMVBS (Fn. 27), S. 26 ff., 19; BMVI, <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/StB/oepp-geschaeftsmodelle-a-modell.html> <04.09.2017>.

37 BMVI (Fn. 29), S. 2; BMVBS (Fn. 27), S. 19; vgl. im Einzelnen BMVI, *Systematische Darstellung projektvertraglicher Regelungen für ÖPP-Projekte im Bundesfernstraßenbereich* (im Folgenden: *MusterV*), § 45.2.2, [https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/VerkehrUndMobilitaet/Strasse/oepp%20systematische%20darstellung%20projektvertraglicher%20regelungen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/VerkehrUndMobilitaet/Strasse/oepp%20systematische%20darstellung%20projektvertraglicher%20regelungen.pdf?__blob=publicationFile) <11.09.2017>; allgemein zu Vertragsmustern bei ÖPP *Bauer* (Fn. 14), § 36 Rn. 126.

38 Näher Bundesregierung, BT-Drs. 18/6898, S. 2; *Herrmann* (Fn. 34), Vor § 22 VOB/A Rn. 2; *Wolfgang Kugele*, *Mit dem Prinzip „Auto finanziert Straße“ aus dem Investitionstau*, DÖV 2009, S. 714; *Kupjetz/Eftekharzadeh* (Fn. 33), NZBau 2013, S. 145; allgemein *Ziekow/Windoffer* (Fn. 15), S. 45, 71 ff.

## b. Reform der Straßenbauverwaltung 2017

Im Sommer 2017 hat der deutsche (Verfassungs-)Gesetzgeber die Verwaltungszuständigkeit und -organisation im Fernstraßenbau einer grundlegenden Reform unterzogen.<sup>39</sup> Bisher wurden Bau und Unterhaltung der Fernstraßen gem. Art. 90 Abs. 2 GG a. F. in Auftragsverwaltung geführt. Die Novelle von 2017 überträgt nunmehr die Verwaltungskompetenz auf den Bund. Für die Ausübung seiner neuen Verwaltungszuständigkeit kann er sich gem. Art. 90 Abs. 2 Satz 2–4 GG einer Gesellschaft privaten Rechts (sog. Infrastrukturgesellschaft) bedienen, deren Anteile aber vollständig in öffentlicher Hand verbleiben müssen.<sup>40</sup> Es handelt sich also um eine bloß formelle Privatisierung, bei der der Verwaltungsträger lediglich „im privatrechtlichen Gewand“ agiert, die Anteile an der privatrechtlichen Gesellschaft aber selbst hält.<sup>41</sup> Mit Blick auf die sogar verfassungsrechtlich verankerte Schranke für weitergehende Privatisierungen wird deutlich, dass sich der Gesetzgeber um eine Begrenzung von Privatisierungsbestrebungen im Straßenwesen bemühte.

Die oben beschriebenen ÖPP-Modelle im Fernstraßenbau sind in diesem Zusammenhang mitunter als Möglichkeit zur „Privatisierung durch die Hintertür“ bezeichnet worden.<sup>42</sup> Der während des Gesetzgebungsverfahrens eingefügte Art. 90 Abs. 2 Satz 5 GG soll nun eine substantielle oder gar vollständige funktionale Privatisierung der Fernstraßen ausschließen.<sup>43</sup> Danach dürfen ÖPP-Projekte nicht das gesamte Autobahn- bzw. Fernstraßennetz eines Landes oder „wesentliche Teile“ hiervon umfassen. Laut Gesetzesbegründung sollen somit „ÖPP im Gesamtnetz und bei Teilnetzen“ verboten werden, Einzelprojekte aber weiterhin möglich bleiben.<sup>44</sup> Einfachgesetzlich verbietet § 5 Abs. 2 Satz 3

39 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 90, 91c, 104b, 104c, 107, 108, 109a, 114, 125c, 143d, 143e, 143f, 143g) v. 13.07.2017, BGBl. I 2017, S. 2347 ff. sowie Gesetz zur Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichssystems ab dem Jahr 2020 und zur Änderung haushaltsrechtlicher Vorschriften v. 14.08.2017, BGBl. I 2017, 3122 ff.

40 Dazu eingehend *Michael Meier*, Beteiligung Privater im Fernstraßenbau – Infrastrukturgesellschaft und Öffentlich-Private Partnerschaften auf dem Prüfstand, DÖV 2018 (im Erscheinen); vgl. auch *Bauer* (Fn. 2), S. 26 ff.

41 *Hartmut Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 1995, Bd. 54, S. 251 f.; *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 23 Rn. 68; *Martin Ibler*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.), Grundgesetz, Stand: 52. Erg.-Lfg. Mai 2008, Art. 86 Rn. 116.

42 Bspw. *Sven-Christian Kindler*, Deutscher Bundestag, Plenarprot. 18/237, S. 23992.

43 BT-Drs. 18/12588, S. 16, 32; vgl. demgegenüber noch den insofern einschränkungslosen Art. 90 Abs. 2 GG-RegE, BT-Drs. 18/11131, S. 7.

44 BT-Drs. 18/12588, S. 16.

InfrGG ÖPP-Projekte von mehr als 100 Kilometern Länge. Da sich der Wortlaut explizit auf das Netz eines jeweiligen *Landes* bezieht, sprechen bei der verfassungsrechtlichen Auslegung allerdings die besseren Gründe für eine grundsätzlich anteilige Bemessung, wobei – je nach Bedeutung der betroffenen Strecke – die Schwelle in der Regel frühestens bei einem Anteil von mehr als der Hälfte des jeweiligen Streckennetzes überschritten sein wird.<sup>45</sup>

#### IV. Kritik der Rechnungshöfe

Die Entwicklung der ÖPP-Projekte hat der BRH seit den 2000er Jahren in verschiedenen Berichten kritisch beleuchtet.<sup>46</sup> Hinzu treten mehrere Gutachten des Präsidenten des BRH in seiner Funktion als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung.<sup>47</sup> Die Äußerungen des BRH haben bereits an einigen Stellen Eingang in die Literatur gefunden.<sup>48</sup> Neben dem BRH haben sich auch die Landesrechnungshöfe teils kritisch zu ÖPP geäußert.<sup>49</sup>

##### 1. Fernstraßenbau

Der Löwenanteil der BRH-Stellungnahmen zu ÖPP setzt sich mit dem Vorgehen des Bundesverkehrsministeriums (BMVI) sowie der zuständigen Straßenbaubehörden bei der Projektvergabe im Fernstraßenbau

---

45 Näher *Meier* (Fn. 40), DÖV 2018 (im Erscheinen).

46 Hierbei handelt es sich vor allem um Prüfberichte an den Haushaltsausschuss des Bundestages gem. § 88 Abs. 2 BHO, dazu näher *Grit Ludwig*, Die Kontrolle von Bedarfsplanungen im Infrastrukturrecht, ZUR 2017, S. 71; v. *Lewinski/Burbat* (Fn. 3), § 88 Rn. 16 ff.

47 Dazu näher *Thomas Franz*, Der Bundesbeauftragte für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, DÖV 2008, S. 1042 ff.; v. *Lewinski/Burbat* (Fn. 3), § 88 Rn. 21. Aus Vereinfachungsgründen ist im vorliegenden Haupttext nur von „BRH“ die Rede.

48 Vgl. bspw. *Diederichs* (Fn. 7), NZBau 2009, S. 547 ff.; *Gröpl* (Fn. 16), Art. 90 Rn. 88 ff.; *Bauer* (Fn. 2), JZ 2014, S. 1020; *Herrmann* (Fn. 34), Vor § 22 VOB/A Rn. 7; *Günter Püttner*, in: Rudolf Wendt u. a. (Hrsg.), FS für Friauf, S. 732, 735; *Martin Burgi*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, Gutachten D für den 67. Deutschen Juristentag, S. D 38, D 84; *Bernhard Stüer*, Neue Wege zur Finanzierung des Straßenbaus – Entwicklungen des europäischen Umweltrechts, DVBl. 2015, S. 1435.

49 Für eine Übersicht s. Präsidentinnen und Präsidenten der Rechnungshöfe des Bundes und der Länder, Gemeinsamer Erfahrungsbericht zur Wirtschaftlichkeit von ÖPP-Projekten, S. 2, 47 ff., [www.landesrechnungshof-sh.de/file/erfahrungsbericht\\_oep.pdf](http://www.landesrechnungshof-sh.de/file/erfahrungsbericht_oep.pdf) <11.10.2017>.

nach dem A- und V-Modell auseinander<sup>50</sup>, weshalb im Folgenden ein Schwerpunkt auf diesen Äußerungen liegen soll. Der BRH sah neben systembedingten Mehrkosten (a) nur geringe Effizienzvorteile (b). Neben einem problematischen Verhältnis zur Schuldenbremse (c) kritisierte er auch gesamtwirtschaftliche Nachteile (d) und Mängel der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung (e).

### a. Systembedingte Mehrkosten

Bei ÖPP-Projekten liegt die Anschubfinanzierung in der Regel unter den tatsächlichen Errichtungskosten der Straße, so dass der Private zu Beginn des Projekts einen Teil der Kosten vorfinanziert.<sup>51</sup> Der Kapitaleinsatz des Privaten amortisiert sich erst durch die laufenden Zahlungen in den Folgejahren. Diesen Umstand sieht der BRH kritisch: Da beim Bund die Rückzahlung von Krediten am Finanzmarkt als sicher gilt, kann er Kredite zu deutlich günstigeren Konditionen aufnehmen als ein privater Investor. Durch die private Vorfinanzierung erhöhen sich also insgesamt die Kosten.<sup>52</sup> Selbst unter Berücksichtigung einer Anschubfinanzierung bezifferte der BRH die Mehrkosten bei untersuchten Projekten auf über 80 Mio. Euro.<sup>53</sup> In den jüngeren ÖPP-Projekten wurde der Anteil der Anschubfinanzierung an den Errichtungskosten deshalb erhöht, so dass die kreditbedingten Mehrkosten sich zwar verringern, aber freilich nicht gänzlich wegfallen.<sup>54</sup>

50 Vgl. insb. Bundesbeauftragter für die Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, Gutachten zu Öffentlich Privaten Partnerschaften (ÖPP) im Bundesfernstraßenbau v. 05.01.2009, Gz. V 3–2006–0201; ders., Gutachten zu Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei Öffentlich Privaten Partnerschaften (ÖPP) im Bundesfernstraßenbau v. 24.09.2013, Gz. V 3–2013–0144; BRH, Bericht nach § 88 Abs. 2 BHO über Öffentlich Private Partnerschaften (ÖPP) als Beschaffungsvariante im Bundesfernstraßenbau v. 04.06.2014, Gz. V 3–2013–5166.

51 Beirat BMF (Fn. 20), S. 27.

52 BRH (Fn. 50), 2014, S. 3, 12 ff.; Bundesbeauftragter (Fn. 50), 2013, S. 13; ders. (Fn. 50), 2009, S. 22; Präsidentinnen und Präsidenten der Rechnungshöfe (Fn. 49), S. 6; vgl. zudem bereits BRH, Bemerkungen des Bundesrechnungshofs 1995, BT-Drs. 13/2600, S. 59; dazu BMVI, Bericht an den Rechnungsprüfungsausschuss des Dt. Bundestages v. 18.09.2014, S. 5, [https://www.gemeingut.org/wp-content/uploads/2016/01/2014-09-18\\_BMVI\\_zu\\_Antwort\\_BRH\\_Autobahn-PPP\\_RPADrs18-074.pdf](https://www.gemeingut.org/wp-content/uploads/2016/01/2014-09-18_BMVI_zu_Antwort_BRH_Autobahn-PPP_RPADrs18-074.pdf) <02.09.2017>; Beirat BMF (Fn. 20), S. 26 f. mit Verweis auf angebliche immanente Risiken bei konventioneller Verwirklichung, die aber jedenfalls über § 7 Abs. 2 Satz 2 BHO berücksichtigt sein dürften.

53 BRH (Fn. 50), 2014, S. 15.

54 BRH (Fn. 50), 2014, S. 18; vgl. auch BMVI, Bericht des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur zu den ÖPP-Projekten im Bundesfernstraßenbau, 2015, S. 8, [https://www.gemeingut.org/wp-content/uploads/2016/01/BRH\\_und\\_BMVI\\_zu\\_%C3%96PP\\_RPADrs18-186.pdf](https://www.gemeingut.org/wp-content/uploads/2016/01/BRH_und_BMVI_zu_%C3%96PP_RPADrs18-186.pdf) <05.09.2017>.

Weitere systembedingte Mehrkosten sieht der BRH in den anfallenden Vergabe-, Koordinierungs- und Transaktionskosten.<sup>55</sup> Er hat zudem in seinen anfänglichen Berichten zum A-Modell darauf hingewiesen, dass der private Partner in der Regel hohe Risikozuschläge einfordern wird, wenn er von ihm unbeherrschbare Risiken wie etwa das Verkehrsmengenrisiko zu tragen hat.<sup>56</sup> Mit der Umstellung auf das Verfügbarkeitsmodell bei den jüngeren Projekten folgt das BMVI damit auch einer Empfehlung des BRH.<sup>57</sup>

### b. Nur geringe Effizienzvorteile

Für den ÖPP-Ansatz werden vor allem Einsparpotentiale durch Effizienzvorteile angeführt, die die soeben erläuterten Nachteile mindestens ausgleichen sollen.<sup>58</sup> Genannt werden insbesondere eine höhere Innovationsfreudigkeit, Terminalsicherheit und Flexibilität, aber auch Anreizwirkungen durch Risikoübernahme des Privaten.<sup>59</sup> Nach Ansicht des BRH werden diese Vorteile allerdings überschätzt bzw. ließen sich auch bei konventioneller Realisierung erreichen.

Speziell im Straßenbau hält der BRH die Innovationspotentiale für gering. Weil Planfeststellungsbeschluss und zwingende technische Vorschriften für die Umsetzung einen engen Rahmen vorgeben, bleibe nur wenig Spielraum für kostensparende Neuerungen.<sup>60</sup> Im Übrigen seien die ÖPP-Projekte zwar zum festgelegten Termin fertiggestellt und schneller realisiert worden als bei konventioneller Realisierung.<sup>61</sup> Dies lag nach Ansicht der Straßenbauverwaltung vor allem an der „Leistungserbringung aus einer Hand“ und einer im Gegensatz zu staatlichen

55 Bundesbeauftragter (Fn. 50), 2009, S. 5, 26; ders. (Fn. 50), 2013, S. 38f.; BRH (Fn. 50), 2014, S. 5, 16; eingehend Beirat BMF (Fn. 20), S. 19ff.; vgl. auch *Bultmann* (Fn. 14), S. 383.

56 Bundesbeauftragter (Fn. 50), 2009, S. 5, 20; vgl. auch Beirat BMF (Fn. 20), S. 23; dazu auch die vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) eingesetzte sog. Fratzscher-Kommission, vgl. Expertenkommission „Stärkung von Investitionen in Deutschland“, Bericht, 2015, S. 8, [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/staerkung-von-investitionen-in-deutschland.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=9](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/staerkung-von-investitionen-in-deutschland.pdf?__blob=publicationFile&v=9) <05.09.2017>.

57 Bundesbeauftragter (Fn. 50), 2009, S. 22; BRH (Fn. 50), 2014, S. 17f.; BMVI (Fn. 52), S. 17, das freilich die geistige Urheberschaft für sich reklamiert; vgl. auch BMVI (Fn. 54), S. 8; Bundesregierung, BT-Drs. 18/6898, S. 5; zum zusätzlichen positiven Effekt auf die Kreditkosten des Privaten vgl. BRH (Fn. 50), 2014, S. 13.

58 BMVI (Fn. 52), S. 5, 15.

59 Bundesregierung, BT-Drs. 18/6898, S. 5; BMVI (Fn. 52), S. 5; BMVBS (Fn. 27), S. 15.

60 Bundesbeauftragter (Fn. 50), 2009, S. 23; BRH (Fn. 50), 2014, S. 31, 33; lt. BRH liegen die Einsparungen bei operativen Kosten bei gerade einmal 0,5%, vgl. ebd., S. 17; teilweise zustimmend BMVI (Fn. 52), S. 32.

61 BRH (Fn. 50), 2014, S. 21f., 24; dazu BMVI (Fn. 52), S. 7, 25.

Behörden besseren finanziellen und personellen Ausstattung.<sup>62</sup> Aus Sicht des BRH handelt es sich dabei aber nicht um spezifische Vorteile von ÖPP, vielmehr sei es auch denkbar, bei wichtigen Teilstrecken die Auftragsvergabe auf einen Generalunternehmer zu konzentrieren.<sup>63</sup> Außerdem sei die Lösung für die zu geringe Personal- und Finanzausstattung der Behörden nicht im Ausweichen auf ÖPP zu suchen, sondern in der Sicherstellung einer angemessenen Finanzierung der Behörden.<sup>64</sup>

Das BMVI bezeichnete zudem die Qualität der Straßenbauarbeiten bei ÖPP-Projekten als überdurchschnittlich.<sup>65</sup> Diese Behauptung ist jedoch aus Sicht des BRH nicht hinreichend belegt, weil das BMVI Qualitätsunterschiede zwischen konventionellen und ÖPP-Projekten gar nicht untersucht habe.<sup>66</sup>

### c. *Verhältnis zur Schuldenbremse*

Der BRH sieht zudem beim A- und V-Modell mögliche Fehlanreize, weil trotz der Vorfinanzierung durch den Privaten die sog. Schuldenbremse (Art. 109 Abs. 3, 115 Abs. 2 GG) nicht greife.<sup>67</sup> Wie bereits beschrieben, liegt die Anschubfinanzierung unter den Baukosten, während die laufenden Zahlungen regelmäßig über den Unterhaltungskosten liegen. Wirtschaftlich wirkt diese Konstruktion also oftmals wie ein Kredit.<sup>68</sup> Der BRH sieht in verschiedenen Äußerungen verantwortlicher Politiker auch einen Nachweis dafür, dass einige Abschnitte gerade wegen knapper Haushaltslage als ÖPP ausgestaltet wurden.<sup>69</sup> Auch Teile der Literatur weisen auf die „verdeckte Kreditaufnahme“<sup>70</sup> wegen der privaten Vorfinanzierung von ÖPP-Projekten im Straßenbau hin.

Dabei geht der BRH davon aus, dass die untersuchten ÖPP-Projekte der Schuldenbremse nicht unterfielen, weil dem Haushalt nicht unmittelbar Geldmittel zufließen.<sup>71</sup> In der Tat erfasst der Begriff „Kre-

62 Vgl. BRH (Fn. 50), 2014, S. 24.

63 BRH (Fn. 50), 2014, S. 25; vgl. bereits BRH (Fn. 52), 1995, S. 60.

64 BRH (Fn. 50), 2014, S. 26f.; dazu BMVI (Fn. 52), S. 7.

65 BMVI (Fn. 52), S. 7; BMVBS (Fn. 27), S. 14.

66 BRH (Fn. 50), 2014, S. 30; dazu BMVI (Fn. 52), S. 28ff.

67 BRH (Fn. 50), 2014, S. 34.

68 Deutlich Präsidentinnen und Präsidenten der Rechnungshöfe (Fn. 49), S. 1, 3 („laufende Zahlungsverpflichtungen [treten] an die Stelle von Zins- und Tilgungslasten“).

69 BRH (Fn. 50), 2014, S. 35 m. w. N.

70 V. Lewinski/Burbar (Fn. 3), § 7 BHO, Rn. 23; ähnlich *Kämmerer* (Fn. 31), S. 353; *Tobias Manz/Yannick Schönwälder*, Die vergaberechtliche Gretchenfrage: Wie hältst Du's mit dem Mittelstand?, NZBau 2012, S. 470 (dortige Fn. 53) („Schattenverschuldung“).

71 BRH (Fn. 50), 2014, S. 34.

dit“ im Sinne von Art. 109 Abs. 3, 115 Abs. 2 GG<sup>72</sup> nach traditioneller Ansicht nur sog. Finanzierungsschulden, also die unmittelbare Beschaffung von Geldmitteln, die später zurückzuzahlen sind.<sup>73</sup> Demgegenüber sind sog. Verwaltungsschulden, also Verbindlichkeiten aus Verwaltungs- und Geschäftstätigkeit (z. B. aus Kauf-, Werk-, Miet-, oder Arbeitsverträgen)<sup>74</sup>, nach hergebrachter Auffassung nicht erfasst. Danach fielen auch ÖPP-Konstrukte im Straßenbau, bei denen dem Haushalt unmittelbar keine zusätzlichen Mittel zufließen, grundsätzlich nicht unter den verfassungsrechtlichen Kreditbegriff.

Zwar halten die meisten Autoren auch heute noch an der Beschränkung auf Finanzschulden fest. Jedenfalls für Umgehungskonstellationen wird aber inzwischen mehrheitlich – in verschiedenen Schattierungen – eine Einbeziehung auch von Verwaltungsschulden in das Kreditverbot befürwortet.<sup>75</sup> In der Tat spricht das erhebliche Umgehungspotential<sup>76</sup> für ein stärker materielles Verständnis, zumal der Wortlaut eine Beschränkung auf formelle Zahlungsvorgänge nicht zwingend erfordert<sup>77</sup>. Eine vollständige Materialisierung des Kreditbegriffs ist

72 Beide Vorschriften gehen nach h. M. von einem einheitlichen Kreditbegriff aus, s. *Siekmann* (Fn. 4), Art. 109 Rn. 65; *Markus Heintzen*, in: Ingo v. Münch (Begr.)/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 109 Rn. 28; *Hans D. Jarass*, in: ders./Bodo Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 14. Aufl. 2016, Art. 109 Rn. 13.

73 *Werner Heun*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 115 Rn. 11; mit Blick auf die Einschaltung Privater bei Infrastrukturmaßnahmen ausdrücklich auch *Wolfram Höfling/Stephan Rixen*, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Ordner 17, 106. Erg.-Lfg. Juli 2003, Art. 115 Rn. 124, 136 ff.; vgl. auch VerfGH Rheinland-Pfalz, DÖV 1997, S. 247; zur Begriffsbildung *Hermann Pünder*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 123 Rn. 20 m. w. N.

74 *Pünder* (Fn. 73), § 123 Rn. 20; *Kube* (Fn. 4), Art. 115 Rn. 70; *Christian Jahndorf*, Alternative Finanzierungsformen des Staates, NVwZ 2001, S. 621.

75 *Kube* (Fn. 4), Art. 115 Rn. 71 („Kreditaufnahme gleichkommen“); *Siekmann* (Fn. 4), Art. 115 Rn. 21 („wenn [...] Finanzierungsaspekt im Vordergrund“); *Pünder* (Fn. 73), § 123 Rn. 22 („zumindest [...] mittelbare Finanzierungsfunktion“); *Heintzen* (Fn. 72), Art. 115 Rn. 10 („wenn [...] wegen Finanzierungsfunktion staatlicher Kreditaufnahme äquivalent“); *Jarass* (Fn. 72), Art. 115 Rn. 3; *Ekkehart Reimer*, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Stand: 33. Ed. Juni 2017, Art. 115 Rn. 18; in engen Grenzen selbst *Höfling/Rixen* (Fn. 73), Art. 115 Rn. 138 („außergewöhnliche Zahlungserleichterungen“ oder Privater als „verlängerter Arm“); *Höfling* (Fn. 31), DÖV 1995, S. 146; *Michael Droege*, „Notruf nach Karlsruhe“ – Die Begrenzung der Staatsverschuldung und das Heraufziehen des Jurisdiktionsstaates im Haushaltsverfassungsrecht, VerwArch 2007, Bd. 98, S. 107 („unmittelbar Geldkredite substituierenden Charakter“); a.A. explizit *Heun* (Fn. 73), Art. 115 Rn. 13; wohl auch *Burgi* (Fn. 16), S. 279.

76 *Siekmann* (Fn. 4), Art. 115 Rn. 20; *Pünder* (Fn. 73), § 123 Rn. 21; *Jahndorf* (Fn. 74), NVwZ 2001, S. 624; *Reuter* (Fn. 7), NVwZ 2005, S. 1248 f.

77 *Jahndorf* (Fn. 74), NVwZ 2001, S. 624.

andererseits kaum handhabbar<sup>78</sup>, weil in diesem Fall bereits jede Vorleistung eines privaten Vertragspartners dem Kreditbegriff unterfiele.<sup>79</sup> Erforderlich ist vielmehr ein einschränkendes Kriterium für all jene Fälle, die in erheblicher Weise der Vorfinanzierung dienen und deshalb bei wertender Betrachtung einem Kredit gleichkommen. Bei den hier in Rede stehenden Modellen bietet sich insoweit die Frage an, ob das Vorleistungselement auf Grund der Höhe des Finanzierungsanteils sowie des Vorfinanzierungsvolumens eine gewisse Bagatellgrenze überschreitet.<sup>80</sup>

Hiernach dürfte die Vorfinanzierung der bisherigen Autobahn-ÖPP in der Regel als Kredit einzuordnen sein, weil die Anschubfinanzierung noch immer substantiell unter den Baukosten liegen dürfte und die Projekte jeweils Gesamtvolumina von mindestens dreistelligen Millionenbeträgen aufweisen.<sup>81</sup>

#### d. Gesamtwirtschaftliche Nachteile

Durch die Leistungserbringung „aus einer Hand“ sieht der BRH zudem gesamtwirtschaftliche Nachteile, insbesondere wegen einer Benachteiligung des Mittelstandes. Gem. § 97 Abs. 4 GWB sind öffentliche Aufträge grundsätzlich in mehrere kleine Aufträge aufzuteilen (sog. Teil- und Fachlose), um auch mittelständische Betriebe beteiligen zu können.<sup>82</sup> Hiervon wird bei ÖPP-Projekten im Straßenbau abgewichen, um die Effizienzvorteile der gebündelten Projektumsetzung durch den Investor sicherzustellen.<sup>83</sup> Der BRH hält dies zum einen rechtlich für problematisch<sup>84</sup> und sieht auch gesamtwirtschaftliche Nachteile durch

78 Vgl. *Wolfgang Spoerr*, in: Wolfgang Meyer-Sparenberg/Christof Jäckle (Hrsg.), Beck'sches M&A-Handbuch, 2017, § 80 Rn. 60; BRH, Schriftliche Stellungnahme zu dem Beschlussantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen „Öffentliches Vermögen erhalten, ehrlich bilanzieren, richtig investieren“ (BT-Drucksache 18/11188), S. 5, <https://www.bundestag.de/blob/503270/1ada238acfad0cbcf917f762424ff16e/bundesrechnungshof-data.pdf> <29.08.2017>.

79 Vgl. *Wolfram Höfling*, Staatsschuldenrecht, 1993, S. 43.

80 Näher zum Ganzen *Meier* (Fn. 40), DÖV 2018 (im Erscheinen).

81 Bundesregierung, BT-Drs. 18/6898, S. 9 ff.; BRH (Fn. 50), 2014, S. 8 f.

82 Vgl. *Meinrad Dreher*, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. II, 5. Aufl. 2014, § 97 GWB Rn. 121; *Michael Fehling*, in: Hermann Pünder/Martin Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 2. Aufl. 2015, § 97 GWB Rn. 89; *Manz/Schönwälder* (Fn. 70), NZBau 2012, S. 466.

83 BRH (Fn. 50), S. 24; *Manz/Schönwälder* (Fn. 70), NZBau 2012, S. 466, 468 f.

84 Die Frage ist durchaus umstritten. Insb. Teile der Rechtsprechung scheinen eine Aufteilung i.S.v. § 97 Abs. 4 GWB bei ÖPP-Projekten von vornherein für nicht erforderlich zu halten, bspw. OLG Celle, NZBau 2010, S. 716 f. Andere fordern zumindest einen Nachweis, dass die

die geringere Förderung des Mittelstandes.<sup>85</sup> Weiterhin wird mittelständischen Unternehmen die Akquirierung von ÖPP-Projekten durch die oftmals aufgestellten Eigenkapitalanforderungen an die jeweilige Projektgesellschaft erschwert.<sup>86</sup>

#### e. *Mängel der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung*

Entscheidend für die Frage der Rentabilität von ÖPP gegenüber einer konventionellen Umsetzung ist letztlich der Vergleich der voraussichtlichen Kosten im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung.<sup>87</sup> Zwischen BRH und BMVI bestanden dabei von Anfang an Differenzen über methodische Fragen.<sup>88</sup>

Obleich sich einzelne Probleme durch Anpassung der Methodik und Fortentwicklung der ÖPP-Modelle inzwischen erledigt haben, bestehen nach wie vor Meinungsverschiedenheiten vor allem beim vom BMVI angestellten sog. Nutzenvergleich<sup>89</sup>: Hierunter sind gesamtwirtschaftliche Effekte zu verstehen, die neben den reinen Kosten der jeweiligen Realisierungsvarianten ebenfalls berücksichtigt werden. Soweit sich die Effekte finanziell erfassen lassen, werden sie in Euro ausgewiesen (sog. monetärer Nutzenvergleich), im Übrigen erfolgt eine Bewertung nach Punkten (sog. qualitativer Nutzenvergleich). Berücksichtigt wurde dabei z. B. der Nutzenvorteil einer schnelleren Fertigstellung bei ÖPP (verkürzte Reisezeit und niedrigere Transportkosten). Der BRH monierte, dass Nutzenvorteile der konventionellen Variante (beispielsweise die Einhaltung der Schuldenbremse und die effektivere Mittelförderung) demgegenüber nicht hinreichend berücksichtigt worden seien.<sup>90</sup>

---

ÖPP-Variante wirtschaftlich deutlich günstiger ist, z. B. *Dreher* (Fn. 82), § 97 GWB Rn. 153; wohl auch *Manz/Schönwälder* (Fn. 70), NZBau 2012, S. 469.

85 BRH (Fn. 50), 2014, S. 23.

86 Präsidentinnen und Präsidenten der Rechnungshöfe (Fn. 49), S. 6.

87 Näher *Diederichs* (Fn. 7), NZBau 2009, 547 ff.; *Holger Mühlenkamp*, Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei ÖPP – Zwischen methodischer Konsistenz und interessengeleiteter Ergebnisgestaltung, ZögU Beiheft 46/2016, S. 60; *Stefan Hertwig*, Zuschlagskriterien und Wertung bei ÖPP-Vergaben, NZBau 2007, S. 546 f.; allgemein zur Wirtschaftlichkeitsuntersuchung *Holger Mühlenkamp*, Wirtschaftlichkeit im öffentlichen Sektor, 2015, S. 111 ff.

88 Vgl. aus den ersten Stellungnahmen insb. Bundesbeauftragter (Fn. 50), 2009, S. 13 ff. sowie eingehend ders. (Fn. 50), 2013, S. 7 ff.

89 Zu den ebenfalls weiterhin umstrittenen Fragen der Behandlung von Zinsänderungsrisiken und der Berücksichtigung gewinnabhängiger Steuern vgl. BMVI (Fn. 54), S. 9 ff.

90 Bundesbeauftragter (Fn. 50), 2013, S. 10, 43 f.; BRH (Fn. 50), 2014, S. 21 f.; dazu BMVI (Fn. 52), S. 23 f.; BMVI (Fn. 54), S. 14 f.

Zu positiv wird die ÖPP-Variante aus Sicht des BRH auch deshalb bewertet, weil das BMVI beim konventionellen Referenzprojekt Risikoaufschläge in Millionenhöhe vornahm, obgleich die öffentliche Hand bei konventioneller Verwirklichung diese Risiken nicht versichert, sondern bei Realisierung des Risikos aus eigenen Mitteln bestreitet.<sup>91</sup> Generell kritisierte der BRH auch eine mangelhafte Datengrundlage, so dass die angesetzten Nutzwerte teilweise nicht nachvollziehbar seien. So nahm das BMVI z. B. pauschal bei ÖPP Effizienzvorteile von 10 % gegenüber einer konventionellen Bauweise an, obwohl bereits erste konkrete Erfahrungswerte mit ÖPP-Projekten vorlagen.<sup>92</sup>

## 2. Andere Bereiche

Ausführlich äußerte sich der BRH auch zum sog. Herkules-Projekt der Bundeswehr. Das Bundesverteidigungsministerium (BMVg) hatte im Jahr 2006 gemeinsam mit den privaten Partnern IBM und Siemens die BWI Informationstechnik-GmbH gegründet. Der Bund war hieran zu 49,9 % beteiligt, die Privatunternehmen hielten die übrigen Mehrheitsanteile. Das BMVg übertrug der BWI GmbH sodann für zehn Jahre die Modernisierung weiterer Teile der nicht-militärischen IT-Ausstattung.<sup>93</sup> Bereits im Jahr 2006 monierte der BRH Mängel bei der dem Zuschlag vorangegangenen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung. Das BMVg habe sich bereits vor dem Vergleich zum konventionellen Referenzprojekt auf finanzielle Parameter festgelegt, die die ÖPP-Variante bevorzugten. Außerdem habe das BMVg eine vertiefte Analyse der Risiken vermissen lassen. Der BRH diagnostizierte zudem im Vergleich zur innerbehördlichen Realisierung Mehrkosten in Höhe von 360 Mio. Euro.<sup>94</sup> Im Jahr 2016 hat sich das BMVg entschieden, das Projekt nicht zu verlängern, sondern die Anteile an der BWI GmbH vollständig selbst zu übernehmen.<sup>95</sup> Diese Entscheidung wurde vom BRH begrüßt.<sup>96</sup> Bei dieser Gele-

91 Bundesbeauftragter (Fn. 50), 2013, S. 26.

92 Bundesbeauftragter (Fn. 50), 2013, S. 29, 36.

93 Frank Roth, Private Projektgesellschaften als öffentliche Auftraggeber?, NZBau 2013, S. 685 ff.; vgl. auch Bauer (Fn. 2), S. 25.

94 BRH, Bemerkungen des Bundesrechnungshofs 2007, BT-Drs. 16/7100, S. 253 f.

95 BMVg, Die Herkules-Zukunft hat begonnen, Pressemitteilung v. 28.12.2016, <https://www.bundeswehr.de/resource/resource/MzEzNTM4MmUzMzMyMmUzMjMwMzkyZTM3Mz-czMzMDMwMzAzMDMwMzAzMDY5NzgZODc5NzE2MTMzNzMyMDIwMjAyMDIw/PM%2015-%20Herkules.pdf> <10.10.2017>.

96 BRH, Bericht nach § 88 Abs. 2 BHO – Wirtschaftlichkeitsuntersuchung zur HERKULES-Nachfolge v. 02.05.2014, Gz. IV 3–2013–5307, S. 4.

genheit wies der BRH ferner darauf hin, dass die Aufgabenauslagerung auf Private oftmals mit einem Verlust an Fähigkeiten und Fachwissen in der eigenen Behörde einhergehe, was gerade in sicherheitsrelevanten Bereichen der Bundeswehr zu beachten sei.<sup>97</sup>

Im Jahr 2011 veröffentlichten die Präsidentinnen und Präsidenten der Rechnungshöfe des Bundes und der Länder zudem einen umfangreichen gemeinsamen Bericht über die bis zum damaligen Zeitpunkt gesammelten Erfahrungen mit ÖPP. Im Zentrum standen dabei Projekte des Hochbaus.<sup>98</sup> Auffällig häufig monierten die Rechnungshöfe auch hier Mängel bei den Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, die zu einer Bevorzugung von ÖPP führten. Insbesondere wurden Effizienzvorteile für ÖPP zu hoch angesetzt oder nicht schlüssig dargelegt oder es wurden für das konventionelle Referenzprojekt nicht vergleichbare Rahmenbedingungen zu Grunde gelegt.<sup>99</sup> Gerade Risikoaufschläge waren bei der ÖPP-Variante oft zu gering oder bei der konventionellen Vergleichsrechnung zu hoch angesetzt.<sup>100</sup> In einem Fall waren pauschal angenommene Einsparpotentiale bei der ÖPP-Variante derart unrealistisch, dass der Landesrechnungshof explizit von einem „schöngerechneten“<sup>101</sup> Ansatz sprach. Mangels Expertise mussten die öffentlichen Stellen zudem die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung als solche häufig in die Hände externer Berater legen – mit durchwachsenem Erfolg. Häufig waren die Arbeitsergebnisse kaum nachvollziehbar und, schlimmer noch, „die Grenzen zwischen Beratung und Lobbying“ aus Sicht der Rechnungshöfe „[zum Teil] fließend“.<sup>102</sup>

---

97 BRH (Fn. 96), 2014, S. 3, 15, 20 f.

98 Vgl. Präsidentinnen und Präsidenten der Rechnungshöfe (Fn. 49), S. 2, 47 ff.; vgl. auch BRH, Bemerkungen des Bundesrechnungshofs 2014, BT-Drs. 18/3300, S. 44 zur Bedeutung der Bauverwaltung für ÖPP-Entscheidungen im Hochbau.

99 Präsidentinnen und Präsidenten der Rechnungshöfe (Fn. 49), S. 16 ff.; vgl. auch BRH, Bemerkungen des Bundesrechnungshofs 2010, BT-Drs. 17/3650, S. 35 f.

100 Präsidentinnen und Präsidenten der Rechnungshöfe (Fn. 49), S. 29 ff.

101 Präsidentinnen und Präsidenten der Rechnungshöfe (Fn. 49), S. 77. Die Stadt Magdeburg hatte die Sanierung von 20 Schulgebäuden als ÖPP vergeben und bei der vorläufigen Wirtschaftlichkeitsanalyse gegenüber einer konventionellen Beschaffungsvariante pauschal ein fünfmal höheres Einsparpotential angesetzt.

102 Präsidentinnen und Präsidenten der Rechnungshöfe (Fn. 49), S. 9.

## V. Bewertung

ÖPP sind nicht per se „Allheilmittel oder Teufelswerk“<sup>103</sup>. Es ist ohne weiteres plausibel, dass sich der Staat beim öffentlichen Beschaffungswesen marktwirtschaftliche Anreizwirkungen für eine effiziente Aufgabenerfüllung und ggf. eine langfristig haltbare Bauweise zu Nutze macht.<sup>104</sup>

Andererseits macht der BRH zu Recht deutlich, dass ÖPP-Projekte auf Grund höherer Finanzierungskosten, den anfallenden Vergabe-, Koordinierungs- und Transaktionskosten und letztlich auch des aufzuschlagenden Gewinns des Privaten<sup>105</sup> in einigen Bereichen strukturelle Mehrkosten aufweisen. Dieser „geborene Nachteil“<sup>106</sup> muss an anderer Stelle zumindest kompensiert werden. Zur Feststellung, ob dies im Einzelfall möglich ist, ist eine möglichst präzise Wirtschaftlichkeitsuntersuchung essentiell. Gerade in diesem Bereich waren aber insbesondere zu Beginn der 2000er und 2010er Jahre massive Defizite festzustellen. Auch heute noch ist besonders problematisch, dass die Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen längst nicht so objektiv sind, wie es auf den ersten Blick scheinen mag: Die Festsetzung von Risikozuschlägen<sup>107</sup> und insbesondere die Bewertung von Nutzwerten<sup>108</sup> eröffnen erhebliche Wertungsspielräume, die durchaus Einfluss auf das Ergebnis der Untersuchung zeitigen können. Das gilt umso mehr, wenn erwartete Effizienzvorteile von ÖPP nicht auf tatsächlichen Untersuchungen, sondern auf kaum nachvollziehbaren Schätzungen beruhen.

Im Übrigen werfen die Ausführungen des BRH zum Autobahnbau mit Recht ein Schlaglicht auf die perspektivischen Folgen von ÖPP: Die von der Bundesregierung gebetsmühlenartig wiederholte Aussage, ÖPP sei keine Finanzierungs- sondern eine Beschaffungsvariante<sup>109</sup> ändert nichts am oben beschriebenen Vorfinanzierungseffekt vieler

103 Beirat BMF (Fn. 20), S. 32; vgl. auch Bundesbeauftragter (Fn. 50), 2009, S. 32; BRH (Fn. 50), 2014, S. 40; BMVI (Fn. 54), S. 29f.; Präsidentinnen und Präsidenten der Rechnungshöfe (Fn. 49), S. 1.

104 Beirat BMF (Fn. 20), S. 15.

105 Jan Ziekow, Public Private Partnership als zukünftige Form der Finanzierung und Erfüllung öffentlicher Aufgaben?, in: Hermann Hill (Hrsg.), Zukunft des öffentlichen Sektors, 2006, S. 53; Kupjetz/Eftekharzadeh (Fn. 33), NZBau 2013, 142.

106 Reuter (Fn. 7), NVwZ 2005, S. 1248.

107 Hertwig (Fn. 87), NZBau 2007, S. 547.

108 Mühlkamp (Fn. 87), S. 161 ff.

109 Bundesregierung, BT-Drs. 17/13846, S. 11; BT-Drs. 18/452, S. 4; BT-Drs. 18/13093, S. 2; BMF, Finanzbericht 2017, S. 55; BMVI (Fn. 52), S. 4.

ÖPP-Projekte.<sup>110</sup> Bei erheblicher Vorfinanzierung sprechen aus den genannten Gründen gute Argumente bereits für ein Eingreifen der sog. Schuldenbremse. Steigen die langfristigen Zahlungsverpflichtungen zu Lasten des Verkehrshaushalts weiter an, droht unabhängig von der rechtlichen Einordnung zudem zukünftig eine noch größere Abhängigkeit von ÖPP-Modellen, weil für den zunächst kostenintensiven konventionellen Bau freie Mittel fehlen.

Zuletzt darf nicht außer Acht gelassen werden, dass der Staat den Marktkräften, die er für sich einzuspannen sucht, auch selbst ausgesetzt ist. Da der Private aus Gewinninteresse handelt und gerade bei langfristigen Verträgen nicht alle Eventualitäten berücksichtigt werden können, besteht ein Nachverhandlungsrisiko.<sup>111</sup> Beispielhaft deutlich wird dies an der wirtschaftlichen Schieflage des privaten Autobahnbetreibers A1 Mobil. Die Gesellschaft hatte im Jahr 2005 den Zuschlag für Ausbau und Betrieb eines 73 Kilometer langen Teilstücks der A1 nach dem A-Modell erhalten und geriet wegen einbrechenden Verkehrsaufkommens seit 2008 im Zuge der Wirtschaftskrise in finanzielle Schwierigkeiten. Zwar hat der Bund sich ein Kündigungsrecht für den Fall der Insolvenz des Betreibers einräumen lassen.<sup>112</sup> Die Wirksamkeit dieser insolvenzabhängigen Lösungsklausel ist aber mit Blick auf § 119 InsO zweifelhaft.<sup>113</sup> Im Fall der Unwirksamkeit der konkret verwendeten Klausel wird der Bund Nachverhandlungen nur schwer vermeiden können.

## VI. Fazit

Die dargestellte Rechnungshof-Kritik spiegelt in aufschlussreicher Weise die Entwicklung von der Privatisierungswelle ab den 1990er Jahren hin zur heute vermehrt anzutreffenden Reserviertheit gegenüber Privatisierungslösungen wider: Vor allem zu Beginn der ÖPP-Euphorie schienen viele öffentliche Akteure kaum Wert auf eine präzise Ermittlung von Vor- und Nachteilen der ÖPP-Variante gegenüber einer konventionellen Realisierung zu legen. Gerade die Äußerungen

---

110 Selbst das BMVI gibt zu, dass ÖPP Finanzierungselemente enthalten, vgl. BMVI (Fn. 52), S. 8; vgl. auch Beirat BMF (Fn. 20), S. 7.

111 Beirat BMF (Fn. 20), S. 15, 20 ff.; zu Nachverhandlungen auch Bundesbeauftragter (Fn. 50), 2013, S. 38 f.; Präsidentinnen und Präsidenten der Rechnungshöfe (Fn. 49), S. 30 f.

112 Markus Balsler, Milliardenpanne, SZ v. 26./27.08.2017, Nr. 196, S. 26; Kerstin Schwenn, Bund streitet mit privatem Autobahnbetreiber, FAZ v. 24.08.2017, S. 15; vgl. auch § 51.5 MusterV (Fn. 37).

113 Vgl. BGH, NJW 2013, S. 1160 f.; einschränkend allerdings BGH, NJW 2016, S. 1947; zum Ganzen Christoph Thole, Grenzen vorinsolvenzlicher Lösungsklauseln, ZHR 2017, Bd. 181, S. 551 ff.

der Rechnungshöfe haben den Weg zu einer größeren Sensibilität für die vergleichende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung und für eine Verbesserung ihrer Methoden bereitet. Diese Entwicklung fügt sich in die konstatierte Tendenz zum Öffentlichen ein, die den Gegenstand des vorliegenden Bandes bildet.

Gleichwohl würde den Rechnungshöfen Unrecht tun, wer ihnen eine grundsätzliche oder gar dogmatische Ablehnung der Beteiligung Privater unterstellte. Wie aus den obigen Ausführungen deutlich wird, stehen bei ihren Äußerungen methodische Fragen im Vordergrund, auch wenn der BRH in seinen Gutachten zum Fernstraßenbau auf strukturelle Nachteile von ÖPP-Projekten hinweist, die im Einzelfall durch anderweitige Vorteile zu kompensieren sind. Denn letztlich ist die Wahl der ÖPP-Variante ihrerseits ein Gebot der Wirtschaftlichkeit, wenn sie nachweislich überwiegende Vorteile gegenüber der konventionellen Aufgabenerledigung bietet. Insofern ist die Bedeutung einer sachgerechten Methodik für die Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen kaum überzubewerten.

Die Rechnungshöfe können mit ihren Äußerungen zu ÖPP hierbei – auch zukünftig – Motor für ein Leitbild des staatlich-privaten Verhältnisses bei der öffentlichen Aufgabenerfüllung sein, das die Einbindung Privater einerseits und die staatliche Eigenerfüllung andererseits nicht als starre Gegensätze wahrnimmt, sondern den Staat zur zielsicheren Auswahl des jeweils vorteilhaftesten Modells befähigt.

Der Autor *Ass. iur. Michael Meier* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Europäisches und Deutsches Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Sozialrecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht an der Universität Potsdam.

# Gestaltungsprobleme bei Verträgen für Öffentlich-Private Partnerschaften

Wolfgang Abromeit

Im Anschluss an die programmatische Einführung in die Modernisierung des Gemeinwesens und die Darstellung einiger struktureller Probleme bei Öffentlich-Privaten Partnerschaften (ÖPP) ist es Ziel dieses Beitrages, auf diese Handlungs- und Organisationsformen<sup>1</sup> konstruktiv näher einzugehen. Dafür wird der Beitrag zunächst von einigen grundlegenden Ausführungen zur Vertragsgestaltung bei komplexen Verträgen ausgehen (I.) und einige strukturelle Probleme der Vertragsgestaltung bei Public Private Partnership Verträgen erläutern (II.). Darauf aufbauend wird eine kurze Kategorisierung der Risiken mit den jeweils anzuwendenden Prinzipien der Risikoverteilung vorgestellt (III.), bevor abschließend einige vertragliche Mechanismen der Risikoverteilung skizziert werden können (IV.).

## I. Öffentlich-Private Partnerschaften unter dem Blickwinkel der Vertragsgestaltung

Der kautelarjuristische Blickwinkel auf die Kooperation mit Privaten rückt nicht die Faktoren für oder gegen eine solche Zusammenarbeit in das Zentrum der Betrachtung, sondern setzt danach an. Dies hat seinen Grund einerseits darin, dass die Entscheidung eher politischer Natur ist<sup>2</sup> – wenn auch nicht frei von rechtlichen Implikationen, wie der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung gem. § 7 Abs. 2 BHO.<sup>3</sup> Ungeach-

1 *Hartmut Bauer*, Privatisierung oder Publizisierung? Wege zur gemeinwohlorientierten Bereitstellung von Leistungen im allgemeinen Interesse, S. 35 f. in diesem Band.

2 Die politische Dimension der Entscheidung betont auch *Martin Burgi*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, Gutachten für den 67. DJT, 2008, S. 11 f.; *Rolf Stober*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Phantomdiskussion oder Gestaltungsoption in einer verantwortungsgeteilten, offenen Wirtschafts-, Sozial- und Sicherheitsverfassung?, NJW 2008, S. 2308.

3 *Martin Weber/Oliver Moß/Andreas Parzych*, Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen als Erkenntnis- und Entscheidungsprozess, in: *Martin Weber/Michael Schäfer/Friedrich*

tet der Probleme bei der Projektdurchführung im Rahmen von Public Private Partnership<sup>4</sup>, bleibt die Einbeziehung von Privaten bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben eine von mehreren legitimen Möglichkeiten, ein Projekt durchzuführen. Entscheidet sich der öffentliche Partner im demokratisch legitimierten Entscheidungsprozess für diesen Erfüllungsmodus, so ist es Aufgabe der Juristen in der Vertragsgestaltung dafür zu sorgen, dass die Rahmenbedingungen für eine erfolgreiche Projektdurchführung gegeben sind.

In dieser Phase der Kooperation, die hier bereits von *Hartmut Bauer* als besonders prekäre Phase der Kooperation und als „Auslöser für Schieflagen und auch das Scheitern“ der Zusammenarbeit identifiziert wurde<sup>5</sup>, liegt der Fokus der juristischen Betrachtung darauf, die Interessen der Parteien weitestgehend zu verwirklichen und die Rechtsverhältnisse so erfolgversprechend wie möglich zu gestalten. Ausgangspunkt für Überlegungen zur Vertragsgestaltung ist die Motiv- und Interessenlage der Parteien.<sup>6</sup> Zwar ist die Interessenlage der Parteien häufig sehr heteronom. Die Vielgestaltigkeit der Motive für die Zusammenarbeit des Staates mit Privaten wurde bereits vor einiger Zeit von *Bauer* herausgearbeitet: Sie erstrecken sich von ordnungspolitischen Erwägungen über die Einbeziehung und Nutzung privaten Sachverstands, privater Initiative und privaten Verwaltungspotentials, der Beschleunigung von Verwaltungsprojekten größerer Flexibilität bei Personalakquisition und -einsatz, höherer Kreditwürdigkeit, Flexibilität im Haushaltsgebaren, Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung, Effizienzsteigerung über

---

Hausmann (Hrsg.) Praxishandbuch Public Private Partnership, 2006, §11 S. 499; *Holger Mühlhamp*, Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei ÖPP – Zwischen methodischer Konsistenz und interessengeleiteter Ergebnisgestaltung, in: ders. (Hrsg.), Öffentlich Private Partnerschaften: Potentiale und Probleme, ZögU Beiheft 46 (2016), S. 60ff.; *ders.*, Effizienzgewinne und Entlastungen öffentlicher Haushalte durch Public Private Partnership, in: Hans-Ulrich Küpper/Lothar Semper (Hrsg.), Chancen und Risiken von PPPs, S. 98f.; *Norbert Kanthak/Andreas Lenßen*, Die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung von PPP-Modellen, in: Bettina Meyer-Hoffmann/Frank Riemenschneider/Oliver Wehrauch (Hrsg.), Public Private Partnership: Gestaltung von Leistungsbeschreibungen, Finanzierung, Ausschreibung und Verträgen in der Praxis, 3. Rn. 851 ff.

4 *Michael Meier*, Öffentlich-Private Partnerschaften im Fokus der Rechnungshöfe, S. 87ff. in diesem Band; Präsidentinnen und Präsidenten der Rechnungshöfe des Bundes und der Länder, Gemeinsamer Erfahrungsbericht zur Wirtschaftlichkeit von ÖPP-Projekten 2011, [http://www.landesrechnungshof-sh.de/file/erfahrungsbericht\\_oep.pdf](http://www.landesrechnungshof-sh.de/file/erfahrungsbericht_oep.pdf) <16.08.2017>.

5 *Bauer* (Fn. 1), S. 35.

6 Vgl. *Eckard Rehbinder*, Die Rolle der Vertragsgestaltung im zivilrechtlichen Lehrsystem, AcP 174 (1974) S. 286f. und 299; *Eckard Rehbinder*, Vertragsgestaltung, 2. Aufl. 1993; *Lutz Aderhold/Raphael Koch/Karlheinz Lenkaitis*, Vertragsgestaltung, 2. Aufl. 2015, S. 7; *Karl Oskar Schmittat*, Vertragsgestaltung, 2. Aufl. 2005; *Rainer Kanzleiter*, Der Blick in die Zukunft als Voraussetzung der Vertragsgestaltung, NJW 1995 S. 905 ff.

höhere Beweglichkeit bei der Zusammenarbeit mit anderen Verwaltungsträgern und den Abbau von Vollzugsdefiziten bis hin zu atmosphärischen und psychologischen Aspekten einer stärkeren Orientierung an den Handlungsmustern und Erfolgsstrategien der privaten Wirtschaft.<sup>7</sup> Das Hauptmotiv der öffentlichen Hand für die zentrale Einbeziehung eines Privaten Partners ist und bleibt jedoch die Erwartung<sup>8</sup> von Effizienzvorteilen – bei zumindest gleichbleibender Qualität der Aufgabenerfüllung.<sup>9</sup> Diese Effizienzvorteile sollen vor allem durch Bündelungseffekte erzielt werden: Die einheitliche Verantwortung für Planung, Bau und Betrieb soll Synergieeffekte erzeugen, die vor allem auf einer effizienten Risikoverteilung beruhen.<sup>10</sup> Nur zur Erinnerung: Bei „klassischer

- 7 *Hartmut Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 1995, Bd. 54, S. 256; vgl. Public Private Partnership-Initiative NRW, Public Private Partnership im Hochbau, Erste Schritte: Der PPP-Eignungstest, S. 9f.; *Dietrich Budäus*, Public Private Partnership – Ansätze, Funktionen, Gestaltungsbedarfe, in: Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (Hrsg.), Public Private Partnership: Formen – Risiken – Chancen, 2004, S. 14; *Peter Tettinger*, Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen – ein Sachstandsbericht, NWVBl 2005 S. 1; *Friedrich Schoch*, Rechtliche Steuerung der Privatisierung staatlicher Aufgaben, Jura 2008, S. 672ff.; *Andreas Pfnür/Tim Eberhard*, Allokation und Bewertung von Risiken in immobilienwirtschaftlichen Public Private Partnerships, in: Dietrich Budäus (Hrsg.), Kooperationsformen zwischen Staat und Markt. Theoretische Grundlagen und praktische Ausprägungen von Public Private Partnership, 2006.
- 8 Eine systematische Erfolgskontrolle realisierter und beendeter Projekte existiert allerdings bisher nicht, die Effizienz ist also bei Einbeziehung eines privaten Partners nicht garantiert. Vielmehr kann festgehalten werden, dass es insgesamt nicht empirisch erwiesen ist, dass Unternehmen in privater Hand insgesamt effizienter handeln als öffentliche Unternehmen, vielmehr weisen empirische Metastudien darauf hin, dass unter Wettbewerbsbedingungen öffentliche Unternehmen genauso effizient arbeiten können wie private Unternehmen. *Holger Mühlenkamp*, From State to Market Revisited: More Empirical Evidence on the Efficiency of Public (and Privately-owned) Enterprises, FÖV Discussion Papers 75, 2008; ders., Ökonomische Analyse von Public Private Partnerships, FÖV Discussion Papers 55, 2010.
- 9 Unterrichtung durch die Bundesregierung, Bericht der Bundesregierung über ÖPP-Projekte im Betrieb v. 26.11.2015, BT-Drs. 18/6898, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/068/1806898.pdf> <16.08.2017>; Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, Erfahrungsbericht Öffentlich-Private Partnerschaften in Deutschland, 2007, S. 16; *Thorsten Beckers/Jan Peter Klatt*, Potenziale und Erfolgsfaktoren des PPP-Ansatzes, Studie im Auftrag der Initiative Finanzstandort Deutschland (IFD), 2008, S. 2ff., [https://www.wip.tu-berlin.de/fileadmin/fg280/forschung/publikationen/2009/potenziale\\_und\\_erfolgsfaktoren\\_des\\_ppp-ansatzes.pdf](https://www.wip.tu-berlin.de/fileadmin/fg280/forschung/publikationen/2009/potenziale_und_erfolgsfaktoren_des_ppp-ansatzes.pdf) <16.08.2017>.
- 10 *Mühlenkamp*, Ökonomische Analyse (Fn. 8), S. 6f.; *Holger Mühlenkamp*, Ökonomische Analyse von Public Private Partnerships (PPP) – PPP als Instrument zur Steigerung der Effizienz der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben oder als Weg zur Umgehung von Budgetbeschränkungen?, in: Jan Ziekow (Hrsg.): Wandel der Staatlichkeit und wieder zurück?, Baden-Baden, 2011, S. 78; ders., Effizienzgewinne und Entlastungen öffentlicher Haushalte durch Public Private Partnership, in: Hans-Ulrich Küpper/Lothar Semper (Hrsg.), Chancen und Risiken von PPPs, S. 75ff.; *Thorsten Becker/Jan Peter Klatt*, Eine

Beschaffung“ übernimmt zumindest in Deutschland der Staat die Aufgaben auch nicht selbst, sondern schreibt – zumindest die ersten beiden Komponenten, Planung und Bau – getrennt an Private aus.

## II. Strukturelle Gefahren und Probleme der Vertragsgestaltung bei Öffentlich-Privaten Partnerschaften

Kernproblem der Vertragsgestaltung ist also die angemessene Risikoverteilung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer als Anreizmechanismus für effizientes Handeln. Eine Sensibilisierung für potentielle Gefahren und Probleme im Rahmen dieses kurzen Beitrages kann über einige Beispiele für typische Problemlagen erreicht werden:

### 1. Einseitige Risikoverteilung zu Lasten des Auftragnehmers

Kontraintuitiv ist zunächst die einseitige, unüberlegte Risikoverteilung zu Lasten des Auftragnehmers problematisch. Sie ist ineffizient, da der private Vertragspartner grundsätzlich risikoavers ist und in der Konsequenz Risikoprämien verlangt. Die öffentliche Hand ist aufgrund ihres breiten Aufgabenspektrums und der hohen, wenn auch begrenzten Mittel sowie der damit einhergehenden Diversifikation und natürlichen Streuung der Risiken beinahe als risikoneutral einzustufen.<sup>11</sup> Grundsätzlich ist die Übertragung eines Risikos auf einen Privaten also teurer als die Übernahme durch die öffentliche Hand.<sup>12</sup> Ein Folgeproblem kann sein, dass sich nur unredliche Partner an der Ausschreibung beteiligen, die Verhandlungen zu ihren Gunsten einkalkulieren. Langzeitverträge gleichen nämlich einer Art bilateralem Monopol, bei dem sich das Abhängigkeitsverhältnis vor und nach Vertragsschluss entscheidend umkehrt.<sup>13</sup> Während vor Vertragsschluss der Staat ein gewisses Nachfragemonopol innehat, besitzt nach Vertragsschluss der private Partner ein Angebotsmonopol. Diese Tatsache, kombiniert mit der hohen Komplexität und der damit zusammenhängenden Unvollständigkeit der Langzeitverträge

---

Institutionenökonomische Analyse der Kosteneffizienz des PPP-Ansatzes, Zögu 2009, S. 327 f.; *dies.*, Potenziale und Erfolgsfaktoren des PPP-Ansatzes, 2008, S. 7; *Beckers/Klatt* (Fn. 9), S. 44.

11 *R. Preston McAfee/John McMillan*, Incentives in Government Contracting, 1988, S. 14; *Jirka Gehrt*, Flexibilität in langfristigen Verträgen, 2009, S. 36.

12 *Mühlenkamp*, Effizienzgewinne und Entlastungen (Fn. 10), S. 93 f.

13 *Gehrt* (Fn. 11), S. 70.

führt nach Vertragsschluss zu einer tendenziellen Überlegenheit des privaten Partners und somit zu der Gefahr, opportunistischem Verhalten ausgeliefert zu sein.<sup>14</sup> Der Auftragnehmer kann nach Vertragsschluss offen oder implizit damit drohen, den Vertrag zu brechen und so einseitige Vertragsanpassungen durchsetzen.<sup>15</sup> Diese theoretischen Überlegungen der Transaktionskostenökonomie sind für Kooperationen des Staates mit Privaten empirisch untermauert und führen regelmäßig zu Verzögerungen und Kostensteigerungen.<sup>16</sup>

## 2. Unklare Verträge und unklare Risikoverteilung

Ein weiteres Problem kann sich durch unklare und fehlerhafte Verträge ergeben. So kann eine verdeckte Risikotragung des öffentlichen Auftraggebers auf einer unklaren oder fehlerbehafteten Leistungsbeschreibung beruhen, wegen der die tatsächlich erbrachten Leistungen nicht den Anforderungen des Auftraggebers entsprechen.<sup>17</sup> Die Konsequenzen daraus sind auch aus den eben beschriebenen Umständen wiederum Kostensteigerungen für die öffentliche Hand. Auch eine unklare Risikoverteilung eine Erfüllungsebene „tiefer“, zwischen Generalunternehmer und Unterauftragnehmern, kann zu Verzögerungen und Kostensteigerungen führen.

## 3. Unkontrollierte Preissteigerungen bei Konzessionen

Eine besondere Form von Problemen entsteht bei Konstellationen, die im Deutschen als „Konzessionen“ bezeichnet werden. Zusammenfassend gesagt bedeutet dies, dass die Finanzierung der Anlage über Nut-

---

14 *Mühlenkamp*, Effizienzgewinne und Entlastungen (Fn. 10), S. 95 ff.; *Holger Mühlenkamp*, Public Private Partnership aus der Sicht der Transaktionskostenökonomik und der Neuen Politischen Ökonomie, in: Budäus (Hrsg.), *Kooperationsformen zwischen Staat und Markt*, 2006, S. 33; im Anschluss daran *Peter Paffhausen*, *Entscheidung über eine Öffentlich Private Partnerschaft*, 2010, S. 47.

15 Vgl. *Mireira Artigot i Golobardes/Fernando Gómez Pomar*, Long-term contracts in the law and economics literature, in: Gerrit de Geest (Hrsg.), *Contract law and economics*, 2011, S. 327.

16 *Mühlenkamp*, Effizienzgewinne und Entlastungen (Fn.10), S. 95 ff.; *Paffhausen* (Fn. 14), S. 100 ff.; *Gemeinsamer Erfahrungsbericht zur Wirtschaftlichkeit von ÖPP-Projekten*, 2011; *Jirka Gehrt*, *Flexibilität in langfristigen Verträgen*, 2009, S. 23 f. m.w.N.; *Eduardo Engel/Ronald Fischer/Alexander Galetovic*, *Soft Budgets and Renegotiations in Public Private Partnerships*, NBER Working Paper Series, Working Paper 15300, 2009.

17 *Rechnungshöfe* (Fn. 4), S. 14, 31.

zerentgelte erfolgt.<sup>18</sup> Hier ist es wichtig, dass genaue Regelungen für die Voraussetzungen einer Erhöhung der Nutzerentgelte getroffen werden, damit die privaten Betreiber nicht während der oft recht langen Vertragslaufzeit durch unkontrollierte Preissteigerungen ein natürliches Monopol zu Lasten der Bürger ausnutzen.

#### 4. Insolvenzrisiko bei Projektgesellschaften

Bei der Kooperation mit einer Projektgesellschaft ergeben sich besondere Probleme im Falle einer Insolvenz. Dann wird nämlich die vertragliche Risikoarchitektur ausgehebelt und die öffentliche Hand, die auf die Aufgabenerfüllung angewiesen ist, muss möglicherweise doppelt bezahlen.<sup>19</sup>

### III. Kategorisierung von Risiken bei Public Private Partnerships

Es stellt sich also die Frage, wie man diesen Gefahren in der Vertragsgestaltung begegnen kann. Methodisch sollte man die Risiken, die mit der Projektdurchführung verbunden sind, zunächst so spezifisch wie möglich identifizieren und abschätzen, welche Konsequenzen sich ergeben, falls sie sich realisieren. Anschließend sind sie nach Prinzipien der Risikoverteilung vertraglich einer der Parteien zuzuweisen oder angemessen aufzuteilen. Die Analyse dieses Prozesses kann im Rahmen dieses kurzen Beitrags nur überblicksartig geschehen. Es ist sinnvoll, die Risiken danach zu unterscheiden, wie sie die Kooperation betreffen. Dementsprechend gibt es Projektrisiken, globale Risiken und Kooperationsrisiken.

18 Nach der Legaldefinition des § 105 I GWB ist eine Konzession ein entgeltlicher Vertrag, mit dem ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen mit der Erbringung von Bauleistungen (Abs. 1 Nr. 1) oder mit der Erbringung und Verwaltung von Dienstleistungen (Abs. 1 Nr. 2) betraut. Dabei kann jeweils die Gegenleistung entweder im Recht zur Nutzung der Leistung bestehen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung; zum neuen Konzessionsrecht: *Thorsten Siegel*, Das neue Konzessionsvergaberecht, NVwZ 2016, S. 1672 ff.; *Thomas Mössinger*, Die Dienstleistungskonzession: Wesen und Abgrenzung zu ausschreibungsfreien Verträgen, NZBau 2015, S. 545 ff.; *Matthias Knauff/Elisabeth Badenhausen*, Die neue Richtlinie über die Konzessionsvergabe, NZBau 2014, S. 395 ff.

19 Rechnungshöfe (Fn. 4), S. 31.

## 1. Projektrisiken

Als Projektrisiken werden diejenigen Risiken bezeichnet, die von den Projektbeteiligten beeinflussbar sind und die auf ungewissen tatsächlichen Umständen beruhen. Im Rahmen dieser Oberkategorie ist eine weitere Kategorisierung anhand der Phasen der Kooperation möglich: Es gibt also Planungsrisiken und Baurisiken, Betriebsrisiken und Verwertungsrisiken.<sup>20</sup> Das wichtigste Prinzip der Risikoverteilung bei den Projektrisiken ist, dass derjenige es tragen sollte, der die Verwirklichung am ehesten beeinflussen kann.<sup>21</sup>

## 2. Globale Risiken

Der Eintritt globaler Risiken ist per Definition von keinem der Kooperationspartner zu beeinflussen. Es kommt demnach im Wesentlichen darauf an, festzustellen, wer am besten mit den Auswirkungen von verwirklichten Risiken umgehen kann und inwiefern eine Risikoteilung sinnvoll wäre. Besonders die höhere Risikoaversion des privaten Partners, die mit größeren Risikokosten einhergeht, kann in diesem Zusammenhang grundsätzlich dazu führen, dass der Auftraggeber sinnvollerweise das Risiko tragen sollte. Aus der Tatsache, dass der staatliche Auftraggeber eine geringere Risikoaversion hat, folgt das Prinzip, dass Risiken, auf die der Auftragnehmer keinen Einfluss hat, vom Auftraggeber zu tragen sind.<sup>22</sup> Da dieser theoretisch risikoneutral eingestellt sein sollte, entstehen normalerweise keine oder zumindest weniger zusätzliche Risikokosten.

---

20 Vgl. Rechnungshöfe (Fn. 4), S. 30; Vgl. auch Vgl. *Andreas J. Roquette/Christian Scherer-Leydecker*, Öffentlich-Private Partnerschaften, in: *Andreas J. Roquette/Andreas Otto*, Vertragsbuch Privates Baurecht, 2. Aufl. 2011, G. Rn. 36.

21 *Andreas Pfnür/Christoph Schetter/Henning Schöbener*, Risikomanagement bei Public Private Partnerships, 2010, S. 44 f.; *Christopher Bovis*, Risk and Public Private Partnerships, EPPL 2012, S. 49; *Gehrt* (Fn. 11) S. 55; *John G. Perry*, The New Engineering Contract: Principles of Design and Risk Allocation, in: *Engineering, Construction and Architectural Management* 1995 (2/3), S. 204; *Elmar Bickert*, Der Bauvertrag als symbiotischer Interessenwahrnehmungsvertrag, S. 118, 221; vgl. *Roquette/Scherer-Leydecker* (Fn. 20), Rn. 36; Vgl. *Rainer Schach/Jens Otto*, Risikoallokation bei PPP-Verträgen: Welche Strategie ist sinnvoll?, in: *Baumanagement und Baurecht* 2008, S. 51; *Joseph H.L. Chan/Daniel W.M. Chan/Patrick T.I. Lam/Albert P.C. Chan*, Preferred Risk Allocation in Target Cost Contracts in Construction, *Facilities* 2011 Vol. 29 Iss. 13/14, S. 548.

22 *Perry* (Fn. 21) *Engineering, Construction and Architectural Management* 1995 (2/3), S. 204; *Martin Barnes*, How to allocate risks in construction contracts, *Project Management* 1983, S. 24 ff.

Bei der Vertragsgestaltung sollte der Auftraggeber daher, wie oben bereits angesprochen, hier der Versuchung widerstehen, sein Angebotsmonopol auszunutzen und Risiken pauschal auf den privaten Partner zu übertragen und für die antizipierbaren Risiken entsprechende Anpassungsmechanismen vorsehen. Das gilt im Wesentlichen für das Inflationsrisiko<sup>23</sup>, bei Gesetzesänderungen<sup>24</sup>, steuerlichen Risiken und bei „Höherer Gewalt“<sup>25</sup>.

### 3. Kooperationsrisiken

Kooperationsrisiken sind diejenigen Risiken, die direkt mit der Vertragsgestaltung und den Vertragspartnern oder deren individuellem Verhalten zusammenhängen. Unter dem ersten Aspekt geht es also meist um Probleme, die aus der Komplexität der Kooperation entspringen. Bei den Risiken, die an den Partner anknüpfen, kann es entweder um die Auswahl des falschen Partners (Vergaberisiko), dessen unkooperatives Verhalten oder seine Insolvenz gehen. In der Vertragsgestaltung geht es weniger um die Auswahl des Vertragspartners, als vor allem darum, die Risiken, die nach Vertragsschluss auftreten können (ex-post-Risiken) und teilweise aufgrund der Unvollständigkeit des Vertrages, teilweise wegen der Realisierung der unter 1. und 2. behandelten Risiken auftreten, über die Bereitstellung eines Kooperationsregimes beherrschbar zu machen.

Nachunternehmerrisiken betreffen die mangelhafte Erstellung von Leistungen, das Schnittstellenrisiko sowie die Insolvenzrisiken der Nachunternehmer.<sup>26</sup> Diese sind für die Kooperation von herausragender

23 *Oliver Weihrauch*, Vertragsgestaltung, in: Bettina Meyer-Hoffmann / Frank Riemenschneider / Oliver Weihrauch (Hrsg.), *Public Private Partnership: Gestaltung von Leistungsbeschreibungen, Finanzierung, Ausschreibung und Verträgen in der Praxis*, 3.2 Rn. 504; *Christan Knütel*, Finanzierung, in: Ulf R. Siebel / Jan Hendrik Röver / Christian Knütel (Hrsg.), *Rechtshandbuch Projektfinanzierung und PPP*, 2. Aufl. 2008, 4. Rn. 1680.

24 *Roquette / Scherer-Leydecker* (Fn. 20), Rn. 46; *Christan Knütel*, Vertragsgestaltung, in: Ulf R. Siebel / Jan Hendrik Röver / Christian Knütel (Hrsg.), *Rechtshandbuch Projektfinanzierung und PPP*, 2. Aufl. 2008, 3. Rn. 1332 ff.

25 Unter höherer Gewalt werden gewissermaßen alle nicht näher spezifizierbaren Ereignisse zusammengefasst, die es den Vertragsparteien unmöglich machen, ihre Verpflichtungen vollständig oder teilweise zu erfüllen. Diese Beschreibung trifft auf Kriege, Bürgerkriege, terroristische Aktivitäten, radioaktive, chemische oder biologische Zwischenfälle, Erdbeben, oder Hochwasser zu. *Knütel* (Fn 24), 3. Rn. 1337; *Martin Weber / Oliver Moß / Andreas Parzych*, *Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen als Erkenntnis- und Entscheidungsprozess*, in: *Martin Weber / Michael Schäfer / Friedrich Hausmann* (Hrsg.), *Praxishandbuch Public Private Partnership*, 2006, § 11 S. 596.

26 Zu Nachunternehmerverträgen grundlegend: *Fritz Nicklisch*, *Rechtsfragen des Subunternehmervertrags bei Bau- und Anlagenprojekten im In- und Auslandsgeschäft*, NJW 1985,

Bedeutung, da häufig zwar ein privater Partner in Form einer Projektgesellschaft eine umfassende Verpflichtung zur Erfüllung aller für die Kooperation notwendigen Pflichten trägt, er aber oft nicht über das technische Know-How und die personellen Ressourcen verfügt, um alle Verpflichtungen selbst zu erfüllen. Nichtsdestotrotz verbleibt dem Auftragnehmer bei der Auswahl und der Vertragsgestaltung mit den Nachunternehmern ein großer Spielraum, so dass er für die von diesen zu erfüllenden Leistungen auch wie für eigene Leistungen haften sollte. Er trägt daher die Verantwortung, seinerseits Verträge abzuschließen, die ihrerseits oft einen komplexen Langzeitcharakter haben, sich in das Rahmenverhältnis der komplexen Kooperation einpassen und dem Kooperationscharakter gerecht werden.<sup>27</sup> Das Schnittstellenrisiko liegt daher im Regelfall beim Auftragnehmer.<sup>28</sup> Er kann sich allerdings im Verhältnis zum Nachunternehmer von seinen Verpflichtungen gegenüber dem Auftraggeber freistellen lassen.

Die Gefahr der Insolvenz des privaten Partners kann aus Fehlkalulation des privaten Partners oder wegen unvorhergesehenen Entwicklungen entstehen. Nicht immer kann eine vertragliche Risikoregulierung eine finanzielle Schieflage der Kooperation verhindern und es wird ein Insolvenzverfahren notwendig.<sup>29</sup> Die Haftung für die Insolvenz von Nachunternehmern muss wiederum im Einzelfall geklärt werden, da die Gefahr besteht, dass sie ein unzulässiges Wagnis im Sinne des § 9 VOB/A darstellt, das wiederum eine Übertragung auf den Auftragnehmer ausschließt.<sup>30</sup>

Bei der Gefahr unmoralischen Verhaltens durch den Vertragspartner sind vor allem die Risiken eines opportunistischen Verhaltens des privaten Partners auf Kosten der öffentlichen Hand aufgrund von Regelungslücken angesprochen. Die wahrscheinlich wichtigste Entscheidung in diesem Rahmen ist die Auswahl des richtigen unter mehreren konkurrierenden Bietern im Vergabeverfahren, die die Vertragsgestaltung jedoch nicht direkt betrifft. Im Vertrag kann man jedoch ein

---

S. 2361 ff.

27 *Nicklisch* (Fn. 26), NJW 1985, S. 2362f.

28 *Ulrich Helm/Sina Glock*, Nachunternehmerverträge und Risikodurchleitung, in: Ulf R. Siebel/Jan Hendrik Röver/Christian Knütel (Hrsg.), *Rechtshandbuch Projektfinanzierung und PPP*, 2. Aufl. 2008, 2.5. Rn. 479 ff.

29 Die Gefahr der Insolvenz besteht bei dem öffentlichen Auftraggeber gem. § 12 Abs. 1 InsO und den Gemeindeordnungen der Länder immerhin nicht – *Guido Meyer/Heiko Fuchs*, *Public Private Partnerships in der Insolvenz des Auftragnehmers* (Teil 1), ZfIR 2005, S. 531.

30 Vgl. *Michael Hoppenberg/Marc Dinkhoff/Sebastian Schäller*, *Vertragsgestaltung*, in: Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung/Deutscher Sparkassen- und Giroverband (Hrsg.), *PPP-Handbuch. Leitfaden für Öffentlich-Private-Partnerschaften* 2008, S. 86.

Schlichtungsregime vereinbaren, das im Falle eines Konflikts möglichst kostengünstig verbindliche Entscheidungen herbeiführt.

Außerdem besteht die Möglichkeit, durch Anpassungs- und Kooperationspflichten dazu beizutragen, dass bei unvorhergesehenen Ereignissen auch die Partei, die das Risiko nicht primär trägt, motiviert ist, die Konsequenzen einer Verwirklichung des Risikos in einer effektiven und gerechten Weise zu behandeln.

Projektrisiken			
Grundprinzip der Risikoverteilung im Rahmen der Vertragsgestaltung: immer derjenige, der es am besten aktiv beeinflussen kann, sollte ein Risiko tragen.			
1. Planung	2. Bau	3. Betrieb	4. Verwertungsrisiko
Risiken fehlerhafter Ausschreibung und Planänderungsrisiken	Technische und organisatorische Bauausführungsrisiken	Verfügbarkeitsrisiko	Nachnutzungsrisiko
Planungsrisiken (i.e.s.)	Baugrundrisiken	Technologierisiken	Weiterbetriebsrisiko
Genehmigungsrisiken	Protest- und Vandalismusrisiko	Wartungs- und Instandhaltungsrisiko	Wertrisiko
	Finanzierungsrisiko (Bau)	Leistungsänderungsrisiko	
		Refinanzierungsrisiko	
		Nutzerverhaltensrisiken	
		Material- und Rohstoffbeschaffungsrisiken	
Globale Risiken			
Die Partei, die bei der Verwirklichung eines Risikos Einfluss auf die Höhe des Schadens nehmen kann, sollte das Risiko tragen. Risiken, auf die der Auftragnehmer keinen Einfluss hat, sind vom Auftraggeber zu tragen (geringere Risikoaversion).			
Inflationsrisiko	Gesetzesänderungen	Steuerliche Risiken	Höhere Gewalt
Kooperationsrisiken			
Auch die Partei, die das Risiko nicht primär trägt, sollte motiviert sein, die Konsequenzen einer Verwirklichung des Risikos in einer effektiven und gerechten Weise zu behandeln. (Anpassungs- und Kooperationspflichten)			
Vergaberisiko	Vertragsrisiko	Nachunternehmerrisiken	Insolvenzrisiko
Unmoralisches Verhalten durch den Vertragspartner			

#### IV. Vertragliche Mechanismen der Risikoverteilung

In der Vertragsgestaltung gibt es mehrere klassische Grundmechanismen, mit identifizierten Risiken umzugehen: Die Übernahme durch eine der Parteien, die Verlagerung auf Dritte (z. B. Subunternehmer), die Eingrenzung des Risikos, die Versicherung des Risikos und die Besicherung des Risikos.<sup>31</sup> Häufig sind Kombinationen der Mechanismen ratsam, so dass zum Beispiel ein Risiko eingegrenzt und dann auf den Partner übertragen wird. Beispiele hierfür sind der Ausschluss von Mangelfolgeschäden, die Bestimmung von Haftungshöchstbeträgen oder Regelungen zur Bauzeitverlängerung oder Kostenanpassung sowie sog. Frühwarnanzeigen.<sup>32</sup> Der Gefahr, einen Schaden nicht präzise beziffern beziehungsweise seine Höhe beweisen zu können, kann man durch Vertragsstrafen begegnen.<sup>33</sup> Auch Warnungs- und Hinweispflichten dienen dazu, ein Risiko partnerschaftlich zu beherrschen.<sup>34</sup> Die Besicherung wiederum ist eine Absicherung der vertraglichen Risikoverteilung und sorgt dafür, dass derjenige Vertragspartner, der das Risiko nach dem Vertrag nicht tragen sollte auch tatsächlich – also auch im Falle einer Insolvenz – nicht mit den Auswirkungen belastet wird.<sup>35</sup> Dazu kommen alle gängigen rechtlichen Möglichkeiten wie Bürgschaften, Garantien, Hypotheken, Grundschulden oder Barsicherheiten in Betracht.<sup>36</sup>

Diese klassischen kautelarjuristischen Regelungen sollten durch relationale Elemente, wie Anpassungsklauseln, Vertragsbeiräte, Mediations- und Schiedsklauseln in den Verträgen ergänzt werden. Empirische Analysen von Projektbeteiligten zeigen, dass Projektbeteiligte die Verankerung relationaler Elemente in dem Vertrag als wichtigsten Faktor im Rahmen der Risikobeherrschung betrachten.<sup>37</sup> Darüber hinaus wird eine klare und transparente Fassung des Vertrages und vor allem eine soweit wie möglich zweifelsfreie Bestimmung des Leistungsgegenstandes als besonders wesentlich angesehen.<sup>38</sup>

31 Götz Sebastian Hök, Risiken in Bauverträgen und ihre Handhabung – eine rechtsvergleichende Betrachtung, ZfBR 2009, S. 518; Stefan Sigulla, Versicherungsrechtliche Aspekte, in: Ulf R. Siebel/Jan Hendrik Röver/Christian Knütel (Hrsg.), Rechtshandbuch Projektfinanzierung und PPP, 2. Aufl. 2008, Abschn. 2.8.

32 Hök (Fn. 31), ZfBR 2009, S. 524.

33 Knütel (Fn. 23), 4. Rn. 1404.

34 Hök (Fn. 31), ZfBR 2009, S. 525.

35 Hök (Fn. 31), ZfBR 2009, S. 526; Hoppenberg/Dinkhoff/Schäller (Fn. 30), S. 75 ff.

36 Hök (Fn. 31), ZfBR 2009, S. 526.

37 Chan/Chan/Lam/Chan (Fn. 21), Facilities 2011 Vol. 29 Iss. 13/14, S. 18.

38 Chan/Chan/Lam/Chan (Fn. 21), Facilities 2011 Vol. 29 Iss. 13/14, S. 19.

Die Vielzahl an möglichen Risiken und Fallstricken – denen jeweils nur anhand der Berücksichtigung der Gegebenheiten des konkreten Einzelfalls begegnet werden kann – verdeutlicht, dass die Vertragsgestaltung eine besonders sensible Phase in der Projektdurchführung ist, der eigentlich nicht zu viel Beachtung geschenkt werden kann.

Der Autor *Ass. iur. Wolfgang Abromeit* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Europäisches und Deutsches Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Sozialrecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht an der Universität Potsdam.

# Genossenschaften als Instrumente der Wohnraumpolitik

*Adrian Fuks*

Seit einigen Jahren lässt sich eine Umorientierung in der Kommunalwirtschaft beobachten. Zuvor galt die Privatisierung hoheitlicher Aufgaben bei vielen als Erfolgsmodell, mit dem versucht wurde, das Gemeinwesen zu modernisieren.<sup>1</sup> Dementsprechend verwundert es nicht, dass eine hohe Anzahl an Kommunen ihre Aufgaben an den privaten Sektor auslagerte.<sup>2</sup> Unabhängig von der Art der Privatisierung zogen sich die Umstrukturierungen durch nahezu alle Bereiche der kommunalen Daseinsvorsorge.<sup>3</sup> Inzwischen setzt sich zunehmend die Ansicht durch, dass die Umsetzung öffentlicher Aufgaben durch Private nicht zwangsläufig zu einer effizienteren und kostengünstigeren Aufgabenerfüllung führt als durch die öffentliche Hand.<sup>4</sup> „(Re-)Kommunalisierung“, „(Re-)

- 1 In Deutschland erreichten die bereits in den 1980er Jahren begonnenen Privatisierungsprozesse ihren Höhepunkt in den 1990er Jahren, welche rückblickend als „das Zeitalter der Privatisierungen“ bezeichnet werden, so *Peter M. Huber*, Zur Renaissance des Staates, in: Hartmut Bauer u. a. (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht im Zeitalter der Globalisierung, 2012, S. 37f.; vgl. auch *Friedrich Schoch*, Die Rolle der Rechtsdogmatik bei der Privatisierung staatlicher Aufgaben, in: Rolf Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, 2010, S. 91f.
- 2 Mitursächlich war außerdem die kritische finanzielle Lage der Kommunen, auf Grund derer sie sich dazu gezwungen sahen, wichtige Aufgabenfelder der kommunalen Daseinsvorsorge zu privatisieren, dazu *Herbert Klemisch / Helene Maron*, Genossenschaftliche Lösungsansätze zur Sicherung der kommunalen Daseinsvorsorge, ZfG 2010, S. 6 m. w. N. Zu einer Bestandsaufnahme aus jüngerer Zeit siehe *Karl-Hermann Kästner*, Privatisierung kommunaler Einrichtungen – eine rechtliche Bestandsaufnahme, in: Peter Baumeister/Wolfgang Roth/ Josef Ruthig (Hrsg.), Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke, 2013, S. 863 ff. m. w. N.
- 3 Beispiele dafür sind die Versorgungswirtschaft (Elektrizität, Gas, Fernwärme, Wasser, Telekommunikation und anderweitige leistungsgebundene Leistungen), die Entsorgungswirtschaft (Abfall, Abwasser, Straßenreinigung), medizinische Einrichtungen (Krankenhäuser, Rettungsdienste u.ä.), soziale und kulturelle Einrichtungen (Jugend- und Seniorenzentren, Museen, Theater u.ä.), Verkehrsbetriebe, sozialer Wohnungsbau und schließlich sogar die öffentliche Sicherheit, dazu *Huber* (Fn.1), S. 37f.
- 4 Vgl. dazu nur beispielhaft *Christoph Brüning*, (Re-)Kommunalisierung von Aufgaben aus privater Hand – Maßstäbe und Grenzen, *VerwArch* 2009, Bd. 100, S. 453ff.; *Dietrich Budäus/Dennis Hilgers*, *Mutatis Mutandis*: Rekommunalisierung zwischen Euphorie und Staatsversagen, *DÖV* 2013, S. 701 ff.; *Huber* (Fn. 1) S. 35f.; *Hartmut Bauer/Christiane Büchner/Lydia Hajasch* (Hrsg.), *Rekommunalisierung der öffentlichen Daseinsvorsorge*, 2012.

Etatisierung“ und „(Re-)Nationalisierung“ sowie aus jüngerer Zeit „Publizisierung“<sup>5</sup> sind Begriffe, die die Verwaltungsrechtslehre hervor- gebracht hat, um den deutlich zunehmenden Trend „hin zum Öffentli- chen“ zu charakterisieren.<sup>6</sup>

Eine Organisationsform, die im verwaltungsrechtlichen Schrifttum bislang weithin zu kurz kommt, die aber gerade in jüngerer Zeit deutlich an praktischer Relevanz gewinnt, ist die eingetragene Genossenschaft.<sup>7</sup> Auf Grund ihrer Eignung, eine Vielzahl von ursprünglich der Daseins- vorsorge zugeschriebenen Aufgabenbereichen optimal bedienen zu können, erfreut sie sich insbesondere im lokalen Bereich steigender Beliebtheit.<sup>8</sup> Bezogen auf die Wohnraumpolitik sind es die Wohnungs- genossenschaften, die in der aktuellen Entwicklung der Wohnraumver- sorgung in Deutschland als „wichtige Adressaten zur Sicherung und Schaffung bezahlbaren Wohnraums“ angesehen werden.<sup>9</sup> Vor allem auf dem angespannten Wohnungsmarkt in Ballungsräumen, wo bezahl- barer Wohnraum wegen der stetigen Mieterhöhungen und der steigen- den Einwohnerzahlen immer knapper wird, gelten Wohnungsgenos- senschaften als „starke Partner der Kommunen“<sup>10</sup> und als „Garanten für eine sozial ausgewogene Stadt“<sup>11</sup>.

5 Der Publizisierungsbegriff soll der Tatsache gerecht werden, dass es sich bei den Prozes- sen „hin zum Öffentlichen“ keineswegs um ein Phänomen handelt, das lediglich auf die kommunale Ebene beschränkt ist. Auch auf Landes- und Bundesebene lassen sich solche Vorgänge wahrnehmen. Der Verzicht auf das Präfix „Re“ dient zudem der Verdeutlichung, dass im Fokus der Publizisierung nicht nur die Rückgängigmachung früherer Privatisie- rungsprozesse steht. Denkbar sind ebenso Steigerungen der öffentlichen Einflussnahme auf den privaten Sektor, ohne dabei auf ursprünglich bestehende Zustände zurückzugrei- fen, sowie die Möglichkeit der öffentlichen Hand, selbst einer Aufgabe nachzukommen, die sie zuvor stets durch Private erfüllen ließ, vgl. dazu ausführlich *Hartmut Bauer*, Publizie- rung, Begriff – Befunde – Perspektiven, JZ 2014, S. 1019ff. m.w.N.; *ders.*, Privatisierung oder Publizisierung? Wege zur gemeinwohlorientierten Bereitstellung von Leistungen im allgemeinen Interesse, S. 15 ff. in diesem Band.

6 Dazu ausführlich *Bauer* (Fn. 5), JZ 2014, S. 1019ff. m.w.N.; *Brüning* (Fn. 4), *VerwArch* 2009, S. 454.

7 So auch *Hartmut Bauer* / *Friedrich Markmann*, Lokale Leistungserbringung im kommunalen Interesse zwischen Privatisierung und Publizisierung: Renaissance der Genossenschaft?, in: *Lothar Knopp* / *Heinrich Amadeus Wolff* (Hrsg.), FS für Franz-Joseph Peine, 2016, S. 380.

8 Vgl. dazu *Hartmut Bauer* / *Friedrich Markmann*, Genossenschaften im Aufwind, in: *Bauer* / *Büchner* / *Markmann* (Hrsg.), *Kommunen, Bürger und Wirtschaft im solidarischen Miteinander von Genossenschaften*, 2014, S. 11 m.w.N.; *ders.* (Fn. 7), S. 375 ff. m.w.N.; *Klemisch* / *Maron* (Fn. 2), *ZfgG* 2010, S. 6 ff. m.w.N.

9 So die Einschätzung der *Bundesregierung*, Dritter Bericht der Bundesregierung über die Wohnungs- und Immobilienwirtschaft in Deutschland und Wohngeld- und Mieten- bericht 2016 v. 07.07.2017, in: BT- Drs. 18/13120, S. 70, abrufbar unter: <http://dip21.bun- destag.de/dip21/btd/18/131/1813120.pdf> <03.10.2017>.

10 *Bundesregierung* (Fn. 9), S. 47.

11 *Lars Klaassen*, Eigennutz mit Mehrwert, *TAZ* v. 01./02.07.2017, S. 31.

## I. Aktuelle Zahlen zum Genossenschaftswesen

Dass sich Genossenschaften schrittweise wieder auf dem Vormarsch befinden, ist ein Trend, der zu Beginn des Jahrtausends noch nicht absehbar war. Ein wesentlicher Grund dafür liegt vor allem darin, dass die Zahl genossenschaftlicher Unternehmen im gesamtdeutschen Gebiet im Zeitraum von 1960 bis 2010 durch Fusionen und Auflösungen bedingt stark abgenommen hat. Insgesamt verringerte sie sich von 27.144 auf 7.619 Unternehmen.<sup>12</sup> Die Zahl der Neugründungen tendiert in eine ähnliche Richtung.<sup>13</sup> Im Jahr 2011 handelte es sich lediglich bei 0,1 Prozent aller neugegründeten Unternehmen um Genossenschaften, im Jahr 2015 lag die Zahl sogar noch niedriger.<sup>14</sup> Nichtsdestotrotz befindet sich das Genossenschaftswesen aktuell im Wachstum. Waren es 2010 noch 7.619 Genossenschaften, stieg die Zahl im Jahr 2012 immerhin auf 7.881<sup>15</sup> und im Jahr 2015 nochmals auf 7.950<sup>16</sup>. Eine alleinige Betrachtung der Gesamtzahl würde jedoch dem „Aufwind“<sup>17</sup>, in dem sich das Genossenschaftswesen gegenwärtig befindet, nicht gerecht werden. Aufschlussreicher ist es, die Zahlen aus dem Jahr 2000 mit denen aus den jüngeren Jahren zu vergleichen. Zu Beginn des neuen Jahrtausends betrug die Zahl neugegründeter Genossenschaften nämlich noch 44, im Jahr 2011 stieg sie bereits auf 353.<sup>18</sup> Somit konnte der Rückgang aufgehalten und umgekehrt werden. Die Entwicklung der Mitgliederzahl im gleichen Zeitraum verhält sich ähnlich. Sie wuchs von 20 Millionen auf über 21 Millionen<sup>19</sup> und in den vier darauffolgenden Jahren bis zum Jahr 2015 nochmals auf 22,410 Millionen.<sup>20</sup> Demnach handelt es sich statistisch gesehen bei jedem vierten Einwohner in Deutschland um ein Genossenschaftsmitglied. Auch die Zahl beschäftigter Personen im Genossenschaftswesen hat sich erhöht. Während sie im Jahr 2000 noch

12 Zu den Zahlen aus dem Jahr 2011 siehe *Michael Stappel*, Die Deutschen Genossenschaften 2012 – Entwicklungen, Meinungen, Zahlen, 2012, S. 20.

13 So auch *Bauer/Markmann* (Fn. 8), S. 11.

14 Zu der Statistik von 2011 siehe *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie* (Hrsg.), Gründerzeiten 11: Rechtsformen, 2012, S. 2; zu der Statistik von 2015 siehe *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie* (Hrsg.), Gründerzeiten 11: Rechtsformen, 2016, S. 2.

15 Zu den Zahlen aus dem Jahr 2012 siehe *Michael Stappel*, Die Deutschen Genossenschaften 2013 – Entwicklungen, Meinungen, Zahlen, 2013, S. 8.

16 Zu den Zahlen aus dem Jahr 2014 siehe *Michael Stappel*, Die Deutschen Genossenschaften 2015 – Entwicklungen, Meinungen, Zahlen, 2015, S. 8.

17 *Bauer/Markmann* (Fn. 8), S. 11.

18 *Stappel* (Fn.12), S. 41.

19 *Stappel* (Fn.12), S. 40.

20 Zu den Zahlen aus dem Jahr 2015 siehe *Michael Stappel*, Die Deutschen Genossenschaften 2016 – Entwicklungen, Meinungen, Zahlen, 2016, S. 8.

463.000 betrug, stieg sie im Jahr 2011 bereits auf 877.300 und im Jahr 2015 sogar auf 968.700 Beschäftigte.<sup>21</sup> Anhand dieser Zahlen lässt sich erkennen, dass die Bedeutung des Genossenschaftswesens in Deutschland seit der Jahrtausendwende zweifelsfrei zugenommen hat.

## II. Genossenschaftliche Struktur und Prinzipien

Selbsthilfe, Selbstverantwortung und Selbstverwaltung sind die prägenden Grundprinzipien genossenschaftlicher Organisationsformen<sup>22</sup>, deren rechtlichen Rahmen das im Jahr 2006 novellierte Genossenschaftsgesetz (GenG)<sup>23</sup> bildet. In § 1 Abs. 1 GenG werden Genossenschaften als „Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl, deren Zweck darauf gerichtet ist, den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder oder deren soziale oder kulturelle Belange durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern“, definiert. Es handelt sich also um kooperative Unternehmensformen, in denen sich Privatpersonen, selbstständige Unternehmer oder juristische Personen zusammenschließen, um gemeinsam wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Zielen nachzugehen, die sie alleine nicht oder nicht wirksam erreichen können. Im Unterschied zu anderen wirtschaftlichen Vereinigungen besteht der sog. Förderzweck genossenschaftlicher Unternehmen darin, alle Mitglieder unmittelbar von den Leistungen ihres Unternehmens profitieren zu lassen. Anders als bei gewinnorientierten Kapitalgesellschaften, die meist auf eine möglichst hohe Verzinsung des Eigenkapitals abzielen<sup>24</sup>, steht bei genossenschaftlichen Unternehmen somit die Förderung der Mitglieder im Vordergrund. Sie sind zugleich Eigentümer und Geschäftspartner des Unternehmens, ein Merkmal, welches den Grundstein genossenschaftlicher Organisationsformen bildet.<sup>25</sup>

Strukturell handelt es sich bei Genossenschaften um auf Dauer angelegte Unternehmen, die von einem Vorstand und Aufsichtsrat geführt werden. Sie sind nicht hierarchisch von oben nach unten organisiert, sondern die Mitglieder bestimmen die Geschäftspolitik. Auch die

21 Hinsichtlich des Zeitraumes 2000 bis 2011 siehe *Stappel* (Fn. 12), S. 40.; bezogen auf das Jahr 2015 siehe *Stappel* (Fn. 20), S. 8.

22 Für eine ausführliche Übersicht vgl. *Volker Beuthien*, Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, 15. Aufl. 2011, § 1 Rn. 37 ff.

23 Siehe Bekanntmachung der Neufassung des Genossenschaftsgesetzes v. 16.10.2006, BGBl. I 2016, S. 2230.

24 So auch *Eckhard Ott/Andreas Wieg*, Genossenschaften in Deutschland: Dezentral organisiert, sicher vereint, in: *ZStV* 2012, S. 204.

25 So auch *Ott/Wieg* (Fn. 24), *ZStV* 2012, S. 204.

Mitgliederstimmrechte richten sich nicht wie in anderen Gesellschaftsformen nach den Kapitaleinlagen, sondern jedem Mitglied steht grundsätzlich eine Stimme zu. Ausschließlich für Genossenschaften, deren Mitgliedschaft sich überwiegend aus Unternehmen zusammensetzt, enthält das Genossenschaftsgesetz Ausnahmen, die in der Satzung geregelt werden können.<sup>26</sup> Die Option, sich zu genossenschaftlichen Verbänden zusammenzuschließen, bietet lokalen Genossenschaften die Gelegenheit, mit regionalen oder nationalen Zentral- und Spezialunternehmen und deren Verbänden zu kooperieren. Dabei lassen sich die einzelnen charakteristischen Merkmale, die die Beziehung zwischen Mitglied und Genossenschaft prägen, im übertragenen Sinne ebenso auf das Verhältnis von lokalen Genossenschaften zu den übergeordneten<sup>27</sup> Einheiten anwenden. Die Zusammenarbeit erfolgt nach dem Subsidiaritätsprinzip, so dass die übergeordneten Einheiten erst dann zum Einsatz kommen, wenn es für die lokalen Genossenschaften nicht mehr möglich ist, bestimmten Aufgaben ebenso effizient nachzukommen. Darüber hinaus ist jede Genossenschaft Mitglied in einem gesetzlichen Prüfungsverband, der regelmäßig die wirtschaftlichen Verhältnisse und die Geschäftsführung der Unternehmen überprüft sowie sie in betriebswirtschaftlichen, rechtlichen und steuerlichen Fragen berät.<sup>28</sup>

### III. Genossenschaftliches Wohnen

Wohnungsgenossenschaften bilden einen der fünf traditionellen Sektoren genossenschaftlicher Unternehmen.<sup>29</sup> Auch wenn sie ebenfalls unter den Bezeichnungen „Wohnungsbaugenossenschaft“, „Baugenossen-

26 Die dafür einschlägige Regelung ist § 43 Abs. 3 GenG.

27 Gemeint ist damit kein Verhältnis, in dem die übergeordneten Unternehmen Aufgaben an die lokalen Genossenschaften delegieren. Vielmehr handelt es sich bei den übergeordneten Einheiten um Tochtergesellschaften der lokalen Genossenschaften, die als gemeinsame Eigentümer die grundlegende Unternehmenspolitik der übergeordneten Einheiten bestimmen, dazu *Michael Stappel*, Genossenschaften in Deutschland, in: DZ Bank AG (Hrsg.), Konjunktur und Kapitalmarkt, 2011, S. 8.

28 Eine kurze Übersicht über die wichtigsten Genossenschaftsmerkmale zu finden in *Stappel* (Fn. 27), S. 6f., und *Andreas Wieg*, Krisenerprobung und Krisenresistenz des genossenschaftlichen Ordnungsmodells, in: Hartmut Bauer/Christiane Büchner/Friedrich Markmann (Hrsg.), Kommunen, Bürger und Wirtschaft im solidarischen Miteinander von Genossenschaften, 2014, S. 24f., sowie eine ausführlichere Übersicht in *Beuthien* (Fn. 22), § 1 Rn. 6ff.

29 Dazu gehören ländliche, gewerbliche, Konsum- und Wohnungsgenossenschaften sowie Genossenschaftsbanken, siehe *Stappel* (Fn. 27), S. 3. Innerhalb der fünf Sektoren spalten sich die einzelnen Bereiche immer weiter auf und bringen stetig neue Innovationen hervor, vgl. *Bauer/Markmann* (Fn. 8), S. 16 u. 18 m.w.N.

schaft“ und „Bauverein“ auftreten, setzt sich in der neueren Literatur<sup>30</sup>, Rechtsprechung<sup>31</sup> und auf Regierungsebene<sup>32</sup> zunehmend der Begriff der „Wohnungsgenossenschaft“ durch.<sup>33</sup> Die rund 2.000 Wohnungsgenossenschaften in Deutschland beschäftigen knapp 24.000 Mitarbeiter und sind im GDW Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen sowie in zwölf regionalen Prüfungsverbänden organisiert.<sup>34</sup> Insgesamt wohnen aktuell ca. 5 Millionen Menschen in Genossenschaftswohnungen, von denen in etwa 2,8 Millionen auch Mitglieder in der Genossenschaft sind.<sup>35</sup> Mit aktuell ca. 2,1 Millionen Wohnungen decken sie rund 9,5 Prozent des gesamten Mietwohnungsbestandes ab<sup>36</sup>, weshalb sie „neben dem selbst genutzten Wohneigentum und der Miete [als] die dritte Säule der Wohnraumversorgung in Deutschland“ angesehen werden.<sup>37</sup>

Noch vor der Novellierung im Jahr 2006 wurden Wohnungsgenossenschaften in § 1 Abs. 1 Nr. 7 GenG a. F. als „Vereine zur Herstellung von Wohnungen“ aufgeführt.<sup>38</sup> Sie lediglich auf die Schaffung von Wohnungen zu reduzieren, würde den Aufgaben, denen Wohnungsgenossenschaften nachkommen, allerdings nicht gerecht werden. Neben der Errichtung und dem Verkauf von Wohnraum umfasst der Förderzweck oftmals auch dessen entgeltliche Überlassung und die damit zusammenhängende Übernahme von Verwaltungsaufgaben.<sup>39</sup> Obwohl das

30 Dazu bspw. *Beuthien* (Fn. 22), § 1 Rn. 63; *Dirk J. Lehnhoff/Jan Holthaus*, Genossenschaftsgesetz, 38. Aufl. 2017, § 1 Rn. 59; *Marcus Helios*, in: Marcus Helios/Thomas Strieder (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der Genossenschaft, 2009, § 1 Rn. 30.

31 BGH, Urt. v. 10.09.2003–VIII ZR 22/03 = NJW-RR 2004, S. 12.

32 So bspw. in *Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit* (Hrsg.), Bericht der Expertenkommission Wohnungsgenossenschaften (Kurzfassung), Stand: 2004, abrufbar unter: [http://www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten\\_BMU/Download\\_PDF/Wohnungswirtschaft/kommission\\_wohnungsgenossenschaften\\_bericht\\_zusammenfassung\\_bf.pdf](http://www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Wohnungswirtschaft/kommission_wohnungsgenossenschaften_bericht_zusammenfassung_bf.pdf) <30.09.2017>.

33 So auch *Holthaus/Lehnhof* (Fn. 30), § 1 Rn. 59.

34 Zu den Zahlen *Stappel* (Fn. 19), S. 8.

35 Dazu Bericht der *Bundesregierung* (Fn. 30), S. 13.

36 *Bundesregierung* (Fn. 35), S. 46.

37 So die Einschätzung der *Bundesregierung*, Wohnungsgenossenschaften, Artikel v. 19.07.2017, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2017/07/2017-07-12-wohnungsgenossenschaften.html> <03.10.2017>.

38 Siehe GenG in der Fassung der Bekanntmachung v. 19.08.1994, BGBl. I S. 2202. Der Wegfall der ausschließlich historisch bedingten Erwähnung hatte keine Änderung in der aktuellen Rechtslage zur Folge, dazu *Holthaus/Lehnhof* (Fn. 30), § 1 Rn. 59 m.w.N.

39 Häufig erfolgt eine Übernahme der Mustersatzung des GDW Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen e.V., Berlin. In dieser heißt es u. a. „Zweck der Genossenschaft ist die Förderung ihrer Mitglieder vorrangig durch eine gute, sichere und sozial verantwortbare Wohnraumversorgung“, dazu *Holthaus/Lehnhof* (Fn. 30), § 1 Rn. 60.

Nutzungsverhältnis zwischen der Wohnungsgenossenschaft und ihren Mitgliedern häufig bereits durch die Satzung körperschaftsrechtlich ausgestaltet ist, wird in der Praxis meist ergänzend eine Nutzungsvereinbarung zwischen den Parteien geschlossen.<sup>40</sup> Bei dieser handelt es sich „der Sache nach um einen Mietvertrag“, der allen mietrechtlichen Bestimmungen und Schutzvorschriften unterliegt.<sup>41</sup> Dauer und Bestand der Nutzung sind an die Mitgliedschaft in der Genossenschaft geknüpft. Solange diese besteht, kann die Nutzungsvereinbarung in der Regel nicht gekündigt werden. Ein wirksamer Ausschluss<sup>42</sup> oder eine Kündigung der Mitgliedschaft durch das Mitglied kann allerdings unter bestimmten Voraussetzungen ein berechtigtes Interesse zur Beendigung des Nutzungsverhältnisses begründen.<sup>43</sup>

#### IV. Einflussnahme der öffentlichen Hand

Ist ein öffentlicher Träger Mitglied einer Genossenschaft, zeigt sich die potenzielle Komplexität genossenschaftlicher Organisationsmodelle, die auf die Vielfalt der möglichen Beteiligten zurückzuführen ist. Beispielhaft dafür ist die Kommune, die auf Grund wirtschaftlicher Betätigung dazu verpflichtet ist, sich ein gewisses Maß an Einflussnahme in der Genossenschaft zu sichern.<sup>44</sup> In solchen Fällen stellt sie das „Ein Mitglied-Eine Stimme-Prinzip“<sup>45</sup> vor Schwierigkeiten, für die die Praxis verschiedene Lösungsansätze bereithält.<sup>46</sup> Im Zentrum der vorliegenden Betrachtung steht jedoch eine andere Form der staatlichen Einflussnahme, bei der die öffentliche Hand nicht an dieses Prinzip gebunden ist. Denn neben der Möglichkeit, selbst als Mitglied in einer Genossenschaft tätig zu werden, stehen ihr auch andere Handlungsinstrumente zur Einwirkung auf Genossenschaften zur Verfügung. Gemeint sind Maßnahmen, bei denen die öffentliche Hand begleitend, fördernd und rahmensetzend<sup>47</sup> dazu beiträgt, geeignete Voraussetzungen für eine

40 So *Beuthien* (Fn. 22), Rn. 66 ff.

41 BGH, Urt. v. 10.09.2003–VIII ZR 22/03 = NJW-RR 2004, S. 12 f.

42 Die einschlägige Regelung ist § 68 GenG.

43 Vgl. BGH, Urt. v. 10.09.2003–VIII ZR 22/03 = NJW-RR 2004, S. 12.

44 Vgl. *Martin Burgi*, Kommunalrecht, 5. Aufl. 2017, Rn. 82.

45 Die einschlägige Regelung ist § 43 Abs. 3 S. 1 GenG.

46 Mögliche Lösungen sind die Besetzung der entsprechenden Organe mit eigenen Interessenvertretern und die Bildung sog. zweistufiger Genossenschaftsmodelle, vgl. *Bauer/Markmann* (Fn. 7), S. 389 ff.

47 Diese Aufteilung in drei Handlungsfelder ist übernommen aus der Studie des *Bundesinstituts für Bau-, Stadt- und Raumforschung* (Hrsg.), *Wohnungsgenossenschaften als*

bestmögliche Mitwirkung von Genossenschaften bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu schaffen. Im Hinblick auf Wohnungsgenossenschaften waren es vor allem diese Formen der Einflussnahme, mit denen der Staat in den letzten Jahren viel zur Entwicklung des genossenschaftlichen Wohnens auf Bundes-, Landes- und Kommunalebene beigesteuert hat.

## 1. Bundesebene

Bereits im Jahr 2002 hat die Bundesregierung die „Expertenkommission Wohnungsgenossenschaften“ einberufen, um die Stellung der Wohnungsgenossenschaften als dritte Säule der Wohnraumversorgung auszubauen und damit die genossenschaftliche Idee des Zusammenwohnens für die Zukunft abzusichern.<sup>48</sup> Der dazugehörige Bericht aus dem Jahr 2004 hat Wohnungsgenossenschaften ein erhebliches Potential bezüglich der Herausforderungen auf dem Wohnungsmarkt zugesprochen.<sup>49</sup> Die Empfehlungen der Expertenkommission waren dabei mitbestimmend für die Novellierung des Genossenschaftsgesetzes im Jahr 2006, durch das die genossenschaftliche Organisationsform deutlich an Attraktivität gewonnen hat.<sup>50</sup> Außerdem hat die Bundesregierung in den letzten Jahren zahlreiche Modell- und Forschungsvorhaben gefördert, die zu einer stetigen Modernisierung des genossenschaftlichen Wohnens beigetragen haben. Ein Beispiel dafür ist die Studie „Neues Wohnen – Gemeinschaftliche Wohnformen bei Genossenschaften“ des Bundesinstituts für Bau-, Stadt- und Raumforschung aus dem Jahr 2014, deren Ziel es war, „eine Bestandsaufnahme von gemeinschaftlichen Wohnprojekten in Genossenschaften insgesamt und von deren Unterstützungsstrukturen in Kommunen zu liefern“<sup>51</sup>. Sie kommt zu dem Ergebnis, dass gemeinschaftliche Wohnprojekte „sowohl ins-

---

Partner der Kommunen, Stand: 2016, S. 106, abrufbar unter: [http://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/Veroeffentlichungen/Sonderveroeffentlichungen/2016/wohnungsgenossenschaften-dl.pdf;jsessionid=C26F2794F2155B815475A623E9AF44AC.live21304?\\_\\_blob=publicationFile&v=2<10.10.2017>](http://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/Veroeffentlichungen/Sonderveroeffentlichungen/2016/wohnungsgenossenschaften-dl.pdf;jsessionid=C26F2794F2155B815475A623E9AF44AC.live21304?__blob=publicationFile&v=2<10.10.2017>).

48 Bericht der Expertenkommission, (Fn. 32), S. 1.

49 Vgl. Bericht der Expertenkommission, (Fn. 32).

50 Nach *Andrea Althanns*, Genossenschaftliche Modelle bei der Realisierung von Anlagen der erneuerbaren Energien, ZfBR-Beilage 2012, S. 42, hat die Novellierung das Genossenschaftswesen bürgernäher, flexibler, moderner und zukunftsorientierter gestaltet. Für eine Übersicht zu den wichtigsten Änderungen siehe *Beuthien* (Fn. 22), Einleitung Rn. 12 ff.

51 *Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung*, Neues Wohnen – Gemeinschaftliche Wohnformen bei Genossenschaften, Stand: 2014, S. 9.

gesamt als auch in der Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft“ aufgenommen haben und enthält abschließend zahlreiche Handlungsempfehlungen zur Förderung gemeinschaftlicher Wohnformen auf Bundes-, Landes- und Kommunalebene.<sup>52</sup>

„Wohnungsgenossenschaften als Partner der Kommunen“ ist ein weiteres Forschungsprojekt aus jüngerer Zeit, welches die Bedeutung des genossenschaftlichen Wohnens in der Kommunalpolitik untersucht hat.<sup>53</sup> Eine Empfehlung der Studie lautet, „Wohnungsneubau in den Kommunen zur Chefsache [zu] machen und Wohnungsgenossenschaften als Partner [zu] gewinnen“<sup>54</sup>. Die Studie wurde im Rahmen des im Jahr 2014 vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau- und Reaktorsicherheit ins Leben gerufenen „Bündnisses für bezahlbares Wohnen und Bauen“ umgesetzt. Ziel dieses Zusammenschlusses von Bund, Ländern, Kommunen, Wohnungs- und Bauwirtschaft, Gewerkschaften, dem deutschen Mieterbund sowie weiteren wichtigen Akteuren auf dem Wohnungsmarkt ist es, gemeinsam die aktuellen Herausforderungen der Wohnraumversorgung effektiver bewältigen zu können.<sup>55</sup> Außerdem ist es erklärtes Ziel der Bundesregierung, „sich weiterhin für eine Stärkung des genossenschaftlichen Wohnens“<sup>56</sup> einzusetzen, so dass in Zukunft auch weitere Neuerungen in der Wohnraumpolitik zu erwarten sind. Aktuelles Novum ist das Gesetz zur Erleichterung unternehmerischer Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement und zum Bürokratieabbau bei Genossenschaften<sup>57</sup>, welches im Juli 2017 in Kraft trat und im Hinblick auf Genossenschaften vor allem bürokratische Erleichterungen mit sich brachte. Schließlich ist noch auf das KfW-Wohneigentumsprogramm hinzuweisen, welches das genossenschaftliche Wohnen durch Finanzierungshilfen für die Mitglieder beim Erwerb von Genossenschaftsanteilen unterstützt.

---

52 Siehe *Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung* (Fn. 51), S. 9 u. 62 ff.

53 Siehe *Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung* (Fn. 47), S. 106.

54 Siehe *Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung* (Fn. 47), S. 17.

55 So die eigene Beschreibung auf der Homepage des *Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau- und Reaktorsicherheit*, abrufbar unter: <https://www.bmub.bund.de/buendnis-wohnen/> <09.10.2017>.

56 Bericht der *Bundesregierung* (Fn. 9), S. 47.

57 BGBl. I Nr. 48, S. 2434 ff.

## 2. Landesebene

Die Ende 2016 abgeschlossene Berliner Koalitionsvereinbarung<sup>58</sup> dient als gutes Beispiel unterstützender Einflussnahme des Staates auf Landesebene, da sie zahlreiche Förderungen und Gründungserleichterungen für genossenschaftliche Unternehmen enthält.<sup>59</sup> Im Hinblick auf Wohnungsgenossenschaften sollen neben der bevorzugten Vergabe von Flächen für den Wohnungsbau<sup>60</sup> auch die Gründung von Bürgergenossenschaften und der Ankauf von privaten Sozialwohnungen durch Bürgergenossenschaften unterstützt werden.<sup>61</sup> Außerdem ist eine Wohnraumförderung vorgesehen, die zusätzlich zum Neubau, Umbau und der Aufstockung bereits bestehender Gebäude auch Maßnahmen zur Modernisierung sowie den Erwerb von Wohnungen umfasst.<sup>62</sup> Dazu kommen Unterstützungen für Genossenschaften bei Kooperationen, die das gemeindliche Vorkaufsrecht betreffen.<sup>63</sup> Eine Besonderheit ist der Wille, auch Transferleistungsbeziehenden die Aufnahme in Wohnungsgenossenschaften zu ermöglichen. Dafür gewährleistet die Koalition die Übernahme von Genossenschaftsanteilen durch die Jobcenter.<sup>64</sup> Für Haushalte mit geringem Einkommen soll außerdem ein Darlehens- und Bürgschaftsprogramm geprüft werden.<sup>65</sup> Ähnlich wie die Bundesregierung<sup>66</sup> sieht auch die Berliner Koalition Wohnungsgenossenschaften als „wichtige[n] Partner für eine soziale Wohnpolitik“, der mit seinen „rund 190.000 Wohnungen dauerhaft mietspreibremsend und sozial stabilisierend“ wirkt.<sup>67</sup>

Aber auch in anderen Bundesländern sind geeignete Beispiele für sinnvolle Instrumente zur Unterstützung von Wohnungsgenossenschaften zu finden. Nordrhein-Westfalen fördert bewohnergetragene Genossenschaften dadurch, dass das Land Gründungsgutachten zur Neugründung von Wohnungsgenossenschaften durch eine

58 Berlin Gemeinsam Gestalten. Solidarisch. Nachhaltig. Weltoffen., Koalitionsvereinbarung für die Legislaturperiode 2016–2021 der Parteien Sozialdemokratische Partei Deutschland (SPD), die Linke und Bündnis90/DIE GRÜNEN, abrufbar unter: <https://www.berlin.de/rbmskzl/regierender-buergermeister/senat/koalitionsvereinbarung/<08.10.2107>>.

59 Koalitionsvereinbarung (Fn. 58), S. 9, 21, 24, 28, 29, 34, 56, 63, 65, 121, 123.

60 Koalitionsvereinbarung (Fn. 58), S. 21.

61 Koalitionsvereinbarung (Fn. 58), S. 24.

62 Koalitionsvereinbarung (Fn. 58), S. 27 f.

63 Koalitionsvereinbarung (Fn. 58), S. 29.

64 Koalitionsvereinbarung (Fn. 58), S. 29.

65 Koalitionsvereinbarung (Fn. 58), S. 29.

66 Bericht der Bundesregierung (Fn. 9).

67 Koalitionsvereinbarung (Fn. 58), S. 29.

Wirtschaftsberatungsgesellschaft finanziert und Beratungsleistungen für den Aufbau des Genossenschaftsbetriebes bereitstellt.<sup>68</sup> Außerdem besteht die Möglichkeit, zinsgünstige Darlehen zum Ankauf von Genossenschaftsanteilen zu erhalten.<sup>69</sup> Die Förderung in Schleswig-Holstein sticht durch ihre recht großzügige Ausgestaltung zur Struktur der Bewohnerschaft heraus. Es muss sich lediglich bei einem Drittel der Bewohnerschaft um Sozialwohnraumberechtigte im engeren Sinn handeln. Die anderen zwei Drittel der Haushalte dürfen die Einkommensgrenzen um bis zu 40 Prozent überschreiten, so dass auch Personengruppen mit gemischter Einkommensstruktur von der Förderung profitieren können.<sup>70</sup> Die Wohnraumpolitik in Hamburg fördert den genossenschaftlichen Wohnungsbau durch die Schaffung attraktiver Rahmenbedingungen auf dem Wohnungsmarkt. Dabei sind keine speziellen Fördermöglichkeiten vorgesehen, sondern das Land versucht, den Genossenschaften ein gutes Investitionsklima zu bieten, in dem sie sich am Wettbewerb mit anderen Akteuren auf dem Markt am Wohnungsneubau beteiligen können. Dazu gehören u. a. ein transparentes Grundstücksvergabeverfahren, eine besondere Konzeptvergabe bei der Vergabe städtischer Grundstücke und das Ziel, jedes Jahr mindestens 2.000 neue Wohnungen durch städtische Grundstücke zur Verfügung zu stellen.<sup>71</sup> In den Bundesländern Bayern, Hamburg, Rheinland-Pfalz, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein umfasst die Wohnraumförderung sogar die Förderung von Gemeinschaftsräumen.<sup>72</sup> Insgesamt sind also zahlreiche Instrumente auf Landesebene vorhanden, um Genossenschaften bei der Schaffung bezahlbaren Wohnraums zu unterstützen.

---

68 Eine Übersicht der Fördermöglichkeiten ist auf der Homepage des Ministeriums für Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen zu finden, abrufbar unter: <http://www.vm.nrw.de/wohnen/wohnraumfoerderung/genossenschaften/index.php> <09.10.2017>.

69 Fn. 68.

70 Vgl. dazu *Arbeitsgemeinschaft für zeitgemäßes Bauen* e.V. (Hrsg.), *Genossenschaftliche und gemeinschaftliche Wohnprojekte in Schleswig-Holstein*, Mitteilungsblatt August 2012, S. 13, abrufbar unter: [https://www.schleswig-holstein.de/DE/Fachinhalte/W/wohnen/Downloads/arge.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.schleswig-holstein.de/DE/Fachinhalte/W/wohnen/Downloads/arge.pdf?__blob=publicationFile&v=1) <09.10.2017>.

71 Siehe Studie des *Bundesinstituts für Bau-, Stadt- und Raumforschung* (Fn. 47), S. 106.

72 Siehe *Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung* (Fn. 51), S. 63.

### 3. Kommunalebene

Um die sozialen und gesellschaftlichen Herausforderungen in der Wohnraumversorgung angehen zu können, sind Wohnungsgenossenschaften oftmals auf eine Zusammenarbeit mit anderen Akteuren auf diesem Gebiet angewiesen. Vor allem neugegründete Genossenschaften haben große Schwierigkeiten, ein ihren Anforderungen entsprechendes Grundstück zu einem angemessenen Preis zu finden. Bei den Kommunen handelt es sich deshalb um wichtige Anlaufstellen, die die Wohnungsgenossenschaften bei der Grundstücksfindung unterstützen und sie bei finanziellen und rechtlichen Fragen beraten. Beispielhaft für eine erfolgreiche Kooperation zwischen Kommune und Wohnungsgenossenschaft ist ein Fall in der Stadt Stuttgart, bei dem die Stadt der „pro...gemeinsam bauen und leben eG“, einer Dachgenossenschaft, die mehrere Wohnprojekte vor Ort betreut, ein Grundstück zu einem günstigen Preis zur Verfügung gestellt und zusätzlich eine Bürgschaft für die Genossenschaft übernommen hat.<sup>73</sup> Als Gegenleistung verpflichtete sich diese, für einen Zeitraum von mindestens 20 Jahren kostengünstigen Wohnraum in der Stadt anzubieten. Dabei hat sich die Bürgschaft als wirksames Instrument zur Förderung genossenschaftlicher Neugründungen erwiesen, weshalb das Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung empfiehlt, sie in Zukunft auch bundesweit als Fördermöglichkeit in Betracht zu ziehen.<sup>74</sup>

Auch wenn sie im bundesweiten Vergleich die höchsten Wohnungsmieten aufweist<sup>75</sup>, liefert die Stadt München ein gutes Beispiel für eine fortschrittliche Förderung gemeinschaftlicher Wohnprojekte.<sup>76</sup> Genossenschaften und Baugemeinschaften erhalten in den größeren Siedlungsgebieten eigene Flächenkontingente, die einen Umfang von 20 bis 40 Prozent der Gesamtflächen betragen. Außerdem versucht die Stadt, Ausschreibungsverfahren auf Genossenschaften zuzuschneiden, indem sie bereits im Bauplanungsverfahren darauf achtet, geeignete Wohnbaugrundstücke zu bilden.<sup>77</sup> In Dortmund hat die „instrumentell sehr gut

73 Dazu und zum Folgenden siehe Studie des Bundesinstituts für Bau-, Stadt- und Raumforschung (Fn. 47), S. 98.

74 So die Empfehlung in Studie des Bundesinstituts für Bau-, Stadt- und Raumforschung (Fn. 47), S. 135.

75 Gemeint ist die monatliche Bruttokaltmiete je m<sup>2</sup> Wohnfläche, welche in München 9,96 Euro beträgt und damit bundesweit an der Spitze steht, siehe Bericht der Bundesregierung (Fn. 9), S. 192.

76 Vgl. Klaassen (Fn. 11), S. 38.

77 Eine Übersicht der Fördermöglichkeiten ist auf der Homepage der Stadt München zu finden, abrufbar unter: <https://www.muenchen.de/rathaus/Stadtverwaltung/>

ausdifferenzierte kommunale Wohnungspolitik“ dazu geführt, dass auf dem dortigen Wohnungsmarkt ein „ausgeprägtes und gutes Kooperationsklima“ unter den einzelnen Beteiligten herrscht.<sup>78</sup> Bei dem dortigen „Spar- und Bauverein Dortmund eG“ liegen die Mieten ca. 20 Prozent unter der ortsüblichen Vergleichsmiete. Ihre Strategie, die günstigen Mieten halten zu können, besteht in der eingeschränkten Modernisierung einiger ihrer Wohnungsbestände. An anderer Stelle investiert sie dafür in den Neubau, womit sie in den letzten Jahren 634 neue Wohnungen errichtet hat.<sup>79</sup> Indem sie die günstigen Voraussetzungen nutzt, die die Stadt auf dem Wohnungsmarkt geschaffen hat, leistet die Genossenschaft einen wichtigen Beitrag zur örtlichen Wohnraumversorgung. Dabei ist sie exemplarisch für das hohe wohnungspolitische Potential, das Wohnungsgenossenschaften mit sich bringen, weshalb es auch nicht verwundert, dass das genossenschaftliche Wohnen immer häufiger zum Ansatzpunkt in stadtentwicklungspolitischen Strategien wird.<sup>80</sup>

## V. Schlussbemerkungen

Aktuell geht die Bundesregierung davon aus, dass der Neubaubedarf an Wohnungen bis zum Jahr 2020, rund 350.000 Wohnungen pro Jahr, durch die gegenwärtige Steigerung des Wohnungsangebotes noch nicht gedeckt werden kann.<sup>81</sup> Deshalb gilt es umso mehr, die vorhandenen wohnraumpolitischen Potentiale voll auszuschöpfen. In der Praxis haben sich Genossenschaften bewährt, einen wichtigen Beitrag zur Schaffung und Sicherung bezahlbaren Wohnraums leisten zu können. Dieses Potential ist in den letzten Jahren zunehmend in den Blickwinkel von Bund, Ländern und Kommunen geraten, was zu unterschiedlichen Ansätzen der öffentlichen Einflussnahme geführt hat. Im Mittelpunkt stehen dabei begleitende, fördernde und rahmensetzende Maßnahmen, mit denen die öffentliche Hand die wohnungsgenossenschaftliche Entwicklung beeinflusst. Während begleitende und fördernde Unterstützungen eher auf kommunaler Ebene anzutreffen sind, legen Bund und Länder oftmals den Rahmen für das genossenschaftliche Handlungsfeld

---

Referat-fuer-Stadtplanung-und-Bauordnung/Wohnungsbau/Gemeinschaftliches-Bauen/Genossenschaften.html <11.10.2017>.

78 Studie des *Bundesinstituts für Bau-, Stadt- und Raumforschung* (Fn. 47), S. 107.

79 Studie des *Bundesinstituts für Bau-, Stadt- und Raumforschung* (Fn. 47), S. 107.

80 So auch das Ergebnis der Studie des *Bundesinstituts für Bau-, Stadt- und Raumforschung* (Fn. 47), S. 104.

81 So Bericht der *Bundesregierung* (Fn. 9), S. 13.

fest. Dabei ist es vor allem das Zusammenspiel der drei Ebenen, das zu einer stetigen Weiterentwicklung des genossenschaftlichen Wohnens führt. Im Rahmen der Publizisierung ebnen diese steuernden Handlungen des Staates Genossenschaften den Weg, bestmöglich bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben mitwirken zu können. Demzufolge handelt es sich um eine mittelbare Zuwendung „hin zum Öffentlichen“, weshalb es sich anbietet, dieses Phänomen als „mittelbare Publizisierung öffentlicher Aufgaben“ zu bezeichnen.

Der Autor *Dipl.-Jur. Adrian Fuks* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Europäisches und Deutsches Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Sozialrecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht an der Universität Potsdam.

# Rekommunalisierung öffentlicher Aufgaben im polnischen Energiewirtschaftsrecht

*Piotr Lissoń*

## I. Einführung

Tendenzen zur Rekommunalisierung lassen sich momentan in vielen Bereichen des polnischen kommunalen Sektors verzeichnen. In den letzten Jahren war sie etwa im öffentlichen Transportwesen und der Abfallwirtschaft<sup>1</sup> zu beobachten, wo die Aufgaben und Kompetenzen der Gemeinden gestärkt und erweitert und die Rolle der privaten Hand gleichzeitig beschränkt wurde (vor allem wurden kleinere Akteure aus dem Markt eliminiert). Nichtsdestotrotz besteht in den beiden genannten Bereichen immer noch die Möglichkeit der Kooperation zwischen den Gemeinden und privaten Akteuren. Davon, dass der Begriff „kooperativer Staat“ in Polen noch immer aktuell ist, zeugen viele erfolgreiche Beispiele Öffentlich-Privater Partnerschaften (ÖPP), deren Formen entweder auf die Vorschriften des Gesetzes vom 19. Dezember 2008 über die Öffentlich-Private Partnerschaft<sup>2</sup> oder die Vorschriften des Gesetzes vom 9. Januar 2009 über die Konzession für Bauarbeiten oder Dienstleistungen<sup>3</sup> (und seit 14. Dezember 2016 die Vorschriften des neuen Gesetzes vom 21. Oktober 2016 über den Konzessionsvertrag hinsichtlich Bauarbeiten oder Dienstleistungen) gestützt sind. Im letzten Jahr wurde die größte als ÖPP realisierte Investition in Polen eröffnet: die kommunale Abfallverbrennungsanlage in Posen (Poznań).<sup>4</sup>

1 Dazu eingehend *Maciej Krus*, Änderungen im Abfallwirtschaftssystem, S. 145 ff. in diesem Band.

2 GBl. 2015, Pos. 696 in der zuletzt geänderten Fassung.

3 GBl. 2016, Pos. 113 in der zuletzt geänderten Fassung.

4 Im Rahmen des ÖPP-Vertrags, der 2011 geschlossen wurde, hat die Stadt Posen den privaten Partner beauftragt, die komplette Anlage zur thermischen Behandlung des kommunalen Abfalls zu entwerfen, errichten, finanzieren, verwalten und – 25 Jahre lang – zu erhalten. Die Gesamtkosten der Investition betragen 832 Mio. Złoty (fast 200 Mio. Euro), davon kamen 330 Mio. Złoty aus EU-Fördergeldern (fast 80 Mio. Euro). Es ist darauf hinzuweisen, dass diese Investition das erste sog. hybride ÖPP-Projekt in Polen ist, das die

Im Rahmen des vorliegenden Beitrags wird die Problematik der Rekommunalisierung bei der Ausübung der kommunalen Aufgaben im elektroenergetischen Bereich dargestellt. In diesem Gebiet werden derzeit neue Rechtsvorschriften erarbeitet, die darauf gerichtet sind, die Rolle der territorialen Selbstverwaltung zu stärken, die Reichweite ihrer bisherigen Aufgaben zu erweitern und den Gemeinden die Übernahme einiger Elemente der energetischen Infrastruktur, welche zurzeit teils den staatlichen und teils den privaten Energiekonzernen gehört, zu ermöglichen.

## II. Aktueller Stand der Gemeindeaufgaben bei der Versorgung mit elektrischer Energie

Die Vorschriften des Gesetzes vom 8. März 1990 über die Gemeinde-selbstverwaltung<sup>5</sup> besagen, dass „die Befriedigung der allgemeinen gemeinschaftlichen Bedürfnisse, darunter die Versorgung mit der elektrischen Energie, zu den eigenen Gemeindeaufgaben gehört“. Bei unbefangener Betrachtung des Wortlautes der Vorschrift könnte man auf die Idee kommen, dass der komplexe Prozess der Versorgung mit elektrischer Energie, also der Energieerzeugung sowie Übertragung und Verteilung über die Energienetze, durch die Gemeinden realisiert wird.

Keine der 2.478 polnischen Gemeinden verfügt indessen über die Infrastruktur zur Übertragung und Verteilung von elektrischer Energie, der Mehrheit der Gemeinden mangelt es zudem an Einrichtungen zur Elektrizitätserzeugung (nur ein paar dutzend Gemeinden verfügen über Heizkraftwerke, die gleichsam „nebenbei“ eine gewisse Menge elektrischer Energie erzeugen). Die Gemeinden veräußern die Energie auch nicht unmittelbar an die Endverbraucher. Selbst wenn sie über Infrastruktur zur Stromerzeugung verfügen, übertragen sie die erzeugte Energie an das nationale Energiesystem, indem sie den Strom auf dem Großhandelsmarkt verkaufen. In tatsächlicher Hinsicht wird die Versorgung mit elektrischer Energie durch das nationale elektroenergetische System realisiert. Hier spielen die Energiegewinnung in großen Erzeugungseinheiten (Grundlastkraftwerken), ihre anschließende Übertragung über das landesweite Stromnetz und zuletzt ihre Distribution durch das Verteilungsnetz an die

---

Finanzierung aus den Mitteln des privaten Partners mit Zuschüssen aus EU-Mitteln verbindet. Siehe den Bericht über die Erfahrungen mit der Vorbereitung und Realisierung des Projekts unter dem Titel „System gospodarki odpadami komunalnymi w Poznaniu“, Platforma Partnerstwa Publiczno-Prywatnego, November 2013, S. 17.

5 GBl. 2016, Pos. 446 in der zuletzt geänderten Fassung.

Endverbraucher in fünf Gebieten eine Schlüsselrolle. Die Verteilungsgebiete werden durch Gesellschaften bedient, die wiederum zu größeren Konzernen gehören, durch die auch die Energieerzeugung und der -verkauf betrieben wird (ENEA S.A., ENERGA S.A., PGE S.A., TAURON Polska Energia S.A. und Innogy Polska S.A.). Gerade diese Gesellschaften (bei vier von ihnen ist der Fiskus Mehrheitsaktionär und Privatakteure Minderheitsaktionäre<sup>6</sup>; die fünfte Gesellschaft gehört zur Innogy SE mit Sitz in Essen) haben derzeit den größten Anteil am Verkauf elektrischer Energie an die Endverbraucher (im Weiteren werden die Gesellschaften auch als „Energieunternehmen“ bezeichnet). Es ist jedoch zu betonen, dass gemäß den Vorschriften des Gesetzes vom 10. April 1997 – Energetisches Recht<sup>7</sup> (im Folgenden als „ER“ bezeichnet) – alle Verbraucher elektrischer Energie dazu berechtigt sind, diese von einem selbst gewählten Energieunternehmen zu kaufen und in Polen deshalb über 100 kleinere Unternehmen im Bereich des Stromvertriebs tätig sind.

In dieser Situation reduziert sich die tatsächliche Rolle der Gemeinden auf dem Strommarkt auf die Erfüllung der Aufgaben nach Art. 18 ER, mithin auf Planung und Organisation der Stromversorgung. Das Gesetz sieht die Erstellung von „interdependenten“ Plänen vor: Hierbei handelt es sich einerseits um Versorgungspläne, die von denjenigen Energieunternehmen erstellt werden, die über die unabdingbare Infrastruktur verfügen (Übertragungs- und Verteilungsnetzbetreiber). Andererseits handelt es sich um von den Gemeinden zu erstellende Pläne. Die Wechselbeziehung der Inhalte der ersten und der zweiten Pläne soll sicherstellen, dass die Investitionsvorhaben der Energieunternehmen mit den Bedürfnissen der Gemeinden übereinstimmen. In Wirklichkeit sind jedoch die Instrumente, die den Gemeinden nach dem ER-Gesetz für die Einwirkung auf die Energieunternehmen zur Verfügung stehen, nicht praxistauglich. Vielmehr sind es die Unternehmen – nicht die Gemeinden –, die in der Praxis über die Entwicklung des Ausbaus der Energieinfrastruktur entscheiden.

Die Pläne der Energieunternehmen sollten dabei u. a. Folgendes festlegen:

- die geplanten Vorhaben im Bereich der Modernisierung, des Baus und Ausbaus des Netzes sowie der erneuerbaren Energien,

6 Vgl. Piotr Lissoń, *Formy oraz instrumenty prawne działania organu regulacyjnego na przykładzie Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki*, in: Bożena Popowska/Katarzyna Kokocińska (Hrsg.), *Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej*, 2009, S. 347.

7 GBl. 2017, Pos. 220 in der zuletzt geänderten Fassung.

- die Vorhaben im Bereich der Modernisierung, des Baus und Ausbaus der Anschlüsse an die Systeme anderer Staaten,
- die Vorhaben, die den Verbrauch von Kraftstoffen und Energie bei den Verbrauchern rationalisieren,
- die Art und Weise der Finanzierung dieser Investitionen und den Zeitplan ihrer Realisierung sowie
- die vorgesehenen Einnahmen, die für die Umsetzung der Pläne unerlässlich wären (Art. 16 Abs. 7 ER).

Die Betreiber der Verteilungs- und Übertragungsinfrastruktur sind verpflichtet, die Pläne (und ihre Aktualisierungen) von der für die Regulierung des Energiemarktes zuständigen Behörde – dem Vorsitzenden des Regulierungsamtes für die Energiewirtschaft mit Sitz in Warschau (Warszawa) – überprüfen zu lassen.<sup>8</sup>

Die Rolle der Gemeinden besteht dagegen darin, ihre eigenen planerischen Unterlagen zu bearbeiten. In erster Linie sind es „die Annahmen für den Plan zur Versorgung mit Wärme, elektrischer Energie und gasförmigen Kraftstoffen“. Gemäß Art. 20 ER sollen die Gemeinden beurteilen, ob die Pläne der Energieunternehmen eine plangemäße Realisierung ihrer Annahmen sicherstellen. Stellt sich heraus, dass dies nicht der Fall ist, erstellen die Gemeinden ein weiteres Dokument, den „Plan zur Versorgung mit Wärme, elektrischer Energie und gasförmigen Kraftstoffen“, der in Anlehnung an die vorherigen Annahmen erstellt (und verabschiedet) wird. Dieses Dokument soll u. a. Vorschläge zur Entwicklung und Modernisierung der einzelnen Systeme zur Versorgung mit elektrischer Energie samt einer ökonomischen Begründung, Möglichkeiten zur Verbesserung der Energieeffizienz, Vorschläge bezüglich der Verwendung der erneuerbaren Energiequellen und hoch-effizienter Kraft-Wärme-Kopplung sowie einen Zeitplan und die vorgesehenen Kosten für die Realisierung der vorgeschlagenen Vorhaben sowie ihre Finanzierungsquellen enthalten.

Um den Plan zu realisieren, ist die Gemeinde ausweislich der ER-Vorschriften dazu berechtigt, Verträge mit Energieunternehmen abzuschließen. Wenn „die Realisierung des Plans aufgrund der Verträge nicht möglich ist“, kann der Gemeinderat (um „die Versorgung zu sichern“) im Wege eines Beschlusses den Teil des Plans benennen, mit dem die Vorhaben, die auf dem Gemeindegebiet realisiert werden,

---

8 Vgl. *Piotr Lissoń*, Funkcje administracji gospodarczej a wyspecjalizowane organy administracji (ze szczególnym uwzględnieniem organów niezależnych od rządu), in: *Bożena Popowska* (Hrsg.), *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej*. Księga dedykowana Profesor Teresie Rabskiej, 2006, S. 99 ff.

übereinzustimmen haben. Mit der Annahme eines solchen Beschlusses sind die Konsequenzen verbunden, die in Art. 56 Abs. 1 Pkt. 13 des ER-Gesetzes genannt sind. Danach unterliegt jeder, der andere Aufgaben als in dem von der Gemeinde genannten Teil des Plans realisiert, einer Geldstrafe, deren Höhe bis zu 15 % des im vorherigen Steuerjahr erzielten Einkommens betragen kann.

In praktischer Hinsicht werden diese Vorschriften eher spärlich angewendet. Die Mehrheit der Gemeinden erstellt, vor allem aus organisatorischen (fehlende Bedienstete mit entsprechendem Fachwissen) und finanziellen Gründen (die Erstellung der Pläne bringt hohe Kosten mit sich), keine Pläne zur Versorgung mit Wärme, elektrischer Energie und gasförmigen Kraftstoffen, sondern erklärt die von den Energieunternehmen erstellten Pläne für ausreichend. Beispiele für eine tatsächliche Anwendung der Vorschriften über Beschlüsse, die die Energieunternehmen dazu verpflichten würden, die Handlungen gemäß den Gemeindeplänen vorzunehmen oder Geldstrafen wegen der Nichtübereinstimmung ihrer Handlungen mit den Gemeindeplänen zu zahlen, sind nicht bekannt.<sup>9</sup>

### III. Historische Umstände des elektroenergetischen Sektors in Polen

An dieser Stelle ist zu erläutern, warum die Gemeinden über fast keine Energieinfrastruktur verfügen. Dieser Befund mag angesichts des von Anfang an bestehenden kommunalen Charakters der Energieversorgung erstaunen. Erste städtische Kraftwerke und Systeme zur Verteilung der elektrischen Energie auf den polnischen Gebieten entstanden Anfang des 20. Jahrhunderts. Diese versorgten sowohl die Straßen- und Hausbeleuchtung als auch die kommunalen Betriebe mit Strom, darunter auch die Straßenbahnen. So lag es etwa bei den Kraftwerken in Warschau (Warszawa) und Posen (Poznań), die 1904 errichtet wurden, oder beim Kraftwerk Lodz (Łódź), das 1907 gebaut wurde.<sup>10</sup> Diese Entwicklung war der in anderen Ländern ähnlich.<sup>11</sup>

9 Vgl. *Marzena Czarnecka/Tomasz Oglódek*, *Prawo energetyczne. Komentarz*, 2010, S. 370; *Jerzy Baehr/Edward Stawicki/Jacek Antczak*, *Prawo energetyczne. Komentarz*, 2003, S. 176.

10 Vgl. *Historia polskiej energetyki*, abrufbar unter: <http://www.wnp.pl/wiadomosci/historia-polskiej-energetyki,-5327.html> <01.07.2017>.

11 Man nimmt an, dass das erste elektroenergetische Netz auf der Welt im südlichen Manhattan in New York entstanden ist (mit einer Netzspannung von 110 V). Schon nach ein paar Jahren waren große europäische Städte, u.a. Berlin, von der Elektrifizierung erfasst,

Mit der damaligen tatsächlichen Situation standen die im Jahre 1919 in Polen erlassenen Rechtsvorschriften bezüglich der städtischen Selbstverwaltung im Einklang. Danach gehörten „das Anschließen und die Instandhaltung der Anlagen zur Versorgung der Stadt mit Licht und elektrischer Kraft“ zum „eigenen Handlungsbereich einer städtischen Gemeinde“<sup>12</sup> (obwohl ausweislich des Gesetzes über die Elektrizität vom 21. März 1922<sup>13</sup> der Erlass entsprechender Genehmigungen im Bereich des Energiewesens zu den Kompetenzen der staatlichen Behörden gehörte). In der gesamten Zwischenkriegszeit wurde die Versorgung mit Elektrizität in den polnischen Städten in der Regel im Rahmen der kommunalen Eigenwirtschaft realisiert. Gleichzeitig gab es auch staatliche und private Energieunternehmen sowie gemischtwirtschaftliche öffentlich-private Unternehmen. Den Gemeinden sind auch die Anteile an den lokalen Verteilungsnetzen im Falle ihres Ausbaus unter Mitwirkung von privaten Investoren erhalten geblieben.<sup>14</sup> Im Jahre 1938 existierten in Polen fast 3.200 Kraftwerke. Wenn man ihre Leistung jedoch mit der von derzeitigen Kraftwerken vergleicht, sind sie als verhältnismäßig kleine Einrichtungen anzusehen. Die Energienetze bildeten zudem kein einheitliches landesweites System.

Grundlegende Änderungen im elektroenergetischen Sektor, die ihm die derzeitige, stark zentralisierte Form gegeben haben, fanden in der Nachkriegszeit statt. Ziel des damaligen Umbaus war es, ein einheitliches, nationales System der Energieübertragung zu schaffen, moderne Kraftwerke mit hoher Leistung (von einigen hundert oder sogar tausend Megawatt) zu errichten und eine universale Elektrifizierung des Landes durchzuführen.<sup>15</sup> Diese Entwicklung fiel mit der Abschaffung der territorialen Selbstverwaltung gemäß dem Gesetz von 1950<sup>16</sup> und der Einführung des Behördensystems einheitlicher Staatsgewalt zusammen, was erhebliche Konsequenzen für das Energiewesen in den Gemeinden mit sich brachte. Mit der Verstaatlichung des kommunalen Vermögens

---

vgl. *Christian Theobald/Christiane Nill-Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts. Die Liberalisierung der Strom- und Gaswirtschaft, 3. Auflage, 2013, S. 2 ff.

12 Art. 11 Ziff. 5 des Erlasses des Staatsoberhauptes v. 04.02.1919 über die städtische Selbstverwaltung, *Dziennik Praw Państwa Polskiego* (Rechtsblatt des Polnischen Staates), Nr. 13, Pos. 140.

13 GBl. 1935, Nr. 17, Pos. 98.

14 Vgl. *Leon Władysław Biegeleisen*, *Teorja i praktyka przedsiębiorstw publicznych samorządu terytorialnego i państwa*, 1932, S. 43 ff.

15 Gestützt auf die Vorschriften des Gesetzes v. 28.06.1950 über die allgemeine Elektrifizierung der Dörfer und Siedlungen (GBl. 1950, Nr. 28, Pos. 256).

16 Gesetz v. 20.03.1950 über die lokalen Behörden der einheitlichen Staatsgewalt (GBl. 1950, Nr. 14, Pos. 130).

(nicht nur der Kraftwerke, sondern auch der Verteilungs- und Beleuchtungsinfrastruktur) wurden Elemente der kommunalen Energieinfrastruktur an größere, staatliche Unternehmen übertragen.

Der Umbau und die Modernisierung des elektroenergetischen Systems, die in den folgenden Jahren durchgeführt wurden, sorgten nicht dafür, dass die Gemeinden mit der Wiederherstellung der lokalen Selbstverwaltung in Polen im Jahr 1990 auch die vor 40 Jahren verlorene Energieinfrastruktur zurückerlangten. Diese war bereits in ein System mit größerer regionaler Reichweite (welches territorial um ein Vielfaches größer als ein Gemeindegebiet war) eingebunden.<sup>17</sup> Der Gesetzgeber hat jedoch zur gleichen Zeit keine besonderen Lösungen vorgesehen, die es ermöglichen würden, beispielsweise die lokalen Abschnitte der Energienetze aus den regionalen Strukturen der Energieunternehmen herauszulösen, um sie zu kommunalisieren. Die damalige gesetzgeberische Entscheidung steht im Widerspruch zu den derzeit geltenden Vorschriften, ausweislich derer die Versorgung mit elektrischer Energie eine Aufgabe der Gemeinden ist. In den Vorschriften, die die Grundsätze für die Ausstattung der im Jahr 1990 neu errichteten Gemeinden mit dem kommunalen Vermögen<sup>18</sup> regelten, wurden darüber hinaus keine Möglichkeiten vorgesehen, den Gemeinden selbst einen Teil der Aktien oder Anteile an den Energieunternehmen zu überlassen. Im Endeffekt verfügen die Gemeinden damit heutzutage weder indirekt noch direkt über die Infrastruktur, die für die Versorgung ihrer Bürger mit elektrischer Energie unerlässlich wäre. Die gleichen Schwierigkeiten ergeben sich für die Versorgung der Bürger mit Gas, worauf aber wegen des beschränkten Umfangs des vorliegenden Beitrags, der sich auf die Problematik der Stromversorgung konzentriert, nicht eingegangen werden kann. Der Kommunalisierung wurden jedoch die Wärmeversorgungsunternehmen unterzogen, die aufgrund ihres lokal begrenzten Wirkkreises und der räumlichen Ordnung ihrer Infrastruktur jeweils über ein eigenes Netz zur Wärmeübertragung und -verteilung verfügten.<sup>19</sup>

17 Anfang der 90er Jahre des 20. Jahrhunderts waren in Polen 33 Gesellschaften im Energiebereich tätig, die in den nächsten Jahren konsolidiert wurden, indem sie fünf – vorstehend in dem Beitrag genannte – große Holding-Gesellschaften bildeten.

18 Das Gesetz v. 19.05.1990, Vorschriften zur Einführung des Gesetzes über die territoriale Selbstverwaltung und des Gesetzes über die Mitarbeiter der Selbstverwaltung (GBl. 1990, Nr. 32, Pos. 191 in der zuletzt geänderten Fassung).

19 Vgl. *Bożena Popowska / Marek Szewczyk*, *Komunalizacja sektora energetycznego*, *Samorząd Terytorialny* Nr. 6/1997, S. 28.

#### IV. Neue Vorschriften bezüglich der Beleuchtungsinfrastruktur

Vor dem dargestellten Hintergrund wird klar, vor welchen Problemen die Gemeinden stehen, wenn sie die Aufgaben im Bereich der Beleuchtung von Straßen, Plätzen und öffentlichen Wegen erbringen wollen, für die sie zuständig und zu denen sie gesetzlich verpflichtet sind. Denn auch die Beleuchtungsinfrastruktur wurde bei der Wiederherstellung der Gemeindegeldverwaltung in Polen nicht kommunalisiert. Hinzu kommt, dass die Gemeinden bei der Erfüllung der genannten Aufgaben schlechte Bedingungen vorfinden: Auf einem bestimmten Gebiet gibt es in der Regel nur ein Energieunternehmen, das über die Beleuchtungsinfrastruktur verfügt (sog. „Straßenbeleuchtung“ oder „Beleuchtungspunkte“). Die Gemeinde wird deswegen gezwungen, mit diesem Unternehmen einen Vertrag abzuschließen, aufgrund dessen sie nicht nur zur Deckung der Kosten für die verbrauchte elektrische Energie verpflichtet ist, sondern auch zur Zahlung der Instandhaltungskosten der Beleuchtungspunkte. Die von den Energieunternehmen geforderte Vergütung ist oft stark überhöht. Die Gemeinden haben dabei weder Einfluss auf die Kosten der elektrischen Energie, die an den Beleuchtungspunkten verbraucht wird, noch auf die Kosten ihrer Instandhaltung. Das ER-Gesetz sieht keine wirksamen rechtlichen Instrumente vor, die die Energieunternehmen zu kostensenkenden Maßnahmen verpflichten könnten, z. B. indem sie energiesparende Lichtquellen verwenden oder billigere Subunternehmer mit der Instandhaltung der Anlagen beauftragen. Auch das Regulierungsamt für die Energiewirtschaft verfügt über keine derartigen Kompetenzen. Aus diesem Grund installieren die Gemeinden oft an den Stellen, die vorher über keine Beleuchtung verfügten (da es sich bspw. um neue Straßen oder Siedlungen handelt), eigene Einrichtungen. Damit geht einher, dass sie insofern von den Energieunternehmen unabhängig sind. Es gab jedoch auch mehrere Fälle, in denen die Gemeinden der unentgeltlichen Überlassung errichteter Beleuchtungspunkte an die Energieunternehmen zugestimmt haben, welche die Zustimmung – unter Missbrauch ihrer starken Marktposition – zur Voraussetzung für den Anschluss der durch die Gemeinden errichteten Straßenlaternen an das Stromnetz machten.<sup>20</sup>

Der ungünstigen Situation der Gemeinden soll der Gesetzentwurf vom 21. September 2016 über die Änderung des Energetischen Rechts

---

20 Vgl. Piotr Lissoń, Kompetencje organu antymonopolowego a kompetencje organów regulacyjnych w Polsce, in: Cezary Banasiński/Marian Kępiński/Bożena Popowska/Teresa Rabska (Hrsg.), Aktualne problemy polskiego i europejskiego prawa ochrony konkurencji, 2006, S. 118.

abhelfen, der von einer Gruppe Sejm-Abgeordneter, unterstützt von dem Verband der Polnischen Städte (Polnisch Związek Miast Polskich), erarbeitet wurde. Dieses Projekt sieht zwei Lösungen vor: Erstens soll den Energieunternehmen eine Pflicht auferlegt werden, einen unentgeltlichen Zugang zu den Trägersystemen der Straßenbeleuchtung sowie zu den Beleuchtungspunkten selbst (beispielsweise zu Wartungszwecken) zu verschaffen. Zweitens, und noch bedeutender, wurde in dem Entwurf eine Form der Enteignung der Energieunternehmen, die über die Beleuchtungsinfrastruktur verfügen, vorgesehen. Die Energieunternehmen würden dazu verpflichtet, innerhalb von 36 Monaten ab dem Inkrafttreten des Gesetzes – auf Antrag der jeweiligen Gemeinde – das Eigentum an den Beleuchtungspunkten auf diese zu übertragen. Dies soll unentgeltlich erfolgen, wenn die Beleuchtungspunkte der Gemeinde unentgeltlich überlassen wurden; wenn jedoch die Gemeinden die bestimmten Beleuchtungspunkte entgeltlich überlassen haben, soll ihre Rückgabe gegen Zahlung des tatsächlichen Wertes dieser Punkte erfolgen.

#### V. Neue Aufgaben der Gemeinden im Bereich der Elektromobilität

Die Entwicklung der Elektromobilität (auch E-Mobilität oder Englisch e-mobility) ist eines der Ziele der staatlichen Energiepolitik. Bis zum Jahr 2025 sollen auf polnischen Straßen eine Mio. E-Autos fahren.<sup>21</sup> Eines der Elemente zur Erreichung dieses Vorhabens ist der Bau allgemein zugänglicher Ladepunkte für Elektroautos. Nach dem Entwurf eines Gesetzes über Elektromobilität und alternative Kraftstoffe sollen den Gemeinden in diesem Bereich zusätzliche Aufgaben übertragen werden.<sup>22</sup> Wegen der mangelnden Energieinfrastruktur der Gemeinden soll nach dem Gesetzentwurf die Planung des für den Anschluss der Ladepunkte erforderlichen Ausbaus des Energienetzes in die Zuständigkeit der privaten Energieunternehmen fallen. Den Gemeinden obliegt dagegen die Ausarbeitung detaillierter Pläne zur Platzierung der Ladepunkte. Die Gemeindepläne sollen jedoch auf den Plänen der Energieunternehmen basieren. Die Pflicht zur Erstellung der Pläne trifft

<sup>21</sup> Vgl. Ministerium für Energie, Plan rozwoju elektromobilności w Polsce, 2016, S. 14.

<sup>22</sup> Gesetzentwurf v. 26.04.2017, bearbeitet vom Ministerium für Energie. Der Gesetzentwurf regelt darüber hinaus die Problematik der Marktentwicklung der sog. alternativen Kraftstoffe, d.h. komprimiertes natürliches Gas – CNG (Engl. *Compressed Natural Gas*) und verflüssigtes Gas – LNG (Engl. *Liquefied Natural Gas*).

nur größere Gemeinden, die mindestens 100.000 Einwohner haben. Weiterhin legt der Entwurf die Mindestzahl der Ladepunkte fest, die von der Größe der Gemeinde abhängig ist. In dem Gesetz findet sich jedoch keine Regelung zur Lösung eventueller Diskrepanzen zwischen den Erwartungen der Gemeinden und den Plänen der Energieunternehmen.

Außer der Aufgabenzuweisung bezüglich der Erstellung der oben genannten Pläne sieht der Entwurf auch eine Verpflichtung der Gemeinden vor, die Betreiber der zu errichtenden Ladepunkte im Wege einer Ausschreibung zu wählen. Die nächste vorgesehene Herausforderung der Gemeinden wird darin bestehen, bei ihrem eigenen Fuhrpark eine gewisse Quote elektrischer Fahrzeuge zu erfüllen. Betroffen hiervon sind alle Gemeinden mit mehr als 50.000 Einwohnern. Der Anteil der elektrischen Fahrzeuge soll sich bis zum Jahr 2025 auf zumindest 30 % belaufen. In dem Gesetzentwurf sind darüber hinaus Grundsätze für die Bestimmung von „Null-Emission-Zonen“ durch die Gemeinden enthalten, die für Nicht-Elektrofahrzeuge nur beschränkt zugänglich sein sollen.

## VI. Zusammenfassung

Die in diesem Beitrag dargestellten Gegebenheiten zeugen deutlich von einem ernsten Problem der polnischen Gemeinden: Obwohl sie gesetzlich dazu verpflichtet sind, ihren Aufgaben im Bereich des Energiewesens nachzukommen, verfügen sie kaum über die hierfür erforderliche Infrastruktur. Sie sind deshalb gezwungen, mit privaten Energieunternehmen zu kooperieren, wobei sie aufgrund des monopolistischen Charakters des Energiemarktes keine freie Wahl hinsichtlich ihrer „Partner“ haben. In dieser Situation wies der Gesetzgeber den Gemeinden erhebliche Pflichten bei der Entwicklungsplanung der – von den Energieunternehmen kontrollierten – Infrastruktur zu. Gleichzeitig stellt das Gesetz den Gemeinden keine wirksamen Instrumente zur Verfügung, die einen tatsächlichen Einfluss auf die Energieunternehmen zur Umsetzung dieser Pläne sichern würden. Die gleichen planerischen Aufgaben sind nunmehr auch in dem Entwurf des Gesetzes über Elektromobilität und alternative Kraftstoffe vorgesehen. Gleichzeitig enthält auch dieser Entwurf nur unvollkommene rechtliche Instrumente zur Durchsetzung der gemeindlichen Aufgaben. Zusätzlich sind in diesem Entwurf auch weitere Gemeindeaufgaben vorgesehen, die zur Verbreitung elektrischer Fahrzeuge beitragen sollen.

Wenn es jedoch um die vorgesehene Übertragung des Eigentums an der Beleuchtungsinfrastruktur auf die Gemeinden geht, begegnen die in diesem Beitrag vorgestellten Gesetzesvorschläge erheblichen juristischen Bedenken. Die Energieunternehmen, an die sich die Vorschriften des Gesetzentwurfs richten, sind oftmals private Aktiengesellschaften. Die Rechtmäßigkeit der Entziehung von Vermögensgegenständen ihnen gegenüber (die eigentlich eine spezifische und nur rudimentär geregelte Form der Enteignung darstellen würde) könnte vor dem Hintergrund der Verfassungsgarantie des Eigentumsrechts zweifelhaft sein. Nichtsdestotrotz scheint die Idee selbst, die Gemeinden mit dem zur Aufgabenerfüllung erforderlichen Vermögen auszustatten, zwar verspätet, jedoch immer noch richtig zu sein. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass im Falle der Beleuchtungsinfrastruktur gerade die Gemeinden gesetzlich verpflichtet sind, die Kosten ihrer Instandhaltung zu tragen.

Der Autor *Dr. Piotr Lissoń* ist Wissenschaftlicher Assistent an der Katedra Publicznego Prawa Gospodarczego (Lehrstuhl für Öffentliches Wirtschaftsrecht) an der Uniwersytet im. Adama Mickiewicza (Adam-Mickiewicz-Universität) Poznań.



# Änderungen im Abfallwirtschaftssystem

*Maciej Kruś*

## I. Einleitung

Abfallwirtschaft ist eine aus vielerlei Gründen bedeutsame Aufgabe, insbesondere wegen ihrer existenziellen Bedeutung für die Allgemeinheit und auf Grund ihres erheblichen Umfangs. Gerade die Vielfalt menschlicher Tätigkeiten, die zur Erzeugung von Abfall führen, begründet diese erhebliche Relevanz. Abfälle fallen u. a. in privaten Haushalten, Arbeitsstätten sowie Fabriken an, wo insbesondere für die Umwelt und somit auch für den Menschen besonders gefährliche Abfälle erzeugt werden. Den Schätzungen von EUROSTAT zufolge sind in der EU im Jahr 2012 mehr als 2.518 Mio. Tonnen Abfälle entstanden.<sup>1</sup> In Polen wurden laut Angaben des polnischen Statistischen Hauptamtes (GUS) im Jahr 2013 ca. 142 Mio. Tonnen Abfälle erzeugt, wovon beinahe 131 Mio. Tonnen u. a. auf Industrie- und Produktionsmaßnahmen sowie Abbau und Verarbeitung von Erzen zurückzuführen sind. Die Recyclingrate für Industrieabfälle (d. h. für alle Abfälle mit Ausnahme von Siedlungsabfällen) liegt in Polen bei 69,4%. Weitere 28,6% der Abfälle werden vernichtet und weitere 2% werden vorübergehend deponiert.<sup>2</sup>

Dabei ist anzumerken, dass sich die Frage der Abfallbewirtschaftung nicht nur auf die Entsorgung und Beseitigung von Abfällen beschränkt. Ein weiterer, genauso wichtiger Aspekt ist die gewinnorientierte Verarbeitung von Abfällen, bei der u. a. durch Abfallaufbereitung neue Produkte hergestellt werden.

Eine der Hauptherausforderungen für die Organisation eines Abfallwirtschaftssystems liegt darin, ein geeignetes System zur Bewirtschaftung von Siedlungsabfällen zu finden. Unter diese Kategorie fallen alle Abfälle, die von Standorten entsorgt werden müssen, an denen Menschen wohnen bzw. arbeiten. Nach der Definition des Art. 3 Abs. 1

1 Abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Waste\\_statistics/pl<10.07.2017>](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Waste_statistics/pl<10.07.2017>).

2 Informacje i opracowania statystyczne – Ochrona środowiska 2014 (Statistische Angaben und Ausarbeitungen – Umweltschutz 2014), 2014.

Ziff. 7 des Gesetzes vom 14. Dezember 2012 über die Abfälle<sup>3</sup> fallen unter den Begriff „Siedlungsabfälle“ alle in Privathaushalten anfallenden Abfälle mit Ausnahme von aus dem Verkehr gezogenen Fahrzeugen sowie solche Abfälle, die keine gefährlichen Abfälle enthalten und von Abfallerzeugern stammen, die aufgrund ihres Charakters oder ihrer Zusammensetzung den privaten Haushalten ähnlich sind. Gemischte Siedlungsabfälle bleiben auch dann gemischte Siedlungsabfälle, wenn sie einer Abfallbehandlung unterzogen wurden, durch die ihre Eigenschaften jedoch nicht erheblich verändert wurden.

Dieser Beitrag nimmt die Entwicklung des polnischen kommunalen Abfallrechts in den Blick und legt dabei einen besonderen Fokus auf die Gesetzesänderungen der letzten Jahre. Dabei beleuchtet die folgende Untersuchung die Entwicklung des abfallrechtlichen Systems aus der Perspektive ihrer drei Hauptbeteiligten:

- des öffentlichen Rechtsträgers;
- des Unternehmens (welches die Abfälle tatsächlich abfährt);
- des Bewohners beziehungsweise des Eigentümers des Grundstücks, auf dem Siedlungsabfälle erzeugt werden.

## II. Modell zur Bewirtschaftung der Siedlungsabfälle vor 1990

Die Gestaltung des Modells zur Bewirtschaftung der Siedlungsabfälle vor 1990 wurde erheblich durch das damalige Gesellschaftssystem beeinflusst, bei dem ein Mangel an Marktfreiheit herrschte und Zentralisierung sowie Verstaatlichung dominierten.

Die Aufgaben des öffentlichen Rechtsträgers (staatliche territoriale Verwaltungsbehörden) nach dem Gesetz vom 31. Januar 1980 über den Schutz und die Gestaltung der Umwelt<sup>4</sup> erstreckten sich auf die Sicherstellung der für den Schutz der Umwelt vor Abfällen erforderlichen organisatorischen und technischen Bedingungen sowie auf die Aufrechterhaltung der Ordnung und Sauberkeit auf dem Gebiet, für welches sie zuständig waren. Zusätzlich wurde die Frage der Abfallbewirtschaftung durch die Verordnung des Ministerrates vom 30. September 1980 über den Schutz der Umwelt vor Abfällen und sonstigen Verunreinigungen sowie über die Aufrechterhaltung der Sauberkeit und Ordnung in den Städten und Dörfern<sup>5</sup> geregelt. Nach der vorgenannten Verordnung waren die Eigentümer

3 Einheitliche Fassung in GBl. 2016, Pos. 1987 in der zuletzt geänderten Fassung.

4 Einheitliche Fassung in GBl. 1994, Nr. 49, Pos. 196.

5 GBl. 1980, Nr. 24, Pos. 91.

beziehungsweise die Verwalter der Immobilien verpflichtet, die unbebauten Teile ihres Grundstücks und diejenigen Teile der baulichen Anlage, die zur gemeinsamen Nutzung vorgesehen waren, instand zu halten, die Abfälle an den dafür vorgesehenen Orten zu sammeln und sie ggf. ordnungsgemäß zu beseitigen (§ 10 Ziff. 1-3 der Verordnung).

Die Verordnung sah einzig die Möglichkeit der Übertragung der Entsorgungspflichten auf „kommunale“ Entsorgungsunternehmen (es gab keine privaten Unternehmen) gegen Entgelt vor. Mit demselben Rechtsakt wurden auf Grundlage der ministeriellen Richtlinien die staatlichen territorialen Verwaltungsbehörden auf Woiwodschaftebene dazu ermächtigt, die genauen Aufgaben sowie die Arten von Arbeiten und Maßnahmen zu bestimmen, die auf entgeltlicher Basis durch Entsorgungsunternehmen durchgeführt werden konnten.

### III. Modell zur Bewirtschaftung der Siedlungsabfälle nach 1990

Von besonderer Bedeutung für die jüngere Entwicklung des Abfallwirtschaftsrechts war die Einführung der Selbstverwaltung, insbesondere der Gemeindeselbstverwaltung. Die Gemeinde wurde zum öffentlichen Rechtsträger, zu deren eigenen Aufgaben die Bewirtschaftung von Siedlungsabfällen zählte, was sich aus Art. 7 Abs. 1 Ziff. 3 des Gesetzes vom 8. März 1990 über die Gemeindeselbstverwaltung<sup>6</sup> ergibt.

Trotz dieser vorgenannten gesetzlichen Änderungen waren es immer noch die Bewohner, welche zur Abfallentsorgung verpflichtet waren. Ihre Lage veränderte sich nicht wesentlich, da das Gesetz vom 31. Januar 1980 über den Schutz und die Gestaltung der Umwelt und die auf ihrer Grundlage erlassene Verordnung vom 30. September 1980 über den Schutz der Umwelt vor Abfällen und sonstigen Verunreinigungen sowie über die Aufrechterhaltung der Sauberkeit und Ordnung in den Städten und Dörfern fortgalten.

Die meisten Änderungen ergaben sich für Privatunternehmen. Dies stand insbesondere mit der Marktöffnung und der im Entstehen begriffenen Freiheit zur Gründung und Ausübung von Gewerben im Zusammenhang. Zudem stießen auch ausländische Unternehmer in den polnischen Markt der Abfallbewirtschaftung vor. Im Jahr 1992 begann der Kommerzialisierungs- und anschließende Privatisierungsprozess in Form von Veräußerungen unterfinanzierter kommunaler Stadtentsorgungsbetriebe an private ausländische Unternehmen. Unter den ersten

---

6 Einheitliche Fassung in GBl. 2016, Pos. 446 in der zuletzt geänderten Fassung.

Städten, die sich zu einem solchen Schritt entschieden, waren Szczecin (Stettin) und Poznań (Posen), die ihre städtischen Betriebe an das deutsche Unternehmen Rethmann – heute Remondis – verkauften. Damit ergaben sich drei verschiedene Gruppen von Unternehmern: kommunale Betriebe, Gesellschaften, die zu den Gemeinden gehörten, sowie private Gesellschaften, die mit Endkunden (Eigentümern bzw. Verwaltern der Immobilien) unmittelbar Verträge schlossen.

#### IV. Modell zur Bewirtschaftung der Siedlungsabfälle nach 1997

Im Jahr 1997 änderte sich das System zur Bewirtschaftung von Siedlungsabfällen in polnischen Gemeinden grundlegend, da am 1. Januar 1997 das Gesetz vom 13. September 1996 über die Aufrechterhaltung der Sauberkeit und Ordnung in den Gemeinden<sup>7</sup> (im Folgenden „SuOiGG“ genannt) in Kraft trat. Durch dieses Gesetz wurden gleichzeitig die Rechtsakte aufgehoben, welche im Jahr 1980 erlassen worden waren.

Die Gemeinde konnte nunmehr ihre Aufgaben im Bereich der Abfallbewirtschaftung auf zweierlei Arten erfüllen:

- indem sie sämtliche Leistungen im Bereich der Abfallbewirtschaftung durch ihre eigenen Organisationseinheiten erbrachte oder
- indem sie Genehmigungen für die Durchführung derselben Maßnahmen an kommerzielle Unternehmen erteilte.

Diese veränderte Rolle der Gemeinden wirkte sich auch auf die sonstigen Teilnehmer des Abfallbewirtschaftungssystems, nämlich Unternehmer und Bewohner, aus. Dabei blieb es jedoch bei der primären Verantwortlichkeit der Bewohner (bzw. der Verwalter der Immobilien) für die Abfallentsorgung und die Auswahl des Entsorgers. Dies findet seinen Grund darin, dass nach wie vor die Bewohner – und nicht die Gemeinde – als Eigentümer des angefallenen Abfalls galten. Die Unternehmer wurden hingegen dazu verpflichtet, Genehmigungen für die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Siedlungsabfallentsorgung einzuholen und konkurrierten somit miteinander um den Abschluss von Verträgen mit Abfallerzeugern.

Einige Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes von 1996 begannen Diskussionen über die Effektivität seines Regelungsregimes. Nach einer

---

<sup>7</sup> Einheitliche Fassung in GBl. 2016, Pos. 250 in der zuletzt geänderten Fassung.

Reihe begrenzter Novellierungen entwickelte sich bis 2005 ein System, das darauf basierte, dass:

- die Aufrechterhaltung der Sauberkeit und Ordnung – und im Grunde genommen die Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Siedlungsabfallwirtschaft – zu den Aufgaben der Gemeinde gehörte;
- die Eigentümer der Immobilien dazu verpflichtet waren, die Dienstleistungen der dazu berechtigten Unternehmen in Anspruch zu nehmen;
- die Unternehmen, die in diesem Bereich Dienstleistungen erbrachten, unter Wettbewerbsbedingungen tätig waren, außer wenn sich die Bewohner im Wege eines Gemeindereferendums dafür entschieden, die Gemeinde mit diesen Pflichten zu beauftragen. Nach einem derartigen Referendum übernahm der Gemeinderat aufgrund eines Beschlusses die Aufgaben von den Eigentümern der Immobilien. Gleichzeitig legte der Gemeinderat durch einen Beschluss die Gebühr fest, die für die Erfüllung der übernommenen Pflichten erbracht werden musste (Art. 6a SuOIGG<sup>8</sup>);
- die Gemeinde über die erforderlichen Aufsichtsrechte hinsichtlich der Leistungsmodalitäten der Abfallentsorgung und der Kontrolle der Bewohner bzw. Unternehmer verfügte.

## V. Modell zur Bewirtschaftung der Siedlungsabfälle nach 2011

Bei den Arbeiten an einer weiteren umfassenden Novellierung dieses Systems stießen schließlich zwei grundlegende Konzepte zur Bewirtschaftung der Siedlungsabfälle aufeinander:

- die Übernahme der Gesamtverantwortung für die Siedlungsabfälle durch die Gemeinden;
- die Beibehaltung des bisherigen Systems des freien unternehmerischen Wettbewerbs um die Entsorgung der Siedlungsabfälle von den Immobilieneigentümern.

In der durch das Gesetz vom 1. Juli 2011 zur Änderung des Gesetzes über die Aufrechterhaltung der Sauberkeit und Ordnung in den Gemeinden

---

8 Einheitliche Fassung in GBl. 2005, Nr. 236, Pos. 2008.

und bestimmter anderer Gesetze<sup>9</sup> vorgenommenen Novelle wurde das erstgenannte Konzept verfolgt. Dies schlägt sich insbesondere im neu eingefügten Abschnitt 3a SuOiGG, welcher den Titel „Bewirtschaftung der Siedlungsabfälle durch die Gemeinde“ trägt, nieder. In Art. 6c Abs. 1 des Gesetzes wird darauf hingewiesen, dass die „Gemeinden dazu verpflichtet sind, eine Entsorgung von Siedlungsabfällen von den Eigentümern der von Bewohnern bewohnten Immobilien zu organisieren“.

Mit der Novelle wurde zudem eine neue Abfallkategorie eingeführt, nämlich Siedlungsabfälle von Eigentümern von Immobilien, welche nicht bewohnt sind, aber an denen Siedlungsabfälle anfallen. Auf sie finden die bisherigen Regelungen Anwendung. Insofern gilt also Folgendes:

- Pflicht zum Abschluss eines Vertrags über die Entsorgung von Siedlungsabfällen unmittelbar mit einem dazu berechtigten Unternehmen – derzeit entweder immer noch eine Organisationseinheit der Gemeinde oder ein Unternehmen, welches in das Register des geregelten Gewerbes eingetragen ist
- Festsetzung von Entgeltobergrenzen für die Erbringung der Dienstleistungen durch einen Beschluss des Gemeinderates
- Besteht kein Vertrag über die Übernahme der Entsorgungspflichten des Immobilieneigentümers und die Erhebung der Entgelte von ihm durch die Gemeinde, wird die Höhe der Gebühren auf Grundlage eines gesonderten Beschlusses des Gemeinderates durch Bescheid des Gemeindevorstehers für den Zeitraum eines Jahres festgesetzt.

Die Anwendung der alten Regeln stellt dabei eine Ausnahme dar. Die Gemeinde kann durch Beschluss festlegen, dass auch auf die „Eigentümer der Immobilien, welche unbewohnt sind, aber an denen Siedlungsabfälle anfallen“, die neuen Regelungen Anwendung finden. Dieser Beschluss kann auf zwei Arten erfolgen:

- umfassend – gilt für alle Eigentümer der Immobilien;
- beschränkt – gilt nicht für alle Eigentümer der Immobilien, sondern nur für diejenigen, die individuell oder der Art nach im Gesetz genannt werden, z. B. bei Immobilien, auf denen industrielle Tätigkeiten ausgeübt werden.

Da die Gemeinde durch die Novelle die Aufgabe der Abfallbewirtschaftung qua Gesetz (*ex lege*) übernommen hat, entsteht nunmehr aufseiten

---

9 GBl. 2011, Nr. 152, Pos. 897.

der Eigentümer der Immobilien die Pflicht zur Zahlung einer Abgabe, welche umgangssprachlich auch „Abfallsteuer“ genannt wird.

Dies flankierend wurde eine Pflicht zur Abgabe einer Erklärung durch die Eigentümer der Immobilien eingeführt, welche Grundlage für die Ermittlung der Höhe der Abfallsteuer ist.

Zudem wurde das Genehmigungserfordernis für die Entsorgung von Siedlungsabfällen abgeschafft und durch eine Eintragung in das Register des geregelten Gewerbes (welche zwar auch eine Form der Regulierung des Gewerbes darstellt, aber von der Notwendigkeit einer Genehmigung zu unterscheiden ist) ersetzt. Regelungen über diese Eintragung finden sich im Gesetz vom 2. Juli 2004 über die Gewerbefreiheit. Die Eintragung erfolgt in Form einer materiell-technischen Handlung und nicht durch einen Verwaltungsbescheid.

Vor der Novellierung im Jahr 2011 konnte man in der Literatur der Ansicht begegnen, dass bei der Kommunalwirtschaft zwar nicht ausschließlich, aber vor allem Instrumente des Zivilrechts, in Anspruch genommen würden.<sup>10</sup> Nach der Novellierung vom 1. Juli 2011 bildet zwar immer noch ein Vertrag die Grundlage für die Entsorgung von Siedlungsabfällen der Eigentümer von Immobilien durch die Unternehmen. Die Rechtsnatur dieses Vertrages ist nunmehr allerdings eine andere: Dies ergibt sich schon aus dem Umstand, dass sich die Vertragsparteien geändert haben. Der Vertrag wird nunmehr nicht mehr zwischen dem Unternehmen und dem Eigentümer der Immobilie geschlossen, sondern vielmehr zwischen dem Unternehmen und dem Gemeindevorsteher, Bürgermeister oder Stadtpräsidenten. Damit löst sich die Beziehung zwischen dem Eigentümer der Immobilie und dem Unternehmen, welches die angefallenen Siedlungsabfälle abtransportiert, von ihrem zivilrechtlichen Charakter. Sie wird durch eine administrative Beziehung zwischen dem Eigentümer der Immobilie und der öffentlichen Hand, hier der Gemeinde, ersetzt. Besonders deutlich wird diese Veränderung des Charakters der Rechtsbeziehungen dadurch, dass das von dem Eigentümer zu entrichtende Entgelt für die Bewirtschaftung der Siedlungsabfälle nunmehr der Abgabenordnung (Gesetz vom 29. August 1997 – Abgabenordnung)<sup>11</sup> unterfällt.

Auf der Grundlage von Beschlüssen der Räte der daran interessierten Gemeinden können Gemeindeverbände gegründet werden, die dann die Rechte und Pflichten der Gemeindeorgane im Bereich der Bewirtschaftung der Siedlungsabfälle übernehmen. Organe eines

10 *Bartosz Rakoczy*, Prawo gospodarki komunalnej (Recht der Kommunalwirtschaft), 2010, S. 18.

11 Einheitliche Fassung in GBl. 2017, Pos. 201 in der zuletzt geänderten Fassung.

solchen Verbandes sind dabei Versammlung und Vorstand. Ein Beispiel hierfür ist der Gemeindeverband zur Abfallbewirtschaftung im Ballungsgebiet von Poznań (Posen)<sup>12</sup>, der aus neun Gemeinden besteht. Das Gebiet des Verbandes ist in 22 Sektoren aufgeteilt und in jedem davon wurde mittels Ausschreibung eine Firma ausgewählt, die Abfälle innerhalb des jeweiligen Sektors entsorgt. Die Gründung eines Gemeindeverbandes ist ein gängiges Modell für die Abfallbewirtschaftung in Polen. In Polen sind 226 Gemeindeverbände tätig, davon befassen sich 106 mit der Bewirtschaftung von festen Abfällen (rund 50 %). Zum 30. Juni 2013 nahmen an diesen Verbänden 1.947 Gemeinden teil.<sup>13</sup>

Aus Art. 6d und 6e SuOiGG folgt, dass es drei Varianten der Aufgabenübertragung durch die Gemeinde an ein Unternehmen gibt: Die erste betrifft dabei nur die Entsorgung von Siedlungsabfällen von Immobilieneigentümern, auf die sich das Gemeindesystem erstreckt. Die zweite Variante betrifft sowohl Entsorgung als auch Bewirtschaftung der Abfälle und die dritte beschränkt sich auf die Bewirtschaftung.

Insofern darf allerdings nicht vergessen werden, dass zu den Aufgaben der Gemeinde immer sowohl die Bewirtschaftung als auch die Entsorgung der Siedlungsabfälle innerhalb der Gemeinde gehören.

Nach 2011 setzte sich in der Lehre zudem weitgehend die Ansicht durch, dass eine Übertragung gemeindlicher Aufgaben nach Art. 6d und 6e SuOiGG auf einen Unternehmer, der eine Tätigkeit zur Bewirtschaftung der Siedlungsabfälle für die Gemeinde ausüben soll, ausschließlich durch ein Vergabeverfahren und Ausschreibung möglich sein soll. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der vorgenannten Vorschriften sowie der Bestimmung des Art. 9z Abs. 4 SuOiGG (welcher der Gemeinde eine administrative Geldstrafe für den Fall auferlegt, dass sie der in Art. 6d Abs. 1 SuOiGG genannten Pflicht nicht nachgekommen ist), welche auf eine Ausschreibungspflicht für die zu übertragenden Aufgaben hindeuten.

Nach einer davon abweichenden Ansicht bedurfte es nicht zwingend eines Vergabeverfahrens. Die Entsorgung von Siedlungsabfällen könne auch durch Haushaltseinrichtungen durchgeführt werden, die keine Gesellschaften des Handelsrechts sind und die die betreffenden Dienstleistungen gerade ohne Ausschreibung erbringen. Vertreter dieser Ansicht ziehen dabei Art. 3 Abs. 2 Ziff. 1 SuOiGG heran, in dem der Gesetzgeber alternativ vorgesehen hat, dass die Gemeinden Bedingungen für die Ausführung der mit der Aufrechterhaltung der Sauberkeit und Ordnung im Zusammenhang stehenden Arbeiten schaffen oder

---

12 Vgl. <http://www.goap.org.pl/goap/zwiazek-miedzygminny> <27.07.2017>.

13 Nach Angaben des Ministeriums für Verwaltung und Digitalisierung von 2013.

aber die Ausführung dieser Arbeiten durch Gründung von geeigneten Organisationseinheiten sicherstellen. Die Gemeinde könne sich also auch für die zweite Alternative entscheiden und selbst die Entsorgung von Siedlungsabfällen von Immobilieneigentümern durch ihre kommunale Haushaltseinrichtung sicherstellen.<sup>14</sup> Ferner bezieht sich die Literatur auf die Auslegung von Art. 6d und 6e SuOiGG im Zusammenhang mit Art. 2 des Gesetzes vom 20. Dezember 1996 über die Kommunalwirtschaft.<sup>15</sup> Nach Art. 2 des genannten Gesetzes kann die Kommunalwirtschaft durch Einheiten der territorialen Selbstverwaltung, insbesondere in Form einer kommunalen Haushaltseinrichtung oder einer Gesellschaft des Handelsrechts betrieben werden. Vor dem Hintergrund der Regelung aus dem Kommunalwirtschaftsgesetz stellt sich die Frage, ob durch das SuOiGG die Übertragung der Bewirtschaftung der Siedlungsabfälle auf eine Haushaltseinrichtung im Sinne des Gesetzes vom 20. Dezember 1996 über die Kommunalwirtschaft tatsächlich verboten wird. Außerdem wurde in der Literatur die Frage aufgeworfen, welche Pflichten eine Gemeinde treffen, wenn die Ausschreibung erfolglos geblieben ist, mithin kein Vertragspartner, der die zu übertragenden Aufgaben durchführt, gefunden wurde. Muss die Ausschreibung solange neu durchgeführt werden, bis sie erfolgreich ist oder kann die Gemeinde, wenn das Vergabeverfahren erfolglos geblieben ist (aus Sicht der Bestimmungen des Art. 3 Abs. 2 Ziff. 1 SuOiGG), die Erfüllung dieser Aufgaben selber übernehmen? Hier wurde von einem Teil der Literatur vertreten, dass die Gemeinde die Durchführung der Bewirtschaftung von Siedlungsabfällen auf eine Haushaltseinrichtung übertragen kann, weil Art. 6d und 6e SuOiGG überhaupt nur greifen, wenn eine Vergabe tatsächlich durchgeführt wurde. Nach Art. 2 des Kommunalwirtschaftsgesetzes und Art. 3 Abs. 2 Ziff. 1 SuOiGG bestehe vielmehr die Möglichkeit der Umsetzung der Siedlungsabfallwirtschaft durch Haushaltseinrichtungen.<sup>16</sup>

Um dieses Problem zu lösen wurde das Vergabewesen durch das Gesetz vom 29. Januar 2004 – Recht des öffentlichen Vergabewesens<sup>17</sup> – novelliert. Durch diese Änderungen sowie durch Novellen des SuOiGG wurde die Möglichkeit geschaffen, auf eine freihändige

---

14 *Wojciech Radecki*, Utrzymanie czystości i porządku w gminach. Komentarz (Aufrechterhaltung der Sauberkeit und Ordnung in den Gemeinden. Kommentar), 2016, S. 247.

15 Einheitliche Fassung in GBl. 2017, Pos. 827 in der zuletzt geänderten Fassung.

16 *Marek Górski*, Gminne jednostki organizacyjne w świetle znowelizowanej ustawy (Organisationseinheiten der Gemeinden angesichts des novellierten Gesetzes), in: *Przegląd Komunalny* 2011, Bd. 10, S. 18 ff.

17 Einheitliche Fassung: GBl. 2015, Pos. 2164 in der zuletzt geänderten Fassung.

In-House-Vergabe zurückzugreifen, wenn folgende Bedingungen erfüllt sind:

- der Auftraggeber (eine Einheit aus dem Bereich der öffentlichen Finanzen) übt die Kontrolle über den Auftragnehmer aus, der eine juristische Person ist;
- mehr als 90 % der Tätigkeit dieses Auftragnehmers beziehen sich auf die Erfüllung der Aufgaben, die ihm vom Auftraggeber übertragen wurden;
- an dem kontrollierten Auftragnehmer ist kein privates Kapital direkt beteiligt.

Nach der besprochenen Novellierung dürfen freihändige Vergaben nur an eine juristische Person erfolgen, so dass Haushaltseinrichtungen nicht in Betracht kommen. Möglich ist nur die Übertragung auf eine kommunale Gesellschaft.

Aus dem Umstand, dass nach wie vor kommunale Gesellschaften und nicht Haushaltseinrichtungen bevorzugt werden, kann man folgern, dass die Änderungen am SuOiGG und dem Recht des öffentlichen Vergabewesens im Falle der Siedlungsabfallwirtschaft auf ein unvermeidliches Erfordernis der Kommerzialisierung und Privatisierung hindeuten. Dies bedeutet allerdings nicht, dass Haushaltseinrichtungen, d. h. Einheiten ohne Rechtspersönlichkeit, keine Möglichkeit haben, im Rahmen der Abfallwirtschaft im weiteren Sinne tätig zu sein. Insbesondere kann eine Haushaltseinrichtung im neuen System der Siedlungsabfallwirtschaft folgende Maßnahmen ergreifen:

- Entsorgung von Siedlungsabfällen von Eigentümern der unbewohnten Immobilien, bei denen Siedlungsabfälle anfallen;
- Verwaltung des Siedlungsabfallwirtschaftssystems;
- Errichtung und Unterhaltung von Punkten für die getrennte Sammlung von Siedlungsabfällen;
- Bau, Unterhaltung und Betrieb von eigenen regionalen Anlagen zur Verarbeitung von Siedlungsabfällen.

Dabei ist hinsichtlich der Ziffer 1) folgendes zu ergänzen: Das seit dem Jahr 2011 geltende System zur Bewirtschaftung der Siedlungsabfälle, welches auf die Gesamtverantwortlichkeit der Gemeinde und der damit verbundenen Abgabe gründet, erstreckt sich zwingend auf bewohnte Immobilien. Bei unbewohnten Immobilien hingegen, wie z. B. Läden, Ämtern, Schulen und Kindergärten, entscheidet der Gemeinderat

(ggf. die Versammlung des Gemeindeverbandes) darüber, ob sie vom neuen System der Siedlungsabfallwirtschaft erfasst werden. Treffen die Gemeinden eine solche Entscheidung, erfolgt die Entsorgung der dort anfallenden Siedlungsabfälle durch eine mittels Ausschreibung ausgewählte Gesellschaft. Fehlt es an einem solchen Beschluss, bleibt es beim bisherigen System, in dem die Eigentümer nach wie vor verpflichtet sind, selbst entsprechende Verträge über die Entsorgung von Siedlungsabfällen zu schließen. Diese Verträge können u. a. auch durch kommunale Haushaltseinrichtungen erfüllt werden.

## VI. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist hervorzuheben, dass die Abfallbewirtschaftung über die Jahre hinweg stets eine öffentliche Aufgabe war. Geändert hat sich indes der Umfang der Verantwortlichkeit der öffentlichen Hand für die Abfallentsorgung. Veränderungen unterworfen war konkret etwa die Frage der Verteilung der Verantwortlichkeit für die Abfallentsorgung zwischen dem öffentlichen Rechtsträger und den Erzeugern von Siedlungsabfällen (Einwohner, Arbeitnehmer etc.) sowie die Rolle der Unternehmer, die sich tatsächlich mit der Bewirtschaftung der Siedlungsabfälle in diesem System beschäftigen.

Neben dem Problem der Bestimmung der Zuständigkeiten wurde diskutiert, über welche Instrumente der öffentliche Rechtsträger verfügen sollte, um die Bewirtschaftung der Siedlungsabfälle sicherzustellen. Diese Instrumente änderten sich im Laufe der Jahre. Zuerst waren es ausschließlich kommunale Einrichtungen, dann kommerzialisierte kommunale Gesellschaften, dann der freie Markt, der einer Reglementierung in Form einer Genehmigung unterlag, und jetzt das Ausschreibungsverfahren und die Eintragung der privaten Unternehmer in das Unternehmerregister.

Änderungen erstreckten sich auch auf die Zuweisung der Eigentümerstellung an den Siedlungsabfällen. Derzeit ist es die Gemeinde (öffentlicher Rechtsträger), die Eigentümerin der Siedlungsabfälle ist und für sie die Verantwortung trägt.

Auf Basis der umfassenden Reformdiskussionen kann festgehalten werden, dass die Kommunalisierung und die Erbringung der Dienstleistungen der Entsorgung von Siedlungsabfällen durch eine Gesellschaft oder in besonderen Fällen durch eine Haushaltseinrichtung sich als dauerhafte Lösung des Problems der Bewirtschaftung der Siedlungsabfälle erwiesen haben. Dies bedeutet, dass der öffentliche Rechtsträger

für Abfälle zuständig ist und auch tatsächlich Dienstleistungen erbringen kann, wobei dies in Form von Gesellschaften des Handelsrechts und unter Wettbewerbsbedingungen – daher das Ausschreibungsverfahren – zu erfolgen hat.

Durch die Konsolidierung der Bewirtschaftung des Abfallstromes wurde eine Ausweitung der Aufgaben der Gemeinden erzwungen. Es handelt sich insofern bei der Änderung bei der Abfallbewirtschaftung in den polnischen Gemeinden um eine Republizisierung, denn den Gemeinden wurden zusätzliche Aufgaben zugewiesen. Im Zusammenhang mit den Änderungen in der Abfallwirtschaft lässt sich demzufolge ein Trend hin zur Rekommunalisierung erkennen, weil die Kommunen Aufgabenfelder zurückerlangt haben, die zuvor privaten Unternehmen (außerhalb des öffentlichen Bereichs) übertragen wurden. In der Literatur wird auf die Entwicklung von der Privatisierung zur Rekommunalisierung hingewiesen. Der Grund für diese Rückbesinnung auf die öffentliche Aufgabenwahrnehmung war die Unzuverlässigkeit der Privatisierung bei der Durchführung der öffentlichen Aufgaben. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Privatwirtschaft nicht zwangsläufig effizienter, wirtschaftlicher und kostengünstiger als die öffentliche Hand funktioniert. Als Gründe für die Trendwende werden u. a. das Wiederaufleben der Idee der Selbstverwaltung, des lokalen Gemeinschaftssinns und des Selbstbewusstseins der Gemeinden gesehen. Von wesentlicher Bedeutung war auch die sich durchsetzende Erkenntnis, dass die Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge dem Gemeinwesen und nicht nur der Maximierung von Profiten dienen sollte.<sup>18</sup>

Ergebnis dessen ist die Abfallsteuer, d. h. die Abgabe, die an den Gemeindehaushalt entrichtet wird. Sie ist ein neues öffentlich-rechtliches Instrument. Ihre Einführung ist wiederum ein Ausdruck der Republizisierung, die als Entwicklung und Entstehung von neuen Handlungsinstrumenten des öffentlichen Rechts verstanden wird.

Der Autor *Dr. Maciej Kruś* ist Wissenschaftlicher Assistent an der Katedra Prawa Administracyjnego i Nauki o Administracji (Lehrstuhl für Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften) an der Uniwersytet im. Adama Mickiewicza (Adam-Mickiewicz-Universität) Poznań.

---

18 Siehe näher: *Hartmut Bauer*, Von der Privatisierung zur Rekommunalisierung, in: *Hartmut Bauer/Christiane Büchner/Lydia Hajasch* (Hrsg.), *Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge*, 2012, S. 23.

# „Republizisierung“ versus „New Public Management“

*Marcin Princ*

## I. Einführung

Nach Art. 1 der polnischen Verfassung vom 2. April 1997 ist die Republik Polen das gemeinsame Gut aller Staatsbürger.<sup>1</sup> Der Staat, der durch Organe, Institutionen und Behörden handelt, hat die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben zu gewährleisten. Ihr Wirken, welches in der Anwendung von Rechtsnormen besteht, muss seine Grundlage in den Gesetzen finden (Art. 7). Die Präambel der polnischen Verfassung statuiert eine weitere Anforderung an die öffentliche Verwaltung, wenn sie den „Wunsch, die Bürgerrechte für immer zu gewährleisten und im Hinblick auf die Tätigkeiten öffentlicher Einrichtungen Redlichkeit und Leistungsfähigkeit zu garantieren“, formuliert.

„Quo vadis, Verwaltung?“<sup>2</sup> Diese Frage stellen Wissenschaftler, die sich mit der Funktionsweise der Verwaltung beschäftigen – nicht nur Verwaltungswissenschaftler oder Juristen, sondern auch Philosophen, Soziologen und Politologen. Dabei ist erwähnenswert, dass ein deutschsprachiger Rechtswissenschaftler bereits vor 100 Jahren die Frage nach der Zukunft der öffentlichen Verwaltung gestellt hat, indem er sein Werk „Die Zukunft der Verwaltungswissenschaft“<sup>3</sup> nannte. Bei der Beantwortung der Frage, welche Richtung die Verwaltung einschlagen soll, sind die öffentlichen Interessen maßgeblich. Die Grundsätze der öffentlichen Verwaltungstätigkeit beeinflussen die Umsetzung von Bürgerrechten und die Realisierung der öffentlichen Aufgaben.

Den Anstoß zur Abfassung des vorliegenden Beitrags hat die Konferenz „Publizisierung öffentlicher Aufgaben“ gegeben, die von der Fakultät für Recht und Verwaltung an der Adam-Mickiewicz-Universität veranstaltet wurde. Der Artikel soll insbesondere der Frage nachgehen,

---

1 GBl. 1997, Nr. 78, Pos. 483 in der zuletzt geänderten Fassung.

2 Vgl. *Naomi Reniutz Ursoiu*, Good Administration Quo Vadis. Legality or Efficiency?, Uppsala Faculty of Law, Working Paper 5/2011.

3 Vgl. *Fritz Stier-Somlo*, Die Zukunft der Verwaltungswissenschaft, *VerwArch* 1917, Bd. 25, S. 89ff.

ob die (Re-)Publizisierung den Niedergang des Konzepts des „New Public Management“ bedeutet. Im Zusammenhang damit wird zudem die Frage aufgeworfen, ob die Krise des New-Public-Management-Konzepts eine Rückkehr hin zu einem bürokratischen Vorgehen wie zu Beginn des 20. Jahrhunderts zur Folge haben wird. Sofern sich jedoch herausstellt, dass die Richtung eine ganz andere sein wird, ist zu klären, auf welche Grundlagen sich eine solche Entwicklung stützen sollte. Aus Sicht dieses Beitrags lässt sich der Ursprung der Republizierungsproblematik auf Erwägungen der Verwaltungslehre zurückführen.

## II. Verwaltungslehre in Polen

Mit der öffentlichen Verwaltung und ihrer Funktionsweise beschäftigen sich viele Wissenschaftszweige. Aus der Perspektive des Verwaltungsrechts und der Verwaltungslehre sind die Feststellungen, die im Rahmen der Verwaltungswissenschaften gemacht werden, am interessantesten. Man nimmt an, dass die klassische Verwaltungswissenschaft drei Teilgebiete umfasst: Das Verwaltungsrecht, die Verwaltungspolitik und die Verwaltungslehre.<sup>4</sup> Diese Einteilung der Verwaltungswissenschaft in drei Bereiche hat die polnische Wissenschaft einem deutschsprachigen Juristen, nämlich dem ehemaligen Rektor der Universität zu Köln, *Fritz Stier-Somlo*, zu verdanken.<sup>5</sup>

Nach der Auffassung von *Zbigniew Leoński*, einem der Begründer der gegenwärtigen Verwaltungswissenschaft in Polen, umfasst das Verwaltungsrecht vor allem die auf die Aufgaben, Strukturen und Handlungsformen sowie auf die Rechte und Pflichten der verwalteten Rechtsträger anwendbaren Rechtsvorschriften. Die Forscher wenden vor allem analytisch-juristische Methoden an, um Inhalt und Bedeutung von Rechtsnormen zu ergründen.<sup>6</sup>

Die Verwaltungspolitik beschränkt sich dagegen in erster Linie auf die „Festlegung gewisser Handlungsprogramme für die Verwaltung“ sowie „ihre Beurteilung und Überprüfung im Laufe ihrer Umsetzung durch die Verwaltung“<sup>7</sup>. Darüber hinaus wird auf Grundlage der Verwaltungspolitik das festgelegte Handlungsprogramm und die Art und

4 Vgl. *Ernest Konosala*, *Zarys nauki administracji*, 3. Aufl. 2010, S. 46.

5 Vgl. *Zbigniew Leoński*, *Nauka administracji*, 1999, S. 5; siehe auch *Stier-Somlo* (Fn. 3), *Verw-Arch* 1917, S. 89ff.

6 Vgl. *Leoński* (Fn. 5), S. 16.

7 *Ebd.*, S. 17.

Weise seiner Umsetzung beurteilt.<sup>8</sup> Drittens weist *Leoński* darauf hin, dass die Verwaltungspolitik als eine Politik des die Verwaltung betreffenden Rechts verstanden werden kann, welche versucht, die Verwaltung mittels Rechtsnormen zu durchdringen.<sup>9</sup>

Eine andere Perspektive nehmen die Vertreter der Verwaltungslehre ein. *Franciszek Longchamps de Bériér* beschrieb den Gegenstand ihrer Bestrebung als die Erforschung der Grundlagen für eine gute Verwaltung.<sup>10</sup> Zuzustimmen ist *Wacław Dawidowicz* insofern, als „der Hauptgegenstand das wissenschaftliche Interesse der Verwaltungswissenschaftler an der öffentlichen Verwaltung [ist]“<sup>11</sup>. Erst vor diesem Hintergrund untersuchen sie das Verwaltungsrecht.<sup>12</sup> In Anlehnung an das Werk *Leońskis* „könnte man die Verwaltungslehre als eine Sozialwissenschaft bezeichnen, die sich auf die empirischen Methoden stützt, deren Gegenstand das Wissen über die in dem jeweiligen Rechtssystem bestehende öffentliche Verwaltung [ist]“<sup>13</sup>. Die Verwaltungslehre liefert das Wissen über den tatsächlichen Zustand der öffentlichen Verwaltung.<sup>14</sup> *Jerzy Starościak* betont, dass die Verwaltungslehre einen Versuch darstellt, allgemeine Grundsätze für eine rationale Funktionsweise des Verwaltungsapparats zu schaffen.<sup>15</sup> In dieser Hinsicht ist die Untersuchung der Leistungsfähigkeit der Verwaltung von besonderer Bedeutung.<sup>16</sup> *Starościak* führt insofern weiter aus: „Die Grundaufgabe der Verwaltungslehre im Gegensatz zur Verwaltungsrechtslehre ist es nämlich, eine Antwort auf die Frage zu erlangen, warum die Rechtsverhältnisse im Bereich des Verwaltens gerade auf eine solche und nicht auf eine andere Art und Weise gebildet werden sollen und wie die juristischen Möglichkeiten zur Erlangung der optimalen ökonomischen bzw. sozialen Ergebnisse genutzt werden können“<sup>17</sup>.

Die Thematik der diesem Band vorangegangenen Konferenz entspricht daher angesichts der oben genannten Erwägungen dem

---

8 Ebd.

9 Ebd., S. 18.

10 Vgl. *Franciszek Longchamps de Bériér*, *Współczesne kierunki w nauce prawa administracyjnego na zachodzie Europy*, 2001, S. 5.

11 Vgl. *Wacław Dawidowicz*, *Administratywiści a teoria prawa administracyjnego*, *Państwo i Prawo* 1992, Nr. 9, S. 45.

12 Ebd.

13 Vgl. *Leoński* (Fn. 5), S. 20.

14 Vgl. *Jan Szreniawski*, *Wstęp do nauki administracji*, 2000, S. 10.

15 Vgl. *Jerzy Starościak*, *Zarys nauki administracji*, 1966, S. 12.

16 Ebd., S. 10.

17 Ebd., S. 14.

Gegenstand der Verwaltungslehre, nämlich der Frage: Wie sollte man verwalten?

### III. Ansätze der öffentlichen Verwaltung – vom traditionellen Verwaltungsmodell bis hin zur Gegenwart

Man nimmt an, dass sich die neuere öffentliche Verwaltung zur Zeit der Aufklärung herauszubilden begann.<sup>18</sup> Am häufigsten bezieht sich jedoch die traditionelle Lehre der öffentlichen Verwaltung in unserem Kulturkreis auf das Konzept der rationalen Bürokratie, dessen Urheber der deutsche Wissenschaftler, Jurist, Soziologe und Historiker *Max Weber* war. Die Hauptgedanken des Autors finden sich in dem Werk „Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie“<sup>19</sup>. Demnach basiert der Typus einer idealen, rationalen Bürokratie auf folgenden Annahmen<sup>20</sup>: Die Erfüllung der Amtsaufgaben ist durch Beständigkeit und Kontinuität gekennzeichnet; die Ausübung der Amtsgewalt wird durch Rechtsvorschriften geregelt, wodurch das amtliche Handeln durch „Unpersönlichkeit“ bzw. Neutralität geprägt ist; die Amtstätigkeit wird durch das Kompetenzprinzip charakterisiert; das Prinzip der Amtshierarchie wird beachtet; die Ausübung des Amtes erfolgt in völliger Trennung vom Amtsvermögen sowie den Beschaffungsmitteln; der jeweilige Amtsinhaber enthält sich jeder Aneignung der Amtsstelle; die Amtstätigkeit wird durch einen sorgsam ausgewählten Verwaltungsstab der Beamten (Bürokraten) ausgeführt und die Verwaltungshandlungen werden schriftlich fixiert.<sup>21</sup>

Die durch diese Prinzipien geprägte öffentliche Verwaltung sollte schneller, präziser, effizienter, diskreter und – im Vergleich zu anderen Formen – sparsamer, rationaler und vorhersehbar sein.<sup>22</sup> Durch

18 Vgl. *Hubert Izdebski*, *Historia administracji*, 5. Aufl. 2001, S. 13.

19 Polnische Übersetzung *Max Weber*, *Gospodarka i społeczeństwo. Zarys socjologii rozumiejącej* (übersetzt von Dorota Lachowska), 2002. Hinzuzufügen ist, dass dies nicht die erste Monographie über die Bürokratie war. Das Buch „*Biurokracya*“ von *Józef Olszewski* ist den Erwägungen von Max Weber vorausgegangen (*Józef Olszewski*, *Biurokracya*, 1903).

20 Vgl. *Jerzy Supernat*, *Zarządzanie*, 2005, S. 586 ff.; *Reinhard Bendix*, *Max Weber. Portret uczonego*, 1975, S. 378 ff.; *Cezary Józef Olbromski*, *Klasyczny model biurokracji Maxa Webera*, in: *Krzysztof Zuba* (Hrsg.), *Biurokracja. Fenomen władzy politycznej w strukturach administracyjnych*, 2007, S. 30 f.

21 *Marcin Princ*, *Standardy dobrej administracji w prawie administracyjnym*, 2016, m. w. N.

22 Vgl. *Bendix* (Fn. 20), S. 381.

all diese Merkmale sollte sie andere Organisationstypen übertreffen.<sup>23</sup> Ohne Zweifel sicherte sich *Max Weber* mit seinem Konzept eine herausragende Stellung in der sog. klassischen Schule der Verwaltung.<sup>24</sup>

Auch später aufkommende Ansätze beschäftigten sich mit der Suche nach Vorbildern für eine gute Verwaltung. Dazu gehörten u. a. behavioristische, quantitative, kontingenzbezogene, politisierende, qualitative oder auf Management bezogene Ansätze.<sup>25</sup> In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Frage nach einer Aussonderung von Ansätzen wie der Theorie der Sozialsysteme oder der neoklassischen (empirischen) Theorie unterschiedlich beurteilt wird.<sup>26</sup>

Indem sie den Menschen in den Mittelpunkt stellten, vollzogen die Vertreter des Behaviorismus meiner Ansicht nach einen Bruch mit der Lehre von der reinen Bürokratie. Die bürokratische Verwaltung beabsichtigte die Eliminierung von Gefühlen. Der bürokratische Apparat wird dementsprechend oftmals mit einer gefühllosen Maschine, die ihre Entscheidungen automatisch fällt, verglichen. Die behavioristische Schule stellte dagegen den Menschen in den Mittelpunkt ihrer Untersuchungen. In ihrem Fokus standen Kommunikation, Motivation, Leitung sowie das Engagement für den Verwaltungsapparat.<sup>27</sup> Die nächste große Wende kam mit dem Vordringen der Lehre vom Managementkonzept in den 1980er Jahren. Die Vertreter dieser Strömung richteten ihre Aufmerksamkeit vor allem auf die Anwendung der ökonomischen Praxis, insbesondere darauf, die Grundsätze erfolgreichen privatwirtschaftlichen Handelns in die öffentliche Verwaltung zu transferieren.<sup>28</sup>

#### IV. Ansätze des New-Public-Management-Konzepts

Die managementbezogenen Ansätze lassen sich insgesamt unter das Konzept des New Public Management (NPM) fassen. NPM wurde als eine Revolution in Bezug auf das öffentliche Verwalten angesehen und hat sich weltweit in vielen Ländern verbreitet<sup>29</sup>, wobei diese Entwick-

23 Vgl. *Edyta Sokalska*, Biurokracja jako metoda funkcjonowania nowoczesnej administracji w ujęciu Maksa Webersa, *Studia Prawnoustrójowe* 2003, S. 123 ff.

24 Vgl. *Jan-Erik Lane*, *New Public Management*, 2000, S. 19.

25 Vgl. *Robert Wiszniowski*, Modernizacja europejskiej administracji publicznej, in: *Administracja i polityka. Europejska administracja publiczna*, 2005, S. 10.

26 Vgl. *Agnieszka Chrisidu-Budnik / Jerzy Korczak / Andrzej Pakula / Jerzy Supernat*, *Nauka organizacji i zarządzania*, 2005, S. 38 ff.

27 Vgl. *Wiszniowski* (Fn. 25), S. 10.

28 Ebd.

29 Vgl. *Lane* (Fn. 24), S. 3.

lung eng mit den damaligen politisch-gesellschaftlichen Umbrüchen verbunden war. NPM betrachtet den Bürger als Konsumenten öffentlicher Dienstleistungen und legt Wert auf Outsourcing, Instrumente des Privatrechts, Ergebnisorientierung und Qualität.

In der polnischen Verwaltungslehre wurden die Ansätze des New-Public-Management-Konzepts von *Jerzy Supernat* rezipiert und umfassend aufgearbeitet.<sup>30</sup> Seiner Meinung nach lässt sich das Konzept in zehn Punkten zusammenfassen: Erstens soll die „öffentliche Verwaltung in erster Linie auf Erzielung von Ergebnissen gerichtet sein [...], erst später auf Input und Handlungsprozesse“<sup>31</sup>. Nach dem zweiten Grundsatz sollen die Instrumente des freien Wettbewerbs bei öffentlichen Dienstleistungen effizienter eingesetzt werden. Insgesamt soll sich die öffentliche Verwaltung bei ihrer Tätigkeit, die auf den Marktmechanismen beruht, an den Konsumenten orientieren (dritter Grundsatz). Der vierte, wohl bekannteste Grundsatz beschreibt die Rolle der öffentlichen Verwaltung mit der Wendung „steuern, aber nicht rudern“<sup>32</sup>. Dem liegt die Überzeugung zugrunde, dass „die öffentliche Verwaltung garantieren sollte, dass gewisse Güter und Dienstleistungen angeboten werden, aber sie selbst muss diese nicht anbieten“<sup>33</sup>. Der nächste Grundsatz lautet Deregulierung. Nach Meinung von *Supernat* sind „die Befürworter der öffentlichen Reformverwaltung überzeugt, dass die traditionellen, zentralisierten, bürokratischen Lösungen hinsichtlich der Einstellung und Leitung von Personal, der Finanzwirtschaft, Wirtschaftsprüfung, des Imports und der Zuwendungen, der Dienstreisen usw. in einer auf Ergebnisse gerichteten öffentlichen Verwaltung inadäquat seien“<sup>34</sup>. Nach dem sechsten Grundsatz gilt, dass „den Mitarbeitern der öffentlichen Verwaltung angemessene Arbeitsbedingungen zur Verfügung gestellt werden sollten, damit sie Initiativen ergreifen und eigene Kreativität beweisen können und damit den Konsumenten besser dienen und bessere

30 Vgl. *Jerzy Supernat*, *Administracja publiczna w świetle koncepcji New Public Management*, abrufbar unter: [http://www.supernat.pl/artykuly/administracja\\_publiczna\\_w\\_swietle\\_koncepcji\\_new\\_public\\_management.html](http://www.supernat.pl/artykuly/administracja_publiczna_w_swietle_koncepcji_new_public_management.html) <21.09.2017>, veröffentlicht in: *Jednostka, państwo, administracja, nowy wymiar*, redakcja naukowa prof. dr hab. Elżbieta Ura, Internationale Wirtschaftskonferenz Olszanica v. 23.–26.05.2004, Rzeszów 2004, S. 469 ff.; s. auch: *Administracja publiczna. Studia krajowe i międzynarodowe*, Wissenschaftliche Hefte der Hochschule für Öffentliche Verwaltung in Białystok 2003, Nr. 2, S. 28 ff.

31 Ebd.

32 Ebd.; vgl. auch *Jerome McKinney/Lawrence Howard*, *Public Administration. Balancing Power and Accountability*, 1998, S. 45.

33 Vgl. *Supernat* (Fn. 30).

34 Ebd.

Ergebnisse erzielen<sup>35</sup>. Mit dem siebten Grundsatz wurde die Erwartung geäußert, dass „die öffentliche Verwaltung größeren Wert darauf legen würde, wie sie ihre personalen, sachlichen und finanziellen Ressourcen in Anspruch nehme“<sup>36</sup>. Es soll also darauf hingewirkt werden, die Kosten für öffentliche Dienstleistungen bei gleichzeitiger Steigerung ihrer Qualität zu minimieren. Achters sollten die Leiter der öffentlichen Verwaltungseinheiten neben den traditionellen zehn Rollen zusätzlich fünf neue Rollen erfüllen. Danach sollten sie vor allem zur Konsensbildung beitragen, den lokalen Angelegenheiten Geltung verschaffen, die lokalen Werte achten, Vorbild hinsichtlich ethischen Handelns sein und die lokale Macht mitausüben.<sup>37</sup> Der neunte Grundsatz bezieht sich auf die Organisationskultur der öffentlichen Verwaltung, die durch Flexibilität, Innovation, Bereitschaft zur Lösung von Problemen und Unternehmertegeist gekennzeichnet sein sollte. Schließlich sollte die öffentliche Verwaltung grundsätzlich apolitisch sein (zehnter Grundsatz).

Nach Meinung von *Dawid Sześciłło* nahm die Orientierung an marktwirtschaftlichen Prinzipien meistens eine der folgenden drei Formen an: die Beauftragung privater Partner mit einzelnen Aufgaben, eine Öffentlich-Private Partnerschaft oder die Ausgabe von Gutscheinen für öffentliche Dienstleistungen.<sup>38</sup> Aus dem NPM-Konzept entwickelte sich die Privatisierungsbewegung. Bereits im Jahr 1984 wurde in Großbritannien das Unternehmen British Telecom privatisiert.<sup>39</sup> Privatisiert wurden einige kommunale Dienstleistungen wie z. B. Wasserwerke und Sanitäranlagen in Potsdam.<sup>40</sup> Im Rahmen von Öffentlich-Privaten Partnerschaften entstanden neue öffentlich genutzte Gebäude, z. B. der Bahnhof in Poznań, der mit einem Einkaufszentrum verbunden ist.

Ziel der Umsetzung des NPM-Konzepts waren niedrigere Kosten der öffentlichen Verwaltung sowie Effizienz- und Qualitätssteigerungen. Gleichzeitig wurde argumentiert, dass der Privatsektor flexibler sei und im Gegensatz zur staatlichen Verwaltung über bessere Führungskräfte verfüge. Den Glauben an eine bessere Funktionsweise der Verwaltung nach dem NPM-Konzept begleitete die Überzeugung, dass die sog. sozialen Fragen sich in den meisten Fällen selbst regulieren sollten.

35 Ebd.

36 Ebd.

37 Ebd.

38 Vgl. *Dawid Sześciłło*, *Rynek, prywatyzacja, interes publiczny. Wyzwania urynkowania usług publicznych*, 2014, S.14.

39 Vgl. *McKinney/Howard* (Fn. 32), S. 45.

40 Vgl. *Hartmut Bauer*, Zukunftsthema „Rekommunalisierung“, *DÖV* 2012, S. 330; *ders.*, *Privatisierung oder Publizisierung? Wege zur gemeinwohlorientierten Bereitstellung von Leistungen im allgemeinen Interesse*, S. 18 in diesem Band.

## V. Die Krise des NPM-Konzepts

In der Literatur finden sich heutzutage vermehrt Stimmen, die eine gewisse Enttäuschung über das Konzept des New Public Management zum Ausdruck bringen.<sup>41</sup> Es wächst das Bewusstsein dafür, dass die Privatwirtschaft nicht immer besser, effizienter und kostengünstiger arbeitet als die öffentliche Hand.<sup>42</sup> Darüber hinaus verringerte sich das Vertrauen in die Handlungen des privaten Sektors. Als durch die Einführung des NPM-Konzeptes bedingte Nachteile werden außerdem die Schwierigkeit der Wettbewerbssicherung, die ungleiche Behandlung der Bürgerinnen und Bürger und die Fragmentierung der öffentlichen Dienstleistungen genannt.<sup>43</sup> Die NPM-Krise und das gesunkene Vertrauen in den Privatsektor führten allerdings nicht zu einem gesteigerten Vertrauen in den Staat.

Gegen Privatisierungen wurden massive Proteste und Bürgerbefragungen organisiert.<sup>44</sup> Dieser Widerstand lag auch darin begründet, dass die Gesellschaft in bestimmten Bereichen daran gewöhnt war, dass der Staat einige öffentliche Aufgaben vollständig selbst erfüllte. Ein Beispiel hierfür ist die Landesverteidigung. Vor einiger Zeit hatte man sich entschieden, private Sicherheitsfirmen mit der Überwachung von Militärobjecten zu betrauen. Statt Soldaten stand nunmehr privates Wachpersonal Wache vor den Kasernen. Zu dieser Zeit gab es ein klares Stimmungsbild für die Rückkehr von ziviler zu militärischer Wache vor den Garnisonen.<sup>45</sup> Andererseits ist auch zu erwähnen, dass das Outsourcing der Dienstleistungen auf diesem Gebiet für große Ersparnisse gesorgt hat. Aus Schätzungen des Verbands der Sicherheitsfirmen (poln. Polska Izba Ochrony) geht hervor, dass die Auslagerung der Sicherheitsdienstleistungen mehr als die Hälfte günstiger war als die militärische Wache.<sup>46</sup>

Dass eine Privatisierung jedoch nicht immer notwendigerweise mit geringeren Kosten für die Bürgerinnen und Bürger verbunden ist, lässt sich in Polen an den unterschiedlichen Mautgebühren für die Nutzung gebührenpflichtiger Autobahnen exemplifizieren. Die Autobahnmaut für Abschnitte, die von einem privaten Konzessionär betrieben werden,

41 *Bauer* (Fn. 40), DÖV 2012, S. 329.

42 Ebd.

43 *David Sześciła*, Samoobsługowe państwo dobrobytu. Czy obywatelska koprodukcja uratuje usługi publiczne, 2015, S. 14.

44 Vgl. *Bauer* (Fn. 40), DÖV 2012, S. 333.

45 Vgl. *Marek Kuzbał*, Wojsko: kto ma ochraniać kluczowe obiekty?, Rzeczpospolita v. 09.01.2017, abrufbar unter: <http://www.rp.pl/Sluzby-mundurowe/301099884-Wojsko-kto-ma-ochroniac-kluczowe-obiekty.html#ap-1<21.09.2017>>.

46 Ebd.

ist viel höher als die Gebühr für vergleichbare, vom Staat betriebene Abschnitte derselben Autobahn. Grund hierfür ist das Gewinninteresse der Privatunternehmen (obwohl die Unternehmen selbstverständlich nicht alle Gewinn erzielen). Zu den Kosten der Leistungserbringung kommt deshalb noch die Gewinnmarge des Unternehmers hinzu. Die öffentliche Verwaltung hingegen darf nicht auf Gewinnerzielung gerichtet sein und ist in dieser Hinsicht dem Privaten überlegen.<sup>47</sup>

## VI. Die Suche nach einem „dritten Weg“

Der Niedergang eines Systems trägt dazu bei, dass an seine Stelle ein anderes System tritt. Das Public-Service-Delivery-Konzept oder das New-Public-Service-Konzept (NPS), nach denen die Rolle der Verwaltung darin bestand, „den Bürgerinnen und Bürgern zahlreiche öffentliche Dienstleistungen gemäß den für den Privatsektor typischen Qualitätsstandards zu liefern“<sup>48</sup>, stellten Versuche dar, das NPM-Konzept zu ändern. Im Rahmen dieser Ansätze sollte zu den Hauptaufgaben der Beamten die Zusammenarbeit mit den Bürgerinnen und Bürgern, Nichtregierungsorganisationen und privaten Unternehmen gehören, wobei die gesellschaftlichen Ziele im Wege des sozialen Dialogs realisiert werden sollten.<sup>49</sup>

Ein gewisser Versuch der Abwendung von diesem Konzept ist das prosoziale Kontrahieren, was eine Art Outsourcing darstellte.<sup>50</sup> Hierbei wurde bei der Vergabe von Aufträgen davon abgesehen, dem Preiskriterium bei der Wahl des günstigsten Angebots einen absoluten Vorrang einzuräumen.<sup>51</sup> Bei der Vergabe von Aufträgen für die Realisierung öffentlicher Aufgaben an externe Rechtsträger (Vereine, Stiftungen, Arbeitsgenossenschaften) bezog man zusätzliche Gesichtspunkte ein, wie bspw. dauerhaft arbeitslosen, älteren und anderen von sozialer

47 An dieser Stelle sei auf eine Begebenheit im Rahmen einer Studienreise der Lehrstühle für Recht und Verwaltung hingewiesen, die im Jahr 2014 in Szczecin stattfand: Während der Besichtigung einer Müllverbrennungsanlage (Berliner Stadtreinigung – BSR) erklärte ein Mitarbeiter, der die Gruppe geführt hat, dass das Hauptziel der vorgenommenen Modernisierung des Betriebs die Senkung der Kosten für die Bürgerinnen und Bürger sei, die den Betrieb nutzten. Eine solche Sichtweise ist für die öffentliche Hand angemessener als für Private.

48 Anetta Jaxa Dębicka, *Sprawne państwo. Współczesne koncepcje i instrumenty zarządzania publicznego a administracja publiczna*, 2008, S. 97.

49 Vgl. Maria Piotrowska, *Model administracji publicznej a jakość obsługi obywateli w urzędach gminnych, Nierówności Społeczne a Wzrost Gospodarczy*, 2011, S. 259f.

50 Vgl. Sześciłdo (Fn. 43), S. 16.

51 Ebd.

Ausgrenzung bedrohten Menschen sowie Menschen mit Behinderung zu helfen.<sup>52</sup> Nicht alle öffentlichen Aufgaben können jedoch zugegebenermaßen auf eine solche Art und Weise realisiert werden.

Sehr interessante Ansätze für das Funktionieren der Verwaltung stellt *Dawid Sześciłło* in seinem Werk „Samoobsługowe państwo dobrobytu. Czy obywatelska koprodukcja uratuje usługi publiczne“<sup>53</sup> (dt.: „Selbstbedienungswohlfahrtsstaat. Wird die bürgerliche Koproduktion die öffentlichen Dienstleistungen retten?“) vor. Der Autor geht von der Annahme aus, dass ein Erhalt der Vorteile des Wohlfahrtsstaates nur dann möglich ist, wenn dieser auch auf andere Art und Weise unterstützt wird als nur mittels Steuern und verschiedener anderer öffentlich-rechtlicher Abgaben.<sup>54</sup>

Das hieraus resultierende Konzept der Koproduktion basiert dabei auf drei Säulen: der wesentlichen Teilhabe, der Vermischung öffentlicher und privater Ressourcen und der fehlenden Gewinnorientierung der Teilnehmer.<sup>55</sup> Das Paradigma der vorgeschlagenen Verwaltung sieht im Vergleich zu den vorherigen Modellen der Leistungserbringung öffentlicher Dienstleistungen wie folgt aus:

Paradigma des öffentlichen Verwaltens	Paradigma der öffentlichen Dienstleistungen	Akteure		
		der Staat	privater Sektor	Bürger (Leistungsempfänger)
Bürokratie	elastisch	Dienstleister	–	Petent
New Public Management	dem Markt unterstellt	Veranstalter	Dienstleister, Kontraktor	Konsument
Koproduktion	kooperativ	Veranstalter, Vermittler	Partner	Partner

Quelle: *Dawid Sześciłło, Samoobsługowe państwo dobrobytu. Czy obywatelska koprodukcja uratuje usługi publiczne, 2015, S. 19.*

Nach der Lehre der Koproduktion soll der Dienstleistungsempfänger von einem Kunden zum Partner der öffentlichen Verwaltung werden. Die Koproduktion ist, wie *Sześciłło* betont, „die Zusammenarbeit der Bürgerinnen bzw. Bürger mit dem Staat und nicht deren Übernahme der Aufgaben, die bisher von der Verwaltung oder privaten Akteuren

52 Ebd.

53 Ebd., S. 18. Der Autor selbst fügt hinzu, dass dieses Konzept nicht neu sei. Ursprünglich entwickelt wurde es durch eine Gruppe von Wissenschaftlern unter der Leitung von Elinor Ostrom an der Indiana University.

54 Ebd., S. 10.

55 Ebd., S. 84f.

aufgrund eines Vertrags ausgeübt worden waren<sup>56</sup>. Die Rolle des Bürgers beschränkt sich also nicht allein auf die eines Konsumenten.<sup>57</sup>

Ich stimme mit dem Autor völlig darin überein, dass die Übertragung der Marktmechanismen auf den Bereich der öffentlichen Verwaltung, die durch das NPM-Konzept angeregt wurde, scheitern musste.<sup>58</sup> Ist es sinnvoll, dass ein Krankenhaus, eine Schule oder die Polizei ihre Tätigkeit auf gewinnorientierter Basis ausüben? Die Koproduktion hingegen „bringt dem System der öffentlichen Dienstleistungen seine Identität als ein gemeinsames Gut bzw. als Gegenstand gemeinsamer Verantwortung des Staates und seiner Bürgerinnen und Bürger wieder“<sup>59</sup>. Meines Erachtens ist die Einführung dieses Konzepts jedoch mit großen Herausforderungen verbunden.

Das Modell der Koproduktion weist Parallelen zum Konzept der responsiven Verwaltung auf. Dieses Modell wurde in dem Werk von *Mateusz Stepień* dargestellt<sup>60</sup> und steht auch mit der Kritik der traditionellen Verwaltung (beispielsweise von *Weber* und *Wilson*) im Zusammenhang.<sup>61</sup> Nach Meinung des Autors bedeutet Verwaltungsresponsivität „Empfindlichkeit für die relevanten Werte bzw. Interessen“<sup>62</sup> bzw. eine „passive, einseitige Reaktion auf die menschlichen Bedürfnisse“<sup>63</sup>. Ähnlich wie in dem vorherigen Modell der Koproduktion wird auch hier darauf hingewiesen, dass die responsive Verwaltung ein Teil des demokratischen Regierens sei.<sup>64</sup> Im Rahmen zahlreicher Ansätze der responsiven Verwaltung lässt sich wohl am ehesten sagen, dass die Rolle der öffentlichen Verwaltung darin besteht, die sozialen Signale hinsichtlich der Bedürfnisse und Werte der Gesellschaft genau zu beobachten und rechtzeitig zu erkennen.<sup>65</sup>

---

56 Ebd., S. 79.

57 Ebd.

58 Ebd., S. 80.

59 Ebd., S. 80.

60 Vgl. *Mateusz Stepień*, *Responsywna administracja publiczna*, 2008.

61 Ebd., S. 58.

62 Vgl. *William F. West*, *Structuring Administrative Discretion: The Pursuit of Rationality and Responsiveness*, *American Journal of Political Science* 1984, Nr. 28/2, S. 343; *Stepień* (Fn. 60), S. 11.

63 Vgl. *Eran Vigoda*, *From Responsiveness to Collaboration: Governance, Citizens, and the Next Generation of Public Administration*, *Public Administration Review*, Nr. 62/5; *Stepień* (Fn. 60), S. 11 f.

64 Vgl. *Sidney Verba/Norman H. Nie*, *Participation in America: Political Democracy and Social Equality*, 1972, S. 300; *Stepień* (Fn. 60), S. 60.

65 Vgl. auch *Marcin Princ*, *Responsywność prawa administracyjnego i administracji publicznej*, im Erscheinen (Tagungsband zur Tagung der Lehrstühle für Recht und Verwaltung v. 18.–21.09.2016 zum Thema Axiologie des Verwaltungsrechts).

## VII. Republizisierung

Die Befürworter der Republizisierung (Rekommunalisierung, Remunizipalisierung) schlagen hingegen einen anderen Weg vor. Republizisierung bedeutet, dass Unternehmen, die öffentliche Dienstleistungen auf kommunaler Ebene erbringen, insbesondere nach den Grundsätzen natürlicher Monopole (z. B. Wasserversorgung), wieder der öffentlichen Verantwortung und Kontrolle unterworfen werden.<sup>66</sup> Gleichzeitig wird gefordert, dass öffentliche Dienstleistungen nicht mehr outgesourct werden sollen.<sup>67</sup> Es ist darauf hinzuweisen, dass dieser Prozess nicht nur auf kommunaler, sondern auch auf regionaler und überregionaler Ebene zu beobachten ist. Dabei spricht sich das Konzept der Republizisierung nicht für die Verstaatlichung der Unternehmen aus, sondern dafür, die Dienstleistungen nicht mehr von Privaten „einzukaufen“.<sup>68</sup>

In der polnischen Literatur gilt die norwegische Stadt Trondheim als Wegbereiter der Remunizipalisierungsprozesse, „wo der lokale Verband der Gewerkschaften im Jahre 2002 einen Plan mit 13 Punkten erarbeitet hatte, der vor allem auf die Umkehrung derjenigen Reformen zielte, die von einem kommunalen System der öffentlichen Dienstleistungen hin zu einer massenhaften Auftragsvergabe geprägt waren“<sup>69</sup>. Zu den von den lokalen Behörden getroffenen Maßnahmen gehörten u. a.: Rückkauf der Anteile an einem zuvor privatisierten kommunalen Busunternehmen; Aufhebung eines Beschlusses über den Verkauf der örtlichen Kino-Kette an einen Privatinvestor und Nichtverlängerung eines Vertrags über den Betrieb eines Altersheims durch eine Privatgesellschaft.<sup>70</sup> Ein gewisser internationaler Trend hin zur Rekommunalisierung besteht im Bereich der Wasserversorgung.<sup>71</sup> Heutzutage findet sich dieses Phänomen auch in anderen Bereichen, z. B. der Abfallwirtschaft, Energie-, Gas- und Wärmeversorgung, dem öffentlichen Transportwesen, bei Krankenhäusern, Kinderkrippen und Schulen, Schwimmbädern, Theatern, Sozialwohnungen, Pflegeheimen sowie Angelegenheiten des

---

66 Vgl. *Sześciłło* (Fn. 43), S. 15.

67 Ebd.

68 Ebd.

69 Ebd.

70 Ebd.

71 Vgl. *Martin Pigeon / David A. McDonald / Olivier Hoedeman / Satoko Kishimoto* (Hrsg.), *Remunicipalisation: Putting Water Back into Public Hands*, 2012; *Bauer* (Fn. 40), S. 30 in diesem Band.

Sicherheitswesens.<sup>72</sup> Im Internet gibt es viele Bürgerinitiativen, dank derer man die Republizierungsprozesse verfolgen kann.<sup>73</sup>

Die Vorzeichen der Rekommunalisierung sind auch in Poznań präsen. Ein aktuelles Beispiel hierfür ist das kommunale Friedhofswesen. An dem Ausschreibungsverfahren für den Betrieb der Friedhöfe hat nur ein Akteur teilgenommen, nämlich Spółdzielnia Pracy Universum (dt. Arbeitsgenossenschaft Universum). Die Ausschreibung wurde daraufhin aufgehoben und eine kommunale Verwaltungseinheit mit dem Betrieb der Friedhöfe betraut.<sup>74</sup> In den Medien wurde teilweise vom Ende einer Ära gesprochen.<sup>75</sup> Was gab den Anstoß für das Umdenken der Stadt? Der unmittelbare Grund für die Änderungen war der Preis, den die Gesellschaft im Ausschreibungsverfahren für den Betrieb der Friedhöfe verlangt hatte. Sie hatte nämlich, worüber die Internetplattform „PortalSamorzadowy.pl“ informierte, eine „Vergütung in Höhe von 13.336.120 Złoty für die Erbringung der Dienstleistungen über die Laufzeit von zwei Jahren vorgeschlagen“<sup>76</sup>. Das Angebot überstieg damit den Betrag von 7.700.000 Złoty, den die Stadt auf Grundlage ihrer Kostenschätzungen für die Erbringung dieser Aufgaben einkalkuliert hatte, um 5.666.120 Złoty.<sup>77</sup> Bereits vor einiger Zeit hatten sich die Anhaltspunkte gemehrt, dass die Gesellschaft eine rechtlich problematische marktbeherrschende Stellung gegenüber ihren Konkurrenten erlangt hatte.<sup>78</sup> Symptomatisch dafür ist, dass an dem genannten Ausschreibungsverfahren kein anderer Bieter teilnahm. Die Rekommunalisierung ist also kein Postulat mehr – sie ist zur Tatsache geworden. Es ist indes zu betonen, dass diese Entwicklung – jedenfalls im vorliegenden Fall – durch die vorherrschenden Umstände erzwungen wurde.

---

72 Vgl. *Bauer* (Fn. 40), DÖV 2012, S. 334.

73 Siehe etwa <http://www.remunicipalisation.org> <21.09.2017>; dazu auch *Bauer* (Fn. 40), S. 30.

74 Usługi komunalne przejmują cmentarze miejskie – nowe lokalizacje załatwiania formalności, abrufbar unter: <http://www.codziennypoznan.pl/artukul/2017-06-26/uslugi-komunalne-przejmuja-cmentarze-miejskie-nowe-lokalizacje-zalatwiania-formalnosci> <21.09.2017>.

75 Vgl. Koniec ery Universum – usługi komunalne przejmą administrowanie cmentarzami w Poznaniu, abrufbar unter: <http://www.codziennypoznan.pl/artukul/2017-03-01/koniec-ery-universum-uslugi-komunalne-przejma-administrowanie-cmentarzami-w-poznaniu> <21.09.2017>.

76 Vgl. Poznań, Miasto będzie zarządzać cmentarzami, Beitrag v. 18. Mai 2017, abrufbar unter: <http://www.portalsamorzadowy.pl/gospodarka-komunalna/poznan-miasto-bedzie-zaradzac-cmentarzami,93515.html> <21.09.2017>.

77 Ebd.

78 Bericht nach Kontrolle durch den Obersten Rechnungshof in Poznań, LPO.411.004.01.2015, R/15/003, S. 8.

## VIII. Anmerkungen zur Republizisierung

Die Republizisierung wird zur Realität, nicht nur in Norwegen, Frankreich, Deutschland, den Vereinigten Staaten, Tansania, Argentinien, sondern auch in Polen. Insofern ist jedoch auf einige Rahmenbedingungen hinzuweisen, die erfüllt werden müssen, damit dieser Prozess erfolgreich verläuft.

Als Erstes ist Voraussetzung für die Republizisierung, dass es zuvor zur Übertragung öffentlicher Aufgaben an die privaten Akteure gekommen ist. Insofern ist anzumerken, dass der Privatisierungsprozess in Polen nicht so weit fortgeschritten ist wie in anderen Ländern. Zur Zeit der Einführung des NPM-Konzepts wies die polnische Verwaltung einen typisch bürokratischen Charakter auf, was eng mit der Konzeption der Volksrepublik Polen zusammenhing, in welcher die private Hand nur eine marginale Rolle spielte. Der Privatisierungsprozess kam nach der Wende zwar sehr schnell in Gang. Man kann allerdings dann nicht von einer Rekommunalisierung im engeren Sinne sprechen, wenn die Gemeinde selbst die Anteile an dem jeweils betroffenen Unternehmen hält.

Zweitens muss man die Frage beantworten, ob die Rückübertragung der Aufgaben auf den Staat bzw. Stellen kommunaler Selbstverwaltung dazu führt, dass die Preise für die Dienstleistungen – bei gleicher Effizienz und Qualität – sinken. Dies ist freilich oftmals nicht das entscheidende Kriterium. Bei der Rückübertragung von Aufgaben auf die Gebietskörperschaften oder den Staat spielt häufig die Sicherstellung der Daseinsvorsorge eine entscheidende Rolle (z. B. die angemessene Versorgung mit Wasser).

Drittens ist zu überlegen, ob der private Sektor die zu bewältigenden Prozesse hinreichend standardisiert hat. Dies betrifft auch die Frage, ob die durch die privaten Akteure gesammelte Erfahrung durch die Verwaltung gesichert werden kann. Es ist etwa zu überlegen, ob das bisher bei dem Privatunternehmen mit der nunmehr republizierten Aufgabe betraute Personal übernommen werden kann.

Viertens – gemäß der Redensart „Messe die Kräfte an den Absichten“ – sollte man überlegen, ob die öffentliche Verwaltung über ausreichende sachliche und finanzielle Ressourcen für die Realisierung der öffentlichen Aufgaben verfügt. Gemeint sind hiermit Aspekte wie Geschäftsräume, Infrastruktur, Fuhrpark etc.

Fünftens sollte man gründlich abwägen, ob die Verwaltung für die Realisierung der zusätzlichen Aufgaben reif und leistungsfähig genug

ist. An dieser Stelle sollte man vor allem an das gewonnene Know-How hinsichtlich der Dienstleistungserbringung denken.

Sechstens ist zu prüfen, ob die Verwaltung über ausreichend Verwaltungspersonal verfügt und ob sie auf die Erfüllung komplexerer Aufgaben vorbereitet ist. Im Rahmen dieses Punktes kann relevant werden, ob sich die staatliche Stelle die Einstellung gut ausgebildeter und berufserfahrener Spezialisten leisten kann.

Laut statistischen Erhebungen betrug die monatliche Vergütung im Unternehmenssektor im Mai 2017 im Durchschnitt 4390,99 Złoty.<sup>79</sup> Die durchschnittliche monatliche Bruttovergütung stellte sich im ersten Quartal 2017, differenziert nach einzelnen Wirtschaftsabschnitten und Finanzierungsformen nämlich nach eigenfinanzierten und staatlich finanzierten Einheiten, wie folgt dar:

Bereich (in Złoty)	Insgesamt	Finanzierungsformen	
		eigen- finanzierte Einheiten	staatlich finanzierte Einheiten
Insgesamt	4353,55	4516,16	5162,43
Industrie	4408,47	4409,02	4302,27
Energie-, Gas-, Dampf- und Heißwassererzeugung und -versorgung	6996,80	6999,86	–
Wasserversorgung, Abwasser- und Abfallversorgung, Recycling	4078,86	4052,15	4327,12
Bauwesen	4267,02	4264,02	5454,45
Erbringung von freiberuflichen, wissenschaftlichen und technischen Dienstleistungen	6366,62	6424,44	5325,63
Öffentliche Verwaltung, Verteidigung; Sozialversicherungen	5858,54	4801,19	5982,61
Bildung	4919,77	5190,58	4830,29
Gesundheits- und Sozialwesen	4031,92	3981,59	4188,69

Quelle: Statistisches Hauptamt, *Beschäftigung und Vergütung in der Volkswirtschaft im 1. Quartal 2017* Tabelle 12. Durchschnittliche monatliche Vergütung brutto nach den Wirtschaftsabschnitten und Finanzierungsformen im 1. Quartal 2017, S. 33 (abrufbar unter: <http://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/rynek-pracy/pracujacy-zatrudnieni-wynagrodzenia-koszty-pracy/zatrudnienie-i-wynagrodzenia-w-gospodarce-narodowej-w-i-kwartale-2017-r-,1,26.html> <05.10.2017>).

<sup>79</sup> Bekanntmachung des Vorsitzenden des Statistischen Hauptamtes v. 19.06.2017 über die durchschnittliche monatliche Vergütung im Unternehmenssektor im Mai 2017 (GBI. GUS 2017, Pos. 26).

Die oben dargestellte Tabelle zeigt das ungünstige Gefälle in Bezug auf die freiberuflichen, wissenschaftlichen und technischen Tätigkeiten. Insbesondere von dieser Berufsgruppe hängt die Entwicklung eines Landes ab (Innovationen, Bau). Noch stärkere Unterschiede sind in der durchschnittlichen Vergütung der Mitarbeiter des öffentlichen Sektors zu beobachten, denen keine Gewinn- oder Genossenschaftsüberschussbeteiligung in Form von jährlichen Bonuszahlungen bzw. zusätzlichem Gehalt am Ende des Jahres ausgezahlt werden:

Abschnitt (in PLN)	Insgesamt	Finanzierungsformen	
		eigen- finanzierte Einheiten	staatlich finanzierte Einheiten
Insgesamt	4165,47	4515,89	3959,71
Industrie	4390,29	4409,02	–
Energie-, Gas-, Dampf- und Heiß- wassererzeugung sowie -versorgung	6995,59	6999,83	–
Wasserversorgung, Abwasser- und Abfallversorgung, Recycling	3985,26	4050,82	3375,95
Bauwesen	4263,66	4264,02	4120,63
Erbringung von freiberuflichen, wissenschaftlichen und technischen Dienstleistungen	6308,00	6423,68	4225,44
Öffentliche Verwaltung, Verteidigung; Sozialversicherungen	4611,62	4801,19	4589,38
Bildung	4069,26	5190,58	3698,80
Gesundheits- und Sozialwesen	3796,02	3981,46	3218,36

Quelle: Statistisches Hauptamt, *Beschäftigung und Vergütung in der Volkswirtschaft im 1. Quartal 2017* Tabelle 14. Durchschnittliche monatliche Vergütung abzüglich jährlicher Bonuszahlungen brutto nach den Wirtschaftsabschnitten und Finanzierungsformen im 1. Quartal 2017, S. 35. (abrufbar unter: <http://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/rynek-pracy/pracujacy-zatrudnieni-wynagrodzenia-koszty-pracy/zatrudnienie-i-wynagrodzenia-w-gospodarce-narodowej-w-i-kwartale-2017-r-1,26.html> <05.10.2017>).

Die beiden vorstehenden Tabellen mögen Beweis dafür liefern, dass die Akquise der besten Mitarbeiter für die Verwaltung mitunter schwierig sein kann. Das ist besonders bei solchen Berufsgruppen der Fall, die für die Fortentwicklung der Verwaltung von besonderer Bedeutung sind.

Siebtens ist zu überlegen, ob das Verwaltungspersonal hinreichend ausgebildet und erfahren ist. Theoretisch soll jede Person, die einen

leitenden Posten bekleidet, über einen Hochschulabschluss verfügen.<sup>80</sup> Probleme bereiten könnte die Gewinnung von Führungspersonal insbesondere dort, wo die erforderliche Qualifikation und Berufserfahrung in der freien Wirtschaft eine höhere finanzielle Wertschätzung erfährt.

Achtens ist zu prüfen, ob ein öffentlicher Rechtsträger (z. B. eine neue Kommunalgesellschaft) nach einer Republizisierung überhaupt rentabel wirtschaften kann. Die kommunalen Gesellschaften werden ihre Dienstleistungen i. d. R. auf dem Gebiet der jeweiligen Gebietskörperschaft erbringen. Nur in Ausnahmefällen kann sich der Tätigkeitsbereich über den gemeindlichen Bereich hinaus erstrecken. Aus diesem Grund könnten sich einige Aufgaben als für die Rückübertragung ungeeignet erweisen.

Bei der Entscheidung für oder gegen Publizierungsprozesse muss man sich bewusst machen, welche Aspekte einer Rückübertragung auf den öffentlichen Sektor entgegenstehen können. Ein Hindernis der Republizisierung könnte das Subsidiaritätsprinzip sein, welches auf Ebene des Verfassungsrechts und der Verwaltungsrechtslehre von der katholischen Soziallehre übernommen worden ist.<sup>81</sup> Nach Meinung von *Ewa Popławska* „kann das Subsidiaritätsprinzip auf zwei Grundpostulate reduziert werden, die sich auf das Verhältnis zwischen Individuum, der Gesellschaft und dem Staat beziehen:

- so viel Freiheit wie möglich; so viel Vergesellschaftung wie nötig,
- so viel Gesellschaft wie möglich; so viel Staat wie nötig<sup>82</sup>.

Besonders interessant ist das letzte Postulat, also „so viel Staat wie nötig“. Zurzeit zeigt sich das Subsidiaritätsprinzip insbesondere bei Bürgerinitiativen. Hierbei handelt es sich um eine Form der Zusammenarbeit der Gebietskörperschaften mit ihren Bürgerinnen und Bürgern zur gemeinsamen Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zugunsten der lokalen Gemeinschaft. Nach Art. 12 Abs. 1 des Gesetzes vom 24. April 2003

---

80 Mit Ausnahme solcher Personen, die Wahlämter bekleiden (z.B. Gemeindevorsteher, Bürgermeister, Oberbürgermeister).

81 Vgl. *Barbara Jaworska-Dębska / Zofia Duniewska / Ryszarda Michalska-Badziak / Ewa Olejniczak-Szałowska*, *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, 2013, S. 177.

82 Vgl. *Ewa Popławska*, *Wpływ zasady subsydiarności na przemiany ustrojowe w Polsce*, in: *Dariusz Milczarek (Hrsg.), Subsidiarność*, Centrum Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego, 1996, S. 148 u. 149, zit. nach *Andrzej Krasnowolski*, *Subsidiarność w prawie i praktyce samorządowej*, Senatskanzlei. Büro für Analysen und Dokumentation, Thematische Bearbeitung, OT-609, 2012, S. 5.

über die gemeinnützige und ehrenamtliche Tätigkeit<sup>83</sup> werden Nicht-regierungsorganisationen oder die im Gesetz genannten Rechtsträger dazu berechtigt, aus eigener Initiative einen Antrag auf Übertragung einer öffentlichen Aufgabe zu stellen, die bisher durch Organe der öffentlichen Verwaltung oder andere von der Gemeinde beauftragte Träger erfüllt wurden. Mehrmals stellte die Übernahme einer kleinen Dorfschule durch einen Verein oder eine Stiftung für sie die Rettung dar.<sup>84</sup> Es muss betont werden, dass diese kleinen Rechtsträger außer der Realisierung einer öffentlichen Aufgabe auch zahlreiche zusätzliche Funktionen wie z. B. die Einbindung der lokalen Bevölkerung erfüllen. In einem solchen Fall wäre die Rückübertragung der Aufgaben an die öffentliche Verwaltung nicht erstrebenswert.

Darüber hinaus werden Republizisierungsvorhaben in manchen Fällen auch der Grundsatz des Wettbewerbsschutzes und die Angst vor einer Monopolisierung des Marktes gegenüberstehen. Vor allem kann die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, die der Entstehung von wettbewerbsfähigen Märkten im Wege steht, eine Gefahr darstellen. Eine solche Monopolbildung könnte den Preis für die erbrachten Dienstleistungen nachteilig beeinflussen. Es ist somit jeweils zu erwägen, ob die Republizisierung einen bisher gut funktionierenden, wettbewerbsorientierten Markt zerstören würde.

Letztendlich kann sich auch das in den letzten Jahren vermehrt zu beobachtende mangelnde Vertrauen der polnischen Bürger in die öffentlichen Institutionen und Politiker zu einem bedeutenden Hemmnis für Republizierungsbestrebungen entwickeln.

## IX. Schlussfolgerungen

Abschließend ist festzuhalten, dass die Suche nach dem Idealbild für das Funktionieren der öffentlichen Verwaltung nie enden wird. Jede Epoche versteht unter dem Begriff „gute Verwaltung“ nämlich etwas anderes.<sup>85</sup> Die Idee der Republizisierung bzw. der Rekommunalisierung stellt kein komplexes Paradigma der Verwaltungslehre dar. Es muss eher als Antwort auf die bisherigen Defizite des NPM-Konzepts angesehen werden.

83 Gesetz v. 24.04.2003 über die gemeinnützige und ehrenamtliche Tätigkeit (einheitliche Fassung GBl. 2016, Pos. 1817 in der zuletzt geänderten Fassung).

84 Zu ähnlichen Phänomenen in Deutschland mit Blick auf Genossenschaften vgl. *Bauer* (Fn. 40), S. 36 ff.; sowie eingehend *Adrian Fuks*, Genossenschaften als Instrument der Wohnraumpolitik, S. 119 ff. in diesem Band.

85 Vgl. *Princ* (Fn. 21), S. 23.

Vor einiger Zeit ist in der Zeitschrift *Harvard Business Review* ein Artikel mit dem provokanten Titel „Bureaucracy must die“ erschienen. Der Artikel führt aus, dass man auf die Bürokratie nicht völlig verzichten müsse, sondern das Beste aus ihr herausholen sollte, insbesondere Schnelligkeit und Genauigkeit.<sup>86</sup> Jedenfalls hängt wohl niemand mehr dem Gedanken an, zum Konzept der öffentlichen Verwaltung zu Beginn des 20. Jahrhunderts zurückzukehren.

Die zu Anfang des Beitrags aufgeworfene Frage, ob die Zeit des Niedergangs des New-Public-Management-Konzepts gekommen ist, ist zu bejahen. Das gilt allerdings nur für das NPM-Konzept in seiner – von der Literatur formulierten – „Reinform“. Sein Ende ist bereits im Jahr 2006 proklamiert worden.<sup>87</sup> Die mit der Funktionsweise des NPM gesammelten Erfahrungen tragen jedoch dazu bei, dass es ebenfalls unmöglich wäre, zu dem Ende des 20. Jahrhunderts etablierten Konzept der öffentlichen Verwaltung zurückzukehren. Ich stimme im Übrigen der Anmerkung von *Sześcidło* zu, dass „die Niederlage der kritiklosen Befürworter des Marktes nicht unbedingt dazu führt, dass sich die Marktmechanismen als eine Methode der Erfüllung öffentlicher Aufgaben disqualifiziert haben“<sup>88</sup>. In jedem Fall muss man mit großer Umsicht prüfen, welches Modell – das öffentliche oder private – sich am umfassendsten und besten für die Realisierung der öffentlichen Aufgaben eignen wird. Wenn man also vom Niedergang des NPM-Konzepts spricht, dann nur in seiner extremen Form. Daher passt zur Beschreibung der derzeitigen Situation besser die Parole „NPM – non omnis moriar“.

Mit Blick auf die Situation in Polen scheint die dortige öffentliche Verwaltung möglicherweise für eine Republizisierung nicht völlig bereit zu sein. Die Republizisierung öffentlicher Aufgaben setzt voraus, dass die Verwaltung hierfür reif genug ist. Sie bedarf nämlich standardisierter Prozesse, Entpolitisierung sowie Anwerbung und Erhaltung erfahrenen Personals bei den öffentlichen Stellen. Hindernisse diesbezüglich können in Polen mangelndes Vertrauen in die öffentlichen Institutionen und Personalprobleme sein. Republizierungsprozesse können jedoch von der Realität erzwungen werden, z. B. wenn die Berechnungen der Verwaltung ergeben, dass der vom privaten Anbieter vorgeschlagene

---

86 Vgl. *Gary Hamel*, *Bureaucracy must die*, *Harvard Business Review*, Artikel v. 04.11.2014, <https://hbr.org/2014/11/bureaucracy-must-die> <04.10.2017>.

87 Vgl. *Patrick Dunleavy/Helen Margetts/Simon Bastow/Jane Tinkler*, *New Public Management Is Dead – Long Live Digital-Era Governance*, *Journal of Public Administration Research and Theory* 2006, Vol. 16, Iss. 3, S. 467 ff.

88 Vgl. *Sześcidło* (Fn. 38), S.15.

Preis viel höher ist als der ermittelte angemessene Marktpreis. In einem solchen Fall wäre es sinnvoll, wenn der Mut und der „Geist der Wirtschaftlichkeit“, die von einem einfordern, das öffentliche Gut wie das eigene zu verwalten, sich durchsetzen würden.

Der Autor *Dr. Marcin Princ* ist Wissenschaftlicher Assistent an der Katedra Prawa Administracyjnego i Nauki o Administracji (Lehrstuhl für Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften) an der Uniwersytet im. Adama Mickiewicza (Adam-Mickiewicz-Universität) Poznań.

# Publizisierung oder Privatisierung öffentlicher Aufgaben am Beispiel der Flughäfen

*Lucyna Staniszevska / Sławomir Pawłowski / Maria Jędrzejczak*

## I. Einführung

Im vorliegenden Beitrag soll der Frage nachgegangen werden, ob der Flughafenbau und -betrieb als öffentliche Aufgabe in die Hände öffentlicher oder privater Träger gelegt werden sollte. Um diese Frage beantworten zu können, müssen jedoch zunächst der Privatisierungsprozess dieser Aufgabe und ihr Umfang erörtert werden.

Dem Staat obliegt die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, deren Hauptziel darin liegt, für die Staatsbürger möglichst optimale Lebensverhältnisse zu schaffen. Hierzu gehört auch die Bereitstellung technischer Infrastruktur, also der Straßen- und Autobahnbau sowie die Errichtung anderer öffentlicher Einrichtungen wie bspw. Zivilflughäfen. Die Regelung in Art. 6 des Gesetzes über die Immobilienwirtschaft vom 21. August 1997 (im Folgenden G. ü. IW.) beinhaltet eine Auflistung der Infrastrukturprojekte, die im öffentlichen Interesse liegen.<sup>1</sup> Aufgelistet sind hier die Grundstückseinteilung für das Flughafengelände, die Flughafeninfrastruktur und die Serviceeinrichtungen zur Sicherstellung des Flugverkehrs samt den Landeanfluggebieten. Außerdem umfasst sie den Bau sowie die Instandhaltung der Flughäfen und der Flughafeninfrastruktur. Neben den 15 Zivilflughäfen existieren in Polen auch Militärflugplätze sowie Lande- und Autobahnlandeplätze.

Der Staat kann die oben erwähnten öffentlichen Aufgaben entweder selbständig durch Verwaltungsorgane oder mithilfe fremder Akteure erfüllen. Durch Hoheitsakt können Selbstverwaltungsorgane aller Art gebildet werden, die den Staatsaufgaben im eigenen Namen und auf eigene Rechnung nachgehen.<sup>2</sup> Darüber hinaus kann der Staat seine Aufgaben auch an nicht-öffentliche Akteure oder natürliche Personen

---

1 GBl. 2004, Nr. 261, Pos. 2603 in der zuletzt geänderten Fassung.

2 Vgl. Zbigniew Leoński, *Zarys prawa administracyjnego*, 2004, S. 77.

übertragen oder Gebietskörperschaften dazu ermächtigen, die zu erfüllenden Aufgaben an sie zu delegieren.

Strukturelle Veränderungen haben in Polen dazu geführt, dass öffentliche und nicht-öffentliche Verwaltungsorgane nebeneinander existieren und dazu gezwungen sind, die öffentlichen Aufgaben gemeinsam zu erfüllen. Diese Zusammenarbeit nimmt verschiedene Formen an. Möglich sind die Übertragung öffentlicher Aufgaben an nicht-öffentliche Akteure oder deren Ermächtigung zur Erfüllung dieser Aufgaben. Hinzu tritt die Möglichkeit der Kapitalprivatisierung sowie der Privatisierung, die auf der Überlassung öffentlicher Aufgaben und Funktionen an nicht-öffentliche Akteure beruht. Obwohl die öffentlichen Aufgaben in private Hände gelegt werden, bleiben sie immer noch in der Verantwortung des Staates und der territorialen Selbstverwaltung, so dass deren Organe für die Erfüllung dieser Aufgaben verantwortlich sind. Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben gehört nämlich zu den Pflichten der staatlichen Behörden und nicht zu ihren Rechten. Für die Gesamtheit der Bürger, für die die Dienstleistungen erbracht werden, ist die Übernahme solcher Aufgaben durch private Akteure bisweilen ungünstig.<sup>3</sup>

Die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf nicht-öffentliche Akteure führt zur Veränderung ihrer Bestimmung und zur Kommerzialisierung. Dies hat einen negativen Einfluss auf die Rechtslage für Verbraucher, da es den Umfang des Rechtsschutzes für sie verringert. Kommerzielle Dienstleistungen unterliegen nämlich den zivilrechtlichen Regelungen, welche auf die Schaffung einer wirtschaftlichen Geschäftsführung gerichtet sind sowie eine große Handlungsfreiheit und Flexibilität ermöglichen. Keinesfalls privilegieren sie den Empfänger der Dienstleistung. Oftmals dient die Privatisierung der Gewinnmaximierung des Privatunternehmers, was indirekt zu einer Beschränkung der Erfüllung der Gemeinschaftsbedürfnisse führt.<sup>4</sup> Die Argumente für die Privatisierung öffentlicher Aufgaben überzeugen dabei immer seltener. Die Aufgabenerfüllung durch private Akteure ist oft kostspieliger und ihre Qualität nicht immer besser als die der öffentlichen Verwaltung.

Die Flughäfen werden in der Regel von Gesellschaften mit Staatsbeteiligung und im Rahmen der territorialen Selbstverwaltung aufgebaut

---

3 Vgl. *Małgorzata Stahl*, Cele publiczne i zadania publiczne, in: Jan Zimmermann (Hrsg.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, 2007, S. 100.

4 Vgl. *Ernest Knosala*, Zadania publiczne, formy organizacyjnoprawne ich wykonywania i nowe pojęcia – zakres niektórych problemów do dyskusji nad koncepcją systemu prawa administracyjnego, in: Jan Zimmermann (Hrsg.), *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, 2007, S. 123.

und betrieben. Die Gebietskörperschaften müssen oftmals nach Lösungen suchen und sich um eine Zusammenarbeit bemühen, um den Flughafen vor einer finanziellen Krise zu bewahren. Eine Lösungsmöglichkeit besteht darin, die Gesellschaftsanteile zu verkaufen oder die öffentliche Aufgabe im Rahmen einer Öffentlich-Privaten Partnerschaft anzugehen. Dabei handelt es sich jedoch um eine langfristige Aufgabe, da ein Flughafen über viele Jahre gefördert werden muss, um wirtschaftlich zu florieren.

Das Problem der öffentlichen Aufgabenerfüllung im Rahmen des Flughafenbaus und -betriebs ist von großer Bedeutung, weil der Zugang zum Flugverkehr einen wichtigen Faktor für die wirtschaftliche Entwicklung und Konkurrenzfähigkeit der Region bildet. Außerdem trägt die Entwicklung des Flugverkehrs zum sozialen Zusammenhalt bei, da er die weit entfernten Regionen Europas verbindet. Das Problem der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch nicht-öffentliche Träger steht schon lange im Fokus von Verwaltungsrechtlern und bedarf daher insbesondere bezüglich der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, die mit Flughäfen verbunden sind, einer eingehenden Analyse. Dabei ist zu betonen, dass dieses Problem auch in Deutschland thematisiert wurde. In der dortigen Diskussion wird auf die Tatsache hingewiesen, dass Wissenschaft und Praxis keine ausreichende Erklärung für die Frage bieten, welche Unterschiede und Zusammenhänge zwischen dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht bestehen. Dies tritt erschwerend zur Analyse der Rechtmäßigkeit des Privatisierungsprozesses hinzu.<sup>5</sup>

## II. Privatisierung von Flughäfen

Bei der Privatisierung öffentlicher Aufgaben, die mit dem Betrieb von Flughäfen verbunden sind, handelt es sich immer noch um ein aktuelles Thema. Die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union weisen eine starke Privatisierungstendenz im Flughafensektor auf. Diesen Trend zeigt eine von Airports Council International (ACI) Europe durchgeführte Studie<sup>6</sup>: Laut dem neuesten Bericht von ACI Europe, der die Mehrheit der europäischen Flughäfen umfasst, waren im Jahre 2016 15,8 Prozent der Flughäfen privatisiert und 25,2 Prozent hatten eine gemischtwirtschaftliche Betriebsstruktur. Daraus ergibt sich, dass insgesamt 41 Prozent der

<sup>5</sup> Vgl. *Oskar Tschira/Walter Schmitt Glaeser*, Verwaltungsprozessrecht, 1985, S. 20 ff.

<sup>6</sup> Das Airports Council International Europe mit Sitz in Brüssel wurde 1991 gegründet. Der Verband vertritt über 500 Flughäfen in 45 europäischen Ländern, vgl. <https://www.aci-europe.org/<18.07.2017>>.

europäischen Flughäfen mindestens zum Teil privat betrieben werden und dabei sogar 75 Prozent des gesamten Flugverkehrs in Europa abdecken. Im Jahre 2010, also sechs Jahre zuvor, wurden nur 22 Prozent aller Flughäfen durch private Anteilseigner finanziert (9 Prozent der Flughäfen waren vollständig privat und 13 Prozent hatten eine gemischtwirtschaftliche Betriebsstruktur).<sup>7</sup>

Diese Tendenz zeigt, dass die Privatisierung im Flughafensektor einen Aufschwung erlebt. *Olivier Jankovec*, der Generaldirektor von ACI Europe, stellte fest, dass es nur eine Frage der Zeit sei, bis rein staatlich betriebene Flughäfen zu einer Minderheit würden.<sup>8</sup> ACI Europe betont dabei, dass sich diese starke Privatisierungstendenz auch weiterhin im Flughafensektor halte. In diesem Jahr werden voraussichtlich weitere Flughäfen dauerhaft oder aufgrund einer langjährigen Konzession privatisiert. Dazu gehören u. a. Lithuanian Airports (betreibt die Flughäfen in Vilnius, Kaunas und Palanga), die Flughäfen in Nizza und Lyon und eine Gruppe von 14 griechischen Regionalflughäfen.

In Polen ist der Privatisierungstrend im Flughafensektor erst in der Entwicklungsphase. Von allen 15 Flughäfen werden nur drei durch eine Teilprivatisierung gefördert – der internationale Flughafen Katowice (Katowice Airport), der Ignacy-Jan-Paderewski-Flughafen Bydgoszcz und der Flughafen Olsztyn-Mazury (nur beim letzten überwiegt der Anteil des Privatkapitals).

Die folgende Tabelle stellt die Eigentümerstruktur der polnischen Flughäfen dar. Sie wurden der Reihe nach je nach Anzahl der von ihnen betreuten Fluggäste und der Anzahl aller Flughafendienstleistungen im regionalen und internationalen Flugverkehr in den Jahren 2014–2016 aufgelistet.<sup>9</sup> Alle Flughäfen mit Privatkapitalanteilen wurden dabei grau markiert.

---

7 ACI Europe, *The Ownership of Europe's Airports 2016*, S. 3, abrufbar unter: <https://www.aci-europe.org/component/downloads/downloads/5095.html> <18.07.2017>.

8 Vorwort zum Bericht von ACI Europe (Fn. 7), S. 3.

9 Daten zur Fluggästepanzahl und Anzahl aller Flughafendienstleistungen sind auf der Webseite von Urząd Lotnictwa Cywilnego (poln. Zivilluftfahrtamt) zu finden, abrufbar unter: [http://www.ulc.gov.pl/\\_download/regulacja\\_ryнку/statystyki/IV\\_kw\\_2016/wg\\_portow\\_lotniczych-Q42016.pdf](http://www.ulc.gov.pl/_download/regulacja_ryнку/statystyki/IV_kw_2016/wg_portow_lotniczych-Q42016.pdf) <18.07.2017>.

Tabelle Nr. 1

Name des Flughafens	IATA-Codes	Eigentümerstruktur	Anteilseigner
Chopin-Flughafen Warschau	WAW	staatlich	100% Staatsunternehmen „Porty Lotnicze“
Flughafen Johannes Paul II. Kraków-Balice	KRK	staatlich	77,02% Staatsunternehmen „Porty Lotnicze“ 22,97% Woiwodschaft Kleipolen
Lech-Wałęsa-Flughafen Gdańsk	GDN	staatlich	99,99% Woiwodschaft Pommern 0,002% Stadt Gdańsk 0,001% Staatsunternehmen „Porty Lotnicze“
Internationaler Flughafen Katowice in Pyrzowice (Katowice Airport)	KTW	vorwiegend staatlich	42,49% „Węglokoks“ S.A. 34,88% Woiwodschaft Schlesien 17,30% Staatsunternehmen „Porty Lotnicze“ 4,89% Stadt Katowice 0,44% übrige Anteilseigner inklusive Privat-subjekte
Flughafen Warschau-Modlin	WMI	staatlich	36,16% Agencja Mienia Wojskowego (Agentur für Militärvermögen) 31,92% Staatsunternehmen „Porty Lotnicze“ 31,90% Woiwodschaft Masowien
Nikolaus-Kopernikus-Flughafen Wrocław	WRO	staatlich	49,25% Stadt Wrocław 31,01% Woiwodschaft Niederschlesien 19,74% Staatsunternehmen „Porty Lotnicze“
Henryk-Wieniawski-Flughafen Poznań-Ławica	POZ	staatlich	38,99% Staatsunternehmen „Porty Lotnicze“ 36,99% Stadt Poznań 24,01% Woiwodschaft Großpolen
Flughafen Rzeszów-Jasionka	RZE	staatlich	54,35% Woiwodschaft Karpatenvorland 45,64% Staatsunternehmen „Porty Lotnicze“
NSZZ-Solidarność-Flughafen Szczecin-Goleniów	SZZ	staatlich	47,52% Staatsunternehmen „Porty Lotnicze“ 35,25% Stadt Szczecin 17,22% Woiwodschaft Westpommern
Flughafen Lublin	LUZ	staatlich	58,41% Stadt Lublin 36,19% Woiwodschaft Lublin 5,38% Stadt Świdnik 0,009% Landkreis Świdnik
Ignacy-Jan-Paderewski-Flughafen Bydgoszcz	BZG	vorwiegend staatlich	71,01% Woiwodschaft Kujawien-Pommern 22,78% Stadt Bydgoszcz 5,31% Staatsunternehmen „Porty Lotnicze“ 0,9% übrige Anteilseigner inklusive Privat-subjekte
Władysław-Reymont-Flughafen Łódź	LCJ	staatlich	95,62% Stadt Łódź 4,37% Woiwodschaft Łódź 0,0012% der Verband Aeroklub Polski 0,0012% der Verband Aeroklub Łódzki

Name des Flughafens	IATA-Codes	Eigentümerstruktur	Anteilseigner
Flughafen Olsztyn-Mazury	SZY	vorwiegend privat	70,26% „European Business Partners“ Sp. z o.o. 15,15% „Energopol-Warszawa“ S.A. 14,58% Staatsunternehmen „Porty Lotnicze“
Flughafen Radom-Sadków	RDO	staatlich	100% Stadt Radom
Flughafen Zielona Góra-Babimost	IEG	staatlich	100% Woiwodschaft Lubuskie

*Eigene Darstellung auf Grund von Daten aus dem polnischen Handelsgerichtsregister und dem Mitteilungsblatt für amtliche Bekanntmachungen.*

Die erste Privatisierung eines polnischen Flughafens fand erst im Jahr 2008 statt. Das österreichische Unternehmen „Airports International“ kaufte 49 Prozent der Anteile an dem Flughafen in Bydgoszcz (Ignacy-Jan-Paderewski-Flughafen Bydgoszcz). 2009 lehnte der Anleger aus finanziellen Gründen weitere Investitionen ab. Seine Anteile wurden von den Behörden der Woiwodschaft Kujawien-Pommern aufgekauft.<sup>10</sup> Gegenwärtig beträgt der Anteil des Privatkapitals am Flughafen von Bydgoszcz laut Angaben aus der Tabelle Nr. 1 weniger als 1 Prozent. Eine ähnliche Finanzierungsstruktur weist der internationale Flughafen Katowice in Pyrzowice (Katowice Airport) auf. Dort beträgt der Privatkapitalanteil auch weniger als 1 Prozent (die Aktiengesellschaft „Weglokoks“ S.A., die über 40 Prozent der Anteile am Flughafen besitzt, ist eine Einpersonengesellschaft der öffentlichen Hand<sup>11</sup>).

Ein weiterer polnischer Flughafen, der teilprivatisiert wurde, ist der Flughafen Szczytno-Szymany (heutzutage trägt er den Namen „Flughafen Olsztyn-Mazury“). Im Jahr 2008 wurden 61,03 Prozent der Aktien an die private Gesellschaft European Business Partners verkauft. Diese Gesellschaft besitzt aktuell über 70 Prozent der Flughafenanteile. Dabei handelt es sich um das einzige Beispiel einer gelungenen Privatisierung eines Flughafens in Polen. Der Privatkapitalanteil an anderen privatisierten Flughäfen Polens (Flughäfen in Bydgoszcz und Katowice) beträgt weniger als 1 Prozent. Demzufolge verhindert die beschriebene Situation eine positive Beurteilung der Effektivität von Flughafenprivatisierungen in Polen.

10 Vgl. *Wojciech Augustyniak*, *Procesy prywatyzacji oraz komercjalizacji portów lotniczych*, in: Marek Rekowski (Hrsg.), *Regionalne porty lotnicze w Polsce – charakterystyka i tendencje rozwojowe*, 2011, S. 70.

11 Vgl. <https://weglokoks.com.pl/pl/nasza-firma/bip> <19.07.2017>.

Die Entscheidung, wie ein bestimmter Flughafen betrieben werden sollte, ist immer politisch und vorwiegend von der Haushaltslage des Staates abhängig. Im Zusammenhang mit den Flughäfen, die oft als nationales oder regionales Eigentum betrachtet werden, d. h. zu Vermögensgegenständen von strategischer Bedeutung zählen, wird die Privatisierung zu einem besonders heiklen Thema, das auch zu politischen Diskussionen führt. Es lässt sich nicht leugnen, dass die privat betriebenen Flughäfen normalerweise effektiver sind und bessere wirtschaftliche Ergebnisse erzielen.<sup>12</sup> Die Praxis zeigt aber, dass Flughäfen nicht unbedingt privatisiert werden müssen, um dieses Ziel zu erreichen. Sie können nämlich auch korporatisiert werden, d. h. zwar in staatliche, aber immer noch kommerzielle Gesellschaften umgewandelt werden.

Die Privatisierung wird als ein Prozess verstanden, der auf der ganzen oder teilweisen Übertragung öffentlicher Funktionen und Pflichten auf den Privatsektor beruht. Im weiteren Sinne betrifft die Privatisierung auch den Verkauf oder die Verpachtung des Staatsvermögens.<sup>13</sup> Der Begriff der Privatisierung ist im Zusammenhang mit den Flughäfen auch mit einer temporären Gebrauchsüberlassung der Luftfahrtinfrastruktur und der kommerziellen Infrastruktur an die Privatunternehmen verbunden, etwa um Finanzierungsmittel für weitere Investitionen in die Verbesserung der Flughafenkapazitäten zu erwerben.

Die Antriebskraft für die Privatisierung von Flughäfen bestand anfänglich darin, dass der Staat sich dadurch der Finanzierungslast durch das Betreiben von Flughäfen und der nötigen Investitionen in die Flughafeninfrastruktur, d. h. in den Flughafenausbau und in die Sicherheitskontrolle, entledigen konnte.<sup>14</sup> Die Flughäfen mussten dauerhaft mit anderen öffentlichen Bereichen, u. a. mit dem Gesundheitswesen oder der nationalen Verteidigung um Finanzierungsmittel kämpfen. Die wachsenden Ausgaben für den Betrieb von Flughäfen haben die Regierungen vieler Länder dazu veranlasst, den Flughafensektor durch Privatgesellschaften betreiben zu lassen, die nicht öffentliche, sondern kommerzielle Ziele anstreben.

Die Ursachen für Flughafenprivatisierung sind unterschiedlich. *Freathy* betont, dass die privatrechtlichen Gesellschaften effektiver nach Finanzierungsquellen für Investitionen suchen und stärker

12 Vgl. *Asheesh Advani*, Passenger-Friendly Airports: Another Reason for Airport Privatization, Reason Public Policy Institute, Policy Study 1999, Nr. 254, S. 1 f.

13 Vgl. *Seth B. Young/Alexander T. Wells*, Airport Planning & Management, 2004, S. 32.

14 Vgl. *Peter Forsyth/David W. Gillen/Andreas Knorr/Otto G. Mayer/Hans-Martin Niemeier/David Starkie*, The Economic Regulation of Airports. Recent Developments in Australasia, North America and Europe, 2004, S. 83.

gewinnorientiert sind, was ihre Motivation zur effektiven Kostenverwaltung und Suche nach neuen Einkommensquellen auch in anderen Bereichen (Parkplätze, Geschäfte, Hotels oder sogar Verkauf von Luftfahrtbetriebsstoffen) steigert.<sup>15</sup> In privaten Händen verringert sich auch das Risiko der Bildung von sog. „weißen Elefanten“, d. h. großen, mustergültigen Einrichtungen ohne jeglichen wirtschaftlichen Anlass, deren Baukosten oft die erwarteten Einkünfte durch ihre Benutzung übersteigen.<sup>16</sup> Neben der Orientierung an wirtschaftlicher Effektivität berücksichtigen private Flughafenbetreiber intensiver die Sicherstellung der Kundenzufriedenheit durch Qualität. Die Studien zur Verbraucherzufriedenheit haben gezeigt, dass die teil- oder vollprivatisierten Flughäfen viel besser beurteilt werden als die staatlichen Flughäfen.<sup>17</sup>

Aus diesen Gründen haben die Regierungen vieler EU-Länder beschlossen, die Flughäfen privatisieren zu lassen, was die Forschungsergebnisse von ACI Europe beweisen. Laut Angaben der Studie lassen die EU-Länder ihre Flughäfen öfter privatisieren als die Staaten außerhalb der Europäischen Union. Im Jahre 2010 betrug der Anteil der zumindest teilprivatisierten Flughäfen in den EU-Ländern 23 Prozent und außerhalb der EU 18 Prozent. Bis 2016 ist der Indikator in der EU auf 46,8 Prozent gestiegen, während er in anderen europäischen Ländern nur auf 26,9 Prozent gestiegen ist. Dies bedeutet, dass der Indikator der Flughafenprivatisierung in den EU-Ländern innerhalb von sechs Jahren um 24 Prozent gestiegen ist und in anderen nur um knapp 9 Prozent.<sup>18</sup>

Die Privatisierungsprozesse der Flughäfen in Europa haben in den 80er Jahren des 20. Jahrhunderts in Großbritannien begonnen.<sup>19</sup> 1986 wurde ein Dokument mit dem Titel „Airport Act“ erstellt, das eine völlige Privatisierung der Luftfahrtinfrastruktur ermöglichte. Ein Jahr später kündigte die britische Regierung an, dass die Staatsagentur British Airports Authority (BAA), welche die sieben größten Flughäfen in Großbritannien in Besitz hatte und betrieb, verkauft werden solle. Im Jahre 2006 wurde die BAA von der spanischen Gesellschaft Ferrovial aufgekauft, einem weltweit führenden Privatanleger, der in die Verkehrsinfrastruktur investiert.<sup>20</sup> Im Jahre 2009 verkaufte das Unternehmen

15 Vgl. *Paul Freathy*, The commercialization of European airports: succesfull strategies in a decade of turbulence?, *Journal of Air Transport Management* 2004, Bd. 10, Nr. 3, S. 191 ff.

16 Vgl. *Robert W. Poole, Jr.*, *Guidelines for Airport Privatization*, 1994, Nr. 13, S. 8f.

17 Vgl. *Advani* (Fn. 12), *Policy Study* 1999, Nr. 254, S. 1 f.

18 ACI Europe (Fn. 7), S. 4.

19 *Hans-Arthur Vogel*, *Airport Privatisation and Performance*, 2004, abrufbar unter: <http://westminsterresearch.wmin.ac.uk/8582/1/Vogel.pdf> <19.07.2017>.

20 Zu den Hauptvermögensgegenständen von Ferrovial gehören jetzt u. a. die kanadische Autobahn 407 ETR und der Londoner Flughafen Heathrow. Mehr Informationen unter:

die Flughäfen Gatwick und Stansted und in den folgenden Jahren alle weiteren Flughäfen bis auf den Flughafen Heathrow. Seit 2012 wurde die BAA durch den Namen „Heathrow Airport Holdings“ ersetzt, um den geänderten Tätigkeitsbereich in ihrem Titel abzubilden. Die Privatisierung der BAA hat die Privatisierungsprozesse anderer Flughäfen in Gang gesetzt, wie in London-City, Liverpool, Cardiff, Sheffield, East-Midlands, Bournemouth sowie Wien, Athen, Kopenhagen, Neapel, Rom, Turin, Stockholm und Zürich.<sup>21</sup>

Die Privatisierungsprozesse können auch anlassbezogen anlaufen, so wie es in Deutschland der Fall war. Dort begann der Privatisierungsprozess infolge eines Brands, der im Jahre 1996 einen großen Teil der Flughafeninfrastruktur des Düsseldorfer Flughafens zerstört hat. Die lokalen Behörden trafen mangels öffentlichen Finanzierungsmitteln die Entscheidung, 50 Prozent der Anteile an das Privatkonsortium Hochtief Airport GmbH und Aer Rianta International zu verkaufen, um den Flughafen wiederaufzubauen. Diese Maßnahme wurde getroffen, damit das Terminal B so schnell wie möglich wiederaufgebaut und geöffnet werden konnte. Im Jahre 2000 hat dasselbe Konsortium 36 Prozent der Flughafenanteile des Flughafens in Hamburg gekauft und in den folgenden Jahren sein Kapital auf 49 Prozent angehoben. Im folgenden Jahr wurde auch der Frankfurter Flughafen teilprivatisiert. Im Jahre 2002 wurde mit dem Flughafen Hannover ein weiterer Flughafen teilprivatisiert, bei dem 30 Prozent der Anteile an den Flughafenbetreiber aus Frankfurt, die Fraport AG, verkauft wurden.<sup>22</sup>

Im polnischen Recht ist eine strenge Kontrolle der Staatsverwaltung hinsichtlich des Erwerbs von Anteilen oder Aktien aller Gesellschaften, die die Flughäfen gründen oder betreiben (Art. 64 und 64a des Gesetzes des polnischen Luftfahrtgesetzes vom 3. Juli 2002<sup>23</sup>) verankert. Neben ihrer großen strategischen Bedeutung in Polen und der EU liegt das auch an der wichtigen Rolle, die Flughäfen für die Landesverteidigung spielen.<sup>24</sup> Diese Kontrolle wird durch den zuständigen Transportminister durchgeführt. Den Kern der Kontrolle bildet die Ministerbefugnis, gegen den Verkauf der Anteile oder Aktien Widerspruch zu erheben, wenn er dazu führt, dass in der Gesellschafterversammlung oder

---

[www.ferrovial.com](http://www.ferrovial.com) <18.07.2017>.

21 Vgl. *Wojciech Augustyniak*, *Efektywność polskich regionalnych portów lotniczych*, 2012, abrufbar unter: [www.wbc.poznan.pl/Content/233243/Augustyniak\\_Wojciech\\_Efektywnosc.pdf](http://www.wbc.poznan.pl/Content/233243/Augustyniak_Wojciech_Efektywnosc.pdf) <18.07.2017>.

22 Vgl. *Augustyniak* (Fn. 10), S. 33 ff.

23 Vgl. *Krystyna Marut*, in: Marek Żylicz (Hrsg.), *Prawo lotnicze. Komentarz*, 2016, LEX/el Nr. 496007.

24 Vgl. GBl. 2017, Pos. 959 in der zuletzt geänderten Fassung (im Folgenden G.ü.IW. genannt).

Generalversammlung der Flughafengesellschaft entsprechend 25 Prozent, 33 Prozent oder 49 Prozent der gesamten Stimmenanzahl erreicht oder übertroffen werden. Bei einem solchen Widerspruch muss der Minister eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung feststellen. Diese Begriffe sind allerdings unbestimmt, so dass die Entscheidungsfreiheit des Ministers in diesem Bereich unbeschränkt bleibt.

### III. Der Anwendungsbereich des Luftfahrtgesetzes hinsichtlich der Berechtigung zur Gründung von Verkehrsflughäfen

Im Rahmen der Erörterungen über die Privatisierung und Publizisierung öffentlicher Aufgaben im Flughafenwesen ist auch auf die polnischen Rechtsvorschriften einzugehen, die bestimmen, welche Rechtsträger Eigentümer von Flughäfen sein können und nach welchen Regeln sich dies vollzieht. Die Angaben des im polnischen Luftfahrtgesetz bestimmten persönlichen Anwendungsbereiches stellen eine Grundlage für weitere Erörterungen dar.

Gemäß Art. 54 Abs. 1 des polnischen Luftfahrtgesetzes ist im Hinblick auf den Zugang für die Nutzer zwischen Verkehrs- und Sonderflughäfen zu unterscheiden. Verkehrsflughäfen stehen zu den vom Flughafenbetreiber festgelegten und öffentlich verkündeten Terminen und Uhrzeiten allen Luftfahrzeugen offen. Hierbei werden die Flughäfen nach ihrer Bedeutung für die Infrastrukturpolitik des jeweiligen Staates in örtliche (in einer Gemeinde oder einem Landkreis liegende) sowie überörtliche (regionale und nationale) Flughäfen aufgeteilt.

Vor Baubeginn muss eine Genehmigung in Form eines verwaltungsrechtlichen Bescheids eingeholt werden. Die Genehmigung zum Bau und Betrieb eines Verkehrsflughafens wird auf Antrag des Betroffenen durch den Präsidenten des Amtes für Zivilluftfahrt erteilt und kann folgenden Rechtsträgern gewährt werden:

- Trägern der öffentlichen Verwaltung in der Republik Polen;
- staatlichen oder kommunalen Organisationseinheiten;
- einer Kapitalgesellschaft mit Sitz in der Republik Polen oder in einem anderen Mitgliedsstaat der EU, der Schweiz oder einem Mitgliedsstaat der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) – also einer Partei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, dessen Vorstandsmitglieder der polnischen Sprache mächtig sein müssen. Dies ist durch die Abgabe einer

entsprechenden Erklärung zu belegen. Bei Falschangabe drohen strafrechtliche Sanktionen;

- einem Verein oder Rechtsträger, bei dem das Vereinsrecht<sup>25</sup> vom 7. April 1988 Anwendung findet, dessen Geschäftsgegenstand das Flugwesen ist und welcher nach polnischem Recht gegründet wurde;
- einer natürlichen Person, die ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort in der Republik Polen oder einem anderen EU-Mitgliedsstaat, der Schweiz oder einem Mitgliedsstaat der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) hat. Diejenigen, die keine polnischen Staatsbürger sind, müssen der polnischen Sprache mächtig sein bzw. zumindest eine vertretungsberechtigte Person einstellen, die der polnischen Sprache mächtig ist. Dies ist durch die Abgabe einer entsprechenden Erklärung zu belegen. Bei Falschangabe drohen ebenfalls strafrechtliche Sanktionen.<sup>26</sup>

Aus der oben angegebenen Auflistung geht hervor, dass die Genehmigung zum Bau und Betrieb eines Verkehrsflughafens durch einen öffentlich-rechtlichen Rechtsträger, einen privatrechtlichen Rechtsträger und durch eine natürliche Person eingeholt werden kann.

Die Frage nach den Rechtsträgern, die zum Bau der Verkehrsflughäfen berechtigt sind, ist auch mit der polnischen *lex specialis* für infrastrukturelle Investitionen verbunden, nämlich dem Gesetz über Sondergrundsätze für die Vorbereitung und Durchführung von Investitionen im Bereich der Verkehrsflughäfen vom 12. Februar 2009<sup>27</sup>. In der ursprünglichen Fassung bestimmte Art. 21 des Gesetzentwurfs vom 17. September 2008, dass die Enteignung der notwendigen Grundstücke an dem Tag erfolgt, an dem der Beschluss über die Erteilung der Genehmigung zum Bau und zum Betrieb des jeweiligen Verkehrsflughafens rechtskräftig wird. Nach dem Entwurf lassen sich zwei Arten von möglichen Rechtsträgern für den Flughafenbau und -betrieb unterscheiden:

- Private Rechtsträger
- Öffentliche Rechtsträger, also der Fiskus bzw. eine Gebietskörperschaft, wenn diese den Flughafen selbst bauen (Art. 55 Abs. 2 Nr. 1 und 2 des polnischen Luftfahrtgesetzes) bzw. Handelsgesellschaften (Art. 55 Abs. 2 Nr. 3 des Gesetzes), soweit ihre Anteile vollständig vom Fiskus oder einer Gebietskörperschaft gehalten werden.<sup>28</sup>

25 GBl. 2017, Pos. 210.

26 Art. 55 Abs. 2 des poln. Luftfahrtgesetzes.

27 GBl. 2017, Pos. 1122.

28 Druck 1148 vom Sejm (Parlament) der Republik Polen, 6. Amtszeit.

Aus Art. 55 Abs. 2 des polnischen Luftfahrtgesetzes geht also hervor, dass derjenige, der einen Flughafen bauen will, nicht ausschließlich ein öffentlicher Rechtsträger sein muss. Das bedeutet, dass die Überweisung auch zugunsten Dritter, womit privatrechtliche Rechtsträger gemeint sind, hätte erfolgen können.

Eine solche Form der Enteignung war dem polnischen Rechtssystem bisher fremd, umso mehr, als die Enteignung durch Entziehung eines Rechts gemäß Art. 113 Abs. 1 des polnischen Gesetzes über die Immobilienwirtschaft ausschließlich zugunsten des Fiskus oder einer kommunalen Gebietskörperschaft erfolgen konnte. In der polnischen Rechtslehre wird zum Teil die Meinung vertreten, dass die Entziehung des Eigentumsrechts zu Gunsten eines nicht-öffentlichen Rechtsträgers vom Enteignungstatbestand nicht umfasst werde.<sup>29</sup> Ein solcher Vorschlag wurde auch durch das polnische Büro für Sejm-Analysen (BAS) missbilligt. In dem Gutachten vom 13. November 2008<sup>30</sup> stellte es fest, dass die Vorschrift des Gesetzentwurfs, nach der der Eigentumserwerb von natürlichen Personen oder privatrechtlichen Gesellschaften an der Immobilie kraft Gesetzes zum Flughafenbau möglich wäre, mit Art. 21 Abs. 2 der polnischen Verfassung unvereinbar sei. Eine ähnliche Position vertrat auch der polnische Verfassungsgerichtshof, der in seinem Urteil vom 21. Mai 2000 feststellte: „Gem. Art. 21 Abs. 2 der Verfassung gehört die Institution der Enteignung zum Bereich des öffentlichen Rechts und umfasst vor allem eine Zwangsentziehung des Eigentums zugunsten des Fiskus oder eines anderen Rechtsträgers der öffentlichen Hand. Somit sollten verschiedene Regelungen aus dem Bereich des öffentlichen Rechts, die den Eigentumsübergang an eine andere Person bzw. Personen entgegen dem Willen des Berechtigten bestimmen, in Anbetracht der verfassungsmäßigen Regelung der Enteignung nicht herangezogen werden“<sup>31</sup>. Der angesprochene Art. 21 des Gesetzentwurfs wurde letztendlich wegen der vorgebrachten Einwände abgeändert, wobei die vorgetragenen Bedenken mitberücksichtigt wurden.

29 Vgl. *Leszek Garlicki*, in: *Leszek Garlicki u.a. (Hrsg.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, 2005, Art. 21, S. 13.

30 Vgl. *Ewelina Gierach*, *Opinia prawna z dnia 5 listopada 2008 r. w sprawie zgodności z konstytucją i spójności z obowiązującymi przepisami ustaw poselskiego projektu ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie lotnisk użytku publicznego* (Druck Nr. 1148), AZ BAS-WAL-3125/08; *Ewelina Gierach*, *Opinia prawna z dnia 13 listopada 2008 r. dotycząca analizy niezgodności rozwiązań dotyczących wyłączenia zawartych w projekcie ustawy o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie lotnisk użytku publicznego* (Druck Nr. 1148), AZ BAS-WAL-3205/08, abrufbar unter: <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk6.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=1148> <18.07.2017>.

31 *Polnischer Verfassungsgerichtshof*, Urt. v. 29. Mai 2001, K 5/01, OTK ZU 2001, Nr. 4, Pos. 87.

Wenn der Flughafen durch andere als die in Art. 55 Abs. 2 Nr. 1 und 2 sowie Art. 174 Abs. 2 Nr. 1 und 2 des polnischen Luftfahrtgesetzes genannten Rechtsträger gebaut oder betrieben wird (d.h. andere als ein Organ der öffentlichen Verwaltung der Republik Polen oder eine öffentliche bzw. kommunale Selbstverwaltungskörperschaft), ist nach der aktuell geltenden Rechtslage der Fiskus oder die Gebietskörperschaft dazu verpflichtet, mit den jeweiligen Rechtsträgern einen Pachtvertrag mit einer Vertragslaufzeit von mindestens 30 Jahren abzuschließen. Vertragsgegenstand dieser Pachtverträge sind diejenigen Grundstücke, für die eine Genehmigung zum Bau und Betrieb eines Verkehrsflughafens erteilt wurde (Art. 30 Abs. 1 des polnischen Sondergesetzes über den Flugverkehr von 2009).

Es ist auch auf weitere Einschränkungen für private Rechtsträger hinzuweisen, die sich aus dem Luftfahrtgesetz ergeben: Im Falle der internationalen Flughäfen, die Objekte des öffentlichen Verkehrs im Sinne des polnischen Gesetzes über die Immobilienwirtschaft sind, bestimmt Art. 65 Abs. 1 des polnischen Luftfahrtgesetzes, dass die Grundstücke, die am Tag des Inkrafttretens des Gesetzes für Zwecke des internationalen Flugverkehrs in Beschlag genommen wurden und auf denen es ständige Grenzübergänge gibt, sich ausschließlich im Eigentum folgender Rechtsträger befinden dürfen:

- des Fiskus;
- der Gebietskörperschaften;
- anderer organisatorischer Einheiten der öffentlichen Hand, darunter öffentliche Unternehmen;
- der Handelsrechtsgesellschaften, bei denen der Fiskus sowie die in Nr. 2 und 3 angegebenen Einheiten zumindest 51 Prozent der Anteile besitzen.

Die oben dargestellte Verstaatlichung der betroffenen Grundstücke stellt eine tatsächliche Hürde bei der Privatisierung des Baus und der Instandhaltung der Gebäudeinfrastruktur internationaler Flughäfen dar. Gemäß dem zivilrechtlichen Grundsatz *superficies solo cedit*, der in Art. 48 des polnischen Gesetzbuches<sup>32</sup> geregelt wird, sind – vorbehaltlich der gesetzlichen Ausnahmen – insbesondere Gebäude und andere dauerhaft mit dem Boden verbundene Vorrichtungen wie auch Bäume und Pflanzen ab dem Zeitpunkt ihrer Anpflanzung oder Aussaat wesentliche Grundstücksbestandteile. Dies bedeutet, dass die Objekte

32 Polnisches Zivilgesetzbuch v. 23.04.1964 (BGI. 2017, Pos. 459, 933, 1132).

der Flughäfen und der zugehörigen Infrastruktur sich ausschließlich im Eigentum der in Art. 65 Abs. 1 des polnischen Luftfahrtgesetzes genannten öffentlichen Rechtsträger befinden. Aus der Bestimmung des Art. 65 Abs. 1 des polnischen Luftfahrtgesetzes geht somit hervor, dass der luftseitige Bereich der internationalen Flughäfen nur im Eigentum der öffentlichen Rechtsträger bleiben kann.

#### IV. Rentabilität der öffentlichen Flughäfen im Vergleich zu der Rentabilität der nicht öffentlichen und gemischt-öffentlichen Flughäfen

Die Rentabilität wird sowohl im rechtlichen als auch im wirtschaftlichen Sinne untersucht und steht für das Verhältnis zwischen den erwirtschafteten Ergebnissen und getragenen Aufwendungen sowie für das Erreichen des gesetzten Ziels mit den bestmöglichen Maßnahmen. Die erfolgreiche Maßnahme ist jedoch nicht immer effektiv, denn sie kann mit Kosten<sup>33</sup> verbunden sein, die nicht im Verhältnis zu dem gewünschten Ziel stehen. Die vorliegenden Erörterungen untersuchen die Rentabilität der regionalen Flughäfen, die dabei nach ihrer Eigentumsstruktur aufgeteilt werden. Dies sollte auch bei der Beantwortung der im Titel gestellten Frage behilflich sein, ob die Flughäfen privatisiert oder weiterhin in staatlichem und kommunalem Eigentum gehalten werden sollten. Zweifelsohne ist die finanzielle Lage nicht allein für die Bewertung von Erfolg oder Misserfolg der Beteiligung Privater maßgeblich. Nichtsdestotrotz ist sie ein sehr wesentlicher Bestandteil bei der insofern vorzunehmenden Würdigung. Zu untersuchen ist die Rentabilität bei Flughäfen, die sich hinsichtlich ihrer Größe und der Anzahl der abgefertigten Fluggäste ähneln. Der Analyse wurden hierfür folgende Flughäfen unterzogen:

- Chopin-Flughafen Warschau (im Folgenden „Chopin-Flughafen“), der vollständig in öffentlicher Hand liegt; sein Betreiber ist das öffentliche Unternehmen „Porty Lotnicze“, das zugleich 100 Prozent seiner Anteile besitzt;<sup>34</sup>
- Ferenc-Liszt-Flughafen Budapest (im Folgenden „Flughafen in Budapest“) – der Flughafen ist zu 100 Prozent in privater Hand; sein Betreiber ist Budapest Airport Zrt, woran folgende

33 *Hubert Izdebski*, Refleksja o skuteczności prawa, in: Tomasz Giaro (Hrsg.), *Skuteczność prawa*, 2010, S. 256.

34 ACI Europe (Fn. 7), S. 21.

Gesellschaften beteiligt sind: AviAlliance GmbH (52,66 Prozent), Malton Investment Pte Ltd. (22,17 Prozent), Caisse de dépôt et placement de Québec (20,17 Prozent) und KfW IPEX Bank GmbH (5 Prozent);<sup>35</sup>

- Flughafen in Alicante-Elche (im Folgenden „Flughafen in Alicante“) – der Flughafen ist teilweise privat, teilweise öffentlich; sein Betreiber ist die Gesellschaft Aena S.A.; die Anteile an der Gesellschaft besitzen: Enaire (51 Prozent) und Free float (49 Prozent).<sup>36</sup>

Die oben genannten Flughäfen werden im Folgenden anhand ihres Geschäftsmodells, der finanziellen Lage und der Betriebstätigkeit verglichen. Die Analyse vor dem Hintergrund zweier Rentabilitätsbereiche, der Anzahl der abgefertigten Fluggäste und der Gewinne verdeutlicht Ähnlichkeiten und Unterschiede zwischen den gegenständlichen Flughäfen und liefert überdies die Antwort auf die Frage, ob ihre Eigentumsstruktur sich in der Rentabilität widerspiegelt.

Der Chopin-Flughafen in Warschau wurde zwar 1920 auf der Grünanlage Mokotów-Felder errichtet, die Übergabe des Flughafens in Okecie zur Nutzung erfolgte aber erst im Jahre 1934. Bis 2001 hatte der Flughafen den Namen Lotnisko Okecie (dt. Okecie-Flughafen), der im Nachhinein zum Namen Lotnisko Chopina (dt. Chopin-Flughafen) geändert wurde. Der Chopin-Flughafen bedient fast die Hälfte der Passagierflüge in Polen, jährlich ca. 10–15 Mio. Fluggäste. In der ersten Hälfte des laufenden Jahres wurden auf dem Flughafen fast 7 Mio. Fluggäste abgefertigt.<sup>37</sup>

Das staatliche Unternehmen „Porty Lotnicze“ ist zu 100 Prozent Anteilseigner an dem Flughafen. Die Einkünfte des Chopin-Flughafens betragen im Jahre 2016 rund 546,7 Mio. Złoty. In demselben Jahr wurden auf dem Flughafen 12,795.365 Millionen Fluggäste abgefertigt.<sup>38</sup> Eine steigende Dynamik der Einkünfte wurde auch im nicht-flugseitigen Bereich verzeichnet, d. h. im Handel und hinsichtlich der Leistungen auf dem Flughafen-Gelände. Gründe dafür sind der im Mai 2015 zur Nutzung überlassene modernisierte Teil des Terminals A und neue

35 ACI Europe (Fn. 7), S. 16.

36 ACI Europe (Fn. 7), S. 24.

37 <https://www.lotnisko-chopina.pl/pl/aktualnosci-i-wydarzenia/0/607/szczegoly.html> <18.07.2017>.

38 <http://rynekinwestycji.pl/dobre-wyniki-finansowe-lot/> <18.07.2017>.

Flächen für Handel und anderweitige Leistungen, die zur Vermietung bestimmt sind.<sup>39</sup> Auf dem Flughafen gibt es zwei Terminals.

Der Flughafen in Budapest ist dagegen der größte und praktisch einzig bedeutende Flughafen in Ungarn. Derzeit verfügt er über vier Terminals. Der Flughafen wurde 1939 gebaut und durch eine Bahnlinie mit der Stadt verbunden. Er ist fünf Kilometer südöstlich vom Stadtzentrum entfernt. Im Jahre 1947 wurde damit begonnen, den Flughafen nach den Kriegszerstörungen wieder aufzubauen. In den 1980er Jahren wurde ein modernes Terminal 2 und 1997 auf Grund des steigenden Luftverkehrs das Terminal 2b errichtet. 2002 wurde die bisherige Einrichtung, die mit der Verwaltung des Flughafens und des Flugverkehrs betraut war, unter zwei Trägern aufgeteilt: HungaroControl, verantwortlich für die Navigation, und Budapest Airport Zrt, verantwortlich für die Verwaltung des Flughafens. Heutzutage fertigt der Flughafen über 7,9 Mio. Passagiere ab.<sup>40</sup> Wegen der Notwendigkeit, neue Investitionen vorzunehmen, und des Mangels an öffentlichen Mitteln ging der Flughafen in das Eigentum privater Gesellschaften über. Die ungarische Regierung hat ebenfalls die Renationalisierung des Flughafens in Erwägung gezogen. Diese wurde jedoch letztendlich aufgegeben, da es keine Grundlagen dafür gab, den Privatisierungsvertrag von 2005 rückgängig zu machen. Seit der Privatisierung entwickelt sich der Flughafen ständig weiter. Die Verwalter haben sich zum Ziel gesetzt, eine regionale Führungsposition zu erlangen. Zu den Aufgaben der Gesellschaft Budapest Airport Zrt gehören: Operative Geschäfte und die Entwicklung des Flughafens in Budapest, die Erhebung der Flughafengebühren, die Verwaltung der Passagierströme und des Gepäcks, die Lieferung von Kraftstoffen, Cargo und Postdienstleistungen, Instandhaltung der Informationssysteme für Passagiere, erste Hilfe, Immobilienverwaltung, Security und andere Aufgaben, die mit dem Betrieb eines Flughafens in Zusammenhang stehen. Zu der Budapest-Airport-Zrt-Gruppe gehören Einrichtungen, die eine mit Beratung, Kraftstofflieferung, Immobilienverwaltung, Übernahme sozialer Maßnahmen und Handel verbundene Tätigkeit ausüben sowie ein Museum und eine Stiftung. Der Flughafen bemüht sich aktiv, neue Fluglinien zu akquirieren. Zu den weitreichenden Plänen gehört, 2020 ein neues Terminal zu bauen. Im Jahr 2016 fertigte der Flughafen 11,4

---

39 *Tomasz Ludwicki/Michał Mijał/Aleksandra Wąsowska*, Analiza porównawcza efektywności funkcjonowania wybranych portów lotniczych w UE, in: Filip Czernicki/Tadeusz Skoczny (Hrsg.), *Usługi portów lotniczych w Unii Europejskiej i Polsce II – wybrane zagadnienia*, 2011, S. 185.

40 *Ludwicki/Mijał/Wąsowska* (Fn. 39), S. 193.

Mio. Passagiere ab, was einen Anstieg von 11 Prozent im Vergleich zum Vorjahr darstellt. Die Flughafenverwalter zeigen sich von der Verbesserung der finanziellen Situation des Flughafens überzeugt.<sup>41</sup>

Der Flughafen Alicante ist der sechstgrößte Flughafen Spaniens. Er befindet sich in Elche, zehn Kilometer westlich vom Stadtzentrum, zwischen El Altet und Torrellano. Unter den Flughäfen, die zu dem spanischen Flughafenetz gehören, belegt dieser Flughafen nach Barajas, Barcelona, Palma de Mallorca und Malaga-Costa del Sol den fünften Platz im Hinblick auf das Passagieraufkommen und ist einer der 50 Verkehrsflughäfen Europas. Er besteht aus drei Terminals: T1 (alt, nachts und morgens geschlossen), T2 (neu, derzeit als „Hauptterminal“ im Einsatz, in dem sich die Ankunftshalle befindet und wo die Sicherheitskontrolle durchgeführt wird) und T3. Der Betreiber des Flughafens ist die Gesellschaft Aena S.A., an der die staatliche Gesellschaft Enaire über 50 Prozent der Anteile hält. Die übrigen Anteile gehören privaten Unternehmen.<sup>42</sup>

In der letzten Dekade haben für den Flughafen wichtige Entwicklungen stattgefunden, darunter der Bau des zweiten Terminals im Januar 2007. Zu Beginn des Jahres 2017 wurde eine positive Prognose bezüglich des Flugaufkommens auf dem Flughafen Alicante und neuer Flugziele präsentiert. Der Flughafen beförderte im Jahr 2016 rund 12,35 Mio. Passagiere.<sup>43</sup> Für das Jahr 2017 werden sogar 13,5 Mio. Passagiere erwartet.<sup>44</sup>

Das Haupthindernis bei den Untersuchungen der Handelseinnahmen der europäischen Flughäfen ist die Tatsache, dass ebenso viele potentiell zu berücksichtigende Faktoren in Betracht kommen, wie es auch Flughäfen gibt. Zudem gibt es keine allgemeine Definition für das, was als Gegenstand der Flughafentätigkeit fungieren soll. Hinzuweisen ist außerdem darauf, dass die Flughafenbetreiber auf ihren Webseiten nur die Gesamtdaten bezüglich der Umsätze aller Flughäfen veröffentlichen, die von ihnen verwaltet werden, wie z. B. die britische BAA-Gruppe, spanische AENA-Gruppe, die portugiesische ANA-Gruppe und Aéroports de Paris. In diesen Fällen wurden die Umsätze der einzelnen Flughäfen berechnet, indem man die Informationen über die Gesamtzahl der Passagiere, die Gebührenstruktur und die Kosten der

41 <http://www.bud.hu> <18.07.2017>.

42 <http://www.diarioinformacion.com/alicante/2017/07/12/aeropuerto-alicante-elche-gana-850000/1916285.html> <18.07.2017>.

43 <http://www.alicantepiazza.es/el-altet-cierra-2016-con12344945-pasajeros-su-record-historico-con-un-16-7-mas-que-en-2015> <18.07.2017>.

44 [http://web.archive.org/web/20100717003531/http://www.aena.es:80/csee/Satellite?Language=ES\\_ES&MO=6&SMO=1&SiteName=ALC&c=Page&cid=1049437849204&pagename=subHome](http://web.archive.org/web/20100717003531/http://www.aena.es:80/csee/Satellite?Language=ES_ES&MO=6&SMO=1&SiteName=ALC&c=Page&cid=1049437849204&pagename=subHome) <18.07.2017>.

einzelnen Flughäfen und andere in den Jahresberichten enthaltenen Informationen zugrunde legte.

Der Vergleich der Werte unterschiedlicher Transaktionstypen zeigt, dass die Luftbewegungen immer noch den größten Anteil an dem Gesamteinkommen der europäischen Flughäfen haben. Trotz des erwähnten Anstiegs der Einnahmen, die nicht direkt mit der Luftbewegung in Zusammenhang stehen, und der kommerziellen Einnahmen sind die Einnahmen aus dem Lufttransport durchschnittlich um 50 Prozent höher als die außerhalb des Luftverkehrs erzielten Einnahmen und mehr als das Dreifache höher als das Handelseinkommen (gestützt auf die Daten aus den Medien) – dies sowohl als absoluter Betrag als auch pro Passagier.<sup>45</sup>

In der nachstehenden Tabelle wurden die Finanzergebnisse der ausgewählten Flughäfen dargestellt und die Daten hinsichtlich der von ihnen beförderten Passagiere.

Tabelle Nr. 2

Name des Flughafens	2010 beförderte Passagiere in Mio.	2016 beförderte Passagiere in Mio.	Finanzergebnisse 2016 in Mio.
Chopin-Flughafen Warschau	8.712	12.795	546 Euro
Liszt-Ferenc-Flughafen Budapest	8.179	11.457	620 Forint <sup>1</sup>
Flughafen Alicante-Elche	9.386	12.350	47 Euro <sup>2</sup>

Die Daten stammen aus dem Bericht „Ergebnisse der ausgewählten europäischen Flughäfen in den letzten vier Jahren (nach der Zahl der beförderten Passagiere) in Anlehnung an die ACI-Daten“<sup>46</sup>.

Die Zusammenstellung dieser Ergebnisse deutet darauf hin, dass der zu 100 Prozent in staatlichen Händen betriebene Flughafen in Warschau sich genauso dynamisch entwickelt wie solche, an denen Privatinvestoren beteiligt sind. Dies gilt sowohl in Bezug auf den Umsatz als auch auf die Zahl der beförderten Passagiere. Es ist zu betonen, dass ein guter Service, hohe Qualität und attraktive Preise von den öffentlich verwalteten Flughäfen genauso gut erreicht werden können, wenn es

45 Franz Fuerst/Sven Gross/Ulf Klose, The Sky is the Limit? The Determinants and Constraints of European Airports' Commercial, abrufbar unter: [https://www.researchgate.net/publication/229404107\\_The\\_sky\\_is\\_the\\_limit\\_The\\_determinants\\_and\\_constraints\\_of\\_European\\_airports\\_commercial\\_revenues](https://www.researchgate.net/publication/229404107_The_sky_is_the_limit_The_determinants_and_constraints_of_European_airports_commercial_revenues) <18.07.2017>.

46 Ergebnisse der ausgewählten europäischen Flughäfen in den letzten vier Jahren (nach der Zahl der beförderten Passagiere) in Anlehnung an die ACI-Daten, bearbeitet von Marek Serafin, <http://docplayer.pl/16266334-Wyniki-wybranych-lotnisk-europejskich-w-ostatnich-czterech-latach-ilosci-obsluzonych-pasazerow-w-oparciu-o-dane-aci.html> <18.07.2017>.

Finanzmittel gibt, die für den Ausbau solcher Objekte bestimmt sind. Wenn jedoch der Staat bzw. die Selbstverwaltung nicht über die dafür notwendigen Mittel verfügt, um diese Aufgabe zu realisieren, dann ist die Übertragung der Aufgabe an private Unternehmen ohne Zweifel zumindest teilweise zur Kapitalbeschaffung erforderlich

#### V. Finanzielle Lage der polnischen Flughäfen – die öffentlichen Aufgaben publizisieren oder privatisieren?

Man kann die finanziellen Lagen der polnischen Flughäfen nicht verallgemeinern, da sie in hohem Maße von der wirtschaftlichen Entwicklung der Stadt abhängen, in der sie liegen. Zu weitgehend wäre auch die These, dass die Umsätze ausschließlich von dem Rechtsstatus des Flughafens abhängen. Allerdings ist der Umsatz der Flughäfen auf die bereits realisierten oder sich noch in der Realisierung befindlichen Investitionen im Bereich der Begleitinfrastruktur zurückzuführen, wie z. B. Parkplätze. Die Infrastruktur um den Flughafen herum kann aus staatlichen, lokalen, aber auch privaten Mitteln gefördert werden. Solche Investitionen beeinflussen ganz besonders die Umsätze kleiner Flughäfen.<sup>47</sup> Investitionen wie z. B. der Bau von Terminals, Rollbahnen und Vorfeldern, nehmen viel Geld in Anspruch. Die Gesellschaften dürfen ihre Investitionen jedoch nicht begrenzen, weil der Staat viel Wert auf die Gewährleistung der Sicherheit legt, worauf der Oberste Rechnungshof in Polen (Najwyższa Izba Kontroli) in seinen Berichten hinweist.<sup>48</sup> Es besteht kein Zweifel darüber, dass die Heranziehung privater Partner für die Realisierung der Investitionen auf den Flughäfen die Kosten der Gesellschaften reduziert und die Rentabilität der Tätigkeit im Bereich des Lufttransports erhöht.

Polen ist ein postkommunistisches Land und die Reisestandards sind hier relativ niedrig. Die Zahl derjenigen, die die Dienstleistungen der Flughäfen in Anspruch nehmen, ist im Vergleich zu den größeren Städten Europas immer noch niedrig. Außerdem mangelt es bislang noch an vielen Stellen an der erforderlichen Straßeninfrastruktur, so dass sich die Entwicklung der Flughäfen auch wegen ihrer schlechten Verkehrsanbindung verzögert.

47 Der Bericht des Obersten Rechnungshofs (pol. Najwyższa Izba Kontroli), Ochrona cywilnego ruchu lotniczego w Polsce jako element bezpieczeństwa lotnictwa cywilnego, S. 8, abrufbar unter <https://www.nik.gov.pl/kontrola/wyniki-kontroli-nik/kontrola,9249.html> <18.07.2017>.

48 Fn. 47, S. 10.

Dies verringert jedoch nicht das Interesse des Staates und der Privatinvestoren an den Flughäfen und diesbezüglicher Investitionen.<sup>49</sup> Einen wesentlichen Einfluss auf den Ausbau der Flughäfen nahmen darüber hinaus die Öffnung des Luftverkehrsmarkts sowie die Entwicklung der Billigfluggesellschaften, die Flüge von und zu polnischen Flughäfen anbieten. Ein gutes Beispiel für einen rentablen Flughafen ist derjenige in Katowice. Dank der Kapitalzufuhr durch einen privaten Anteilseigner konnten Ausbau und Umgestaltung durchgeführt werden, was zu einer Modernisierung der Infrastruktur geführt hat. Die Gründung der Gesellschaft Górnosłaskie Towarzystwo Lotnicze S.A. brachte eine rasche Entwicklung des Flughafens mit sich.<sup>50</sup> Der Luftverkehr sollte sich jedoch weiterhin dynamisch entwickeln und für die Kapitalgeber anziehend sein. Die weniger wohlhabenderen und sich langsamer entwickelnden Woiwodschaften sollten die Flughäfen fördern, um die Entwicklung und Erhöhung der Sicherheit für die Passagiere und Mitarbeiter der Fluggesellschaften anzustoßen.

## VI. Zusammenfassung

Zusammenfassend muss darauf hingewiesen werden, dass auf dem polnischen Luftverkehrsmarkt immer noch die staatliche Gesellschaft „Porty Lotnicze“ der Hauptgesellschafter ist. Bau und Betrieb der Flughäfen und der zivilen und militärischen Flugplätze sind grundsätzlich eine staatliche Domäne. Es ist jedoch möglich, einen Teil dieser Aufgabe privaten Akteuren zu überlassen. Insbesondere kann hierin eine sinnvolle Form der Kapitalbeschaffung liegen. Wegen der Notwendigkeit, die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu garantieren, den Passagieren Sicherheit zu gewährleisten und Flugkosten zu senken, erscheint es jedoch geboten, dass diese Aufgabe im Grundsatz dem Staat oder den Selbstverwaltungskörperschaften bzw. den von ihnen geschaffenen öffentlichen Trägern obliegt. In Polen ist die parallele Schaffung der Straßeninfrastruktur und Flughafeninfrastruktur von besonderer Bedeutung. Diese Aufgaben können ausschließlich durch die öffentlichen Träger, die eine einheitliche Infrastrukturpolitik realisieren, koordiniert werden.

---

49 *Bogusław Liberadzki/Leszek Mindur*, Uwarunkowania rozwoju systemu transportowego Polski, 2006, S. 43.

50 *Jacek Barcik/Piotr Czech*, Rynek usług portów lotniczych w Polsce, Zeszyty naukowe Politechniki Śląskiej 2010, S. 5.

Auch die rechtlichen Rahmenbedingungen sind so ausgestaltet, dass die Kontrolle über die Tätigkeit der Flughäfen überwiegend den Staatsbehörden übertragen wird. Die Regierungsverwaltung kontrolliert die Übernahme der Anteile oder Aktien an den von den Flughäfen gegründeten oder verwalteten Gesellschaften sehr genau. Bei internationalen Flughäfen dürfen die Immobilien, auf denen sich ständige Grenzübergangsstellen befinden, nur im Eigentum der öffentlichen Hand sein. Darüber hinaus werden, wenn ein Flugplatz von einem anderen als dem öffentlichen Träger gegründet oder verwaltet wird, der Fiskus oder die betroffene Gebietskörperschaft verpflichtet, mit diesem einen Pachtvertrag mit einer Laufzeit von mindestens 30 Jahren über die im Investitionsbescheid genannten Immobilien abzuschließen. Die vorstehenden rechtlichen Regelungen beschränken somit effektiv die Möglichkeit, eine weitgehende Privatisierung des Luftverkehrssektors in Polen durchzuführen.

Die Autorin *Dr. Lucyna Staniszevska* ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Katedra Prawa Administracyjnego i Nauki o Administracji (Lehrstuhl für Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften) an der Uniwersytet im. Adama Mickiewicza (Adam-Mickiewicz-Universität) Poznań.

Der Autor *Dr. Sławomir Pawłowski* ist Wissenschaftlicher Assistent an der Katedra Prawa Administracyjnego i Nauki o Administracji (Lehrstuhl für Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften) an der Uniwersytet im. Adama Mickiewicza (Adam-Mickiewicz-Universität) Poznań.

Die Autorin *Mgr. Maria Jędrzejczak* ist Doktorandin an der Katedra Prawa Administracyjnego i Nauki o Administracji (Lehrstuhl für Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaften) an der Uniwersytet im. Adama Mickiewicza (Adam-Mickiewicz-Universität) Poznań.



## KWI Schriften

herausgegeben vom  
Kommunalwissenschaftlichen Institut der Universität Potsdam

ISSN (print) 1867-951X

ISSN (online) 1867-9528

Zuletzt erschienene Ausgaben:

- Band 10 Bauer, Hartmut | Büchner, Christiane |  
Hajasch, Lydia (Hrsg.)  
Partizipation in der Bürgerkommune.  
ISBN 978-3-86956-371-8  
2017 | urn:nbn:de:kobv:517-opus4-101601
- Band 9 Bauer, Hartmut | Büchner, Christiane |  
Markmann, Friedrich (Hrsg.)  
Schulen im kommunalen Bildungsmanagement.  
ISBN 978-3-86956-326-8  
2015 | urn:nbn:de:kobv:517-opus-4-74977
- Band 8 Bauer, Hartmut | Büchner, Christiane |  
Markmann, Friedrich (Hrsg.)  
Kommunen, Bürger und Wirtschaft im solidarischen  
Miteinander von Genossenschaften.  
ISBN 978-3-86956-287-2  
2014 | urn:nbn:de:kobv:517-opus-69713
- Band 7 Bauer, Hartmut | Büchner, Christiane |  
Franzke, Jochen (Hrsg.)  
Starke Kommunen in leistungsfähigen Ländern: der  
Beitrag von Funktional- und Territorialreformen.  
ISBN 978-3-86956-242-1  
2013 | urn:nbn:de:kobv:517-opus-64404

- Band 6 Bauer, Hartmut | Büchner, Christiane |  
Hajasch, Lydia (Hrsg.)  
Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge.  
ISBN 978-3-86956-170-7  
2012 | urn:nbn:de:kobv:517-opus-58064
- Band 5 Büchner, Christiane | Musil, Andreas (Hrsg.)  
Die Stadtverordnetenversammlung von Potsdam  
im Wandel der Zeit.  
ISBN 978-3-86956-118-9  
2010 | urn:nbn:de:kobv:517-opus-50133
- Band 4 Bauer, Hartmut | Büchner, Christiane |  
Brosius-Gersdorf, Frauke (Hrsg.)  
Hartz IV im Umbruch: aktuelle Entwicklungen bei der  
Trägerschaft und den Leistungen der Grundsicherung  
für Arbeitssuchende.  
ISBN 978-3-86956-119-6  
2010 | urn:nbn:de:kobv:517-opus-50177
- Band 3 Bauer, Hartmut | Büchner, Christiane |  
Brosius-Gersdorf, Frauke (Hrsg.)  
Die Europäische Dienstleistungsrichtlinie:  
Herausforderung für die Kommunen.  
ISBN 978-3-86956-028-1  
2010 | urn:nbn:de:kobv:517-opus-39074
- Band 2 Bauer, Harmut | Büchner, Christiane |  
Gründel, Olaf (Hrsg.)  
Demografischer Wandel: Herausforderungen für  
die Kommunen.  
3., durchgesehene Auflage. ISBN 978-3-86956-323-7  
2015 | urn:nbn:de:kobv:517-opus4-72998

Band 1 Bauer, Hartmut | Büchner, Christiane | Brosius-Gersdorf,  
Frauke (Hrsg.)

Verwaltungskooperation: Public Private Partnerships  
und Public Public Partnerships.

ISBN 978-3-940793-68-3

2008 | urn:nbn:de:kobv:517-opus-27583





Die Privatisierungseuphorie der vergangenen Jahrzehnte ist heute weitgehend verfliegen. Nicht nur die Finanz- und Wirtschaftskrise hat das Vertrauen in die Leistungsfähigkeit der Märkte erschüttert. Auch haben bei weitem nicht alle Privatisierungsmaßnahmen die in sie gesetzten Erwartungen erfüllt. Daher war schon vor vielen Jahren eine Trendwende weg von der Privatisierung und hin zu dem gegenläufigen Prozess der Rekommunalisierung zu beobachten. Die Rückkehr zum Öffentlichen beschränkt sich aber nicht auf den kommunalen Bereich, sondern ist längst auch auf Landes-, Bundes-, EU- und sogar globaler Ebene zu beobachten. Ebenenübergreifend lässt sich dieser Trend zu Rekommunalisierung und Rückverstaatlichung mit dem neuen Begriff der „Publizisierung“ erfassen. Freilich ist die Trendwende „hin zum Öffentlichen“ kein durchgängiges Phänomen. Vielmehr gibt es daneben auch Bestrebungen, die auf künftige Privatisierungen abzielen – etwa im Infrastrukturbereich.

An diesen gegenläufigen Entwicklungstendenzen setzt der vorliegende Tagungsband an. Er dokumentiert den Gedankenaustausch zwischen polnischen und deutschen Verwaltungsrechtswissenschaftlern auf einer Tagung, die im Juni 2017 an der Uniwersytet im. Adama Mickiewicza (Adam-Mickiewicz-Universität, UAM) in Poznań stattgefunden hat. Dieses Symposium ist Teil einer Kooperation zwischen der UAM und dem Kommunalwissenschaftlichen Institut (KWI) der Universität Potsdam, die sich mit dem umfassenderen Programm einer „Modernisierung des Gemeinwesens“ beschäftigt und dabei den Fokus insbesondere auf die beiden Modernisierungsansätze „Privatisierung“ und „Publizisierung“ richtet.

**KWI**

Kommunalwissenschaftliches Institut

ISSN 1867-951X

ISBN 978-3-86956-417-3