

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.¹ 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.²

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“³ 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).⁴ 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.⁵ 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.⁶

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).⁷ 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.⁸ 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.⁹

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.¹⁰ Der Rechnungshof dient dabei nicht nur der Selbstkontrolle der Regierung, sondern unterstützt insbesondere auch den Bundestag bei seiner Kontrollfunktion.¹¹ Seine Wirkkraft verdankt der BRH zudem vor allem der Öffentlichkeitswirkung seiner Berichte und dem damit einhergehenden Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung.¹²

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

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.¹⁴ 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.¹⁵ Da bei ÖPP in der Regel der Vollzug einzelner Aufgaben an den Privaten übertragen wird, werden sie häufig als funktionale Privatisierung kategorisiert.¹⁶

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.¹⁷ Weitere Anwendungsbereiche finden sich im IT- und Bildungsbereich sowie auf kommunaler Ebene, etwa bei der Abfallentsorgung¹⁸, dem Personennahverkehr und der Wasserversorgung.¹⁹ Insgesamt wurden – unabhängig von bereits geleisteten Zahlungen – bereits Ende 2014 Investitionsvolumina von über 30 Mrd. Euro vereinbart.²⁰

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>.

Im Jahr 2005 verabschiedete der deutsche Gesetzgeber das sog. ÖPP-Beschleunigungsgesetz²¹, mit dem er die Durchführung von ÖPP-Projekten zu vereinfachen und mehr Rechtsklarheit zu schaffen suchte.²² 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).²³ Inzwischen hat der Begriff „Öffentlich-Private Partnerschaften“ auch Eingang in die Gesetzessprache gefunden.²⁴ Seit einer Änderung des Art. 90 GG im Juli 2017 findet er sogar in der deutschen Verfassung Erwähnung.²⁵

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 Polen²⁶ – erst ab 2007 und damit verhältnismäßig spät Fuß.²⁷ 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.²⁸ Das ändert freilich nichts daran, dass die überwiegende Mehrzahl der deutschen Straßen noch immer konventionell betrieben wird.²⁹

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.³⁰ 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.³¹ 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.³²

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.³³

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).³⁴ 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.³⁵

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.³⁶ 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.³⁷

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.³⁸

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 <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.³⁹ 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.⁴⁰ 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.⁴¹ 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.⁴² Der während des Gesetzgebungsverfahrens eingefügte Art. 90 Abs. 2 Satz 5 GG soll nun eine substantielle oder gar vollständige funktionale Privatisierung der Fernstraßen ausschließen.⁴³ 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.⁴⁴ 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.⁴⁵

IV. Kritik der Rechnungshöfe

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

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 <11.10.2017>.

nach dem A- und V-Modell auseinander⁵⁰, 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.⁵¹ 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.⁵² Selbst unter Berücksichtigung einer Anschubfinanzierung bezifferte der BRH die Mehrkosten bei untersuchten Projekten auf über 80 Mio. Euro.⁵³ 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.⁵⁴

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 <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 <05.09.2017>.

Weitere systembedingte Mehrkosten sieht der BRH in den anfallenden Vergabe-, Koordinierungs- und Transaktionskosten.⁵⁵ 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.⁵⁶ Mit der Umstellung auf das Verfügbarkeitsmodell bei den jüngeren Projekten folgt das BMVI damit auch einer Empfehlung des BRH.⁵⁷

b. Nur geringe Effizienzvorteile

Für den ÖPP-Ansatz werden vor allem Einsparpotentiale durch Effizienzvorteile angeführt, die die soeben erläuterten Nachteile mindestens ausgleichen sollen.⁵⁸ Genannt werden insbesondere eine höhere Innovationsfreudigkeit, Terminalsicherheit und Flexibilität, aber auch Anreizwirkungen durch Risikoübernahme des Privaten.⁵⁹ 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.⁶⁰ Im Übrigen seien die ÖPP-Projekte zwar zum festgelegten Termin fertiggestellt und schneller realisiert worden als bei konventioneller Realisierung.⁶¹ 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 <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.⁶² 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.⁶³ 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.⁶⁴

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

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.⁶⁷ 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.⁶⁸ Der BRH sieht in verschiedenen Äußerungen verantwortlicher Politiker auch einen Nachweis dafür, dass einige Abschnitte gerade wegen knapper Haushaltslage als ÖPP ausgestaltet wurden.⁶⁹ Auch Teile der Literatur weisen auf die „verdeckte Kreditaufnahme“⁷⁰ 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.⁷¹ 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 GG⁷² nach traditioneller Ansicht nur sog. Finanzierungsschulden, also die unmittelbare Beschaffung von Geldmitteln, die später zurückzuzahlen sind.⁷³ Demgegenüber sind sog. Verwaltungsschulden, also Verbindlichkeiten aus Verwaltungs- und Geschäftstätigkeit (z. B. aus Kauf-, Werk-, Miet-, oder Arbeitsverträgen)⁷⁴, 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.⁷⁵ In der Tat spricht das erhebliche Umgehungspotential⁷⁶ für ein stärker materielles Verständnis, zumal der Wortlaut eine Beschränkung auf formelle Zahlungsvorgänge nicht zwingend erfordert⁷⁷. 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 Herausziehen 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 handhabbar⁷⁸, weil in diesem Fall bereits jede Vorleistung eines privaten Vertragspartners dem Kreditbegriff unterfiele.⁷⁹ 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.⁸⁰

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.⁸¹

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.⁸² Hiervon wird bei ÖPP-Projekten im Straßenbau abgewichen, um die Effizienzvorteile der gebündelten Projektumsetzung durch den Investor sicherzustellen.⁸³ Der BRH hält dies zum einen rechtlich für problematisch⁸⁴ 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.⁸⁵ Weiterhin wird mittelständischen Unternehmen die Akquirierung von ÖPP-Projekten durch die oftmals aufgestellten Eigenkapitalanforderungen an die jeweilige Projektgesellschaft erschwert.⁸⁶

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.⁸⁷ Zwischen BRH und BMVI bestanden dabei von Anfang an Differenzen über methodische Fragen.⁸⁸

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. Nutzenvergleich⁸⁹: 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.⁹⁰

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.⁹¹ 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.⁹²

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.⁹³ 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.⁹⁴ Im Jahr 2016 hat sich das BMVg entschieden, das Projekt nicht zu verlängern, sondern die Anteile an der BWI GmbH vollständig selbst zu übernehmen.⁹⁵ Diese Entscheidung wurde vom BRH begrüßt.⁹⁶ 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.⁹⁷

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.⁹⁸ 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.⁹⁹ Gerade Risikoaufschläge waren bei der ÖPP-Variante oft zu gering oder bei der konventionellen Vergleichsrechnung zu hoch angesetzt.¹⁰⁰ In einem Fall waren pauschal angenommene Einsparpotentiale bei der ÖPP-Variante derart unrealistisch, dass der Landesrechnungshof explizit von einem „schöngerechneten“¹⁰¹ 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“.¹⁰²

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“¹⁰³. 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.¹⁰⁴

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 Privaten¹⁰⁵ in einigen Bereichen strukturelle Mehrkosten aufweisen. Dieser „geborene Nachteil“¹⁰⁶ 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 Risikozuschlägen¹⁰⁷ und insbesondere die Bewertung von Nutzwerten¹⁰⁸ 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 Beschaffungsvariante¹⁰⁹ 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.¹¹⁰ 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.¹¹¹ 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.¹¹² Die Wirksamkeit dieser insolvenzabhängigen Lösungsklausel ist aber mit Blick auf § 119 InsO zweifelhaft.¹¹³ 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.