

# Grundprobleme von Public Private Partnerships

Von Prof. Dr. **Jürgen Kühling**, LL.M. (Brüssel), Rechtsanwalt Dr. **Thomas Schreiner**, Regensburg\*

*Gerade in Zeiten knapper Haushaltsmittel wird es für die öffentliche Hand immer interessanter, einen privaten Partner in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben einzubeziehen. Dafür hat sich international der Begriff „Public Private Partnership“ (PPP) eingespielt. Gründe für die Durchführung eines PPP-Projekts sind neben dem Bedarf an Privatkapital vor allem Beschleunigungsaspekte, Effizienzvorteile und ein „Know-How“-Transfer. Es handelt sich dabei in juristischer Hinsicht um ein Querschnittsthema, das interessante und überwiegend aus der Ausbildung bekannte Rechtsprobleme des Öffentlichen Rechts wie auch des Zivilrechts betrifft und häufig auch verknüpft. Gerade durch jene Verknüpfung wird das Verständnis aber regelmäßig erschwert. Der nachfolgende Beitrag widmet sich diesem rechtlichen Gebilde. Zunächst wird der Leser in die Thematik eingeführt, indem Herkunft und Bedeutung (I.), Begriff (II.), konzeptionelle Differenzierung (III.) und gesetzliche Rahmenbedingungen (IV.) dargestellt werden. Sodann werden die materiell-rechtlichen (V.) und prozessualen Aspekte analysiert und die Probleme bei der Durchführung eines Projekts (VI.) genauer beleuchtet.*

## I. Herkunft und Bedeutung

Die verschiedenen Formen der Zusammenarbeit von privaten und staatlichen Kräften insbesondere im Rahmen der Infrastrukturbereitstellung sind in Deutschland nicht neu.<sup>1</sup> Spätestens mit dem Aufbau kostenintensiver Infrastrukturen in der Folge der industriellen Revolution vor allem im 19. Jahrhundert etwa im Eisenbahnverkehr oder in der Energiewirtschaft ist die öffentliche Hand immer häufiger an ihre Leistungsgrenzen gestoßen. Neben der Erschließung des Kapitals war auch der private Sachverstand von Interesse.<sup>2</sup> Die Diskussion

---

\* Der *Erstautor* ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Immobilienrecht, Infrastrukturrecht und Informationsrecht an der Universität Regensburg. Der *Zweitautor* ist Rechtsanwalt in der Sozietät Dres. Kalsbach & Buchfink, Schwandorf und war zum Zeitpunkt der Manuskripterstellung wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl des *Erstautors*. Der Beitrag geht zurück auf den Länderbericht, den der *Erstautor* für den 18. Internationalen Rechtsvergleicherkongress in Washington erstellt hat, und der bereits publiziert ist, *Kühling*, in: Basedow/Kischel/Sieber (Hrsg.), German National Reports to the 18th International Congress of Comparative Law, 2010, S. 573.

<sup>1</sup> Zur geschichtlichen Entwicklung *Lämmerzahl*, Die Beteiligung Privater an der Erledigung öffentlicher Aufgaben, 2007, S. 60 ff.; in Deutschland findet man auch den Begriff „Öffentlich Private Partnerschaften“ (ÖPP), vgl. dazu schon die Begrifflichkeiten im Gesetzentwurf v. 14.6.2005, BT-Drs. 15/5668.

<sup>2</sup> Siehe exemplarisch zur Aufgabenverteilung in den Anfangsjahren der Eisenbahnverkehrswirtschaft zwischen der öffentlichen Hand und privaten Investoren am Beispiel Preußens *Hermes*, in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher-AEG Kommentar, 2006, Kap. A. Rn. 3 ff.

um die „Public Private Partnerships“ (im Folgenden PPP) im heutigen Sinne ist dagegen in Deutschland Ende der 1980er Jahre im Zuge der Privatisierungsdiskussion und der kritischen Reflektion der angemessenen Aufgabenerfüllung durch den Staat aufgekommen.<sup>3</sup>

Anfangs erfreuten sich solche Kooperationen vor allem bei der Errichtung von Infrastrukturen großer Beliebtheit, später aber auch im Forschungs- und Technologiebereich. Dabei ist die Zahl der PPPs in Deutschland in den letzten Jahren kontinuierlich gestiegen. Ein regelrechter Boom ist etwa seit dem Jahr 2004 zu verzeichnen. Der Anteil der PPPs an den öffentlichen Investitionen beträgt aktuell mehr als 4%.<sup>4</sup> In einer bundesweiten Studie zur Bestandsaufnahme von PPPs bei Infrastrukturmaßnahmen in Bund, Ländern und Kommunen<sup>5</sup> von 2009 zeigte sich, dass bezogen auf die seit 2002 abgeschlossenen PPP-Verträge die meisten im Bereich Schulen/Kindertagesstätten/Bildung abgeschlossen wurden. Dicht dahinter folgen die Bereiche Freizeit/Kultur/Sport, Verwaltungsgebäude, Justizgebäude, Gesundheitswesen und Sonstige. Seit 2009 lässt sich jedoch ein Rückgang der öffentlichen Investitionen in PPP-Projekte verzeichnen, der sich größtenteils auf die Auswirkungen der Finanzkrise zurückführen lässt: Die Mittel des Konjunkturpaketes II wurden von den öffentlichen Entscheidungsträgern für kurzfristig angelegte Projektaufträge genutzt, schon geplante PPP-Projekte wurden hingegen umstrukturiert oder ganz abgesagt. Nicht zuletzt die verschiedenen rechtlichen Probleme, die bei der Verwirklichung von PPP-Projekten aufgetreten sind, mögen zu dem zwischenzeitlichen Rückgang jedenfalls beigetragen haben.

## II. Begriff

### 1. Der PPP-Begriff

Der Begriff „PPP“ wird in Deutschland uneinheitlich verwendet.<sup>6</sup> Dies liegt auch daran, dass keine spezifische gesetzliche Regelung zu PPPs existiert,<sup>7</sup> obgleich eine umfassende Kodifizierung stets gefordert wird.<sup>8</sup> Daraus resultiert auch, dass sich in Literatur und Praxis zahlreiche Begriffsdefinitionen herausgebildet haben und nicht immer eindeutig ist,

---

<sup>3</sup> *Theobald/Michaels*, in: Koenig/Kühling/Theobald (Hrsg.), Recht der Infrastrukturförderung, 2004, Kap. 3 Rn. 13.

<sup>4</sup> Newsletter „P“ – PPP, Privatisierung, PFI, Ausgabe Nr. 12, April 2009, S. 2 abrufbar unter <http://cli.gs/HGA69S> (zuletzt aufgerufen am 26.3.2011).

<sup>5</sup> Abrufbar unter <http://cli.gs/s4jjRq> (zuletzt aufgerufen am 26.3.2011).

<sup>6</sup> Vgl. auch *Bloeck*, KommP spezial 2006, 57.

<sup>7</sup> Hinweis zu den verschiedenen rechtlichen Rahmenbedingungen geben *Neumann/Szabados*, in: Weber/Schäfer/Hausmann (Hrsg.), Praxishandbuch Public Private Partnership, 2006, §§ 2-10.

<sup>8</sup> Exemplarisch *Burgi*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, Gutachten D, 67. Deutscher Juristentag 2008, S. 109 ff.

wann eine Zusammenarbeit zwischen der öffentlichen Hand und Privaten als „PPP“ zu qualifizieren ist. Einig ist man sich, dass der Begriff jedenfalls die Beteiligung Privater an der Erbringung öffentlicher Aufgaben voraussetzt. Darüber hinaus kann für ein PPP-Projekt die Verfolgung gemeinsamer Ziele, beispielsweise die Aufteilung der Risiken, entscheidend sein.<sup>9</sup> Zusammengefasst muss es sich zumindest um eine freiwillige, formalisierte und längerfristig angelegte Zusammenarbeit zwischen öffentlichen und privaten Stellen handeln, die unter gemeinsamer Verantwortung und unter Nutzung auch privater Ressourcen auf die gemeinsame Erbringung einer öffentlichen Aufgabe gerichtet ist.<sup>10</sup> Der Begriff „PPP“ wird dabei als Sammelbezeichnung verwendet.

## 2. PPP und Privatisierungsbegriff

Teilweise wird der Ausdruck „PPP“ sogar als Synonym für eine „Privatisierung“ verstanden. Tatsächlich bereitet die Abgrenzung des PPP-Begriffes vom Privatisierungsbegriff Schwierigkeiten. Eine trennscharfe Unterscheidung ist aber auch nicht erforderlich.<sup>11</sup> Unter einer reinen „Privatisierung“ versteht man jedenfalls den Aufgabentransfer aus der öffentlichen Hand in private Hände, so dass etwas Prozesshaftes betrachtet wird. Dabei ist es denkbar, dass die Organisation von einem öffentlich-rechtlichen Auftraggeber in eine Handlungs- oder Organisationsform des Privatrechts gewandelt wird. Insoweit wird allgemein von einer „Organisationsprivatisierung“<sup>12</sup> gesprochen. Dann erfüllt zwar die öffentliche Hand weiter die betreffende Aufgabe, greift hierzu jedoch auf privatrechtliche Organisationsformen zurück, insbesondere in Form einer GmbH oder AG oder beteiligt private Investoren in anderer Form. Möglich ist aber auch die vollständige Verlagerung der Aufgabenerfüllung in die Privatwirtschaft („Aufgabenprivatisierung“<sup>13</sup>). Schließlich ist noch eine Mischform aus beidem anzutreffen. Dabei behält die Öffentliche Hand nach außen die Aufgabenverantwortung, überträgt deren Durchführung aber auf private Unternehmen etwa im Rahmen von Konzessionen oder Dienstleistungsaufträgen beispielsweise im Schienenpersonennahverkehr. Insoweit hat sich der Begriff der „funktionalen Privatisierung“<sup>14</sup> eingebürgert.

Bei PPPs handelt es sich hingegen um eine gemeinsame Aufgabenwahrnehmung in einer Kooperation. Im Falle einer Aufgabenprivatisierung – wie etwa in der Telekommunikationsordnung – liegt also regelmäßig mangels öffentlich-privater Mischformen kein PPP vor. Das gilt etwa für die

nach der Telekommunikationsliberalisierung entstandenen Telekommunikationsanbieter im Mobilfunkbereich wie z.B. die Vodafone GmbH. Das schließt aber nicht aus, dass in Einzelfällen – aktuell zur Schließung von Breitbandlücken – auch PPP-Modelle erwogen werden. Bei einer Organisationsprivatisierung liegt ein PPP-Projekt nur dann vor, wenn bei der Wahl einer privaten Handlungs- und Organisationsform zugleich eine Beteiligung Privater erfolgt. Das gilt für zahlreiche kommunale Energie- und Telekommunikationsversorger, wie etwa die REWAG in Regensburg, an der das private Unternehmen E.On Bayern neben der Stadt Regensburg beteiligt ist, und die als Energieversorgungsunternehmen die Mehrheitsanteile am Regensburger Telekommunikationsunternehmen R-Kom hält. Die begrifflichen Schwierigkeiten werden jedoch deutlich, wenn man sich die Vielfalt der Ausgestaltungsvarianten in der Praxis anschaut. Wie soll beispielsweise der Fall der Berliner Wasserbetriebe bewertet werden, an der als Anstalt des öffentlichen Rechts neben dem Land Berlin (50,1 %) zwei private Unternehmen (Veolia Wasser und RWE) mit jeweils 24,95 % beteiligt wurden? Während die Qualifikation als PPP-Projekt hier eindeutig ist, fällt die Einordnung in die Kategorien einer „Organisations-, Aufgaben- oder funktionalen Privatisierung“ schwer. Daran wird deutlich, dass es bei den anzutreffenden Begriffen nicht um eine eindeutige juristische Einordnung geht, sondern um die Beschreibung von groben Kategorien und Entwicklungsprozessen.

Schließlich sind PPP-Projekte von Kooperationen öffentlicher Stellen zu unterscheiden, bei denen die meisten hier dargelegten Rechtsprobleme (etwa im Vergaberecht)<sup>15</sup> gar nicht oder in abgewandelter Form auftreten. Insoweit wird teilweise von ÖÖP-Kooperationen gesprochen.

## 3. PPP und öffentlich-rechtlicher Vertrag

Bei der PPP-Definition ergeben sich zwangsläufig Überschneidungen mit der hoheitlichen Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrags, den die §§ 54 ff. VwVfG umfassend regeln. Allein der Umstand, dass es um die Erledigung von öffentlichen Aufgaben geht, führt aber noch nicht zum Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Vertrags.<sup>16</sup> Es kommt vielmehr auf den Vertragsgegenstand an („auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“, § 54 S. 1 VwVfG). Das vertragliche Konstrukt eines PPP-Projekts kann darunter aber oftmals nicht eingeordnet werden. Entscheidend ist insbesondere, ob hoheitliche Befugnisse von der vertraglichen Regelung berührt werden. So wird der öffentlich-rechtliche Ver-

<sup>9</sup> Dazu insgesamt *el-Barudi*, Die Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts auf Öffentlich-Private Partnerschaften, 2008, S. 16 ff.

<sup>10</sup> *el-Barudi* (Fn. 9), S. 18; *Uechtritz/Otting*, NVwZ 2005, 1105.

<sup>11</sup> Dazu und zum Folgenden *el-Barudi* (Fn. 9), S. 19 f.

<sup>12</sup> *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 23 Rn. 61; *Schoch*, Jura 2008, 672 (676).

<sup>13</sup> *Maurer* (Fn. 12), § 23 Rn. 63.

<sup>14</sup> *Maurer* (Fn. 12), § 23 Rn. 62; *Schimanek*, NZBau 2005, 304 (305); ausführlich *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1998.

<sup>15</sup> Vgl. hierzu beispielsweise die jüngere Rechtsprechung zur Vergabefreiheit von ÖÖP-Kooperationen: EuGH, Urt. v. 13.11.2008 – Rs. C-324/07 (Coditel) = Slg. 2008, I-8457; EuGH, Urt. v. 9.6.2009 – Rs. C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg) = EuZW 2009, 529; dazu *Wagner*, in: Kühling (Hrsg.), Kooperation im öffentlichen Immobilien- und Infrastrukturrecht, Tagungsband des 3. Regensburger Immobilienrechtstags, 2011 (im Erscheinen).

<sup>16</sup> *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 11. Aufl. 2010, § 54 Rn. 40b.

trag traditionell verwaltungsaktersetzend<sup>17</sup> verwendet, so dass bei der „gesetzlichen Regelung des öffentlich-rechtlichen Vertrags ein Schwerpunkt auf dem Schutz des Bürgers in dem ungleichen Kräfteverhältnis zur Verwaltung liegt“<sup>18</sup>. Daher ist etwa dann von einem verwaltungsrechtlichen Vertrag auszugehen, wenn darin die Verpflichtung zum Erlass einer Baugenehmigung enthalten ist.<sup>19</sup> Dies wird bei PPP-Verträgen aber regelmäßig nicht der Fall sein, da hier die Baugenehmigung schon wegen der durch § 58 VwVfG ausgelösten Unsicherheiten (Unwirksamkeit beim Eingriff in Rechte Dritter ohne deren schriftliche Zustimmung) im Rahmen eines Verwaltungsakts (mit Bestandskraft nach Bekanntgabe gegenüber Dritten und Ablauf der Anfechtungsfrist) erteilt wird.

Bei einem PPP-Modell steht im Übrigen die Kooperation der öffentlichen Hand und des Privaten ohne Rückgriff auf öffentliche Sonderrechte im Vordergrund. So wird etwa das flächenmäßig größte Gefängnis Deutschlands in Sachsen-Anhalt von einem privaten Investor und einem Dienstleister auf der Basis privatrechtlicher Verträge betrieben, obgleich es sich dabei um eine staatliche Aufgabe handelt und das Land Sachsen-Anhalt Eigentümerin bleibt.<sup>20</sup> Für eine solche Gestaltung der Verantwortungsteilung sind die Regelungen des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Übrigen nicht passend und jedenfalls nicht ausreichend.<sup>21</sup> Ein dafür möglicherweise passender und gelegentlich vorgeschlagener „kooperationsrechtlicher Vertrag“<sup>22</sup>, bei dem die Besonderheiten von PPP-Modellen Berücksichtigung finden, existiert im VwVfG allerdings (derzeit) nicht.

### III. Konzeptionelle Differenzierung

Eine trennscharfe Typeneinteilung der PPP-Modelle existiert nicht. Eine grobe Einteilung wird vielmehr anhand unterschiedlicher Differenzierungskriterien vorgenommen.

Zum einen erfolgt eine Einteilung in Finanzierungs- und Organisationsmodelle. Die PPP-Modelle werden oft als Möglichkeit gesehen, in Zeiten knapper Haushaltsmittel die Finanzierung von kostenintensiven Projekten zu realisieren.<sup>23</sup> Denn bei der (baulichen) Errichtung einer öffentlichen Einrichtung ist die Frage der Finanzierung von zentraler Bedeutung. Es kann daher sinnvoll sein, eine bauliche Anlage durch Private, aber nach eigenen Vorstellungen errichten zu lassen und dann von diesen zurück zu mieten. Dadurch werden die Kosten der Finanzierung auf einen längeren Zeitraum ge-

streckt. Bei den Organisationsmodellen hingegen schließt sich die öffentliche Körperschaft auf Dauer mit einem Privaten zusammen. Es wird also nicht nur das Kapital eines Privaten genutzt, sondern auch dessen Know-how. Es handelt sich dann regelmäßig auch um eine Teilprivatisierung von öffentlichen Aufgaben.<sup>24</sup>

Differenziert werden kann ferner anhand der Form und „Intensität“ des Zusammenwirkens.<sup>25</sup> Dabei wird regelmäßig zwischen drei Hauptkategorien unterschieden: die informelle Kooperation, die austauschvertragliche Kooperation sowie die gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften.<sup>26</sup> Von einer informellen Kooperation spricht man dann, wenn eine rechtliche Regelung unterbleibt, wozu auch Agreements und Absprachen ohne Bindungswirkung zählen.<sup>27</sup> Vor allem bei kleineren Projekten und bei der Vorfeldtätigkeit formalisierter Projekte erfolgen solche Kooperationen. Unter der Kategorie der austauschvertraglichen Kooperationen sind mannigfaltige Modelle denkbar. Dazu gehören insbesondere Betreiber- und Betriebsführungsmodelle. Bei ersteren übernimmt der private Partner umfassende Leistungen (insbesondere die Planung, die Finanzierung, die Sanierung, den Betrieb usw.). Bei den Betriebsführungsmodellen übernimmt der private Partner hingegen lediglich den Betrieb einer Anlage. Gegenüber den austauschvertraglichen Kooperationen weisen die gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften einen nochmals erhöhten Grad an institutioneller Verfestigung auf. Dabei unterscheiden sich die Modelle vor allem dahingehend, dass bei einer austauschvertraglichen Kooperation lediglich eine schuldrechtliche Beziehung besteht, bei gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften hingegen die öffentliche Hand an einer Betreibergesellschaft selbst – meist mehrheitlich – beteiligt ist und demnach die Beziehung „gesellschaftsrechtlich“ ist. Denkbar ist aber auch, dass ein Privater erst zu einem späteren Zeitpunkt Anteile an einem vormals rein öffentlichen Unternehmen erwirbt oder gar übernimmt,<sup>28</sup> wie es im eingangs geschilderten Beispiel der Berliner Wasserbetriebe der Fall war.

Ferner kann je nach der Ausgestaltung der Binnen- und Außenbeziehungen zwischen Betreibermodellen, Konzessionsmodellen und Kooperationsmodellen differenziert werden.<sup>29</sup> Bei einem Betreibermodell werden Private mit der Planung, Finanzierung und dem Betrieb einer Anlage zur Erledigung einer öffentlichen Aufgabe betraut. Die Nutzer zahlen eine Gebühr an die öffentliche Hand. Dabei entsteht aber regelmäßig kein Rechtsverhältnis zwischen dem jeweili-

<sup>17</sup> Zu den übrigen Erscheinungsformen *Maurer* (Fn. 12), § 14 Rn. 12 ff.

<sup>18</sup> So der Bericht des *Beirats Verwaltungsverfahrenrecht*, NVwZ 2002, 834.

<sup>19</sup> *Maurer* (Fn. 12), § 14 Rn. 11.

<sup>20</sup> Vgl. dazu den Bericht in SZ v. 6.10.2009, S. 16.

<sup>21</sup> Bericht des *Beirats Verwaltungsverfahrenrecht*, NVwZ 2002, 834.

<sup>22</sup> *Reicherzer*, DÖV 2005, 603; *Müller*, Kommunalrechtliche Grenzen beim Sale-and-lease-back, 2009, S. 147 ff.; dazu umfassend *Ziekow*, in: Bundesministerium des Inneren (Hrsg.), *Verwaltungskooperationsrecht*, 2001, passim.

<sup>23</sup> Vgl. statt vieler *Säcker/Wolf*, WRP 2007, 282.

<sup>24</sup> *Theobald/Michaels* (Fn. 3), Kap. 3 Rn. 62.

<sup>25</sup> So etwa *Ziekow/Windoffer*, *Public Private Partnership*, 2008, S. 20.

<sup>26</sup> Dazu *Ziekow/Windoffer* (Fn. 25), S. 20 f.; *Bausback*, DÖV 2006, 901 (902).

<sup>27</sup> *Kopp/Ramsauer* (Fn. 16), § 54 Rn. 40b.

<sup>28</sup> *Säcker/Wolf*, WRP 2007, 282 (290).

<sup>29</sup> So etwa *Bausback*, DÖV 2006, 901 (902); *Horn/Peters*, BB 2005, 2421; eine einheitliche Unterscheidung findet sich allerdings nicht, vgl. beispielsweise auch *Hetzel/Früchtl*, BayVBl. 2006, 649 (651).

gen Nutzer und den privaten Betreibern.<sup>30</sup> Beim Konzessionsmodell wird einem Privaten dagegen das Recht zur Erbringung bestimmter Leistungen im Rahmen einer öffentlichen Aufgabe eingeräumt, wobei dann Rechtsbeziehungen zwischen dem Nutzer und dem Privaten unmittelbar begründet werden können. Das ist etwa beim sogenannten F-Modell für den Bau, die Erhaltung und den Betrieb von Ingenieurwerken (Tunnel, Brücken und Gebirgspässe) bei Bundesautobahnen und -straßen der Fall. In Deutschland wurden der Warnowtunnel in Rostock und der Herrentunnel in Lübeck auf der Basis des F-Modells errichtet, die in beiden Fällen mit erheblichen wirtschaftlichen Schwierigkeiten konfrontiert waren und sind, da die prognostizierten Nutzerzahlen nicht erreicht wurden. Allerdings sind auch Konzessionsmodelle ohne eine unmittelbare Rechtsbeziehung zum Nutzer denkbar. Denn entscheidend für die Annahme einer Konzession ist die Übernahme eines signifikanten wirtschaftlichen Risikos durch den privaten Partner. Eine solche erfolgt, wie beispielsweise im Rahmen der A-Modelle im Bundesfernstraßenbau, auch dann, wenn der Konzessionär als Gegenleistung für den Ausbau und die Erhaltung der Konzessionsstrecke einen bestimmten im Vorhinein festgelegten Anteil an der dort anfallenden LKW-Maut durch den Bund erhält.<sup>31</sup> Beim Kooperationsmodell hingegen schließen sich öffentliche Hand und Private zusammen, um gemeinschaftlich eine Leistung zu erbringen.

#### IV. Gesetzliche Rahmenbedingungen

Eine eigene, abschließende Regelung des „PPP-Rechts“ findet sich in Deutschland nicht. Bisher beschränken sich die legislativen Aktivitäten vielmehr auf die Anpassung und Ausgestaltung bestehender Vorschriften. Seit längerer Zeit ist zwar ein „PPP-Vereinfachungsgesetz“ in Vorbereitung. Nach dem gegenwärtigen Stand der Planung wird aber auch diese Regelung keine Kodifikation des PPP-Bereichs herbeiführen, sondern vielmehr erneut nur Einzelvorschriften an die PPP-Praxis anpassen.<sup>32</sup>

##### 1. Das FStrPrivFinG

Eine Vorreiterrolle für PPP im Verkehrsinfrastrukturbereich bildet das Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (FStrPrivFinG<sup>33</sup>) aus dem Jahre 1994. Darin wich der Gesetzgeber von der Grundentscheidung ab, öffentliche Straßen in Deutschland traditionell von der öffentlichen Hand zu planen,

zu bauen, zu betreiben, aus öffentlichen Mitteln zu finanzieren sowie der Allgemeinheit unentgeltlich für den Gemeingebrauch zur Verfügung zu stellen.<sup>34</sup> Nach § 1 Abs. 2 FStrPrivFinG kann seither Privaten der Bau, die Erhaltung, der Betrieb und die Finanzierung von Bundesfernstraßen zur Ausführung übertragen werden. Die Refinanzierung des privaten Investors erfolgt durch eine öffentlich-rechtliche Gebühr oder ein privatrechtliches Entgelt.<sup>35</sup>

##### 2. Das ÖPPBeschlG

Mit der Verabschiedung des Gesetzes zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften (ÖPPBeschlG) im Jahr 2005<sup>36</sup> wurden weitere gesetzliche Rahmenbedingungen modifiziert, um so Hemmnisse und Unklarheiten zu beseitigen.<sup>37</sup>

Die Anpassungen konzentrierten sich in erster Linie auf die Modifikation von vergaberechtlichen Vorschriften.<sup>38</sup> Durch Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wurde zunächst Rechtssicherheit für die Subsumtion des bei PPP-Projekten erteilten öffentlichen Auftrags unter den Dienstleistungs- oder Bauvertrag i.S.d. § 99 GWB erreicht. Bei der Einordnung des öffentlichen Auftrags als Dienstleistungsvertrag oder Bauleistung i.S.d. § 99 GWB traten häufig Abgrenzungsschwierigkeiten auf. Solche ergaben sich, weil PPP-Projekte überwiegend eine Vielzahl von verschiedenen Elementen enthalten (beispielsweise den Bau und Betrieb einer Anlage). Nunmehr gilt ein Vertrag insgesamt als Dienstleistungsvertrag, wenn der Wert der Dienstleistung den Wert der Waren übersteigt, § 99 Abs. 7 S. 1 GWB. Selbst wenn der Auftrag neben der Dienstleistung eine Bauleistung umfasst, qualifiziert § 99 Abs. 7 S. 2 GWB den Vertrag als Dienstleistungsvertrag, wenn die Bauleistungen im Verhältnis zum Hauptgegenstand Nebenarbeiten darstellen. Dies entspricht auch den europarechtlichen Vorgaben in Art. 1 Abs. 2 lit. d Vergabekoordinierungsricht-

<sup>30</sup> Bausback, DÖV 2006, 901 (902).

<sup>31</sup> Der Auftraggeber fungiert bei der Entgegennahme der Maut nur als Einzugsstelle, vgl. Leitfaden „Strukturiertes Verhandlungsverfahren für die Vergabe der Betreibermodelle im Bundesfernstraßenbau“, Konzept, Fassung: April 2005, S. 12 ff., abrufbar unter [http://www.vifg.de/downloads/service/2005-04\\_Leitfaden\\_-\\_Strukturiertes\\_Verhandlungsverfahren\\_A-F-Modell\\_Konzept.pdf](http://www.vifg.de/downloads/service/2005-04_Leitfaden_-_Strukturiertes_Verhandlungsverfahren_A-F-Modell_Konzept.pdf) (zuletzt abgerufen am 26.3.2011).

<sup>32</sup> Christen, in: Immenga/Lübbers/Schwintowski (Hrsg.), PPP-Moving Ahead, 2007, S. 55.

<sup>33</sup> Gesetz v. 30.8.1994, BGBl. I 1994, S. 2243.

<sup>34</sup> Steiner, NJW 1994, 3150.

<sup>35</sup> Anfänglich bestand aber für die Investoren darin ein Hemmnis, dass die Finanzierung zunächst ausschließlich anhand einer öffentlich-rechtlichen Gebühr oder eines privatrechtlichen Entgelts, festgesetzt durch eine Rechtsverordnung, geregelt wurde (vgl. dazu Uechtritz/Otting, NVwZ 2005, 1105 [1108]). Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften (ÖPPBeschlG) steht es dem Investor frei, das Projekt durch öffentlich-rechtliche Gebühren oder durch ein privatrechtliches Entgelt zu refinanzieren (§ 2 Abs. 1 S. 4 FStrPrivFinG).

<sup>36</sup> Gesetz v. 1.9.2005, BGBl. I 2005, S. 2676; dazu ein Überblick bei Bausback, DÖV 2006, 901 (902); zu den Auswirkungen Hetzl/Früchtel, BayVBl. 2006, 649.

<sup>37</sup> Gesetzentwurf v. 14.6.2005, BT-Drs. 15/5668, S. 2.

<sup>38</sup> Zum Vergaberecht genauer im zweiten Teil unter V. 7.

linie<sup>39</sup>. Es wird dabei als Indiz der jeweilige Wert des Hauptgegenstandes herangezogen.<sup>40</sup> Bedeutung hat die Abgrenzung für die Schwellenwertermittlung. So sind Bauaufträge gemäß § 2 Nr. 3 VgV erst ab einem Volumen von 4,845 Mio. Euro, Dienstleistungsverträge nach § 2 Nr. 2 VgV hingegen bereits ab 193.000 Euro europaweit ausschreibungspflichtig.

Ferner wurde § 101 GWB entsprechend den europarechtlichen Vorgaben dahingehend ergänzt, dass nunmehr in besonders komplexen Verfahren (beispielsweise bedeutende integrierte Verkehrsinfrastrukturprojekte oder Vorhaben mit komplexer Finanzierung<sup>41</sup>) ein sogenannter wettbewerblicher Dialog stattfinden kann, § 101 Abs. 4 GWB. Einzelheiten werden (inzwischen) in § 3a Abs. 4 VOB/A<sup>42</sup> bzw. § 3 Abs. 7 EG VOL/A<sup>43</sup> geregelt. Bei einem wettbewerblichen Dialog handelt es sich um eine eigenständige Form eines Verhandlungsverfahrens,<sup>44</sup> in dem ermittelt werden soll, wie die Bedürfnisse des staatlichen Auftraggebers am besten erfüllt werden können, § 3 Abs. 7 lit. b S. 1 EG VOL/A. Der öffentliche Auftraggeber hat bei den Verhandlungen dafür zu sorgen, dass die teilnehmenden privaten Unternehmer gleich behandelt werden und dass vertrauliche Informationen nicht zwischen den Privaten weitergegeben werden (§ 3 Abs. 7 lit. b S. 2 und 3 EG VOB/A). Eine Verpflichtung zur Durchführung eines solchen Verfahrens besteht allerdings nicht. Vielmehr kann der öffentliche Auftraggeber zwischen dem wettbewerblichen Dialog und dem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Vergabebekanntmachung frei wählen.<sup>45</sup> Auch dies entspricht im Übrigen den europarechtlichen Vorgaben.

In den vergaberechtlichen Vorschriften wurde zudem sichergestellt, dass sich nunmehr auch der Auftragnehmer bei der Erfüllung seiner Leistungen der Fähigkeiten anderer Unternehmer bedienen kann, § 7 Abs. 9 EG VOL/A. Dies hat gerade für PPP-Projekte den Vorteil, dass sich nunmehr nicht nur Bauunternehmer, sondern auch Investoren und Projektentwickler bewerben können. Freilich müssen diese sicherstellen, dass sie bei einem Zuschlag auf geeignete Bauunternehmer zurückgreifen können.

Zudem wird mit § 6 Abs. 7 EG VOL/A seit dem ÖPP-BeschlG eine Regelung hinsichtlich der Bewerber getroffen, die bereits vor dem Vergabeverfahren beratend tätig waren. Denn ein vorab beratender Bieter ist in der Regel gegenüber

den anderen Bietern insofern im Vorteil, als er bereits mit den einzelnen Gegebenheiten und Erfordernissen der ausgeschriebenen Leistungen vertraut ist und auf Grund dieser Kenntnisse sein Angebot besser oder schneller an die gewünschten Anforderungen anpassen kann (sog. „Projektanfragenproblematik“).<sup>46</sup> Daher sind diese jetzt im Vergabeverfahren ausgeschlossen, wenn sich die Beratung negativ auf die Chancengleichheit im Rahmen des Vergabeverfahrens auswirkt.<sup>47</sup> Allerdings ist die jeweilige Vergabestelle vorrangig verpflichtet, einen wettbewerbsrelevanten Vorteil zu vermeiden. Ein solcher kann beispielsweise dadurch neutralisiert werden, dass auch den übrigen Bietern die wettbewerbsrelevanten Informationen gegeben werden, die der andere bereits im Vorfeld im Rahmen seiner Tätigkeit für den Auftraggeber erhalten hat.<sup>48</sup> Vorab erstellte Unterlagen haben dann keinen negativen Einfluss auf das Vergabeverfahren, wenn diese auch den anderen Bietern zur Verfügung gestellt werden<sup>49</sup> oder wenn eine Wettbewerbsrelevanz des damit verbundenen Informationsvorsprungs ausgeschlossen werden kann.

Des Weiteren wurde die Bundeshaushaltsordnung (BHO) angepasst. Demnach ist die Risikoverteilung bei der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung eines PPP-Projekts zu berücksichtigen. Der private Investor übernimmt während des Lebenszyklus des Projekts Risiken, die er als Kostenfaktor in die Wirtschaftlichkeitsberechnung einstellt. Berücksichtigt man diese von den Privaten eingepreisten Risiken beim haushaltsrechtlich obligatorischen Wirtschaftlichkeitsvergleich mit der konventionellen Eigenrealisierungsvariante des Projekts nicht, stellt sich das Projekt oftmals als unwirtschaftlich dar, was dazu führen kann, dass erforderliche Genehmigungen der zuständigen Gremien der öffentlichen Hand, etwa des Gemeinderats, nicht erteilt werden.<sup>50</sup>

Aber auch steuerrechtliche Vorschriften hemmten vor der Novellierung durch das ÖPPBeschlG in vielen Fällen PPP-Projekte.<sup>51</sup> So unterliegt der Grundstückserwerb durch einen Privaten zum Zweck eines PPP-Projekts zwar grundsätzlich weiterhin der Grunderwerbssteuerpflicht.<sup>52</sup> Wird allerdings eine Immobilie an einen Privaten übertragen und nach der vertraglichen Regelung am Ende der Vertragslaufzeit auf die öffentliche Hand zurückübertragen, sind beide Vorgänge nunmehr nicht mehr Grunderwerbssteuerpflichtig, wenn das Grundstück für eine hoheitliche Tätigkeit oder einen bestimmungsgemäßen Gebrauch durch die Allgemeinheit verwendet wird, § 4 Nr. 9 GrEStG, § 3 Abs. 2 GrStG.

<sup>39</sup> Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge v. 31.3.2004, ABl. EU 2004 Nr. L 134, S. 114 ff., zuletzt geändert durch Verordnung EG 1177/2009, ABl. EU 2009 L 314, S. 64 f.

<sup>40</sup> Vgl. Gesetzentwurf v. 14.6.2005, BT-Drs. 15/5668, S. 11.

<sup>41</sup> Vgl. die Nennung entsprechender Beispiele im Gesetzentwurf v. 14.6.2005, BT-Drs. 15/5668, S. 11.

<sup>42</sup> BAnz. Nr. 155a v. 15.10.2009.

<sup>43</sup> BAnz. Nr. 196a v. 29.12.2009, zuletzt berichtet BAnz. Nr. 32, S. 755 v. 26.2.2010.

<sup>44</sup> Dreher, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, 4. Aufl. 2007, § 101 Rn. 32.

<sup>45</sup> Dreher (Fn. 44); Uechtritz/Otting, NVwZ 2005, 1105 (1107).

<sup>46</sup> Hausmann/v. Hoff, in: Kulartz/Marx/Portz/Pries (Hrsg.), Kommentar zur VOL/A, 2. Aufl. 2011, § 6 EG Rn. 132.

<sup>47</sup> So auch die Linie in der Rechtsprechung des EuGH, Ur. v. 3.3.2005 – verb. Rs. C-21/03 und C-34/03 (Fabricom) = Slg. 2005-I, 1559 Rn. 36, worauf die Gesetzesbegründung ausdrücklich Bezug nimmt, vgl. Gesetzentwurf v. 16.6.2005, BT-Drs. 15/5668, S. 12.

<sup>48</sup> Hausmann/v. Hoff (Fn. 46), § 6 EG Rn. 134.

<sup>49</sup> Behrens, NZBau 2006, 752 (755).

<sup>50</sup> Uechtritz/Otting, NVwZ 2005, 1105 (1110).

<sup>51</sup> Gesetzentwurf v. 14.6.2005, BT-Drs. 15/5668, S. 10.

<sup>52</sup> Gesetzentwurf v. 14.6.2005, BT-Drs. 15/5668, S. 16.

## V. Materiell-rechtliche Probleme bei PPP-Projekten

### 1. EU-Recht

Steht ein bestimmter Privatisierungsvorgang an, muss vor der Ausgestaltung dessen rechtliche Zulässigkeit überprüft werden. Dabei wird eine Privatisierung jedenfalls nicht durch das EU-Recht unterbunden. Art. 345 AEUV lässt die Eigentumsordnung der Mitgliedsstaaten vielmehr unberührt. Freilich hat die öffentliche Hand bei der Vergabe der Partnerschaften die Bedeutung der Marktfreiheiten und damit das europäisierte Vergaberecht zu beachten.<sup>53</sup> Dies wurde mit dem bereits erwähnten ÖPPBeschlG nochmals bekräftigt. Zusätzlich hat die öffentliche Hand die Vorschriften über das Europäische Beihilfenrecht nach Art. 107 ff. AEUV zu befolgen. Einschlägige Entscheidungen des EuGH haben klare Linien zur Beachtung der Vorschriften über öffentliche Beihilfen gerade im Rahmen der Daseinsvorsorge getroffen.<sup>54</sup> Damit wird weniger das „Ob“ als vielmehr das „Wie“ einer Privatisierung unionsrechtlich gesteuert. Im Einzelfall kann allerdings durch die unionsrechtlichen Vorgaben ein mittelbarer Privatisierungszwang entstehen, weil sich etwa angesichts der strengen Kontrolle von Subventionsflüssen durch das EU-Beihilfenrecht und in Anbetracht des unionsrechtlich induzierten Wettbewerbsschutzes eine (rein) öffentliche Organisationsform der Aufgabenerfüllung als nicht mehr durchführbar erweist.

### 2. Art. 20 Abs. 2 und 33 Abs. 4 GG

(Moderate) Schranken folgen allerdings aus dem nationalen Verfassungsrecht. Aus dem Gebot der demokratischen Legitimation (Art. 20 Abs. 2 GG) wird regelmäßig abgeleitet, dass im Rahmen eines PPP-Projekts bei dem Exekutivorgan eine effektive Steuerungsmöglichkeit verbleiben muss.<sup>55</sup> Dem genügen aber Weisungs- und Aufsichtsbefugnisse.<sup>56</sup> Nach Art. 33 Abs. 4 GG ist zwar die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse grundsätzlich den Angehörigen des öffentlichen Dienstes vorenthalten, was dem Erlass sachlicher, neutraler sowie rechtsgebundener Verwaltungsentscheidungen dient. Schon nach dem Wortlaut gilt dies aber nur „in der Regel“, so dass Ausnahmen denkbar sind. Dabei unterbindet Art. 33 Abs. 4 GG nur, dass die jeweiligen Hoheitsbefugnisse nicht auf Dauer zur ständigen Ausübung auf Private übertragen werden. Danach scheidet etwa die Verkehrsüberwachung durch Private oder die Einführung einer Privatpolizei schon an Art. 33 Abs. 4 GG. Die hier relevanten PPP-Projekte bleiben davon jedoch im Wesentlichen unberührt. Als Beispiel für die weit reichende diesbezügliche Gestaltungsfreiheit ist die fortschreitende Privatisierung im Bereich der Organisation des Strafvollzugs zu nennen. Dabei werden Privaten Dienstleistungstätigkeiten ohne Eingriffsbefugnisse bis hin zur Errichtung und zur Organisation des Betriebs einer Jus-

tizvollzugsanstalt übertragen. Der Strafvollzug selbst bleibt von Verfassungs wegen aber dem Staat vorbehalten.<sup>57</sup>

### 3. Schranken aus der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung

Auf den ersten Blick könnte ferner vermutet werden, dass die verfassungsrechtliche Zuweisung von Staats- und Verwaltungsaufgaben im Grundgesetz Privatisierungsmaßnahmen enge Grenzen setzt.

Im Einzelnen regeln zwar die Art. 70 ff. und Art. 83 ff. GG konkret, welche Aufgaben von wem zu erfüllen sind. So ergeben sich in den Gebieten der bundeseigenen Verwaltung nach den Art. 87 ff. GG Einschränkungen für Privatisierungen, da das Grundgesetz den Bund hier zur Verwaltung eines Bereichs verpflichtet und dadurch die Materie zugleich als Staatsaufgabe definiert.<sup>58</sup> Dennoch folgen daraus hinsichtlich einer Privatisierung kaum nennenswerte Grenzen. Denn zum einen ist das thematische Spektrum der hoheitlichen Aufgaben beschränkt und kann im Übrigen auch im Wege der Grundgesetzänderung modifiziert werden, wenn ein entsprechendes Privatisierungsbedürfnis besteht. So wurde beispielsweise im Bereich der hoheitlichen Luftverkehrsverwaltung die Flugsicherung aufgrund des europarechtlichen Liberalisierungsdrucks einer Dienstleistung durch ausländische (gegebenenfalls privatwirtschaftlich organisierte) Entitäten geöffnet. So können gemäß dem mit Grundgesetzesänderung vom 29.7.2009<sup>59</sup> eingefügten Art. 87d Abs. 1 S. 2 GG Aufgaben der Flugsicherung auch durch ausländische Flugsicherungsorganisationen wahrgenommen werden, die nach dem EU-Recht zugelassen sind.

Im Übrigen schließt die Zuweisung als Aufgabe der bundeseigenen Verwaltung zwar aus, dass die Aufgabe an sich auf Private übertragen wird (so bei der Bundeswehrverwaltung nach Art. 87b GG, der Luftverkehrsverwaltung nach Art. 87d GG, den Bundeswasserstraßen gem. Art. 89 GG und der Finanzverwaltung nach Art. 108 GG). Daraus lassen sich aber nicht unbedingt Einschränkungen hinsichtlich einer privatrechtlichen Organisationsform bzw. in Bezug auf die Einbindung Privater ableiten.<sup>60</sup> Als entscheidend stellt sich demnach zum einen heraus, welche Aufgaben noch unter den Begriff der „Verwaltung“ in diesem Sinne der öffentlichen Hand vorbehalten bleiben. Zum anderen ist von Bedeutung, wann noch von einer „Bundesverwaltung“ ausgegangen werden kann. Letzteres war mit Blick auf die Privatisierung der Flugsicherung im Rahmen des Art. 87d Abs. 1 GG a.F. hoch umstritten.<sup>61</sup> Dabei war streitig, wie weit ein staatlicher Rückzug zulässig war und in welchem Umfang hoheitliche

<sup>53</sup> Dazu umfassend *Theobald/Michaels* (Fn. 3), Kap. 3.

<sup>54</sup> *Bausback*, DÖV 2006, 901 (905) m.w.N.

<sup>55</sup> *Schoch*, Jura 2008, 672 (680).

<sup>56</sup> *BremStGH*, Urt. v. 15.1.2002 – St 1/01 = NVwZ 2003, 81 (83).

<sup>57</sup> Vgl. hierzu schon: *Roquette/Butcher*, in: *Roquette/Otto* (Hrsg.), *Vertragshandbuch Privates Baurecht*, 2005, Kap. F I. Anhang: Justizvollzugsanstalten.

<sup>58</sup> *Tams*, NVwZ 2006, 1226 (1228).

<sup>59</sup> BGBl. I 2009, S. 2247.

<sup>60</sup> Vgl. dazu mit Blick auf die Diskussion um die Flugsicherung *Stober*, NJW 2008, 2301 (2305); *Uerpmann*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 3, 5. Aufl. 2003, § 87d Rn. 11 f.

<sup>61</sup> *Tams*, NVwZ 2006, 1226 (1228).

Ingerenzmöglichkeiten erforderlich sind. Nach dem vom damaligen Bundespräsidenten Köhler beanstandeten Gesetz sollte es möglich sein, das Kapital sowie Aufgaben der Deutschen Flugsicherung GmbH zu privatisieren.<sup>62</sup> Dabei war man sich über die Zulässigkeit einer Organisationsprivatisierung einig, kontrovers wurde hingegen die Funktionsprivatisierung gesehen. Einige sahen eine Beleihung von Privaten nicht mehr von dem Erfordernis einer „bundeseigenen Verwaltung“ in Art. 87d Abs. 1 GG a.F. als gedeckt an.<sup>63</sup> Die Gegenansicht ging mit dem Gesetzentwurf davon aus, dass eine solche Beleihung durchaus möglich ist, sei es durch eine extensive Auslegung des Begriffes der bundeseigenen Verwaltung oder die Einordnung des Art. 87d Abs. 1 GG a.F. als rein föderale Kompetenznorm.<sup>64</sup> Die Neufassung des Art. 87d Abs. 1 S. 2 GG beendete diesen Streit.

Entscheidender ist im Übrigen der verfassungsrechtliche „Rückzug“ im Bereich der Aufgabenerfüllung selbst. Am deutlichsten ist dies in der Post- und Telekommunikationsordnung. Hier ist nur noch die „Regulierung“ selbst eine hoheitliche Aufgabe. Die eigentliche Dienstleistung erfolgt hingegen gemäß Art. 87f Abs. 2 GG grundsätzlich durch Private. Ähnliches gilt für das Eisenbahnwesen nach Art. 87e Abs. 3 S. 2 GG.<sup>65</sup> Bei einer Privatisierung der Eisenbahn ist allerdings zu beachten, dass nach Art. 87e Abs. 3 S. 2 GG das Eigentum an der Eisenbahninfrastruktur(-gesellschaft) zumindest mehrheitlich beim Bund verbleiben muss. Dies beschränkt die Möglichkeiten einer vollständigen Privatisierung, schließt aber PPP-Projekte gerade nicht aus.

Die erwähnten Regelungen der Verwaltungskompetenzen (Art. 83 ff. GG) schränken damit lediglich das „Wie“ der Ausgestaltung von PPP-Projekten dahingehend ein, dass die öffentliche Hand in den wenigen verbleibenden – wirtschaftlich relevanten – bundeseigenen Verwaltungsbereichen hinreichende Ingerenzmöglichkeiten behalten muss. Daraus folgt auch, dass jedes Projekt einzeln auf seine rechtliche Zulässigkeit hin zu überprüfen ist. Dabei gibt die Verfassung einen erheblichen Spielraum für Privatisierungsentscheidungen. Nennenswerte Beschränkungen für PPP-Projekte gehen damit kaum einher. So ist bei einer gesellschaftsrechtlichen Organisationsform die Sicherstellung einer hinreichend einflussreichen Position ausreichend, in der Regel also das Halten der Mehrheit der Gesellschaftsanteile. Nichts anderes kann für PPP-Projekte bei Infrastrukturmodellen im Bereich der Bundesautobahnen und -fernstraßen gemäß Art. 90 Abs. 1 GG gelten, wobei hier die Ausgestaltung der Auftragsverwaltung nach Art. 90 Abs. 2 GG zusätzlich zu beachten ist. Versuche, eine darüber hinausgehende Beschränkung der Privatisierung anhand der Verfassung zu konstruieren, können als gescheitert angesehen werden.

<sup>62</sup> Vgl. dazu BT-Drs. 16/240.

<sup>63</sup> Statt vieler *Baumann*, DVBl. 2006, 332 (335).

<sup>64</sup> Genauer dazu *Tams*, NVwZ 2006, 1226 (1228) m.w.N.

<sup>65</sup> Dazu *Uerpman* (Fn. 60), Art. 87e Rn. 7 ff. und Art. 87f Rn. 14 ff.

#### 4. Schranken aus Grundrechten

Schließlich ergeben sich auch aus den Grundrechten im Rahmen der Einbindung in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben rechtliche Anforderungen an PPP-Modelle, die allerdings gleichermaßen sehr gering sind.<sup>66</sup>

#### 5. Kommunalrechtliche Schranken

Auf kommunaler Ebene ist zunächst zu beachten, dass es sich bei PPP-Projekten oftmals um kreditähnliche Geschäfte handelt, die nach den kommunalrechtlichen Vorschriften der Länder einer Genehmigung durch das Verwaltungsorgan der Kommune bedürfen.<sup>67</sup> Diese Genehmigung kann nur erteilt werden, wenn der Nachweis geführt wird, dass das Projekt in wirtschaftlicher Hinsicht tragfähig ist.<sup>68</sup> Ferner sind den Kommunen bei der Gewinnerzielung in den Landeskommunalordnungen strenge Grenzen gesetzt.<sup>69</sup> Das verfassungsrechtlich garantierte Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden (Art. 28 Abs. 2 GG) stellt dagegen eine lediglich schwache Grenze für PPP-Projekte dar. Aus der dortigen Aufgabenzuweisung folgt jedenfalls, dass den Kommunen durch die Privatisierung nicht die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft völlig entzogen werden dürfen.<sup>70</sup> Gerade bei Modellen der kommunalen Daseinsvorsorge wird daher ein Kernbereich bei der Kommune selbst reklamiert, ohne dass dies allerdings zu nennenswerten Schranken bei der Entwicklung, insbesondere von PPP-Projekten, geführt hätte.<sup>71</sup> Aus der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie lässt sich keineswegs ein Verbot von PPP-Strukturen ableiten. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung<sup>72</sup> ist die Entscheidung einer kommunalen Körperschaft darüber, ob sie ihre Aufgaben in der rechtlichen Gestalt der öffentlichen Verwaltung oder in den verschiedenen Formen der Privatisierung erfüllt, vielmehr eine ihrerseits durch die in Art. 28 Abs. 2 GG enthaltene kommunale Selbstverwaltungsgarantie geschützte Organisationsentscheidung. Den Kommunen wird dabei – teilweise sogar ausdrücklich<sup>73</sup> – vorgeschrieben, den Vorrang

<sup>66</sup> Vgl. auch *Theobald/Michaels* (Fn. 3), Kap. 3 Rn. 26.

<sup>67</sup> *Schäfer/Karthaus*, in: *Weber/Schäfer/Hausmann* (Hrsg.), *Praxishandbuch Public Private Partnership*, 2006, S. 203 ff.; ausdrücklich etwa § 64 Abs. 1 ThürKO und Art. 72 Abs. 1 BayGO.

<sup>68</sup> *Uechtritz/Otting*, NVwZ 2005, 1105 (1111); ausdrücklich z.B. Art. 71 Abs. 2 S. 2 BayGO, § 87 Abs. 2 S. 2 BWGemO, § 85 Abs. 2 S. 2 BbgGO.

<sup>69</sup> Dazu BVerfG, *Beschl. v. 8.7.1982 – 2 BvR 1187/80 = NJW 1982, 2173 (2175)*.

<sup>70</sup> *Schäfer/Karthaus* (Fn. 67), S. 194.

<sup>71</sup> *Theobald/Michaels* (Fn. 3), Kap. 3 Rn. 29.

<sup>72</sup> BVerwG, *Beschl. v. 23.11.1998 – 8 B 173-98 = NVwZ 1999, 653*.

<sup>73</sup> So ausdrücklich als Grundsatz in Art. 61 Abs. 2 S. 2 BayGO; § 100 Abs. 3 S. 1 BbgGO; § 121 Abs. 7 HGO; § 2 Abs. 1 S. 3 GemO SH und bezogen auf die Gründung von gemeindlichen Unternehmen § 102 Abs. 1 Nr. 3 BWGemO; § 107 Abs. 1 Nr. 3 GO NRW; § 68 Abs. 1 Nr. 3 KV M-V;

einer Privatwirtschaftlichkeit zu prüfen.<sup>74</sup> Aber auch die sonstigen Grenzen für kommunale PPP-Projekte sind am Haushaltswirtschaftsrecht der jeweiligen Gemeindeordnungen zu messen.<sup>75</sup> Die Überführung der Erfüllung von freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben der Gemeinde (wie beispielsweise Sportanlagen, Theater und Museen) in ein PPP-Modell liegt demnach im pflichtgemäßen Ermessen der Gemeinde.

#### 6. Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit

Auf allen Ebenen hat ferner das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit große Bedeutung. Die Verpflichtung ergibt sich für den Bund aus Art. 114 Abs. 2 GG und einfachgesetzlich aus § 7 BHO. Auch in den Landeshaushaltsordnungen finden sich entsprechende Vorschriften.<sup>76</sup> § 7 Abs. 1 S. 2 BHO verpflichtet zu der Prüfung, ob und „inwieweit staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten durch Ausgliederung und Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden können.“ Daraus ergibt sich, dass grundsätzlich jede denkbare Privatisierungsmöglichkeit in Betracht gezogen werden sollte. Ferner folgt daraus unmittelbar, dass stets Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen zur Umsetzung dieser Instrumente durchgeführt werden müssen. Nur wenn dieser Wirtschaftlichkeitsvergleich zugunsten der PPP-Variante zur Realisierung des Projekts ausfällt, ist deren Umsetzung haushaltsrechtlich zulässig. Die zutreffende Spiegelung der Risikoverteilung im Rahmen der Ermittlung der Kosten der konventionellen Eigenrealisierungsvariante ist eines der Schlüsselprobleme bei dem für die Realisierung von PPP-Projekten entscheidenden Wirtschaftlichkeitsvergleich. So sind beispielsweise auch etwaige Versicherungskosten, die in einem Projekt auf privater Seite anfallen, in die Eigenrealisierungsvariante einzubeziehen, obgleich die öffentliche Hand Risiken überkommener Weise nicht versichert. Denn nur auf diese Weise werden die betreffenden Kosten für die Deckung des Risikos auch dem jeweiligen Projekt individuell zugeordnet und bilden somit dessen konkrete Kosten ab. In der Praxis zeigt sich allerdings, dass Wirtschaftlichkeitsvergleiche ex ante mit großen Bewertungsspielräumen einher gehen. Daher sind entsprechende Ex-post-Vergleiche für die künftigen verstärkten Rückgriff auf PPP-Projekte umso wichtiger.

#### 7. Vergaberechtliche Vorgaben

##### a) Exkurs: Sinn und Zweck des Vergaberechts

Kenntnisse des Vergaberechts können bei einem Juristen in der Ausbildung nicht vorausgesetzt werden, jedenfalls sofern die Materie nicht in einem Schwerpunktbereich behandelt

wurde.<sup>77</sup> Daher seien vorliegend der Sinn und die grundsätzliche Funktionsweise des Vergaberechts knapp umrissen. Unter dem Vergaberecht versteht man die Gesamtheit der Normen, die der öffentlichen Hand einen bestimmten Ablauf bei der Beschaffung von Gütern und Leistungen vorschreiben.<sup>78</sup> Sinn und Zweck des Vergaberechts ist zweierlei: Einerseits soll die Vergabe öffentlicher Aufträge in einem transparenten, diskriminierungsfreien und wettbewerbs-offenen sowie formalisierten Verfahren helfen, den wirtschaftlichsten Auftragnehmer zu identifizieren und so die Haushalte schonen. Andererseits stellt die Nachfragemacht der öffentlichen Hand einen bedeutenden Wirtschaftsfaktor dar. Die Bevorzugung einzelner Anbieter kann erhebliche Wettbewerbsverzerrungen bedingen. Entscheidend kommt es im Übrigen auf die Auftragsvolumina an. So greift unterhalb bestimmter Schwellenwerte nach wie vor lediglich der Rechtsrahmen des Haushaltsrechts. Oberhalb entsprechender Schwellenwerte erfolgt hingegen ein recht kompliziertes Ineinandergreifen verschiedener Regelungsregime: Im Vordergrund stehen die einfachgesetzlichen Vorgaben aus den Vergaberechtsrichtlinien der EU, die im deutschen Recht im GWB, in der Vergabeverordnung und in den so genannten Vergabe- und Vertragsordnungen umgesetzt sind. Überwölbt werden diese von den überlagernden Vorgaben aus dem EU-Primärrecht und hier insbesondere aus den EU-Grundfreiheiten, dem sogenannten EU-Vergabeprimärrecht.<sup>79</sup>

##### b) Rechtliche Grenzen bei PPP-Projekten durch das Vergaberecht

Das Vergaberecht ist grundsätzlich dann anwendbar, wenn sich ein öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 98 GWB wirtschaftlich betrachtet von einem Dritten Leistungen beschafft und der Auftrag die gemäß § 97 Abs. 6 GWB in Verbindung mit § 100 Abs. 1 GWB in § 2 VgV festgelegten Schwellenwerte erreicht. Davon ist für den weit überwiegenden Teil der PPP-Projekte auszugehen.

PPP-Projekte enthalten oftmals die Beschaffung einer Bauleistung i.S.d. § 99 GWB (Errichtung oder Sanierung von Gebäuden). Unter den Begriff des öffentlichen Bauantrags fallen dabei auch Baukonzessionen, die eine Vergütung nicht in Geld, sondern durch Übertragung eines Nutzungsrechts beinhalten. Unter einen „Dienstleistungsauftrag“ i.S.d. § 97 GWB fallen im Bereich von PPP dagegen insbesondere Verträge, deren Schwerpunkt auf Betreiber-, Facility-Management- und Finanzierungsleistungen liegt. Regelmäßig werden PPP-Projekte vor dem Hintergrund der damit verbundenen Komplexität des Auftragsgegenstandes im Rahmen des flexibleren Verhandlungsverfahrens oder des wettbewerblichen Dialogs vergeben. Ein spezifisches Vergabe-

§ 108 Abs. 1 Nr. 3 NGO; § 85 Abs. 1 Nr. 3 RhPfGemO; § 97 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SächsGO; § 71 Abs. 1 Nr. 4 ThürKO.

<sup>74</sup> Bausback, DÖV 2006, 901 (902); Schäfer/Karthaus (Fn. 67), S. 196 f.

<sup>75</sup> Schäfer/Karthaus (Fn. 677), S. 199 ff.

<sup>76</sup> Vgl. jeweils Art./§ 7 Abs. 1 der Haushaltsordnungen der Länder.

<sup>77</sup> Eine umfassende Einführung und Erläuterung geben Kühling/Lehberg, Jura 2009, 835.

<sup>78</sup> So Jasper/Marx in der Einleitung der Gesetzestextsammlung Jasper/Marx, Vergaberecht, 13. Aufl. 2011, S. IX.

<sup>79</sup> Vgl. dazu zuletzt ausführlich Kühling/Huerkamp, in: Säcker (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Vergaberecht, 2011, Vor § 97 (im Erscheinen).

rechtsregime für die Vergabe von PPP-Projekten gibt es jedoch nicht.

Der Rigor des Vergaberechts führt häufig zu Problemen bei der Abwicklung von PPP-Projekten, insbesondere wenn schon für das Aufsetzen des Projekts extern (privates) Know-How erforderlich ist. Deshalb haben die verschiedenen PPP-bezogenen Gesetzesnovellen stets die vergaberechtlichen Aspekte im Blick gehabt.<sup>80</sup> Trotz erster Verbesserungen bleibt es aber dabei, dass die aus dem Blickwinkel des Wettbewerbsschutzes zwingend erforderlichen und die Qualität von PPP-Projekten regelmäßig optimierenden Ausschreibungspflichten und -mechanismen ein zweiseitiges Schwert darstellen. Dies wurde zuletzt deutlich an der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zu den vergaberechtlichen Implikationen des kooperativen Städtebaus<sup>81</sup>, die als problematischer Hemmschuh für diese Form der Zusammenarbeit von öffentlicher Hand und privaten Investoren wirkte.<sup>82</sup> Hier hatte das Gericht festgestellt, dass der Verkauf (!) eines Grundstücks durch die öffentliche Hand einen ausschreibungspflichtigen Vorgang darstellt, wenn die öffentliche Hand zugleich gewisse Vorgaben bezüglich der späteren Bebauung macht, beispielsweise die Nutzungsform „Wellness- und Erlebniszentrum“ festlegt. Diese Rechtsprechung wurde allerdings durch ein jüngeres Urteil des EuGH weitgehend relativiert.<sup>83</sup>

#### 8. PPP-Projekte und Transparenz

Ein weiteres, bisher noch nicht gelöstes Problem stellt die überwiegend fehlende Transparenz der PPP-Projekte dar. In aller Regel besteht keine Möglichkeit, die zentralen Dokumente zur Beurteilung der Planungen für neue Projekte und der Erfahrungen mit gestarteten Vorhaben einzusehen, um diese einer kritischen Prüfung durch die Öffentlichkeit zu unterziehen. Die derzeitige Intransparenz ist nicht zuletzt Folge der Ausgestaltung der Informationsfreiheitsgesetze – sowohl des Bundes (nachfolgend IFG-Bund) als auch auf Länderebene. Zwar gilt grundsätzlich, dass die Gewährung von Zugang zu behördlichen Informationen die Regel ist und die Verwehrung des Zugangs die Ausnahme. Diese Regelung sollte einen Paradigmenwechsel einläuten, galt doch zuvor, dass behördliche Informationen grundsätzlich nicht öffentlich sind, es sei denn, es besteht ein spezialgesetzlich normierter Auskunftsanspruch (sogenannte „Arkantradition“). Um diesen neuen Grundsatz der Zugangsgewährung nicht ausufern zu lassen, wurden allerdings zahlreiche Ausnahmetatbestände eingeführt (§§ 3-6 IFG-Bund). Ist einer der hier aufgeführten Fälle einschlägig, kann das Recht auf Informationszugang eingeschränkt oder ganz verwehrt werden. Die verschiedenen Paragraphen enthalten hierbei unterschiedliche Tatbestände, nach denen eine Einschränkung vorgenommen werden kann. Im Hinblick auf PPPs sind vor allem § 3 Nr. 6 Alt. 1 und § 6

<sup>80</sup> Siehe insbesondere IV. 2.

<sup>81</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.6.2007 – VII-Verg 2/07 = NZBau 2007, 530.

<sup>82</sup> Dazu exemplarisch Kühling, JZ 2008, 1117.

<sup>83</sup> EuGH, Urt. v. 25.3.2010 – Rs. C-451/08 = NJW 2010, 2189; dazu Kühling, NVwZ 2010, 1257.

S. 2 IFG-Bund relevant. § 3 Nr. 6 Alt. 1 IFG-Bund schränkt den Informationsanspruch ein, „wenn das Bekanntwerden der Informationen geeignet wäre, fiskalische Interessen des Bundes im Wirtschaftsverkehr [...] zu beeinträchtigen“. § 6 S. 2 IFG-Bund schreibt vor, dass Zugang zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nur gewährt werden darf, „soweit der Betroffene eingewilligt hat“. Dies bedeutet, dass das Ziel des Gesetzes, das Verwaltungshandeln des Bundes transparenter zu gestalten<sup>84</sup>, nur unzureichend erreicht wird. Damit einhergehend ist festzustellen, dass aufgrund der gesetzlichen Regelung die für die wichtige demokratische Kontrolle erforderlichen Informationen nur unvollständig dem Bürger zur Verfügung stehen. Ein möglicher erster Vorbote einer zu begrüßenden „informationsfreiheitsfreundlicheren“ Interpretation der Informationsfreiheitsgesetze könnte allerdings eine jüngere Entscheidung des OVG Münster zum nordrhein-westfälischen IFG darstellen.<sup>85</sup> In diesem Fall hat das OVG Münster trotz der betroffenen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bei den besonders problematischen „Cross-Border-Leasing“-Verträgen von kommunalen Anlagen einen Informationszugangsanspruch angenommen.

Ein aktuelles Beispiel im Hinblick auf den Streit über die Transparenz von PPP-Projekten betrifft die Berliner Wasserbetriebe. Im Jahr 1999 verkaufte das Land Berlin 49,9 % seines Wasserversorgers an private Unternehmen. In der Folgezeit wurden die stark gestiegenen Wasserpreise als unbefriedigend empfunden.<sup>86</sup> Eine Einsicht des entsprechenden im Rahmen der Teilprivatisierung abgeschlossenen Vertragswerks wurde zunächst mit Blick auf die geschützten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse abgelehnt. Eine Gruppe Berliner Bürger erreicht dann die Durchführung eines Volksentscheids über die weit gehende Offenlegung der Verträge über die Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe bzw. über die gesetzliche Anordnung der Unwirksamkeit nicht entsprechend veröffentlichter Verträge. Das Abstimmungsergebnis war beeindruckend: 98,2 % sprachen sich für die Offenlegung aus bei einer Beteiligung von 27,5 %.<sup>87</sup>

#### VI. Rückabwicklung, Prozessuales

Schwierigkeiten entstehen oftmals nicht nur bei der rechtlichen Begleitung der Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ eines PPP-Projekts, sondern auch bei der Rückabwicklung von PPP-Projekten.

##### 1. Rechtsweg

Kommt es insoweit zu Streitigkeiten, ist oftmals schon der einschlägige Rechtsweg fraglich. Je nach dem Inhalt der Streitigkeit ist entweder die Verwaltungsgerichtsbarkeit oder

<sup>84</sup> BT-Drs. 15/4493, S. 1.

<sup>85</sup> OVG Münster, Beschl. v. 3.5.2010 – 13a F 31/09 = NVwZ 2010, 1044.

<sup>86</sup> Zwischenzeitlich hat auch das Bundeskartellamt festgestellt, dass die Preise im „unteren zweistelligen Prozentbereich“ überhöht sind, vgl. FAZ v. 10.3.2011, S. 12.

<sup>87</sup> Weitere Hinweise finden sich unter <http://www.wahlen-berlin.de/> (zuletzt aufgerufen am 26.3.2011).

die Zivilgerichtsbarkeit zuständig. Entscheidend ist dabei, ob der Schwerpunkt der streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen oder des privaten Rechts betrifft, § 40 VwGO, § 13 VVG.<sup>88</sup> Daraus folgt, dass bei klassischen öffentlich-rechtlichen Verträgen grundsätzlich die Verwaltungsgerichtsbarkeit zuständig ist. Oft handelt es sich bei PPP-Verträgen aber um privatrechtliche Verträge mit werk-, dienstleistungs-, kauf- oder mietvertraglichen Elementen, so dass die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gegeben ist.

Eine Ausnahme besteht schließlich für Streitigkeiten in Bezug auf das Vergabeverfahren. Dritte haben sich bei solchen Streitigkeiten zunächst in einem Nachprüfungsverfahren an die jeweilige landesspezifische Vergabekammer zu wenden (§§ 104, 107 ff. GWB). Jene entscheiden gerichtsähnlich verselbstständigt, sind aber organisatorisch regelmäßig den Bezirksregierungen oder Regierungspräsidien, teilweise aber auch unmittelbar einem Ministerium zugeordnet. Gegen deren Entscheidung ist die sofortige Beschwerde an das für den Sitz der Vergabekammer zuständige Oberlandesgericht (Vergabesenat) statthaft, § 116 GWB. In der Praxis gibt es bei PPP-Projekten häufig Schwierigkeiten mit sogenannten De-facto-Vergaben, bei denen trotz bestehender Ausschreibungspflichten aus dem EU-Sekundärvergaberecht bzw. GWB-Kartellrecht oder dem EU-Primärvergaberecht keine entsprechenden wettbewerblichen Verfahren durchgeführt werden.

## 2. Vorzeitige Beendigung des Vertrags

Ein PPP-Projekt ist regelmäßig auf eine mehrjährige Vertragsdauer hin angelegt. Beiden Vertragsparteien ist demnach grundsätzlich daran gelegen, dass diese Vertragsdauer erfüllt wird. Daraus folgt, dass oftmals ein ordentliches Kündigungsrecht von den Parteien ausgeschlossen wird. Indessen bleibt beiden Vertragsparteien ein außerordentliches Kündigungsrecht, das nach dem allgemeinen Gesetz (§ 314 BGB) zur Kündigung aus „wichtigem Grund“ berechtigt. Hilfreich und üblich ist es, in das Vertragswerk Regelbeispiele für derartige wichtige Gründe aufzunehmen.<sup>89</sup> In einem Mustervertrag des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen wird beispielsweise in einem solchen Fall sowie bei einem Verschulden auf Seiten des Privaten<sup>90</sup> vorgeschlagen, die Ersatzansprüche auf bereicherungsrechtliche Vorschriften zu begrenzen. Damit scheidet eine Entschädigung für den entgangenen Gewinn aus. Vielmehr ist lediglich der objektive Verkehrswert, den die Leistung zu diesem Zeitpunkt für die öffentliche Hand hat, zu ersetzen, § 818 Abs. 2 BGB. Hat einer der Vertragsparteien die Kündigung hingegen verschuldet, ist darüber hinaus Schadensersatz zu leisten, wozu auch der entgangene Gewinn zählt, § 252 BGB.<sup>91</sup>

Auf der anderen Seite kann es aber bei manchen PPP-Projekten für die öffentliche Hand auch von Bedeutung sein, dass im PPP-Vertrag extrem weite und großzügige ordentli-

che Kündigungsrechte vereinbart werden. Schon aus politischen Gründen kann gerade bei der Daseinsvorsorge seitens der öffentlichen Hand eine vertragliche Schlechtleistung regelmäßig nicht hingenommen werden.<sup>92</sup>

Dennoch muss berücksichtigt werden, dass der private Partner regelmäßig große Summen in das Projekt investiert hat, so dass bei einem Vertragsverstoß ein gänzlicher Verweis auf ein Kündigungsrecht ohne Verpflichtung zum Schadensersatz nicht mehr als gerechtfertigt angesehen werden kann.<sup>93</sup> Hieraus folgt auch der Umstand, dass in praxi Kündigungsgründe bei Vertragsbrüchen der öffentlichen Hand verglichen mit dem privaten Vertragspartner eingeschränkter sind und letzterem eher ein Schadensersatzanspruch zugestanden wird.<sup>94</sup> Hat die öffentliche Hand den wichtigen Grund zu vertreten, so hat diese jedenfalls alle am Projekt Beteiligten, unabhängig von einer Vertragsbeendigung (vgl. etwa § 314 Abs. 4 BGB), vollständig zu entschädigen.<sup>95</sup> Freilich kann jede der Parteien die Rechtmäßigkeit der einseitigen Lösung des Vertrags gerichtlich überprüfen lassen.

## VII. Fazit und Ausblick

Deutschland steht bei der Durchführung von PPP-Modellen im europäischen Vergleich (vor allem zu Großbritannien) noch relativ am Anfang der Entwicklung. Steigende Investitionen, die flächendeckende Einrichtung der PPP-Task-Forces auf Bundes- und Länderebene<sup>96</sup> sowie Kodifizierungsforderungen in der rechtswissenschaftlichen und rechtspolitischen Literatur zeugen aber von deren Entwicklungspotential. Dabei bieten PPP-Projekte gerade bei stark belasteten öffentlichen Haushalten eine Möglichkeit, Effizienzpotenziale zu erschließen. Allerdings hängt hier vieles vom Einzelfall ab. So divergiert die Effizienz von PPP-Modellen nach Sektoren, PPP-Modellen, rechtlichen und politischen Rahmenbedingungen etc. erheblich.

Die fehlende umfassende gesetzliche Regelung der Kooperation zwischen öffentlicher Hand und Privaten tut dem Erfolg der PPP-Modelle dabei keinen Abbruch. Gerade aus diesem Umstand ergibt sich, dass sich diese Partnerschaften dynamisch fortentwickeln und nicht einem starren System rechtlicher Bedingungen unterworfen sind.<sup>97</sup> Den Parteien bleibt es bei dem konkreten Projekt im Detail vorbehalten, die Beziehung vertraglich so zu regeln, wie es für beide Seiten von Vorteil ist. Ein in weiten Teilen akzeptabler äußerer rechtlicher Rahmen ist ihnen im Übrigen bereits mit den allgemeinen Vorschriften gesetzt – wobei die Erfahrung gleichwohl zeigt, dass die verbleibenden Rechtsunsicherheiten in einzelnen Bereichen die Transaktionskosten von PPP-Projekten steigern. Das Erfassen der rechtlichen Probleme

<sup>92</sup> *Roquette/Butcher* (Fn. 57), Kap. F III. Rn. 85.

<sup>93</sup> *Roquette/Butcher* (Fn. 57), Kap. F III. Rn. 88.

<sup>94</sup> *Roquette/Butcher* (Fn. 57), Kap. F III. Rn. 91.

<sup>95</sup> Vgl. *Roquette/Butcher* (Fn. 57), Kap. F III. Rn. 93; vgl. auch *Horn/Peters*, BB 2005, 2421 (2426).

<sup>96</sup> Vgl. beispielsweise zur Task-Force auf Bundesebene die Hinweise abrufbar unter <http://www.partnerschaften-deutschland.de> (zuletzt aufgerufen am 26.3.2011).

<sup>97</sup> So schon *Bausback*, DÖV 2006, 901 (907).

<sup>88</sup> *Höfling/Krings*, JuS 2000, 625 (627); *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2009, Rn. 123.

<sup>89</sup> Vgl. *Horn/Peters*, BB 2005, 2421 (2425).

<sup>90</sup> Dazu *Roquette/Butcher* (Fn. 57), Kap. F II. Rn. 94.

<sup>91</sup> *Roquette/Butcher* (Fn. 57), Kap. F II. Rn. 94.

von PPP-Projekten ist jedenfalls sehr anspruchsvoll, da vielfältige Aspekte insbesondere des Verfassungs-, Kommunal- und Vergaberechts in ihrem Ineinandergreifen mit dem allgemeinen Zivil- und Verwaltungsrecht zu beachten sind.