

**Aktuelle vergaberechtliche Probleme bei Public Private
Partnership im öffentlichen Hochbau und Lösungsansätze.
Eine praxisbezogene Analyse**

Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der
Wirtschafts- und Sozialwissenschaften (Dr. rer. pol.)
am Department Wirtschaft und Politik der Fakultät Wirtschafts- und
Sozialwissenschaften an der Universität Hamburg

vorgelegt von

Rechtsanwalt Ramin Goodarzi

Prüfungskommission:

Herr Prof. Dr. Dr. h.c. Budäus (Erstgutachter)
Herr Prof. Dr. Ramsauer (Zweitgutachter)
Herr Prof. Dr. Hoffmann
Herr Prof. Dr. Schramm

Das wissenschaftliche Gespräch fand am 14. Januar 2008 statt.

Inhaltsverzeichnis

1	Ziel und Gang der Untersuchung	1
2	Grundlagen.....	6
2.1	Begriff und Merkmale von PPP	6
2.2	Grundkategorien von PPP	8
2.3	Geschichte von PPP	12
2.4	Zu den vergaberechtlichen Rahmenbedingungen für PPP.....	16
2.4.1	Die Rahmenbedingungen der ersten PPP-Projekte	17
2.4.2	Die Rahmenbedingungen für zukünftige PPP-Projekte.....	24
2.4.2.1	Zum Grünbuch der Europäischen Kommission.....	25
2.4.2.2	Zum ÖPP-Beschleunigungsgesetz und ÖPP-Vereinfachungsgesetz ..	27
2.4.2.3	Allgemeine Änderungen des Vergaberechts.....	31
2.5	Bisheriger Erkenntnisstand und Handlungsbedarf.....	32
3	Aktuelle Probleme bei der Ausschreibung von PPP	38
3.1	Vorgehensweise	38
3.2	Die beste Vergabeart für PPP.....	38
3.2.1	Die Bedeutung der Vergabeart und der Verfahrenskanon	39
3.2.2	Das Verhältnis zwischen Verhandlungsverfahren und wettbewerb- lichem Dialog	41
3.2.2.1	Rangverhältnis beider Verfahren	42
3.2.2.2	Zum Verhandlungsverfahren	44
3.2.2.3	Zum wettbewerblichen Dialog.....	46
3.2.2.4	Anwenbarkeit bei PPP-Hochbauprojekten mit Lebenszyklusansatz.....	48
3.2.2.5	Die Abläufe von beiden Verfahren	52
3.2.2.5.1	Ablauf des Verhandlungsverfahrens.....	48
3.2.2.5.2	Ablauf des wettbewerblichen Dialogs.....	52
3.2.2.5.3	Stärken und Schwächen des wettbewerblichen Dialogs.....	54
3.3	Die Berücksichtigung des Mittelstands bei PPP	61
3.3.1	Definition des Mittelstands	62
3.3.2	Ausschreibungsbedingungen und Förderung des Mittelstands.....	63
3.3.2.1	Vergabe in Losen	71
3.3.2.2	Zulassung von Bietergemeinschaften	74
3.3.2.3	Zulassung von Generalunternehmern und Generalübernehmern.....	80

3.3.2.4	Finanzierungsrelevante Ausschreibungsbedingungen	85
3.4	Änderung der Identität auf Investorenseite	94
3.4.1	Identitätswechsel bei Einzelbieter.....	99
3.4.2	Identitätswechsel bei Bietergemeinschaften	100
3.4.3	Identitätswechsel bei Nachunternehmern	102
3.4.4	Konsequenzen des Formalismus	102
3.4.5	Angebotsausschluss als ungerechtfertigte ultima ratio	104
3.4.5.1	Die Grundrechte der Bieter	106
3.4.5.2	Unverhältnismäßigkeit des staatlichen Eingriffs	108
3.5	Die Beteiligung der öffentlichen Hand an der Projektgesellschaft.....	113
3.5.1	Der Grund für den Einsatz von Projektgesellschaften durch Private....	114
3.5.2	Die Gründung der Projektgesellschaft	115
3.5.3	Nachteile bei der Beteiligung des Staats.....	118
3.5.3.1	Eigene Rechtspersönlichkeit der Projektgesellschaft.....	120
3.5.3.2	Erfüllung von Aufgaben im allgemeinen Interesse nicht gewerblicher Art.....	120
3.5.3.3	Beherrschung durch die öffentliche Hand.....	123
3.5.4	Vorteile bei der Beteiligung des Staats	124
4	Schlussbetrachtung und praktische Empfehlungen.....	127

Abkürzungsverzeichnis

a. F.	alte Fassung
BHO	Bundshaushaltsordnung
BremSchVwG	Bremisches Schulverwaltungsgesetz
BV	Besloten Vennotschap
DVA	Verdingungsausschuss für Bauleistungen
DVAL	Verdingungsausschuss für Leistungen
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
HSchG	Hessisches Schulgesetz
JuS	Juristische Schulung
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
Ltd.	Private Limited Company
n. F.	neue Fassung
ÖPP	Öffentlich Private Partnerschaft
PPP	Public Private Partnership
prEG	Preußisches Eisenbahngesetz
PSC	Public Sector Comparator
SächsGemO	Sächsische Gemeindeordnung
SchulG NRW	Schulgesetz Nordrhein-Westfalen
SE	Societas Europaea
S.L.	Sociedad de Responsabilidad Limitada
SPC	Special Purpose Company

UStG	Umsatzsteuergesetz
VgV	Vergabeverordnung
VHB	Vergabehandbuch für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes
VKR	Vergabekoordinierungsrichtlinie
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOF	Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen
VOL	Verdingungsordnung für Leistungen
VO PR 30/53	Verordnung über die Preise bei öffentlichen Aufträgen
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz

Abbildungs- und Tabellenverzeichnis

Abbildung 1	PPP im intermediären Bereich
Abbildung 2	Zahl der PPP-Projekte nach Projektinhalten
Abbildung 3	Normenhierarchie bis 2004
Abbildung 4	Einflußfaktoren auf PPPs der zweiten Generation
Abbildung 5	Aktuelle Normenhierarchie
Abbildung 6	Beauftragung mittelständischer Unternehmen
Abbildung 7	Ausschreibungen auf der 1. und 2. Stufe
Abbildung 8	Mittelstandsrelevante Ausschreibungsbedingungen
Abbildung 9	Beteiligte einer Projektfinanzierung
Abbildung 10	Beteiligte einer Forfaitierung mit Einredevorzicht
Abbildung 11	Phasen des Vergabeverfahrens
Abbildung 12	Struktur auf Investorenmseite
Abbildung 13	Phasenübergreifendes Ausschlussrisiko
Tabelle 1	Gegenüberstellung Vertrags-PPP und institutionelle PPP
Tabelle 2	Häufigkeit des Abschlusses institutioneller PPPs
Tabelle 3	Effizienzen gegenüber der Eigenrealisierung
Tabelle 4	Auftragnehmer ausgewählter PPP-Hochbauprojekte

1 Ziel und Gang der Untersuchung

„Für die deutsche Bauwirtschaft ist das ein Durchbruch“, erklärte der Staatssekretär im Ministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, Achim Großmann, im August 2005.¹ Diese euphorische Aussage betrifft Public Private Partnerships² im Hochbaubereich und ein zukünftiges Investitionsvolumen in Milliardenhöhe.

Der Terminus PPP bezieht sich im Allgemeinen auf Formen der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Stellen und Privatunternehmen zwecks Planung, Bau, Sanierung, Finanzierung und Betrieb einer Infrastruktur.³ Über PPPs sollen Effizienzvorteile gegenüber der staatlichen Eigenregie in Höhe von bis zu 20% erzielt werden können. Der Anglizismus suggeriert nach Ansicht Tettingers Fortschrittlichkeit, signalisiert Kooperationsbereitschaft und versprüht gleichzeitig den Charme des (rechtlich) Unverbindlichen.⁴ Wo genau auch immer PPPs einzuordnen sind - etwa als innovative Organisationsform zwischen dem öffentlichen und privaten Sektor - sie existieren unter diesem Titel, und die „erste Generation“⁵ zumeist kommunaler Projekte wird zur Zeit in Deutschland realisiert.

¹ Vgl. Großmann, J., Der Durchbruch ist da, in: Behörden Spiegel 21. Jahrgang (2005) vom August 2005, S. 20.

² Kurz: PPP oder zu deutsch: Öffentlich Private Partnerschaften (ÖPP). Wegen der angloamerikanischen Herkunft wird nachfolgend einheitlich der Begriff 'Public Private Partnership' oder alternativ die Abkürzung 'PPP' verwendet, es sei denn, der Sachzusammenhang läßt die Verwendung unangemessen erscheinen oder der Bezug auf Quellen gebietet die Benutzung eines anderen Begriffs oder einer anderen Abkürzung.

³ Vgl. Grünbuch der Europäischen Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endgültig.

⁴ Vgl. Tettinger, P. J., Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership, in: Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 49. Jahrgang (1996), S. 764.

⁵ Vgl. Christen, J., Die PPP Task Force im Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (BMVBW). Aufgaben und Funktionen im föderalen Kompetenznetzwerk, EUROFORUM-Konferenz Public Private Partnership, 30. Mai 2005, Berlin, http://www.bdi-online.de/Dokumente/OeAVerteidigung/Praesentation_Dr._Christen_7.3.2006.pdf, 23. Februar 2006. Die Unterteilung von PPP in eine 'erste' und eine 'zweite' Generation erfolgt nicht einheitlich. Budäus etwa bewertet den Wandel von der klassischen kooperativen Aufgabenwahrnehmung zu nutzerorientierten Finanzierungskonzepten mit Lebenszyklusansatz als Wechsel von einer ersten zu einer zweiten PPP-Generation, vgl. hierzu Budäus, D., Public Private Partnership – Kooperationsbedarf, Grundkategorien und Entwicklungsperspektiven, in: Budäus, D. (Hrsg.), Heft 54 der Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Baden-Baden, 2006, S. 12 ff.

Vielleicht gerade weil es sich bei PPP um eine nur schwer zu strukturierende Materie handelt, scheint die Leistungsfähigkeit dieser Form der Kooperation grenzenlos zu sein. Wegen der begrifflichen Beliebigkeit werden PPPs heute für fast alle bislang durch den Staat wahrgenommenen Aufgaben in Betracht gezogen, etwa für den Bau oder Betrieb von Justizvollzugsanstalten, Schulen, Krankenhäusern, Truppenübungsplätzen, Flughäfen, Logistikzentren, Tunneln, Autobahnen und der LKW-Maut. Zwischen den Jahren 2000 und 2005⁶ sind zahlreiche Ausschreibungen⁷ mit dem Ziel durchgeführt worden, diese Projekte gemeinsam mit der Privatwirtschaft zu realisieren. Nach einer Studie des Instituts für Urbanistik gibt es in Deutschland derzeit etwa 160 konkrete PPP-Projekte auf kommunaler Ebene. Schon 143 dieser Projekte sind vertragsreif, 300 weitere befinden sich in der Planungsphase. Das Investitionsvolumen soll sich auf 890 Millionen Euro belaufen. Die bislang insgesamt in Form von PPP verabredeten Projekte haben einen Wert von etwa drei Milliarden Euro.⁸ In Anbetracht des breiten Spektrums von PPP sind die internationalen Entwicklungen noch weitreichender und schon lange nicht mehr überwiegend auf Immobilien bezogen. Ein extremes Beispiel bietet die partnerschaftliche Zusammenarbeit zwischen der Bertelsmann-Tochter Arvato AG und der Gemeinde East Riding in der nordenglischen Grafschaft Yorkshire. Ein Großteil der dortigen hoheitlichen Aufgaben wird seit Oktober 2006 durch das deutsche Unternehmen ausgeführt. Zu den Aufgaben gehören Backoffice- (z.B. IT und Personalabrechnung) sowie Frontoffice-Dienstleistungen (z.B. Bürgerbüro oder Einzug und Bearbeitung kommunaler Steuern). Arvato hat zu Beginn des Projekts 516 städtische Mitarbeiter übernommen und sichert ihnen die Altersversorgung zu. Das Projekt,

⁶ Wenn im Rahmen dieser Arbeit von PPP-Projekten der ersten oder der zweiten Generation die Rede ist, sind Projekte gemeint, die zwischen den Jahren 2000 und 2005 im Anschluss an öffentliche Ausschreibungen begonnen wurden (erste Generation) oder solche, die erst in Zukunft, das heißt ab dem Jahr 2006 unter Geltung der neuen gesetzlichen Rahmenbedingungen zu erwarten sind (zweite Generation). Die Zäsur orientiert sich an vergabegesetzlichen Veränderungen, die sich auf PPPs auswirken können.

⁷ Der Begriff 'Ausschreibung' wird nachfolgend gleichbedeutend mit 'Vergabeverfahren', 'Vergabe' oder 'Auslobung' verwendet, obgleich der Begriff der 'Ausschreibung' nach dem Sinn des Gesetzes nur im Zusammenhang mit Beschaffungen unterhalb der sogenannten Schwellenwerte (für Baumaßnahmen von 5,278 Mio. Euro) auftaucht. Vgl. zur Abgrenzung die Wortlaute der §§ 3, 3a VOB/A.

⁸ Vgl. Grabow, B./ Reidenbach, M./ Rottmann, M./ Seidel-Schulze, A., Endbericht des Deutschen Instituts für Urbanistik (Hrsg.), Public Private Partnership Projekte. Eine aktuelle Bestandsaufnahme in Bund, Ländern und Kommunen, Berlin 2005, S. 8.

bei dem die Parteien in Form eines Joint Ventures kooperieren, hat eine Laufzeit von acht Jahren.⁹

In Deutschland wurden die meisten Partnerschaften bisher in Nordrhein-Westfalen eingegangen. Das mag zum einen damit zusammenhängen, dass den dortigen Aufsichtsbehörden die Finanzierung der Infrastruktur als kreditähnliches Geschäft lediglich angezeigt werden muss, während in anderen Bundesländern ein förmliches und langwieriges Genehmigungsverfahren zu durchlaufen ist. Zum anderen hat sich in Nordrhein-Westfalen bereits im Jahr 2001 eine sogenannte PPP-Task-Force beim Finanzministerium gebildet, die sich die landesweite Förderung von PPP-Modellen zur Aufgabe gemacht hat. In anderen Bundesländern erfolgte die Einrichtung entsprechender Kompetenzzentren erst viel später.¹⁰

Das Institut der PPP gewinnt in der ganzen Bundesrepublik zunehmend an Bedeutung und kann bereits heute als etablierter Bestandteil kommunaler Infrastrukturplanung bezeichnet werden. Zieht man vergleichsweise die Situation in USA, dem Ursprungsland der PPP¹¹, heran, so ergeben sich Parallelen bei der Analyse des Ist-Zustands, allerdings divergieren die Lösungsansätze und –wege diesseits und jenseits des Atlantik.

Sowohl in USA als auch in Deutschland durchlief die Wirtschaft eine Phase der Stagnation, in USA Ende der 70er Jahre sogar der Rezession. Steuerminderungen waren die Folge. Dadurch waren die Kommunen gezwungen, neue Wege zu beschreiten, wenn sie ihre Aufgaben im Rahmen der Daseinsvorsorge erfüllen wollten.

Der amerikanische Lösungsansatz war allerdings ein anderer als der deutsche. Städten, wie etwa Pittsburgh, ging es darum, die nahegelegene Wirtschaft insgesamt zu fördern. Das Allgemeinwohl sollte sich verbessern. Public Private

⁹ Vgl. Referat des Leiters der Arvato Government Services, Christoph Baron, auf der BBG-Tagung am 9. November 2006 in Wien, http://bbg.portal.at/Internet/NewsArchiv/Veranstaltungskalender/Vortrge beiNutzenLeben/Keynote_BBG_2006-11-09_v2.pdf, 20. Dezember 2006.

¹⁰ Vgl. Meißner, M., Public Private Partnership könnte zu einem Beschäftigungsprogramm werden, in: FAZ o. J. (2005) vom 5. August 2005, S. 41.

¹¹ Vgl. Budäus D./ Grüning, G., Public Private Partnership – Konzeption und Probleme eines Instruments zur Verwaltungsreform aus Sicht der Public Choice-Theorie, in: Budäus, D./ Eichhorn P. (Hrsg.), Public Private Partnership. Neue Formen öffentlicher Aufgabenerfüllung, Baden-Baden 1997, S. 25.

Partnerships wurden eingegangen, um die Region durch die Neuansiedlung von Unternehmen wirtschaftlich gesunden zu lassen. Deshalb wurde vor allem mit der heimischen Wirtschaft eng zusammengearbeitet. PPP hat also klassischerweise die Entwicklung von Regionen zum Ziel.

Deutschen Kommunen geht es dagegen um die Erfüllung ihrer ureigenen Aufgaben. Die regionale Wirtschaftsförderung ist ein davon getrenntes Thema, bei dem PPP keine oder allenfalls eine untergeordnete Rolle spielt. Dass dem so ist, zeigen die bisher veröffentlichten Ausschreibungen und die Objekte.¹² Es handelt sich zumeist um einzelne öffentliche Immobilien im Sinne der Gemeindeordnungen und den Bau oder die Sanierung von Schulen, Krankenhäusern oder Verwaltungsgebäuden. Die heimische Wirtschaft – und insbesondere der Mittelstand – haben hierbei keinerlei Vorzugsstellung. Die Bevorzugung der heimischen Wirtschaft wäre aus Rechtsgründen (Vergaberecht) gar nicht möglich.

PPP ist in Deutschland zwar populär, aber noch nicht hinreichend in der Praxis erprobt. Auch wenn die entsprechenden Verträge schon geschlossen sind, befinden sich die meisten Einrichtungen immer noch in der Bau- oder Sanierungsphase. Über die eigentliche Betriebsphase, die mehr als zwanzig Jahre dauern kann und den weit überwiegenden Teil des Lebenszyklus eines Gebäudes ausmacht, kann heute noch keine Aussage getroffen werden. Die Euphorie, die sich teilweise in Wissenschaft und Praxis ausgebreitet hat¹³, kann nicht auf Zahlen und Fakten eines tatsächlich abgeschlossenen PPP-Projekts gestützt werden.

Beendet sind jedoch eine ganze Reihe von Ausschreibungs- bzw. Vergabeverfahren, die den jeweiligen Infrastrukturprojekten vorgeschaltet waren und mit denen die privaten Investoren und späteren Vertragspartner im Wettbewerb ermittelt wurden. Diese dem PPP-Vertrag vorgeschalteten Verfahren werden von den Beteiligten nicht besonders geschätzt.¹⁴ Dem Abschluss der Partnerschaft muss nämlich ab einem bestimmten Auftragswert¹⁵ eine europaweite

¹² Vgl. Projektdarstellungen bei Proll, R. U./ Drey, F., Die 20 Besten: PPP-Beispiele aus Deutschland. Konzeption und Umsetzung von Public Private Partnership-Projekten anhand praktischer Beispiele, Köln 2006.

¹³ Vgl. vor allem für die Praxis und deren Interessenvertreter Pauly, L. (Hrsg.), Das neue Miteinander. Public Private Partnership für Deutschland, Hamburg 2006, S. 17 ff.

¹⁴ Vgl. Knauff, M., Im wettbewerblichen Dialog zur Public Private Partnership?, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 6. Jahrgang (2005a), S. 249.

¹⁵ Vgl. zu den geltenden Schwellenwerten S. 21.

Ausschreibung der PPP vorangehen. Damit endet die Freiheit des Staates bei der Auswahl des privaten Investors. Dieser ist vielmehr mittels eines förmlichen Wettbewerbs zu bestimmen. Wer der Projektpartner sein wird, weiß die öffentliche Hand erst mit Abschluß der Ausschreibung.

In der Praxis haben sich zahlreiche Probleme bei der Durchführung dieser öffentlichen Ausschreibungen ergeben. Im Jahr 2004 hat die Europäische Kommission deshalb ein Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften¹⁶ veröffentlicht, das die Bedingungen erleichtern sollte, den besten Investor zu finden. In Deutschland ist ein Jahr später das sogenannte ‚ÖPP-Beschleunigungsgesetz‘ verabschiedet worden. Die amtliche Bezeichnung könnte nicht treffender lauten: Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften. Mit dem ÖPP-Beschleunigungsgesetz wurden vor allem die Vergabegesetze geändert. Die größten Modifizierungen haben das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), die Vergabeverordnung (VgV) und die Verdingungsordnungen (VOB/ VOL/ VOF) erfahren.¹⁷

Ob und in welchem Ausmaß der Gesetzgeber mit dem ÖPP-Beschleunigungsgesetz substantiell etwas bewegt und die anstehenden Probleme gelöst hat, ist unter anderem Gegenstand dieser Arbeit.

Weder zu PPP insgesamt noch zu den PPP-Ausschreibungen liegen bislang zusammengefasste praktische Erfahrungen vor. Sie befinden sich noch in einer experimentellen Phase, denn die bisher abgeschlossenen Pilotausschreibungen, ihre Defizite und ihr Potential wurden anhand empirischer Daten noch nicht untersucht. Welche bereits aufgetretenen Probleme auch für zukünftige PPP-Projekte zu erwarten sind, ob die starke Stellung deutscher Baukonzerne, die als Gewinner der Ausschreibungen der ersten PPPs gelten, fortbestehen wird und ob sich Vergabeverfahren mit Blick auf die Transaktionskosten für alle Beteiligten verbessern lassen, wird diese Arbeit untersuchen.

¹⁶ Vgl. Grünbuch der Europäischen Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endgültig.

¹⁷ Geändert wurden auch das Investmentgesetz, das Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz und einzelne Steuergesetze.

Es hat sich gezeigt, dass die ersten Pilotausschreibungen von PPP zwar erfolgreich abgeschlossen wurden, das heisst ohne Anfechtungsverfahren vor der zuständigen Vergabekammer endeten. Gleichwohl beklagen die Beteiligten unabhängig von ihrer Parteirolle bei der Ausschreibung die lange Verfahrensdauer, die sehr hohen Transaktionskosten sowie die Intransparenz der getroffenen staatlichen Zuschlagsentscheidungen.

Diese Probleme charakterisieren die derzeitige Vergabepraxis.

2 Grundlagen

Bevor geprüft werden kann, welche Möglichkeiten bestehen, PPP-Ausschreibungen zu optimieren, müssen zunächst der wesentliche Inhalt der Zusammenarbeit von Staat und Wirtschaft in Form einer PPP, die Vorgeschichte sowie die ausschreibungsrelevanten Rahmenbedingungen dieser Zusammenarbeit dargestellt und analysiert werden.

2.1 Begriff und Merkmale von PPP

Begrifflich und inhaltlich ist PPP bisher ein sehr unstrukturierter Bereich und die Definition von PPP orientiert sich an reichlich vagen Kriterien. Das mag daran liegen, dass PPP sehr früh zu einem Modewort geworden ist, das immer dann benutzt wird, wenn es darum geht, ob und inwieweit der Staat die seiner Verwaltung obliegenden Aufgaben auf die Privatwirtschaft übertragen kann.¹⁸

Am überzeugendsten und pragmatischsten ist der Ansatz der Europäischen Kommission im Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften, wonach sich der Terminus PPP auf Formen der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Stellen und Privatunternehmen zwecks Finanzierung, Bau, Renovierung, Betrieb oder Unterhalt einer Infrastruktur oder die Bereitstellung einer Dienstleistung bezieht.¹⁹

¹⁸ Vgl. Budäus, D., Public Private Partnerships – Neue Formen kooperativer Aufgabenwahrnehmung, in: Schauer, R./ Budäus, D. (Hrsg.), Public Management, Arbeitsberichte und Forschungsergebnisse, Verwaltungsreform Neue Kooperationsformen Nonprofit-Management, 3. Forschungskolloquium, Johannes Kepler Universität Linz, Linz-Hamburg 23. bis 25. Mai 2000, Linz 2001, S. 12.

¹⁹ Vgl. Grünbuch der Europäischen Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endgültig.

Charakteristisch für PPP-Projekte sind insbesondere die folgenden Merkmale:

- Sie sind längerfristig angelegt.
- Die Finanzierung des Projekts erfolgt zum größten Teil durch die Privatwirtschaft, teilweise durch komplizierte Refinanzierungen, an denen weitere Akteure beteiligt sein können. Die private Finanzierung kann durch öffentliche Mittel - in Einzelfällen in beträchtlichem Umfang - ergänzt werden.
- Der private Partner, der sich an verschiedenen Phasen des Projekts beteiligt, spielt eine wichtige Rolle. Der öffentliche Partner konzentriert sich im Wesentlichen auf die Bestimmung der Ziele im Sinne des öffentlichen Interesses, der Qualität der angebotenen Dienstleistung oder der Preispolitik und wacht über die Einhaltung dieser Ziele.
- Es besteht eine Teilung der Risiken; auf den privaten Partner werden Risiken transferiert, die herkömmlicherweise der öffentliche Sektor trägt. PPP bedeutet jedoch nicht unbedingt, dass der private Partner sämtliche oder den größten Teil der mit dem Projekt verbundenen Risiken zu tragen hat. Die Teilung der Risiken wird von Fall zu Fall genau festgelegt. Hierbei kommt es ganz entscheidend auf die Fähigkeit der Beteiligten an, diese zu beurteilen, zu kontrollieren und zu beherrschen.²⁰

Die Ziele des öffentlichen und privaten Partners sind zumindest kompatibel. Vielfach sind sie auch komplementär.²¹ PPP betrifft damit Organisationsformen, die außerhalb der herkömmlichen, ordnungspolitisch definierten Arbeitsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor angesiedelt sind. PPP zeichnet sich

²⁰ Vgl. ebenda.

²¹ Vgl. Budäus, D., Public Private Partnership – Ansätze, Funktionen, Gestaltungsbedarfe, in: Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (Hrsg.), Public Private Partnership: Formen-Risiken-Chancen, Berlin 2004, S. 4.

gerade dadurch aus, dass die klassische Dichotomie²² überwunden wird, so dass PPP im Schnittpunkt zwischen öffentlichem und privatem Sektor liegt.²³

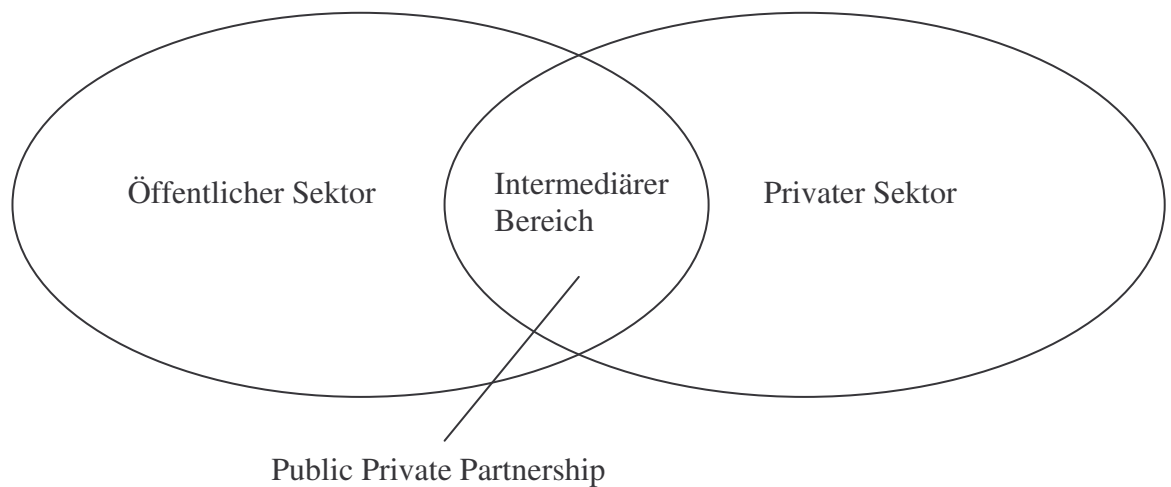


Abbildung 1: PPP im intermediären Bereich

2.2 Grundkategorien von PPP

Bei PPP ist, wie dies auch im Grünbuch geschieht, grundsätzlich zwischen der vertraglichen und der institutionellen PPP zu unterscheiden.²⁴ Teilweise werden auch die Begriffe 'Vertrags-PPP' und 'Organisations-PPP' verwendet.²⁵ Unabhängig davon, welches Begriffspaar zutreffender ist - diese Unterscheidung ist äußerst wichtig, weil beide Kategorien unterschiedliche Merkmale und Probleme aufweisen.

Die 'Vertrags-PPP' lässt sich als ein über den Markt organisiertes Tauschmodell beschreiben, welches hauptsächlich bei Beschaffungsvorgängen der öffentlichen Hand Anwendung findet. Der Leistungsaustausch basiert ausschließlich auf einer vertraglichen Beziehung. Der öffentliche Vertragspartner ist Auftraggeber, der private Partner Auftragnehmer. Der Bedarf an einer Kooperation folgt aus der

²² Vgl. Budäus, D./ Grüning, G./ Steenbock, A., Public Private Partnership I – State of the Art, in: Budäus, D. (Hrsg.), Public Management, – Diskussionsbeiträge –, Nr. 32, Hamburg 1997, S. 11.

²³ Abbildung in Anlehnung an Roggencamp, S., Public Private Partnership, Entstehung und Funktionsweise kooperativer Arrangements zwischen öffentlichem Sektor und Privatwirtschaft, Frankfurt a.M. u.a. 1999, S. 34.

²⁴ Vgl. Budäus (2004), a.a.O., S. 7.

²⁵ Die Europäische Kommission verwendet in ihrem Grünbuch die vergleichbaren Begriffe „ÖPP auf Vertragsbasis“ oder „institutionalisierte ÖPP“, vgl. zum Grünbuch auch S. 25 ff.

Komplexität und unstrukturierten Ausgangssituation bei PPP. Die kontraktbestimmte Kooperation²⁶ hat zumeist nicht die unmittelbare Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe durch den Privaten zum Gegenstand, wie dies etwa bei der Beleihung der Fall wäre, sondern die Erbringung einer Leistung, die für die Verwaltung Voraussetzung dafür ist, dass sie die ihr obliegende öffentliche Aufgabe erfüllen kann.²⁷ Die Projektverträge, die die Vertrags-PPP kennzeichnen, befassen sich in der Praxis mit der Beschreibung der Leistungen des Privaten und vor allem mit dem letzten der oben genannten und für PPP-Modelle charakteristischen Element: Der Risikoaufteilung zur Eindämmung der für PPP typischen Projektunsicherheiten. Verfolgt wird dabei stets der Grundsatz, dass derjenige Teil der Partnerschaft das Risiko tragen sollte, der es besser beherrschen kann.²⁸ Eine Vertrags-PPP ist auf eine bestimmte Zeit angelegt.

Im Unterschied zur Vertrags-PPP, die stets einen begrenzten Projektzeitraum betrifft, handelt es sich bei der institutionellen PPP um eine Kooperationsform, die auf unbestimmte Dauer angelegt ist. Die Partnerschaft wird durch die Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft – zumeist in der Rechtsform einer GmbH - eingegangen. Aufgabe dieses gemeinsamen Gebildes²⁹ ist es, für die Bereitstellung eines Bauwerks oder einer Dienstleistung zu Gunsten der Öffentlichkeit Sorge zu tragen. Die Zusammenarbeit zwischen dem öffentlichen und privaten Partner im Rahmen einer mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Gesellschaft ermöglicht dem öffentlichen Partner eine rechtlich abgesicherte Kontrolle über die Abläufe des Projekts. Anders als die vertragliche PPP stellt die institutionelle PPP keinen Beschaffungsakt dar, sondern eine Gestaltungsmöglichkeit zur organisatorischen und ressourcenmäßigen Einbindung des privaten Partners.

²⁶ Vgl. Eichhorn, P., Public Private Partnership und öffentlich-privater Wettbewerb, in: Budäus, D./Eichhorn, P. (Hrsg.), Heft 41 der Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Baden-Baden 1997, S. 200.

²⁷ Vgl. Becker, J., Rechtsrahmen für Public Private Partnership – Regelungsbedarf zu neuen Kooperationsformen zwischen Verwaltung und Privaten?, in: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 35. Jahrgang (2002), S. 305.

²⁸ Vgl. Fabian, R./Farle, V., Bilanzielle Beurteilung von "Public Private Partnerships" am Beispiel des "A-Modells", in: Deutsches Steuerrecht (DStR) 42. Jahrgang (2004), S. 929.

²⁹ Die Terminologie zu diesem konkreten Wirtschaftsgebilde ist in den verschiedenen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union unterschiedlich (z.B. Kooperationsmodell, PPP- Associatives, Joint-Venture).

Die gepoolten Ressourcen³⁰ beziehen sich etwa auf Kapital, Sachmittel, Rechte, Sozialkapital³¹ oder Know-how. Für eine Entscheidung, in die PPP Ressourcen einzubringen, können verschiedene Einflussgrößen von Bedeutung sein. Es kann auf die jeweilige Finanzsituation, die Art der Aufgabe, die Spezialisierung sowie die Unsicherheiten in Bezug auf Projektgegenstand und jeweiligen Projektpartner ankommen. Den größten Einfluss hat bei der derzeitigen Finanzkrise der öffentlichen Haushalte der Kapitalbedarf des Staats und auf privater Seite die Kapitalverwendungs- und Renditemöglichkeiten. Ein konkretes Beispiel für eine Organisations-PPP ist die Beteiligung eines Privaten an einer kommunalen Stadtwerkegesellschaft zum Abschluss einer strategischen Partnerschaft im kommunalen Versorgungssektor. Die folgende Übersicht von Budäus³² zeigt die Unterschiede:

Kriterien	PPP-Formen	
	Vertrags-PPP	Institutionelle PPP
Dauer	zeitlich befristet	i.d.R. unbefristet
Gegenstand	abgegrenztes Projekt	generelle Aufgabe
Zuordnung von Leistungen und Kosten	tendenziell zugeordnet	Unbestimmt
Organisation der Kooperation	ex ante Teil der vertraglichen Vereinbarung	Kooperationsverfassung, z.B. GmbH-/Gesellschaftervertrag
Einfluss und Kontrolle	klar regelbar	unbestimmt/Kontrolle öffentlicher Kapitalbeteiligung???
Haushalts- und Rechnungswesen	intransparent/verdeckte Verschuldung/Konsolidierung??	Schattenhaushalt/verdeckte Verschuldung/Konsolidierung??
Wirtschaftlichkeitsvergleich	Vergleichsweise einfacher: Problem 1: vollständiger Alternativenvergleich (standardisierbar) Problem 2: Vertragsverbund/horizontale/vertikale Interdependenzen	Komplex-/Nutzwertanalyse
Integrierbar in Muttergebietskörperschaft/ demokratische Kontrolle im Zeitablauf	nicht vorgesehen/i.d.R. nicht möglich; Problem: z.B. CBL	wenn gewollt, dann möglich; Problem: Akzeptanz durch die privaten Partner
Risiko	Partnerrisiko Marktrisiko: vertraglich ausschaltbar	Partnerrisiko Marktrisiko: analog Gesetz zur Transparenz und Kontrolle

Tabelle 1: Gegenüberstellung Vertrags-PPP und institutionelle PPP

³⁰ Vgl. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft zum Grünbuch der EU-Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzession vom 30. April 2004 (KOM [2004] 327) vom 29. Juli 2004, <http://goew.de/pdf/c.1.4.goew.pdf>, 15. September 2005.

³¹ Vgl. Budäus, D./ Grüb, B., Ergebnisqualität und Vertrauen als kritische Erfolgsfaktoren von PPP im Gesundheits- und Sozialwesen, in: Sozialer Fortschritt 56. Jahrgang (2007), Heft 1, im Druck.

³² Vgl. Budäus (2004), a.a.O., S. 9.

Eine Umfrage des Deutschen Instituts für Urbanistik vom September 2005³³ beschäftigt sich mit der Frage, wie oft in Städten, Gemeinden und Landkreisen, die PPPs seit dem Jahr 2000 eingegangen sind, die Form der institutionalisierten PPP gewählt wurde.

	Städte/Gemeinden		Landkreise	
	Zahl	%	Zahl	%
Ja	14	7,7	7	17,1
Nein	161	88,5	32	78,0
Weiß nicht	7	3,8	2	4,9
Gesamt	182	100	41	100

Tabelle 2: Häufigkeit des Abschlusses institutioneller PPPs³⁴

Es wird deutlich, dass sich der überwiegende Teil der (befragten) öffentlichen Auftraggeber im Rahmen von PPP-Projekten nach dem 1. Januar 2000 für die Vertrags-PPP entschieden hat. Zur Durchführung von PPP wurden nur in 14 Städten (8 % der Antwortfälle) und 7 Landkreisen (17 % der Antwortfälle) öffentlich-private Gesellschaften gegründet. In den meisten Fällen (88 % der Städte und 78 % der Landkreise) geschah das nicht, sondern man beschränkte sich auf die Realisierung des Vorhabens im Rahmen einer vertraglich vereinbarten Projektdurchführung.

Vertrags-PPP sind also in der Praxis weiter verbreitet als die Gründung von gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften. Auch für die Zukunft zeichnet sich keine Tendenzwende zugunsten der institutionellen PPP ab.³⁵

³³ Vgl. Grabow/ Reidenbach/ Rottmann/ Seidel-Schulze (2005), a.a.O., S. 46.

³⁴ Der Bestandsaufnahme des Deutschen Instituts für Urbanistik lag eine Vollerhebung bei 1.500 Städten und Gemeinden sowie bei allen Landkreisen zum Thema PPP zugrunde. Die in dieser Arbeit wiedergegebene Tabelle entspricht Tabelle 15 auf Seite 46 der Bestandsaufnahme.

³⁵ Nach einhelliger Auffassung ist auch eine institutionelle PPP ausschreibungspflichtig, vgl. nur Dreher, M., Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, Inhouse-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater, in: NZBau 3. Jahrgang (2002), S. 247 ff.

Obgleich sich diese Arbeit ganz überwiegend mit Fragen der vertraglichen PPP beschäftigt, zeigt die Praxis, wie auch später im Laufe der Untersuchungen geklärt wird, dass z.B. beim Einsatz von Projektgesellschaften nach Abschluss der öffentlichen Ausschreibung die grundsätzliche Trennung zwischen Vertrags-PPP und institutioneller PPP teilweise aufgehoben wird. Denn es kann für Zwecke der Transparenz und zur Schaffung einer Vertrauensbasis zwischen den Projektbeteiligten sinnvoll sein, dass sich der öffentliche Auftraggeber zu Anfang der Realisierung einer Vertrags-PPP an der grundsätzlich dem Privaten zuzuordnenden Projektgesellschaft mit einem gewissen Geschäftsanteil beteiligt.³⁶ Trotz dieses gesellschaftlichen Engagements wird deshalb aus der Vertrags-PPP noch keine institutionelle PPP, weil nicht das Pooling der Ressourcen im Vordergrund steht und die gemeinsame Gesellschaft auch nicht auf Dauer angelegt ist.³⁷

2.3 Geschichte von PPP

Bereits im Altertum wurde die Hilfe des privaten Sektors beim Bau der Städte und gallorömischen Straßen beansprucht. Im Mittelalter und besonders ab dem 17. Jahrhundert hat die Öffentlich-Private Partnerschaft einen erheblichen Aufschwung erlebt. Impulsgeber war der französische Merkantilist Colbert. Die öffentlich-private Partnerschaft hat eine Blütezeit im 19. Jahrhundert erfahren mit dem Aufkommen der großen Stromversorgungsnetze, der Eisenbahnen³⁸, der Kanäle und der Brücken.³⁹ Die Geschichte zeigt, dass die von Otto Mayer vertretene These praxisfern ist, wonach der Staat mit Privaten nicht „paktieren“⁴⁰ dürfe.

Das Interesse an PPP hielt zunächst nicht lange an - zumindest nicht in Europa. Während sich auf dem alten Kontinent eine gewisse Abneigung gegenüber dem Privatsektor zeigte und die Verwaltungen stattdessen einen Gemeindesozialismus

³⁶ Vgl. zur Beteiligung der öffentlichen Hand an der Projektgesellschaft S. 112 ff.

³⁷ Vgl. Budäus, D./ Grüb, B., Ergebnisqualität und Vertrauen als kritische Erfolgsfaktoren von PPP im Gesundheits- und Sozialwesen, in: Sozialer Fortschritt 56. Jahrgang (2007), Heft 1 (im Druck), die insbesondere die Vertrags-PPP als komplexen, arbeitsteiligen Wertschöpfungsprozess einstufen.

³⁸ Der Ursprung der öffentlich-privaten Zusammenarbeit befindet sich in neuerer Zeit wahrscheinlich schon in den Konzessionsmodellen des Preußischen Eisenbahnbaus im 19. Jahrhundert (vgl. Preußisches Gesetz über Eisenbahnunternehmungen (prEG) vom 3. November 1838 (Gesetzsamml., S. 505).

³⁹ Vgl. Chatriet, I./ Uhaldeborde, J. M. (Hrsg.), Partenariat public-privé et développement territorial, in: Le Monde Editions, Paris 1996, S. 398.

⁴⁰ Vgl. Mayer, O., Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), Band 3 (1888), Seite 3 ff.

entwickelten, der vor allem eine Legalisierung bestimmter wirtschaftlicher Aktivitäten der Gemeinden zur Folge hatte⁴¹, intensivierten amerikanische Städte die Zusammenarbeit zwischen Staat und Wirtschaft. Das bekannteste Beispiel ist das der Stadt Pittsburgh, die in den 40er Jahren die wirtschaftlichen und politischen Kreise zusammenbrachte. Ziel war es, die Probleme der örtlichen Monostruktur zu bewältigen, die auf die Eisen- und Stahlindustrie mit ihren großen Umweltbelastungen zurückzuführen waren. Unter der Beteiligung von Spitzenvertretern aus Politik und Verwaltung wurde die 'Allegheny-Conference on Community-Development' ins Leben gerufen. Der Produktionsstandort Pittsburgh sollte auf Basis eines Stadtentwicklungskonzepts wiederbelebt werden. Der Begriff Public Private Partnership wurde erst durch Präsident Jimmy Carter populär. Er verwendete ihn in seiner Regierungserklärung von 1978, um der Bevölkerung sein Konzept einer marktwirtschaftlich gesteuerten Stadtentwicklungspolitik zu unterbreiten.⁴²

Es bestehen jedoch große Divergenzen zwischen den politischen Zielen, die damals mit PPP in Amerika verbunden wurden und dem was heute in Europa - insbesondere auch in Deutschland - unter PPP verstanden wird. In Amerika hat die Privatwirtschaft einen größeren Stellenwert.⁴³ Dort wird der Begriff PPP auch heutzutage noch zur Beschreibung der folgenden Form der Zusammenarbeit verwendet: Eine strukturschwache Region oder Stadt schließt einen Vertrag mit einem Developer, der zum allgemeinen Wohl Infrastrukturmaßnahmen in der Region vornimmt, bei denen sich die kommunale Verwaltung bau- und bauplanungsrechtlich kooperativ verhält. Dieses Prinzip beherzigt die 'Allegheny-Conference on Community-Development' noch heute. Zu den Zielen dieser Organisation gehören:

- Mobilizing the region's private-sector leadership
- Advocating on local, state, and federal levels

⁴¹ Vgl. die §§ 107 ff. der Gemeindeordnungen der Länder.

⁴² Vgl. Barknow, T./ Boyle, R./ Rich, D., *Privatism and Urban Policy in Britain and the United States*, Oxford University Press (Hrsg.), New York 1989, S. 69.

⁴³ Weitere Beispiele für bekannte Erstentwicklungen Öffentlich Privater Partnerschaften bei Budäus D./ Grüning, G., *Public Private Partnership – Konzeption und Probleme eines Instruments zur Verwaltungsreform aus Sicht der Public Choice-Theorie*, in: Budäus, D./ Eichhorn P. (Hrsg.), *Public Private Partnership. Neue Formen öffentlicher Aufgabenerfüllung*, Baden-Baden 1997, S. 42 ff.

- Providing comprehensive research and analysis for public policy and community improvement
- Developing business opportunities and marketing the region⁴⁴

Der amerikanische Ansatz hat dazu geführt, dass durch die Verfolgung regionalwirtschaftlicher Ziele ein positives Investitions- und Geschäftsklima entstanden ist, durch das die Innenstädte attraktiver wurden.⁴⁵

Deutsche PPPs verfolgen andere Ziele, bei denen raumplanerische und gesamtwirtschaftsfördernde Überlegungen kaum eine Rolle spielen. Für deutsche Kommunen steht nicht die Stadtentwicklung im Vordergrund, sondern zu allererst der funktionsgerechte Erhalt der eigenen Immobilieninfrastruktur.⁴⁶

Die typischen Anwendungsbereiche deutscher PPPs stellen sich wie folgt dar:



Abbildung 2: Zahl der PPP-Projekte nach Projektinhalten

⁴⁴ Vgl. Homepage der Allegheny-Conference on Community Development <http://www.alleghenyconference.org>, 3. Januar 2006.

⁴⁵ Osborne, D. (Hrsg.)/ Gaebler, T., Reinventing Government – How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector, Harmondsworth 1993, S. 16 ff.

⁴⁶ Vgl. zur Differenzierung bei PPP zwischen "Infrastruktur" und "Kernleistung" im Gesundheits- und Sozialwesen: Budäus, D./ Grüb, B., Ergebnisqualität und Vertrauen als kritische Erfolgsfaktoren von PPP im Gesundheits- und Sozialwesen, in: Sozialer Fortschritt 56. Jahrgang (2007), Heft 1, im Druck.

Auslöser für die wachsende Popularität von PPP-Modellen sind Strukturwandelprozesse, die Internationalisierung der Märkte, die steigende Arbeitslosigkeit und eine in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland bisher nicht gekannte Finanzkrise öffentlicher Haushalte - insbesondere bei Kommunen. Die angespannte Finanzlage erlaubt keine Eigenfinanzierung zur Durchführung etwa notwendiger Renovierungsarbeiten an Schulen. Sanierungs- und Neubaumaßnahmen können nur durch eine Fremdfinanzierung realisiert werden. Deshalb wird PPP auch in weiten Bereichen als kreditähnliches Rechtsgeschäft und als Finanzierungsinstrument angesehen. Entsprechend nimmt PPP die Funktion einer Substitution der verfassungsrechtlich und aufgrund der Maastricht-Kriterien nicht mehr bestehenden Verschuldungsmöglichkeiten für die öffentliche Hand ein.⁴⁷

Bei einem konventionellen Modell müsste sich die Kommune dafür verschulden und unter eigener Regie die Sanierung und den Neubau durch ein Bauunternehmen gewerkeweise vornehmen lassen. Anschließend würde dann die kommunale Wohnungsbaugesellschaft den Betrieb (Verwaltung, Reinigung, Instandhaltung, EDV, Ausstattung und Kantine etc.) übernehmen. Genau das hatte der Kreis Aachen im Jahr 2000 vor, als die Bauerweiterung des Berufskollegs und des Kreishauses erfolgen sollte. Als eine Alternative bot sich eine PPP an, und zwar in Form eines PPP-Inhabermodells.⁴⁸ Dieses Inhabermodell umfasst eine Kombination aus Planung und Neubau des Gebäudes sowie die Erbringung umfassender Facility-Management-Dienstleistungen während einer sich anschließenden Betriebsphase von mindestens 15 - 20 Jahren. Dem privaten Partner wird während dieser Zeit ein umfassendes Nutzungsrecht an der Immobilie im Wege des Nießbrauchs (dinglich) oder der Nutzungsüberlassung (schuldrechtlich) eingeräumt. Für dieses Modell entschied sich auch der Kreis Aachen, indem er die Projektrealisierung im Rahmen einer PPP auf einen privaten Partner übertrug. Die Erweiterung des Kreishauses wurde im Januar 2005 abgeschlossen.

⁴⁷ Vgl. Budäus, D./ Grüb, B., Ergebnisqualität und Vertrauen als kritische Erfolgsfaktoren von PPP im Gesundheits- und Sozialwesen, in: Sozialer Fortschritt 56. Jahrgang (2007), Heft 1, im Druck.

⁴⁸ Vgl. zu den anderen Modellen (Erwerber- bzw. Mietkauf, Leasing, Mietcontracting, Konzessions- und Gesellschaftsmodell) Tettinger (1996), a.a.O., S. 765 ff.

2.4 Zu den vergaberechtlichen Rahmenbedingungen für PPP

Öffentliche Auftraggeber, die ein infrastrukturelles PPP-Projekt realisieren wollen, müssen immer durch das Nadelöhr des vorgeschalteten Vergabeverfahrens. Statt einer freien Partnerwahl muss die öffentlichen Hand den Investor mittels eines europaweiten Wettbewerbsverfahrens bestimmen.

Laut Endbericht des Deutschen Instituts für Urbanistik⁴⁹ bewerten 34,9 % der befragten Projektträger bei Bund und Ländern das Vergaberecht als Hemmschuh. Das überrascht nicht. Denn das Recht der öffentlichen Ausschreibungen in seiner bisherigen Erscheinungsform hatte das Institut der PPP nicht als typischen Vergabefall im Auge. Die bislang nach öffentlicher Ausschreibung eingegangenen Partnerschaften stellen eine erste PPP-Generation in Deutschland dar.⁵⁰

Je mehr PPP-Projekte von öffentlichen Auftraggebern geplant werden, desto mehr Vergabeverfahren und öffentliche Wettbewerbe um den entsprechenden Auftrag sind zu erwarten. Die jüngste Vergangenheit hat deutlich gezeigt, dass es seit dem Jahr 2004 einen wahren "PPP-Boom" gibt, der auch im Jahr 2005 unvermindert angehalten hat.⁵¹ Hochrechnungen für 2006 und 2007 lassen erwarten, dass mindestens 300 PPP-Projekte in der Planungs- und Vorbereitungsphase sind.⁵² In Anbetracht dieser rasanten Entwicklung, der politischen und gesetzgeberischen Initiativen der Europäischen Kommission und der Bundesregierung in den Jahren 2004 und 2005 bilden deshalb alle PPP-Projekte, die ab dem Jahr 2006 in die Umsetzungsphase eintreten, Modelle einer zweiten Ausschreibungsgeneration.

Nach den Zielen der Politik sollen die Beteiligten bei zukünftigen PPP-Projekten bessere Bedingungen als bei denen der ersten Generation vorfinden.

Um die Differenzierung zwischen der ersten und zweiten PPP-Generation verständlich zu machen, soll zunächst der Rechtsrahmen dargelegt werden, in dem sich die Auslober von PPP-Modellen der ersten Generation bewegen mussten. Daran schließt sich die Frage an, welche genauen politischen und gesetz-

⁴⁹ Vgl. Grabow/ Reidenbach/ Rottmann/ Seidel-Schulze (2005), a.a.O., S. 7.

⁵⁰ Zur Differenzierung zwischen der ersten und zweiten PPP-Generation vgl. Fußnote 6.

⁵¹ Vgl. ebenda, S. 7.

⁵² Zum Vergleich: im Jahr 2005 begannen etwa 190 PPP-Projekte in Bund, Ländern und Kommunen, vgl. ebenda, S. 7.

geberischen Initiativen ergriffen wurden, um bei zukünftigen Ausschreibungsverfahren (der zweiten Generation) schneller und effizienter vorzugehen.

2.4.1 Die Rahmenbedingungen der ersten PPP-Projekte

Das Vergaberecht umfasst die Gesamtheit der Regeln und Vorschriften, die ein Träger öffentlicher Verwaltung bei der Beschaffung von sachlichen Mitteln und Leistungen, die er zur Erfüllung seiner Aufgaben benötigt, zu beachten hat.⁵³ Das Vergaberecht ist deshalb so bedeutend, weil die staatliche Bedarfsdeckung auf privaten Märkten eigenen Regeln folgt. Der Staat ist kein gewöhnlicher Auftraggeber. Er tritt in seinen vielfältigen Erscheinungsformen als großer Nachfrager auf, der anders als private Unternehmen weder einem Gewinnanreiz unterliegt noch seine Existenz gegenüber etwaigen Konkurrenten behaupten muss. Häufig tritt der Staat auch als einziger Kunde auf, etwa im Fernstraßenbau oder bei Beschaffungen für das Militär. Dabei unterliegt er nicht den Mechanismen des Marktes. Private Unternehmer, die als Abnehmer oder Nachfrager im Wettbewerb stehen, würden den größtmöglichen Einfluß auf die Preisgestaltung ihres Lieferanten bzw. Auftragnehmers ausüben. Diesen Anreiz hat der Staat nicht, weil er nicht dem Wettbewerb ausgesetzt ist. Der Staat mag preisbewußt aus haushaltspolitischen oder -rechtlichen Erwägungen handeln. Gleichwohl gibt es keinen marktwirtschaftlichen Mechanismus (wie z. B. den Wettbewerb), der staatliche Einrichtungen zu einem wirtschaftlichen Umgang mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln zwingt. Es kommt hinzu, dass öffentliche Aufträge häufig als Instrumente der Wirtschaftspolitik eingesetzt werden.⁵⁴ Genau an dieser Stelle setzt nach traditionellem Verständnis das Vergaberecht an. Es hat die Aufgabe, durch objektive Kriterien einen sparsamen und wirtschaftlichen Umgang mit öffentlichen Mitteln sicherzustellen⁵⁵ und gleichzeitig den wirtschaftlenkenden Effekt der Vergabe in geordneten Bahnen verlaufen zu lassen.

Die haushaltsrechtliche Bedeutung wurde bald aufgrund europarechtlicher Einflüsse um einen wettbewerbsrechtlichen Aspekt ergänzt. Man spricht seither

⁵³ Vgl. Pietzcker, J., *Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns*, Tübingen 1978, 1 ff.

⁵⁴ Vgl. Öhler, M., *Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union*, Diss., Wien 1997, S. 39.

⁵⁵ Vgl. § 6 Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG), § 7 Bundeshaushaltsordnung (BHO), vgl. von Arnim, H. H., *Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip*, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 536, Berlin 1988, S. 65 und 122, nach dessen Ansicht es gleichwohl keinen unmittelbar außenwirksamen Anspruch auf Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsprinzips gibt.

auch vom "Europäischen Kartellvergaberecht"⁵⁶. Das Vergaberecht dient seit 1999 nicht mehr nur der sparsamen Verwendung öffentlicher Mittel, sondern auch der Schaffung eines europäischen Binnenmarktes. Diese unterschiedlichen Aspekte des Vergaberechts sind bei seiner Auslegung stets zu beachten.

Öffentliche Ausschreibungen gab es bereits im Altertum. Es wurden Wettbewerbe zur Vergabe staatlicher Aufträge veranstaltet, in der Römischen Republik z. B. zum Bau von Tempeln und Wasserleitungen.⁵⁷ Die Vergabe erfolgte im Wege der sogenannten 'Lizitation'. Dabei handelte es sich um eine mündliche Absteigerung, bei der sich die Teilnehmer gegenseitig unterboten. Derjenige, der im Ergebnis den niedrigsten Preis abgegeben hatte, erhielt den Zuschlag.

In Deutschland wurde lange Zeit der größte Teil des staatlichen Bedarfs durch Eigenproduktion in Domänen oder durch Frondienste gedeckt. Daneben gab es feste Hof- und Armeelieferanten.⁵⁸ Das Auftreten des Staates auf dem privaten Markt war eine Ausnahme und erfolgte entweder durch freihändige Vergabe oder auf dem Wege der Lizitation.

Als die Beschaffung auf dem freien Markt zunahm, wurden die Nachteile des Lizitationsverfahrens immer deutlicher. Oft wurden bei den Auktionen unüberlegte, nicht ausreichend durchkalkulierte und daher oft Verlust bringende Angebote abgegeben.⁵⁹ Eine freihändige Vergabe kam als Alternative nicht in Frage. Denn diese Art der Vergabe ging mit unlauteren Praktiken einher. In der Mitte des 19. Jahrhunderts wurde das Verfahren der Lizitation schließlich durch das dem Grunde nach noch heute übliche Submissionsverfahren ersetzt: Auf eine öffentliche Ausschreibung erfolgt die Einreichung eines Angebotes und der abschließende Zuschlag. Auch dabei kam anfangs grundsätzlich der preiswerteste Anbieter zum Zuge.⁶⁰ Auf die Wirtschaftlichkeit der Offerte wurde - anders als heute - noch nicht geachtet.

⁵⁶ Vgl. Rudolf, B., in: Byok, J./ Jaeger, W. (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2. Auflage, Heidelberg 2004, Einführung, Rn. 29 ff.

⁵⁷ Vgl. Gandenberger, O., Die Ausschreibung: Organisierte Konkurrenz um öffentliche Aufträge, Heidelberg 1961, S. 22 ff.

⁵⁸ Vgl. ebenda, S. 23.

⁵⁹ Vgl. Heller, M., Das Submissionswesen in Deutschland, Jena 1907, S. 19.

⁶⁰ Vgl. Müller, H., Staatliche Preislenkung bei öffentlichen Aufträgen, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. (Hrsg.), Band 56 der Schriftenreihe FIW, Köln 1970, S. 27.

Eine einheitliche gesetzliche Regelung gab es zunächst nicht. Obwohl eine solche alsbald gefordert wurde, scheiterte ein geplantes Reichssubmissionsgesetz an verschiedenen Widerständen. Verantwortlich dafür waren nicht zuletzt die Bauverwaltung und die Gewerbetreibenden selbst. Diese lehnten eine gesetzliche Regelung ab und bevorzugten stattdessen ein selbst geregeltes Verfahren. Im Jahre 1921 lehnte der Reichstag erneut einen Vorstoß zugunsten einer gesetzlichen Regelung des Vergabewesens ab. Stattdessen rief er den Reichsverdingungs-ausschuss ins Leben.⁶¹ In diesem Ausschuss entwickelten Auftraggebervertreter gemeinsam mit Wirtschaftsverbänden Regeln für die Auftragsvergabe. Im Jahre 1926 stellte der Ausschuss die Komplettfassung der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) vor, die Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) folgte im Jahre 1936. Die Verdingungsordnungen enthielten jeweils in ihrem Teil A Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge.⁶² Sie hatten keine Normqualität, sondern waren freie Vereinbarungen zwischen den beiden Marktseiten. Es fehlten aber geeignete Sanktionsmechanismen bei Verstößen und ein effektiver Rechtsschutz für die Bieter. Trotzdem bildeten die Verdingungsordnungen lange Zeit das Kernstück des deutschen Vergaberechts.

Im Jahre 1997 kam die Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) hinzu, insbesondere für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen. Weitere vergaberechtliche Regelungen fanden sich in den Haushaltsgesetzen von Bund und der Ländern.

Das Europarecht gab dem deutschen Vergaberecht neue Impulse. Bedeutsam waren dabei insbesondere die Richtlinien über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer-, und Dienstleistungsaufträge.⁶³ Mit einer

⁶¹ Aus dem Reichsverdingungsausschuss sind mittlerweile die Verdingungsausschüsse für Bauleistungen (DVA) und Leistungen (DVAL) hervorgegangen; vgl. zur Arbeit der Ausschüsse auch Pietzcker, J. in: Motzke, G./ Pietzcker, J./ Prieß, H.J. (Hrsg.), VOB Teil A, 1. Auflage, München 2001, Syst II, Rn. 3.

⁶² Die Teile VOB/B und VOB/C betreffen bis heute allgemeine vertragliche Regeln und technische Vorschriften.

⁶³ Vgl. im einzelnen die Richtlinie 93/37/EWG des Rats vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199 vom 9. August 1993, S. 54), die Richtlinie 93/36/EWG des Rats vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. L 199 vom 9. August 1993, S. 1) und die Richtlinie 92/50/EWG des Rats vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209 vom 24. Juli 1992, S. 1).

weiteren Richtlinie, der so genannten Sektorenrichtlinie⁶⁴, galten auch Wasser-, Energie-, Versorgungs-, und Telekommunikationsunternehmen als öffentliche Auftraggeber. Der deutsche Gesetzgeber entschied sich zunächst dafür, bei der Umsetzung der Richtlinien den haushaltsrechtlichen Ansatz beizubehalten und traf entsprechende Regelungen im Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG). Die Einzelheiten des Verfahrens wurden weiterhin in den Verdingungsordnungen geregelt. Eine neu geschaffene Vergabeverordnung (VgV) fungierte als Bindeglied zwischen dem Haushaltsgrundsätzegesetz und den Verdingungsordnungen.⁶⁵ Von der Schaffung subjektiver Rechte für die Bieter wurde jedoch weiterhin abgesehen. Klagen gegen ein rechtswidriges Verhalten des Staats bei der Vergabe gab es also nicht.

Am 11. August 1996 entschied der Europäische Gerichtshof, dass die deutsche Rechtslage mangels ordnungsgemäßer Umsetzung der Richtlinien gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen habe, weil sie den Bietern keine gerichtlich durchsetzbaren subjektiven Rechte gewähre.⁶⁶ Auch wenn sich diese Entscheidung ausdrücklich auf die Rechtslage vor der Umsetzung der Richtlinien bezog, ließ sie sich jedoch auch auf die neugeschaffene Rechtslage übertragen. Um einer Verurteilung zu entgehen, wurde das Vergaberecht durch das Vergaberechtsänderungsgesetz vom 26. August 1998 erneut abgewandelt. Im GWB wurde ein vierter Teil über die Vergabe öffentlicher Aufträge eingefügt (§§ 97 ff. GWB). Die Vorschriften enthalten seither für Aufträge oberhalb der sogenannten Schwellenwerte erstmals subjektive Bieterrechte und ein effektives Rechtsschutzsystem (§ 97 Abs. 7 GWB).

⁶⁴ Vgl. Richtlinie 93/38/EWG des Rats vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie-, und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 199 vom 9. August 1993, S. 84).

⁶⁵ Vgl. Reidt, O./ Stickler, T./ Glahs, H., Vergaberecht-Kommentar, 2. Auflage, Köln 2003, Einleitung, Rn. 8.

⁶⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 11. August 1995, Rs. C-433/93, Slg. 1995, I-2311, 2317, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1996, S. 367.

Die Normenhierarchie stellte sich nach Inkrafttreten des Vergaberechtsänderungsgesetzes wie folgt dar:

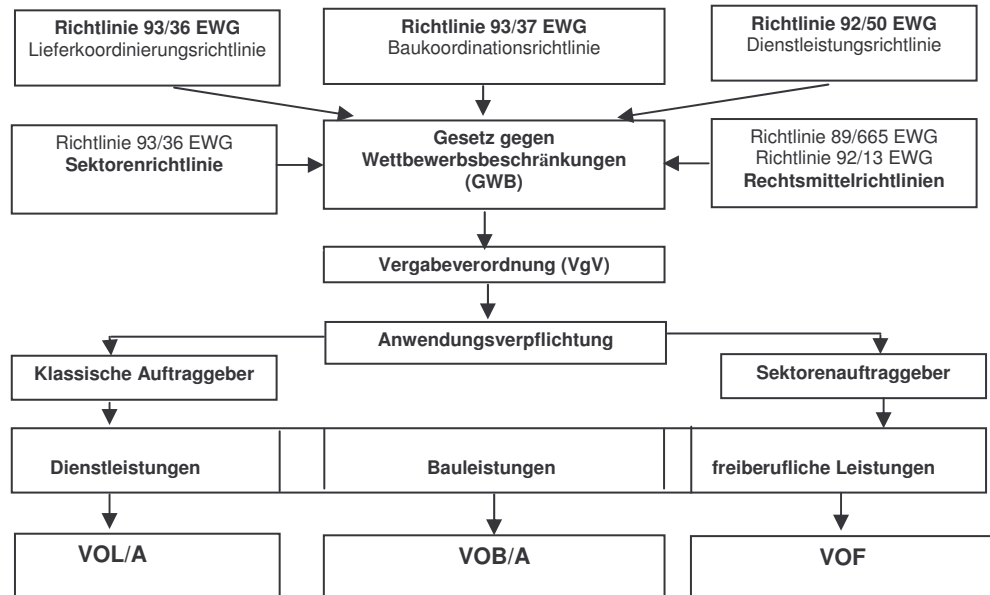


Abbildung 3: Normenhierarchie bis 2004

Das System der Verdingungsordnungen wurde bei der Gesetzesänderung nicht angetastet und gilt noch bis heute. Allerdings wurden einzelne Teile der Verdingungsordnungen mittlerweile mit Rechtsnormqualität versehen.

Nach geltender Rechtslage ergibt sich eine Zweiteilung des deutschen Vergaberechts.⁶⁷ Das Kartellvergaberecht ist nur für solche Aufträge anwendbar, bei denen die in § 100 Abs. 1 GWB und § 2 VgV definierten Schwellenwerte erreicht oder überschritten werden. Diese liegen bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen je nach Auftragsart und Auftraggeber zwischen 137.000 und 422.000 Euro und bei Bauaufträgen bei 5,278 Mio. Euro. Die Schwellenwerte sind Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips, wie es in Art. 5 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) niedergelegt ist.⁶⁸ Der Schwellenwertregelung liegt die Auffassung zugrunde, dass Aufträge mit einem geringeren Wert sich nicht oder nicht spürbar auf einen grenzüberschreitenden Handel auswirken,

⁶⁷ Die Verfassungskonformität der Zweiteilung des deutschen Vergaberechts wurde durch das Bundesverfassungsgericht anerkannt, vgl. Beschluss vom 13. Juni 2006, 1 BvR, 1160/03, <http://www.ibr-online.de>.

⁶⁸ Vgl. Hailbronner, K., in: Byok, J./ Jaeger, W. (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2. Auflage, Heidelberg 2004, § 100, Rn. 523.

so dass das Argument der Marktöffnung nicht überzeugt. Ein förmliches Vergabeverfahren auch für den Unterschwellenbereich würde darüber hinaus einen unangemessenen Aufwand für die Auftraggeber bedeuten. Allerdings fällt die Aufwands-Nutzen-Analyse unter den EU-Mitgliedstaaten unterschiedlich aus. So gewährt z. B. ein kleinerer Mitgliedstaat wie Österreich Vergaberechtschutz auch unterhalb der Schwellenwerte.

Für den Bereich oberhalb der Schwellenwerte ergibt sich für Deutschland damit folgende Normenstruktur: Zunächst sind die verschiedenen Vergaberichtlinien der EG zu beachten. Auf nationaler Gesetzesebene folgen dann die Vorschriften des vierten Teils des GWB. Dieser ist in drei Abschnitte unterteilt und enthält allgemeine Grundsätze und Definitionen des Vergaberechts sowie eine Beschreibung der Vergaberechtsverfahren. Kern der gesetzlichen Regelung ist das im zweiten Abschnitt geregelte Nachprüfungsverfahren, mit dem rechtswidrige Verhaltensweisen öffentlicher Auftraggeber verfolgt werden können. Hierbei handelt es sich um ein zweistufiges Überprüfungsverfahren. Eingangsstanz sind die so genannten Vergabekammern, gegen deren Entscheidung die sofortige Beschwerde beim Oberlandesgericht gegeben ist.

Den eigentlichen Kern des Vergaberechts bildet nach wie vor das nachrangige Recht. Zunächst ist dies auf Verordnungsebene die VgV. Die VgV trifft gemäß § 1 nähere Bestimmungen über das bei der Vergabe öffentlicher Aufträge einzuhaltende Verfahren sowie über die Zuständigkeit und das Verfahren bei der Durchführung von Nachprüfungsverfahren für öffentliche Aufträge, deren geschätzte Auftragswerte die Schwellenwerte erreichen oder übersteigen.

Für das von den Auftraggebern zu beachtende Vergabeverfahren verweist die VgV auf den jeweils zweiten Abschnitt der Verdingungsordnungen, für die Sektorauftraggeber auf den dritten und vierten Abschnitt der VOB/A und der VOL/A. Aufgrund dieser Verweise sind die betreffenden Abschnitte der Verdingungsordnungen - im Rang einer Rechtsverordnung - in das Vergabesystem integriert.⁶⁹

⁶⁹ Weil PPP-Projekte wegen ihrer langen Laufzeit den Schwellenwert von 5,278 Mio. EURO zumeist weit überschreiten, spielt das Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte praktische keine Rolle. Es sei der Vollständigkeit halber lediglich folgendes angemerkt: Für Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte gelten weder der vierte Teil des GWB noch die VgV.

Bei der Anwendung der Vergaberechts auf PPP-Projekte gilt folgendes:

Ausschreibungspflichtig sind öffentliche Aufträge des Staates. Gemäß § 99 Abs. 1 GWB fallen hierunter alle entgeltlichen Kontrakte zwischen öffentlichen Auftraggebern und der Privatwirtschaft, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

Im Rahmen von PPP-Vergabeverfahren bilden im Wesentlichen folgende Leistungen den Projektgegenstand:

- Erbringung von architektonischen und städtebaulichen Planungsleistungen
- Durchführung der Baumaßnahme für einen Neubau oder eine Sanierung⁷⁰
- Finanzierung durch den privaten Partner
- Betrieb und Bauunterhaltung des neuen Gebäudes über einen bestimmten Zeitraum

Bei PPP-Hochbauprojekten handelt sich um eine typengemischte Leistungsabfrage, die sowohl bauvertragliche (Planung und Bau) als auch dienstvertragliche Elemente (Betrieb und Gebäudeunterhalt) enthält. Alle Bestandteile sind - unabhängig von ihrer Gewichtung - öffentliche Aufträge im Sinne des Vergaberechts. Es muss europaweit ausgeschrieben werden.

Wegen der typengemischten Struktur des PPP-Modells kommen sowohl die VOL/A als auch die VOB/A als einschlägige Verdingungsordnungen in Betracht.

Aber immer nur eine Verdingungsordnung kann für ein Modell anwendbar sein.⁷¹

⁷⁰ Ggf. kombiniert mit dem Rückbau vorhandener, maroder Infrastruktur, z. B. Abriss eines PCB-kontaminierten Gebäudekomplexes.

⁷¹ Ob die VOL/A oder die VOB/A anwendbar ist, macht bei der Verfahrensdurchführung einen erheblichen Unterschied; bei Bauvergaben finden Submissionstermine mit Angebotsöffnung statt, bei denen die Bieter anwesend sein dürfen. Die Preise der verschiedenen Angebote werden unter Nennung der jeweiligen Unternehmen verlesen, § 22 VOB/A. Bei Liefer- und Dienstleistungen erfolgt dieser Sichtungstermin nur verwaltungsintern, die Bieterschaft ist bei der Angebotsöffnung nicht anwesend und bleibt bis zuletzt darüber im Unklaren, wie Erfolg versprechend das eigene Angebot ist.

Grundsätzlich gilt: Immer dann, wenn die Errichtung oder Sanierung eines Gebäudes notwendig ist, um es später als Infrastrukturobjekt zu betreiben (der eigentliche Dienstleistungsteil des PPP-Modells), überwiegt das Element des Bauauftrags.⁷²

Damit ist bei PPP-Hochbaumodellen die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/A, nach § 6 VgV der zweite Abschnitt bei klassischen öffentlichen Auftraggebern wie Städten und Gemeinden) anzuwenden.

2.4.2 Die Rahmenbedingungen für zukünftige PPP-Projekte

Die einheitliche Binnenmarktpolitik der Europäischen Union führt seit Anfang der 90er Jahre dazu, dass die jeweils in den Mitgliedsstaaten anwendbaren, nationalen Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen ganz entscheidend auf Brüsseler Richtlinien zurückzuführen sind.

Für Vergabeverfahren der zweiten Generation, die zum Abschluss von PPP-Verträgen führen sollen, wird ein Geflecht aus gemeinschaftsrechtlichen Initiativen, Diskussionsanstößen, nationalen Normen und politischen Programmsätzen maßgeblich sein. Die verschiedenen Quellen und Einflussfaktoren verdeutlicht die folgende Abbildung:

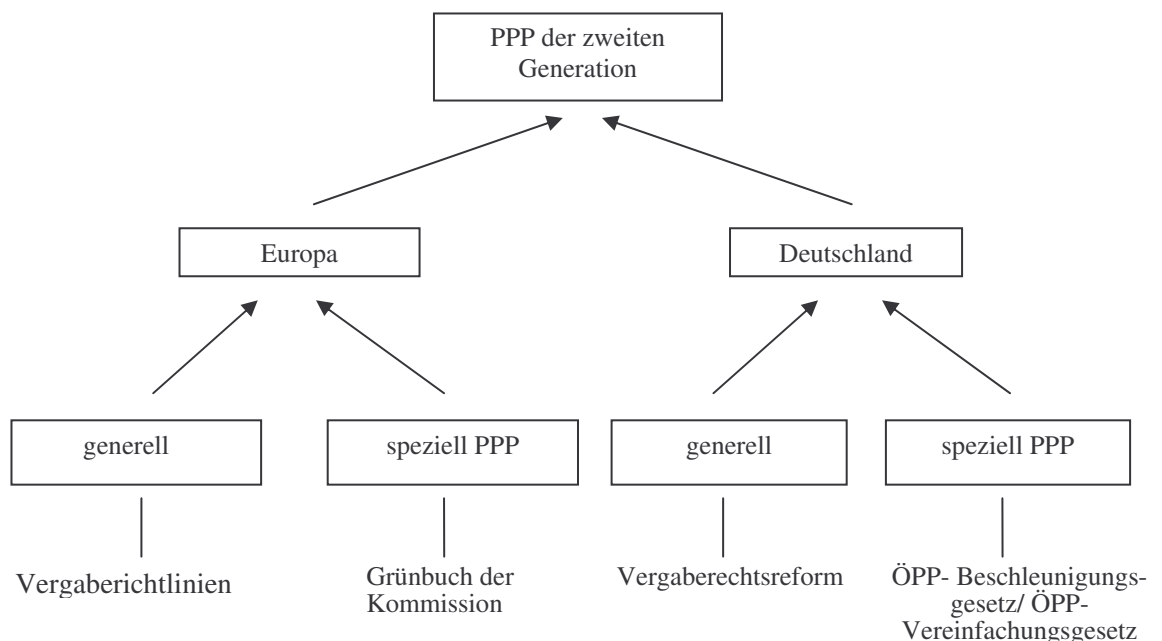


Abbildung 4: Einflussfaktoren auf PPPs der zweiten Generation

⁷² Vgl. Dreher (2002), a.a.O., S. 254.

Es existieren sowohl auf europäischer Ebene als auch national spezielle Initiativen und Gesetze, die zu einer weiteren Marktdurchdringung des PPP-Phänomens führen sollen. Daneben wurden in der jüngsten Vergangenheit systematisch die generellen Grundlagen des Beschaffungswesens fortentwickelt. Diese Grundlagen betreffen nicht ausdrücklich das Thema PPP, sondern das allgemeine Recht der öffentlichen Auftragsvergabe, unabhängig vom Gegenstand der Beschaffung. Die Diversifikation in Spezial- und Allgemeinnormen zeigt, welche Bedeutung Public Private Partnership mittlerweile erlangt hat.⁷³

2.4.2.1 Zum Grünbuch der Europäischen Kommission

Im März 2004 veröffentlichte die EU-Kommission ein Grünbuch⁷⁴ zu Public Private Partnerships und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen. Mit dem Grünbuch soll eine Diskussion über die Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf Konzessionen und PPPs angestoßen werden.⁷⁵ Im Grünbuch beschreibt die Kommission die politischen Zielsetzungen für Public Private Partnerships, gibt Empfehlungen für erfolgreiche PPPs und stellt Fallstudien vor.

In dem Grünbuch werden die folgenden politischen Zielsetzungen festgelegt:

Die verstärkte Kooperation zwischen dem öffentlichen und privaten Sektor in den Mitgliedstaaten der EU ist das Ergebnis von Bemühungen, die Qualität und Effizienz öffentlicher Aufgaben zu verbessern. Knappe öffentliche Ressourcen und Haushaltssperren zwingen zu neuen Denkmodellen. Die Möglichkeiten, die Finanzmittel, das Know-how und die Arbeitsmethoden der Privatwirtschaft stellen nur einige Vorteile von PPP-Modellen dar. Die Zunahme von PPPs spiegelt eine allgemeine Entwicklung bei der Rollenverteilung zwischen Staat und Wirtschaft wider: Der Staat nimmt Abstand von seiner Funktion als direkter

⁷³ Vgl. z.B. das Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften vom 1. September 2005 (BGBl. S. 2676).

⁷⁴ Vgl. Grünbuch der Europäischen Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endgültig.

⁷⁵ Vgl. Schwintowski, H.-P./ Ortlieb, B., PPP zwischen Markt und Regulierung – ein Diskussionsbeitrag zum Grünbuch der Europäischen Kommission, in: Budäus, D. (Hrsg.), Heft 54 der Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Baden-Baden 2006, S. 191.

Akteur und geht zu Organisation, Regulierung und Controlling über.⁷⁶ Trotz der Vorteile gerade im wirtschaftlichen Bereich seien PPP-Modelle nicht für jedes Projekt zu empfehlen, so die Kommission. Vielmehr müsse in jedem Einzelfall bewertet werden, ob ein PPP-Modell einen tatsächlichen Vorteil gegenüber anderen Möglichkeiten habe. Eine andere Möglichkeit wäre etwa die klassische Vergabe eines öffentlichen Auftrags.⁷⁷

Die Mitgliedstaaten der EU nutzen PPPs vermehrt, um Infrastrukturprojekte, insbesondere in den Bereichen Verkehr, öffentliche Gesundheit, Bildung und öffentliche Sicherheit, durchzuführen. Überdies werden PPPs zunehmend im Bereich der Bereitstellung öffentlicher Dienstleistungen bei der Abfallwirtschaft, Wasserversorgung oder Energieversorgung eingegangen. Die Kommission beobachtet die Tendenz in den Mitgliedstaaten, Instrumente zur Koordinierung und Förderung von PPP-Modellen zu schaffen. Die Instrumente sollen durch die Verbreitung der Erfahrungen der Mitgliedstaaten dazu beitragen, die Nutzer hinsichtlich der verschiedenen PPP-Modelle sowie der unterschiedlichen Verfahrensabschnitte zu beraten. Das sei auch wichtig, so die Kommission, weil es im europäischen Gemeinschaftsrecht keine Sonderregeln für PPPs gibt.⁷⁸

Im Grünbuch wird zwischen zwei PPP-Formen unterschieden:

- PPPs auf Vertragsbasis, bei denen die Partnerschaft zwischen öffentlichem und privatem Sektor nur auf vertraglichen Beziehungen basiert;
- institutionalisierte PPPs, bei denen die Zusammenarbeit zwischen öffentlichem und privatem Sektor innerhalb eines eigenständigen Rechtssubjekts (z.B. in Form eines Gemeinschaftsunternehmens) erfolgt.

⁷⁶ Vgl. zum neuen Funktions- und Rollenverständnis von Staat und Verwaltung, Budäus (2000), a.a.O., S. 11.

⁷⁷ Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen vom 15. November 2005, KOM (2005) 569 endgültig.

⁷⁸ Vgl. Grünbuch der Europäischen Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endgültig.

Dieser Unterscheidung liegt die Ansicht der Kommission zugrunde, dass die vielfältigen PPP-Formen, die in den verschiedenen Mitgliedstaaten anzutreffen sind, letztlich immer zwei übergeordneten Modellen zugeordnet werden können. Beide Modelle werfen spezifische Fragen bei der Anwendung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge auf.

2.4.2.2 Zum ÖPP-Beschleunigungsgesetz und ÖPP-Vereinfachungsgesetz

Im Rahmen der Umsetzung des neuen EG-Vergaberechts⁷⁹ hatte die SPD-Bundestagsfraktion im Oktober 2004 die Initiative ergriffen, die Förderung von Public Private Partnership durch ein neues Gesetz zu gewährleisten. Es entstand das ÖPP-Beschleunigungsgesetz. Mit diesem Gesetz wird nicht nur der Anglizismus 'PPP' durch den Terminus 'Öffentlich Private Partnerschaften' (ÖPP) ersetzt, um die Akzeptanz im deutschsprachigen Raum zu verbessern; materiell sollte es darum gehen, die gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Realisierung von PPPs in Angriff zu nehmen. Vergaberechtliche Bestimmungen sowie Regelungen im Fernstraßenbauprivatisierungsgesetz, in der Bundeshaushaltsordnung, im Steuerrecht und im Investmentgesetz waren zu modifizieren. Im Sinne einer "kleinen Vergaberechtsreform"⁸⁰ findet sich im ÖPP-Beschleunigungsgesetz als Neuerung das bisher nicht praktizierte Vergabeverfahren des sogenannten 'wettbewerblichen Dialogs'. Nachdem zunächst einzelne Interessenverbände während der Gesetzgebungsphase versuchten, das in Deutschland schon lange bekannte Verhandlungsverfahren für PPPs als Regelverfahren durchzusetzen, entschied sich der deutsche Gesetzgeber, den wettbewerblichen Dialog rechtlich zu verankern. Damit folgte er der Ansicht der Europäischen Kommission im Grünbuch, wonach der wettbewerbliche Dialog den betroffenen Parteien ein Verfahren an die Hand geben soll, das sich besonders für die Vergabe öffentlicher Aufträge im Zusammenhang mit der Einrichtung einer PPP auf Vertragsbasis eignet und

⁷⁹ Vgl. insbesondere die Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (VKR) sowie zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie-, und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. L 134 vom 30. April 2004, S. 1 ff. bzw. 114 ff.).

⁸⁰ Vgl. Knauff, M., Die vergaberechtlichen Regelungen des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes, in: NZBau 6. Jahrgang, (2005b), S. 444.

gleichzeitig die Grundrechte der Wirtschaftsteilnehmer wahrt.⁸¹ Das Verfahren des wettbewerblichen Dialogs soll anwendbar sein, wenn der öffentliche Auftraggeber objektiv nicht in der Lage ist, die für seinen Auftrag und seine Ziele geeigneten technischen Mittel zu bestimmen oder ein Projekt rechtlich und finanztechnisch zu konzipieren. Erlaubt ist den Vergabestellen, mit den Bewerbern in einen Dialog einzutreten, in dem es um die Ausarbeitung bedarfsgerechter Lösungen geht. Anschließend werden die Bewerber aufgefordert, ihr endgültiges Angebot auf der Grundlage der Ergebnisse des Dialogs zu unterbreiten.

„Mit dem ÖPP-Beschleunigungsgesetz werden gesetzliche Rahmenbedingungen geschaffen, die Hemmnisse und Unklarheiten beseitigen, die die Umsetzung von öffentlich-privaten Partnerschaften in Deutschland bisher erschwert haben.“⁸² So lautete die Einschätzung der Regierungskoalition in der Erarbeitungsphase des Gesetzes. Andere Stimme sahen das kritischer. So zum Beispiel der Bundesrat, der im Rahmen seiner Empfehlungen an die Ausschüsse noch am 5. Juli 2005⁸³ ausführte: „Eine partielle Regelung für ÖPP-Maßnahmen, die dann bereits in Kürze wieder geändert werden müsste, macht keinen Sinn. Die Ausschreibung von ÖPP-Maßnahmen ist auch nach dem geltenden Vergaberecht möglich.“

Tatsächlich hat der Bundesrat Recht. Denn das ÖPP-Beschleunigungsgesetz, das trotz der Widerstände am 1. September 2005 in Kraft getreten ist, muss als "Reparaturgesetz"⁸⁴ bezeichnet werden. Mit ihm wurde nämlich lediglich bereits bekanntes Richtlinienrecht umgesetzt und schon seit Jahren in der Praxis anerkannte und geübte Rechtsprechung kodifiziert. Für die Ausschreibungen von PPPs ist allein der wettbewerbliche Dialog ein Novum.

Die zu erwartende Ineffizienz des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes hat die Politik kurz nach dessen Inkrafttreten dazu veranlaßt, die Rahmenbedingungen für PPP erneut zu überdenken. Derzeit befindet sich ein zweites ÖPP-Gesetz in Arbeit. Mit der Initiative ist geplant, den nicht erledigten Handlungsbedarf im Bereich des

⁸¹ Vgl. Grünbuch der Europäischen Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endgültig.

⁸² Vgl. Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN vom 14. Juni 2005 (BT-Drucksache 15/5668).

⁸³ Vgl. Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrats vom 5. Juli 2005 zu Punkt 90 der 813. Sitzung des Bundesrats am 8. Juli 2005 (BR-Drucksache 544/1/05).

⁸⁴ Vgl. Knauff (2005b), a.a.O., S. 444.

Haushalts-, Förder-, Steuer- und Investmentrechts aufzugreifen. Auf der Grundlage der Koalitionsvereinbarung vom 11. November 2005 werden die bisherigen PPP-Hemmnisse einer weiteren Prüfung unterzogen. Das Gesetzgebungsverfahren wurde durch eine parlamentarische Initiative der Koalitionsfraktionen im Deutschen Bundestag in Gang gesetzt. Es wird von den relevanten Fachressorts des Bundes, der PPP-Task-Force, Vertretern der Länder sowie von Beratern und Verbänden begleitet. Zu einer konstituierenden Sitzung kamen am 6. April 2006 Abgeordnete der Regierungsfraktion von SPD, CDU und CSU mit Vertretern der Ministerien, der Bundesländer und der Verbände zusammen. Das neue Gesetz soll 'PPP-Vereinfachungsgesetz' heißen und in einem ersten Entwurf als Artikelgesetz im Mai 2007 vorliegen.

Das übergeordnete Ziel des Gesetzes ist die Verbesserung der rechtlichen und finanziellen Grundlagen für PPPs durch die Nutzbarmachung privaten Kapitals für den Staat und die Kommunen. Hierzu soll das Investmentgesetz modifiziert werden. Der Erwerb von Unternehmensbeteiligungen an PPP-Projektgesellschaften durch offene (Infrastruktur-) Fonds soll erleichtert werden, um PPP für Investoren attraktiver zu machen.

Ferner sollen die Rahmenbedingungen für die Anwendbarkeit von PPP im Verkehrswegebau und im Krankenhaussektor optimiert werden.

In einer der themenspezifischen Projektarbeitsgruppen zum ÖPP-Vereinfachungsgesetz wird ferner darüber diskutiert, § 7 der BHO zu ändern. Diese Norm sieht bislang in Absatz 2 vor, dass in geeigneten Fällen privaten Anbietern die Möglichkeit zu geben ist, darzulegen, ob und inwieweit sie (an sich) staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende Tätigkeiten nicht ebenso gut oder besser erbringen können. Durch eine Regel- bzw. Beweislastumkehr bei Absatz 2 soll nunmehr die Durchführung von Aufgaben durch Private fest etabliert werden, so dass die staatliche Leistungserbringung im herkömmlichen Sinne dann nur noch eine Ausnahme darstellt. Die auf Bundesebene Beteiligten haben sich unter Umständen bei der Frage, welche Intensität und Justiziabilität dieser Regelumkehr zukommen soll, an einem aktuellen Gesetzgebungsverfahren des Landes Schleswig-Holstein orientiert. Im Rahmen eines Entwurfes für ein "Gesetz zur

Erleichterung Öffentlich Privater Partnerschaften" vom 29. August 2006⁸⁵ ist vorgesehen, die Landesbehörden zu einer permanenten 'Aufgabenkritik' anzuhalten. Dieser Grundsatz verpflichtet die Verwaltung in Schleswig-Holstein zu der Prüfung, inwieweit bislang staatlich wahrgenommene Aufgaben verzichtbar sind oder in anderer Weise erfüllt werden können. Diese Prüfpflicht soll in der Landeshaushaltsordnung verankert werden. Damit geht die vorgeschlagene Regelung für Schleswig-Holstein weit über eine reine Appellfunktion an die landeseigenen Behörden hinaus. In geeigneten Fällen ist Privaten die Möglichkeit zu geben, darzulegen, ob und inwieweit sie die vom Land wahrgenommenen Aufgaben ebenso gut oder besser wahrnehmen können. Hierauf haben die Unternehmen einen Anspruch.

Es ist derzeit fraglich, ob sich der Bundesgesetzgeber im Rahmen des ÖPP-Vereinfachungsgesetzes auch der umsatzsteuerlichen Ungleichbehandlung von PPP gegenüber der konventionellen Eigenlösung widmet. Bei PPP werden stets Wirtschaftlichkeitsvergleiche angestellt, die nur bedingt aussagekräftig sind. Können nämlich einzelne Leistungen der Wertschöpfungskette einer PPP (Planung, Bau, Betrieb, Finanzierung) vom Staat selbst erbracht oder produziert werden, fällt bei der konventionellen Eigenlösung grundsätzlich keine Umsatzsteuer an. Denn dem Staat fehlt zumeist die Unternehmereigenschaft im Sinne von § 2 Abs. 3 Umsatzsteuergesetz (UStG), so dass Eigenleistungen steuerfrei erbracht werden können. Im Vergleich hierzu führt eine PPP-Lösung regelmäßig zu einer zusätzlichen Definitivbelastung des nicht vorsteuerabzugsberechtigten Staats in Höhe von 19 %, weil es sich bei der privaten Leistungserbringung um umsatzsteuerlich relevante Vorgänge handelt. Dadurch verteuert sich ein PPP-Modell. Obgleich eine Problemlösung⁸⁶ zugunsten der Interessenträger von PPP positiv wäre, könnte der Gesetzgeber des ÖPP-Vereinfachungsgesetzes unter Umständen einen akuten Handlungsbedarf mit der Begründung verneinen, dass es sich bei dem Umsatzsteuerprivileg der öffentlichen

⁸⁵ Vgl. Drucksache des Landtags (16. Wahlperiode) 16/935.

⁸⁶ Eine Lösung könnte in der Einführung eines Umsatzsteuererstattungsverfahrens (Tax Refund System) bestehen, wie es schon in Großbritannien (1973), Frankreich (1977), Dänemark (1985), Finnland (1994), Schweden (1995) und in den Niederlanden (2003) seit geraumer Zeit existiert. Durch dieses System wird die Entscheidung zwischen PPP und einer hoheitlichen Eigenrealisierung umsatzsteuerlich neutralisiert. Bislang wurde eine klare steuergesetzliche Lösung dieses Problems mit dem Hinweis auf den föderalen Staatsaufbau der Bundesrepublik und der entsprechenden Verteilung des Umsatzsteueraufkommens zwischen Bund, Ländern und Kommunen abgelehnt.

Hand um ein weit über PPP hinausgehendes, generelleres Problem handelt, das immer dann auftritt, wenn sich steuerbefreite oder steuerbegünstigte öffentliche Unternehmen und Einrichtungen (z.B. städtischer Bauhof oder kommunale Gärtnerei) im Wettbewerb mit umsatzsteuerpflichtigen Privaten befinden und es deshalb zu Wettbewerbsverzerrungen auf demselben Markt kommt.⁸⁷ Es ist deshalb durchaus denkbar, dass die Lösung des Problems erst im Rahmen einer gesetzgeberischen Initiative zur Änderung des Umsatzsteuerrechts gesucht wird.

2.4.2.3 Allgemeine Änderungen des Vergaberechts

Anfang 2004 ist eine Reform des materiellen Vergaberechts zum Abschluss gelangt, die acht Jahre zuvor unter dem Titel „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union – Überlegungen für die Zukunft“⁸⁸ eingeleitet wurde. Die bisher 'klassischen' Richtlinien wurden zusammengefasst⁸⁹ und neu gegliedert sowie inhaltlich erheblich ergänzt und modifiziert. Die aktuelle Normenhierarchie stellt sich wie folgt dar:

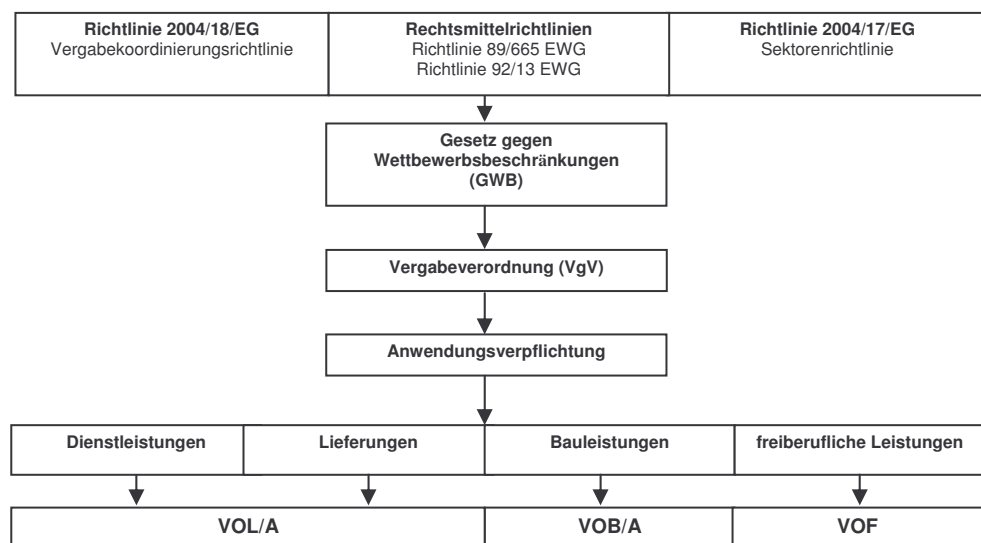


Abbildung 5: Aktuelle Normenhierarchie

⁸⁷ Vgl. zur jüngsten Rechtsprechung des EuGH, der bei dieser Wettbewerbssituation dem Privaten einen Auskunftsanspruch gegenüber dem Finanzamt zur Klärung der Höhe der Steuerbegünstigung des öffentlich-rechtlichen Konkurrenten (im konkreten Fall: ein Krematorium der Stadt Eisleben) zubilligt, EuGH, Urteil vom 8. Juni 2006, Rs. C-430/04 ('Feuerbestattungsverein Stadt Halle e.V.').

⁸⁸ Vgl. "Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft" vom 27. November 1996, KOM (96) 583 endgültig.

⁸⁹ Vgl. die Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge sowie zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie-, und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. L 134 vom 30. April 2004, S. 1 ff. bzw. 114 ff.).

Mit den Änderungen des bestehenden Rechtsrahmens wurde das europäische Vergaberecht vereinfacht und an das digitale Zeitalter angepasst. Die vordringlichsten Ziele des europäischen Gesetzgebers in Bezug auf öffentliche Ausschreibungen waren: Modernisierung, Vereinfachung und Flexibilität. Die neuen Richtlinien sollten bis spätestens 31. Januar 2006 in das Recht der Mitgliedsstaaten umgesetzt werden.

In Deutschland wurden die Vorgaben der europäischen Richtlinien zwar frühzeitig aufgegriffen und in gesetzgeberische Initiativen überführt. Unter dem Titel 'Masterplan Bürokratieabbau' der Bundesregierung nahm man die Vorgaben aus Brüssel mit großen Worten zum Anlass, eine Verschlankung des Vergaberechts auch in Deutschland zu fordern, weil die Regelungen „zu kompliziert, zu engmaschig und zu detailliert geworden sind und [...] es in der Praxis immer mehr des Sachverständes von ausgewiesenen Experten oder einer langjährigen Vergabepraxis bedarf, um einen öffentlichen Auftrag erfolgreich zu vergeben. [...] Die Folgen sind Rechtsunsicherheit und Verzögerung durch kostenträchtige Rechtstreitigkeiten. Statt die Vergabe zu fördern, erreichen die Vergaberegeln dieses Ziel immer weniger, sie werden sogar eher zu einem Investitionshemmnis [...]“.⁹⁰

Taten sind den Worten jedoch erst sehr spät gefolgt. Eine vollständige Umsetzung der Richtlinien in deutsches Recht erfolgte erst am 1. November 2006 durch das Inkrafttreten einer modifizierten Vergabeverordnung. Mit ihr werden nunmehr auch Änderungen an den einzelnen Verdingungsordnungen wirksam, die vorher nur über die europäischen Richtlinien in Deutschland galten.⁹¹

2.5 Bisheriger Erkenntnisstand und Handlungsbedarf

PPP wird allenthalben auf Seiten großer deutscher Bauunternehmen als Markt der Zukunft bewertet. Nach vorsichtigen Schätzungen von HOCHTIEF beläuft sich bei Schulen, Verwaltungsgebäuden und Krankenhäusern das PPP-Investitions-

⁹⁰ Vgl. Clement, W., Entbürokratisierung: Chancen für Deutschland, in: Jahrbuch "Öffentliches Auftragswesen Deutschland 2004/2005", Berlin 2004, S. 4.

⁹¹ Nach der Rechtsprechung des EuGH erlangen hinreichend konkret bestimmte Richtlinien in den Mitgliedsstaaten unmittelbare Rechtsgeltung, wenn die Umsetzungsfrist abgelaufen ist, vgl. EuGH, Urteil vom 11. August 1995, Rs. C-433/93, Slg. 1995, I 2311, 2317.

volumen nach kontinuierlichem Anstieg im Jahr 2009 auf etwa sechs Milliarden Euro jährlich.⁹²

Tatsächlich sprechen die bisher ermittelten Zahlen für eine positive Entwicklung. Hinzu kommt, dass nicht nur die Bauwirtschaft, sondern auch die Politik das Thema PPP als erfolversprechend ansieht und dieser Form der Zusammenarbeit zwischen Privatwirtschaft und öffentlicher Hand eine große Zukunft vorhersagt.⁹³ PPP bildet damit auch den Kernpunkt einer Marketingstrategie, die von Interessenvertretern aus Politik, Wirtschaft, Handwerk, Verbänden und Beratung verfolgt wird.⁹⁴ Zwar ist das Konzept der Kooperation zwischen Verwaltungen und privaten Unternehmen keineswegs neu. Neu ist allerdings das Momentum in der Diskussion um PPP sowie Art und Umfang der Projekte, für die PPPs als geeignet angesehen werden. Die erste Generation abgeschlossener PPP-Projekte lässt darauf schließen, dass die von Budäus entwickelten Erklärungsgrößen für die wachsende Bedeutung dieser Kooperationsform aktueller sind denn je. Folgende Parameter sind auch in Zukunft für PPP entscheidend:

- Die anhaltende Finanzkrise der Gebietskörperschaften⁹⁵
- Der generelle Reformwille von Staat und Verwaltung
- Der wachsende Einfluss des internationalen Wettbewerbs, insbesondere auf den Gebieten Informationstechnik, Telekommunikation, Energieversorgung und ÖPNV
- Die Unterbeschäftigung und freie Ressourcen im privaten Unternehmenssektor, vor allem in der Bauindustrie

⁹² Vgl. Bilanzpressekonferenz der Hochtief AG am 23. März 2005, http://www.hochtief.de/-img/content/presse/pressemit/bpk_keitel_050323_d.pdf, Seite 9, 12. Dezember 2005.

⁹³ Vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 11. November 2005, Rn. 703 ff., http://www.spd.de/servlet/PB/show/1589444/111105_Koalitionsvertrag.pdf, wonach Öffentlich Private Partnerschaften ein erfolversprechender Weg sind, um Defizite bei der Bereitstellung öffentlicher Leistungen auszugleichen.

⁹⁴ Vgl. Pauly, L. (Hrsg.), Das neue Miteinander. Public Private Partnership für Deutschland, Hamburg 2006, S. 17 ff.

⁹⁵ Dieser Einflussfaktor scheint sich in Anbetracht des Endberichts des Deutschen Instituts für Urbanistik vom September 2005 (dort: S. 41, vgl. Fußnote 8) zu relativieren, denn als Gründe für die Durchführung von PPP werden von den befragten Kommunen vor allem die Erzielung von Effizienzvorteilen und die beschleunigte Realisierung des jeweiligen Projekts genannt. Der Bedarf an privatem Kapital, der dafür sprechen würde, dass die öffentliche Hand aus finanziellen Gründen PPP-Projekte fördert, wird lediglich als dritter Begründungspunkt angeführt.

- Die Notwendigkeit von Innovationen und Anwendungen neuerer Entwicklungen auf dem Gebiet der Informations- und Kommunikationstechniken⁹⁶

Die bisherigen Effizienzvorteile, die mit PPP-Projekten erzielt wurden, lassen die Zuversicht auf Seiten der öffentlichen Hand als gerechtfertigt erscheinen. Die nach der Wirtschaftlichkeitsprognose und dem Beschaffungsvariantenvergleich gegenüber der Eigenrealisierung errechneten Effizienzerwartungen wurden in den meisten Fällen erfüllt⁹⁷:

Stadt	Investition	Art des Projekts	Effizienzvorteil für PPP gemäß der Wirtschaftlichkeitsprognose	Effizienzvorteil für PPP gemäß Wirtschaftlichkeitsnachweis
Monheim am Rhein	24 Mio.	Neubau und Sanierung	15 – 22 %	15,2 %
Rhein-Erft-Kreis (Frechen)	15 Mio.	Neubau	3 – 12 %	10,3 %
Witten	13 Mio.	Neubau und Sanierung	5 – 25 %	9,3 %
Gladbeck	20 Mio.	Neubau	1 – 11 %	13,5 %
Unna	20 Mio.	Sanierung	1 – 7 %	6,2 %
Leverkusen	30 Mio.	Sanierung (Denkmalschutz)	nicht veröffentlicht	nicht veröffentlicht
Meschede	22 Mio.	Sanierung	2 – 15 %	nicht veröffentlicht

Tabelle 3: Effizienzen gegenüber der Eigenrealisierung

Die oberflächliche Betrachtung der Effizienzwerte verstellt jedoch den Blick auf die Tatsache, dass PPP in Deutschland noch wenig erprobt ist und es sich derzeit allenfalls um einen „Emerging Market“⁹⁸ handelt. Die gesetzlichen Rahmenbedingungen wurden durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz nur geringfügig verbessert. Das soll sich laut Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD durch das geplante ÖPP-Vereinfachungsgesetz ändern.

⁹⁶ Vgl. Budäus (2004), a.a.O., S. 2 ff.

⁹⁷ Bei Tabelle 3 handelt es sich um eine Eigenerhebung.

⁹⁸ Vgl. Kulle, B., Kooperation zwischen öffentlicher Hand und privaten Unternehmen (Public Private Partnership) – Erfahrungen aus unternehmerischer Sicht, in: Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht (ZfBR) 26. Jahrgang (2003), S. 131.

Ein Blick auf die Interessen- und Motivationslage bei den öffentlichen Auftraggebern und bei der privaten Bauwirtschaft zeigt, dass die verhältnismäßig großen Erfolge, die mit den ersten PPPs in Deutschland erzielt wurden, sich voraussichtlich in der nächsten Generation nicht fortsetzen werden.

Das größte Gefahrenpotenzial zukünftiger PPPs liegt im psychologischen Bereich: Es fehlt das Vertrauen öffentlicher Auftraggeber, in der privaten Wirtschaft einen fairen Partner zu haben. So wird der potenzielle Partner zum potenziellen Gegner.⁹⁹ Diese Haltung legt der Staat schon während der Vergabephase an den Tag. Sie setzt sich in den Vertragsinhalten, die das spätere Projekt abbilden, fort. Die immens umfangreichen Eignungsnachweise, die ein privates Konsortium erbringen muss, um sich überhaupt für die Angebotsphase der Ausschreibung zu qualifizieren, zeigen, dass auf Seiten der Verwaltung großes Misstrauen gegenüber den privaten Unternehmen herrscht. PPP-Projekte werden durch einen Katalog von Vertragsstrafen, Rücktritts- und Kündigungsrechten sowie überdimensionierten Bürgschaftsverpflichtungen des Bieters abgesichert.

Der Freistaat Sachsen hat beispielsweise für sein PPP-Pilotprojekt zur Planung, Errichtung, Finanzierung und zum Betrieb eines Justizzentrums in Chemnitz eine anfängliche Baubürgschaftssumme von fünf Millionen Euro vorgesehen, die sich über den gesamten Projektzyklus (geplant sind 20 Jahre) zwar bis auf drei Millionen Euro abbaut, jedoch über einen so langfristigen Zeitraum vorzuhalten ist. Damit werden die Kreditlinien der privaten Bauunternehmen ganz erheblich strapaziert. Hauptleidtragender ist der Mittelstand, der mangels ausreichenden Eigenkapitals auf Fremdfinanzierungen angewiesen ist.

Führen Ausschreibungsverfahren einmal nicht zum gewünschten Ziel, etwa weil die prognostizierten Effizienzen doch nicht erreicht wurden, wird Kompensation an anderer Stelle gesucht, wie das 'Oderwitz'-Urteil des Bundesgerichtshofes vom 12. Dezember 2002¹⁰⁰ zeigt. Eine sächsische Gemeinde hatte sich auf Grund fehlender Eigenmittel dazu entschlossen, den Neubau einer gemeinschaftlichen Sporthalle mit Hilfe eines so genannten kommunalen Investorenvorhabens zu realisieren. Dazu sollte eine Gesellschaft Bürgerlichen Rechts die Sporthalle zunächst

⁹⁹ Vgl. Bahlensiefen, G./Raiber, M., Das gegenseitige öffentliche Vergabewesen aus Sicht der Bieter in der Bauwirtschaft, in: Zeitschrift Vergaberecht (VergabeR) 5. Jahrgang (2005), S. 307.

¹⁰⁰ Vgl. Beschluss vom 19. Dezember 2002, 1 StR 366/02, BGHZ 153, 198 = Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2003, 1318.

auf eigene Kosten auf einem Erbbaugrundstück errichten und im Anschluss daran langfristig an die Gemeinde vermieten. Antragsgemäß hatte die zuständige Rechtsaufsichtsbehörde die nach sächsischem Kommunalrecht erforderliche Genehmigung als kreditähnliches Rechtsgeschäft gemäß § 82 Abs. 5 der Sächsischen Gemeindeordnung (SächsGemO) erteilt. Später stellte jedoch der Landesrechnungshof fest, dass diese Art der Finanzierung teurer als eine entsprechende Eigenrealisierung sei. Daraufhin verklagte die Gemeinde die Aufsichtsbehörde auf Schadensersatz und bekam schließlich vor dem Bundesgerichtshof Recht.

Seit dieser Entscheidung verhalten sich vor allem ostdeutsche Aufsichtsbehörden zurückhaltend bei der Genehmigung von PPP-Projekten der Kommunen. Die dortigen Städte und Gemeinden werden vermehrt verpflichtet, in ihre Wirtschaftlichkeitsberechnungen auch eine so genannte 'Null-Variante' aufzunehmen. Diese indiziert, welche Kosten der Auftraggeber zu tragen hätte, wenn die Kommunalverwaltung überhaupt keine Bau- oder Sanierungsmaßnahme ergreifen und zum Beispiel die betreffende sanierungsbedürftige Schule weiterhin regelmäßig instand setzen würde. Aus den dargelegten Gründen hat die öffentliche Hand das für das Gelingen von PPP-Projekten erforderliche „Commitment“¹⁰¹ bislang nicht erbracht.

Für das bisherige Gelingen der ersten PPP-Projekte hat im Wesentlichen die Privatwirtschaft gesorgt. Erhebliche Zugeständnisse bei der Risikoverteilung und nicht zuletzt auch das Interesse einiger großer deutscher Bauunternehmen an dem PPP-Modell haben dazu beigetragen, dass die oben dargelegten Effizienzen erzielt werden konnten. Obwohl die Bauwirtschaft die mangelnde Verantwortung der Auftraggeber für den Erfolg der PPP-Projekte kritisiert hat, hat sie bei den Pilotmodellen Angebote abgegeben.¹⁰² Ein Referenzprojekt erhöht die Chancen, weitere Ausschreibungen zu gewinnen. In Anbetracht der Erwartung eines sich dynamisch entwickelnden Marktes bestand insgesamt eine hohe Bereitschaft zu umfangreichen Konzessionen gegenüber dem öffentlichen Projektträger.¹⁰³

¹⁰¹ Vgl. das Fachreferat des Generalkonsuls des Vereinigten Königreichs Großbritannien, Byod McCleary, anlässlich des PPP-Kongresses des Wirtschaftsministeriums Baden-Württemberg am 15. November 2004 in Stuttgart <http://www.ibl.uni-stuttgart.de>, 12. Januar 2006.

¹⁰² Bei der Ausschreibung der Stadt Gladbeck haben sich 24 Konsortien um den Auftrag beworben.

¹⁰³ Vgl. Daube, D., Leitfaden des Finanzministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen, Public Private Partnership im Hochbau. Evaluierung der Wirtschaftlichkeitsvergleiche der ersten PPP-Pilotprojekte im öffentlichen Hochbau in NRW, Düsseldorf 2005, S. 17.

Die Prestigewirkung der ersten PPPs auf der privaten Seite kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass 60 % der Bauwirtschaft den Arbeitsaufwand, den eine Beteiligung an Ausschreibungen für die teilnehmende Firma mit sich bringt, als hoch oder gar zu hoch beurteilen.¹⁰⁴ Dass trotzdem gerichtliche Nachprüfungsverfahren nahezu ausgeblieben sind¹⁰⁵, lässt sich zum einen damit begründen, dass alle großen deutschen Bauunternehmen zumindest ein PPP-Projekt gewinnen konnten. Zum anderen besteht die vergabeprozessuale Hürde, dass bei Konsortien alle Bietergemeinschaftsmitglieder gemeinsam die Nachprüfung durch die Behörden bzw. die Gerichte begehren müssen. Ein einzelnes Mitglied der Bietergemeinschaft wäre nicht antragsbefugt.¹⁰⁶ Da sich die typische Bietergemeinschaft bei PPP-Projekten aus mindestens einem Planungsbüro, einem Generalunternehmer, einem Facility-Management-Dienstleister und unter Umständen sogar einer Bank zusammensetzt, ist die konzertierte Einlegung eines Rechtsmittels wegen der Vielzahl der Beteiligten und deren Interessen äußerst selten. In den meisten Fällen hat zumindest ein Konsortialpartner geschäftspolitische Bedenken, gegen den öffentlichen Auftraggeber gerichtlich vorzugehen.

Schon während der ersten PPP-Generation gab es Probleme während der Ausschreibungsphase, die (noch) nicht zu Tage getreten sind, weil die Privatwirtschaft ihr Formalziel 'Gewinn' aus langfristigen geschäftspolitischen Erwägungen noch zurückgestellt hat. Die öffentliche Hand konnte dagegen ihr 'Sachziel', das heißt, die schlichte Erfüllung der öffentlichen Aufgabe, erreichen.

¹⁰⁴ Vgl. Bahlensiefen, G., Studie zur Beurteilung des gegenwärtigen öffentlichen Vergabewesens aus Sicht der Bieter in der Bauwirtschaft (Kurzfassung) des Centrums für Infrastruktur und Recht der Hochschule für Bauwesen und Wirtschaft (Hrsg.), Biberach 2004, S. 13. Befragt wurden 1.517 Firmen aus dem bauausführenden und planenden Bereich. Den Kern der Studie bilden Fragen nach Hauptkritikpunkten an gegenwärtigen öffentlichen Ausschreibungen im Bauwesen sowie nach Verbesserungsvorschlägen.

¹⁰⁵ Vgl. Grabow/ Reidenbach/ Rottmann/ Seidel-Schulze (2005), a.a.O., S. 61.

¹⁰⁶ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Dezember 2004, Verg 101/04, Immobilien und Baurecht (IBR) 2005, S. 105.

3 Aktuelle Probleme bei der Ausschreibung von PPP

Nachstehend soll geprüft werden, welche Probleme bei der praktischen Durchführung von Ausschreibungsverfahren zum Abschluss von PPPs bestehen.

3.1 Vorgehensweise

Die folgende Untersuchung ist eine unmittelbar an die Praxis angelehnte Problemanalyse. Dabei entspricht der Aufbau und die Vorgehensweise dem Ablauf einer europaweiten Ausschreibung, beginnend mit der Auswahl der zulässigen und besten Vergabeart für PPP und endend mit der Beurteilung, ob die Gründung einer Projektgesellschaft sinnvoll ist.

Diese Phasen werden hinsichtlich ihrer Problemfelder gekennzeichnet und systematisch untersucht. Anhand der vorliegenden Erfahrungen und unterschiedlichen Fallstudien zum Thema PPP werden die genannten Problembereiche überprüft. Auf dieser Grundlage werden Empfehlungen erarbeitet, um das Verfahren insgesamt effizienter zu gestalten.

3.2 Die beste Vergabeart für PPP

Ein öffentlicher Auftrag kann im Wege unterschiedlicher Ausschreibungsverfahren erteilt werden. Die Verfahren hängen von der Vergabeart ab.

Mit dem Legislativpaket 2004 hat der europäische Normengeber den wettbewerblichen Dialog als neue Vergabeart eingeführt.¹⁰⁷ Durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz wurde der wettbewerbliche Dialog in nationales Recht umgesetzt, so dass seit Ende des Jahres 2005 deutschen öffentlichen Auftraggebern sowohl das offene als auch das nicht offene Verfahren, das Verhandlungsverfahren und der wettbewerbliche Dialog für die Suche nach einem geeigneten Partner für das PPP-Projekt zur Verfügung stehen. Die genannten Vergabearten können nicht frei gewählt werden, vielmehr stehen sie in einem Regel-/ Ausnahmeverhältnis zueinander. Die Wahl der falschen Vergabeart macht die gesamte Aus-

¹⁰⁷ Vgl. Art. 29 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. L 134 vom 30. April 2004, S. 1 ff.

schreibung rechtswidrig. Die Ausschreibung muss unter Umständen sogar wiederholt werden.

Welche ist aber die geeignete Vergabeart, um kostengünstig, transparent und unter Ausnutzung der bestmöglichen Wettbewerbssituation eine PPP zu initiieren? Bevor diese Frage beantwortet werden kann, sind zunächst die unterschiedlichen Formen der Vergabe öffentlicher Aufträge darzustellen.

3.2.1 Die Bedeutung der Vergabeart und der Verfahrenskanon

Die Vergabe von öffentlichen Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträgen erfolgte bis zur Einführung des wettbewerblichen Dialogs im Wege von offenen Verfahren, nicht offenen Verfahren oder Verhandlungsverfahren.¹⁰⁸

Das offene Verfahren ist die häufigste, zugleich aber auch strengste Vergabeart. Die Wahl einer anderen Vergabeart als der des offenen Verfahrens ist nur aufgrund einer besonderen Rechtfertigung gestattet. Das Verfahren zeichnet sich dadurch aus, dass eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert wird. Im Rahmen des offenen Verfahrens ergeht eine vollständige Leistungsbeschreibung durch den öffentlichen Auftraggeber. Eine Nachverhandlung über die Angebote, die auf dieser Leistungsbeschreibung beruhen, ist verboten. Das wirtschaftlich günstigste Angebot erhält den Zuschlag. Das offene Verfahren ist grundsätzlich unpersönlich. Bis zum Vertragsschluss gibt es nur schriftlichen Kontakt zu den Bietern, es sei denn, Ortsbesichtigungen führen beide Seiten persönlich zusammen.

In Abgrenzung zum offenen Verfahren ergeht beim nicht offenen Verfahren zunächst eine öffentliche Aufforderung zur Teilnahme (Präqualifikation). Sodann wird eine beschränkte Anzahl von Unternehmen aus dem Kreis der Bewerber dazu aufgefordert, ein Angebot abzugeben. Auch das nicht offene Verfahren ist eine förmliche Vergabeart. Die Anzahl der Unternehmen, die ein Angebot abgeben können, wird jedoch von Beginn an durch den vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb begrenzt. Ein Anspruch der Bewerber auf Teilnahme am nicht offenen Verfahren besteht nicht, vielmehr wählt der öffentliche Auftraggeber nach pflichtgemäßem Ermessen diejenigen Bewerber aus, von denen er nach Vorlage unterneh-

¹⁰⁸ Vgl. § 101 Abs. 1 GWB a. F.

mensbezogener Eignungsnachweise (zum Beispiel Umsätze des Unternehmens, Auszüge aus dem Handelsregister, Referenzen) der Meinung ist, dass diese am ehesten die Gewähr dafür bieten, den ausgeschriebenen öffentlichen Auftrag zu erfüllen.¹⁰⁹ Auch beim nicht offenen Verfahren herrscht ein Verhandlungsverbot, das heißt, nach Eingang der Angebote aus dem beschränkten Bieterkreis erhält ein Unternehmen ohne weiteren Informationsaustausch – etwa über Preis oder Leistungsinhalt – den Zuschlag, wenn es das wirtschaftlichste Angebot unterbreitet hat.

Das nichtoffene Verfahren ist genauso streng wie das offene Verfahren, der Teilnahmewettbewerb erfüllt gegenüber letzterem nur die Funktion eines Filters.

Neben dem offenen und dem nicht offenen Verfahren gibt es bis zur Einführung des wettbewerblichen Dialogs das Verhandlungsverfahren. Das Verhandlungsverfahren unterscheidet sich vom offen und nicht offenen Verfahren vor allem dadurch, dass weder der Leistungsgegenstand bei Beginn der Ausschreibung in allen Einzelheiten festgeschrieben sein muss noch Angebote unveränderbar sind, nachdem sie abgegeben wurden. Mit Ablauf der Angebotsfrist beginnt ein dynamischer Prozess, in dem sich durch Verhandlungen sowohl auf der Nachfrage- als auch auf der Angebotsseite Unterschiede zum ursprünglich bekannt gegebenen Beschaffungsgegenstand ergeben können. Diese Veränderungen dürfen letztlich nur nicht dazu führen, dass andere Leistungen beschafft werden als angekündigt.¹¹⁰ Das Verhandlungsverfahren ist gegenüber dem offenen und nicht offenen Verfahren formfreier, und es können mit den Bietern persönliche Verhandlungen über das Angebot geführt werden.

Schon die bisher anwendbaren Vergabearten standen nicht wahlweise nebeneinander. Das offene Verfahren genoss den Vorrang vor dem nicht offenen Verfahren und dem Verhandlungsverfahren. Durch diese Reihenfolge sollte das Spannungsverhältnis zwischen einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren auf der einen Seite und der Forderung nach größtmöglicher Flexibilität bei der Leistungsbeschaffung einschließlich Verhandlungsmöglichkeit auf der anderen Seite

¹⁰⁹ Vgl. Werner, J., in: Byok, J./ Jaeger, W. (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2. Auflage, Heidelberg 2004, § 101, Rn. 623.

¹¹⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 28. November 2002, Rs. T-40/01 ('Scan Office Design'), Slg. 2002, II-5043, Rn. 76.

gelöst werden.¹¹¹ Je intensiver sich Auftraggeber und Auftragnehmer miteinander austauschen können, desto größer ist die Gefahr einer Benachteiligung anderer Bieter.

Alle bisher durchgeführten Ausschreibungen zum Abschluss von Hochbauprojekten wurden als Verhandlungsverfahren durchgeführt. Das Verhandlungsverfahren hat sich damit in Deutschland durch eine bewährte Praxis zum Regelverfahren für PPP entwickelt. Europäischem Recht zufolge ist jetzt neben dem Verhandlungsverfahren auch der wettbewerbliche Dialog möglich. Öffentliche Auftraggeber, die ein Vergabeverfahren zum Abschluss einer PPP einleiten wollen, müssen sich nun für eine dieser beiden Vergabearten entscheiden und die Vor- und Nachteile abwägen. Dabei ist fraglich, ob der wettbewerbliche Dialog überhaupt bei allen PPP-Modellen anwendbar ist und ob er das aufgezeigte Spannungsverhältnis zwischen Transparenz und Diskriminierungsfreiheit auf der einen Seite gegenüber einer flexiblen Verhandlungsführung auf der anderen Seite besser löst.

Aus der Praxis sind bisher nur sehr wenige PPP-Ausschreibungen bekannt, die derzeit im wettbewerblichen Dialog durchgeführt werden. Eines dieser Verfahren betrifft die Planung, Finanzierung, den Bau, Betrieb und die Unterhaltung eines Freizeit- und Sportbads in der Stadt Grevenbroich.¹¹² Wann das Verfahren endet, ist nicht bekannt.

3.2.2 Das Verhältnis zwischen Verhandlungsverfahren und wettbewerblichem Dialog

Das Verhandlungsverfahren und der wettbewerbliche Dialog verfolgen dasselbe Ziel, die Vergabearten unterscheiden sich aber in ihrem Ablauf. Die Verantwortung dafür, die wesentlichen Leistungsinhalte eines PPP-Projekts während der Ausschreibung festzulegen und die dabei anfallenden Kosten zu tragen, trägt beim Verhandlungsverfahren der Auftraggeber und beim wettbewerblichen Dialog der Auftragnehmer.

Um das Verhältnis zwischen dem Verhandlungsverfahren und dem wettbewerblichen Dialog klarer zu konturieren, sind eine Reihe von Fragen zu prüfen: In welchem formalen Rangverhältnis stehen Verhandlungsverfahren und wettbewerbli-

¹¹¹ Vgl. Boesen, A., Kommentar zum Vergaberecht, 1. Auflage, Köln 2000, § 101, Rn. 52.

¹¹² Vgl. Bekanntmachung der Stadt Grevenbroich vom 25. April 2006, Amtsblatt EU 2006/S 79-083707.

cher Dialog? Welche projektspezifischen Voraussetzungen müssen für die Anwendbarkeit des jeweiligen Verfahrens gegeben sein? Und zuletzt: Welches Verfahren ist besser geeignet, die derzeit bestehenden Hemmnisse bei PPP-Ausschreibungen abzubauen?

3.2.2.1 Rangverhältnis beider Verfahren

Der gemeinschaftsrechtliche Befund ist eindeutig. Öffentliche Auftraggeber können, wenn ihres Erachtens die Vergabe im Wege eines offenen oder nicht offenen Verfahrens nicht möglich ist, den wettbewerblichen Dialog anwenden. Dieses Verfahren ist somit gemeinschaftsrechtlich subsidiär gegenüber dem offenen und nicht offenen Verfahren, gleichzeitig aber gemäß Artikel 30 Absatz 1 lit. a) VKR vorrangig gegenüber dem Verhandlungsverfahren.¹¹³

Der Wortlaut der nationalen Regelungen ist weniger eindeutig. Weder das GWB noch die VgV oder die Verdingungsordnungen enthalten eine den europäischen Regelungen vergleichbare gesetzliche Kodifikation eines Rangverhältnisses. Nach dem Wortlaut der geänderten Fassung des GWB stehen das Verhandlungsverfahren und der wettbewerbliche Dialog alternativ nebeneinander. Denn nach § 101 Absatz 1 GWB n. F. erfolgt die Vergabe entweder "in offenen Verfahren, in nicht offenen Verfahren, in Verhandlungsverfahren oder im wettbewerblichen Dialog." Im Gegensatz zum europäischen Recht, das über Artikel 30 Absatz 1 lit. a) VKR das Verhandlungsverfahren nur dann für anwendbar erklärt, wenn im Rahmen eines offenen oder nicht offenen Verfahrens bzw. eines wettbewerblichen Dialogs keine ordnungsgemäßen Angebote abgegeben wurden, muss aus der Partikel "oder" im deutschen Gesetz geschlossen werden, dass öffentlichen Auftraggebern bei PPP-Modellen beide Verfahrensarten gleichermaßen zur Verfügung stehen sollen.¹¹⁴

Hat sich der deutsche Gesetzgeber bei der Verankerung einer Gleichrangigkeit zwischen Verhandlungsverfahren und wettbewerblichem Dialog etwa europä-

¹¹³ So Knauff (2005a), a.a.O., S. 250; vgl. auch Pünder, H./ Franzius, I., Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, in: ZfBR 29. Jahrgang (2006), S. 24.

¹¹⁴ Vgl. die Stellungnahme der Bundesrepublik Deutschland zum Grünbuch der Europäischen Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftsrechtlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen vom 16. August 2004, S. 13, <http://www.bmwi.de>, 15. November 2005.

rechtswidrig verhalten und die Vergabekoordinierungsrichtlinie fehlerhaft umgesetzt?

Die Frage ist zu verneinen. Es ist zunächst festzuhalten, dass die Mitgliedstaaten den wettbewerblichen Dialog gemäß Artikel 29 Absatz 1 VKR einführen "können", die Übernahme ist also nicht obligatorisch, sondern fakultativ.¹¹⁵ Die Umsetzung einer Richtlinie in deutsches Recht erfordert nicht notwendigerweise eine förmliche und wörtliche Übernahme ihres Inhalts. Es ist ausreichend, wenn eine Regelung geschaffen wird, die inhaltlich die Anwendung der Richtlinie mit Klarheit und Genauigkeit gewährleistet.¹¹⁶ Form und Mittel müssen lediglich geeignet sein, das von der Richtlinie vorgeschriebene Ziel effektiv zu erreichen (effet utile).¹¹⁷

Zweck der Einführung des wettbewerblichen Dialogs ist ausweislich der Erwägungsgründe zur VKR, ein flexibles Vergabeverfahren vorzusehen, das sowohl den Wettbewerb zwischen den Wirtschaftsteilnehmern gewährleistet als auch dem Erfordernis gerecht wird, dass der öffentliche Auftraggeber alle Aspekte des Auftrags mit jedem Bieter erörtern kann. Diese Vorgabe wird durch eine alternative¹¹⁸ und nicht von einem gesetzlichen Rangverhältnis geprägte Wahlmöglichkeit zwischen wettbewerblichem Dialog und Verhandlungsverfahren erfüllt, denn nach dieser Maßgabe im benannten Erwägungsgrund ist ein nationaler öffentlicher Auftraggeber nicht gezwungen, das neuartige Verfahren zu wählen, wenn er das bereits praxiserprobte Verhandlungsverfahren zur Vergabe einer PPP als flexibler und zielführender erachtet.¹¹⁹

Die Gleichrangigkeit des wettbewerblichen Dialogs und des Verhandlungsverfahrens im deutschen Recht und die damit verbundene Wahlfreiheit staatlicher Stellen bei PPP-Projekten sind somit europarechtskonform.

¹¹⁵ Vgl. Ollmann, H., Wettbewerblicher Dialog eingeführt – Änderungen des Vergaberechts durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz, in: VergabeR 5. Jahrgang (2005), S. 687.

¹¹⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 28. Oktober 1999, Rs. C-81/98 ('Alcatel Austria AG u.a. / Österreichisches Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr'), Slg. 1991, I-2567, Rn. 15 = NVwZ 1991, S. 866.

¹¹⁷ Vgl. Schmidt, G., in: von der Groeben, H./ Schwarze, J. (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EU/EG-Vertrag), 6. Auflage, Baden-Baden 2003, Art. 249, Rn. 40.

¹¹⁸ Vgl. Uechtritz, M./ Otting, O., Das ÖPP Beschleunigungsgesetz: Neuer Name, neuer Schwung für öffentlich-private Partnerschaften, in: NVwZ 24. Jahrgang (2005), S. 1105 ff., betrachten den wettbewerblichen Dialog als "zusätzliches Angebot" für PPP-Projekte.

¹¹⁹ Vgl. ebenda, S. 1107, wonach keine zwingende Verpflichtung zum Einsatz des wettbewerblichen Dialogs besteht; anderer Ansicht Knauff (2005a), a.a.O., S. 256.

3.2.2.2 Zum Verhandlungsverfahren

Nunmehr stellt sich die Frage, welche PPP-Charakteristika gegeben sein müssen, damit das Verhandlungsverfahren oder der wettbewerbliche Dialog angewendet werden können.

Das Verhandlungsverfahren kommt für die Realisierung von PPP-Hochbau-Modellen dann in Betracht, wenn im Sinne der VOB/A¹²⁰ ausnahmsweise die "Leistung nach Art und Umfang oder wegen der damit verbundenen Wagnisse nicht eindeutig und so erschöpfend beschrieben werden kann, so dass eine einwandfreie Preisermittlung zwecks Vereinbarung einer festen Vergütung möglich ist."

Bereits aus der Wortwahl ergibt sich, dass das Vergaberecht bei Bauangelegenheiten stets die klassische Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis vor Augen hat, bei der der Bieter aufgrund von Einheitstabellen eine einfache und klare Vorstellung davon bekommt, was er zu welchem Preis anbieten muss. Das Einheitsleistungsverzeichnis setzt jedoch voraus, dass von der Vergabestelle bereits im Vorfeld der Ausschreibung die möglichen Baumassen (in Quadratmeter, Stückzahl, Längener) ermittelt und dokumentiert wurden. Beim PPP-Hochbau-Modell mit Lebenszyklusansatz, in dessen Rahmen auch die Planung aus einer Hand eingekauft werden soll, ist ein solches Einheitsleistungsverzeichnis selbstverständlich unzweckmäßig, weil sich die Vergabestelle gerade das Wissen der Privatwirtschaft zunutze machen und möglichst nicht in Vorleistung treten will. Bei PPP-Projekten ist es auf der anderen Seite unmöglich, dass eine völlig einwandfreie Preisermittlung mit Abgabe des ersten Angebots erfolgen kann.

Aus den gesetzlichen Voraussetzungen, die für die Einleitung eines Verhandlungsverfahrens vorliegen müssen, ergibt sich, dass die staatliche Stelle zumindest eine Vorstellung über das Leistungsbild haben muss, damit dieses als Grundlage für das PPP-Projekt dienen kann. Der öffentliche Auftraggeber muss also mit Blick auf sein Projekt über einen Kenntnisstand verfügen, der ihn zwar

¹²⁰ Vgl. § 3 a Nr. 5 lit. c) VOB/A.

nicht in die Lage versetzt, ein Einheitsleistungsverzeichnis zu entwerfen¹²¹, der ihn aber auf der anderen Seite befähigt, die wesentlichen Funktionen des beabsichtigte PPP-Projekts darzustellen, wobei der Leistungsumfang "nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden"¹²² muss. Gegebenenfalls hat der öffentliche Auftraggeber einen Fachspezialisten zu beauftragen, ihn bei einer genaueren Festlegung der vertraglichen Spezifikation zu unterstützen.¹²³

Wegen des relativ geringen Kenntnisstandes muss der staatliche Auftraggeber beim Verhandlungsverfahren mit dem Auftragnehmer den Auftragsinhalt und die Bedingungen so lange besprechen, bis klar ist, wie die Leistung ganz konkret beschaffen sein soll.¹²⁴ Das Verhandlungsverfahren führt also zu einer Verdichtung des für den Auftraggeber entscheidenden Leistungsinhalts der PPP im Verlaufe der Diskussion mit dem Bieter. Kernpunkt der Verhandlungen ist bei PPP-Modellen vor allem die Auseinandersetzung über eine Zuordnung der projektspezifischen Risiken.

Mit dem nur geringen Kenntnisstand über den Beschaffungsumfang der PPP geht stets auch die Rechtfertigung einher, das Leistungsverzeichnis funktional im Sinne einer 'Outputspezifikation' auszugestalten.¹²⁵ In der Outputspezifikation beschreibt der Auftraggeber nicht die Mittel, sondern die Ziele seiner PPP. So würde er beispielsweise nicht festlegen, welche Flächen im neuen Gebäude mit welchen Reinigungsmitteln und in welcher Frequenz gesäubert werden müssen, sondern nur angeben, dass das Gebäude stets in einem hygienischen Zustand sein muss. Die Ausgestaltung und Herstellung dieses hygienischen Zustands erfolgt dann durch den privaten Partner.

Die funktionale Leistungsbeschreibung berechtigt den öffentlichen Auftraggeber auch, den Entwurf (die Planung) für die PPP-Leistung zusammen mit der Bauausführung dem Wettbewerb auszusetzen. Da die Planung und der Bau bei PPP-Modellen stets zum Leistungskanon gehören, ist eine funktionale

¹²¹ Wäre der Auftraggeber dazu in der Lage, müsste er sein PPP-Projekt im offenen oder nicht offenen Verfahren ausschreiben.

¹²² Vgl. § 3 a Nr. 5 lit. c) VOB/A.

¹²³ Vgl. Jaeger, W., Die Rechtsprechung der OLG-Vergabesenate im Jahre 2000 – Teil 3: Einzelfragen zu materiell-rechtlichen Vorschriften, in: NZBau 2. Jahrgang (2001), S. 433.

¹²⁴ OLG Celle, Beschluss vom 8. November 2001, 13 Verg 9/01, VergabeR 2002, S. 301.

¹²⁵ Vgl. auch die Normvoraussetzungen gemäß § 9 Nr. 15 VOB/A; die Begriffe 'Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm', 'funktionale Leistungsbeschreibung' und 'Outputspezifikation' werden synonym verwendet.

Leistungsbeschreibung charakteristisch für die bisher ausgeschriebenen PPP-Projekte. Denn für die Outputspezifikation ist typisch, dass Teile der Konzeption der Leistung auf den Bieter übertragen werden, um dessen Fachverstand und unternehmerischen Geist für das Projekt nutzbar zu machen.

Die funktionale Leistungsbeschreibung darf nicht zu unbestimmt sein. Vielmehr hat sie den Beschaffungsbedarf des Auftraggebers mit größtmöglicher Präzision zu fixieren. Das heisst: Die eigene Planung des Auftraggebers muss vor einer Ausschreibung soweit feststehen und als Leistung beschrieben sein, dass das Leistungsziel in einer Weise bekannt ist, dass auf Bieterseite mit großen Veränderungen nicht mehr gerechnet werden muss. Am Ende eines Verhandlungsverfahrens, bei dem sich durchaus noch Änderungen am PPP-Modell ergeben können, darf kein 'aliud' beauftragt werden. Denn auch die funktionale Leistungsbeschreibung soll Missverständnisse bei den Bietern vermeiden und damit sicherstellen, dass miteinander vergleichbare und ordnungsgemäß bewertbare Angebote abgegeben werden.¹²⁶

3.2.2.3 Zum wettbewerblichen Dialog

Beim wettbewerblichen Dialog handelt es sich um ein Verfahren zur Vergabe "besonders komplexer Aufträge"¹²⁷ durch staatliche Auftraggeber. Diese Beschränkung des Anwendungsbereichs entspringt europäischen Richtlinienvorgaben¹²⁸, wobei sowohl der europäische als auch der deutsche Gesetzgeber eine Definition des Begriffs schuldig geblieben sind.

Das nationale Recht sieht lediglich vor, dass der Auftraggeber, der einen wettbewerblichen Dialog bei seinem PPP-Projekt durchführen will, objektiv nicht in der Lage sein darf, sowohl die technischen Mittel als auch die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen seines Vorhabens angeben zu können.¹²⁹ Obwohl der wettbewerbliche Dialog nach Ansicht der Europäischen Kommission in Zukunft das Idealverfahren für PPP-Projekte darstellen soll und deshalb auch politisch gefördert wurde, stehen den nationalen Anwendern lediglich Regelbeispiele zur Verfügung, anhand derer sie ablesen sollen, wann der wettbewerbliche Dialog

¹²⁶ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. Oktober 2000, Verg 14/00, <http://www.ibr-online.de>.

¹²⁷ Vgl. § 101 Abs. 5 GWB.

¹²⁸ Vgl. Art. 29 VKR.

¹²⁹ Vgl. § 6 a VgV.

angewendet werden kann und wann nicht. Im 31. Erwägungsgrund der VKR heißt es, dass ein "besonders komplexer Auftrag" dann vorliegt, wenn es um bedeutende integrierte Verkehrsinfrastrukturprojekte, große Computernetzwerke oder Vorhaben mit einer komplexen und strukturierten Finanzierung geht. Dieselben Regelbeispiele hat der deutsche Gesetzgeber in seine Erwägungsgründe zum ÖPP-Beschleunigungsgesetz aufgenommen.¹³⁰

PPP-Hochbauvorhaben, wie sie zahlreich in der Vergangenheit zur Errichtung und zum Betrieb von Schulen, Verwaltungskomplexen oder etwa Sportstätten realisiert wurden, werden in den Erwägungsgründen nicht erwähnt.¹³¹ Für diese Projekte muss also erst anhand einer individuellen Beurteilung ermittelt werden, ob es sich im Vergleich zu den Regelbeispielen ebenfalls um besonders komplexe Aufträge handelt, bei denen der wettbewerbliche Dialog das sachdienliche Verfahren ist.

Das betreffende PPP-Modell muss derart kompliziert sein, dass es dem öffentlichen Auftraggeber unmöglich ist, Lösungsansätze für die Realisierung angeben zu können. Die Tatsache, dass sich der öffentliche Auftraggeber in völliger Unkenntnis über die Leistungsinhalte seiner PPP befindet, darf ihm nicht angelastet werden. Es geht dabei nicht um die Frage nach der Schuld für die Unwissenheit des Staates. Denn es muss sich um eine objektive Unmöglichkeit handeln, eine subjektive Unmöglichkeit aufgrund fehlender Recherche nach Lösungen oder fehlendem Willen scheidet von vornherein aus. Für die Bestimmung des Begriffs der objektiven Unmöglichkeit lässt sich auf allgemeine Grundsätze zurückgreifen. Danach ist entscheidend, auf welchem Kenntnisstand sich ein objektiver Dritter in einer vergleichbaren Situation befinden würde. Nach der Begründung des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes kann es zu einer objektiven Unmöglichkeit kommen, wenn es z. B. der erste Auftrag seiner Art ist, wenn es für den Auftraggeber mit unverhältnismäßig hohen Kosten oder mit einem großen Zeitaufwand verbunden wäre, die für die Beschreibung notwendigen Kenntnisse zu erlangen oder wenn die Komplexität der Leistung es mit sich bringt, dass eine vorherige Beschreibung der technischen, rechtlichen oder finanziellen Bedingungen zu einer erheblichen Verengung des potenziellen Bieterkreises führen

¹³⁰ Vgl. Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN vom 14. Juni 2005 (BT.-Drucksache 15/5668), S. 11.

¹³¹ Dass diese Projekte nicht ausdrücklich erwähnt werden, zeigt die geringe Breitenwirkung, die der wettbewerbliche Dialog bei zukünftigen PPPs entfalten wird.

würde.¹³² Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, unzählige Sachverständigen-gutachten darüber einzuholen, ob aus technischer Sicht die PPP-Zielvorstellungen hinreichend eindeutig beschrieben werden können. Er muss aber nach bestem Wissen alles (auch finanziell) Erforderliche unternommen haben, um sich die notwendigen Kenntnisse bereits im Vorfeld der Vergabe und nicht erst durch die Ausschreibung zu beschaffen. Hat der Staat bewußt oder fahrlässig Erkenntnisquellen außer Acht gelassen, handelt es sich bei seiner Ausschreibung nicht um einen wettbewerblichen Dialog, sondern um eine unzulässige Markterkundung, die rechtswidrig ist.¹³³

In Abweichung von den Voraussetzungen für die Anwendbarkeit eines Verhandlungsverfahrens darf der öffentliche Auftraggeber beim wettbewerblichen Dialog überhaupt keine Kenntnisse von den technischen, rechtlichen und finanziellen Inhalten seines PPP-Projekts haben. Beim Verhandlungsverfahren muss er immerhin über einen geringen Kenntnisstand verfügen, der ihn jedenfalls zur Erstellung einer funktionalen Leistungsbeschreibung befähigt.

3.2.2.4 Anwendbarkeit bei PPP-Hochbauprojekten mit Lebenszyklusansatz

PPP-Hochbauprojekte mit Lebenszyklusansatz bilden den Großteil der bisher eingegangenen Partnerschaften zwischen Staat und Privatwirtschaft. Sie betreffen Verwaltungsgebäude, Gefängnisse, Schulen, vormals militärisch genutzte Liegenschaften oder Spezialhochbauten wie Sportstätten und Schwimmbäder.

Allen Projekten ist gemein, dass sie zwar technisch, rechtlich und finanziell anspruchsvoll sind. Bei PPP-Hochbauprojekten kann jedoch nicht generell von einer besonderen Komplexität im Sinne des wettbewerblichen Dialogs gesprochen werden. Das wäre übertrieben. Denn speziell eingerichtete PPP-Task-Forces¹³⁴, Verbände¹³⁵, Diskussions- und Gestaltungsforen¹³⁶ sowie Berater (Rechtsanwälte,

¹³² Vgl. Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN vom 14. Juni 2005 (BT.-Drucksache 15/5668), S. 13.

¹³³ Vgl. § 16 Nr. 2 VOB/A, wonach Ausschreibungen für vergabefremde Zwecke rechtswidrig sind.

¹³⁴ Vgl. z.B. Homepage der PPP-Task-Force des Bundes, <http://www.ppp-bund.de/>, 7. September 2005.

¹³⁵ Vgl. z.B. Homepage des Bundesverbandes der Deutschen Industrie e.V., <http://www.bdi-online.de/>, 28. März 2006.

¹³⁶ Vgl. z.B. Homepage des Bundesverbandes Public Private Partnership e.V., <http://www.bppp.de/>, 3. Februar 2006.

Immobilienökonomien, Ingenieure und Architekten) verfügen über den für eine Realisierung erforderlichen theoretischen und praktischen Meinungs- und Wissensstand. Auch in der Fachliteratur¹³⁷ sind die möglichen Probleme bei der Realisierung einer PPP beschrieben, so dass das Wissen für öffentliche Auftraggeber leicht zugänglich ist.

Nachfolgend einige Beispiele aus der Praxis:

Für öffentliche Auftraggeber, die ein PPP-Projekt mit Lebenszyklusansatz und einen damit einhergehenden Betrieb von 20 – 30 Jahren realisieren wollen, können sich allenfalls technisch komplexe Fragen stellen, die das Gebäude betreffen. Probleme und Unsicherheiten ergeben sich bei den aufgezeigten PPP-Projekten vor allem bei der Qualität des Baugrundes, bei der technischen Gebäudeausrüstung (TGA), der Fassadentechnik, der Tragwerksplanung, der Energieversorgung und dem Lärmschutz. Diese Aufzählung mag zwar unvollständig sein, fest steht jedoch, dass sich gerade in Abgrenzung zu großen IT-Infrastrukturen oder zu PPP-Tiefbau-Modellen¹³⁸ staatliche Stellen mit Hilfe von Fachplanern leicht ein Bild über den technischen Leistungsinhalt verschaffen können. Technische Anforderungen lassen sich also im Rahmen einer funktionalen Leistungsbeschreibung festlegen. Denn es geht bei den meisten PPP-Bauprojekten nicht um komplizierte Hochtechnologie. Ein wettbewerblicher Dialog kommt bei solchen Projekten deshalb nicht in Betracht.

Die Komplexität der rechtlichen Rahmenbedingungen ist ebenfalls überschaubar. Allein das der Bundesregierung am 1. September 2003 vorgelegte Gutachten "PPP im öffentlichen Hochbau" gibt öffentlichen Auftraggebern zahlreiche Anregungen, wie z. B. staatseigene Grundstücke für einen Investor bereitgestellt werden können, ob durch Eigentumsübertragung oder durch Einräumung eines Erbbaurechts. Daneben existieren feststehende und praxistaugliche Allokationsmuster zu Projektrisiken, die möglicherweise auf den Privaten übertragen werden können. Öffentliche Auftraggeber können mittlerweile auch auf ausformulierte

¹³⁷ Vgl. nur Weber, M./ Schäfer, M./ Hausmann, F. L., Praxishandbuch Public Private Partnership. Rechtliche Rahmenbedingungen. Wirtschaftlichkeit. Finanzierung, 1. Auflage, München 2006.

¹³⁸ Z. B. bundesweite Verkehrsinfrastrukturprojekte.

PPP-Vertragsleitfäden zugreifen, mit denen die Verwaltung seit geraumer Zeit das Ziel einer Standardisierung von PPP verfolgt.¹³⁹

Bei der Finanzierung eines PPP-Modells haben öffentliche Auftraggeber grundsätzlich zwei Möglichkeiten, deren Vor- und Nachteile viel diskutiert¹⁴⁰ und vor allem in Bankenkreisen bekannt sind: Zum einen die Forfaitierung mit Einredeverzicht und zum anderen die Projektfinanzierung.¹⁴¹ Beide Finanzierungsarten wurden bereits in verschiedenen Projekten angewendet.

In Anbetracht der angestrebten Standardisierung wesentlicher Bestandteile von PPP-Hochbaumodellen kann heute also nicht (mehr) behauptet werden, ein öffentlicher Auftraggeber, der ein Vorhaben realisieren möchte, sei "objektiv nicht in der Lage", wenigstens funktionale Lösungsansätze für Planung, Errichtung, Betrieb und Finanzierung der neuen Infrastruktur zu formulieren. Ist das Projekt – gegebenenfalls auch unter Heranziehung externen Fachrats – beschreibbar, scheidet ein wettbewerblicher Dialog aber aus. Unter Berücksichtigung der beabsichtigten Professionalisierung der öffentlichen Verwaltungen dürfte es damit nach nationalem Recht schwierig sein, die Ziele der EU-Kommission zu erreichen, den wettbewerblichen Dialog als Regelverfahren für PPP-Projekte zu etablieren. Obgleich PPPs wegen der für sie typischen, unstrukturierten Problemlage eigentlich eine Vergabeart wie den wettbewerblichen Dialog in 'logischer Konsequenz' erfordern, wird die praktische Wirksamkeit dieser neu entwickelten Vergabeart wegen der äußerst hohen (gesetzlichen) Eingangsvoraussetzungen bei Hochbauprojekten sehr eingeschränkt sein. Insofern ergibt sich kein Unterschied gegenüber den Ausschreibungen der ersten Phase. Die typischen kommunalen Hochbauprojekte können wegen des möglichen Kenntnisstands bei den staatlichen Auftraggebern nicht im Wege eines wettbewerblichen Dialogs ausgeschrieben werden. Die Regelvergabeart bleibt das Verhandlungsverfahren.

Staatliche Auftraggeber, die für ihre PPP-Ausschreibung zu Unrecht den wettbewerblichen Dialog wählen, setzen sich im Übrigen einem erheblichen

¹³⁹ Vgl. den Leitfaden "Public Private Partnership im Hochbau. Vertragsrechtliche Aspekte am Beispiel von PPP-Schulprojekten" vom November 2005, http://www.ppp.nrw.de/publikationen/000_adruck_nrw_leitfaden_vertragsmuster.pdf, 12. Oktober 2005.

¹⁴⁰ Vgl. Primozic, F. R., Cash-Pooling versus Forderungsverkauf?, in: Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und der Sanierung (NZI) 8. Jahrgang (2005), S. 358.

¹⁴¹ Die unterschiedliche Charakteristik der Forfaitierung mit Einredeverzicht und der Projektfinanzierung wird eingehend auf S. 85 ff. untersucht.

Anfechtungsrisiko aus. Folgendes Beispiel mag als Illustration dienen: Beim PPP-Modell der Stadt Grevenbroich, das die Errichtung, die Finanzierung und den Betrieb eines Freizeit- und Sportbads betrifft, ist der wettbewerbliche Dialog mangels technischer, rechtlicher oder finanzieller Komplexität voraussichtlich unanwendbar. Die Stadt führt damit zu Lasten der Bieter eine an sich nicht zulässige Vergabeart durch und der wettbewerbliche Dialog verursacht gegenüber dem Verhandlungsverfahren weit höhere Angebotsstellungskosten.¹⁴² Die Privaten hätten also ein berechtigtes Interesse, dass die Stadt Grevenbroich ein Verhandlungsverfahren statt eines wettbewerblichen Dialogs durchführt. Wird dieses Interesse der Bieter verletzt, können sie ein Nachprüfungsverfahren bei der zuständigen Vergabekammer in Düsseldorf einleiten und die Wahl der Vergabeart überprüfen lassen.

In Zukunft werden also lediglich mit den oben benannten Regelbeispielen (integrierte Verkehrsinfrastrukturprojekte, große Computernetzwerke oder Vorhaben mit einer komplexen und strukturierten Finanzierung) vergleichbare Spezialprojekte im Rahmen des wettbewerblichen Dialogs ausgeschrieben werden können. Ein bedeutendes integriertes Infrastrukturprojekt der jüngeren Vergangenheit, bei dem der wettbewerbliche Dialog anwendbar gewesen wäre, hätte zum Beispiel die Einführung der satellitengesteuerten LKW-Maut auf Bundesautobahnen dargestellt. Wahrscheinlich wäre der wettbewerbliche Dialog auch beim größten IT-Outsourcing-Projekt der Bundeswehr mit dem Namen 'Herkules' anwendbar gewesen, bei dem es um die IT-Vernetzung sämtlicher Militärstandorte einschließlich einer Personalüberführung von mehr als 3000 Bundeswehrangehörigen geht.¹⁴³ Auch die erst vor kurzem abgeschlossene Rahmenausschreibung für den Aufbau und Betrieb eines bundesweit einheitlichen digitalen Sprach- und Datenfunksystems für alle Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (BOS) in der Bundesrepublik Deutschland wäre ein Fall gewesen, bei dem der wettbewerbliche Dialog anwendbar gewesen wäre. Alle genannten Projekte

¹⁴² Vgl. zu den Schwächen des wettbewerblichen Dialogs, S. 58 ff.

¹⁴³ Das Projekt 'Herkules' wurde im Jahr 2001 als Verhandlungsverfahren ausgeschrieben. Wegen der hohen technischen Anforderungen, der Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Projektgesellschaft (BWI Informationstechnik GmbH), der umfassenden Personalüberführung von 3000 Bundeswehrangehörigen auf den privaten Partner und den damit einhergehenden Haftungsfragen sind die Verhandlungen mit dem Konsortium, bestehend aus den Firmen Siemens Business Service (SBS) und IBM, Ende Dezember 2006 abgeschlossen worden.

wurden nur deshalb nicht im wettbewerblichen Dialog ausgeschrieben, weil diese Vergabeart erst Ende des Jahres 2005 eingeführt wurde.

3.2.2.5 Die Abläufe von beiden Verfahren

Die Europäischen Kommission wollte mit dem wettbewerblichen Dialog – im Gegensatz zum Verhandlungsverfahren – den betroffenen Auftraggebern eine Vergabeart an die Hand geben, die sich ganz besonders für öffentliche Aufträge im Zusammenhang mit der Einrichtung einer PPP auf Vertragsbasis eignet und gleichzeitig die Ansprüche der Wirtschaftsteilnehmer auf ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren wahrte.¹⁴⁴ Schon eineinhalb Jahre später sieht die Europäische Kommission die Effektivität des neuen Verfahrens skeptischer.¹⁴⁵ Allerdings konstatiert sie, dass die zahlreichen Bedenken, die mittlerweile aus den Mitgliedstaaten zur Implementierung des wettbewerblichen Dialogs in Brüssel eingegangen sind, bald zerstreut würden. Die Bedenken betreffen vor allem die Gefahr eines ungeschützten Umgangs des Staates mit dem Know-how der Bieter während der freien Dialogphase und dem Kontakt zu verschiedenen Unternehmen. Um diese Zweifel zu zertreuen, kündigt die EU-Kommission an, die Bestimmungen über den wettbewerblichen Dialog noch einmal in einem Papier, dessen Publikation noch aussteht, zu erläutern. Die Kritik aus den Mitgliedsstaaten ist berechtigt, wie ein Vergleich der Verfahrensabläufe unter den Gesichtspunkten Transparenz, Diskriminierung und Kostenlast zeigen soll.

3.2.2.5.1 Ablauf des Verhandlungsverfahrens

Das Verhandlungsverfahren wird durch eine öffentliche, europaweite Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der EU eingeleitet. Bereits mit dieser ersten Annonce teilt der öffentliche Auftraggeber eines PPP-Verfahrens mit, welche Eignungs- und Zuschlagskriterien er bei der Bewertung der Bieter beziehungsweise bei der Bewertung der jeweiligen Angebote anwenden will. Das

¹⁴⁴ Vgl. Grünbuch der Europäischen Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endgültig.

¹⁴⁵ Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen vom 15. November 2005, KOM (2005), 569 endgültig.

PPP-Projekt wird seinem wesentlichen Inhalt nach beschrieben. So wird bei Hochbauprojekten mitgeteilt, welches Grundstücksüberlassungsmodell sich der staatliche Auftraggeber vorstellt, welche Hauptnutzfläche saniert oder neu gebaut werden soll, welches Finanzierungsmodell dem Auftraggeber vorschwebt und von welchem Lebenszyklus er auf der Grundlage der mit der PPP zu schaffenden Infrastruktur ausgeht. Die wesentlichen Leistungsinhalte hat der Auslober also vor Augen, und es existieren erste interne Lösungsansätze zur Realisierung der PPP. Das Verfahren ist dadurch gekennzeichnet, dass im Unterschied zum offenen oder nicht offenen Verfahren der Leistungsgegenstand nicht bereits in allen Einzelheiten festgeschrieben ist, so dass die ersten schriftlichen Angebote nach ihrem Eingang auf dem Verhandlungsweg noch geändert werden können.

Im Anschluss an die Bekanntmachung können interessierte Unternehmen oder Bietergemeinschaften ihre Teilnahme am Wettbewerb beantragen, indem sie all diejenigen Eignungsnachweise vorlegen, die in der Bekanntmachung verlangt wurden. Diese Präqualifikationsphase dient dazu, die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Auftragnehmers zu prüfen.¹⁴⁶ In dieser ersten Phase des Verhandlungsverfahrens geht es allein um die Qualifikation zur Angebotsabgabe, so dass der öffentliche Auftraggeber anhand der ihm vorgelegten Eignungsnachweise lediglich prüft, ob diejenigen Unternehmen, die sich beteiligen möchten, die Gewähr dafür bieten, das PPP-Modell später nach den Vorstellungen des öffentlichen Auftraggebers auch zu realisieren. Der Teilnahmewettbewerb endet mit der Überprüfung der Eignung der Bewerber und der anschließenden Auswahl derjenigen Unternehmen, die in der Angebotsphase aufgrund ihrer besonderen Qualifikation zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollen. Der öffentliche Auftraggeber muss nicht alle Bewerber zur Angebotsabgabe auffordern. Er kann das Bewerberfeld auch verkleinern und sich auf wenige Anbieter konzentrieren. Bei dieser Beurteilung steht der staatlichen Stelle ein Beurteilungsspielraum zu, der nachträglich nur sehr eingeschränkt gerichtlich überprüft werden kann.¹⁴⁷ Bei seiner Entscheidung ist der Auftraggeber allein dem vergaberechtlichen Diskriminierungs- und Willkürverbot unterworfen.

¹⁴⁶ Vgl. Koenig, C./ Kühling, J., Verfahrensvielfalt und Wahl des richtigen Vergabeverfahrens – Fallstricke bei der Ausschreibung von Infrastrukturaufträgen, in: NZBau 4. Jahrgang (2003), S. 130.

¹⁴⁷ Vgl. Dreher, M., in: Immenga, U./ Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Auflage, München 2007, § 97, Rn. 99.

Denjenigen Bietern, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, übersendet der Auftraggeber zu Beginn der Angebotsphase die Projektunterlagen, deren Kern die Outputspezifikation und die PPP-Verträge bilden. Anhand dieser Unterlagen erstellen die Bieter ihr schriftliches Angebot, das sich an dem zu orientieren hat, was sich für das PPP-Projekt aus den Vergabeunterlagen ergibt. Bereits zu diesem Zeitpunkt sind Vorstellungen des Staates und der Privatwirtschaft kongruent. Für die Bieterschaft ist das wichtig, weil sie so eine Orientierungshilfe erhält, was sich der öffentliche Auftraggeber mit seinem PPP-Projekt vorgenommen hat. Auf der anderen Seite kann in dieser Phase noch kein maßgeblicher Know-how-Transfer zwischen der Privatwirtschaft und dem Staat stattfinden, weil das erste Angebot, das auch als 'Startangebot' bezeichnet werden kann, den amtlichen Vorgaben entsprechen muss. Diese Vorgaben sollen sicherstellen, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz gewahrt ist. Denn der öffentliche Auftraggeber wäre nach Eingang der Startangebote auch berechtigt, ohne Verhandlungen unmittelbar den Zuschlag zu erteilen. Auf den Bietern lastet deshalb ein Konformitätsdruck, das heißt, sie müssen ein mit den öffentlichen Vorgaben deckungsgleiches Angebot abgeben, ohne dieses Angebot im Rahmen von Verhandlungen konkretisieren oder verbessern zu können. Das Verhandlungsverfahren rückt bei dieser Handhabung in die Nähe des nicht offenen Verfahrens. Der öffentliche Auftraggeber würde sich freilich bei einem unmittelbaren Zuschlag auf das Startangebot der Möglichkeit berauben, privatwirtschaftliche Managementkonzepte für eine effizientere öffentliche Aufgabenwahrnehmung nutzbar zu machen.

Nach Eingang der Angebote nimmt der Auftraggeber die Verhandlungen mit der Bieterschaft auf, soweit keine unmittelbare Zuschlagserteilung an einen Bieter erfolgt. Dabei kann der Verhandlungsprozess in verschiedenen Stadien ablaufen, nach deren jeweiligem Ende Unternehmen ausscheiden, beispielsweise weil sie technisch nicht die gewünschte Leistung erbringen können oder Risiken nicht tragen wollen. Die sukzessive Beschränkung auf immer weniger Verhandlungspartner im Sinne einer linearen Strategie ist die Regel.¹⁴⁸ Dieses Trichterverfahren führt dazu, dass zuletzt nur noch diejenigen Bieter übrig bleiben, deren Angebote sich nach Auffassung des Auftraggebers als die wirtschaftlichsten herausstellen. Alle übrigen Angebote werden frühzeitig herausgefiltert und verworfen. Hierbei optimiert der Auftraggeber seine Verhandlungsposition, wenn er die lineare

¹⁴⁸ Vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 2. November 2004, 11 Verg 16/04, <http://www.ibr.de>.

Strategie gegen Ende des Verfahrens in eine parallele Verhandlungsstrategie einmünden läßt. So bekommt er die Möglichkeit, weitere Zugeständnisse zu erhalten. Deshalb sollten vor Zuschlagserteilung nicht nur mit einem, sondern mit mindestens zwei übrig gebliebenen Bietern Verhandlungen geführt werden. Diese sogenannten 'preferred-bidder' müssen – was den Leistungsinhalt betrifft – diskriminierungsfrei behandelt werden. Gewährleistet wird die Gleichbehandlung durch die alle Entscheidungsprozesse begleitende Dokumentationspflicht des öffentlichen Auftraggebers gemäß § 30 a VOB/A. Es ist ein Vergabevermerk zu fertigen, der nicht erst nach Abschluss des Verfahrens vorliegen darf, sondern à jour fortgeschrieben werden muss. Die im Vergabevermerk enthaltenen Angaben und Gründe für die getroffenen Zwischenentscheidungen müssen so zeitig und detailliert dokumentiert sein, dass sie für einen mit der Sachlage des jeweiligen Vergabeverfahrens nicht vertrauten Leser nachvollziehbar sind.¹⁴⁹ Der Staat unterliegt damit einer ex-post-Kontrolle. Ein Bieteranking ist fortlaufend zu erstellen.

Verhandeln heißt, dass der Auftraggeber und der potenzielle Auftragnehmer den PPP-Auftragsinhalt und die Leistungsbedingungen einschließlich Risikoallokation so lange besprechen, bis klar ist, wie das Projekt konkret realisiert werden soll.¹⁵⁰ Es kommt zum Know-how- und zum Risikotransfer zwischen den Beteiligten. Diese an sich offene Verhandlung bedarf wiederum eines Korrektivs. Zum einen ist der Verhandlungsgegenstand durch die vorab formulierte Leistungsbeschreibung des Auftraggebers eingegrenzt. Zum anderen darf der Staat im Zuge der Verhandlungen die Leistungen nicht so verändern, dass eine andere Leistung vergeben wird, als diejenige, die ausgeschrieben war. Der Zuschlag auf einen 'aliud' ist damit ausgeschlossen.¹⁵¹

Die Verhandlungsphase endet mit der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, einem der bis zuletzt im Rennen gebliebenen Bieter den PPP-Auftrag zu erteilen. Bevor es zum Vertragsabschluss kommt, sind alle Bieter über die beabsichtigte Partnerschaft unter Nennung des Namens des Gewinners zu informieren und die Gründe für die Nichtberücksichtigung anderer Angebote mitzuteilen. Alle Bieter erhalten damit noch vor Vertragsschluss die Möglichkeit,

¹⁴⁹ Vgl. OLG Bremen, Beschluss vom 14. April 2005, Verg 1/2005, VergabeR 2005, S. 537.

¹⁵⁰ Vgl. OLG Celle, Beschluss vom 8. November 2001, 13 Verg 9/01, VergabeR 2002, S. 301.

¹⁵¹ Vgl. ebenda.

die PPP-Ausschreibung auf ihre Rechtmäßigkeit durch Nachprüfungsbehörden untersuchen zu lassen.¹⁵² Auf diese Weise wird dem Transparenzgebot Rechnung getragen.

3.2.2.5.2 Ablauf des wettbewerblichen Dialogs

Der wettbewerbliche Dialog beginnt mit der Veröffentlichung einer Bekanntmachung im EU-Amtsblatt, in der die öffentlichen Auftraggeber ihre Vorstellungen und Anforderungen an das Ziel der PPP benennen.¹⁵³ Reicht das EU-Bekanntmachungsformular nicht aus, um die Ziele zu beschreiben, hat der öffentliche Auftraggeber beim wettbewerblichen Dialog die Möglichkeit, interessierten Unternehmen im Rahmen einer Projektbeschreibung näher zu erläutern, was er mit seinem Vorhaben erreichen will. Ein solches Bewerbermemorandum kann es freilich auch im Verhandlungsverfahren geben, gesetzlich vorgesehen ist es dort jedoch nicht. Die Kriterien, anhand derer die Auswahl der endgültigen Angebote zu erfolgen hat, sind bereits im Rahmen der europaweiten Bekanntmachung oder der Projektbeschreibung anzugeben. Schon vor der Präqualifikationsphase und damit in Unkenntnis von Lösungsansätzen muss der Auftraggeber frühzeitig festlegen, nach welchen Gesichtspunkten das wirtschaftlichste Angebot angenommen werden soll. Die Veränderung einmal bekannt gegebener Zuschlagskriterien ist ebenso unzulässig wie die Einführung anderer oder zusätzlicher Entscheidungsparameter.¹⁵⁴

Genau wie beim Verhandlungsverfahren existiert auch beim wettbewerblichen Dialog eine Präqualifikationsphase, in deren Rahmen der öffentliche Auftraggeber unter der unbegrenzten Zahl der Bewerber erste Favoriten auswählt. Es geht auch beim wettbewerblichen Dialog an dieser Stelle um eine Eignungsprüfung. Ihre besondere Bedeutung beim wettbewerblichen Dialog besteht im Gegensatz zum Verhandlungsverfahren jedoch darin, zum einen diejenigen Unternehmen zu ermitteln, die eine einwandfreie Leistung erwarten lassen, die aber darüber hinaus

¹⁵² Vgl. die Vorabinformationspflicht gemäß § 13 VgV, der dem öffentlichen Auftraggeber eine 14-tägige Wartepflicht zwischen Mitteilung der vorgenannten Information und Vertragsschluss auferlegt; Zuschlagsentscheidung und Vertragsschluss können deshalb nicht mehr wie einst im deutschen Recht zusammenfallen, vgl. EuGH, Urteil vom 28. Oktober 1999, Rs. C-81/98 ('Alcatel Austria AG u.a. / Österreichisches Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr'), Slg. 1991, I-2567, Rn. 15 = NVwZ 1991, S. 866.

¹⁵³ Vgl. § 6 a Abs. 2 VgV.

¹⁵⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 7. Oktober 2004, Rs. C-247/02, NZBau 2004, S. 685.

auch in der Lage sind, Vertragsinhalt und technische Lösungsvarianten bereits im Vorfeld während eines Dialogs darzulegen. Den Filter bilden erneut die in der Bekanntmachung aufgeführten Eignungskriterien, die von allen Bewerbern akribisch nachzuweisen sind.

Anders als beim Verhandlungsverfahren werden die ausgewählten Bewerber nicht zur Abgabe eines schriftlichen Angebots, sondern zur Aufnahme des wettbewerblichen Dialogs aufgefordert. Der öffentliche Auftraggeber ist in der Gestaltung des Dialogs frei. Er kann zum Beispiel vorsehen, dass der Dialog in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen abgewickelt werden soll, um die Zahl der in der Dialogphase zu erörternden Lösungen sukzessive anhand der zu Beginn des Verfahrens bekannt gemachten Zuschlagskriterien zu verringern. Einen Dialog führen heißt, dass der Auftraggeber und die Dialogpartner den Auftragsinhalt der PPP und die Auftragsbedingungen so lange besprechen, bis klar ist, wie die Leistung konkret beschaffen sein soll, zu welchen Konditionen die Dialogpartner den Leistungsaustausch erbringen und insbesondere zu welchem Preis. Es ergibt sich ein dynamischer Prozess, bei dem der Auftraggeber darauf zu achten hat, dass projektspezifische Informationen gleichmäßig preisgegeben werden, während Geheimhaltungsbelange, die hinter den einzelnen Lösungsansätzen der Dialogpartner stecken, vertraulich behandelt werden müssen. Die Dialogphase endet mit einer oder mehreren Lösungen, um das Ziel der PPP zu erreichen. Die Festlegung auf eine einzige Lösung ist nicht zwingend, zulässig ist auch die parallele Verfolgung verschiedener Ansätze.¹⁵⁵ Die Dialogphase kann auch mit der Feststellung enden, dass keine Lösung gefunden wurde.

Die Unternehmen, die die Dialogphase erfolgreich absolviert haben, werden zur Angebotsabgabe aufgefordert. Grundlage der Angebotserstellung sind die eingereichten und in der Dialogphase vorgestellten Lösungen. Die Angebote müssen alle zur Ausführung des Projektes erforderlichen Einzelheiten enthalten. Der staatliche Auftraggeber kann sogar verlangen, dass Präzisierungen, Klarstellungen und Ergänzungen zu den Angeboten gemacht werden. Das Risiko der Unvollständigkeit trägt der Bieter. Das bereits während der Dialogphase ansatzweise offen gelegte Know-how muss in einer Offerte vollständig preisgegeben werden, soweit

¹⁵⁵ Fraglich ist allein, warum in Art. 29 Abs. 5 VKR der Plural "Lösungen" verwendet wird, während hingegen § 6 a Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 VgV nur singular eine "Lösung" erwähnt. Ollmann sieht darin ein Redaktionsversehen, vgl. Ollmann (2005), a.a.O., S. 690.

der Auftragsinhalt dieses erfordert. Die staatlichen Auftraggeber haben die innerhalb einer angemessenen Frist eingegangenen, schriftlichen Angebote aufgrund der in der Bekanntmachung oder in der Projektbeschreibung festgelegten Zuschlagskriterien zu bewerten und das wirtschaftlichste auszuwählen. Für den 'preferred-bidder' ergibt sich danach noch einmal die Möglichkeit, bestimmte Einzelheiten des Angebots näher zu erläutern oder Zusagen zu bestätigen. Der Zuschlag auf ein 'aliud' gegenüber den Ergebnissen der Dialogphase ist ebenso ausgeschlossen wie beim Verhandlungsverfahren. Die Angebotsphase des wettbewerblichen Dialogs endet mit der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers für das wirtschaftlichste Angebot. Vor einem Vertragsschluss muss auch beim wettbewerblichen Dialog die 14-tägige Wartefrist gemäß § 13 VgV eingehalten werden, so dass alle Konkurrenten zeitnah vor dem Ende der Ausschreibung wissen, welches Unternehmen den Zuschlag erhält und welches die Gründe dafür sind.

3.2.2.5.3 Stärken und Schwächen des wettbewerblichen Dialogs

Von allen Vergabearten bietet der wettbewerbliche Dialog den Auftraggebern zwar die größte Flexibilität bei der Suche nach der besten Lösung für die beabsichtigte PPP. Der Auftraggeber ist im Verlauf des wettbewerblichen Dialogs völlig frei, im Rahmen eines kooperativen Austauschs die bei einer PPP stets komplexe Arbeitsteilung unter Nutzung der Spezialisierung der privaten Bieter vorzunehmen. Der Koordinationsbedarf (einschließlich der Erarbeitung umfangreicher Vertragsstrukturen), der die öffentliche Hand bei allen anderen Vergabearten ansonsten im Vorfeld einer öffentlichen Ausschreibung trifft, reduziert sich beim wettbewerblichen Dialog erheblich. Die Koordinationskosten der Verwaltung sinken. Damit ermöglicht der wettbewerbliche Dialog dem Staat, sich bei PPP nahezu wie ein Privater zu verhalten, der einen bestimmten Bedarf am Markt decken will und sich zunächst ohne eigene Vorkenntnisse bei den verschiedenen Anbietern nach potenziellen Problemlösungen erkundigt.

Die bei diesem Vergabeverfahren vorgesehene Dialogphase führt jedoch zu einem Spannungsverhältnis zwischen dem Interesse der öffentlichen Hand an der bestmöglichen PPP-Lösung und dem Interesse der Bieterschaft nach vertraulicher Behandlung ihres offenbarten Know-hows und ihrer Managementqualitäten. Selbstverständlich ist der öffentliche Auftraggeber zur Verschwiegenheit verpflichtet,

wenn es um konzeptionelle, technische und auch preisliche Lösungsvorschläge einzelner Dialogpartner geht. Dieses ist vom öffentlichen Auftraggeber auch deshalb zu beachten, um den Geheimwettbewerb unter den Bietern nicht zu beeinträchtigen. Allerdings ist der Kenntnisstand beim wettbewerblichen Dialog ungleich geringer als beim Verhandlungsverfahren. Beim wettbewerblichen Dialog verbessert der Staat seinen Kenntnisstand über eine mögliche Lösung kontinuierlich, indem er sich mit mehreren Dialogpartnern über die rechtlichen, technischen und finanziellen Grundlagen der PPP austauscht. Hierbei nutzt er die aus einem Dialog gewonnenen Kenntnisse in dem sich anschließenden Dialog und gewinnt so die notwendige Detailkenntnis über das Objekt seiner Ausschreibung. Bei diesem Prozedere findet ein rechtlich zweifelhafter Know-how-Transfer statt, der unvermeidbar in der Struktur und den Anwendungsvoraussetzungen des wettbewerblichen Dialogs liegt. Es muss dem öffentlichen Auftraggeber nämlich zu Beginn des Verfahrens unmöglich sein, den PPP-Leistungsinhalt hinreichend konkret bestimmen zu können. Er muss vielmehr auf die Kenntnisse der Bieter angewiesen sein, um den PPP-Leistungsinhalt am Ende hinreichend konkret bestimmen zu können. Nur unter diesen Voraussetzungen ist die Verfahrensform des wettbewerblichen Dialogs überhaupt zulässig.

Diese engen Zulässigkeitsvoraussetzungen des wettbewerblichen Dialogs bewirken ein weiteres: Die Angebotserstellung und die gesamte Ausschreibung ist für die Bieter sehr viel aufwendiger als beim Verhandlungsverfahren, weil der öffentliche Auftraggeber nicht in der Lage ist (und auch nicht sein darf), eine Leistungsbeschreibung erstellen zu können. Vielmehr sind es die Bieter, die nach dem Ende der Dialogphase „alle zur Ausführung des Projekts erforderlichen Einzelheiten“¹⁵⁶ in ein zuschlagsfähiges Angebot kleiden müssen. Was bei den übrigen Vergabeararten Aufgabe des Staates im Vorfeld der Ausschreibung ist, gegebenenfalls unter Einschaltung externer Berater und unter Mobilisierung aller hausinternen Fachkräfte, trifft nun den Privaten. Dessen Kosten steigen. Das kann insbesondere für mittelständische Unternehmen bedeuten, an einer PPP-Ausschreibung nicht teilnehmen zu können. Die für den wettbewerblichen Dialog charakteristische Umkehrung der Kostenlast im Vergleich zu allen anderen Vergabeararten verstärkt damit die Tendenz zur Konzentration auf Großunternehmen bei PPP.

¹⁵⁶ Vgl. Wortlaut des § 6 a Abs. 5 VgV.

Auch diejenigen Großunternehmen, die sich die Teilnahme an einem wettbewerblichen Dialog leisten können, bewegen sich bis zuletzt auf unsicherem Terrain. Denn im Gegensatz zum Verhandlungsverfahren existiert beim wettbewerblichen Dialog kein „Amtsvorschlag“, das heißt, es fehlen den Bietern inhaltlich hinreichend klare Richtlinien, an denen sie ihr Angebot ausrichten können. Das PPP-Modell wird beim wettbewerblichen Dialog durch den staatlichen Auftraggeber nicht einmal funktional beschrieben. Die Abkehr von einem hinreichend konkreten Angebot, wie es alle übrigen Vergabearten erfordern, hat zur Folge, dass der öffentliche Auftraggeber Lösungsansätze prüfen und bewerten muss, die höchst unterschiedlich sein können, möglicherweise wegen der Unkenntnis des Staates sogar sein sollten. Dabei ist der Auftraggeber bis zuletzt an Zuschlagskriterien gebunden, die er zu Beginn des wettbewerblichen Dialogs im Rahmen der Bekanntmachung sowohl inhaltlich als auch in ihrer Gewichtung festgelegt hat. Zu diesem Zeitpunkt durfte der Auftraggeber jedoch objektiv nicht wissen, welche technische, rechtliche oder finanzielle Lösung für seine PPP geeignet sein könnte. Es ist in sich widersprüchlich, den Staat einerseits zur inhaltlichen Bestimmung der Zuschlagskriterien zu verpflichten und dieses öffentlich bekannt zu machen, andererseits aber den wettbewerblichen Dialog nur dann zuzulassen, wenn der Staat keine Kenntnis über die technische, rechtliche oder finanzielle Lösung des PPP-Projekts hat. Dieser Widerspruch ist nur dann nicht gegeben, wenn der Zuschlag allein aufgrund des preisgünstigen Angebots zu erteilen ist.¹⁵⁷

Des Weiteren stellt sich beim wettbewerblichen Dialog die Frage, wie verschiedene Angebotsinhalte sachgerecht beurteilt werden sollen, wenn z. B. Lösung A und B gleichermaßen zur Realisierung ein und derselben PPP führen können. Die Unterschiedlichkeit der Angebote macht ihre Bewertung noch problematischer und erhöht so das Anfechtungsrisiko beim wettbewerblichen Dialog. Keine andere Vergabeart ist deshalb so prädestiniert, ein Nachprüfungsverfahren nach sich zu ziehen. Die Gebühren und Anwaltshonorare für ein solches Nachprüfungsverfahren, die entweder von der öffentlichen oder von der privaten Seite getragen werden müssen, erhöhen die Risiken sowie die Transaktionskosten der PPP.

¹⁵⁷ Dabei hat sich der deutsche Gesetzgeber in Anlehnung an die europäischen Richtlinien (zuletzt: Art 53 der Richtlinie 2004/18/EG) grundsätzlich dagegen entschieden, allein den Preis als Zuschlagskriterium vorzusehen. Wegen der befürchteten ökonomischen Nebeneffekte eines ruinösen Preiswettbewerbs sollen nationale öffentlichen Auftraggeber stattdessen auf das wirtschaftlichste Angebot eingehen, § 97 Abs. 5 GWB, vgl. auch Dreher, M., in: Immenga, U./ Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Auflage, München 2007, § 97, Rn. 140.

Obwohl sich PPPs durch eine unstrukturierte Ausgangssituation auszeichnen und der wettbewerbliche Dialog gerade deshalb zur Anwendung kommen soll, wird diese Zielvorgabe der Europäischen Kommission ohne eine Korrektur nicht erreicht werden. Anderenfalls kann der wettbewerbliche Dialog wegen der zahlreichen systemimmanenten Schwächen zunächst keine gleichwertige Alternative gegenüber dem bei PPP bereits etablierten Verhandlungsverfahren darstellen. Als 'Newcomer' unter den Vergabearten wird sich der wettbewerbliche Dialog aller Voraussicht nach im Bereich von PPP-Hochbau-Modellen nicht durchsetzen, ganz abgesehen davon, dass er für die überwiegende Anzahl der Projekte gar nicht anwendbar ist.

3.3 Die Berücksichtigung des Mittelstands bei PPP

"Die Förderung des Mittelstands bildet ein weitestgehend akzeptiertes wirtschaftspolitisches Ziel."¹⁵⁸ Das gilt auch bei PPP-Hochbaumodellen, denn gerade mittelständische Unternehmen sind die tragende Säule für die Bauindustrie. Sie beschäftigen etwa zweidrittel der im Bauhauptgewerbe tätigen Personen,¹⁵⁹ so dass die mittelständische Bauindustrie für PPP schon aus diesem Grund von erheblicher quantitativer Bedeutung ist.

Zur Erreichung dieses Ziels will die Regierungskoalition aus CDU, CSU und SPD das komplexe und unübersichtliche deutsche Vergaberecht vereinfachen und es modernisieren. „Dabei werden wir auch auf die mittelstandsgerechte Ausgestaltung besonders achten.“¹⁶⁰ Mit welchen Mitteln das Kabinett dieses übergeordnete Ziel bei Ausschreibungen erreichen will, ist nicht erkennbar und im Koalitionsvertrag wurde zudem die Förderung eines Projekts vereinbart, das schon wegen seiner Größe und internationalen Aufmerksamkeit wenig mittelstandsfreundlich ist. Es handelt sich um das Referenzvorhaben 'Fehmarn-Belt-Querung', für das sich die Bundesregierung einsetzt und mit dem sie angeblich „PPP

¹⁵⁸ Vgl. Willems, H., Die Förderung des Mittelstands – wirtschaftsverfassungsrechtliche Legitimation und vergaberechtliche Realisierung, Diss., Köln 2003, S. 56.

¹⁵⁹ Vgl. Strukturdaten des deutschen Bauhauptgewerbes im Bericht des Hauptverbands der Deutschen Bauindustrie e.V. vom September 2005, http://hvb.epgmbh.de/seiten/downloads/Baudatenkarte_2005.pdf, 28. Dezember 2006.

¹⁶⁰ Vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 11. November 2005, Rn. 889 ff., http://www.spd.de/servlet/PB/show/1589444/111105_Koalitionsvertrag.pdf, 12. Juli 2006.

voranbringen“¹⁶¹ will. Bei der 'Fehmarn-Belt-Querung' geht es zwar um eines der politisch wichtigsten Infrastrukturprojekte in Norddeutschland mit einer schnellen Eurorapid-Verbindung von Hamburg in die aufstrebenden Regionen um Kopenhagen und Malmö.

Gerade das Projekt 'Fehmarn-Belt-Querung' bildet jedoch nicht die PPP-Realitäten ab. Denn in der Praxis scheint sich bei der Ausschreibung von PPP-Bauprojekten sowohl auf Bundesebene als auch im kommunalen Bereich ein anderes Bild abzuzeichnen: Mittelständische Bauunternehmen partizipieren fast gar nicht an den bisher realisierten Modellen. Jedenfalls nicht unmittelbar. Obgleich in der Vergangenheit auch kleine Projekte ausgeschrieben wurden, deutet vieles darauf hin, dass ein ganzer Trend am Mittelstand vorbeigeht. Weil ein solcher Befund unbefriedigend wäre und nicht den wirtschaftspolitischen Zielvorstellungen entsprechen würde, soll untersucht werden, welche Gruppe von Unternehmen der deutschen Bauwirtschaft dem Mittelstand zuzuordnen ist, welche Bilanz in Bezug auf die Beteiligung dieser Unternehmen bei PPPs gezogen werden kann und ob die Ausschreibungsbedingungen eine Ursache für die bislang geringe Mittelstandsquote sein könnten.

3.3.1 Definition des Mittelstands

Die Förderung des Mittelstands hat im deutschen und europäischen Recht eine lange Tradition. Die ersten Ansätze zur Mittelstandsförderung lagen unter anderem in der Mittelstandsrichtlinie der Bundesregierung von 1976¹⁶² sowie in den Mittelstandsförderungsgesetzen der Bundesländer. Gleichwohl existiert eine übergreifende rechtliche Definition des Begriffs 'Mittelstand' bisher nicht. Fest steht jedoch, dass dieser Begriff dem der 'kleinen und mittleren Unternehmen' (KMU)¹⁶³ entspricht und synonym verwendet werden kann.¹⁶⁴

¹⁶¹ Vgl. ebenda, Rn. 2305, 2306.

¹⁶² Mittelstandsrichtlinien der Bundesregierung von 1976 (BAnz. Nr. 111, Beil. 16/76), auszugsweise abgedruckt bei Kling, M., Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen. Möglichkeiten und Grenzen einer politischen Institutionalisierung der Vergabe öffentlicher Aufträge, Diss., 2. Auflage, Berlin 2003, S. 677.

¹⁶³ Oder englisch: small and medium sized companies (SMC).

¹⁶⁴ Vgl. Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen betreffend, K (2003) 1422 (Abl. L 124/36 vom 20. Mai 2003).

Die Europäische Kommission definiert mittelständische Unternehmen als Firmen mit weniger als 250 Mitarbeitern und einem Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. Euro.¹⁶⁵ Das Bonner Institut für Mittelstandsforschung klassifiziert Unternehmen ebenfalls mit Hilfe der Merkmale 'Umsatz' und 'Zahl der Beschäftigten'. Als Mittelständler gelten Firmen, die weniger als 500 Beschäftigte und einen Umsatz von weniger als 50 Mio. Euro haben.¹⁶⁶ Die national entwickelten Zahlen des Instituts für Mittelstandsforschung korrespondieren auch mit den in § 267 Handelsgesetzbuch (HGB) genannten Merkmalen für mittelgroße Kapitalgesellschaften. Von diesen Gesellschaften ist dann die Rede, wenn Umsatzerlöse im Wert von ca. 32 Mio. Euro mit 250 Mitarbeitern erzielt wurden.

Von Institution zu Institution unterscheiden sich die zugrundeliegenden Zahlen stets ein wenig, weil auf den verschiedenen Märkten auch unterschiedliche Maßstäbe gelten (müssen). So kann ein Umsatzmilliardär in der Automobilindustrie noch mittelständisch sein, während er bei gleichen Umsatzerlösen auf anderen Märkten zur Kategorie 'Großunternehmen' zählt.

3.3.2 Ausschreibungsbedingungen und Förderung des Mittelstands

Ein äußerst interessantes Diagramm, erstellt von der PPP-Task-Force des Bundes¹⁶⁷, vermittelt den Eindruck, der Mittelstand sei bei den bisher absolvierten Ausschreibungen im Baubereich nicht nur in ausreichendem, sondern sogar in überwiegenderem Maße berücksichtigt worden.

¹⁶⁵ Vgl. Art. 1 des Anhangs der Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen betreffend, K (2003) 1422 (Abl. L 124/36 vom 20. Mai 2003).

¹⁶⁶ Vgl. Definition und Schlüsselzahlen des Mittelstands, <http://www.ifm-bonn.org/index.htm?dienste/daten.htm>, 4. April 2006. Nach Ansicht des Instituts für Mittelstand gelten diese Zahlen generell für Unternehmen aller Branchen.

¹⁶⁷ Erstmals vorgestellt durch den Leiter der PPP-Task-Force, Jörg Christen, Die PPP Task Force im BMVBW. Aufgaben und Funktionen im föderalen Kompetenznetzwerk, EUROFORUM-Konferenz Public Private Partnership, 30. Mai 2005, Berlin, http://www.bdi-online.de/Dokumente/OeAVerteidigung/Praesentation_Dr._Christen_7.3.2006.pdf, 23. Februar 2006.

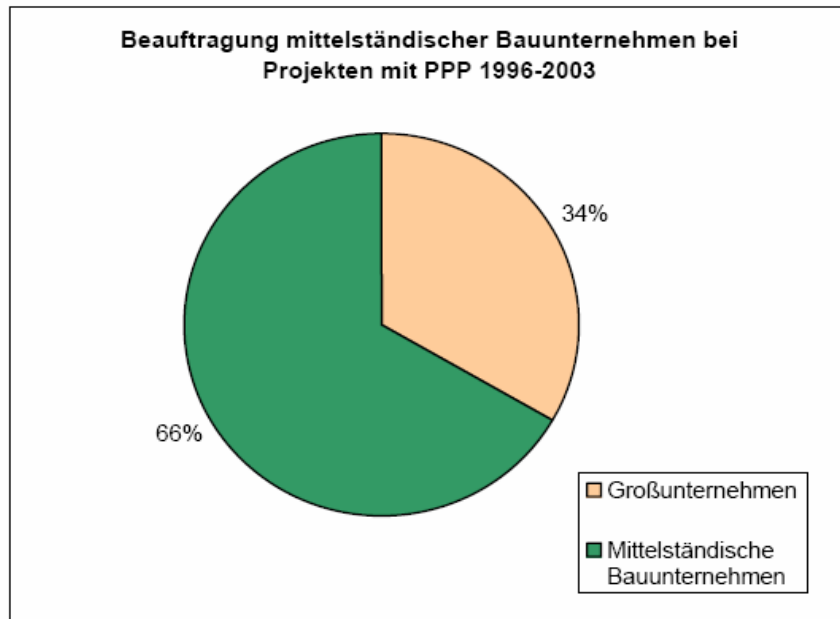


Abbildung 6: Beauftragung mittelständischer Unternehmen

Unabhängig von der Frage, welche konkreten PPP-Projekte die Grundlage für das Diagramm der Task-Force bilden und ob diese Projekte überhaupt repräsentativ sind, zeigt der nachfolgende Auszug von zumeist in Nordrhein-Westfalen abgeschlossenen Ausschreibungen, dass das von der Regierung vermittelte Bild einer Mittelstandsfreundlichkeit nicht zutreffend ist:

Auftraggeber (PPP-Gegenstand)	Gewinner der Ausschreibung	Umsatz (in Mio. €)	Mitarbeiter
1. Stadt Gladbeck (Neubau + Betrieb eines Rathauses)	HOCHTIEF PPP Solutions GmbH	924	5.065
2. Stadt Köln (Schulsanierung)	HOCHTIEF PPP Solutions GmbH	924	5.065
3. Stadt Leverkusen (Sanierung einer Berufsschule)	HOCHTIEF PPP Solutions GmbH	924	5.065
4. Kreis Offenbach (Schulsanierung)	HOCHTIEF PPP Solutions GmbH	924	5.065
5. Kreis Unna (Erweiterung + Betrieb eines Krankenhauses)	Bilfinger Berger AG	6.207	50.460

6. Stadt Witten (Schulsanierung)	Strabag AG	1.650	10.495
7. Stadt Monheim (Schulsanierung)	Hermann Kirchner Holding GmbH	300	1.500
8. Rhein-Erft-Kreis (Neubau einer Sonderschule)	Müller-Altwater Bauunternehmung GmbH & Co. KG	270	390

Tabelle 4: Auftragnehmer ausgewählter PPP-Hochbauprojekte

Die für diese Arbeit zusammengestellten Projekte aus Nordrhein-Westfalen und die Offenbacher Ausschreibung, bei der die bisher größte Schulsanierungs-PPP in Auftrag gegeben wurde, zeigen, dass lediglich in einem Fall einem Mittelständler der Zuschlag erteilt wurde, wobei die Firma Müller-Altwater auch kein typischer Mittelständler ist. Sie erzielte nämlich Umsatzerlöse von weit über 50 Mio. Euro, beschäftigte allerdings weniger als 250 Mitarbeiter. Die ausgewählten Projektbeispiele lassen darauf schließen, dass es nur wenige große Generalunternehmer bzw. mit ihnen verbundene Firmen gibt, die sich auf dem PPP-Markt als Anbieter durchsetzen. Kleinere und mittlere Unternehmen kamen bislang nicht zum Zuge.

Diese Bilanz kann nicht dadurch aufgebessert werden, dass mittelständische Unternehmen als Subunternehmer an PPP-Projekten beteiligt werden. Subunternehmer von Großunternehmen zu sein, die den Zuschlag erhalten, läuft den Interessen der mittelständischen Bauwirtschaft zuwider und hat auch nichts mit dem Vergaberecht im engeren Sinne zu tun. Zur Verdeutlichung soll illustriert werden, was unter dem Begriff einer Ausschreibung auf der 1. bzw. 2. Stufe zu verstehen ist:

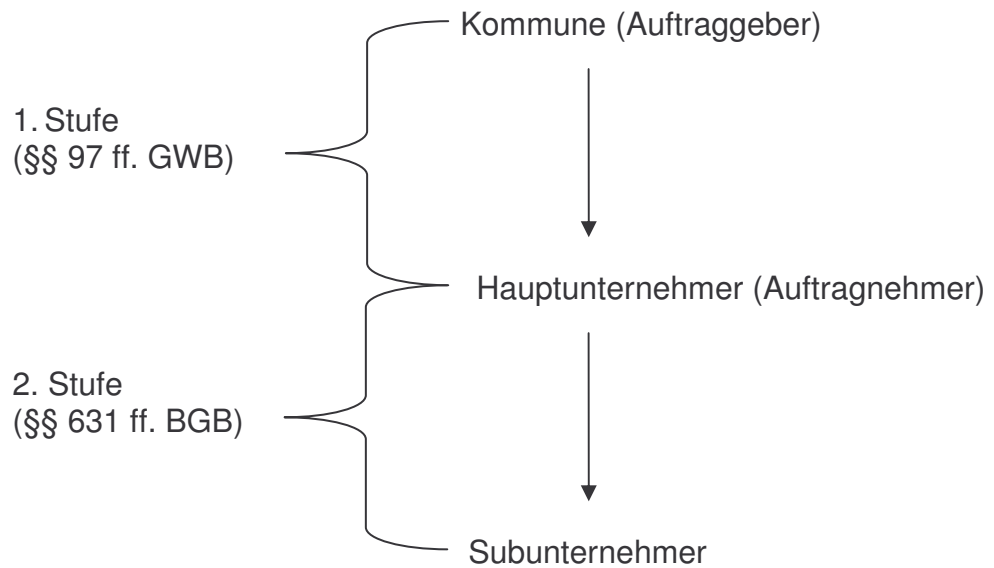


Abbildung 7: Ausschreibungen auf der 1. und 2. Stufe

Das europäische Vergaberecht betrifft gemäß der §§ 97 ff. GWB allein öffentliche Aufträge, die auf der 1. Stufe vergeben werden. Das Beschaffungswesen der klassischen öffentlichen Auftraggeber ist gesetzlich geregelt. Nur im Verhältnis zwischen auftraggebender Kommune und auftragnehmendem Hauptunternehmer ist das förmliche Vergaberecht im eigentlichen Sinne anwendbar.

Auf der 2. Stufe findet indes reines Privatrecht Anwendung. Betroffen sind vor allem Unteraufträge, die der Generalunternehmer nicht mehr im eigenen Haus und mit eigenen personellen beziehungsweise sachlichen Mitteln erledigt, sondern die an die mittelständische Bauwirtschaft (unter-) vergeben werden (z. B. die Gewerke Elektrotechnik, Sanitär und Trockenbau). Dieser Vertragsabschluss unter Privaten erfolgt außerhalb des förmlichen Vergaberechts, er unterliegt den allgemeinen Regeln des Schuldrechts.¹⁶⁸

Die Gründe für die wenig erfolgreiche Teilnahme mittelständischer Unternehmen sind vielschichtig: Sie mögen in Einzelfällen projektbezogen sein - etwa weil die PPP das Know-how oder die Leistungskraft eines Mittelständlers übersteigt. Tatsächlich gibt es einige "Modelle in der Bundesrepublik, auch das Offenbacher

¹⁶⁸ Die Beauftragung erfolgt nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen, den Leistungsphasen sechs und sieben gemäß § 15 HOAI sowie der VOB/B.

Modell ist eines, die für 99,5 % der deutschen Unternehmen zu groß sind.“¹⁶⁹ Das auf breiter Basis schlechte Abschneiden mittelständischer Bauunternehmen lässt sich jedoch allein mit diesem Argument nicht erklären.

Eine andere Begründung, die aber eher im Bereich des Spekulativen liegt, baut auf der These auf, die großen Bauunternehmen (HOCHTIEF, Bilfinger Berger, Strabag etc.) bildeten ein marktbeherrschendes Nachfrageoligopol¹⁷⁰ und behinderten kraft ihrer Marktmacht die Beauftragung von Mittelständlern. Eine solche These bedürfte einer vertieften empirischen Untersuchung und rechtlichen Analyse. Es müsste zunächst ein sachlich eigenständiger Markt für PPP angenommen und dieser räumlich (lokal, regional, bundes- oder gar europaweit) abgegrenzt werden.

Möglicherweise wäre der sachlich relevante Markt nach Branchen (Hochbau, Tiefbau, Verkehr) und nach der Größenordnung einzelner Projekte (bei größeren Projekten könnten nur die Großunternehmen mitbieten) zu unterteilen. Danach wären die Marktanteile der genannten großen Bauunternehmen zu errechnen.

Bei der materiellrechtlich entscheidenden Frage, ob die Unternehmen, die bei PPP mitbieten, wesentlichem Wettbewerb im Innen- und Außenverhältnis ausgesetzt sind, wäre zu berücksichtigen, dass der Staat die Aufträge vergibt und damit das letzte Wort hat. Die Bieter (oder einzelne von ihnen, z. B. die oben genannten Großunternehmen) könnten nur dann als marktbeherrschendes Nachfrageoligopol

¹⁶⁹ Thomas Schleicher, Präsident der Landesvereinigung Bauwirtschaft Baden-Württemberg, auf einer Veranstaltung des Wirtschaftsministeriums Baden-Württemberg am 15. November 2004, in Stuttgart, Kongressdokumentation, <http://www.ibl.uni-stuttgart.de>, 12. Januar 2006.

¹⁷⁰ Grundsätzlich erfolgt die Prüfung der Marktbeherrschung von Oligopolen (§ 19 Abs. 2 S. 2 GWB) in zwei Schritten: Zunächst muss zwischen den Oligopolisten der Wettbewerb im Innenverhältnis fehlen; ob dieser Mangel an Wettbewerb auf tatsächlichen oder rechtlichen Gründen beruht, ist gleichgültig. Indizien für einen fehlenden Wettbewerb sind die Gleichförmigkeit des Verhaltens über einen längeren Zeitraum und eine langfristige Reaktionsverbundenheit, insbesondere im Hinblick auf das Preisverhalten. Die Schwierigkeiten im Umgang mit dieser Voraussetzung liegen darin, dass gerade in engen Oligopolen der Wettbewerb auch besonders scharf sein kann, er sich jedoch nicht notwendigerweise in vorstoßendem Wettbewerb zeigen muss. Das zweite Element des § 19 Abs. 2 S. 2 GWB stellt darauf ab, dass die vermeintlichen Oligopolisten in ihrer Gesamtheit, also im Außenverhältnis, gegenüber den anderen Unternehmen keinem wirksamen Wettbewerb ausgesetzt sind oder gemeinsam über eine "überragende Marktstellung" im Sinne des § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB verfügen. Erst wenn beide Voraussetzungen (fehlender Innen- und Außenwettbewerb) nachgewiesen sind, liegt ein marktbeherrschendes Oligopol vor; vgl. zur grundlegenden Bedingung für eine kollektive Marktbeherrschung Schwalbe, U./ Zimmer, D., Kartellrecht und Ökonomie. Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle, Recht der internationalen Wirtschaft (Hrsg.), Frankfurt am Main 2006, S. 251.

angesehen werden, wenn der Staat ihnen bei der Auftragsvergabe weder ausweichen noch sie gegeneinander ausspielen könnte.¹⁷¹

Ein Blick auf die von den Betroffenen genannten Erklärungsgrößen deckt Hindernisse auf und engt den Katalog möglicher Ursachen wesentlich ein. Im Januar 2005 wurden mit Hilfe eines standardisierten Fragebogens 800 Handwerksunternehmen aus dem Bezirk der Handwerkskammer Rhein-Main um ihre Meinung zu ausgewählten Themen des öffentlichen Auftragwesens gebeten. 45 % aller befragten Unternehmen benennen den übergroßen Aufwand, der für die Angebotserstellung zu leisten ist, als Hindernis für die Beteiligung an öffentlichen Ausschreibungen.¹⁷² Gerade mit Blick auf dieses Problemfeld lässt sich bereits vor einer eingehenden Untersuchung folgendes konstatieren: Bei der Anwendung des Vergaberechts haben in der Praxis Großunternehmen gegenüber mittelständischen Firmen den Vorteil, dass sie über eine höhere arbeitsteilige Professionalität verfügen, die sie in die Lage versetzt, komplexe PPP-Ausschreibungen zum Beispiel unter Einsatz der konzerninternen Rechtsabteilung oder durch die kostspielige Beauftragung externer Berater zu bearbeiten. Die Bundesvereinigung mittelständischer Bauunternehmen e.V. aus Bonn ergänzt in ihrem Eckpunktepapier zum Thema „PPP aus Sicht der mittelständischen Bauwirtschaft“, dass vor allem die Intransparenz (ex-ante oder ex-post) der Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers zum schlechten Abschneiden der mittelständischen Bauwirtschaft im Rahmen von PPP-Projekten geführt hat.

Hinzu kommt, dass auch die verantwortlichen Personen auf Seiten der öffentlichen Hand zumeist über eine nur geringe Professionalität bei der Realisierung von PPP verfügen. Der Endbericht des deutschen Instituts für Urbanistik zu PPP-Projekten aus dem Jahr 2005 kommt zu dem Ergebnis, dass öffentliche Auftraggeber bei knapp einem Drittel der Projekte erhebliche Probleme im Umgang mit dem Vergaberecht hatten.¹⁷³

¹⁷¹ Soweit die Mitbieter untereinander unzulässige Submissionsabsprachen treffen, wäre das ein separat zu behandelnder Bußgeld- oder sogar ein Straftatbestand. Von ihm könnte nicht auf ein marktbeherrschendes Oligopol geschlossen werden. Letzteres ist erst dann gegeben, wenn die Mitbieter ohne Absprache keinem wesentlichen Nachfragewettbewerb ausgesetzt sind.

¹⁷² Vgl. Ruh, E., Mittelstands-beteiligung an öffentlichen Aufträgen, in: VergabeR 5. Jahrgang (2005), S. 722.

¹⁷³ Vgl. Grabow/ Reidenbach/ Rottmann/ Seidel-Schulze (2005), a.a.O., S. 60.

Nach den bisherigen Erfahrungen, die die betroffenen Mittelständler gemacht haben, lassen sich damit drei Ursachenkomplexe für das erfolglose Abschneiden bei PPP-Ausschreibungen eingrenzen:

- Kosten- und Zeitaufwand für die Angebotserstellung
- Intransparenz der Vergabeentscheidungen des Staats
- Mangelhafter praktischer Umgang mit dem Vergaberecht

Alle Ursachenkomplexe äußern sich in einem bestimmten Vergaberhalten der staatlichen Stellen, die für die Festlegung der Konditionen der Ausschreibung allein verantwortlich sind. Werden die Konditionen der Ausschreibung nicht sachgerecht und verhältnismäßig festgelegt, geht das zuallererst zu Lasten des Mittelstands, der über eine geringere arbeitsteilige Professionalität als Großkonzerne verfügt, dessen Budget für die Beteiligung an Ausschreibungen geringer als bei Großunternehmen ist, der seltener kostspielige Nachprüfungsverfahren einleitet, um die intransparenten Entscheidungen des Auftraggeber überprüfen zu lassen und der die Kontrolle eines mangelhaften staatlichen Umgangs mit den Ausschreibungsregeln durch den Einsatz firmeneigener Vergabespezialisten (oder externer Anwälte) schwerer sicherstellen kann.

Eine Problemlösung könnte darin bestehen, dass die öffentlichen Auftraggeber ihre Vergabekonditionen von Beginn an so mittelstandsfreundlich wie möglich festlegen. Dabei sind sie nicht frei in ihren Festlegungen, sondern müssen sich an das Vergaberecht halten. Das Recht der öffentlichen Ausschreibungen unterliegt jedoch einem generellen Zielkonflikt zwischen Mittelstandsförderung und der Vergabe von Aufträgen nach rein wirtschaftlichen Kriterien. § 97 Abs. 3 GWB stellt zwar den allgemeinen Grundsatz auf, dass mittelständische Interessen "angemessen" berücksichtigt werden sollen. Das steht jedoch im Widerspruch zu den das Vergaberecht prägenden, streng leistungsbezogenen Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und des (europaweiten) Wettbewerbs im Sinne von § 97 Abs. 1 GWB.

Misst man das Vergaberecht an diesen Grundsätzen, dann ist die Mittelstandsförderung sogar ein vergabefremder Aspekt.¹⁷⁴

Bei europaweiten Ausschreibungen öffentlicher Auftraggeber, die zum Abschluss eines PPP-Projektvertrages über Planung, Bau, Betrieb und Finanzierung einer Infrastruktur führen sollen, ist typischerweise zwischen den folgenden verfahrensbezogenen und auftragsbezogenen Bedingungen zu unterscheiden, die auf das jeweilige Abschneiden des Mittelstands erheblichen Einfluss haben können:

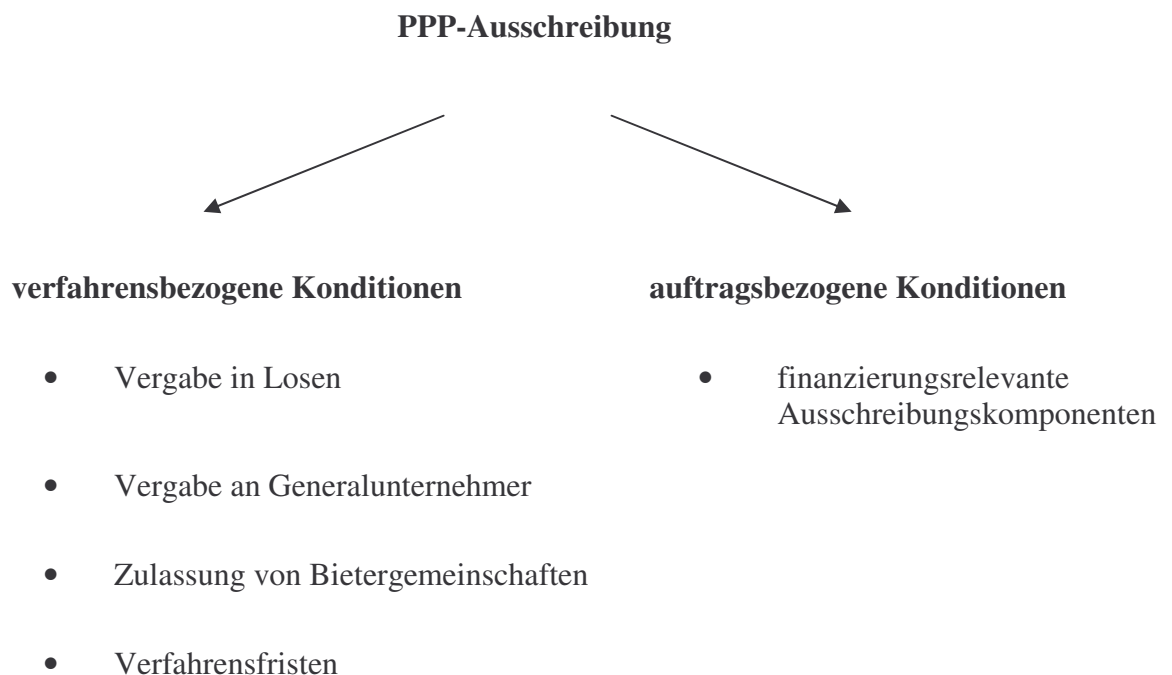


Abbildung 8: Mittelstandsrelevante Ausschreibungsbedingungen

Sowohl die verfahrensbezogenen als auch die auftragsbezogenen Konditionen der Ausschreibung werden vom Auftraggeber im Vorfeld des Wettbewerbs bestimmt. Die Verwaltung kann sich einer abschließenden Festlegung der einzelnen Konditionen nicht enthalten. Einige der genannten Unterpunkte nützen dem Mittelstand, andere hingegen erschweren eine Mittelstandsförderung. Das Gebot der Vergabe in Losen beispielsweise dient dazu, große Auftragsvolumina

¹⁷⁴ Vgl. Dreher, M., in: Immenga, U./ Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB Kommentar zum Kartellgesetz*, 4. Auflage, München 2007, § 97, Rn. 76; anderer Ansicht: Kulartz, H.-P., in: Niebuhr F./ Kulartz, H.-P./ Kus, A. /Porz, N. (Hrsg.), *Kommentar zum Vergaberecht*, 4. Teil des *GWB*, Neuwied/ Kriftel 2000, § 97, Rn. 139.

zweckgerecht so aufzuschnüren, dass Teile unmittelbar an mittelständische Unternehmen vergeben werden können und sie damit nicht auf die vergaberichtlich ungeschützte Stellung eines Subunternehmers beschränkt werden. Zu den Konditionen der Ausschreibung, die den Grad der Partizipation des Mittelstands bei PPP beeinflussen können, nun im Einzelnen:

3.3.2.1 Vergabe in Losen

Unter Losen sind Teile einer Gesamtleistung zu verstehen. Mit der Bildung von Losen zerlegt ein öffentlicher Auftraggeber einen großen Auftrag (nach Menge oder Art) in mehrere kleine Aufträge, wenn diese Trennung sachlich möglich ist. Die Bewerbungschancen für kleine und mittlere Unternehmen sollen hierdurch steigen. Die einzelnen Losaufträge werden gemeinsam im Rahmen einer Ausschreibung vergeben. Das Gesetz normiert zunächst eine generelle Pflicht zur Vergabe in Losen, von der jedoch Ausnahmen zugelassen sind. Dieser im Vergaberecht kodifizierte Grundsatz des Vorrangs der Losvergabe wird in den jeweiligen Verdingungsordnungen durch die §§ 4 VOB/A und 5 VOL/A konkretisiert. Auf Grund des Regel-Ausnahme-Verhältnisses bedarf es einer besonderen Rechtfertigung im Einzelfall, um von der Losvergabe abzuweichen. Die mittelstandsfördernde Entscheidung der VOB/A mit ihrem Vorrang zu Gunsten einer Losvergabe würde unterlaufen, wenn bereits Schwierigkeiten, die typischerweise mit der Losvergabe als solcher verbunden sind, ein Ausweichen auf eine Gesamtvergabe rechtfertigen würden. Die mit der Losvergabe einhergehende Mehrbelastung muss der Auftraggeber hinnehmen. Kommunale öffentliche Auftraggeber können dann von der Losaufteilung absehen, wenn das losweise Verfahren zu einer starken Verzögerung oder Verteuerung des Vorhabens führen würde.¹⁷⁵

Das ist bei PPP der Fall. Bei der für Hochbauprojekte maßgeblichen VOB/A gilt mittlerweile als anerkannt, dass bei einer Beibehaltung der regelmäßigen Losvergabe und damit bei einer Abkehr von der Gesamtvergabe erhebliche Nachteile für den öffentlichen Auftraggeber entstehen würden. Die im Rahmen eines PPP-Hochbauprojekts stets abgefragten Leistungen betreffen Planung, Neubau/

¹⁷⁵ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. September 2004, Verg 38/04, NZBau 2004, S. 689; so auch schon Vergabekammer beim Bundeskartellamt, Beschluss vom 9. Januar 2001, VK 2-40/00, VergabeR 2001, 143.

Sanierung, Finanzierung und Betrieb über einen Zeitraum von zumeist 20 Jahren. Es handelt sich um eine Leistungsabfrage, die sowohl bauvertragliche als auch dienstvertragliche Elemente enthält. Die Lebenszyklusbetrachtung des Infrastrukturgegenstandes (z.B. des Verwaltungsgebäudes oder der Schule) ist inhäranter Bestandteil des PPP-Projekts. Bei dieser ganzheitlichen Beurteilung werden neben den Errichtungskosten alle im Zusammenhang mit der Bewirtschaftung anfallenden Kosten (z.B. Erhaltungs- und Instandsetzungskosten) sowie die Kosten der in einem Gebäude ablaufenden Betriebsprozesse bereits während der Planungsphase transparent gemacht. Dieser Blick auf die künftige Infrastruktur führt zur frühzeitigen finanziellen Klarheit für die öffentliche Hand. Die Erfassung der Folgekosten einer Investition bereits zum Entscheidungszeitpunkt ermöglicht der öffentlichen Hand die wirtschaftliche Steuerung in der Zukunft liegender Belastungen durch die Vereinbarung von Preisen, Standards und Risikoallokationen in langfristigen Verträgen. Schon während der Planung werden Anreize zur Kosteneinsparung geschaffen und interne Betriebsabläufe optimiert. Auf Seiten des Staates entsteht hierdurch ein Kostenbewußtsein und ein Interesse an einem phasenübergreifenden Kapazitäts- und Leerstandsmanagement verbunden mit der Möglichkeit, für die betreffende Infrastruktur von vornherein Nutzungsalternativen vorzubereiten.¹⁷⁶

Da das gesamte Vergaberecht primär der wirtschaftlichen Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand dient, kann bei langfristigen PPP-Projekten eine Aufteilung in Lose oder eine kleinteilige Vergabe praktisch nicht erfolgen. Ansonsten gingen die prognostizierten Effizienzen und damit signifikante ökonomische Vorteile für den kommunalen öffentlichen Auftraggeber verloren. Wirtschaftliche Gründe für eine Gesamtvergabe überwiegen gegenüber dem Postulat der Mittelstandsförderung. Schließlich ist das Regel-Ausnahme-Verhältnis zu Gunsten mittelständischer Unternehmen auch nur in schwacher Form gesetzlich kodifiziert. Denn mittelständische Interessen sind gemäß § 97 Abs. 3 GWB nur „vornehmlich“ durch eine Losaufteilung sicherzustellen. Da sich der Lebenszyklusansatz bei PPP-Modellen und die mittelstandsfreundliche Teilung des Gesamtauftrags in ein Planungs-, Bau-, Finanzierungs- und Betriebslos geradezu widersprechen, bleibt der mittelstandsfreundliche Ansatz des Gesetzes bei PPP-Hochbauprojekten ohne Wirkung.

¹⁷⁶ Z. B. durch die Umwidmung des öffentlichen Gebäudes.

Wenn keine Aufteilung des PPP-Projekts in Lose möglich ist, ließe sich theoretisch daran denken, öffentliche Auftraggeber durch eine gesetzliche Normierung zu verpflichten, ganz auf die einheitliche Ausschreibung der typischen PPP-Leistungsbestandteile in ein und demselben Verfahren zu verzichten. Man könnte die Frage aufwerfen, wieso nicht etwa die Planung oder der Betrieb eines PPP-Projekts gesondert von der Errichtung in mehreren, getrennten Verfahren ausgeschrieben werden. Die Antwort ist einfach: Die getrennte Ausschreibung ist nicht praktikabel, weil Optimierungspotenziale nicht verwertet werden könnten und die Trennung zu einer erheblichen zeitlichen Verzögerung der Gesamtmaßnahme führen würde. Denn alle Einzelausschreibungen müssten voraussichtlich – so jedenfalls der gesetzliche Grundsatz – als offene Verfahren durchgeführt werden, weil es bei einer Zerlegung der PPP in ihre Bestandteile an der für ein Verhandlungsverfahren oder einen wettbewerblichen Dialog notwendigen Komplexität des Auftrags fehlen würde.¹⁷⁷ Bei einem offenen Verfahren ist eine Mindestangebotsfrist zwischen Auftragsbekanntmachung und Einreichung der Offerten von 52 Tagen vorzusehen.¹⁷⁸ Die gesetzlichen Fristen zur Vorabinformation (§ 13 VgV = 14 Tage) müssten bei einer Trennung der Verfahren jeweils hinzu addiert werden. Bei einer Gesamtvergabe muss den unterlegenen Bietern unter Einhaltung der Wartefrist von 14 Tagen nur einmal abgesagt werden. Sollten auch die Planungsleistungen gesondert ausgeschrieben werden, wäre bei einem Architektenwettbewerb gemäß §§ 20, 25 VOF ein Preisgericht¹⁷⁹ einzuschalten, das über die Planungsentwürfe befindet. Da wenigstens die Bauleistungen auf den endverhandelten Planunterlagen und dem Bausoll basieren müssen, ließen sich auch die verschiedenen Vergabeverfahren nicht parallel, sondern nur nacheinander durchführen. Das Risiko der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens durch benachteiligte Bieter würde sich bei der Aufteilung der Disziplinen in mehrere Ausschreibungen erhöhen. Das hätte nachteilige Auswirkungen auf den Zeitraum der Projektvorbereitung. Nach Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist mit einer Prozessdauer von circa sechs Monaten bis zum rechtskräftigen Abschluss

¹⁷⁷ Vgl. zu den Anwendungsvoraussetzungen für das Verhandlungsverfahren und den wettbewerblichen Dialog die Ausführungen auf Seite 44 ff.

¹⁷⁸ Weitergehende Ausführungen zum offenen Verfahren auf Seite 39.

¹⁷⁹ Gemäß § 25 Abs. 5 VOF muss sich das Preisgericht in der Mehrzahl aus Preisrichtern zusammensetzen, die aufgrund ihrer beruflichen Qualifikation die fachlichen Anforderungen in hervorragendem Maße erfüllen.

beim jeweiligen Oberlandesgericht zu rechnen. Der öffentliche Auftraggeber ist vergaberechtlich verpflichtet, in seiner Projektplanung etwaige Zeitverzögerungen durch die Inanspruchnahme von Vergaberechtsschutz von Anfang an einzuplanen.

Der mit der Durchführung eines einzigen PPP-Vergabeverfahrens einhergehende Zeitgewinn mit maximal einer Nachprüfung führt zu Effizienzen gegenüber der getrennten Ausschreibung der einzelnen Leistungskomponenten. Auch die projektinternen Transaktionskosten sinken, da sich externe Berater nur um ein Projekt gemeinschaftlich kümmern müssen. Die Anzahl der Beratungsstunden ist geringer.

Unter Abwägung aller Interessen können öffentliche Auftraggeber bei PPP-Modellen somit zulässigerweise vom Grundsatz der Losaufteilung abrücken. Das wirtschaftspolitische Petition des Gesetzgebers, den Mittelstand zu fördern, erweist sich bei Modellen mit Lebenszyklusansatz als nicht realisierbar. Über eine Losaufteilung oder gar eine Trennung des PPP-Projekts in verschiedene Ausschreibungen kann somit keine sachgerechte Mittelstandsförderung erreicht werden.

3.3.2.2 Zulassung von Bietergemeinschaften

Mittelständische Unternehmen können sich zu Bietergemeinschaften zusammenschließen, um bei komplexen PPP-Projekten mitzubieten. Eine Bietergemeinschaft ist der Zusammenschluss mehrerer (mittelständischer) Unternehmen zwecks gemeinsamer Planung, Angebotsabgabe und Durchführung eines Auftrags. Der Zusammenschluss zu Bietergemeinschaften ist nicht nur vergabepolitisch erwünscht, sondern auch ökonomisch geboten.

Bietergemeinschaften sind nach § 25 Nr. 6 VOB/A bei der Angebotsbewertung wie Einzelbieter zu behandeln. Einzelbieter werden also weder bevorzugt noch folgt aus der Bildung einer Bietergemeinschaft ein vergaberechtlicher Vorteil. Die Zulassung von Bietergemeinschaften stellt im Vergleich zur Losaufteilung eine ganz andere Form der Mittelstandsförderung dar. Statt das Auftragsvolumen in eine Vielzahl von Losen aufzuteilen, wird dem Mittelstand durch Bündelung seiner Ressourcen die Chance gegeben, einen Auftrag zu erhalten, den er allein nicht bewältigen könnte und deshalb nicht erhalten würde. Durch die

Bietergemeinschaft wird das Prinzip der Losaufteilung funktional umgekehrt und die Bieter passen sich durch ihre Organisation der Komplexität des Ausschreibungsgegenstandes an. Bietergemeinschaften sind sehr viel besser geeignet, den Mittelstand auf Augenhöhe mit den Großunternehmen an der Vergabe von PPP-Hochbauprojekten zu beteiligen.¹⁸⁰ In der Kooperation bündeln die Partner ihre Stärken. Die beteiligten Unternehmen werden nach Auftragserteilung arbeitsteilig mit dem Ziel tätig, die gemeinsam geschuldete Leistung zu erbringen. Sie haften deshalb gesamtschuldnerisch für den Leistungserfolg. Zum Wesen einer Bietergemeinschaft gehört, dass jedes beteiligte Unternehmen in der Lage sein muss, zumindest seinen Teil der geforderten Leistung selbst auszuführen.¹⁸¹ Für die Prüfung der Eignung einer Bietergemeinschaft ist daher einerseits auf die Gesamtheit der technischen und wirtschaftlichen Kapazitäten abzustellen, andererseits muss jedes einzelne Mitglied für die Ausführung der ihm obliegenden Aufgabe hinreichend fachkundig, leistungsfähig und zuverlässig sein.¹⁸²

Im Rahmen des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes ist zu Gunsten von mittelständischen Bietergemeinschaften festgelegt worden, dass diese nicht schon während des laufenden Vergabeverfahrens eine bestimmte Kapitalrechtsform (etwa GmbH) annehmen müssen, sondern bis auf weiteres als BGB-Gesellschaft an der Ausschreibung teilnehmen können. Teilweise wurde ein Wandel zur GmbH in der Vergangenheit von öffentlichen Auftraggebern gefordert, damit bereits während der öffentlichen Ausschreibung eine Mindestkapitalausstattung auf Auftragnehmerseite gewährleistet war. Der Gesetzgeber ist dem nicht gefolgt. Denn zahlreichen Unternehmen, die sich mit einer neu gegründeten Gesellschaft am PPP-Vergabeverfahren beteiligt hatten, im Ergebnis jedoch nicht den Zuschlag erhielten, entstanden durch diese Forderung nur zusätzliche Transaktionskosten.

¹⁸⁰ Vgl. Ruh (2005), a.a.O., S. 732.

¹⁸¹ Vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 8. Februar 2001, 1 Verg 5/00, NZBau 2001, 452, 453. Soweit sich Wettbewerber zu Bietergemeinschaften zusammenschließen, ist das Kartellrecht zu beachten. Kartellrechtlich unbedenklich sind nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung Bietergemeinschaften, denen Wettbewerber angehören, immer dann, wenn wegen der Art und wegen des Umfangs des Auftrags der einzelne objektiv nicht in der Lage ist, den Auftrag allein zu übernehmen, oder wenn er aus nachvollziehbaren kaufmännischen Erwägungen auf ein eigenes Angebot verzichtet und sich einer Bietergemeinschaft anschließt, vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 13. Dezember 1983, KRB 3/83 ("Bieter- und Arbeitsgemeinschaft") = WUW/E 2050.

¹⁸² Vgl. Korbion, H., in: Ingenstau, H./Korbion, H./Locher, H./Vygen, K. (Hrsg.), VOB Teile A und B, Kommentar, 15. Auflage, Düsseldorf 2003, § 8 b, Rn. 12.

Trotz der vermeintlich günstigen vergabegesetzlichen Rahmenbedingungen für die Bildung von Bietergemeinschaften, die es Mittelständlern ermöglichen, bei größeren PPP-Projekten wettbewerbsfähige Angebote abzugeben, hat sich diese Kooperationsform nicht bewährt.

Die Ursachen hierfür liegen vor allem bei den Mittelständlern selbst. Die oben erwähnte Umfrage zu Beginn des Jahres 2005 unter 800 Handwerksunternehmen aus dem Bezirk der Handwerkskammer Rhein-Main hat in Bezug auf eine PPP-Mittelstandseteiligung bei öffentlichen Aufträgen ergeben, dass 85 % der befragten Firmen noch überhaupt keine Erfahrungen mit Bietergemeinschaften oder Kooperationen gemacht haben.¹⁸³ Was sind die Gründe für das offenkundig zurückhaltende Engagement in Form von Bietergemeinschaften?

Die wohl wichtigste Voraussetzung für das Funktionieren einer Kooperation von Mittelständlern in Form einer Bietergemeinschaft bei PPP-Projekten ist das Aufteilen von Chancen und Risiken. Unter Chancen wird man dabei insbesondere Vorteile in Form von Gewinnen, aber auch das Freisetzen von Effizienzpotenzialen durch Synergieeffekte verstehen.

Beim 'risk-sharing' unter den Partnern einer Bietergemeinschaft müssen zwei Risikoarten unterschieden werden: Das moralische Risiko ('moral hazard') und das Unternehmensrisiko, das sich in ein technisches und ein ökonomisches Risiko unterteilen lässt.¹⁸⁴ Das moralische Risiko besteht darin, dass einer der Partner die eingegangenen Verpflichtungen innerhalb der Kooperation nicht erfüllt bzw. das wechselseitige Vertrauen ausnutzt. Das technologische Risiko beschreibt die Unsicherheit der technischen Machbarkeit in Bezug auf das PPP-Modell. Das ökonomische Risiko bezieht sich auf die Rentabilität der Investition in das Projekt.

Um die benannten Chancen und Risiken rechtzeitig zu identifizieren und zu verteilen, bedarf es einer sorgfältigen Kooperationsinitiierung und Kooperationsimplementierung. Bei der Initiierung der Kooperation kommt es bei PPP-Vergabeverfahren entscheidend darauf an, dass jeder Partner im Rahmen seiner Kompetenzen und Intentionen seinen Beitrag leistet, um zur Erfüllung des Kooperationsziels beizutragen. Als Kooperationsinitiator fungiert in der Praxis

¹⁸³ Vgl. Ruh, (2005), a.a.O., S. 732.

¹⁸⁴ Vgl. Lacasse, F./ Wall, T., Public/Private Partnerships in infrastructure provision: main issues and conclusion in: OECD (Hrsg.), New Ways of Managing Infrastructure Provision, Paris 1994, S. 13 f.

meist das mittelständische Bauunternehmen, das später die Planungs-, Finanzierungs- und Facility-Managementpartner um sich versammelt. Von der Einbindung geeigneter Partner in das Projekt hängt der Erfolg einer Angebotsabgabe im Rahmen eines PPP-Modells entscheidend ab. Für die Suche benötigt der Kooperationsinitiator Zeit, die er nach den im Rahmen eines Vergabeverfahrens gewährten Fristen nicht hat, es sei denn die Kooperation ist schon in Grundzügen vorbereitet oder die Unternehmen haben schon einmal in dieser Konstellation zusammengearbeitet. Gemäß § 18 a Nr. 3, Nr. 2 Abs. 1 VOB/A beträgt beim Verhandlungsverfahren die Präqualifikationsphase zum schriftlichen Nachweis der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit (mindestens) 37 Tage – gerechnet von dem Tag der Absendung der EU-Bekanntmachung an das Veröffentlichungsorgan in Luxemburg. Zwischen Kenntnisnahme vom konkreten PPP-Projekt bis zur Abgabe des Teilnahmeantrags verbleiben deshalb etwa vier Wochen, in denen die benannten Risiken aufgeteilt, ein federführendes Unternehmen benannt und die Eignungsnachweise aller Konsortialpartner zusammengestellt werden müssen. Für große integrierte Bauunternehmen, die Planung, Bau und Betrieb unter einem Dach anbieten, ist die Einhaltung dieser Frist unproblematisch. Für eine Bietergemeinschaft aus verschiedenen Unternehmen ergeben sich jedoch schon während dieser Initiierungsphase erhebliche Hindernisse, die auch zum Scheitern der Kooperation bzw. Beteiligung an der PPP-Ausschreibung führen können. Der Koordinierungsaufwand für die Abgabe eines Teilnahmeantrags erhöht die Transaktionskosten der mittelständischen Unternehmen, ohne dass die Gewähr dafür besteht, überhaupt zur Abgabe eines Angebots aufgefordert zu werden.

Während der gesetzlichen Mindestfrist, die nur selten länger als 37 Tage ist, kommen als Kooperationspartner deshalb zunächst nur bekannte Personen beziehungsweise Unternehmen in Betracht. Wichtig ist, dass eine Bietergemeinschaft rechtzeitig gebildet wird und bereits vor Bekanntgabe der Ausschreibung Liefer- und Leistungsverzeichnisse über potenzielle Partner angelegt werden. Vorstellbar ist auch die proaktive Einbindung potenzieller Kooperationspartner, z. B. in Form von Genossenschaften. Thomas Schleicher, Präsident der Landesvereinigung Bauwirtschaft Baden-Württemberg, fordert in diesem Zusammenhang die Bauunternehmen auf, „in ihren Verbänden und

berufsständischen Organisationen zusammen zu arbeiten und vernünftige Konzepte zu entwickeln.“¹⁸⁵

Zur Förderung der Bildung von Bietergemeinschaften sollte der Gesetzgeber die Mindestfrist für die Abgabe des Teilnahmeantrags gemäß § 18 a VOB/A verlängern, um eine ausreichende Vorlaufzeit für die Bildung und Koordinierung von Kooperationen mittelständischer Unternehmen zu gewährleisten. Das würde es mittelständischen Unternehmen erleichtern, insbesondere bei komplexen PPP-Projekten mitzubieten.

Schließen sich Planungsbüros, mittelständische Bauunternehmen und Facility-Management-Dienstleister zu Bietergemeinschaften zusammen, haften sie gemäß der üblichen Vergabebedingungen gesamtschuldnerisch für den Leistungserfolg.¹⁸⁶ Das ist für öffentliche Auftraggeber im Zusammenhang mit PPP-Projekten zivilrechtlich äußerst komfortabel. Denn im Sinne von § 426 Abs. 1 BGB ist die auslobende öffentliche Stelle während der gesamten Projektlaufzeit berechtigt, von jedem einzelnen Konsortialpartner alle angebotenen Planungs-, Bau- und Betriebsleistungen zu verlangen, wenn der auf einen anderen Konsortialpartner entfallende Beitrag nicht geleistet wird. Die gesamtschuldnerische Haftung ist für viele mittelständische Unternehmen der gewichtigste Grund, von Kooperationsbeteiligungen abzusehen.¹⁸⁷ Das gilt insbesondere für die freiberuflich tätigen Planer in PPP-Projekten, denen es untersagt ist, auch für die Erbringung fremder Leistungserfolge einzustehen. Gerade die Planungsbüros sind aber für den Langzeiterfolg von PPP-Objekten unverzichtbar.

Daher wäre eine Verbesserung der Rahmenbedingungen – insbesondere für eine erfolgreiche Beteiligung der Planer - sinnvoll. Das ist beim aufgezeigten Widerstreit der Interessen zwischen öffentlicher Hand und Privatwirtschaft nur

¹⁸⁵ Vgl. das Fachreferat anlässlich des PPP-Kongresses des Wirtschaftsministeriums Baden-Württemberg am 15. November 2004 in Stuttgart, Kongressdokumentation, <http://www.ibl.uni-stuttgart.de>, 12. Januar 2006.

¹⁸⁶ Vgl. nur Bekanntmachung der Stadt Brandenburg an der Havel vom 17. November 2005, Amtsblatt EU 2005/S 221-218095 zur Vergabe von Sanierungs- und Umbauarbeiten an einem bauhistorischen und denkmalgeschützten Gebäudekomplex auf dem Altstädtischen Markt; vgl. auch Bekanntmachung des Landes Sachsen-Anhalt vom 24. August 2005, Amtsblatt EU 2005/S 162-161643 über Planung, Finanzierung, Neubau und Teilbetrieb der Justizvollzugsanstalt Burg als PPP-Projekt.

¹⁸⁷ Gemäß Tabelle 8 „Gründe gegen Kooperationsbeteiligung“ bei Ruh (2005), a.a.O., S. 736 benennen 22 % der befragten Unternehmen die finanzielle Gefährdung durch eine gesamtschuldnerische Haftung als Grund zur Unzufriedenheit und Nichtbeteiligung an einer Bietergemeinschaft oder Handwerkerkooperation.

dann möglich, wenn die öffentlichen Auftraggeber Ausnahmen von der gesamtschuldnerischen Haftung vorsehen. Ein Verzicht auf die Gesamtschuld würde keine Einschränkung der Sicherheitsbedürfnisse der öffentlichen Hand bedeuten, da die zu sanierende Schule oder das neue Verwaltungsgebäude beim allgemein favorisierten Inhabermodell nach Planungsabschluss, Baufertigstellung und Abnahme Eigentum des Staates ist. Eine stärkere Rechtsposition gibt es nicht. Der öffentliche Auftraggeber verfügt über den Gebäudekomplex als Sicherheit, so dass sich die gesamtschuldnerische Bindung des Planungsbüros oder des mittelständischen Bauunternehmers lediglich als unwirtschaftliche Belastung des nicht mehr (primär-) leistungsverpflichteten Konsortialpartners darstellen würde. Sobald die Betriebsphase beginnt, haftet für die Kernleistung allein der in der Sache verantwortliche Facility-Management-Dienstleister für die verbleibende Projektlaufzeit. Mögliche Bedenken, die gegen eine vorzeitige Entlassung des Planungsbüros und des Bauunternehmers aus der Gesamtschuld bestehen könnten, überzeugen nicht. Mängelgewährleistungsansprüche wegen Planungs- oder Baufehlern, die bei der Abnahme nicht erkennbar waren, können weiterhin gegenüber den verantwortlichen Personen geltend gemacht werden. Denn die Anfangsjahre der Betriebsphase werden durch die Gewährleistungszeiten des Architekten und Bauunternehmers überlagert, die nach der Abnahme für die Mängelfreiheit ihrer Leistungen bis zu fünf Jahre einzustehen haben (§ 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB)

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass den mittelständischen Unternehmen mehr Zeit zur Organisation eingeräumt und ihre gesamtschuldnerische Haftung flexibler gestaltet werden sollte. Ein Verzicht auf eine gesamtschuldnerische Haftung bedeutet keine Rückkehr zu einer 'verdeckten' Losaufteilung, da der öffentliche Auftraggeber weiterhin alle Leistung aus einer Hand von der Bietergemeinschaft erhält.

Über eine Zulassung von Bietergemeinschaften kann somit eine sinnvolle Mittelstandsförderung nur dann erreicht werden, wenn der Staat bei der Ausgestaltung der Ausschreibung Zugeständnisse macht.

3.3.2.3 Zulassung von Generalunternehmern und Generalübernehmern

Vor allem große deutsche Baukonzerne haben mittlerweile verschiedene Geschäftsfelder unter einem Dach integriert. Im Konzernverbund können sie nahezu alle für PPP erforderlichen Leistungen aus einer Hand anbieten.¹⁸⁸ Mit den konzerneigenen Kapazitäten haben sie damit einen Vorteil gegenüber Mittelständlern, die sich - um mit den 'Großen' wettbewerbsfähig zu sein - erst zu Bietergemeinschaften mit anderen Unternehmen zusammenschließen müssen. Konzerne bieten PPP als Generalunternehmer bzw. Generalübernehmer an.

Der Generalunternehmer kann einen Teil des Auftrags von einem oder mehreren Subunternehmern erstellen lassen, führt aber einen wesentlichen Teil des Auftrags selbst aus.¹⁸⁹ Die Eigenleistungsquote liegt bei einem Drittel bis zur Hälfte des Gesamtauftrags.¹⁹⁰

Vom Generalunternehmer unterscheidet sich der Generalübernehmer dadurch, dass er selbst überhaupt keine Planungs- oder Bauleistung erbringt, sondern – wie ein Makler – Leistungen bei Dritten einkauft und für den Auftraggeber das umfassende Management der Bauaufgabe übernimmt.¹⁹¹ Der Generalübernehmer ist damit kein Bauunternehmer mehr. Er erbringt keine Eigenleistung. Der Generalübernehmer wird Vertragspartner der ausführenden Bauunternehmen, bei PPP-Projekten zumeist von den konzernverbundenen Einheiten. Soweit die ausführenden Bauunternehmen 'Dritte' sind, nimmt der Generalübernehmer ihnen gegenüber Aufgaben wahr, die bei einer Direktvergabe die ausschreibende öffentliche Hand wahrnehmen würde. Er ist in dieser Funktion dem Auftraggeberlager zuzuordnen.

Vereinzelte Stimmen der Literatur erachten trotz einer entgegenstehenden Rechtsprechung des EuGH¹⁹² noch heute die Vergabe an Generalunternehmer und

¹⁸⁸ Vgl. etwa die HOCHTIEF AG mit ihren Tochtergesellschaften PPP Solutions GmbH, Construction AG und Facility Management GmbH.

¹⁸⁹ Vgl. z.B. Nr. 3.2. Vergabehandbuch des Bundes (VHB).

¹⁹⁰ Zu der genauen Quote existieren unterschiedliche Ansichten in der Rechtsprechung, vgl. hierzu Weyand, R., Praxiskommentar Vergaberecht, in: Schulze-Hagen, A. (Hrsg.), Schriftenreihe IBR 2004, München 2004, S. 92.

¹⁹¹ Vgl. Korbion, H., in: Ingenstau, H./ Korbion, H./ Locher, H./ Vygen, K. (Hrsg.), VOB Teile A und B, Kommentar, 15. Auflage, Düsseldorf 2003, Anhang 3, Rn. 162.

¹⁹² Und obwohl durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz die Zulassung von Generalunternehmern und Generalübernehmern mittlerweile in § 4 Abs. 4 VgV verankert ist.

Generalübernehmer als unzulässig. Sie sehen in einer solchen Vergabe eine „Gefährdung des Mittelstands“¹⁹³. Sie haben durchaus gesetzssystematische Argumente auf ihrer Seite. Denn die VOB geht auch in ihrer aktuellsten Fassung aus dem Jahr 2006¹⁹⁴ von einem so genannten Selbstausführungsgebot aus, das einer Vergabe an Generalübernehmer grundsätzlich zuwider läuft. § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A bestimmt, dass die für die Angebotsabgabe relevanten Unterlagen nur an solche Bewerber abgegeben werden dürfen, „die sich gewerbsmäßig mit der Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art befassen“. Ein weiteres Argument gegen die Vergabe an einen Generalübernehmer ergibt sich aus § 4 Nr. 8 Abs. 1 S. 1 VOB/B. Nach dieser Vorschrift hat der Auftragnehmer die Leistung „im eigenen Betrieb“ auszuführen. Die deutsche Rechtsprechung hatte demgemäß die Auffassung vertreten, aus der VOB/A lasse sich ein Selbstausführungsgebot ableiten, das der Vergabe von Bauleistungen an einen Generalübernehmer entgegenstehe.¹⁹⁵

Trotz des Wortlauts der VOB ist eine Vergabepaxis an Generalunternehmer und vor allem auch an Generalübernehmer bei PPP heute gang und gäbe. Sie orientiert sich bei PPP-Aufträgen, die in der Regel Projektkosten oberhalb der Schwellenwerte haben, an den EG-Vergaberichtlinien. Auf Art. 1 Abs. 2 lit. b) S. 1 der VKR gestützt hat der EuGH in mehreren Entscheidungen die Beteiligung von Generalunternehmern und Generalübernehmern als zulässig angesehen. Das Gericht hat in den Urteilen 'Ballast Nedam'¹⁹⁶ und 'Holst Italia'¹⁹⁷ entschieden, dass eine Gesellschaft auch dann als Bieter zugelassen werden muss, wenn sie selbst die Auftragsleistungen nicht erbringen kann, die Leistungsfähigkeit aber durch den Verweis auf die Referenzen und Fähigkeiten eines anderen Unternehmens nachgewiesen wird.

Bei dem Verfahren 'Ballast Nedam' ging es um eine Ausschreibung in Belgien. Als Vorstufe zur Angebotsabgabe müssen sich dort Baufirmen einem Präqualifi-

¹⁹³ Vgl. Dreher, M., Die Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, in: NZBau 6. Jahrgang (2005), S. 434.

¹⁹⁴ Vgl. Bekanntmachung des Sofortpakets zur Anpassung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) an zwingende Änderungen durch neue EU-Vergaberichtlinien (2004/17/EG und 2004/18/EG) und das ÖPP-Beschleunigungsgesetz vom 20. März 2006 (BANz. Nr. 94 a vom 18. Mai 2006).

¹⁹⁵ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. Juli 2000, Verg 5/99, NVwZ 2001, S. 13; OLG Frankfurt, Beschluss vom 16. Mai 2000, 11 Verg 1/99, NZBau 2001, S. 101.

¹⁹⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 14. April 1994, Rs. C-389/92, Slg. 1994, I-1289.

¹⁹⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 2. Dezember 1999, Rs. C-176/98, Slg. 1999, I-8607.

kationsverfahren stellen, um ihre technische Leistungsfähigkeit nachzuweisen. Die Eignung eines Bieters wird also nicht wie im deutschen Vergabeverfahren im Rahmen der jeweiligen Ausschreibung, sondern vorgezogen und allgemein für viele Fälle geprüft. Eine holländische Muttergesellschaft von Baufirmen (Ballast Nedam Groep NV) bemühte sich um diese Präqualifikation für öffentliche Bauaufträge. Sie wurde jedoch mit der Begründung abgewiesen, nicht sie als Holdinggesellschaft selbst, sondern nur ihre Tochtergesellschaften würden Bauleistungen erbringen. Diese könnten ihr als selbständige juristische Person nicht zugerechnet werden. Der EuGH sah das anders und ließ die Präqualifikation der Ballast Nedam Groep NV zu.

Das Verfahren 'Holst Italia' betraf eine Ausschreibung der Gemeinde Cagliari über einen - nach dem Kriterium des niedrigsten Preises zu vergebenden - privaten Dienstleistungsauftrag für den dreijährigen Betrieb von Kläranlagen und Abwasserentsorgungsvorrichtungen. Die im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 3. Januar 1997 veröffentlichte Ausschreibung sah vor, dass interessierte Unternehmen zur Vermeidung des Ausschlusses vom Vergabeverfahren insbesondere folgendes nachweisen mussten: einen durchschnittlichen Jahresumsatz von mindestens 5 Milliarden ITL im Zeitraum von 1993 bis 1995 im Bereich des Betriebes von Kläranlagen und Abwasserentsorgungsvorrichtungen und außerdem den erfolgreichen Betrieb wenigstens einer Anlage zur Klärung privater Abwässer während zweier aufeinander folgender Jahre in den letzten drei Jahren. Die Ruhrwasser AG, die erst seit dem 9. Juni 1996 im Handelsregister eingetragen war, konnte für den Zeitraum von 1993 bis 1995 weder irgendeinen Umsatz noch den erfolgreichen Betrieb wenigstens einer Anlage zur Klärung privater Abwässer in den letzten drei Jahren vorweisen. Um ihre Eignung zur Teilnahme am Vergabeverfahren nachzuweisen, legte die Ruhrwasser AG deshalb eine Dokumentation über Referenzprojekte und Mittel ihrer Muttergesellschaft vor. Obgleich die Ruhrwasser AG die Vorgaben der italienischen Vergabestelle nicht unmittelbar erfüllte, erhielt sie den Zuschlag. Die Firma Holst Italia SpA, die ebenfalls an dem Verfahren teilnahm, deren Angebot aber von der Vergabekommission als weniger vorteilhaft beurteilt wurde, rief daraufhin das Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna an und beantragte die Nichtigerklärung des Beschlusses des Gemeinderats von Cagliari zugunsten von Ruhrwasser. Der Wettbewerber Holst Italia SpA hatte weder vor dem nationalen

Gericht noch vor dem EuGH Erfolg. Der EuGH hielt es auch in diesem Verfahren für ausreichend, dass ein Bieter, der selbst (noch) nicht über die notwendige Leistungsfähigkeit verfügt, den Beweis erbringt, dass ihm die Kapazitäten eines anderen Unternehmens zum Zeitpunkt der Ausführung der Leistung zur Verfügung stehen.

Die Rechtsprechung wurde jüngst ausdrücklich bestätigt. In der Entscheidung 'Siemens/ARGE Telecom' heißt es: „ (...) da eine Person nicht allein deshalb vom Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages ausgeschlossen werden kann, weil sie zur Ausführung des Auftrags Mittel einzusetzen beabsichtigt, die sie nicht selbst besitzt, sondern die einer oder mehreren anderen Einrichtungen gehören. Demnach steht es einem Dienstleistungserbringer, der nicht selbst für die Teilnahme an dem Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrags die erforderlichen Mindestvoraussetzungen erfüllt, frei, sich gegenüber dem Auftraggeber auf die Leistungsfähigkeit Dritter zu berufen, die er in Anspruch nehmen will, wenn ihm der Zuschlag erteilt wird.“¹⁹⁸ Die zu einem Dienstleistungsauftrag ergangene Entscheidung ist auf Bauaufträge und damit auf PPP-Vergaben übertragbar.

Im Ergebnis gibt es also bei deutschen PPPs keine Vorgaben zur Einhaltung einer Eigenleistungsquote durch den Bieter. Es wäre heute sogar rechtswidrig, wenn sich ein öffentlicher Auftraggeber entgegen den gerichtlichen Vorgaben dazu entschließen sollte, eine Mindestquote an Leistungen im eigenen Betrieb festzusetzen.¹⁹⁹ Damit können sich Generalunternehmer und Generalübernehmer bei Ausschreibungen zur Realisierung einer Hochbau-PPP bewerben. Sie haben dieselben Chancen auf den Zuschlag wie alle anderen Bieter.

Für einen öffentlichen Auftraggeber kann das sogar attraktiv sein. Die Beteiligung von Generalunternehmern oder Generalübernehmern ist die logische Fortsetzung der Entscheidung des Auftraggeber, seine PPP nicht in Lose aufzuteilen, sondern alle zur Realisierung notwendigen Leistungen 'aus einer Hand' einzukaufen. Die Zulassung großer Konzerne als Generalunternehmer oder Generalübernehmer hat für den Auslober den Vorteil, dass Schnittstellen zwischen den einzelnen

¹⁹⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 18. März 2004, Rs. C-314/01, NZBau 2004, S. 340.

¹⁹⁹ Nach der Ansicht Drehers ist die Rechtslage nach dem jüngsten EuGH-Urteil immer noch nicht vollständig geklärt. Aus seiner Sicht ist es etwa denkbar, dass ein Mindesteigenleistungsanteil in Höhe von 10 % vor dem EuGH Bestand haben könnte, vgl. Dreher (2005), a.a.O., S. 435.

Gewerken (Planung, Bau, Betrieb und gegebenenfalls Finanzierung) besser in einem gegebenenfalls bestehenden Konzernsystem koordiniert werden können. Der Staat profitiert auch deshalb, weil Generalunternehmer oder Generalübernehmer – im Gegensatz zur als BGB-Gesellschaft organisierten Arbeitsgemeinschaft – die einzigen Vertragspartner der auslobenden Kommune sind. So werden interne Abstimmungsverfahren in der Planungs- und Bauphase verkürzt, die Nutzung von IT- und anderen Organisationswerkzeugen erfolgt aus einer Hand, und auch die Baustellenlogistik sowie die Projektzeiten werden optimiert.

Gerade bei der Frage der Zulassung von Generalübernehmern zeigt sich der Zielkonflikt zwischen einer möglichst wirtschaftlichen staatlichen Realisierung von PPP und der Mittelstandsförderung. Denn die mehr oder minder ungehinderte Zulassung von Generalübernehmern geht zu Lasten des Mittelstands. Zwar können gerade bei einer Vergabe an Generalübernehmer Mittelständler auf der zweiten Ausschreibungsebene partizipieren, und geschäftlich bieten sich damit auch Chancen für kleinere und mittlere Unternehmen. Der Subunternehmerkontrakt ist jedoch im Verhältnis zum Generalübernehmer generell so ausgestaltet, dass die den Generalübernehmer treffenden Risiken – etwa die Bedienung einer Bürgschaft – auf die Subunternehmer in den Grenzen der von ihnen übernommenen Leistung übertragen werden.²⁰⁰ Den Generalübernehmer selbst betrifft dieses bestimmte Risiko dann nicht mehr. Für Mittelständler wird vor allem der direkte Wettbewerb bei einer PPP-Ausschreibung durch die Zulassung von Generalübernehmern schwieriger. Denn mit der Erbringung von wesentlichen Leistungsbestandteilen im eigenen Betrieb (z. B. die Rohbauleistung) können sie nicht mehr für sich werben. Zudem kann sich das Wettbewerbsfeld um 'infrastrukturfremde' Finanzunternehmen, wie etwa Leasing-²⁰¹ oder Fondsgesellschaften²⁰², die lediglich als Makler auftreten, verbreitern. Auch diese Gesellschaften bieten mittlerweile PPP-Leistungen 'aus einer Hand' an.

²⁰⁰ Hausmann und Wendenburg sehen die Beteiligung mittelständischer Unternehmen auf der zweiten Vergabestufe nach einer Generalübernehmerbeauftragung demgegenüber als vorteilhaft an, weil Mittelständler nicht das höhere Risiko der Haftung im Rahmen einer Bietergemeinschaft auf sich nehmen müssten, vgl. Hausmann, F. L./ Wendenburg, A., Vergabeausschluss von Generalübernehmern rechtswidrig, in: NZBau 5. Jahrgang (2004), S. 316.

²⁰¹ Z. B. die Hannover Leasing GmbH & Co. KG, die die kanadische Botschaft in Berlin projektiert hat.

²⁰² Z. B. die Lindner Immobilien Asset Management GmbH aus Düsseldorf.

3.3.2.4 Finanzierungsrelevante Ausschreibungsbedingungen

Im Bereich der auftragsbezogenen Konditionen können öffentliche Auftraggeber nach freiem Ermessen bestimmen, wie ihr PPP-Projekt ausgestaltet sein soll. Abgesehen von den fachtechnischen Anforderungen beim Bau und Betrieb der PPP-Infrastruktur kommt es für mittelständischer Unternehmen vor allem auf drei Aspekte an, die maßgeblich für eine erfolgreiche Bewerbung um den PPP-Auftrag sein können:

- Risikoallokation
- Finanzierungsmodell
- Sicherheitensystem

Langfristig angelegte öffentliche Hochbaumaßnahmen beinhalten bei einer Lebenszyklusbetrachtung in der Regel Unsicherheiten, die technische, ökonomische oder rechtliche Ursachen haben können. Das Management dieser Risiken folgt dabei den Risikovorgaben, die der öffentliche Auftraggeber vor Ausschreibungsbeginn festlegt. Ein zentraler Aspekt im Rahmen des Risikomanagements ist die Risikoallokation – also die Frage, wer welche Risiken trägt. Gemäß der Prämisse 'Es soll derjenige ein bestimmtes Risiko tragen, der dieses am effizientesten managen kann', sind Risiken zwischen den Projektbeteiligten optimal zu verteilen, um die Gesamtkosten des Projektes zu minimieren.²⁰³

Aus Sicht des Staats sind drei Risikokategorien zu unterscheiden:

- (1) Risiken, die bei der öffentlichen Hand verbleiben (retained risks).
- (2) Risiken, die der private Partner tragen soll (transferable risks).
- (3) Risiken, die nicht eindeutig zugeordnet werden können (neutral risks).

²⁰³ Vgl. Gutachten "PPP im öffentlichen Hochbau", Band III, Teilband 2: Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, Arbeitspapier Nr. 5 "Risikomanagement", Berlin 2003, S. 26, <http://www.ppp-bund.de/hochbau.htm#1>, 13. Juli 2005.

Bei Hochbau-PPPs ist neben dem so genannten Baugrundrisiko, also allen negativen Eigenschaften des Bodens, die den Beginn oder die Fertigstellung des Vorhabens verzögern oder unmöglich machen können, das Insolvenzrisiko des privaten Partners für die öffentliche Hand am bedeutendsten. Es handelt sich um ein Risiko der ersten Kategorie, weil es den Staat als Vertragspartner des Privaten stets höchstpersönlich trifft und nicht übertragbar ist. Die aus einer Insolvenz folgende Leistungsunfähigkeit des privaten Partners während der Bau- oder Betriebsphase kann zur verspäteten Fertigstellung des Gebäudes oder zu zusätzlichen Kosten beim Gebäudeunterhalt und bei den gebäudenahen Dienstleistungen führen. Das Insolvenzrisiko will die öffentliche Hand vermeiden. Dabei legt der Staat an den privaten Partner sehr hohe Maßstäbe an, die ihren Ursprung in der eigenen 'Insolvenzfestigkeit' des Staates haben.²⁰⁴

Das Handling des Insolvenzrisikos hängt sehr eng mit der Mittelstandsfreundlichkeit oder Mittelstandsfeindlichkeit des PPP-Projekts zusammen, denn es geht um eine unmittelbare Einschätzung von Unsicherheiten in Bezug auf den privaten Partner. Dabei besteht das Problem bei einer öffentlichen Ausschreibung für den staatlichen Auftraggeber darin, dass der konkrete Partner bei Ausschreibungsbeginn natürlich völlig unbekannt ist.

Zwischen dem Insolvenzrisiko bezüglich des privaten Partners und der Art und Weise, wie das PPP-Projekt finanziert bzw. abgesichert werden soll, besteht eine Interdependenz. Deshalb verhalten sich je nach individueller Einschätzung der Risikolage öffentliche Auftraggeber bei der Wahl des der PPP zu Grunde liegenden Finanzierungsmodells konservativ oder opportunistisch.

Die Finanzierung ist ein bedeutender Bestandteil der Leistungen, die im Rahmen eines PPP-Projekts vom privaten Auftragnehmer zu erbringen sind. Sie bezieht sich in der Regel auf die Gesamtinvestitionskosten des Vorhabens. Die Gesamtinvestitionskosten setzen sich in erster Linie aus den Baukosten (gemäß DIN 276), den Projektentwicklungskosten, den Bauzeitinsen, den Finanzierungsnebenkosten sowie gegebenenfalls der Grunderwerbsteuer zusammen. Private haben gegen-

²⁰⁴ Vgl. Trapp, A., Risiken kommunaler Kredite – Dargestellt am Beispiel des Landes Brandenburg, in: Landes- und Kommunalverwaltung (LKV) 8. Jahrgang (1998), S. 225.

über der öffentlichen Hand grundsätzlich einen Finanzierungskostennachteil, weil der Zinssatz für sie höher ist als ein Kommunalkredit.²⁰⁵

Bei PPP-Modellen kann die öffentliche Hand zwischen zwei Finanzierungsarten entscheiden. Die Projektfinanzierung und die Forfaitierung mit Einredeverzicht. Beide Finanzierungsarten haben verschiedene Auswirkungen auf die Risikoallokation und deshalb verfolgen öffentliche Auftraggeber auch verschiedene Sicherheitensysteme zur Kompensation von Schäden für den Fall des Eintritts des Insolvenzrisikos.

Bei der Variante einer Projektfinanzierung dient primär der Cash-Flow, der mit dem Projekt erzielt werden soll, als Sicherheit und Quelle für den Schuldendienst (Zins- und Tilgungszahlung) gegenüber dem finanzierenden Kreditinstitut. Mit Hilfe der Projektfinanzierung können die Projektbeteiligten die Tatsache ausnutzen, dass ein Projekt durchaus kreditwürdiger sein kann als einzelne Projektbeteiligte. Die Bonität des Privaten ist deshalb von untergeordneter Bedeutung. Die zu Beginn der PPP gegründete Projektgesellschaft ist in diesem Fall nichts anderes als ein Darlehensnehmer. Für den Kreditgeber stellt sich bei dieser Finanzierung die Frage, wie der zukünftige Cash-Flow einzuschätzen ist und welche Risiken er in sich birgt. Deshalb findet vor Finanzierungsbeginn eine umfassende Wirtschaftlichkeitsprüfung (Due Diligence) des gesamten Projekts durch das Kreditinstitut statt. Dieses Co-Projektcontrolling durch das Finanzinstitut ist zwar teuer, aber für alle Projektbeteiligten vorteilhaft, weil ein unabhängiger Dritter die Geldströme des PPP-Projektes im Vorfeld untersucht und bewertet. Bei der Projektfinanzierung handelt es sich nicht um eine 100%ige Finanzierung aus Fremdmitteln, sondern wegen der hohen Risikopositionen der Bank (Cash-Flow-Orientierung und Projektgesellschaft mit beschränkter Haftung) um eine Mischung mit Eigenkapital²⁰⁶, um die Gesamtinvestitionskosten zu finanzieren. Der Eigenkapitalanteil kann bis zu 40% betragen. Bei der Projektfinanzierung erfolgt die Refinanzierung ausschließlich über das von der öffentlichen Hand monatlich zu zahlende Nutzungsentgelt an den privaten Partner, der damit Zins und Tilgung bedient. Ein Vertragsverhältnis zwischen der Bank und dem Staat besteht nicht.

²⁰⁵ Denn Kredite an die öffentliche Hand erfordern derzeit keine Eigenkapitalunterlegung durch die Fremdkapitalgeber (in der Regel durch die Banken), vgl. §§ 10 ff. KWG.

²⁰⁶ Die notwendige Eigenkapitalausstattung kann sich über klassische Bauinvestoren, aber auch über Finanzgruppen (z. B. Banken, Private Equity Funds, Leasinggesellschaften, Offene Fonds) ergeben.

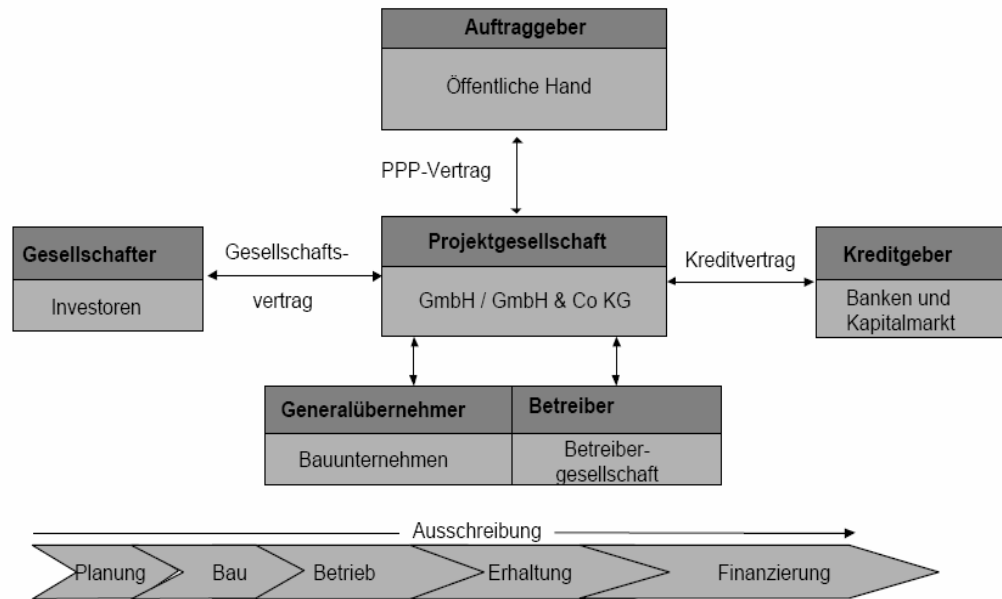


Abbildung 9: Beteiligte einer Projektfinanzierung

Mittelständische Unternehmen haben ein vitales Interesse an einer Finanzierungsvariante, die einen möglichst geringen Einsatz von Eigenkapital erfordert. Denn in der Regel fehlt ihnen die für diese Variante erforderliche Eigenkapitalausstattung²⁰⁷ und zumeist haben nur große Konzerne den Zugang zum internationalen Kapitalmarkt. Mittelständler haben diese Möglichkeit nicht. Eine Projektfinanzierung stellt wegen des hohen Eigenkapitalanteils für Mittelständler deshalb eine nachteilige Finanzierungsform dar. Im Zuge dieser Finanzierungsvariante ist es für sie ungleich schwieriger, wettbewerbsfähige Angebote zu unterbreiten.

Hinzu kommt ein allgemeiner Nachteil, der alle Bieter gleichermaßen betrifft. Bei der Projektfinanzierung erfolgt regelmäßig eine überzogene (vertragliche) Absicherung des PPP-Modells ('Übersicherung') für den Fall der Insolvenz des privaten Partners. Die Übersicherung betrifft nicht die Bauphase. Denn während der Bauphase verlangt der Staat nur marktübliche Vertragserfüllungsbürgschaften in Höhe von 5% der Investitionssumme.²⁰⁸ Der Leistungsausfall des privaten Partners wird also bis zur Abnahme des Objektes durch eine Sicherheit kompensiert, die mittelständischen Unternehmen noch vertraut ist. Die Bürgschaftshöhe bewegt

²⁰⁷ Vgl. Eckpunkte der Bundesvereinigung mittelständischer Bauunternehmen (BVMB) zum Thema "PPP aus Sicht der mittelständischen Bauwirtschaft", <http://www.bvmb.de>, 25. Oktober 2005, S. 9.

²⁰⁸ Vgl. Bekanntmachung des Landes Sachsen-Anhalt vom 24. August 2005, Amtsblatt EU 2005/S 162-161643 über Planung, Finanzierung, Neubau und Teilbetrieb der Justizvollzugsanstalt Burg als PPP-Projekt.

sich in einem marktüblichen Rahmen. Nach dem Abschluss der Bauphase wird das betreffende Objekt vom Auftraggeber abgenommenen²⁰⁹ und es geht in sein Eigentum über.

Kritisch ist die Sicherung nach Abschluss der Bau- und mit Beginn der Betriebsphase. Denn die öffentliche Hand hat mit Beginn dieser Phase die Möglichkeit, neben der gesetzlichen Mängelgewährleistung Betriebsstörungen oder den Betriebsstillstand bei einer sich entwickelnden Insolvenz des Privaten zu sanktionieren und Schäden abzuwenden, indem sie das dem Auftragnehmer monatlich zu zahlende Nutzungsentgelt mindert oder ganz zurückhält. Die Kürzung des Nutzungsentgelts stellt nicht nur ein Risiko für den Fremdkapitalgeber dar, um diese Minderungsmöglichkeit wissen natürlich auch die Bieter und preisen entsprechende Aufschläge in ihr Angebot ein. Die Angebotspreise steigen.

Doch welche geldwerten Schäden können bei einer Insolvenz während der Betriebsphase überhaupt entstehen und müssen diese immer durch eine Minderung oder sogar vollständige Kürzung des Nutzungsentgelts abgesichert werden?

Der Auftragnehmer wird, bevor er Insolvenz anmeldet, im Zweifel bereits über einen längeren Zeitraum seinen Bauunterhaltungsverpflichtungen nicht oder nur unvollständig nachgekommen sein. Vielfach erkennt der öffentliche Auftraggeber den mangelhaften Bauunterhalt erst sehr spät. Der Schaden für den öffentlichen Partner fällt umso höher aus, je länger der Auftragnehmer den Insolvenzantrag hinauszögert. Diesem Risiko kann jedoch dadurch begegnet werden, dass die Parteien - statt eines Rechts zur Minderung - ein so genanntes Instandhaltungsbudget vereinbaren. Der private Partner verpflichtet sich hierbei, einen Teil des Nutzungsentgelts, der nicht den Kapitaldienst betrifft, auf ein Treuhandkonto zu überweisen, vom dem regelmäßig Gelder in die Instandhaltung der Infrastruktur fließen. Mit dieser Zweckbindung wird der Betriebskostenaufwand über den Projektzeitraum transparenter und die Transaktionskosten sinken. In der Praxis wurde die Einrichtung eines solchen Kontos bereits erprobt. Die Stadt Gladbeck führt im Rahmen ihres PPP-Modells zum Bau und zum Betrieb eines Verwaltungsgebäudes ein gemeinsames Instandhaltungskonto mit der Firma HOCHTIEF.

²⁰⁹ Unter einer baulichen Abnahme wird allgemein verstanden, dass der Bauherr (Besteller) das Werk (Gebäude) als vertragsgemäß errichtet anerkennt, vgl. weitergehend Busche, J., in: Rebmann, K./Säcker, F. J./ Rixecker, R. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Auflage, München 2001, Band 1, § 640, Rn. 2.

Bei einer Insolvenz des Privaten während der Betriebsphase kann davon ausgegangen werden, dass die Betriebsleistung im Vorfeld nicht auskömmlich kalkuliert wurde. Im Falle der Insolvenz des Auftragnehmers müsste bei einem Wegfall des privaten Partners dann ein anders Unternehmen beauftragt werden. Grundsätzlich besteht bei dieser zweiten Vergabe des Betriebsführungsauftrags das Risiko, dass der neue Partner teurer ist als der alte. Diese Verteuerung dürfte jedoch nicht nennenswert sein. Denn beim derzeitigen Wettbewerbsdruck²¹⁰ auf dem Markt für Facility-Management-Dienstleistungen ist es unwahrscheinlich, dass die Ersatzbeauftragung eines Dritten viel höhere Betriebskosten verursachen würde. Es könnte also grundsätzlich ein adäquater Ersatz gefunden werden.

Deshalb verbleibt bei der Projektfinanzierung mit der Vereinbarung eines Instandhaltungskontos nur eine relevante Schadensposition. Nach einer Insolvenz kann auch der neue Partner nicht ohne eine öffentliche Ausschreibung beauftragt werden.²¹¹ Eine Ausschreibung zieht zwar ebenfalls Kosten für Berater nach sich und das Personal der Verwaltung wird (erneut) gebunden. Die durch eine neue Ausschreibung verursachten Kosten sind jedoch ebenfalls überschaubar. Die hierfür zu veranschlagenden Kosten belaufen sich bei einer realistischen Einschätzung auf maximal 50.000 EURO.

Damit liegt bei der Projektfinanzierung das zu zahlende Nutzungsentgelt, das für eine Minderung zur Verfügung steht, während der gesamten Betriebsphase weit über dem möglichen Schaden. Denn bei einem durchschnittlichen PPP-Projekt mit Gesamtinvestitionskosten von etwa 50 Mio. EURO beträgt das monatliche Nutzungsentgelt ca. 150.000 EURO²¹² Dieser Betrag kann bei einer Insolvenz jeden Monat einbehalten werden. Er übersteigt bei weitem den möglichen Schaden. Mit der Projektfinanzierung liegt somit vom Planungsbeginn bis zum Ende der Part-

²¹⁰ Vgl. 'Lünen-Liste' führender Facility-Management-Unternehmen für infrastrukturelles und technisches Gebäudemanagement in Deutschland, <http://www.luenendonk.de/facility.php>, 30. Oktober 2005.

²¹¹ Auch bei einer für den Auftraggeber überraschenden Insolvenz des privaten Partners kann nicht vollkommen von einer förmlichen Vergabe des Restauftrags abgesehen werden. Es gelten bei dieser Ausschreibung allerdings erleichternde Umstände gemäß § 3 a Nr. 6 lit. d) VOB/A, weil dringend ein neuer Partner gefunden werden muss.

²¹² Vgl. Proll, R. U./ Drey, F., Die 20 Besten: PPP-Beispiele aus Deutschland. Konzeption und Umsetzung von Public Private Partnership-Projekten anhand praktischer Beispiele, Köln 2006, S. 101 unter Bezugnahme auf das PPP-Modell der Stadt Gladbeck, das die Errichtung und den Betrieb eines Verwaltungsgebäudes mit einem Gesamtvolumen von 44 Mio. EURO über eine Laufzeit von 25 Jahren betraf und bei dem Effizienzen gegenüber der Eigenrealisierung in Höhe von 14 % erzielt wurden.

nerschaft eine Übersicherung vor, die diese Finanzierungsart sehr kostenintensiv macht und zu einer Verteuerung der Angebote führt. Das läuft vor allem den Interessen der mittelständischen Bieter zuwider, die zur Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit ihrer Angebote bestrebt sind, die Finanzierungskosten zu minimieren. Zudem ist diese Finanzierungsvariante wegen des hohen Eigenkapitalanteils nachteilig für den Mittelstand.

Das gegenüber der Projektfinanzierung mittelstandsfreundlichere Modell ist die Forfaitierung mit Einredeverzicht. Charakteristisch für dieses Modell ist, dass die Projektgesellschaft einen Teil des ihr zustehenden Nutzungsentgelts, der den Kapitaldienst betrifft, regresslos an die finanzierende Bank verkauft. Auf diese Weise hat das finanzierende Institut mit Beginn des Projekts die Garantie, dass Zins und Tilgung zeitig zurückgeführt werden. Der Einredeverzicht und die Abtretung erfolgen in der Regel nach der Bauabnahme, zu einem Zeitpunkt also, als dem Auftraggeber der Komplex bereits betriebsbereit übergeben wurde und er in sein Eigentum übergegangen ist. Durch die Forfaitierung mit Einredeverzicht erhält der private Partner kommunalkreditähnliche Konditionen, da es zu einem Bonitäts-transfer vom Bieter auf die öffentliche Hand kommt. Die Finanzierungskosten sinken, weil die Fremdkapitalgeber einen niedrigeren Zinssatz ansetzen. Aus Sicht der Banken ist die Forfaitierung mit Einredeverzicht ein nahezu risikoloses Geschäft. Aus diesem Grund entfällt eine umfassende Wirtschaftlichkeitsprüfung (Due Diligence) des gesamten Projekts durch das Kreditinstitut. Bei einer Forfaitierung mit Einredeverzicht kommt mittelständischen Unternehmen zu Gute, dass die Eigenkapitalquote häufig deutlich unter 10% liegt.²¹³ Der Eigenkapitalnachteil des Mittelstands zeigt keine Auswirkungen bei der Angebotskalkulation und die Wettbewerbsfähigkeit mittelständischer Angebote bleibt erhalten.

²¹³ Vgl. Eckpunkte der Bundesvereinigung mittelständischer Beuunternehmen (BVMB) zum Thema "PPP aus Sicht der mittelständischen Bauwirtschaft", <http://www.bvmb.de>, 25. Oktober 2005, S. 9.

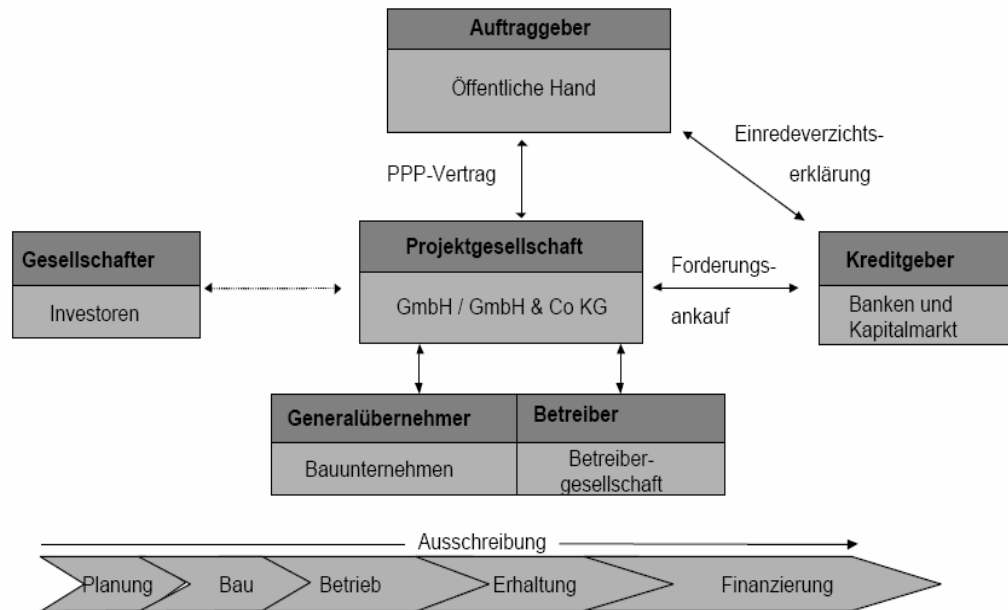


Abbildung 10: Beteiligte einer Forfaitierung mit Einredeverzicht

Die Folge einer Forfaitierung mit Einredeverzicht ist, dass auch bei einer Insolvenz des privaten Partners die öffentliche Hand verpflichtet ist, Zahlung an das kreditfinanzierende Institut (zur Rückführung des Schuldendienstes) zu leisten. Dem Auftraggeber ist es nicht mehr möglich, im Falle von Leistungsstörungen Kürzungen des Nutzungsentgelts vorzunehmen, soweit es um den Teil geht, der dem Einwendungsverzicht unterliegt. Grob geschätzt steht damit etwa die Hälfte des Nutzungsentgeltes für eine Minderung durch die öffentliche Hand nicht mehr zu Verfügung. Die andere Hälfte des Nutzungsentgeltes erhält bei ordnungsgemäßer Leistung die Projektgesellschaft, um die laufenden Betriebskosten decken zu können. Bei einer mangelhaften Leistung oder bei einer Insolvenz kann die öffentliche Hand insoweit ihre Zahlungen mindern.

Zu Unrecht vertreten einzelne öffentliche Auftraggeber bei dieser mittelstandsfreundlicheren Finanzierungsart die Ansicht, dass der Anteil des Nutzungsentgelts, der einrededefrei monatlich an die finanzierende Bank zu leisten ist und damit nicht mehr für eine Minderung zur Verfügung steht, stattdessen durch hohe Bürgschaften des Auftragnehmers abgesichert werden muss. Sie befürchten eine Verschlechterung der eigenen Risikoposition und mindern damit die eigentliche Attraktivität der Forfaitierung mit Einredeverzicht, wie beispielhaft das PPP-Verfahren des Freistaates Sachsens zur Errichtung und zum Betrieb eines Justizzentrums in

Chemnitz zeigt. Nach Abnahme des Objektes und Eigentumsübergang an den Freistaat Sachsen ist gemäß den bekannt gemachten Bedingungen zur Vermeidung des Insolvenzrisikos vorgesehen, dass der Private mit Beginn der Betriebsphase eine Bürgschaft von 5 Millionen Euro zu leisten hat, die sich über den Betriebsverlauf langsam auf 3 Millionen Euro verringert.²¹⁴ Im Falle der Insolvenz des Privaten wird die Bürgschaft zur Deckung etwaiger Schäden aktiviert. Ein ähnlich hohes Sicherungsinteresse vertritt das Land Sachsen-Anhalt beim PPP-Projekt zum Neubau und zum Teilbetrieb der Justizvollzugsanstalt in Burg, bei dem der Auftragnehmer für die ersten fünf Jahre des Betriebs eine selbstschuldnerische Erfüllungsbürgschaft in Höhe von zehn Prozent der auf den Betrieb entfallenen Vergütung zu stellen hat. Diese Bürgschaft reduziert sich nur geringfügig während des weiteren Projektverlaufes.²¹⁵

Die Furcht öffentlicher Auftraggeber vor einer Verschlechterung der eigenen Risikoposition ist jedoch unbegründet. Der noch für eine Minderung verbleibende (monatliche) Betrag²¹⁶ ist nämlich auch bei dieser Finanzierungsvariante ausreichend, um die schon bei der Projektfinanzierung beschriebenen Risiken zu kompensieren. Denn andere Risiken drohen bei der Forfaitierung mit Einreदेverzicht auch nicht. Entscheidend ist wiederum eine vernünftige Beurteilung der möglichen Schadenspositionen bei einer Insolvenz des Privaten während der Betriebsphase. Die Bauphase muss gegenüber der Projektfinanzierung gleich beurteilt werden, denn bei der Forfaitierung mit Einreदेverzicht beginnt die Abtretung des Teils des Nutzungsentgelts erst, nachdem die errichtete und vom Auftraggeber abgenommene Infrastruktur in das Eigentum des Staats übergegangen ist. Der Staat hat also schon einen marktgerechten Gegenwert in Form des Eigentums erhalten, bevor er auf den abgetretenen Teil des Nutzungsentgelts Zahlungen an die Bank leistet.

Für die Praxis lässt sich damit festhalten, dass es sich bei der Forfaitierung mit Einreदेverzicht wegen der geringen Eigenkapitalquote grundsätzlich um die mittelstandsfreundlichere Art der Finanzierung handelt, allerdings werden bei diesem Finanzierungsmodell die Risiken einer Insolvenz der Projektgesellschaft vom

²¹⁴ Vgl. Bekanntmachung des Freistaates Sachsen vom 2. September 2005, Amtsblatt EU 2005/ S 169-168021.

²¹⁵ Vgl. Bekanntmachung des Landes Sachsen-Anhalt vom 24. August 2005, Amtsblatt EU 2005/S 162-161643.

²¹⁶ Vgl. die Beträge beim Gladbecker Modell, S. 90.

Staat stark überbewertet. Die Folge ist, dass vom Auftragnehmer überproportional hohe Sicherheiten in Form von Bürgschaften verlangt werden. Eine kritischere Risikobeurteilung würde dazu führen, dass der Staat viel öfter seinem PPP-Projekt die Forfaitierung mit Einredevorzicht zugrunde legt. Der Mittelstand würde profitieren.

3.4 Änderung der Identität auf Investorensseite

Am 1. Juni 2004 übernahm die HOCHTIEF Facility Management GmbH die Lufthansa Gebäudemanagement Holding GmbH und stieg damit zum führenden Anbieter für integriertes Facility-Management in Deutschland auf. Am 1. Februar 2005 meldete die Walter Bau-AG wegen fehlender Liquidität Insolvenz beim Amtsgericht Augsburg an. Große Teile des Konzerns wurden daraufhin von der österreichischen Strabag übernommen. Es handelt sich um zwei Ereignisse, die nur auf den ersten Blick nichts miteinander zu tun haben. Sowohl die Lufthansa Gebäudemanagement Holding GmbH als auch die Walter Bau-AG waren zum Zeitpunkt der Übernahme bzw. der Anmeldung des Insolvenzverfahrens Mitglieder von Bietergemeinschaften, die sich um einen Auftrag zur Realisierung eines PPP-Modells beworben hatten und kurze Zeit später ein Angebot einreichen wollten. Die Lufthansa Gebäudemanagement Holding GmbH und die Walter Bau-AG standen ihren Konsortialpartnern plötzlich nicht mehr zur Verfügung. Die verbliebenen Mitglieder der Bietergemeinschaften waren gezwungen, sich neue Partner für die Erbringung der nicht mehr abgedeckten Betriebs- bzw. Hochbauleistungen zu suchen und das Konsortium personell umzustellen. Obgleich adäquater Ersatz gefunden wurde, schlossen die jeweiligen Auslober der PPP-Aufträge das umgebildete Konsortium gemäß §§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b), 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A von der Ausschreibung aus. Wettbewerber erhielten den Zuschlag.

Die beiden Beispiele verdeutlichen, dass der staatliche Wettbewerb zur Erzielung eines wirtschaftlichen Angebotes bei PPP-Ausschreibungen schon deshalb erlahmen kann, weil sich schlagkräftige Bietergemeinschaften über die lange Dauer des Ausschreibungsverfahrens personell verändern (müssen). Bei den beiden ersten nordrhein-westfälischen PPP-Pilotprojekten in Monheim und im Rhein-Erft-Kreis betrug der Zeitraum zwischen der europaweiten Bekanntmachung des Projektes und der Zuschlagserteilung neun Monate. In den abgeschlossenen Verhandlungs-

verfahren in Witten und Unna wurde der Zuschlag nach sieben bzw. nach acht Monaten erteilt. Bei der Vergabe der Stadt Gladbeck betrug der Zeitraum zwischen der Bekanntgabe des PPP-Projektes im EU-Amtsblatt und der Erteilung des Zuschlags wiederum neun Monate. Beim größten bislang ausgeschriebenen PPP-Schulprojekt des Kreises Offenbach benötigten die Parteien etwa ein Jahr, um zum Vertragsschluss zu gelangen.²¹⁷ Veränderungen im Verlauf einer langwierigen PPP-Ausschreibung haben häufig Gründe, die nicht mit dem Verfahren zur Vergabe des Projektauftrags zusammenhängen, sondern Entwicklungen auf dem Markt des jeweiligen Konsortialmitglieds geschuldet sind. Das zeigen die beiden Fälle der Lufthansa Gebäudemanagement Holding GmbH und der Walter Bau-AG.

Ein Einzelbieter oder eine Bietergemeinschaft müssen im Rahmen einer PPP-Ausschreibung zahlreiche Phasen durchlaufen und sind mit den verschiedensten Entscheidungen des Auftraggebers konfrontiert, die unmittelbare Auswirkungen auf das Teilnahmeergebnis und den Wettbewerbserfolg haben. In manchen Phasen der PPP-Ausschreibung ist ein 'Spielerwechsel' zulässig, in anderen führt er unmittelbar zum Angebotsausschluss. Damit ist der private Anbieter während einer laufenden Bewerbung um ein PPP-Projekt erheblichen Unsicherheiten ausgesetzt. Es handelt sich bei Änderungen auf Bieterseite um kein spezifisches PPP-Problem, bei keinem anderen Beschaffungsprozess werden jedoch gleichzeitig so viele unterschiedliche Eigenschaften über einen längeren Zeitraum erwartet und abgefragt. Die Angebotserstellungskosten sind dadurch erheblich höher als bei Standardbeschaffungen des Staats.

Eine typische PPP-Ausschreibung gliedert sich bei dem in der Praxis am häufigsten angewendeten Verhandlungsverfahren in die Eröffnungsphase, die Präqualifikation, die Angebotsphase und die Verhandlungsphase.²¹⁸

²¹⁷ Vgl. Daube, D., Leitfaden des Finanzministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen, Public Private Partnership im Hochbau. Evaluierung der Wirtschaftlichkeitsvergleiche der ersten PPP-Pilotprojekte im öffentlichen Hochbau in NRW, Düsseldorf 2005, S. 19.

²¹⁸ Beim wettbewerblichen Dialog folgt auf die Präqualifikationsphase der Dialog zwischen dem Staat und dem Privaten. Wenn im Dialog eine oder mehrere Lösungen gefunden werden, geht das Verfahren in die Angebotsphase über. Gesonderte Verhandlungen über das Angebot finden am Ende des wettbewerblichen Dialogs nicht mehr statt.

Sobald der Zuschlag erteilt ist und der Vertrag geschlossen wurde, beginnt formal das PPP-Projekt. Der europaweite Wettbewerb zur Suche des privaten Partners ist beendet.

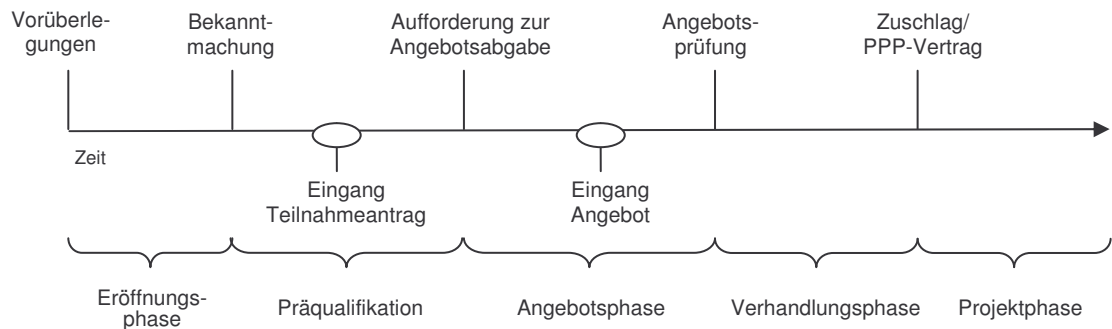


Abbildung 11: Phasen des Vergabeverfahrens

Im Rahmen der Eröffnungsphase stellt der öffentliche Auftraggeber die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung an und vergleicht die konventionelle Beschaffungsvariante (kommunale Eigenrealisierung) mit den möglichen Effizienzen, die über eine PPP-Lösung erzielt werden können. Der so genannte 'Public-Sector-Comparator' (PSC) wird ermittelt. Es handelt sich um einen hypothetischen Indikator²¹⁹ zur Klärung der Frage, ob die Eigenrealisierung oder ein PPP-Projekt die größeren wirtschaftlichen Vorteile erwarten lässt.²²⁰ Der PSC umfasst dabei die Kosten, die eine Eigenrealisierung des Staats zu Folge haben würde. Indiziert der PSC im Vergleich mit dem Barwert der PPP-Variante, dass die PPP-Lösung die effizientere ist, kann der Auslober mit der politischen Überzeugungsarbeit in den staatlichen Entscheidungsgremien beginnen. Hinsichtlich der Ermittlung des PSC ergibt sich aber ein grundsätzliches Dilemma: Der auf dem PSC aufbauende Wirtschaftlichkeitsvergleich ist sowohl methodisch als auch in Bezug auf die Datenbasis vor Projektbeginn unvollständig und unbefriedigend. Das Problem besteht darin, dass der für oder gegen PPP sprechende, erste Untersuchungsgang zu einem Zeitpunkt vor Ausschreibungsbeginn erfolgt und die Verwaltungen zu diesem

²¹⁹ Der PSC wird in Prozentpunkten ausgedrückt.

²²⁰ Vgl. Daube, D., Leitfaden des Finanzministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen, Public Private Partnership im Hochbau. Evaluierung der Wirtschaftlichkeitsvergleiche der ersten PPP-Pilotprojekte im öffentlichen Hochbau in NRW, Düsseldorf 2005, S. 19.

Zeitpunkt weder über ein Rechnungswesen noch über fundiertes Datenmaterial verfügen. Erst das Ausschreibungsverfahren und die von den privaten Bietern unterbreiteten Angebote ermöglichen eine genaue Verifizierung der bis dahin nur sehr grob prognostizierten Projektkosten und Anforderungen in einem zweiten Untersuchungsgang. Die zu erstellende Leistung orientiert sich also am Ergebnis der Ausschreibung, so dass in dem Fall, in dem der PSC niedriger ausfällt als der Barwert der PPP-Lösung dem öffentlichen Auftraggeber nur die Möglichkeit bleibt, seine Ausschreibung aufzuheben.²²¹ Aus vergaberechtlicher Sicht ergeben sich an diesem methodischen Vorgehen erhebliche Zweifel, denn hierin könnte auch ein Verstoß gegen § 16 Nr. 2 VOB/A liegen, der eine Ausschreibung für "vergabefremde Zwecke" untersagt. Ein vergabefremder Zweck liegt vor, wenn eine Ausschreibung (auch) dazu genutzt wird, den Markt und die Preise zu erkunden.

Lässt der PSC – unabhängig von der kritischen Beurteilung seiner Ermittlung - in ausreichendem Maße Effizienzen erwarten und stimmen die Verwaltungsträger sowie die Aufsichtsbehörden einem PPP-Projekt zu, beginnt der öffentliche Auftraggeber die Ausschreibung mit einer Bekanntmachung im EU-Amtsblatt. Das Projekt kann erstmalig offiziell am Markt wahrgenommen werden. Da in der Regel (jedenfalls in Deutschland) das Verhandlungsverfahren bei PPP-Projekten angewendet wird²²², kommt es zunächst zur Präqualifikation derjenigen Unternehmen, die sich um den PPP-Auftrag bewerben wollen. Die Anträge auf Teilnahme am Verhandlungsverfahren werden eingereicht, die interne Eignungsprüfung auf Basis der Präqualifikationsunterlagen folgt. Alle die Unternehmen, die der öffentliche Auftraggeber für geeignet (fachkundig, leistungsfähig und zuverlässig) hält, fordert er zur Angebotsabgabe auf. Die ausgewählten Unternehmen erhalten die Vergabeunterlagen. Nachdem die Bieter die Angebote bearbeitet haben, werden die Offerten zu einem bestimmten Stichtag beim öffentlichen Auftraggeber eingereicht. Die Angebotsphase ist abgeschlossen. Nach einer internen Angebotsprüfung nimmt der öffentliche Auftraggeber die Verhandlungen mit den Bietern auf und führt diese zum Abschluss, sobald er das wirtschaftlichste Angebot im Sinne

²²¹ Vgl. Budäus, D./ Grüb, B., Public Private Partnership: Allheilmittel für die Finanzkrisen der öffentlichen Haushalte oder Risikofaktor?, in: ifo Schnelldienst 59. Jahrgang (2006), Heft 24, S. 11.

²²² Vgl. zu den praktischen Vorzügen des Verhandlungsverfahrens, S. 44 ff.

des § 25 VOB/A gefunden hat. Mit dem bevorzugten Bieter wird der Vertrag geschlossen. Das Projekt beginnt.

Sowohl die vergaberechtliche Literatur als auch die Rechtsprechung behandeln einen Identitätswechsel, also eine Änderung unter den Konsortialpartnern oder einen Rechtsformwechsel, äußerst formal und sanktionieren ihn mit dem Ausschluss des Angebots. Der betreffende Einzelbieter oder die Projektgesellschaft haben keine Chance mehr auf Zuschlagserteilung, selbst wenn sie inhaltlich die wirtschaftlichste PPP-Lösung angeboten haben. Dieser überzogene Formalismus treibt bemerkenswerte Blüten. Er ist im Ergebnis geradezu willkürlich, weil die Bietergemeinschaft, die aus von ihr nicht zu vertretenden Gründen einen Wechsel vornehmen musste, die Kosten für die Angebotserstellung trägt.

Da sich bei einem Verfahren zur Vergabe eines PPP-Auftrags Bieter in unterschiedlichen Konstellationen bewerben, muss bei der Entscheidung über die Auswirkungen eines Identitätswechsels zwischen Einzelbieter, Bietergemeinschaften und einer personellen Veränderung bei den Subunternehmern differenziert werden.

Die Konstellationen auf der Seite der privaten Investoren stellen sich wie folgt dar:

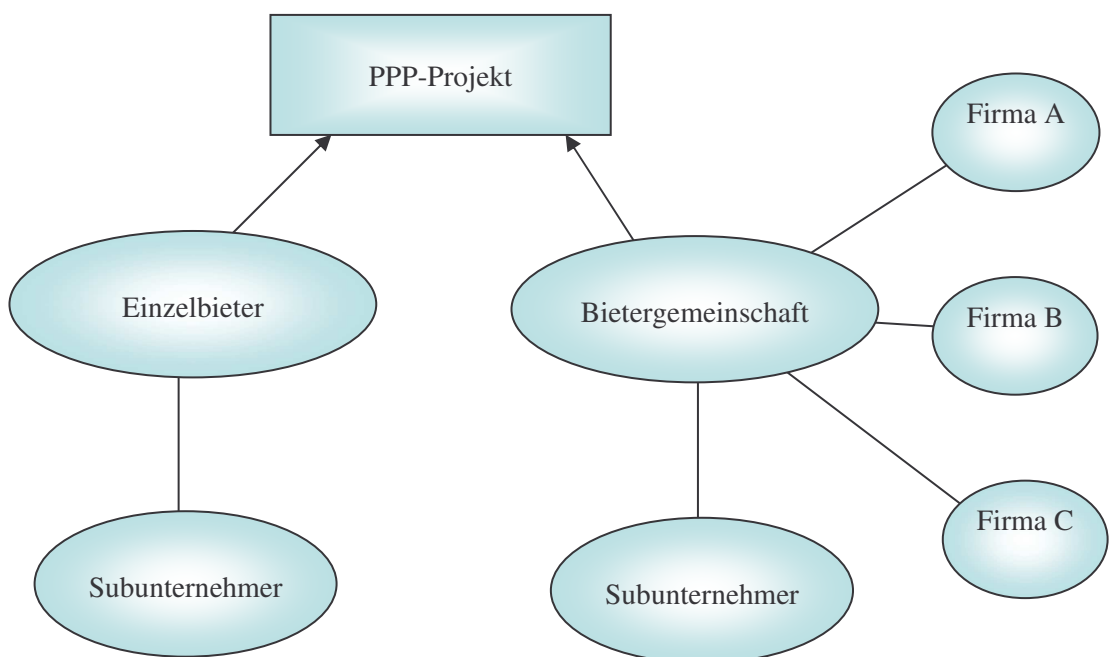


Abbildung 12: Struktur auf Investorensseite

3.4.1 Identitätswechsel bei Einzelbietern

Die Gefahr eines Identitätswechsels, das heißt der personelle Austausch, besteht bei Einzelbietern dann, wenn während des Verfahrens nicht derjenige Bieter ein Angebot abgibt, der zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde, sondern ein anderer – etwa weil die übersendeten Vergabeunterlagen unberechtigt vom Hersteller an einen Händler oder von der Muttergesellschaft an die Vertriebstochtergesellschaft weitergegeben wurden. Auch wenn der Einzelunternehmer während der Ausschreibung die Firmierung oder die Gesellschaftsform²²³ ändert, im Übrigen aber an seinem Angebot festhält, handelt es sich um Umstrukturierungen auf Investorenseite, die zum Angebotsausschluss führen. So hat das OLG Düsseldorf am 25. Mai 2005²²⁴ beschlossen, dass die beschriebene gesellschaftsrechtliche Wandlung während einer Ausschreibung zu einem formalen Austausch der potenziellen Vertragspartei führt, auch wenn der neuen Firma alle personellen und sachlichen Ressourcen des Ursprungsunternehmens uneingeschränkt zur Verfügung stehen und der Wille zur Realisierung des PPP-Projekts ungebrochen ist. Es ging in diesem Rechtsstreit um die Ausschreibung von IT-Schulungen für Bundeswehresoldaten. Der zunächst favorisierte Bieter wechselte kurz vor dem Zuschlag aus umsatzsteuerlichen Gründen seine Rechtsform von einer GmbH & Co. KG in eine GmbH. Dass dieser Akt vergaberechtliche Konsequenzen haben könnte, kam dem betreffenden Unternehmen nicht in den Sinn. Nach dem Ausschluss des betreffenden Unternehmens erhielt der Zweitplatzierte, der ein erheblich höheres Angebot abgegeben hatte, den Zuschlag. Auf eine mögliche Verletzung des Grundrechts auf Gleichbehandlung wegen des gerichtlich angeordneten Ausschlusses vom Vergabeverfahren ging der Düsseldorfer Senat nicht ein.

Für Einzelbieter gilt: Während der Beteiligung an einer PPP-Ausschreibung besteht spätestens mit der Einreichung des Teilnahmeantrages die Gefahr, dass ein Rechtsformwechsel zum Angebotsausschluss und damit zur Wertlosigkeit aller bis dahin erbrachten Angebotsvorleistungen führt.

²²³ Etwa von einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft.

²²⁴ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. Mai 2005, VII-Verg 08/05, nicht veröffentlicht.

3.4.2 Identitätswechsel bei Bietergemeinschaften

Wegen der Bündelung multidisziplinärer Leistungen, die ein einzelnes Unternehmen unter einem Dach nur selten vereint, werden PPP-Projekte häufiger über Konsortien abgewickelt, die sich aus Planungsbüros, Generalunternehmern und Facility-Management-Dienstleistern zusammensetzen, und die gemeinsam ein Angebot einreichen. Banken engagieren sich im Rahmen von Konsortien nur selten unmittelbar, sondern bleiben eher als Fremdkapitalgeber im Hintergrund.

Zu den Beteiligten auf privater Seite gehören nicht nur die Gesellschafter des Konsortiums, sondern auch die Sub- oder Nachunternehmer der Bietergemeinschaft, auf die im Falle der Auftragserteilung wesentliche Leistungsbestandteile übertragen werden können. Ohne selbst unmittelbar am Leistungsaustausch des PPP-Projektes beteiligt zu sein, ist die Zusammensetzung der Subunternehmensgemeinschaft bereits während der Ausschreibung wichtig, weil die Bietergemeinschaft, die Leistungen unterbeauftragen will, schon im Angebot alle Nachunternehmer namentlich benennen muss. Mit der Offerte wird ein Nachunternehmerverzeichnis für einzelne Gewerke eingereicht. Weit vor dem eigentlichen Projektbeginn muss sich das Konsortium verbindlich konstituieren.

Die Erfahrung zeigt, dass der Bestand einer Bietergemeinschaft sich während des Verfahrens verändern kann. Unabhängig von den Umständen des Einzelfalles führt der Austausch oder ersatzlose Wegfall einzelner Konsortialmitglieder dann zum Angebotsausschluss, wenn die betreffende Bietergemeinschaft bereits zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde.²²⁵ Obgleich nach der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots durch den öffentlichen Auftraggeber noch keine Offerte vorliegen kann, wird argumentiert, schon der Teilnahmewettbewerb (die Präqualifikation) entscheide abschließend darüber, welche Bewerber oder welche Zusammenschlüsse von Bewerbern zur Angebotsabgabe zugelassen werden. Ist der Bieter nicht mit dem Adressaten einer vorausgegangenen Angebotsaufforderung identisch, liegt schon aus formalen Gründen kein wirksames Angebot vor. Zum Inhalt des Angebots gehört also auch der Teilnahmeantrag, der doch eigentlich nur unternehmensbezogene Nachweise beinhaltet und demnach noch keine Ausführun-

²²⁵ Vgl. Vergabekammer Köln, Beschluss vom 30. September 2003, VK VOB 27/03, nicht veröffentlicht; Brinker, I./ Ohler, F. P., in: Motzke, G./ Pietzcker, J./ Prieß, H.J. (Hrsg.), VOB Teil A, 1. Auflage, München 2001, § 25, Rn. 149.

gen zum eigentlichen PPP-Projekt umfasst. Gleichwohl führen der Wechsel und sogar marginale Änderungen der Identität des Bieters zu nachträglichen Änderungen des Angebots, weil auch die benannten Personen und nicht nur der Inhalt maßgeblich sind.²²⁶

Diese rigorose Konsequenz²²⁷ gilt auch für den Fall, in dem einer von ursprünglich zwei Gesellschaftern ausscheidet und der verbleibende Partner ausdrücklich erklärt, das PPP-Projekt allein anbieten und realisieren zu wollen.²²⁸ Der Angebotsausschluss droht ebenfalls, wenn sich verschiedene Konsortien personell derart mischen, dass sie nach der Aufforderung zur Angebotsabgabe eine neue, gemeinsame Bietergemeinschaft bilden. Zum letztgenannten Fall muss ausdrücklich angemerkt werden, dass sich im Rahmen dieser neuen Konstellation nur Unternehmen zusammenfinden, die zuvor allesamt vom öffentlichen Auftraggeber als geeignet eingestuft wurden, das ausgeschriebene PPP-Hochbauprojekt realisieren zu können. Gleichwohl muss ihr Angebot ausgeschlossen werden.

Dagegen wird folgender Identitätswechsel nach der Aufforderung zur Angebotsabgabe als zulässig erachtet: Veräußert ein Konsortialpartner – etwa das Bauunternehmen – einen für die Realisierung des PPP-Projekts elementaren, aber unselbständigen Teilbetrieb (z. B. die Niederlassung für den Rohbau), der dem gesamten Konsortium dann nicht mehr zur Verfügung steht, führt dieser Kapazitätsverlust nicht zum Ausschluss des Angebots, wenn das veräußernde Bauunternehmen Mitglied der Bietergemeinschaft bleibt.²²⁹ Nach der Rechtsprechung kommt es allein darauf an, ob sich an der formalen Zusammensetzung des Konsortiums etwas ändert oder nicht. Das ist beim Verkauf von unselbständigen Geschäftszweigen nicht der Fall, obgleich der mit dem Verkauf einhergehende Verlust des Know-hows für das Konsortium ebenso schwer wiegen kann wie das Ausscheiden eines Partners.

²²⁶ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. Mai 2005, VII-Verg 28/05, <http://www.ibr-online.de>.

²²⁷ Der vor allem von der Rechtsprechung entwickelte, konsequente Ansatz zur Sanktionierung eines Identitätswechsels gilt gleichermaßen für das Verhandlungsverfahren und den wettbewerblichen Dialog. Die aus Sicht der Rechtsprechung entscheidende Zäsur, bis zu der die Beteiligten einer Ausschreibung abschließend feststehen müssen, bildet insoweit das Ende der Präqualifikationsphase und entweder die Aufforderung, ein Angebot abzugeben (Verhandlungsverfahren) oder den Dialog mit dem Staat aufzunehmen (wettbewerblicher Dialog).

²²⁸ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. Mai 2005, VII-Verg 28/05, <http://www.ibr-online.de>

²²⁹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Januar 2005, VII-Verg 45/04, VergabeR 2005, S. 374.

3.4.3 Identitätswechsel bei Nachunternehmern

Die Weitergabe von Leistungsbestandteilen an Subunternehmer ist bei PPP-Hochbauprojekten üblich. Zumeist erhalten die kleinen und mittelständischen Unternehmen der Region den Unterauftrag. Allerdings geht es um die Auftragserteilung auf der zweiten Stufe.²³⁰ Die Nachunternehmer werden im Rahmen der Angebotsdarstellung in Verzeichnissen genannt, in denen auch Angaben über Art, Umfang und Wert des beabsichtigten Unterauftrags enthalten sind. Auch der nachträgliche Austausch von Nachunternehmern führt wie der Austausch von Mitgliedern einer Bietergemeinschaft zur Unzulässigkeit des Angebots²³¹, obgleich der Nachunternehmer nicht unmittelbar am Vergabeverfahren beteiligt ist. Abgesehen davon, dass ein Nachunternehmer nicht durch einen anderen ersetzt werden darf, ist einem Bieter auch untersagt, von der Vergabe an einen im Angebot benannten Nachunternehmen ganz abzusehen und stattdessen die Leistung selbst zu erbringen. Wenn also Rohbauarbeiten wieder im eignen Betrieb durchgeführt werden sollen – etwa weil sich überraschend neue personelle oder technische Möglichkeiten ergeben haben – kann das Konsortium bzw. der Einzelunternehmer den PPP-Auftrag nicht mehr gewinnen.²³² Die Hauptunternehmer sind angesichts dieses strengen Formalismus gezwungen, sich schon bei Abgabe des Angebots zu entscheiden, ob und welche Subunternehmer sie einschalten wollen. Die Subunternehmer müssen bei einer Entscheidung des Hauptunternehmers für einen Einsatz bereits bei Angebotsabgabe durch Optionen oder Vorverträge für den Auftragsfall gebunden werden.

Diese starren Regeln sind praxisfremd und schädlich.

3.4.4 Konsequenzen des Formalismus

Die drei für ein PPP-Projekt, das ausgeschrieben wird, wesentlichen Phasen liegen zwischen der Bekanntmachung und der Zuschlagserteilung: Die Präqualifikation, die Angebotsphase und die Verhandlungsphase. Mit Beginn der Angebotsphase, das heißt mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe, können sowohl Einzelbieter als auch Bietergemeinschaften ihre Identität nicht mehr wechseln. Während der

²³⁰ Vgl. zur Unterscheidung zwischen erster und zweiter Stufe die Abbildung 7.

²³¹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. Mai 2004, Verg 10/04, NZBau 2004, S. 460.

²³² Vgl. Vergabekammer des Freistaates Sachsen, Beschluss vom 11. März 2005, 1/SVK/009-05, <http://ibr-online.de>.

letzten beiden Drittel eines Verhandlungsverfahrens werden damit der Austausch sowie der Ersatz oder Wegfall eines Konsortialpartners sowie der gegebenenfalls aus steuerlichen Gründen erforderliche Rechtsformwechsel bei einem Einzelbieter sanktioniert. Der Austausch von Subunternehmern, das heißt der Identitätswechsel auf zweiter Ebene, wird spätestens mit der Einreichung des Angebotes, also noch vor Beginn der Verhandlungsphase, unmöglich.

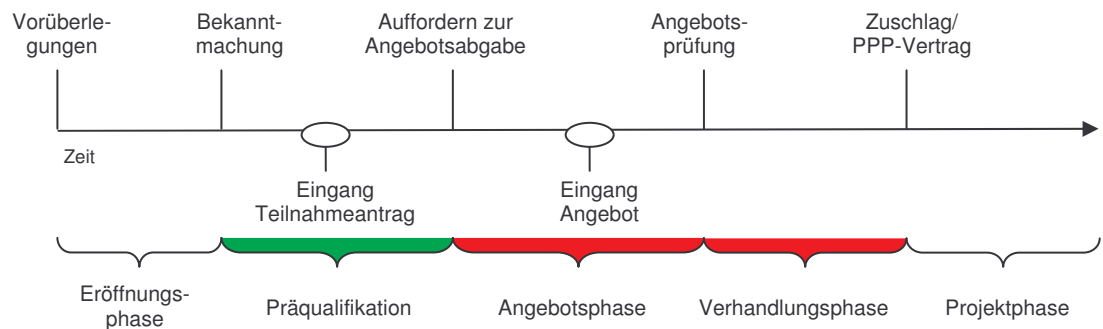


Abbildung 13: Phasenübergreifendes Ausschussrisiko

Dieser rigide und formalistische Ansatz knüpft an die aufgezeigten Veränderungen unmittelbar den Ausschluss des Privaten von der PPP-Ausschreibung. Die Dispositionsfreiheit des Privaten existiert damit lediglich bis zum Ende der Präqualifikationsphase, endet somit, wenn der öffentliche Auftraggeber seine Eignungsprüfung (intern) abgeschlossen hat und die Bieterschaft zur Angebotsabgabe auffordert.

Da sich die Subunternehmenschaft vor allem aus Firmen des Mittelstandes rekrutiert, muss es zu einer frühzeitigen Bindung dieser Unternehmen kommen. Die insoweit personell und sachlich in das PPP-Ausschreibungsverfahren involvierten Mittelständler müssen über den gesamten Zeitraum der Angebotsphase, der sich durchaus auf ein Jahr erstrecken kann, Ressourcen vorhalten, um die Erfüllung der ihnen im Angebot zugedachten Aufgaben sicherzustellen. Neben den Folgen aus der dargelegten rigorosen Spruchpraxis ergibt sich für die Subunternehmer das Problem, dass sie sich auf der einen Seite sowohl personell als auch sachlich an den Hauptunternehmer gebunden haben, auf der anderen Seite aber zu keinem Zeitpunkt die Gewissheit besteht, dass dieser Hauptunternehmer den Zuschlag er-

hält und die einzelnen PPP-Leistungen (z. B. Trockenbauarbeiten) an sie weiterreichen kann. Die Nachunternehmer sind zur Untätigkeit gezwungen. Über den langen Zeitraum einer PPP-Ausschreibung müssen sie gegebenenfalls mehrfach die Entscheidung treffen, ob sie zu Lasten ihres Engagements ein lukratives, privates Drittgeschäft annehmen oder ablehnen. Die Kapazitäten über den gesamten Zeitraum einer PPP-Ausschreibung bereitzuhalten und gleichzeitig Aufträge der Privatwirtschaft, die parallel zum PPP-Verfahren eingehen, anzunehmen, ist für die meisten kleinen und mittelständischen Unternehmen unmöglich.

Auf der Investoreseite ergibt sich also allein unter dem Gesichtspunkt eines starren Wettbewerbsfeldes während der Teilnahme an einem PPP-Vergabeverfahren lange ein geschäftliches Wagnis ohne eigene Kontroll- oder Steuerungsmöglichkeit. Bei PPP ist das ein Ergebnis der Nachfragemacht öffentlicher Auftraggeber. Die kleinste Systemveränderung auf Investoreseite führt zum Ausschluss vom Vergabeverfahren²³³ und damit zum Verlust eines potenziellen Geschäftsabschlusses.

3.4.5 Angebotsausschluss als ungerechtfertigte ultima ratio

Die Nachprüfungsbehörden vertreten die Auffassung, die Chance der öffentlichen Hand, ein echtes Wettbewerbsergebnis zu erzielen, werde durch die nachträgliche Bildung oder Veränderung einer Bietergemeinschaft oder eines Einzelbieters unangemessen eingeschränkt.²³⁴ Zudem gebiete der Gleichbehandlungsgrundsatz im Sinne des § 97 GWB, dass ein Identitätswechsel bei einer staatlichen Auftragsvergabe (spätestens) nach der Aufforderung zur Angebotsabgabe zum Angebotsausschluss führen müsse.²³⁵

Diese ultima ratio scheint sich mit den Interessen der privaten Bieter, die im sonstigen Geschäftsverkehr in steigendem Maße Korporationsfreiheit und Dispositi-

²³³ Der subjektive Rechtsschutz für alle Wettbewerber führt dazu, dass der Ausschluss eines modifizierten Konsortiums nicht zwingend auf einer eigenen Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers beruhen muss. Auch Konkurrenten können im Wege eines Nachprüfungsverfahrens den öffentlichen Auftraggeber dazu drängen, ein Konsortium, das er bislang (gegebenenfalls rechtsfehlerhaft) nicht ausgeschlossen hat, nachträglich zu disqualifizieren.

²³⁴ Vgl. Vergabekammer bei der Bezirksregierung Köln, Beschluss vom 30. September 2003, VK VOB 27/2003, nicht veröffentlicht.

²³⁵ Vgl. Roth, F., Änderung der Zusammensetzung von Bietergemeinschaften und Austausch von Nachunternehmern im laufenden Vergabeverfahren, in: NZBau 6. Jahrgang (2005), S. 317; vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. Mai 2005, VII-Verg 28/05, <http://ibr-online.de>.

onsfreiheit im Sinne eines modernen marktwirtschaftlichen Systems genießen, nicht vereinbaren zu lassen. Es ist nachvollziehbar, dass bei den Teilnehmern einer öffentlichen Ausschreibung der Angebotsausschluss wegen eines Identitätswechsels auf Unverständnis trifft. Denn auf der Suche nach mehr gesellschaftsrechtlicher Flexibilität wird die Privatwirtschaft grundsätzlich vom Staat darin bestärkt, z. B. über einen Wechsel der Rechtsform nachzudenken und gegebenenfalls die Annahme einer ausländischen Gesellschaftshülle in Erwägung zu ziehen: „Die Einführung der Europäischen (Aktien-) Gesellschaft erleichtert auch deutschen, europaweit tätigen Unternehmen die grenzüberschreitende Betätigung und stärkt deren internationale Wettbewerbsfähigkeit“, erklärte Bundesjustizministerin Brigitte Zypries im Jahr 2004.²³⁶ Zuvor hatte der Europäische Gerichtshof den Weg für einen internationalen Wettbewerb der Gesellschaftsformen frei gemacht und in zwei Gerichtsverfahren die bis dahin umstrittene Frage entschieden, ob bei der Kollision von Gesellschaftsrechten verschiedener Staaten der 'Gründungs-' oder der 'Sitztheorie' zu folgen ist, also Gesellschaftsstatut das Recht des Gründungsstaates oder das Recht des Staates ist, in dem die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz hat.²³⁷ Im Fall 'Überseering'²³⁸ ging es um eine niederländische Gesellschaft (BV) mit Sitz in Düsseldorf und bei der Entscheidung 'Inspire Art'²³⁹ um eine englische Gesellschaft (Inspire Art Ltd.) mit Sitz in den Niederlanden. Das Gericht urteilte, Gesellschaften aus dem EU-Ausland dürfen auch dann nicht dem jeweils nationalen Gesellschaftsrecht unterworfen werden, wenn ihr faktischer Verwaltungssitz dort liegt. Die in Deutschland bislang herrschende 'Sitztheorie' ist damit überholt, so dass deutsche Unternehmen heute nicht mehr auf die inländischen Gesellschaftstypen der AG, GmbH oder KG beschränkt sind, sondern auch ausländische Gesellschaftsformen, z.B. einer englischen 'Ltd.' oder spanischen 'S.L.', annehmen können. Von dieser neuen Freiheit machen immer mehr Unternehmen Gebrauch und wechseln die Rechtsform²⁴⁰ - auch während sie sich um einen öffentlichen Auftrag bewerben.

²³⁶ Vgl. Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz vom 28. Dezember 2004 anlässlich des Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (Societas Europaea, SE), <http://www.bmj.bund.de>, 19. Juni 2006.

²³⁷ Vgl. zu beiden Theorien Stoller, A., Sitztheorie und Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften, in: Juristische Schulung (JuS) o. Jg. (2003), S. 846.

²³⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 5. November 2002, C-208/00, NZBau 2003, S. 33.

²³⁹ Vgl. EuGH, Urteil vom 30. September 2003, C-167/01, NJW 2003, S. 3331.

²⁴⁰ Der Versicherer Allianz hat sich schon in eine SE gewandelt, die Deutsche Bank AG prüft den Rechtsformwechsel zur Europa AG, vgl. FAZ o. Jg. (2006) vom 24. März 2006, S. 16.

Die inflexible Beurteilung von Identitätswechseln auf Investorenmenseite bei PPP-Ausschreibungen auf der einen Seite und das politische Petition auf der anderen Seite, z. B. europäische Aktiengesellschaften im Sinne einer gemeinschaftsübergreifenden Rechtsform zu fördern, stehen damit offenbar in einem Widerspruch. Ein rein formaler Umgang mit Identitätswechseln auf Investorenmenseite erscheint vor diesem Hintergrund nicht gerechtfertigt und praxisfern. Er dürfte im Übrigen auch nicht verfassungskonform zu sein.

3.4.5.1 Die Grundrechte der Bieter

Das öffentliche Auftragswesen unterliegt der Grundrechtsbindung, auch wenn der Staat bei der Auftragsvergabe als Wirtschaftsteilnehmer und als Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen tätig wird. Das Handeln in Privatrechtsform bleibt nämlich Emanation von Staatsgewalt²⁴¹, so dass die grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bindungen gelten. Nachdem das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 13. Juni 2006²⁴² zum Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte klargestellt hat, dass staatliche Stellen bei ihrem Handeln sogar unabhängig von der Handlungsform und dem betroffenen Lebensbereich stets den Gleichheitssatz zu beachten haben, ist der These eines von jeder unmittelbaren Grundrechtsbindung befreiten Fiskalbereichs der Boden entzogen.²⁴³ Vor diesem Hintergrund ist auch der ausdrückliche Hinweis des Bundesverwaltungsgerichts²⁴⁴ auf die Grundsätze des Verwaltungsprivatrechts nachvollziehbar. Beim Verwaltungsprivatrecht handelt die Verwaltung in Privatrechtsform. Das staatliche Handeln wird jedoch von öffentlich-rechtlichen Bindungen überlagert.²⁴⁵ Damit ist für den Bereich des Verwaltungsprivatrechts charakteristisch, dass sich der Staat zwar zur Erledigung der ihm obliegenden öffentlichen Aufgaben der Handlungsform des Privatrechts bedient, sein Handeln in diesem Bereich jedoch

²⁴¹ Vgl. Ehlers, D., in: Schoch, F./ Schmidt-Abmann, E./ Pietzner, R. (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO, 15. Auflage, München 2007, § 40, Rn. 242.

²⁴² Vgl. Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 13. Juni 2006, 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135, NZBau 2006, S. 791.

²⁴³ Üblicherweise versucht man eine Trennung nach unmittelbarer und mittelbarer Erfüllung von Verwaltungsaufgaben. Insoweit wären die dem Vergaberecht unterfallenden Bedarfsdeckungsgeschäfte grundsätzlich dem Fiskalhandeln zuzuordnen, vgl. hierzu Dreher, M., in: Immenga, U./ Mestmäcker, E.-J., (Hrsg.), GWB Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Auflage, München 2007, Vor. §§ 97 ff., Rn. 112.

²⁴⁴ Vgl. Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 2. Mai 2007, 6 B 10.07, IBR 2007, S. 385.

²⁴⁵ Vgl. Kopp, F. O./ Ramsauer, U., VwVfG Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 10. Auflage, München 2008, Einführung, Rn. 51ff.

dem Grundrechtsregime unterliegt.²⁴⁶ Alle Vergabeentscheidungen sind also an den Grundrechten zu messen.²⁴⁷ Der Ausschluss eines Einzelbieters oder eines Bieterkonsortiums wegen eines Identitätswechsels während einer PPP-Ausschreibung ist eine Vergabeentscheidung, die gleich mehrere Grundfreiheiten verletzen dürfte.²⁴⁸

Die Berufsfreiheit wird als einheitliches Grundrecht verstanden, das sowohl die Berufswahl als auch die Berufsausübung umfasst. Unter 'Beruf' wird dabei jede auf eine gewisse Dauer angelegte, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Tätigkeit verstanden.²⁴⁹ Anbieter von Planungs-, Bau-, Facility-Management und Finanzdienstleistungen üben auch während der Teilnahme an einer öffentlichen Ausschreibung ihren jeweiligen Beruf aus. Um öffentliche Aufträge zu erhalten, beteiligen sich diese Unternehmen unter anderem auch an PPP-Ausschreibungen. Die Teilnahme an Vergabeverfahren fällt demnach in den Schutzbereich der Berufsfreiheit.²⁵⁰ Damit gilt für die Teilnahme an staatlichen Wettbewerbsverfahren nichts anderes als für die Teilnahme an privaten Wettbewerben, die ebenfalls vom Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG umfasst werden.²⁵¹ In beiden Fällen konkurrieren Unternehmen miteinander und bieten ihre Dienstleistungen in der Absicht an, einen Vertrag abzuschließen.

²⁴⁶ Vgl. Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 2. Mai 2007, 6 B 10.07, IBR 2007, S. 385.

²⁴⁷ Vgl. Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 29. Juli 2004, 2 BvR 2248/03, VergabeR 2004, S. 597.

²⁴⁸ Die Grundfreiheiten der Unternehmen, die an einer PPP-Ausschreibung teilnehmen, werden in erster Linie durch die Grundrechte der deutschen Verfassung geschützt. Es kommt aber auch eine Verletzung der Rechte in Betracht, wie sie Gegenstand der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (vgl. Amtsblatt C 364/ I vom 18. Dezember 2000) sind. In der Charta werden unter anderem die Berufs- sowie Unternehmensfreiheit (Art. 15 und 16), die Vereinigungsfreiheit (Art. 12) und die Gleichheit vor dem Gesetz (Art. 20) geregelt. Der Grundrechtskatalog der Charta soll nach dem Entwurf des Vertrags über eine Verfassung für Europa (<http://ue.eu.int/igcpdf/de/04/cg00/cg0087.de04.pdf>, 2. Januar 2007) Bestandteil der europäischen Verfassung sein (Artikel I-9 Abs. 1).

²⁴⁹ Vgl. Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 11. Juni 1958, 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377, 397; Urteil vom 1. März 1979, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 362.

²⁵⁰ Vgl. Löwer, W./ Puhl, T./ Houloubek, M., Europäisches und nationales Verfassungsrecht - Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, in: Dreier, H./ Pauly, W. (Hrsg.), Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Leipzig vom 4. bis 6. Oktober 2000, Berlin/ New York 2001, S. 456; vgl. Breuer, R., Freiheit des Berufs, in: Isensee, J./ Kirchhof, P. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der BRD, Band VI, Heidelberg 1989, § 147, Rn. 63, wonach die Wettbewerbsfreiheit einen Teil der Berufsfreiheit bildet; anderer Ansicht Pietzcker, J., Vergaberechtliche Sanktionen und Grundrechte, in: NZBau 4. Jahrgang (2003), S. 243 f.

²⁵¹ Vgl. Breuer, R., Freiheit des Berufs, in: Isensee, J./ Kirchhof, P. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der BRD, Band VI, Heidelberg 1989, § 147, Rn. 63.

Einzelbieter und Bietergemeinschaften werden durch den Ausschluss vom Verfahren auch in ihrer Vereinigungsfreiheit beschränkt. Sie können sich deshalb auch auf den Schutz durch Art. 9 Abs. 1 GG berufen. Die Vereinigungsfreiheit stellt ein so genanntes 'Doppelgrundrecht' dar. Zu den Trägern dieser kollektiven Freiheit gehören sämtliche Zusammenschlüsse des privaten Rechts - mit und ohne Rechtsfähigkeit -, also auch Gesellschaften bürgerlichen Rechts oder mit beschränkter Haftung.²⁵² Die Vereinigungsfreiheit gliedert sich in mehrere Teilgarantien: die Freiheit der Gründung einschließlich der freien Entscheidung über Zeitpunkt, Zweck, Rechtsform, Namen und Sitz (so genannte Vereinsautonomie), die Freiheit des Beitritts und des Verbleibens, das Recht auf Fortbestand, das Recht auf fortwährende Organisationsautonomie sowie das Recht auf interne Betätigungsfreiheit. Auch die negative Vereinigungsfreiheit ist geschützt. Sie umfasst die Freiheit, einer privaten Vereinigung fern zu bleiben, aus ihr wieder auszutreten oder sie aufzulösen.²⁵³

Einzelbieter und Bietergemeinschaften werden bei einem Ausschluss vom Verfahren zuletzt auch durch den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG geschützt. Denn zu den Trägern dieses allgemeinen Grundrechtes gehören neben natürlichen auch juristische Personen des Privatrechts.²⁵⁴ Im Sinne dieses Rechtes wird die Privatwirtschaft davor bewahrt, dass der Staat bei seinen Entscheidungen Gleiches ohne sachliche Rechtfertigung ungleich oder Ungleiches gleich behandelt.²⁵⁵

3.4.5.2 Unverhältnismäßigkeit des staatlichen Eingriffs

Jede Verkürzung der grundrechtlichen Freiheiten stellt einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff des Staates dar. Die Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers – sei sie von ihm selbst getroffen oder von Seiten der Gerichte vorgegeben – zielt unmittelbar darauf ab, denjenigen Bieter, der seine Identität im Zuge der Ausschreibung verändert hat, in der Berufsausübungsfreiheit oder die Vereini-

²⁵² Vgl. Bauer, H., in: Dreier, H. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 2. Auflage, Tübingen 2004, Art. 9, Rn. 30.

²⁵³ Vgl. Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 29. Juli 1959, 1 BvR 394/58, BVerfGE 10, 89, 102 ff.; Beschluss vom 18. Dezember 1974, 1 BvR 259/66, BVerfGE 38, 281, 297 f.; Urteil vom 1. März 1979, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 354.

²⁵⁴ Vgl. Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 14. Dezember 1965, 1 BvR 413/60, BVerfGE 19, 206, 215; Beschluss vom 6. März 1968, 1 BvL 975/58, BVerfGE 23, 153, 163.

²⁵⁵ Vgl. Osterloh, L., in: Sachs, M. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage, München 2003, Art. 3, Rn. 83.

gungsfreiheit einzuschränken. Dem jeweiligen Bieter wird die gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung zwar nicht verboten, ihm wird aber eine Wahlentscheidung oktroyiert, entweder die Umstrukturierung bis auf weiteres zu verzögern, um weiterhin am Vergabeverfahren teilnehmen zu können, oder auf die Teilnahme am Vergabeverfahren ganz zu verzichten, um die aus unternehmerischer Sicht erforderliche Umstrukturierung vornehmen zu können. Dieser staatliche Eingriff bedarf einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

Einschränkungen der Berufsfreiheit können gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG durch oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen. Ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 1 GG (Vereinigungsfreiheit) ist nur über die Schrankenregelung des Art. 9 Abs. 2 GG oder aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts gerechtfertigt, das allerdings einfachrechtlich konkretisiert werden kann.²⁵⁶ Die Verletzung des Gleichheitssatzes als drittes zu überprüfendes Grundrecht ist dann hinzunehmen, wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache ergebender oder sachlich einleuchtender Grund für die Differenzierung oder Gleichbehandlung finden lässt. Ist der Eingriff nicht zu rechtfertigen oder unverhältnismäßig, handelt der Staat willkürlich damit verfassungswidrig.²⁵⁷

Nach dem Wortlaut des § 97 Abs. 2 GWB sind die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln, es sei denn, eine Benachteiligung ist aufgrund dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet. Das Vergaberecht verfolgt also ein durchaus legitimes Ziel, nämlich die Sicherung eines fairen Bieterwettbewerbs, die Wahrung der Rechte aller Beteiligten sowie die Chancengleichheit der Teilnehmer bei einer PPP-Ausschreibung. Der Ausschluss eines Bieters, der den Wettbewerb verfälscht, ist auch ein geeignetes Mittel zur Wiederherstellung eben dieses Wettbewerbs, er dient in diesem Fall der Wahrung der Chancengleichheit.

²⁵⁶ Vgl. Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 24. Februar 1971, 1 BvL 40/69, BVerfGE 30, 227, 243; Beschluss vom 22. Mai 1975, 2 BvL 13/73, BVerfGE 39, 334, 367.

²⁵⁷ Vgl. zur Willkürformel: Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 23. Oktober 1951, 2 BvG 1/51, BVerfGE 1, 14, 52; Beschluss vom 19. Oktober 1982, 1 BvL 39/80, BVerfGE 61, 138, 147; vgl. zur sogenannten 'Neuen Formel', nach der das Gleichheitsgebot verletzt ist, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten: Beschluss vom 7. Oktober 1980, 1 BvL 50/79, BVerfGE 55, 72, 88; Beschluss vom 30. Mai 1990, 1 BvL 2/83, BVerfGE 82, 126, 146.

Der öffentliche Auftraggeber stellt sich grundsätzlich seiner Verantwortung als staatliche Stelle und handelt formal neutral.²⁵⁸

Der automatische Ausschluss bei einem Identitätswechsel ist dann sachlich un gerechtfertigt, wenn die gesellschaftliche Umstrukturierung auf der Bieterseite zu keiner Wettbewerbsverfälschung führt. Es sollte dem öffentlichen Auftraggeber als Herr seines Vergabeverfahrens die Pflicht auferlegt werden, differenziert zu reagieren - nicht zuletzt auch mit dem Eigennutz, möglichst viele Unternehmen im Wettbewerb um sein Projekt zu behalten.

Ein Ausschluss allein nach formalen Kategorien ist kontraproduktiv.²⁵⁹ Für die betroffenen Bieter ohnehin und für den Staat ebenso, weil das Wettbewerbsfeld kleiner wird und mögliche Vergleichsgrößen zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots entfallen. Zur Wahrung der Rechte der übrigen Bieter, die sich nicht verändert haben, sowie zur Sicherung eines fairen Wettbewerbes sollte es vielmehr genügen, wenn dem Auslober ein fakultatives Ausschlussrecht eingeräumt wird, so dass es im Ermessen des Staates steht, welche Konsequenzen an die einzelnen Spielarten eines Identitätswechsels geknüpft werden. Im Rahmen dieser moderateren und weniger formalen Betrachtung des Einzelfalles muss dem öffentlichen Auftraggeber ein autonomes und nicht justitiales Prüfungsrecht eingeräumt werden, das sich an folgender Maxime zu orientieren hat: Eine Änderung in der Person des Bieters führt nicht immer zu einer Verfälschung des Wettbewerbes. Nur wenn Unternehmen die Bieterrolle übernehmen, die keine strukturellen oder personellen Gemeinsamkeiten mit dem ursprünglichen Bieter oder Bieterkonsortium aufweisen, tritt möglicherweise eine Störung ein.

²⁵⁸ Vgl. Neßler, V., Der Neutralitätsgrundsatz im Vergaberecht, in: NVwZ 18. Jahrgang (1999), S. 1082, wonach sich unter anderem aus § 20 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) der allgemeine Grundgedanke ableiten lässt, dass der Staat im Verwaltungsverfahren neutral sein muss. Es handelt sich um eine Folgerung aus dem Rechtsstaatsprinzip, insofern ergibt sich der Neutralitätsgrundsatz aus dem Grundgesetz und bindet deshalb auch die öffentliche Hand bei der Auftragsvergabe in privatrechtlichen Formen.

²⁵⁹ Das Düsseldorfer Oberlandesgericht ist gegenteiliger Ansicht (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. Mai 2005, VII-Verg 28/05, <http://www.ibr-online.de>) und vertritt den Standpunkt, nur der Ausschluss des Bieterangebots auf Basis einer streng formalen Beurteilung könne Mißbräuche und spekulative Angebote verhindern. Schließlich sei zu befürchten, Unternehmen könnten sich an mehreren Ausschreibungen beteiligen und je nach Lukrativität des Auftrags ihre Bieterposition notfalls im Wege „kurzfristiger Umstrukturierungen“ bestimmten anderen Unternehmen zuspieren. Diese Sichtweise ist nicht nur praxisfern, sie misst dem Vergaberecht oder einem ausschreibungstaktischen Verhalten der Bieter auch unverhältnismäßig große Bedeutung bei.

Ausgeschlossen werden demnach Bieter oder Bietervereinigungen dann, wenn sich zu ihnen Quereinsteiger gesellen, die sich unter Umgehung der Fristen zur Vorlage der Eignungsnachweise und zur Einreichung der Angebote nachträglich am Wettbewerb beteiligen und sich damit einer genaueren Überprüfung entziehen. Aus Sicht der Konkurrenz sind daher insbesondere solche Modifikationen auf Investorenseite wettbewerbsverfälschend, die unter Beteiligung einer neuen, bislang nicht in das Verfahren einbezogenen Unternehmung erfolgen. Der Umgang mit dem Instrumentarium des Angebotsausschlusses muss dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, so dass der gesamte Austausch auf der Ebene der Subunternehmer stets ohne Sanktionen bleibt, weil es bei dieser Gruppe nur zu mittelbaren Identitätswechseln und damit Veränderungen auf der nachgelagerten Ebene kommen kann. Die Vertrags-PPP zwischen Staat und Privatwirtschaft wird hierdurch nicht direkt beeinträchtigt.

Ohne Konsequenzen müssen bei einer ausgewogenen Betrachtung auch diejenigen Fallkonstellationen bleiben, bei denen sich aus einem mehrgliedrigen Konsortium Partner ersatzlos zurückziehen – etwa bei Wegfall des Planungsbüros und Übernahme dieses Leistungsbestandteils durch den Generalunternehmer, der unter Umständen bis dahin gar nicht die Absicht hatte, unternehmenseigene Kapazitäten abzurufen. Der unmittelbare Ausschluss eines Einzelbieters bei einem Rechtsformwechsel ist ebenfalls unverhältnismäßig, weil sich auch hier die strukturellen und personellen Konditionen gegenüber der Ausgangslage nicht verändern. Das von der Verfassung gebotene mildere Mittel ist der fakultative Ausschluss im pflichtgemäßen Ermessen der Vergabestelle.

Marktteilnehmer, die sich verspätet dazu entschließen, Konsortialpartner einer schon präqualifizierten Bietergemeinschaft zu werden, sollte der Zugang unter Umgehung der vom öffentlichen Auftraggeber gesetzten Eignungs- und Zuschlagsschranken grundsätzlich wegen des verspäteten Engagements untersagt sein. Ein Zugangsverbot ad infinitum erscheint jedoch unverhältnismäßig. Schließlich hat der Staat bei seinen Ausschreibungen eine Verfahrensbeschleunigungspflicht.²⁶⁰ Deshalb ist es im Sinne der Verhältnismäßigkeit und unter Abwägung des Konkurrenzinteresses an einem fairen Wettbewerb überzeugend, den 'Closed-Shop' insoweit zu entschärfen, als nach einer gewissen Zeit – etwa nach

²⁶⁰ Abgeleitet aus § 19 Nr. 2 VOB/A, wonach die Zuschlagsfrist "so kurz wie möglich" zu bemessen ist.

acht Monaten seit Bekanntmachung – die starre Personenkonstellation auf Investoreseite generell wieder verändert werden darf. Nach dem Ablauf der Frist können neue Konsortialpartner gesucht oder alte ausgetauscht werden. Selbstverständlich erfolgt der Beitritt eines neuen Unternehmens ebenfalls unter Zugrundelegung der beschriebenen Maxime. Die schnelle Verfahrensbearbeitung obliegt dem öffentlichen Auftraggeber und seinen Beratern. Er wäre innerhalb von acht Monaten seit Bekanntmachung gezwungen, eine Zuschlagsentscheidung herbeizuführen, um Investitions- und Planungssicherheit bei allen Beteiligten zu schaffen. Gelingt das nicht, kann das Wettbewerbsfeld unter Umständen neu geordnet werden. Hierauf können sich alle am PPP-Wettbewerb beteiligten Unternehmen vorbereiten und ihre personellen und sachlichen Ressourcen entsprechend disponieren. Diese Pflicht zur Öffnung des Vergabeverfahrens würde bei einer gleichmäßigen Anwendung auch nicht die Wettbewerber beeinträchtigen, die ebenfalls ihre 'Mannschaftsaufstellung' überprüfen könnten. Der öffentliche Auftraggeber verstößt hierdurch nicht gegen den Grundsatz des fairen Wettbewerbs. Die verfassungsrechtliche Vereins- und Organisationsautonomie kommt dann wieder zur vollen Geltung, wenn das Wettbewerbsverfahren über lange Zeit unentschieden bleibt.

Im Ergebnis ist die bisher praktizierte ultima ratio im Umgang mit Identitätswechseln auf Investoreseite unverhältnismäßig und verfassungswidrig. Zukünftige PPPs können nur gefördert werden, wenn den staatlichen Stellen bei Veränderungen auf der Bieterseite ein Ermessens- und Beurteilungsspielraum zugestanden wird, den sie unter Berücksichtigung moderner gesellschaftsrechtlicher Entwicklungen, der Chancengleichheit und des fairen Wettbewerbs ausüben müssen.

3.5 Die Beteiligung der öffentlichen Hand an der Projektgesellschaft

In einer Pressemitteilung²⁶¹ des Konzerns HOCHTIEF vom 7. Dezember 2004 heißt es: "Die Kreuzburgschule in Heinburg wird die erste Schule sein, die die HOCHTIEF PPP Schulpartner GmbH ab Januar 2005 im Kreis Offenbach sanieren wird. (...) Die Projektgesellschaft besteht aus der HOCHTIEF Projektentwicklung GmbH (47,45%) und der HOCHTIEF Facility Management GmbH (47,45%), die übrigen 5,10% werden vom Kreis Offenbach gehalten." Im Rahmen der größten bisher in Deutschland angelaufenen PPP für eine Schulsanierung hat sich der Kreis Offenbach dazu entschlossen, Mitgesellschafter der Projektgesellschaft zu werden. Neben der reinen Beteiligung stellt der Kreis Offenbach auch einen Geschäftsführer, der gleichzeitig Schulbeauftragter ist. Als Ergebnis einer sonst reinen Vertrags-PPP ist dieses Engagement des öffentlichen Auftraggebers einzigartig, denn die öffentliche Hand steht damit gleichzeitig sowohl auf Auftraggeber- als auch auf Auftragnehmerseite.

Die Beteiligung des Staats an der Projektgesellschaft ist von der institutionellen Partnerschaft, wie sie als Organisationsform das Gegenstück zur Vertrags-PPP bildet, abzugrenzen. Bei der institutionellen PPP werden gemeinsame Ressourcen sowohl des Staates als auch der Privatwirtschaft eingebracht, und es geht um das Management dieser gepoolten Fähigkeiten. Der Staat und die Privatwirtschaft arbeiten auf unbestimmte Zeit zusammen. Das Engagement der öffentlichen Hand als Gesellschafter der Projektgesellschaft bei der Schul-PPP in Offenbach unterliegt jedoch weiterhin Maßgaben der Vertrags-PPP, in deren Rahmen die Kosten, Leistungen und Risiken über einen definierten Zeitraum vorab zwischen den Parteien festgelegt wurden. Aus der Beteiligung der öffentlichen Hand an einer Projektgesellschaft wird deshalb keine institutionelle PPP.²⁶²

²⁶¹ Vgl. Homepage der HOCHTIEF PPP Schulpartner GmbH, <http://www.hochtief-schulpartner.de>, 7. Mai 2006.

²⁶² Vgl. auch S. 12.

3.5.1 Der Grund für den Einsatz von Projektgesellschaften durch Private

Nach Abschluss des Vergabeverfahrens setzt der private Partner zur Abwicklung des PPP-Modells meist eine PPP-Projektgesellschaft ein, die als Einzweckgesellschaft (Single Purpose Company oder SPC) fungiert. Sie ist eine rein private Gesellschaft in der Rechtsform einer GmbH oder GmbH & Co. KG. Ihre Gesellschafter rekrutieren sich normalerweise nur aus den vormaligen Mitgliedern der Bietergemeinschaft. Die Projektgesellschaft wird mit der vom öffentlichen Auftraggeber geforderten Kapitalisierung gegründet.

Zur bestmöglichen Finanzierung des PPP-Projektes verfolgt das Auftragnehmerkonsortium mit der Gründung einer SPC folgende drei Ziele: Neben der Optimierung der Finanzierungskosten werden eine Haftungsbegrenzung sowie eine Entlastung der Bilanz (Off-Balance-Sheet-Finanzierung²⁶³) angestrebt. Gerade bei der Projektfinanzierung lassen sich diese drei Ziele weitgehend durch die Gründung einer Einzweckgesellschaft erreichen. Sie entwickelt und betreibt das Projekt, fungiert als Finanzierungsträger und bildet die zentrale organisatorische Einheit für die Durchführung der PPP. Die Rolle der Gesellschafter wird von den privaten Initiatoren übernommen. Diese auch als Sponsoren bezeichneten Projektträger gründen die Einzweckgesellschaft als Joint-Venture.²⁶⁴ Nach der Steuerung und Abwicklung des Projektes während der Bauphase dient die Einzweckgesellschaft als operativer Betreiber der Infrastruktur und Auftraggeber im Verhältnis zu den nachgeordneten Subunternehmern. Als kreditaufnehmende und rechtlich selbständige Einheit übernimmt sie die alleinige Verantwortung für die Rückzahlung von Tilgungs- und Zinsbeträgen an das finanzierende Institut. Ihre Bonität erhält die Gesellschaft durch Bürgschaften der Gesellschafter oder Patronatserklärungen. Die Leistungspflichten werden von den privaten Partnern abgekoppelt und bei der Projektgesellschaft gebündelt. Die Besetzung von wichtigen Positionen bei der Projektgesellschaft durch die Initiatoren des Projekts wird aus Sicht des finanzierenden Instituts als wichtiges Signal zur Identifikation der Partner mit dem Schicksal der Einzweckgesellschaft angesehen. Auf der anderen Seite garantiert die gesellschaftsrechtliche Selbständigkeit der Projektgesellschaft, dass ihr Han-

²⁶³ D.h. ohne die Zunahme der Verbindlichkeiten auf der Passiv-Seite der Bilanz, so dass die Bonität des Unternehmens nicht beeinträchtigt wird.

²⁶⁴ Vgl. Achleitner, A.-K. (Hrsg.), Handbuch Investment Banking, 3. Auflage, Wiesbaden 2002, S. 445.

deln vornehmlich von ihren eigenen Interessen bestimmt wird. Neben der Risikoverteilung und den damit verbundenen Haftungsbegrenzungen ist die Dekonsolidierung und die daraus folgende Vermeidung von Bilanzverlängerungen das Ziel der Gründung der Projektgesellschaft aus Sicht ihrer Gesellschafter.

3.5.2 Die Gründung der Projektgesellschaft

Bis zur Einführung des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes haben öffentliche Auftraggeber in ihren Ausschreibungen teilweise vorgegeben, dass sich Bietergemeinschaften schon während des Vergabeverfahrens als Projektgesellschaft mit einer bestimmten Rechtspersönlichkeit korporieren und an der Ausschreibung teilnehmen müssen. Gerade für mittelständische Unternehmen bedeutete diese Maßgabe einen größeren Aufwand bei der Angebotserstellung, so dass sie nicht zuletzt auch wegen der Mindesthöhe des Stammkapitals für eine GmbH von 25.000 Euro von einer Beteiligung an solchen Ausschreibungen abgesehen haben. Der EuGH hat frühzeitig dieses Hemmnis erkannt und in der Rechtssache 'Makedonio Metro'²⁶⁵ entschieden, dass die Annahme einer bestimmten Rechtsform erst für die Zeit nach der Zuschlagserteilung verlangt werden könne und nicht bereits während der Ausschreibung. Letzteres war in dem entschiedenen Fall von einer Bietergemeinschaft verlangt worden, die sich im Rahmen eines nichtoffenen Vergabeverfahrens in Griechenland um einen Auftrag für die Planung, Errichtung, Eigenfinanzierung und den Betrieb einer Untergrundbahn beworben hatte. Der deutsche Gesetzgeber hat diese Maßgaben im neuen § 6 Abs. 2 Nr. 1 VgV übernommen, so dass öffentliche Auftraggeber heute nur für den Fall der Auftragserteilung von Bietergemeinschaften verlangen können, dass sie eine bestimmte Rechtsform zur Auftragsausführung annehmen müssen, sofern dies eine ordnungsgemäße Durchführung des Auftrages notwendig macht. Die bisherige PPP-Vergabepaxis wurde also mit Blick auf den ansonsten bestehenden Kostenaufwand korrigiert.

Nicht klargestellt wurde indessen, wie es vergaberechtlich zu beurteilen ist, dass die Projektgesellschaft – z. B. eine GmbH – formaljuristisch eine andere Person ist, als die Bietergemeinschaft, die gemeinhin als BGB-Gesellschaft zu qualifizieren ist. Die Zuschlagsentscheidung am Ende eines PPP-Vergabeverfahrens fällt zu

²⁶⁵ Vgl. EuGH, Beschluss vom 23. Januar 2003, Rs. C- 57/01, NZBau 2003, S. 219.

Gunsten der Bietergemeinschaft (Person A) aus, während die Bau-, Finanzierungs- und Betriebsleistungen des eigentlichen Projektes dann durch die Projektgesellschaft (Person B) erbracht werden. Nach den strengen Regeln des öffentlichen Auftragswesens könnte bereits diese Personenverschiedenheit zwischen A und B zu einer erneuten Ausschreibungspflicht führen.

Europaweite PPP-Ausschreibungen enden mit dem Zuschlag zu Gunsten der Bietergemeinschaft, die das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat und damit die höchsten Effizienzen für die staatliche Stelle verspricht. Bietergemeinschaften sind BGB-Gesellschaften, die sich konstituiert haben, weil mehrere private Unternehmen gemeinsam ein Angebot abgeben wollen. Mit Hilfe dieser Gemeinschaft soll jedoch das PPP-Projekt nicht realisiert werden, vor allem weil nach den §§ 705 ff. BGB sämtliche Gesellschafter der BGB-Gesellschaft auch mit ihrem persönlichen Vermögen haften würden, so dass diese Organisationsform schon kurz nach Zuschlagserteilung in eine begrenzt haftende Gesellschaft umgewandelt wird.²⁶⁶

Die Überleitung erfolgreich abgeschlossener Projektverträge auf die neu gegründete Projektgesellschaft birgt vergaberechtliche Gefahren, die sowohl vom öffentlichen Vertragspartner als auch von den privaten Projektbeteiligten oft unterschätzt werden. Denn die Vertragsübernahme könnte zu einer erneuten Ausschreibungspflichtigkeit des gesamten PPP-Projektes führen. Die Gerichte verfolgen nämlich bei nachträglichen Änderungen oder Verlängerungen eines einmal geschlossenen öffentlichen Auftrags seit jeher eine strenge Entscheidungspraxis. Es wird insoweit auf die Ausführungen zum Identitätswechsel auf Investorensseite während eines laufenden Vergabeverfahrens verwiesen.²⁶⁷ Die Überleitung der Projektverträge auf die Projektgesellschaft ist gleichsam die Fortsetzung der dort untersuchten und im Ergebnis wegen ihrer Rigorosität verworfenen Spruchpraxis nach dem Vertragsschluss und dem Ende der Ausschreibung.²⁶⁸ Statt des Angebotsausschlusses droht bei der Gründung einer Projektgesellschaft nach Zuschlagserteilung die Verpflichtung des Staats, das PPP-Projekt erneut auszuschreiben. Das wäre freilich ineffizient, aber die Veränderung eines ursprünglich

²⁶⁶ Vgl. beispielhaft die Überleitung des PPP-Projekts zur Errichtung eines neuen Verwaltungsgebäudes in Gladbeck auf die Hochtief PPP Solutions GmbH, <http://www.hochtief-pppsolutions.de/ppp/61.jhtml>, 10. Juli 2005.

²⁶⁷ Vgl. S. 94 ff.

²⁶⁸ Vgl. auch Abbildung 13.

erteilten öffentlichen Auftrages unterliegt dem Vergaberecht, wenn die die Anpassung oder die Änderung ausmachenden vertraglichen Regelungen in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen bei wertender Betrachtung einer Neuvergabe gleichkommen.²⁶⁹ Das ist etwa bei erheblichen Modifizierungen des Leistungsgegenstandes der Fall.²⁷⁰ Als Grundregel gilt, dass immer dann von einem neuen Auftrag und somit von der Notwendigkeit der Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens auszugehen ist, wenn die Umgestaltung des Vertrages nur durch eine beiderseitige Willenserklärung zu Stande kommt.²⁷¹ Bei Veränderungen durch einen nachträglichen Wechsel des Vertragspartners – und nichts anderes stellt die Überführung der Projektverträge auf die Projektgesellschaft dar – gilt folgendes: Die Übernahme eines bestehenden PPP-Vertrags mit Behörden auf eine neue Gesellschaft ist dann vergaberechtlich neutral, wenn der ursprüngliche Vertrag zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem privaten Partner inhaltlich und preislich unverändert bleibt. Daneben muss aber auch das personelle und fachliche Know-how der neuen Gesellschaft entsprechend bereitgestellt werden. Allein die inhaltlich unveränderte Vertragsübernahme gemäß § 415 Abs. 1 BGB ist eine Überleitungsform, die keine Neuvergabe erfordert.²⁷²

Die Übernahme der Projektverträge durch die Projektgesellschaft darf nicht im Wege einer beidseitigen Willenserklärung erfolgen. Nur wenn im ursprünglichen Vertragswerk bei Zuschlagserteilung schon verankert ist, dass eine Übernahme durch Dritte (hier: Projektgesellschaft) lediglich der einseitigen Zustimmung der öffentlichen Hand bedarf, so dass nicht von einem zweiseitig verpflichtenden Rechtsgeschäft gesprochen werden kann²⁷³, ist die Transaktion ausschreibungsfrei. Ferner muss der private Partner darauf achten, dass sowohl das personelle als auch das sachliche Know-how in gleicher Weise bereitgestellt wird. Die Projektbeteiligten müssen sowohl während der Vergabephase als auch während der Projektierungsphase identisch sein. Auch alle wirtschaftlichen Güter, die als Gegenstände dem Aktivvermögen zugeordnet werden können, müssen gleichermaßen

²⁶⁹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Februar 2001, VergabeR 2001, S. 210; Beschluss vom 12. Januar 2004, Verg 71/03, NZBau 2004, S. 343.

²⁷⁰ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Mai 2002, Verg 8-15/01, <http://ibr-online.de>.

²⁷¹ Vgl. OLG Rostock, Vorlagebeschluss vom 5. Februar 2003, 17 Verg 14/02, VergabeR 2003, S. 321.

²⁷² Vgl. Müller, T., in: Daub, W./ Eberstein, H. H. (Hrsg.), Kommentar zur VOL/A, 5. Auflage, Düsseldorf 2004, § 1 a, Rn. 71; vgl. Vergabekammer beim Bundeskartellamt, Beschluss vom 7. April 1999 – VK 19/99, Bundeskartellamt WuW/E 2000, 109; OLG Frankfurt, Beschluss vom 5. August 2003, 11 Verg 1/02, NZBau 2004, S. 176.

²⁷³ Vgl. Heinrichs, H., in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Auflage, München 2006, Einführung vor § 182, Rn. 3.

vorhanden sein. Diese Voraussetzung betrifft insbesondere Firmenvermögen (z.B. Maschinen oder Fuhrpark), mit denen die BGB-Gesellschaft als Bietergemeinschaft noch während der Vergabephase für sich erworben hat.

3.5.3 Nachteile bei der Beteiligung des Staats

Wenn mit der Gründung einer an sich privaten Projektgesellschaft auch noch eine Beteiligung des Staats einhergeht, stellt sich ein weiteres vergaberechtliches Problem. Es entsteht eine so genannte gemischtwirtschaftliche Gesellschaft, die selbst öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Ausschreibungsrechts sein könnte. Die wirtschaftliche Bedeutung der Frage ist immens. Prominentestes Beispiel aus der Privatisierungspraxis der vergangenen Jahre ist die 'LH Bundeswehrbekleidungs-gesellschaft', die vom OLG Düsseldorf im Rahmen der so genannten 'Kampfstiefel'-Entscheidung als öffentlicher Auftraggeber, der selbst die Regeln des Vergaberechts einzuhalten hat, eingestuft wurde.²⁷⁴ Dabei war die Bundesrepublik Deutschland als Gebietskörperschaft nur mit einem Bruchteil am Gesellschaftsvermögen der 'LH Bundeswehrbekleidungs-gesellschaft' beteiligt, stellte allerdings Sachmittel und Personal in einem erheblichen geldwerten Umfang kostenfrei zu Verfügung.

Das gleiche Schicksal kann einer Projektgesellschaft im Rahmen bei einer PPP drohen, wenn die öffentliche Hand Gesellschafter wird und das Gemeinschaftsunternehmen damit in eine Staatsnähe bringt. Für die Beurteilung der Staatsnähe ist es irrelevant, dass die Projektgesellschaft als Generalunternehmen letztlich nur Erfüllungshilfe des Staates ist und von diesem lediglich mit der Aufgabenübernahme beauftragt wird.

Die Parteien einer PPP wollen, dass die Projektgesellschaft diejenigen Leistungen, die sie nicht selbst erbringt, möglichst unkompliziert beschaffen kann. Auf dieser Prämisse basiert die gesamte Kalkulation des privaten Partners. Die Einstufung der Projektgesellschaft als öffentlicher Auftraggeber kann gravierende Folgen haben, und zwar insbesondere in den Fällen, in denen Subunternehmeraufträge für bestimmte Baugewerke oder Facility-Management-Dienstleistungen (Wartung, Instandhaltung, Reinigung etc.) erteilt werden sollen. Wäre die Projektgesellschaft

²⁷⁴ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. April 2003, Verg 67/02, ZfBR 2003, S. 605.

öffentlicher Auftraggeber, könnte sie Subunternehmerleistungen nicht wie ein Privatunternehmen beauftragen. Die Projektkosten würden steigen und die Effizienzen für den Staat als Auftraggeber geringer ausfallen.

Deshalb soll der Frage nachgegangen werden, wann eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft bei einer PPP zum öffentlichen Auftraggeber wird.

Nach § 98 Nr. 2 GWB sind öffentliche Auftraggeber auch gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, die mit dem Ziel gegründet wurden, Aufgaben der Daseinsvorsorge zu erbringen. Voraussetzung ist ferner, dass die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft nicht gewerblich handelt und vom Staat finanziell oder personell beherrscht wird.²⁷⁵ Trotz der privatrechtlichen Organisationsform können auch Projektgesellschaften unter diesen so genannten 'funktionalen' Auftraggeberbegriff fallen. Falsch wäre deshalb die Ansicht, allein wegen der Rechtsform als GmbH oder GmbH & Co. KG könnten Projektgesellschaften unter Beteiligung der öffentlichen Hand nicht dem Staat zugeordnet werden, so dass schon deshalb eine öffentliche Auftraggebereigenschaft auszuschließen sei. Eine dezidierte Aufschlüsselung des Tatbestands des § 98 Nr. 2 S. 1 GWB ist erforderlich. Es sind drei wesentliche Merkmale zu untersuchen, die dafür entscheidend sind, ob eine Projektgesellschaft mit staatlicher Beteiligung im Rahmen einer PPP öffentlicher Auftraggeber ist oder nicht:

1. Eigene Rechtspersönlichkeit der Projektgesellschaft
2. Erfüllung von Aufgaben im allgemeinen Interesse nicht gewerblicher Art
3. Beherrschung der Gesellschaft durch die öffentliche Hand kraft Finanzierung²⁷⁶

²⁷⁵ § 98 Nr. 2 S. 1 GWB lautet insoweit: "Öffentliche Auftraggeber (...) sind juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im allgemeinen Interesse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, wenn Stellen, die unter Nummer 1 oder 3 fallen, sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben."

²⁷⁶ Der gesetzliche Tatbestand des § 98 Nr. 2 S. 1 GWB sieht neben der Beherrschung kraft Finanzierung auch noch die Beherrschung kraft staatlicher Aufsicht und die personelle Beherrschung durch eine überwiegend staatliche Besetzung der Geschäftsführungsgremien vor. Diese Alternativen scheiden aber von vornherein bei einer SPC, die im Nachgang zu einem PPP-Projekt gegründet wird, aus. Die Alternativen werden deshalb nicht weiter vertieft und es wird nur die praxisrelevante Beherrschung kraft Finanzierung durch den Staat untersucht.

Die Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen, das heißt, wenn eines der genannten Kriterien nicht erfüllt ist, handelt es sich bei der Projektgesellschaft auch nicht um einen öffentlichen Auftraggeber, obgleich der Staat beteiligt ist.²⁷⁷

3.5.3.1 Eigene Rechtspersönlichkeit der Projektgesellschaft

Voraussetzung für eine Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 2 GWB ist die Einordnung als juristische Person. Hierbei ist es unerheblich, ob die Körperschaft privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich organisiert ist. Nicht gemeint sind Eigenbetriebe und Regiebetriebe der Kommunen²⁷⁸, denen eine eigene Rechtspersönlichkeit fehlt und die deshalb ein Sondervermögen der Gemeinde darstellen.²⁷⁹ Die typische Projektgesellschaft im Rahmen eines PPP-Modells ist als Gesellschaft mit beschränkter Haftung gemäß § 13 GmbHG eine juristische Person des privaten Rechts und besitzt daher eine eigene Rechtspersönlichkeit, so dass dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt ist.

3.5.3.2 Erfüllung von Aufgaben im allgemeinen Interesse nicht gewerblicher Art

Fraglich ist, ob eine typische Projektgesellschaft im Rahmen einer PPP zu dem besonderen Zweck gegründet wird, im allgemeinen Interesse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen.

Weder im nationalen noch im europäischen Vergaberecht findet sich eine Legaldefinition des unbestimmten Rechtsbegriffes der "im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben".²⁸⁰ Fest steht lediglich, dass bei der Überprüfung, ob eine Gesellschaft Zwecke im allgemeinen Interesse verfolgt, primär auf den Gründungsakt (das heißt den Gesellschaftsvertrag) abgestellt werden muss. Nach der Rechtsprechung des EuGH und aus Sicht der Literatur sind Aufgaben, die im Allgemeininteresse liegen, solche, die eng mit den institutionellen Funktionen des Staates verknüpft sind und deren Einrichtung durch Gesetz zugewiesen wurde. Diese Aufga-

²⁷⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 10. Mai 2001, Rs C – 223/99 und 360/99 ('Agorà und Excelsior'), NJW 2001, S. 3180; vgl. auch EuGH, Urteil vom 10. November 1998, Rs. C – 360/99 ('Gemeinde Arnhem ./ BFI Holding'), Slg.' 1998-I 6861.

²⁷⁸ Zum Beispiel der unselbständige Bauhof einer Stadt.

²⁷⁹ Vgl. Altmeppen, H., Die Einflussrechte der Gemeindeorgane in der kommunalen GmbH, in: NJW 56. Jahrgang (2003), S. 2561.

²⁸⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 16. Oktober 2003, Rs. C – 283/00 ('Kommission ./ Spanien'), ZfBR 2004, S. 81.

ben betreffen hoheitliche Befugnisse und die Wahrnehmung von Belangen des Staates, das heißt letztlich solche Tätigkeiten, die der Staat selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte.²⁸¹ Zu einer Aufgabe im Allgemeininteresse zählt vor allem die Daseinsvorsorge.²⁸² Daseinsvorsorge bedeutet die durch das Gemeinwesen sicherzustellende Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit essenziellen Gütern und Dienstleistungen. Die Europäische Kommission beschreibt Leistungen der Daseinsvorsorge deshalb auch als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, die solche Tätigkeiten umfassen, die von den Mitgliedsstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden und für die das Kriterium gilt, dass sie im Interesse aller erbracht werden.²⁸³ Nach Ansicht der Europäischen Kommission fallen darunter beispielsweise auch allgemeine Bildungsaufgaben.²⁸⁴

Selbstverständlich ist es zu allererst eine Frage des Einzelfalles und des Projektgegenstands, ob eine Projektgesellschaft im Rahmen einer PPP Aufgaben im Allgemeininteresse erfüllt. Ganz generell kann aber festgehalten werden, dass bei einer PPP im Hochbaubereich die Projektgesellschaft zu dem Zweck gegründet wird, die staatliche Infrastruktur zu errichten und zu betreiben. Der Bau ist jedoch nur der kleinste Teil ihrer Aufgaben. Während des weitaus größten Teils der Vertragslaufzeit erfüllt eine Projektgesellschaft Betriebs- und Managementaufgaben zugunsten der Verwaltung. Die Allgemeinheit hat aber nicht an jedem Infrastrukturbetrieb und an jedem Management ein besonderes Interesse und nicht jeder Betrieb und jedes Management dient der Daseinsvorsorge oder der Erfüllung gesetzlich vorgeschriebener Staatsaufgaben. Das dürfte etwa für das Freizeitbad gelten, das demnächst in der Stadt Grevenbroich entsteht.²⁸⁵ Weil dort kein Sport- und Wettkampfbad errichtet wird, handelt es sich lediglich um eine Anlage mit Freizeit- und Vergnügungscharakter, die aus staatlicher Sicht deshalb auch nicht förderfähig ist.²⁸⁶ Sollten die Beteiligten vorsehen, eine Projektgesellschaft einzuset-

²⁸¹ Vgl. Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 21. Oktober 2004, Verg 17/04, NZBau 2005, S. 173; Niebuhr, F., in: Niebuhr F./ Kulartz, H.-P./ Kus, A. /Porz, N. (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 4. Teil des GWB, Neuwied/ Krißel 2000, § 98, Rn. 34.

²⁸² Vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 9. August 2001, 2 Verg 3/01, NZBau 2002, S. 292.

²⁸³ Vgl. Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, 21. Mai 2003, KOM (2003) 270 endgültig, S. 7.

²⁸⁴ Vgl. ebenda, S. 17.

²⁸⁵ Vgl. die auf S. 51 erwähnte Ausschreibung der Stadt Grevenbroich.

²⁸⁶ Vgl. Ziffer 1 der Sportstättenauförderrichtlinien NRW.

zen, würde diese voraussichtlich keine Aufgaben im Allgemeininteresse wahrnehmen.

Fraglich ist, wie der Befund für den Betrieb von Schulen lautet, die oftmals Gegenstand einer PPP sind.

Die Bereitstellung der inneren²⁸⁷ Schulverwaltung gehört nicht zu den typischen Aufgaben der Projektgesellschaft. Diese Aufgaben obliegen allein dem Schulträger und sind nicht Gegenstand der PPP. Vielmehr erbringt die Projektgesellschaft lediglich gebäudenahе Betriebsdienstleistungen wie Instandhaltung und Facility-Management als Erfüllungsgehilfe des Schulträgers. Mit der Wahrnehmung hoheitlicher Lehraufgaben ist sie also nicht betraut, sondern mit dem Betrieb des Gebäudes. Für die Hochtief-PPP-Schulpartner GmbH würde das beim Offenbacher Projekt auf den ersten Blick bedeuten, dass diese Spezialgesellschaft nicht öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts ist, weil keine Aufgaben des allgemeinen Interesses erledigt werden. Das wäre ein mit Blick auf die eigene, ökonomische Entscheidungsfreiheit der Projektgesellschaft positiver Befund.

Bezogen auf den Offenbacher Fall besagt das Hessische Schulgesetz (HSchG) allerdings in § 158 Abs. 1, dass zu den Aufgaben des Schulträgers (und damit auch des Erfüllungsgehilfen) ferner gehört, "... die erforderlichen Schulgebäude und Schulanlagen zu errichten, mit den notwendigen Lehrmitteln, Büchereien, Einrichtungen und technischen Hilfsmitteln einschließlich der audiovisuellen Hilfsmittel, soweit diese Bestandteil der Schulreinrichtung sind, auszustatten und ordnungsgemäß zu unterhalten, zu verwalten und zu bewirtschaften."

Delegiert der Schulträger im Rahmen einer PPP das Gebäudemanagement der Schule an die Projektgesellschaft, übernimmt diese damit gesetzliche Aufgaben und wird für das Gemeinwohl tätig. Weil die meisten Schulgesetze der übrigen Bundesländer vergleichbare Wortlaute²⁸⁸ haben, kann konstatiert werden, dass eine Projektgesellschaft, die in Diensten des Schulträgers Schulgebäude errichtet,

²⁸⁷ Die innere Schulverwaltung umfasst alle Maßnahmen, die sich auf die Organisation und die Inhalte des Lehrens und Lernens in der Schule und deren Qualitätssicherung beziehen. Sie umfasst die Formen und Inhalte von Prüfungen, die einen schulischen Bildungsgang abschließen und zur Feststellung eines gleichwertigen Bildungsstandes dienen, sowie die Führung von schulbezogenen Statistiken.

²⁸⁸ Vgl. zum Beispiel § 79 des Schulgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen (SchulG NRW) oder § 4 des Bremischen Schulverwaltungsgesetzes (BremSchVwG).

sie ausstattet und ordnungsgemäß unterhält, somit im Zweifel Aufgaben im Allgemeininteresse wahrnimmt und dieses Tatbestandsmerkmal des § 98 Nr. 2 BGB damit erfüllt wäre.

Andererseits heißt das: Soweit es keine mit den Schulgesetzen vergleichbaren spezialgesetzlichen Bestimmungen gibt, gilt für alle übrigen Gebäude der öffentlichen Verwaltung, die keine Schulen sind, diese Schlussfolgerung nicht. Das dürfte bei den meisten Gebäuden oder Infrastrukturen, die durch eine PPP realisiert werden sollen, der Fall sein, so dass sich folgendes Zwischenergebnis festhalten lässt: Bei PPP-Hochbauprojekten wird in der Regel mit der reinen Bewirtschaftung des Gebäudes keine Aufgabe im Allgemeininteresse wahrgenommen. Die Gefahr, dass durch die Beteiligung des Staats an einer Projektgesellschaft diese zum öffentlichen Auftraggeber wird, reduziert sich vor allem auf Schul-PPPs.

3.5.3.3 Beherrschung durch die öffentliche Hand

Damit eine Projektgesellschaft gesetzlich dazu verpflichtet werden kann, öffentlich und nicht privat auszuschreiben, muss der Staat sie auch beherrschen.²⁸⁹ Eine Beherrschung kann bei einer PPP in der überwiegenden Finanzierung einer Projektgesellschaft durch den Staat liegen.

Eine überwiegende Finanzierung liegt vor, wenn mehr als die Hälfte der Finanzmittel aus staatlichen Quellen stammen.²⁹⁰ Um zu bestimmen, ob eine überwiegende Finanzierung durch die öffentliche Hand gegeben ist, müssen sämtliche Finanzmittel der betroffenen Einrichtung geprüft werden. Für eine überwiegende Finanzierung können Eigenkapital, stille Beteiligungen, von Gesellschaftern zur Verfügung gestellte Sachmittel sowie die unentgeltliche Überlassung von Personal sprechen. Nach nationaler Rechtsprechung ist eine überwiegende Finanzierung auch dann gegeben, wenn die Mehrheit der Geschäftsanteile an einer Projektgesellschaft der öffentlichen Hand gehört.²⁹¹ Der maßgebliche Beurteilungszeitraum ist dasjenige Geschäftsjahr, in dem der in Frage stehende Auftrag an die Projektgesellschaft vergeben werden soll.

²⁸⁹ Vgl. zur Eingrenzung der Beherrschungsmöglichkeiten bei PPP Fußnote 245.

²⁹⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2000, Rs. C- 380/98 ('University of Cambridge'), VergabeR 2001, S. 111.

²⁹¹ Vgl. Vergabekammer beim Landesgewerbeamt Baden-Württemberg, Beschluss vom 9. Oktober 2001, 1 VK 27/01, <http://www.ibr-online.de>.

Solange sich die öffentliche Hand allein auf eine Minderheitsbeteiligung beschränkt, wie etwa im Falle der erwähnten 'Hochtief-PPP-Schulpartner GmbH', führt dieses Engagement - auch bei Schul-PPP-Projekten - nicht zu einer staatlichen Beherrschung der Projektgesellschaft und es liegt keine öffentliche Auftraggebereigenschaft gemäß § 98 Nr. 2, S.1 GWB vor. Um die Effizienzvorteile des PPP-Projektes tatsächlich erzielen zu können, müssen sich der Auslober und der private Partner auf eine staatliche Minderheitsbeteiligung beschränken. Jegliche strategische Partnerschaft, die auf eine Mehrheitsbeteiligung des Staats an der Projektgesellschaft hinausläufe, wäre dagegen schädlich, weil das Gemeinschaftsunternehmen dann staatlich beherrscht würde und selbst ausschreibungspflichtig wäre.²⁹² Das mögliche Risiko, das in der Beteiligung des Staats an der PPP- Projektgesellschaft liegen kann, erscheint bei diesen klaren Maßgaben kontrollierbar.

3.5.4 Vorteile bei der Beteiligung des Staats

Mit den Grundsätzen eines synallagmatischen Leistungsaustauschs durch die Zahlung eines Nutzungsentgeltes gegen die Erbringung von Bau-, Betriebs- und Finanzierungsleistungen ist die Beteiligung des Staats an einer Projektgesellschaft aus vertraglicher Sicht eigentlich unvereinbar. Denn schließlich ist für eine Vertrags-PPP charakteristisch, dass sich die Parteien rechtlich abstrakt gegenüberstehen und es zu keiner Vermischung kommt.

Wenn aber der Staat seine Beteiligungsquote an einer Projektgesellschaft niedrig hält, ergeben sich aus der Partizipation sowohl als Gesellschafter, aber insbesondere auch durch die Berufung eines Geschäftsführers, erhebliche Vorteile für die gesamte Partnerschaft, durch die sich zahlreiche Hemmnisse abbauen lassen.

²⁹² Von der Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts ist die Frage nach dem Vorliegen eines Inhouse-Geschäfts zu unterscheiden. Ein solches ist bei einem PPP-Hochbauprojekt nur sehr theoretisch denkbar. Sobald die staatliche Beteiligung an der Projektgesellschaft so groß wird, dass eine 'Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle' in Betracht kommt (vgl. zu diesem Kriterium EuGH, Urteil vom 11. Januar 2005, Rs. C-26/03, 'Stadt Halle', Slg. 2005, I-1), könnten auch die Grundsatz über das Inhouse-Geschäft eingreifen. Eigengeschäfte der öffentlichen Hand ermöglichen es dem Staat, von einer Ausschreibung abzusehen und Aufträge 'inhouse' an den entsprechenden Auftragnehmer (Projektgesellschaft) zu vergeben. Diese Möglichkeit bildet eine strenge Ausnahme. Sie liegt grundsätzlich nur dann vor, wenn die Geschäftanteile des Auftragnehmers zu 100 % von der öffentlichen Hand gehalten werden. Das ist bei PPP und einer hierfür gegründeten, gemischtwirtschaftlichen Projektgesellschaft aber gerade nicht gewollt. Eine typische Inhouse-Konstellation ist etwa bei einem klassischen Entsorgungsauftrag einer Kommune an die eigene Stadtentwässerungs GmbH als öffentlich geführtes Unternehmen gegeben (vgl. zum Recht der öffentlichen Unternehmen, Stober, R., Neuregelung des Rechts der öffentlichen Unternehmen?, in: NJW 2002, 2357 ff.).

Im Fall der Hochtief-PPP-Schulpartner GmbH ist der Kreis Offenbach nicht nur mit 5,1% an der Projektgesellschaft beteiligt, er erhält durch die Berufung eines Geschäftsführers auch ein erhebliches Mitspracherecht und Einsicht in die Geschäftspolitik des Auftragnehmers. Ohne dass durch die Beteiligung gleich eine institutionelle PPP entsteht, weil es dem öffentlichen Auftraggeber im Ergebnis nicht um das gemeinsame Management eines Ressourcenpools zwecks gemeinsamer Aufgabenwahrnehmung geht²⁹³, liegt in der geringfügigen Beteiligung der öffentlichen Hand an der Projektgesellschaft ein ebenso großes Potenzial, obgleich die Parteien weiterhin auf Basis einer Vertrags-PPP zusammen arbeiten. Durch die Ernennung eines Geschäftsführers repräsentiert der öffentlichen Auftraggeber nicht nur die Projektgesellschaft gemäß § 35 GmbHG im Außenverhältnis. Er lenkt – wie es der Name schon sagt – im Rahmen einer Joint Responsibility mit den anderen Geschäftsführern die Geschicke des Unternehmens und steht auch in der Pflicht, unverzüglich einen Insolvenzantrag beim zuständigen Amtsgericht zu stellen, wenn die Gesellschaft überschuldet ist.²⁹⁴ Die Kenntnis der Interna des Auftragnehmers – und nichts anderes ist die Projektgesellschaft – verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber sogar, frühzeitig Projektrisiken zu erkennen und sie schon während der Verhandlungsphase im Rahmen der öffentlichen Ausschreibung behutsamer zu bewerten. Die Tatsache, dass der von der öffentlichen Seite gestellte Geschäftsführer Insolvenzgefahren erkennen, bei der Subunternehmerauswahl Tariftreuebelange und lokale Interessen wahren sowie Korruptionen verhindern kann, führt dazu, dass sich die vertraglichen Sicherheiten in Form von Bürgschaften und Vertragsstrafen auf einem niedrigeren Niveau bewegen können. Denn wie gezeigt, besteht eine Korrelation zwischen der Höhe der von der öffentlichen Hand geforderten Bürgschaften und dem Ausfall- bzw. Insolvenzrisiko des privaten Partners.²⁹⁵ Wenn sich durch die Beteiligung der öffentlichen Hand an der Projektgesellschaft nun der Staat selbst ein Bild über den 'Gesundheitszustand' des Auftragnehmers machen kann und ihm das Gesetz ein solches Recht einräumt, entfällt die ansonsten für Vertrags-PPP typische informationelle Unsicherheit in Bezug auf den Auftragnehmer, der nun nicht mehr als abstrakter Gegner angesehen werden kann. Das Partnerrisiko sinkt erheblich, obwohl der weitaus größere Geschäftsanteil immer noch dem privaten Partner gehört. Auf der anderen Seite

²⁹³ Vgl. zu dieser strukturellen Dimension der Kooperationsform Budäus (2004), a.a.O., S. 7 ff.

²⁹⁴ Vgl. § 64 GmbHG.

²⁹⁵ Vgl. zu diesem Befund S. 85 ff.

setzt sich der öffentliche Auftraggeber selbstverständlich denselben Marktrisiken aus, wie diese für den Privaten gelten. Auch für den Staat besteht damit eine Insolvenzgefahr, die sich zumindest auf die gezahlte Gesellschaftereinlage bezieht. Dieser mögliche finanzielle Verlust muss selbstverständlich kalkuliert und bewertet werden.

Wenn dieses Risiko auf öffentlicher Auftraggeberseite getragen wird und die dort beteiligten Personen (kommunal-) politisch durchsetzen können, dass die eigentlichen Vertragsgrenzen durch eine staatliche Partizipation verwischt werden und eine Abstraktion vom Auftragnehmer weitestgehend aufgehoben wird, stellt die gesellschaftsrechtliche Beteiligung des Auslobers an einer Projektgesellschaft die ideale Ausformung einer Vertrags-PPP dar. Das geringere Sicherheitenniveau wirkt sich mittelstandsfördernd aus. Der informationelle Zugang zu Gesellschafterbeschlüssen und zur Geschäftsführung ermöglicht es dem Staat, selbst auf den Erfolg der PPP Einfluss zu nehmen, etwa in dem vertraglich versprochene Qualitäten und das Bausoll insgesamt eingehalten werden. Damit sinkt auch das Nachtragsrisiko für die öffentliche Hand. Bis auf die Leistung der finanziellen Einlage für den geringen Geschäftsanteil ist nicht erkennbar, dass den öffentlichen Haushalt darüber hinaus finanzielle Belastungen treffen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Angebotskosten des Privaten deshalb höher ausfallen, weil er die Beteiligung des Staates an 'seiner' Projektgesellschaft fürchtet oder die Beobachtung und Kontrolle durch den Auftraggeber scheut.

Im Ergebnis überzeugen die Vorteile einer staatlichen Beteiligung an der Projektgesellschaft des privaten Partners. Denn offenkundige Nachteile bestehen nicht, wenn es sich um eine Minderheitsbeteiligung handelt und das finanzielle Engagement überschaubar bleibt. Bei dieser Minderbeteiligung ist die Staatsnähe nicht so groß, dass das Gemeinschaftsunternehmen zum öffentlichen Auftraggeber wird und selbst ausschreiben muss. Stattdessen können Subunternehmer formlos und allein unter Effizienzgesichtspunkten beauftragt werden. Wenn der Auftraggeber einen der Geschäftsführer der Projektgesellschaft stellt, erlaubt die Einsichtnahme in die Geschäftsbücher und die Teilhabe an der Führung der Geschäfte beiden Seiten, das Projekt vertrauensvoll und im Sinne einer echten Partnerschaft umzusetzen.

4 Schlussbetrachtung und praktische Empfehlungen

Auf die Euphorie wird eine Phase der Konsolidierung bei zukünftigen PPP-Projekten folgen. Weil die Investoren, die sich bei den ersten PPP-Modellen hervorgetan haben, heute gesättigt sind und die Kapazitäten dieser Unternehmen für die Realisierung von weiteren Infrastrukturvorhaben begrenzt sind, ist es nunmehr Sache des Staats, durch eine neue Auftraggeberverantwortung PPPs der Zukunft zu fördern. Wegen der voraussichtlich noch lange anhaltenden Überschuldung öffentlicher Haushalte können diese Fördermaßnahmen freilich nicht finanzieller Art sein. Die öffentlichen Kassen sind leer. Auf der anderen Seite besteht das Ziel von PPP auch nicht darin, die Ursachen, die zu der Finanzkrise der Gebietskörperschaften geführt haben, zu beseitigen. Wenn der Beitrag der öffentlichen Auftraggeber nicht in einem eigenen finanziellen Engagement bestehen kann, muss er für den Staat kostenneutral sein. Gleichzeitig müssen breitere Kreise für diese Form der Zusammenarbeit gewonnen werden.

Zur Aufrechterhaltung oder Steigerung der Attraktivität von künftigen PPP-Vorhaben kann der Beitrag deshalb nicht darin bestehen, dass der Staat von der bisher für PPP-Modelle charakteristischen Risikoallokation zu seinen Lasten Abstand nimmt und in Zukunft Gefahren trägt, die er bei den Modellen der ersten PPP-Phase noch auf den privaten Auftragnehmer übertragen konnte. Zum einen müssten diese zurückgenommenen Risiken im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsvergleichs, der einer PPP vorausgeht, finanziell bewertet und gegenüber der konventionellen Eigenlösung in Relation gesetzt werden. Die Rückverlagerung entsprechender Risiken wäre also nicht kostenneutral und PPP würde sich wahrscheinlich nicht mehr als lohnenswerte Kooperationsform gegenüber der staatlichen Eigenlösung durchsetzen, zumal PPP bis zu einer gesetzgeberischen Initiative per se unter einem Umsatzsteuernachteil leidet.²⁹⁶

²⁹⁶ Vgl. Befund auf S. 30.

Zum anderen würde eine neue staatliche Allokationspolitik bei PPP-Modellen unter Umständen auch zu einer Erhöhung des deutschen Staatsdefizits führen und damit die Einhaltung der Maastricht-Kriterien gefährden.²⁹⁷

Seiner Verantwortung als Aufgabenträger kann der Staat nur durch eine Reduktion und Substitution des bislang überzogenen Sicherheitenniveaus (Bürgschaften, Vertragsstrafen, Schadenersatzversprechen, Patronatserklärungen) nachkommen, um die Anbieterstellungs- und Transaktionskosten der Bieter zu senken. Die Herabsetzung von Bürgschaftssummen oder von Vertragsstrafen erhöht jedoch die Gefahr, dass sich der private Partner nicht vertragskonform verhält und den Erfolg der PPP vereitelt. Das Partnerrisiko steigt. In diesem Zusammenhang stellt sich dann die Frage, ob die in der Vergangenheit erzielten Effizienzvorteile überhaupt noch erzielt werden können, wenn es zutrifft, dass der öffentliche Auftraggeber bei zukünftigen PPP-Projekten gefordert ist. Denn wie soll der Staat möglichst günstig sein Sachziel, das heisst die dauerhafte und verlässliche Gewährung einer öffentlichen Daseinsvorsorge erreichen, wenn er dem privaten Partner weniger vertragliche Sicherheiten abverlangen kann?

Die Antworten auf diese Fragen sind bei einer bestimmten Unternehmensklasse zu suchen. Die entscheidende Rolle bei kommenden PPP-Projekten wird der lokale Mittelstand spielen, zu dessen Gunsten die Transaktions- und Anbieterstellungskosten erheblich vermindert werden können, ohne dass ein Ver-

²⁹⁷ Vgl. Eurostat-Entscheidung 18/2004 zu Öffentlich Privaten Partnerschaften vom 11. Februar 2004, abrufbar unter http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_PUBLIC/2-11022004-AP/DE/2-11022004-AP-DE.HTML, 18. August 2005. Die europäische Statistikbehörde sieht vor, Vermögenswerte, die Gegenstand einer Öffentlich Privaten Partnerschaft sind, nicht als Vermögenswerte des Staates zu klassifizieren und nicht in der Bilanz des Sektors Staat zu verbuchen, wenn die folgenden Bedingungen erfüllt sind: 1. Der private Partner trägt das 'Baurisiko' und 2. Der private Partner trägt zudem entweder das 'Ausfallrisiko' oder das 'Nachfragerisiko'. Unter 'Baurisiko' wird die verspätete Lieferung, Nichteinhaltung vorgegebener Standards, die Erhebung zusätzlicher Kosten, technische Mängel und externe negative Effekte verstanden. Wenn der Staat sich verpflichtet, mit der Leistung regelmäßiger Zahlungen an einen Partner zu beginnen, ohne den tatsächlichen Zustand der Vermögenswerte zu berücksichtigen, wäre das ein Zeichen dafür, dass er den Großteil der Baurisiken trägt. Das ist bei deutschen Kommunen, die nach klassischem Werkvertragsrecht (§ 640 BGB) stets die Maßnahme erst als mangelfrei anerkennen und dann abnehmen können, nicht zu erwarten. Die zweite Kategorie bildet das 'Ausfallrisiko', bei dem stets der private Partner die Verantwortung trägt. Denn wenn der Staat berechtigt ist, seine regelmäßigen Zahlungen erheblich zu kürzen, wie es jeder Kunde in einem Handelsvertrag verlangen könnte, geht Eurostat davon aus, dass der Staat ein solches Risiko nicht trägt. Die dritte Kategorie bildet das 'Nachfragerisiko', das Nachfrageschwankungen umfasst, die nicht dem Verhalten (Management) des privaten Partners zuzuschreiben sind. Da die meisten Hochbau-PPPs nicht die Deckung einer (Markt-) Nachfrage verfolgen, ist zu erwarten, dass mit Blick auf die Eurostat-Entscheidung zukünftige PPP-Infrastrukturvorhaben nur bei der bislang praxisüblichen Risikoallokation nicht dem Staatssektor zugerechnet werden und das Defizit erhöhen.

trauensverlust bei der langjährigen Zusammenarbeit eintritt. Nur eine Besinnung auf die ursprünglichen Funktionen und die originäre Entstehungsgeschichte von PPP zur Mobilisierung regionaler Ressourcen kann zukünftigen PPP-Projekten in Deutschland weiterhin zum Erfolg verhelfen. Denn allein in der Region liegende Kooperationsansätze versprechen eine Corporate Social Responsibility (CSR)²⁹⁸, die bei den großen Generalunternehmern, die bisher als Gewinner der ersten PPP-Modelle gelten, nicht zu erwarten ist. Der lokale Mittelstand hat eine gesellschaftliche Verantwortung aufgrund seiner Selbstbetroffenheit, die es dem öffentlichen Auftraggeber erlaubt, von seinen hohen Sicherheitsanforderungen zugunsten niedrigerer Transaktionskosten abzurücken, ohne das Erreichen des Sachziels zu vernachlässigen. Im Idealfall modernisiert ein Investor die Schule, die seine Kinder besuchen.

Der für die Herbeiführung dieses Idealfalls notwendige Vertrauensvorschuss der öffentlichen Auftraggeber muss sich bereits bei der Konditionierung der PPP-Ausschreibungen bemerkbar machen. Ein problematischer Unterschied besteht jedoch in Deutschland im Vergleich zum Ursprungsland der PPPs. Mit dem europäischen System für öffentliche Ausschreibungen soll ein internationaler Binnenmarkt geschaffen werden, für den die Förderung des örtlichen Mittelstands ein vergabefremder Aspekt ist. Weil eine Ortsnähe wegen des europäischen Beschaffungswesens kein zulässiges Zuschlagskriterium ist²⁹⁹, kann die regionale Verbundenheit eines Bieters zur Infrastrukturmaßnahme nicht begünstigend wirken. Eine direkte Bevorzugung dieser Investoren wäre sogar rechtswidrig und würde zur Anfechtung der Ausschreibung führen. Der öffentliche Auftraggeber muss deshalb alle ansonsten zulässigen Bedingungen seiner PPP-Ausschreibung stets daraufhin überprüfen, ob sie die schwächsten Teilnehmer auf Seiten der Privatwirtschaft unterstützen. Die folgenden Befunde sollen hierzu einen Beitrag leisten:

²⁹⁸ Vgl. Bassen, A./ Jastram, S./ Meyer, K., Corporate Social Responsibility. Eine Begriffserläuterung, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik (zfwu) 6. Jahrgang (2005), S. 231 ff.

²⁹⁹ Vgl. EuGH, Urteil vom 27. Oktober 2005, Rs. C234/03, NVwZ 2006, S. 187 zur Bevorzugung von Bietern, die über einen Geschäftsraum oder eine Produktionsstätte in der Region verfügen; vgl. auch Müller-Wrede, M., Örtliche Präsenz, Ortsnähe und Ortsansässigkeit als Wertungskriterium - eine Verletzung des Diskriminierungsverbots? in: VergabeR 5. Jahrgang (2005), S. 38, wonach bei ortsbezogenen Auftragskriterien die Forderung der räumlichen Nähe des Bieterunternehmens (Ortsansässigkeit oder Ortsnähe) gemäß § 97 GWB diskriminierend ist.

- Der neue wettbewerbliche Dialog wird bei PPP keine Breitenwirkung entfalten. Er ist nur bei bundesweiten Hochtechnologieprojekten (Verkehrsinfrastruktur, Computernetzwerke, IT-Outsourcing) anwendbar. Der Großteil zukünftiger Hochbau-PPPs wird weiterhin im Verhandlungsverfahren vergeben. Das ist positiv zu bewerten. Selbst bei einer freien Wahl zwischen beiden Vergabearten sollte das praxisbewährte Verhandlungsverfahren unter allen Umständen gegenüber dem wettbewerblichen Dialog bevorzugt werden. Das Ziel, dem Auftraggeber den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu ermöglichen, ist zwar dasselbe, die Belastung der Bieter durch höhere Angebotserstellung- und Transaktionskosten sowie der zu befürchtende Know-how-Verlust ist jedoch beim wettbewerblichen Dialog höher. Die Teilnahmebereitschaft der Bieter sinkt und der Wettbewerb erlahmt. Diese Folgen sind dem wettbewerblichen Dialog inhärent. Denn der öffentliche Auftraggeber ist wegen des gesetzlich verordneten Informationsvorsprungs des privaten Partners von Beginn an gezwungen, Erkenntnisse anderen Wettbewerbern preiszugeben und damit das Gebot des Geheimhaltungswettberwebs zu verletzen. Da der Auftraggeber nur bei völliger Unkenntnis über mögliche Lösungsansätze zu seinem PPP-Projekt überhaupt berechtigt ist, im wettbewerblichen Dialog zu vergeben, sollte ihm zugestanden werden, die Entscheidungskriterien zu einem möglichst späten Zeitpunkt im Verlauf der Ausschreibung festzulegen. Bislang muss er die Kriterien für den Zuschlag schon in der Bekanntmachung benennen. Sinnvoller wäre es, die Dialogphase abzuwarten.

- Die Förderung des Mittelstands ist kein leistungsbezogener, sondern ein vergabefremder Aspekt und deshalb mit dem Ziel der Wirtschaftlichkeit einer PPP nur schwer zu vereinbaren. Dementsprechend hat der öffentliche Auftraggeber nur wenige gesetzlich vorgesehene Mittel an der Hand, die Rahmenbedingungen seines Vergabeverfahrens möglichst mittelstandsfreundlich zu gestalten. Das Recht zur Aufteilung der PPP in kleinere Leistungsbestandteile (Lose) ist mit dem für PPP charakteristischen Lebenszyklusansatz unvereinbar. Synergien würden bei einer Losaufteilung verloren gehen. Die Zulassung von Generalunternehmern und die Abkehr von

der Pflicht zur Leistung im eigenen Betrieb wirken sogar mittelstandsgefährdend. Es ist fraglich, welche vergaberechtlichen Möglichkeiten bleiben.

Mittelständler können sich in Bietergemeinschaften zusammenschließen. Die Praxis hat jedoch gezeigt, dass es mittelständischen Bietergemeinschaften an der notwendigen arbeitsteiligen Professionalität fehlt, über die etwa große Generalunternehmer verfügen. Für die Kooperationsinitiierung und Kooperationsimplementierung brauchen Mittelständler mehr Zeit als es die vergaberechtlichen Regelfristen vorsehen. Diese Zeit sollten die öffentlichen Auftraggeber gewähren. Ferner sollte zugunsten von mittelständischen Bietergemeinschaften auf eine gesamtschuldnerische Haftung verzichtet werden. Weil der Staat mit Abschluss der Bauphase Eigentümer der PPP-Infrastruktur ist, wird das Erreichen des 'Sachziels' hierdurch nicht beeinträchtigt.

Völlig unabhängig von gesetzlichen Vorgaben können öffentliche Auftraggeber die Rahmenbedingungen zur Finanzierung ihrer PPP bestimmen. Dieser Spielraum sollte dazu genutzt werden, die Interdependenz zwischen dem Finanzierungsmodell, dem Sicherheitensystem und der Risikoallokation mittelstandsfreundlich zu gestalten. Um eine Übersicherung des Projekts zu vermeiden und gleichzeitig der fehlenden Eigenkapitalausstattung mittelständischer Bieter Rechnung zu tragen, ist die Forfaitierung mit Einredeverzicht gegenüber der klassischen Projektfinanzierung zu bevorzugen. Zu Unrecht vertreten öffentliche Auftraggeber bei dieser mittelstandsfreundlicheren Finanzierungsart die Ansicht, dass der Anteil des Nutzungsentgelts, der einrededefrei monatlich an die finanzierende Bank zu leisten ist, nicht mehr für eine Minderung zur Verfügung steht, sondern durch hohe Bürgschaften des Auftragnehmers abgesichert werden muss. Das ist unnötig. Denn auch bei der Forfaitierung mit Einredeverzicht steht die errichtete und vom Auftraggeber abgenommene Infrastruktur im Eigentum des Staats. Der noch für eine Minderung verbleibende Betrag ist auch bei der Forfaitierung mit Einredeverzicht ausreichend, um das Insolvenzrisiko des Privaten während der Betriebsphase zu kompensieren.

- Es gibt zahlreiche Fälle, in denen es im Verlauf einer Ausschreibung zur Beauftragung einer PPP zu einem Identitätswechsel auf der Bieterseite gekommen ist. Das trifft insbesondere auf Bietergemeinschaften aus mehreren Firmen oder auf Investoren zu, die Subunternehmer einsetzen wollen. Grund für einen Identitätswechsel ist zum einen die Länge des Vergabeverfahrens und zum anderen die Tendenz, dass sich deutsche Unternehmen zunehmend in moderne europäische Gesellschaftsformen wie etwa die 'Limited (Ltd.)' kleiden. Der Identitätswechsel erfordert eine Flexibilität auf Seiten des öffentlichen Auftraggebers, die bei den bisherigen PPP-Projekten nicht vorhanden war. Stattdessen haben in der Vergangenheit die vom Staat festgelegten Ausschreibungsbedingungen und die daraufhin ergangenen Entscheidungen der Gerichte dazu geführt, dass jeder Identitätswechsel unabhängig von seiner kaufmännisch nachvollziehbaren Motivation unmittelbar zum Ausschluss des entsprechenden Investors geführt hat. Diese rein formale Konsequenz ist unverhältnismäßig, verfassungswidrig und letztlich für den Staat selbstschädigend. Denn eine Änderung in der Person des Bieters führt nicht immer zu einer Verfälschung des Wettbewerbes. Nur wenn Unternehmen in die Bieterrolle eintreten, die keine strukturellen oder personellen Gemeinsamkeiten mit dem ursprünglichen Bieter oder Bieterkonsortium aufweisen, mag möglicherweise eine Störung vorliegen. Doch zur Vermeidung von closed shops sollte selbst dieser Fall nicht kategorisch behandelt werden. Stattdessen liegt es nahe, zur Verfahrensbeschleunigung und zur Herstellung von Investitions- und Planungssicherheit bei allen Beteiligten Öffnungsklauseln vorzusehen, die den Staat verpflichten, nach einer gewissen Verfahrenslänge – etwa nach acht Monaten seit der Veröffentlichung der PPP – den Wettbewerb wieder zu verbreitern, indem der Investorensseite erlaubt wird, die zu Verfahrensbeginn gewählte 'Mannschaftsaufstellung' kritisch zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern.
- Eine Beteiligung des Staates an der privaten Projektgesellschaft, die die PPP realisieren soll, hat äußerst positive Auswirkungen und fördert den Mittelstand. Gegen das gesellschaftliche Engagement bestehen keine durchgreifenden vergaberechtlichen Bedenken, sofern sich die staatliche Quote am Geschäftsvermögen der Single Purpose Company (SPC) im niedrigen einstelligen

Bereich bewegt, so dass nicht von einer staatlichen Finanzierung gesprochen werden kann. Bei einer umfangreichen Beteiligung der öffentlichen Hand können nachteilige Auswirkungen dann auftreten, wenn es um PPP-Projekte geht, die die Errichtung und den Betrieb von Schulen zum Ziel haben. An der baulichen Aufrechterhaltung des Schulkomplexes besteht nämlich im Gegensatz zu anderen Infrastrukturen ein allgemeines, öffentliches Interesse. In diesen Fällen könnte das Gemeinschaftsunternehmen selbst zum öffentlichen Auftraggeber werden und müsste alle Subunternehmerleistungen (freilich erst ab dem Schwellenwert) ausschreiben. Eine solche Qualifikation der Gemeinschaftsunternehmen aus Staat und Privatwirtschaft würde jeden Effizienzgewinn aus der PPP aufzehren. Die Zahl der PPPs, die aus diesem Grund möglicherweise nicht für eine Beteiligung des Staates an der Projektgesellschaft in Betracht kommen, bleibt aber überschaubar.

Für den öffentlichen Auftraggeber, der nach dem Ende der Ausschreibung Mitgesellschafter des privaten Auftragnehmers wird, liegen die Vorteile vor allem darin, dass informationelle Unsicherheiten hinsichtlich der Projektrealisierung und der Einhaltung vertraglicher Absprachen beseitigt werden. Das gilt umso mehr, wenn der Staat auch einen der Geschäftsführer stellen kann. Dieser verfügt nach dem Gesetz über weitgehende Einsichts- und Mitspracherechte. Das Vertrauen unter den Mitgesellschaftern im Sinne einer Joint Responsibility für das Gelingen der PPP führt dazu, dass das ansonsten hohe und für den Mittelstand hinderliche Sicherheitenniveau erheblich gesenkt werden kann. Wenn der Umfang der zu stellenden Bürgschaften kleiner wird, sinken die Kosten für die Erstellung des Angebots und das Feld der Wettbewerber verbreitert sich.

Damit die Beteiligung des Staates an der Projektgesellschaft nicht zur institutionellen PPP wird, sollte das Engagement auf einen bestimmten Zeitraum beschränkt werden. Der öffentliche Auftraggeber sollte sich über die Bauphase hinweg nach etwa zwei Jahren des erfolgreichen Betriebs aus dem Gemeinschaftsunternehmen zurückziehen. Dann handelt es sich bei der PPP wieder um ein rein synallagmatisches Tauschmodell.

Wenn die Auslober einer PPP nicht im Sinne dieser Befunde umdenken und die Konditionen ihrer Ausschreibung entsprechend optimieren, stehen zur praktischen Umsetzung zwei Mittel zur Verfügung:

Zum einen könnte der Gesetzgeber die öffentlichen Auftraggeber verpflichten, verantwortungsvoller bei der Ausschreibung von PPPs zu handeln, etwa indem die Bewerbungsfristen für alle Bieter gemäß § 18 a VOB/A verlängert werden oder zwangsweise eine bestimmte staatliche Minderheitsbeteiligung an der Projektgesellschaft vorgeschrieben wird. Die Chance zur Implementierung von normativen Maßnahmen bietet das ÖPP-Vereinfachungsgesetz, das sich derzeit im Gesetzgebungsverfahren befindet.

Ein gesetzliches Diktat wäre unter Umständen aber kontraproduktiv und nicht vertrauenserweckend. Angemessener als eine gesetzliche Pflicht könnte eine freiwillige Selbstverpflichtung aller (kommunalen) Auftraggeber sein, beispielsweise in Form eines 'PPP Governance Kodex', der sich am bewährten 'Corporate Governance Kodex' orientiert. Eine freiwillige Selbstverpflichtung würde noch treffender dem Umstand Rechnung tragen, dass die derzeitigen Defizite bei der Diskussion um PPP vor allem auf eine "Misstrauenskultur"³⁰⁰ im Verhältnis der staatlichen Auftraggeber und der Privaten zurückzuführen sind. Vergleichbar mit den Verhaltensmaßstäben zur Unternehmensführung sollte der 'PPP Governance Kodex' ein demokratisches, nicht legitimes Regelwerk sein, das als 'soft law' über die bereits bestehenden gesetzlichen Verpflichtungen hinausgeht und von den Verdingungsausschüssen erarbeitet wird. Es sollte weder zwingendes noch dispositives Recht sein oder Handelsbrauch. Dennoch könnte es zur Auslegung bestehender Normen herangezogen werden und mit einer Erhöhung des Pflichtenniveaus für staatliche Auftraggeber ein faktisches Gewicht bei zukünftigen PPPs erhalten.

³⁰⁰ Vgl. Budäus (2006), a.a.O., S. 19.

Quellenverzeichnis

Literatur

- Achleitner, A.-K. (Hrsg.), Handbuch Investment Banking, 3. Auflage, Wiesbaden 2002.
- Altmeppen, H., Die Einflussrechte der Gemeindeorgane in der kommunalen GmbH, in: Neue Juristische Wochenschrift 56. Jahrgang (2003), S. 2561-2572.
- Bahlensiefen, G./ Raiber, M., Das gegenwärtige öffentliche Vergabewesen aus Sicht der Bieter in der Bauwirtschaft, in: Zeitschrift Vergaberecht 5. Jahrgang (2005), S. 307.
- Bahlensiefen, G., Studie zur Beurteilung des gegenwärtigen öffentlichen Vergabewesens aus Sicht der Bieter in der Bauwirtschaft (Kurzfassung) des Centrums für Infrastruktur und Recht der Hochschule für Bauwesen und Wirtschaft (Hrsg.), Biberach 2004.
- Barknow, T./ Boyle, R./ Rich, D., Privatism and Urban Policy in Britain and the United States, Oxford University Press (Hrsg.), New York 1989.
- Bassen, A./ Jastram, S./ Meyer, K., Corporate Social Responsibility. Eine Begriffserläuterung, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik 6. Jahrgang (2005), S. 231-236.
- Becker, J., Rechtsrahmen für Public Private Partnership – Regelungsbedarf zu neuen Kooperationsformen zwischen Verwaltung und Privaten?, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 35. Jahrgang (2002), S. 303-306.
- Boesen, A., Kommentar zum Vergaberecht, 1. Auflage, Köln 2000.
- Breuer, R., Freiheit des Berufs, in: Isensee, J./ Kirchhof, P. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der BRD, Band VI, Heidelberg 1989.
- Budäus D./ Grüning, G., Public Private Partnership – Konzeption und Probleme eines Instruments zur Verwaltungsreform aus Sicht der Public Choice-Theorie, in: Budäus, D./ Eichhorn P. (Hrsg.), Public Private Partnership. Neue Formen öffentlicher Aufgabenerfüllung, Baden-Baden 1997, S. 27-68.
- Budäus, D., Public Private Partnership – Kooperationsbedarfe, Grundkategorien und Entwicklungsperspektiven, in: Budäus, D. (Hrsg.), Heft 54 der Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Baden-Baden 2006, S. 11-28.

- Budäus, D., Public Private Partnerships – Neue Formen kooperativer Aufgabewahrnehmung, in: Schauer, R./ Budäus, D. (Hrsg.), Public Management, Arbeitsberichte und Forschungsergebnisse, Verwaltungsreform Neue Kooperationsformen Nonprofit-Management, 3. Forschungskolloquium, Johannes Kepler Universität Linz, Linz-Hamburg 23. bis 25. Mai 2000, Linz 2001.
- Budäus, D., Public Private Partnership – Ansätze, Funktionen, Gestaltungsbedarfe, in: Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (Hrsg.), Public Private Partnership: Formen-Risiken-Chancen, Berlin 2004, S. 9-22.
- Budäus, D./ Grüning, G./ Steenbock, A., Public Private Partnership I – State of the Art, in: Budäus, D. (Hrsg.), Public Management, – Diskussionsbeiträge – Nr. 32, Hamburg 1997.
- Budäus, D./ Grüb, B., Ergebnisqualität und Vertrauen als kritische Erfolgsfaktoren von PPP im Gesundheits- und Sozialwesen, in: Sozialer Fortschritt 56. Jahrgang (2007), Heft 1, im Druck.
- Budäus, D./ Grüb, B., Public Private Partnership: Allheilmittel für die Finanzkrisen der öffentlichen Haushalte oder Risikofaktor?, in: ifo Schnelldienst 59. Jahrgang (2006), Heft 24, S. 8-12.
- Bunsen, C./ Sester, P., Finanzierungsverträge für PPP-Projekte im öffentlichen Hochbau und Refinanzierung durch Pfandbriefe, in: Zeitschrift für Immobilienrecht 9. Jahrgang (2005), S. 81-85.
- Byok, J./ Jaeger, W. (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2. Auflage, Heidelberg 2004.
- Chatrie, I./ Uhaldeborde, J. M. (Hrsg.), Partenariat public-privé et développement territorial, in: Le Monde Editions, Paris 1996.
- Clement, W., Entbürokratisierung: Chancen für Deutschland, in: Jahrbuch "Öffentliches Auftragswesen Deutschland 2004/2005", Berlin 2004, S. 2-6.
- Daub, W./ Eberstein, H. H. (Hrsg.), Kommentar zur VOL/A, 5. Auflage, Düsseldorf 2004.
- Daube, D., Leitfaden des Finanzministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen, Public Private Partnership im Hochbau. Evaluierung der Wirtschaftlichkeitsvergleiche der ersten PPP-Pilotprojekte im öffentlichen Hochbau in NRW, Düsseldorf 2005.
- Dreher, M., Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, Inhouse-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 3. Jahrgang (2002), S. 245-259.

- Dreher, M., Die Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 6. Jahrgang (2005), S. 427-436.
- Dreier, H. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 2. Auflage, Tübingen 2004.
- Eichhorn, P., Public Private Partnership und öffentlich-privater Wettbewerb, in: Budäus, D./ Eichhorn, P. (Hrsg.), Heft 41 der Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Baden-Baden 1997, S. 198-207.
- Eifert, M., Die rechtliche Sicherung öffentlicher Interessen in Public Private Partnerships, in: Verwaltungsarchiv 93. Jahrgang (2002), S. 561-584.
- Fabian, R./ Farle, V., Bilanzielle Beurteilung von "Public Private Partnerships" am Beispiel des "A-Modells", in: Deutsches Steuerrecht 42. Jahrgang (2004), S. 929-932.
- Gandenberger, O., Die Ausschreibung: Organisierte Konkurrenz um öffentliche Aufträge, Heidelberg 1961.
- Grabow, B./ Reidenbach, M./ Rottmann, M./ Seidel-Schulze, A., Endbericht des Deutschen Instituts für Urbanistik (Hrsg.), Public Private Partnership Projekte. Eine aktuelle Bestandsaufnahme in Bund, Ländern und Kommunen, Berlin 2005.
- Großmann, J., Der Durchbruch ist da, in: Behörden Spiegel 21. Jahrgang (2005) vom August 2005, S. 20.
- Hausmann, F. L./ Wendenburg, A., Vergabeausschluss von Generalübernehmern rechtswidrig, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 5. Jahrgang (2004), S. 315-317.
- Heller, M., Das Submissionswesen in Deutschland, Jena 1907.
- Immenga, U./ Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Auflage, München 2007.
- Ingenstau, H./ Korbion, H./ Locher, H./ Vygen, K. (Hrsg.), VOB Teile A und B, Kommentar, 15. Auflage, Düsseldorf 2003.
- Jaeger, W., Die Rechtsprechung der OLG-Vergabesenate im Jahre 2000 – Teil 3: Einzelfragen zu materiell-rechtlichen Vorschriften, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 2. Jahrgang (2001), S. 427-439.
- Kling, M., Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen. Möglichkeiten und Grenzen einer politischen Institutionalisierung der Vergabe öffentlicher Aufträge, Diss., 2. Auflage, Berlin 2003.
- Knauff, M., Im wettbewerblichen Dialog zur Public Private Partnerhip?, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 6. Jahrgang (2005), S. 249-256.

- Knauß, M., Die vergaberechtlichen Regelungen des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 6. Jahrgang , (2005), S. 443- 444.
- Koenig, C./ Kühling, J., Verfahrensvielfalt und Wahl des richtigen Vergabeverfahrens – Fallstricke bei der Ausschreibung von Infrastrukturaufträgen, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 4. Jahrgang (2003), S. 126-133.
- Kopp, F. O./ Ramsauer, U., VwVfG Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 10. Auflage, München 2008.
- Kulle, B., Kooperation zwischen öffentlicher Hand und privaten Unternehmen (Public Private Partnership) – Erfahrungen aus unternehmerischer Sicht, in: Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht 26. Jahrgang (2003), S. 129-133.
- Lacasse, F./ Wall, T., Public/Private Partnerships in infrastructure provision: main issues and conclusion in: OECD (Hrsg.), New Ways of Managing Infrastructure Provision, Paris 1994, S. 7-25.
- Löwer, W./ Puhl, T./ Houloubek, M., Europäisches und nationales Verfassungsrecht - Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, in: Dreier, H./ Pauly, W. (Hrsg.), Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Leipzig vom 4. bis. 6. Oktober 2000, Berlin/ New York 2001, S. 454-472.
- Mayer, O., Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag, in: Archiv des Öffentlichen Rechts, Band 3 (1888), S. 1-33.
- Meißner, M., Public Private Partnership könnte zu einem Beschäftigungsprogramm werden, in: FAZ o. Jg. (2005) vom 5. August 2005.
- Motzke, G. / Pietzcker, J./ Prieß, H. J. (Hrsg.), VOB Teil A, 1. Auflage, München 2001.
- Müller-Wrede, M., Örtliche Präsenz, Ortsnähe und Ortsansässigkeit als Wertungskriterium - eine Verletzung des Diskriminierungsverbots? in: Zeitschrift Vergaberecht 5. Jahrgang (2005), S. 32-38.
- Müller, H., Staatliche Preislenkung bei öffentlichen Aufträgen, in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. (Hrsg.), Band 56 der Schriftenreihe FIW, Köln 1970.
- Neßler, V., Der Neutralitätsgrundsatz im Vergaberecht, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 18. Jahrgang (1999), S. 1081-1083.
- Niebuhr F./ Kulartz, H.-P./ Kus, A. /Porz, N. (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 4. Teil des GWB, Neuwied/ Kriftel 2000.

- Noelle, T./ Rogmans, J., Öffentliches Auftragswesen: Leitfaden für die Vergabe und Abwicklung von öffentlichen Aufträgen (GWB und VO PR 30/53), Berlin 2002.
- Öhler, M., Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union, Diss., Wien 1997.
- Ollmann, H., Wettbewerblicher Dialog eingeführt – Änderungen des Vergaberechts durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz, in: Zeitschrift Vergaberecht 5. Jahrgang (2005), S. 685-693.
- Osborne, D. (Hrsg.)/ Gaebler, T., Reinventing Government – How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector, Harmondsworth 1993.
- Otting, O., Privatisierung und Vergaberecht, in: Zeitschrift Vergaberecht 2. Jahrgang (2002), S. 11-16.
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Auflage, München 2006.
- Pauly, L. (Hrsg.), Das neue Miteinander. Public Private Partnership für Deutschland, 1. Auflage, Hamburg 2006.
- Pietzcker, J., Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, Tübingen 1978.
- Pietzcker, J., Vergaberechtliche Sanktionen und Grundrechte, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 4. Jahrgang (2003), S. 242-249.
- Primožic, F. R., Cash-Pooling versus Forderungsverkauf?, in: Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und der Sanierung 8. Jahrgang (2005), S. 358-363.
- Proll, R. U./ Drey, F., Die 20 Besten: PPP-Beispiele aus Deutschland. Konzeption und Umsetzung von Public Private Partnership-Projekten anhand praktischer Beispiele, Köln 2006.
- Pünder, H./ Franzius, I., Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, in: Zeitschrift für internationales Bau- und Vergaberecht 29. Jahrgang (2006), S. 20-26.
- Rebmann, K./ Säcker, F. J./ Rixecker, R. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Auflage, München 2001, Band 1.
- Reidt, O./ Stickler, T./ Glahs, H., Vergaberecht-Kommentar, 2. Auflage, Köln 2003.
- Roggencamp, S., Public Private Partnership, Entstehung und Funktionsweise kooperativer Arrangements zwischen öffentlichem Sektor und Privatwirtschaft, Frankfurt a.M. u.a. 1999.

- Roth, F., Änderung der Zusammensetzung von Bietergemeinschaften und Austausch von Nachunternehmern im laufenden Vergabeverfahren, in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht 6. Jahrgang (2005), S. 316-319.
- Ruh, E., Mittelstandseteiligung an öffentlichen Aufträgen, in: Zeitschrift Vergaberecht 5. Jahrgang (2005), S. 718-736.
- Sachs, M. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage, München 2003.
- Schwalbe, U./ Zimmer, D., Kartellrecht und Ökonomie. Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle, Recht der internationalen Wirtschafte (Hrsg.), Frankfurt am Main, 2006.
- Schwintowski, H.-P./ Ortlieb, B., PPP zwischen Markt und Regulierung – ein Diskussionsbeitrag zum Grünbuch der Europäischen Kommission, in: Budäus, D. (Hrsg.), Heft 54 der Schriftenreihe der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Baden-Baden 2006, S. 189-217.
- Stober, R., Neuregelung des Rechts der öffentlichen Unternehmen?, in: Neue Juristische Wochenschrift 55. Jahrgang (2002), S. 2357-2369.
- Stoller, A., Sitztheorie und Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften, in: Juristische Schulung o. Jg. (2003), S. 846-848.
- Tettinger, P. J., Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership, in: Die Öffentliche Verwaltung 49. Jahrgang (1996), S. 764-770.
- Trapp, A., Risiken kommunaler Kredite – Dargestellt am Beispiel des Landes Brandenburg, in: Landes- und Kommunalverwaltung 8. Jahrgang (1998), S. 224-229.
- Uechtritz, M./ Otting, O., Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz: Neuer Name, neuer Schwung für öffentlich-private Partnerschaften, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 24. Jahrgang (2005), S. 1105-1111.
- von Arnim, H. H., Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 536, Berlin 1988.
- von der Groeben, H./ Schwarze, J. (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EU/EG-Vertrag), 6. Auflage, Baden-Baden 2003.
- Weber, M./ Schäfer, M./ Hausmann, F. L., Praxishandbuch Public Private Partnership. Rechtliche Rahmenbedingungen. Wirtschaftlichkeit. Finanzierung, 1. Auflage, München 2006.
- Weyand, R., Praxiskommentar Vergaberecht, in: Schulze-Hagen, A. (Hrsg.), Schriftenreihe IBR 2004, München 2004.
- Willems, H., Die Förderung des Mittelstands – wirtschaftsverfassungsrechtliche Legitimation und vergaberechtliche Realisierung, Diss., Köln 2003.

Rechtsgrundlagen

BGB	in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Art. 123 des Gesetzes vom 19. April 2006 (BGBl. I S. 866).
BHO	in der Fassung vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1284), geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 22. September 2005 (BGBl. I S. 2809).
BremSchVwG	in der Fassung vom 28. Juni 2005 (Brem.GBl. S. 280).
EGV	in der Fassung des Vertrags von Amsterdam vom 2. Oktober 1997 (ABl. Nr. C 340, S. 1, ber. BGBl. 1999 II S. 416), zuletzt geändert durch EU-Beitrittsakte 2003 vom 16. April 2003 (ABl. Nr. L 236, S. 33).
GG	in der Fassung des Teils III des Bundesgesetzblatts, Gliederungsnummer 100-1, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 26. Juli 2002 (BGBl. I S. 2863).
GmbHG	in der Fassung des Teils III des Bundesgesetzblatts, Gliederungsnummer 4123-1, zuletzt geändert durch Art. 12 des Gesetzes vom 22. März 2005 (BGBl. I S. 837).
GWB	in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114).
HGB	in der Fassung des Teils III des Bundesgesetzblatts, Gliederungsnummer 4100-1, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 3. August 2005 (BGBl. I S. 2267).
HGrG	in der Fassung vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1273), zuletzt geändert durch Art. 63 des Gesetzes vom 23. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2848).
HOAI	in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. März 1991 (BGBl. I S. 533), zuletzt geändert durch das Neunte Euro-Einführungsgesetz vom 10. November 2001 (BGBl. I, Seite 2992).

HSchG	in der Fassung vom 2. August 2002 (GVBl. I S. 466), zuletzt geändert durch das Gesetz vom 21. März 2005 (GVBl. I S. 218).
KWG	in der Fassung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2776), zuletzt geändert durch Art. 4 a des Gesetzes vom 22. September 2005 (BGBl. I S. 2809).
Mittelstandsrichtlinien	der Bundesregierung von 1976 (BAnz. Nr. 111, Beil. 16/76).
ÖPP-Beschleunigungsgesetz	Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften vom 1. September 2005 (BGBl. S. 2676).
Richtlinie 93/37/EWG	des Rates vom 14. Juni 1993 zu Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199 vom 9. August 1993, S. 54).
Richtlinie 2004/18/EWG	des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134 vom 30. April 2004, S. 1 ff).
Richtlinie 2004/17/EWG	des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie-, und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. L 134 vom 30. April 2004, S. 114 ff.).
Richtlinie 93/36/EWG	des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. L 199 vom 9. August 1993, S. 1).
Richtlinie 92/50/EWG	des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209 vom 24. Juli 1992, S. 1).
Richtlinie 93/38/EWG	des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie-, und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. L 199 vom 9. August 1993, S. 84).

prEG	Preußisches Gesetz über Eisenbahnunternehmungen vom 3. November 1838 (Gesetzsamml., S. 505).
SächsGemO	in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Mai 2005 (SächsGVBl. S. 345).
SchulG NRW	in der Fassung vom 15. Februar 2005 (GV. NRW. S. 102), zuletzt geändert durch Gesetz vom 27. Juni 2006 (GV. NRW. 278).
Sportstättenbauförderrichtlinien	des Landes NRW vom 10. Mai 2004 (SMBL: NRW.23723), zuletzt geändert durch Runderlass MSWKS vom 16. März 2005, III.2-8712 Nr. 68/2005.
UStG	in der Fassung des Gesetzes vom 13. Dezember 2006 (BGBl. I S. 2878).
VgV	in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Februar 2003 (BGBl. I S. 169), zuletzt geändert durch Art. 1 und 2 der Dritten Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung vom 23. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2334)
VOB	in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. März 2006 (BAnz. Nr. 94 a).
VOF	in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. März 2006 (BAnz. Nr. 91 a).
VOL	in der Fassung der Bekanntmachung vom 6. April 2006 (BAnz. Nr. 100 a).
VO PR 30/53	vom 21. November 1953 (Bundesanzeiger Nr. 244 vom 18. Dezember 1953), zuletzt geändert durch Verordnung PR Nr. 1/86 vom 15. April 1986 (BGBl. I S. 435) und Verordnung PR 1/89 vom 13. Juni 1989 (BGBl. I S. 1094).
VwVfG	in der Fassung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), zuletzt geändert durch Artikel 4 Abs. 8 des Gesetzes vom 5. Mai 2004 (BGBl. I. S. 718).

Entscheidungen

EuGH

Urteil vom 11. Januar 2005, Rs. C-26/03 ('Stadt Halle'), Slg. 2005, I-1

Urteil vom 11. August 1995, Rs. C-433/93, Slg. 1995, I-2311, 2317.

Urteil vom 28. November 2002, Rs. T-40/01 ('Scan Office Design'), Slg. 2002, II-5043.

Urteil vom. 28. Oktober 1999, Rs. C-81/98 ('Alcatel Austria AG u. a. ./ Österreichisches Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr'), Slg. 1991, I-2567, NVwZ 1998, S. 866.

Urteil vom 7. Oktober 2004, Rs. C-247/02, NZBau 2004, S. 685.

Urteil vom 14. April 1994, Rs. C-389/92, Slg. 1994, I-1289.

Urteil vom 2. Dezember 1999, Rs. C-176/98, Slg. 1999, I-8607.

Urteil vom 18. März 2004, Rs. C-314/01, NZBau 2004, S. 340.

Urteil vom 5. November 2002, Rs. C-280/00, NZBau 2003, S. 33.

Urteil vom 30. September 2003, Rs. C-167/01, NJW 2003, S. 3331.

Urteil vom 10. Mai 2001, Rs C – 223/99 und 360/99 ('Agorà und Excelsior'), NJW 2001, S. 3180.

Urteil vom 10. November 1998, Rs. C – 360/99, ('Gemeinde Arnhem ./ BFI Holding'), Slg. 1998, I- 6861.

Urteil vom 3. Oktober 2000, Rs. C- 380/98, ('University of Cambridge'), VergabeR 2001, S. 111.

Urteil vom 27. Oktober 2005, Rs. C234/03, NVwZ 2006, S. 187.

Urteil vom 16. Oktober 2003, Rs. C – 283/00 ('Kommision ./ Spanien'), ZfBR 2004, S. 81.

- Urteil vom 23. Januar 2003, Rs. C – 57/01, NZBau 2003, S. 219.
- Bundesverfassungsgericht
Beschluss vom 29. Juli 2004, 2 BvR 2248/03, VergabeR 2004, S. 597.
- Urteil vom 11. Juni 1958, 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377, 397.
- Urteil vom 1. März 1979, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 362.
- Urteil vom 29. Juli 1959, 1 BvR 394/58, BVerfGE 10, 89, 102 ff.
- Beschluss vom 18. Dezember 1974, 1 BvR 259/66, BVerfGE 38, 281, 297 f.
- Urteil vom 1. März 1979, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 354.
- Urteil vom 14. Dezember 1965, 1 BvR 413/60, BVerfGE 19, 206, 215.
- Beschluss vom 6. März 1968, 1 BvL 975/58, BVerfGE 23, 153, 163.
- Beschluss vom 24. Februar 1971, 1 BvL 40/69, BVerfGE 30, 227, 243.
- Beschluss vom 22. Mai 1975, 2 BvL 13/73, BVerfGE 39, 334, 367.
- Urteil vom 23. Oktober 1951, 2 BvG 1/51, BVerfGE 1, 14, 52.
- Beschluss vom 19. Oktober 1982, 1 BvL 39/80, BVerfGE 61, 138, 147.
- Beschluss vom 7. Oktober 1980, 1 BvL 50/79, BVerfGE 55, 72, 88.
- Beschluss vom 30. Mai 1990, 1 BvL 2/83, BVerfGE 82, 126, 146.
- Urteil vom 24. April 1991, 1 BvR 1341/90, BVerfGE 84, 133, 157.
- Beschluss vom 11. Juni 1991, 1 BvR 538/90, BVerfGE 84, 197, 199.

- Beschluss vom 13. Juni 2006, 1 BvR, 1160/03, <http://www.ibr-online.de>.
- Bundesgerichtshof
- Beschluss vom 19. Dezember 2002, 1 StR 366/02, BGHZ 153, 198 = NJW 2003, S. 1318.
- Urteil vom 13. Dezember 1983, KRB 3/83 ("Bieter- und Arbeitsgemeinschaft") = WUW/E 2050.
- Oberlandesgerichte
- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Dezember 2004, Verg 101/04, IBR, 2005, S. 105.
- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. Oktober 2000, Verg 14/00, <http://www.ibr-online.de>.
- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. September 2004, Verg 38/04, NZBau 2004, S. 689.
- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. Mai 2005, VII-Verg 28/05, <http://www.ibr-online.de>.
- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Januar 2005, VII-Verg 45/04, VergabeR 2005, S. 374
- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. Mai 2004, Verg 10/04, NZBau 2004, S. 460.
- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. Juli 2000, Verg 5/99, NVwZ 2001, S. 13
- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Februar 2001, Verg 30/00, VergabeR 2001, S. 210.
- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Januar 2004, Verg 71/03, NZBau 2004, S. 343.
- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Mai 2002, Verg 8-15/01, <http://www.ibr-online.de>.
- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. April 2003, Verg 67/02, ZfBR 2003, S. 605.
- OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. Mai 2005, VII-Verg 08/05, nicht veröffentlicht.
- OLG Koblenz, Beschluss vom 8. Februar 2001, 1 Verg 5/00, NZBau 452, S. 453.
- OLG Stuttgart, Beschluss vom 9. August 2001, 2 Verg 3/01, NZBau 2002, S. 292.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 5. August 2003, 11 Verg 1/02, NZBau 2004, S. 176.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 2. November 2004, 11 Verg 16/04, <http://www.ibr-online.de>.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 16. Mai 2000, 11 Verg 1/99, NZBau 2001, S. 101.

Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 21. Oktober 2004, Verg 17/04, NZBau 2005, S. 173.

OLG Rostock, Vorlagebeschluss vom 5. Februar 2003, 17 Verg 14/02, VergabeR 2003, S. 321.

OLG Celle, Beschluss vom 8. November 2001, 13 Verg 9/01, VergabeR 2002, S. 301.

OLG Bremen, Beschluss vom 14. April 2005, Verg 1/2005, VergabeR 2005, S. 537.

Kammergericht Berlin, Beschluss vom 5. November 1986, Kart. 15/84 ('Coop-Wandmaker'), WuW/E OLG 3917 (3928).

Vergabekammern

Vergabekammer beim Bundeskartellamt, Beschluss vom 9. Januar 2001, VK 2-40/00, VergabeR 2001, S. 143.

Vergabekammer beim Bundeskartellamt, Beschluss vom 7. April 1999, VK 19/99, Bundeskartellamt WuW/E 2000, 109.

Vergabekammer bei der Bezirksregierung Köln, Beschluss vom 30. September 2003, VK VOB 27/03, nicht veröffentlicht.

Vergabekammer des Freistaates Sachsen, Beschluss vom 11. März 2005, 1/SVK/009-05, <http://www.ibr-online.de>.

Vergabekammer beim Landesgewerbeamt Baden-Württemberg, Beschluss vom 9. Oktober 2001, 1 VK 27/01, <http://www.ibr-online.de>.

Internetquellen

1. Die PPP Task Force im Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (BMVBW). Aufgaben und Funktionen im föderalen Kompetenznetzwerk, http://www.bdi-online.de/Dokumente/OeAVerteidigung/Praesentation_Dr._Christen_7.3.2006.pdf., 23. Februar 2006.
2. Homepage der Allegheny-Conference on Community Development, <http://www.alleghenyconference.org>., 3. Januar 2006.
3. Gemeinsame Presseinformation des BDI und des ZVEI vom 7. März 2006, http://www.bdi-online.de/Dokumente/OeA-Verteidigung/Pressemitteilung_PPP_am_7.3.2006.DOC., 4. April 2006.
4. Bilanzpressekonferenz der HOCHTIEF AG am 23. März 2005, http://www.hochtief.de/img/content/presse/pressemit/bpk_keitel_050323_d.pdf., 12. Dezember 2005.
5. Fachreferat des Generalkonsuls des Vereinigten Königreichs Großbritannien, Byod McCleary, anlässlich des PPP-Kongresses des Wirtschaftsministeriums Baden-Württemberg am 15. November 2004 in Stuttgart, Kongressdokumentation, <http://www.ibl.uni-stuttgart.de>, 12. Januar 2006.
6. Stellungnahme der Bundesrepublik Deutschland zum Grünbuch der Europäischen Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftsrechtlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen vom 16. August 2004, <http://www.bmwi.de>., 15. November 2005.
7. Homepage der PPP-Task-Force des Bundes, <http://www.ppp-bund.de/>., 7. September 2005.
8. Homepage des Bundesverbandes der Deutschen Industrie e.V., <http://www.bdi-online.de/>, 28. März 2006.
9. Homepage des Bundesverbands Public Private Partnership e.V., <http://www.bppp.de/>., 3. Februar 2006.
10. Leitfaden "Public Private Partnership im Hochbau. Vertragsrechtliche Aspekte am Beispiel von PPP-Schulprojekten" vom November 2005, http://www.ppp.nrw.de/publikationen/000_adruck_nrw_leitfaden_vertragsmuster.pdf., 12. Oktober 2005.
11. Definition und Schlüsselzahlen des Mittelstands, <http://www.ifm-bonn.org/index.htm?dienste/daten.htm>, 4. April 2006.
12. Eckpunkte der Bundesvereinigung mittelständischer Bauunternehmen zum Thema "PPP aus Sicht der mittelständischen Bauwirtschaft" <http://www.bvmb.de>., 25. Oktober 2005.
13. Homepage der HOCHTIEF PPP Schulpartner GmbH, <http://www.hochtief-schulpartner.de>., 7. Mai 2006.

14. Daten des PPP-Projekts zur Errichtung eines neuen Verwaltungsgebäudes in Gladbeck, <http://www.hochtief-pppsolutions.de/ppp/61.jhtml>., 10. Juli 2005.
15. Eurostat-Entscheidung 18/2004 zu öffentlich-privaten Partnerschaften vom 11. Februar 2004, http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_PUBLIC/2-11022004-AP/DE/2-11022004-AP-DE.HTML., 18. August 2005.
16. 'Lünendonk-Liste' führender Facility-Management-Unternehmen für infrastrukturelles und technisches Gebäudemanagement in Deutschland, http://www.luenendonk.de/facility_management.php., 30. Oktober 2005.
17. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 11. November 2005, http://www.spd.de/servlet/PB/show/1589444/111105_Koalitionsvertrag.pdf., 12. Juli 2006.
18. Gutachten "PPP im öffentlichen Hochbau", Band III, Teilband 2: Wirtschaftlichkeitsuntersuchung, Arbeitspapier Nr. 5 "Risikomanagement", Berlin 2003, <http://www.ppp-bund.de/hochbau.htm#1>., 13. Juli 2005.
19. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft zum Grünbuch der EU-Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzession vom 30. April 2004 (KOM [2004] 327) vom 29. Juli 2004, <http://goew.de/pdf/c.1.4.goew.pdf>., 15. September 2005.
20. Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz vom 28. Dezember 2004 anlässlich des Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (Societas Europaea, SE), <http://www.bmj.bund.de>, 19. Juni 2006.
21. Referat des Leiters der Arvato Government Services, Christoph Baron, auf der BBG-Tagung am 9. November 2006 in Wien, http://bbg.portal.at/Internet/News_Archiv/Veranstaltungskalender/VortrgebeiNutzenLeben/Keynote_BBG_2006-11-09_v2.pdf, 20. Dezember 2006.
22. Strukturdaten des deutschen Bauhauptgewerbes im Bericht des Hauptverbands der Deutschen Bauindustrie e.V. vom September 2005, http://hvb.epgmbh.de/seiten/downloads/Baudatenkarte_2005.pdf, 28. Dezember 2006.
23. Entwurf des Vertrags über eine Verfassung für Europa <http://ue.eu.int/igcpdf/de/04/cg00/cg00087.de04.pdf>, 2. Januar 2007.

Rechtspolitische Quellen

Deutschland

1. Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrats vom 5. Juli 2005 zu Punkt 90 der 813. Sitzung des Bundesrats am 8. Juli 2005 (BR.-Drucksache 544/1/05).
2. Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN vom 14. Juni 2005 (BT.-Drucksache 15/5668).
3. Bekanntmachung des Sofortpakets zur Anpassung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) an zwingende Änderungen durch neue EU-Vergaberichtlinien (2004/17/EG und 2004/18/EG) und das ÖPP-Beschleunigungsgesetz vom 20. März 2006 (BAnz. Nr. 94 a vom 18. Mai 2006).

Europa

1. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen vom 15. November 2005, KOM (2005) 569 endgültig.
2. Grünbuch der Europäischen Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endgültig.
3. "Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union: Überlegungen für die Zukunft" vom 27. November 1996, KOM (1996) 583 endgültig.
4. Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, K (2003) 1422, (Abl. L 124/36 vom 20. Mai 2003).

Bekanntmachungen im EU-Amtsblatt

1. Bekanntmachung der Stadt Grevenbroich vom 25. April 2006, Amtsblatt EU 2006/S 79-083707.
2. Bekanntmachung der Stadt Brandenburg an der Havel vom 17. November 2005, Amtsblatt EU 2005/S 221-218095.
3. Bekanntmachung des Landes Sachsen-Anhalt vom 24. August 2005, Amtsblatt EU 2005/S 162-161643.
4. Bekanntmachung des Freistaates Sachsen vom 2. September 2005, Amtsblatt EU 2005/ S 169-168021.