

Rechtsprobleme der Privatisierung gemeindeeigener Gebäude und Liegenschaften

*Am Beispiel von PPP-Modellen für die Errichtung, den
Betrieb und die Unterhaltung kommunaler Schulen, Rat- und
Krankenhäusern*

Vortrag auf der Tagung

„Kommunales Infrastruktur-Management, Berlin, 29.07.2007“

von

PD Dr. Ralf Brinktrine

Universität Leipzig

Übersicht

- A. Einführung
- B. Privatisierung und Privatisierungsformen
- C. Privatisierung und PPP-Modelle
- D. Rechtsanforderungen an PPP-Modelle
- E. Rechtspraktische Umsetzung von PPP-Modellen
- F. Zusammenfassung und Ausblick

A. Einführung

I. Faktische Ausgangslage:

- In den nächsten 10-20 Jahren werden für Tausende kommunaler Gebäude im ganzen Bundesgebiet, insbesondere für Schulen, aber auch für Rat- und Krankenhäuser sowie Betriebsgebäude umfangreiche Erhaltungs- und Sanierungsmaßnahmen notwendig. In vielen Fällen müssen ausgediente Gebäude auch neu errichtet werden.
- Als neues Problem ist aufgrund der demographischen Entwicklung zudem der Rückbau von Gebäuden hinzukommen. Diese neue Notwendigkeit lässt sich bundesweit beobachten. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang etwa die Stadt Halle an der Saale, die ihre Schulen von 140 auf 100 reduzieren muß. Ein weiteres Beispiel ist Wuppertal-Arrenberg: Aufgabe des Klinikums nach Schließung von Produktionsstandorten.
- Das finanzielle Volumen dieser Bauprojekte in Form von Neubau, Sanierung oder Rückbau kommunaler Liegenschaften mit ihren Einrichtungen beträgt laut Spiegel-Online bzw. FAZ nach vorsichtigen Schätzungen allein bis 2010 ca. 10-20 Milliarden Euro. Ein großer Teil der deutschen Kommunen ist aufgrund der kritischen Finanzsituation der Gemeinden aber nicht (mehr) in der Lage, die notwendigen Bau- und Sanierungsmaßnahmen selbst durchzuführen und selbst zu finanzieren.

A. Einführung

II. Kommunale Reaktionsmöglichkeiten:

1. Maßnahmenverzicht aufgrund Haushaltslage
2. Fortsetzung des Eigenbetriebs und kreditbasierte Finanzierung von Sanierung, Neu- und Umbau
3. Verkauf der Immobilien, soweit rechtlich zulässig und tatsächlich möglich
4. (Teil)Privatisierung durch Vereinbarung von öffentlich-privaten Partnerschaften

A. Einführung

III. Gegenstand und Ziel der anschließenden

Ausführungen*:

1. Einführung in den Problembereich der Privatisierung und der Privatisierungsformen
2. Überblick über gängige PPP-Modelle
3. Diskussion der Möglichkeiten von PPP-Modellen als Lösungskonzepte für die kommunale Problemstellung
4. Aufzeigen der rechtlichen Vorgaben und Grenzen von PPP-Modellen aus Sicht der Kommunen
5. Verdeutlichung der rechtspraktischen Umsetzung von PPP-Modellen

* Aus Platzgründen wird in den Folien in der Regel auf einzelne Rechtsprechungs- und Literaturnachweise verzichtet. Hinsichtlich der für den Vortrag verwendeten Quellen wird auf die Aufstellung auf der Folie „Quellen/Bibliographie“ am Ende des Vortrags verwiesen.

B. Begriff und Erscheinungsformen von „Privatisierung“

- I. Begriff der Privatisierung
- II. Privatisierungsformen

B.I. Begriff der „Privatisierung“

Privatisierung:

Der Begriff der Privatisierung umschreibt das Phänomen, daß staatliche Aufgaben entweder in den Formen des Privatrechts oder durch Private ganz oder zum Teil eigenverantwortlich übernommen und ausgeführt werden. Dieses Phänomen ist an sich nichts Neues, denn Aufgabenwahrnehmung durch Private oder in Formen des Privatrechts hat es seit jeher gegeben. Neu ist jedoch die besondere Dynamik, mit der immer mehr Verwaltungsaufgaben dem Vollzug durch Private überlassen werden.

B.II. Privatisierungsformen

1. Formale Privatisierung oder Organisationsprivatisierung (klassischer Fall der Privatisierung):

Von einer **formalen oder Organisationsprivatisierung** wird gesprochen, wenn der Staat eine Aufgabe behält und weiterhin selbst ausführt, dies aber nunmehr in Organisationsformen des Privatrechts. Beispiele: Kommunales Wasserwerk in der Rechtsform einer AG, Theater-GmbH.

2. Materielle Privatisierung:

Bei der **materiellen Privatisierung** wird dagegen eine Angelegenheit aus dem Kreis der staatlichen Aufgaben ausgeschieden und der eigenverantwortlichen Wahrnehmung durch Private übergeben. Anders gewendet zieht der Staat sich aus der Aufgabenwahrnehmung zurück und überläßt Privaten auch inhaltlich das Feld; deswegen spricht man auch von Aufgabenprivatisierung.

3. Funktionale Privatisierung:

Bei der **funktionalen Privatisierung** findet der soeben beschriebene Aufgabentransfer nicht statt. Der Staat behält die Aufgabe in seinem Verantwortungsbereich, er schaltet aber Private in die Aufgabenwahrnehmung ein. Der Private hat bei dieser Form der Privatisierung lediglich die Stellung eines Verwaltungshelfers.

C. Privatisierung und PPP-Modelle

- I. Begriff der PPP
- II. PPP als Erscheinungsform funktionaler Privatisierung
- III. Formen von PPP-Modellen
- IV. Geeignete PPP-Modelle für kommunale Liegenschaften
- V. Aktuelle Beispiele von PPP-Modellen für kommunale Liegenschaften

C.I. Begriff der PPP

Der Begriff Public-Private-Partnership (PPP) oder neuerdings auch Öffentlich-Private-Partnerschaft (ÖPP) beschreibt Formen der Kooperation zwischen Privaten und Verwaltung. Unter PPP sei „die auf vertraglicher Basis und längerfristig angelegter Zusammenarbeit zwischen Trägern öffentlicher Aufgaben und privaten Einrichtungen sowie Unternehmen zur Verfolgung gemeinsamer wirtschaftlicher Ziele auf der Grundlage von gesellschaftsrechtlichen Vereinbarungen oder von Kooperationsvereinbarungen beziehungsweise Finanzierungsverträgen“ zu verstehen (so etwa die Begriffsbestimmung bei Gröning, ZIP 2001, 497 (497)). Deshalb ist vielfach auch von einem „Verwaltungskooperationsrecht“ die Rede (so beispielsweise Schuppert, Verwaltungswissenschaft, S. 443 ff.). Dieses Verwaltungskooperationsrecht steckt allerdings noch in den Kinderschuhen; eine ausdifferenzierte Dogmatik hat sich noch nicht entwickelt.

C.II. PPP als Erscheinungsform funktionaler Privatisierung

- PPP-Modelle gehören in den Bereich der funktionalen Privatisierung, da die Aufgabe beim Staat bzw. den Kommunen verbleibt und der Private lediglich in die Erfüllung der Aufgabe einbezogen wird. Diese Einbeziehung kann in unterschiedlichen Abstufungen erfolgen:
- Die Beteiligung Privater am staatlichen Aufgabenvollzug kann erstens in der Weise geschehen, daß die Kommune private Firmen mit der bloßen Erbringung und Ausführung von Leistungen beauftragt, etwa der Neuausstattung der Büroräume, der Ausführung von Bauleistungen mehr oder minder größeren Umfangs etc. Hierbei handelt es sich um die typischen fiskalischen Hilfsgeschäfte.
- Eine Steigerung stellt die Variante dar, daß z.B. die Bauplanung und Bauleitung eines Gebäudes auf einen Architekten oder Projektsteuerer übertragen wird, aber die Bauherrenschaft beim Staat oder der Stelle, deren Aufgabe der Bau dienen soll, verbleibt.
- Schließlich ist vorstellbar, daß das Bauvorhaben durch einen privaten Bauherrn eigenverantwortlich realisiert wird und anschließend vom Staat oder der Kommune zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben vom Privaten erworben, gemietet oder geleast wird - wobei er nicht auszuschließen ist, daß weitere Nutzungsformen vereinbart werden können.
- Funktionale Privatisierungen dieser zweiten und dritten Art stimmen darin überein, daß Planung und Durchführung eines Vorhabens der staatlichen beziehungsweise kommunalen Bauverwaltung jedenfalls teilweise entzogen wird.

C.III. Formen von PPP-Modellen - Überblick (1)

1. Kategorien von PPP-Modellen

a) Vertrags-PPP

- Kennzeichen: Durchführung zeitlich befristeter Projekte auf der Basis vertraglicher Beziehungen (über den Markt organisierte Tauschmodelle)

Beispiele:

- PPP-Betriebsführungsmodell
- PPP-Betreibermodell (auch Inhabermodell genannt)
- PPP-Erwerbermodell
- PPP-Leasingmodell
- PPP-Konzessionsmodell (auch selbständiges Betreibermodell genannt)

b) Organisations-PPP (auch gesellschaftsrechtliche PPP genannt):

- Kennzeichen: Zusammenwirken zwischen Hoheitsträger und Privaten durch Gründung einer eigenen Rechtspersönlichkeit
- Beispiel: PPP-Beteiligungs- oder Kooperationsmodell

c) Informale PPP

C.III. Formen von PPP-Modellen - Überblick (2)

2. Kurzcharakterisierung einiger PPP-Modelle

- a) **Betriebsführungsmodell:** Dieses Modell zeichnet sich dadurch aus, daß ein Privater auf vertraglicher Basis gegen Entgelt Einrichtungen des öffentlichen Auftraggebers in dessen Namen und auf dessen Rechnung und Risiko betreibt. Der öffentliche Aufgabenträger (dies ist zumeist eine Kommune) bleibt Betreiber der Einrichtung und Eigentümer der Liegenschaften. Die vereinbarten Leistungen des Privaten werden nur gegenüber dem Auftraggeber und nicht gegenüber den Nutzern der Einrichtung erbracht.
- b) **Betreiber- oder Inhabermodell:** Der Private übernimmt aufgrund näherer vertraglicher Vereinbarung gegen Entgelt bestimmte Teilaufgaben wie Planung, Entwicklung, Finanzierung, Bau, Sanierung oder Betrieb während der gesamten Dauer des Projektes. Das Eigentum am Projektgegenstand geht entweder im Zeitpunkt der Errichtung kraft Gesetzes oder im Zeitpunkt der Besitzüberlassung mittels Rechtsgeschäft auf den öffentlichen Auftraggeber über. Im Gegenzug erhält der Private ein langfristiges Nutzungsrecht. Hinsichtlich der Ausübung des Nutzungsrechts ist er in der Regel dahingehend gebunden, daß er die Liegenschaft an die Kommune zu vermieten hat.
- c) **Erwerbermodell:** Der Private als Auftragnehmer ist zugleich Bauherr und Eigentümer des Projektgegenstandes. In der Errichtungsphase erbringt er sämtliche erforderlichen Leistungen zur Herstellung des Projektgegenstandes. Während der Betriebsphase überläßt er dem öffentlichen Auftraggeber gegen Entgelt zur Nutzung; die Verantwortung für den Projektgegenstand verbleibt bei ihm. Am Ende der vereinbarten Vertragslaufzeit hat er das Eigentum auf die öffentliche Hand zu übertragen.
- d) **Leasingmodell:** Das Leasingmodell ist eine Variation des Erwerbermodells. Errichtungs- und Betriebsphase sind weitgehend identisch. Abweichungen ergeben sich bei der Verwertung: Nach Ablauf der Nutzungszeit ist der Private nicht verpflichtet, das Eigentum auf den öffentlichen Auftraggeber zu übertragen. Vielfach aber werden dem Auftraggeber zuvor im Vertrag Nutzungsverlängerungs- oder Erwerbsrechte eingeräumt.

C.IV. Geeignete PPP-Modelle für kommunale Liegenschaften

1. Bei Übertragung des schlichten Betriebs von Einrichtungen:
PPP-Betriebsführungsmodell
PPP-Konzessionierungsmodell (z.B. bei städtische Einrichtungen wie Theater)
2. Bei Beauftragung des Privaten mit Unterhaltung inkl. Sanierung bestehender Gebäude
PPP- Betreibermodell
3. Bei Beauftragung des Privaten mit der Neuerrichtung (inkl. Unterhaltung und Betrieb) von Gebäuden:
PPP-Betreibermodell
PPP-Erwerbermodell
PPP-Leasingmodell
4. Bei Rückbau von Gebäuden:
Evtl. PPP-Leasingmodell
sonstige Formen der Finanzierung

C.V. Aktuelle Beispiele von PPP-Modellen

I. Das Gladbecker Rathaus

In der Stadt Gladbeck errichtete die Firma Hochtief in eigener Regie und Finanzierung für die Stadt Gladbeck auf kommunalem Grund ein neues Rathaus. Die Stadt bleibt Eigentümerin des Grundstücks und des Gebäudes, Hochtief hat allerdings für 25 Jahre das alleinige Nutzungsrecht und vermietet das Gebäude für einen monatlichen Mietzins von 147.000 Euro an die Stadt. Am Ende der Nutzungszeit fällt das Rathaus an die Stadt Gladbeck zurück.

II. Schulen des Kreises Offenbach

Der Kreistag des Kreises Offenbach fällte die Entscheidung, die Firma HOCHTIEF zu beauftragen, 49 Schulen mit insgesamt 282 Gebäuden zu sanieren, zu finanzieren und insgesamt 15 Jahre lang zu betreiben. Umgesetzt wird diese ÖPP durch eine eigens gegründete Projektgesellschaft, die HOCHTIEF PPP Schulpartner GmbH mit Sitz in Heusenstamm. An dieser Gesellschaft ist HOCHTIEF zu 94,5 Prozent beteiligt; die restlichen Anteile gehören dem Kreis Offenbach, der weiterhin Eigentümer der Immobilien bleibt. Nach Aussage der Beteiligten soll dieses Modell einen Einsparungseffekt von genau 90 Millionen Euro – oder 18 Prozent – bei diesem 410-Millionen-Euro-Projekt erbringen.

HOCHTIEF hat sich verpflichtet, alle Sanierungsarbeiten innerhalb von fünf Jahren fertig zu stellen. In Eigenregie hätte die öffentliche Hand - so die Annahme - dafür 15 Jahre länger gebraucht. HOCHTIEF investiert in den nächsten Jahren 100 Mio. Euro. Ausgaben in dieser Höhe und kurzen Zeitspanne fallen für den Kreis nicht an. Der Kreis entrichtet stattdessen ein fixes monatliches Entgelt, das sich im Haushalt kalkulieren lässt. Schon während der Sanierungsarbeiten und auch danach betreibt HOCHTIEF die Schulen. Die Schulhausmeister, die früher beim Kreis angestellt waren, wurden in die HOCHTIEF PPP Schulpartner GmbH übernommen. Nach Ablauf des

Vertrages sollen alle Schulen dem Kreis in einwandfreiem Zustand übergeben werden.

D. Rechtliche Anforderungen an PPP-Modelle

PPP-Modelle berühren verschiedene Rechtsmaterien. Insbesondere folgende Gebiete sind involviert und enthalten rechtliche Anforderungen an die Zulässigkeit von PPP:

- I. Europarechtliche Vorgaben
- II. Verfassungsrechtliche Vorgaben
- III. Kommunalrechtliche Vorgaben
- IV. Vergaberechtliche Vorgaben

D.I. Europarechtliche Vorgaben

Der EGV enthält keine ausdrücklichen Vorschriften über das Zusammenwirken von Staat (einschließlich der Kommunen) und Privaten. Folglich läßt sich ihm auch keine unmittelbare Aussage zu PPP-Modellen entnehmen. In der Literatur wird indes eine privatisierungsfördernde Zielrichtung des EGV angenommen. In welchen Formen diese Privatisierung anzustreben ist, bleibt aber den staatlichen Entscheidungsträgern überlassen.

Relevant für die PPP-Problematik ist allerdings sekundäres Gemeinschaftsrecht, insbesondere die Richtlinien zum öffentlichen Auftragswesen. Hieraus können sich für die Auftragsvergabe, insbesondere das Vergabeverfahren ergeben. Namentlich die Pflicht zur europaweiten Ausschreibung kommt hier in Betracht.

Ferner ist auf das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot zu verweisen; Bieter aus anderen Mitgliedstaaten dürfen nicht benachteiligt werden.

D.II. Verfassungsrechtliche Vorgaben

1. Anforderungen des Demokratieprinzips
2. Rechtsstaatliche Anforderungen
3. Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG
4. Sozialstaatliche Grenzen
5. Kommunale Selbstverwaltungsgarantie als Grenze
6. Grundrechtliche Beschränkungen

D.II. Verfassungsrechtliche Vorgaben (1)

1. Demokratieprinzip

Das Gebot demokratischer Legitimation staatlichen Handelns verlangt über die organisatorisch-personelle Legitimation hinaus die Wahrung eines sachlich-inhaltlichen Niveaus auch bei funktionaler Privatisierung. Insbesondere legt es den Kommunen die sogenannte Gewährleistungsverantwortung auf. Diese verlangt konkret eine lebenszyklusorientierte Planung und Steuerung der PPP, da die Verwaltung je nach Aufgabe und Ausgestaltung der Zusammenarbeit langfristige Bindungen mit beträchtlichen finanziellen Auswirkungen und großen wirtschaftlichen Risiken eingeht.

2. Rechtsstaatsprinzip

Auf dem Feld des Rechtsstaatsprinzips ist vor allem das Problem des Gesetzesvorbehalts angesprochen. Auch bei Privatisierungsmodellen und Privatisierungsentscheidungen gelten die Grundsätze der Wesentlichkeitslehre und damit der Gesetzesvorbehalt. Dieser greift aber nur ein, wenn es sich um eine Maßnahme handelt, bei der die Kooperation zwischen der Kommune und dem Privaten mit der Schaffung und Einrichtung von Verwaltungsträgern sowie die Übertragung von Hoheitsgewalt verbunden ist. Werden Private als unselbständige Verwaltungshelfer in die Aufgabenwahrnehmung einbezogen, üben sie keine hoheitlichen Befugnisse aus und der Gesetzesvorbehalt kommt nicht zur Anwendung.

D. II. Verfassungsrechtliche Vorgaben (2)

3. Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG

Der Funktionsvorbehalt ist grundsätzlich privatisierungsfeindlich, soweit die Ausübung hoheitlicher Entscheidungs- und Handlungsbefugnisse betroffen ist. In den Fällen funktionaler Privatisierung und damit auch im Rahmen einer PPP ist der Funktionsvorbehalt in der Regel nicht verletzt, weil der einem Privaten übertragener Aufgabenkreis sich nur auf die mit Bau/Sanierung, Instandhaltung und Gebäudemanagement der Anlage verbundenen Arbeiten erstreckt, nicht jedoch auf die in diesem Gebäude ausgeübte hoheitliche Tätigkeit selbst.

4. Sozialstaatsprinzip

Das Sozialstaatsprinzip gebietet den Gemeinden die Aufrechterhaltung eines qualitativ adäquaten und zu angemessenen Bedingungen zugänglichen Angebots öffentlicher Einrichtungen. Dieses Gebot wird bei PPP-Betriebsführungs- und Betreibermodellen, namentlich bei Bau- und Sanierungsmaßnahmen, nicht einmal im Ansatz berührt. Problematisch kann diese Vorgabe aber bei Konzessionierungsmodellen werden, sofern diese Zugängerschwernisse für die Nutzer zur Folge haben.

D.II. Verfassungsrechtliche Vorgaben (3)

5. Kommunale Selbstverwaltungsgarantie

Die in Art. 28 Abs. 2 GG verankerte kommunale Selbstverwaltungsgarantie verbietet den Kommunen nicht, PPP-Modelle mit Privaten zu vereinbaren. Der Abschluß solcher Vereinbarungen entspricht sogar eher der ihnen eingeräumten Organisationshoheit. Konkrete Begrenzungen können sich aber aus der jeweiligen Aufgabe bzw. dem Aufgabentypus ergeben. So ist die Zulässigkeit von kommunalen Privatisierungen bei freiwilligen Aufgaben anders zu beurteilen als bei weisungsfreien Pflichtaufgaben oder Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung. Siehe dazu auch Folie D.III.1.

6. Grundrechte

Noch nicht abschließend beantwortet ist die Frage, inwieweit Grundrechte PPP-Modellen entgegenstehen. Geklärt dürfte sein, daß die Grundrechte privater Wettbewerber unmittelbar kein Abwehrrecht gegen den Marktzutritt der sich wirtschaftlich betätigenden öffentlichen Hand enthalten. Sie begründen damit auch kein Verbot formeller oder funktionaler Privatisierung. Grundrechte privater Konkurrenz bilden folglich keine Schranke für die Wahrnehmung kommunalrechtlicher Aufgaben durch PPP-Modelle.

Offen ist aber, ob Grundrechte der Gemeindebürger und -einwohner PPP-Modelle verbieten. Hier gilt, daß die bloße Verwaltungshilfe in Form von Betriebsführungs-, Betreiber- und Erwerbermodellen mangels Außenwirkung Grundrechte nicht verletzt, solange die eigentliche Aufgabenwahrnehmung bei der Gemeinde verbleibt.

D.III. Kommunalrechtliche Vorgaben

1. Aufgabenbezogene Vorgaben und Grenzen für PPP-Modelle
2. Haushalts- und kommunalwirtschaftsrechtliche Vorgaben und Grenzen für PPP-Modelle

D.III.1. Aufgabenbezogene Vorgaben

- a) Pflicht zur Berücksichtigung von PPP-Modellen bei der kommunalen Aufgabenerfüllung?
 - nach Landesrecht unterschiedlich ausgestaltet
- b) Allgemeiner Vorrang der Eigenwahrnehmung kommunaler Aufgaben?
 - nein, kein Vorrang in den Gemeinde-/Kreisordnungen festgeschrieben
- c) Vorrang der Eigenwahrnehmung kommunaler Aufgaben aufgrund der besonderen Eigenart der konkreten Aufgabe?
 - in der Regel bei reiner Verwaltungshilfe kein Verstoß gegen die Pflicht zur Erfüllung weisungsfreier Pflichtaufgaben
 - Pflichtverstoß bei einer pflichtigen Selbstverwaltungsaufgabe dann, wenn Tätigkeit des Privaten die Grenze zur Aufgabenübertragung überschreitet. Beispiel: Bei Betrieb von Schulgebäuden darf die Verantwortung nach außen nicht von der Gemeinde auf den privaten Betreiber übertragen werden.

D.III.2. Haushalts- und kommunalwirtschaftsrechtliche Vorgaben und Grenzen

- a) Beachtung der allgemeinen Grundsätze des kommunalen Haushaltswirtschaftsrechts
 - insbesondere: Wirtschaftlichkeitsvergleich
- b) Beachtung der speziellen Vorgaben des Haushaltsrechts
 - insbesondere: Genehmigungserfordernis, wenn PPP als Kreditaufnahme zu beurteilen ist
 - Genehmigungserfordernisse bei Gewährverträgen
 - Genehmigungserfordernisse bei Vermögensveräußerungen und Nutzungsüberlassungen

D.IV. Vergaberechtliche Vorgaben

1. Anwendbarkeit des Vergaberechts
2. Ausschreibungspflicht bei Erreichen des Schwellenwerts, § 100 I GWB i.V.m. § 2 Vergabe VO
3. Beachtung der sonstigen Verfahrensvoraussetzungen bei Vergabeentscheidungen
4. Beachtung der Vergabevoraussetzungen nach § 97 III GWB:
 - Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit

E. Rechtspraktische Umsetzung von PPP-Modellen - Überblick

- I. Verfahrenstechnischer und -rechtlicher Ablauf von PPP-Maßnahmen
- II. Wahl des Rechtsregimes
- III. Bestimmung des Vertragsinhaltes
- IV. Vorsorge gegen Rechtsschutzinterventionen Dritter

E. Rechtspraktische Umsetzung (1)

I. Verfahrenstechnischer und verfahrensrechtlicher Ablauf

1. Schritt: Festlegung der Maßnahme: z.B. Neubau oder Sanierung (Projektidentifizierungsphase)
2. Schritt: Entscheidung des Rates für ein PPP-Modell zur Durchführung des Vorhabens
3. Schritt: Vorbereitung der Ausschreibung: Art des Vergabeverfahrens, städtebauliche/architektonische Anforderungen, Raumprogramm, Vertragswerk (Schritt 2 und 3: Projektspezifizierungsphase)
4. Schritt: Vergabeverfahren
5. Schritt Gemeindlicher Entscheidungsprozeß und Auswahl des günstigsten Angebotes
6. Schritt: Entscheidung des Rates und Vertragsunterzeichnung (Schritt 4-6: Formalisierungsphase)
7. Schritt: Umsetzung des Vertrages (Implementierungsphase)

II. Wahl des Rechtsregimes für PPP-Modelle

Bei keinem der für die gemeindliche Interessenlage relevanten PPP-Modelle kommt ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nach §§ 54 ff. VwVfG zum Tragen. Bei fast allen Vertrags-PPP kommen vielmehr

privatrechtliche Verträge zum Einsatz, zumeist als Typenkombinationsverträge.

E.Rechtspraktische Umsetzung (2)

III. Bestimmung des Vertragsinhalts

- Modellwahl und Vertragsinhalt hängen davon ab, was die Kommune im einzelnen erreichen will
- für verschiedene PPP-Modelle stehen aus den Erfahrungen der Praxis entwickelte Vertragsmuster bereit, die die verschiedenen Interessen gut erfassen
- bei der Ausgestaltung sind aber auch rechtliche Grenzen im Auge zu behalten, so z.B.:
 - Wirksamkeitserfordernisse: Beachtung etwaiger kommunalaufsichtsbehördlicher Genehmigungen des Vertrages/der Verträge
 - Beachtung des § 138 BGB: Dies kann für Immobilienleasingverträge von Bedeutung werden, vgl. BGH, NVwZ-RR 2007, 47 ff.

IV. Vorsorge gegen Rechtsschutzinterventionen Dritter

- Private Dritte haben mangels Klagebefugnis grds. keine Abwehrmöglichkeiten gegen PPP-Modelle als solche
- Bei Divergenzen im Rat über PPP sind Organstreitverfahren nicht auszuschließen; einvernehmliche Entscheidungen sind daher anzustreben
- Bei Fehler im Vergabeverfahren drohen Nachprüfungs- und Klageverfahren durch benachteiligte Bieter

F. Zusammenfassung und Ausblick

Modelle einer Öffentlich-Privaten-Partnerschaft bieten aus Sicht der Kommunen gute Lösungen für die Finanzierungsprobleme bei der Errichtung, Sanierung oder Unterhaltung gemeindeeigener Liegenschaften. Namentlich das im Fall Gladbeck verwendete Modell Inhaber-PPP ist vielversprechend. Bei diesem Modell können vor allem die vielfältigen rechtlichen Anforderungen an eine Public-Private-Partnership eingehalten werden.

Erfolgreiche PPP-Modelle verlangen aber eine sorgfältige und vorausschauende Arbeitsweise, nicht zuletzt auf dem Feld des Vergaberechts, um nicht das Projekt durch Rechtsschutzinterventionen Dritter, die zu Projektverzögerungen führen, zu gefährden.

Quellen (Bibliographie)

Allgemein zur Privatisierung und PPP:

Hoppe/Uechritz, Handbuch Kommunale Unternehmen, Köln 2004

Weber/Schäfer/Hausmann, Praxishandbuch Public Private Partnership, München 2005

Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Band 3, 5. Auflage München 2004, § 92

Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, München 2007

Heintzen/Hildebrandt, Die Privatisierung staatlichen Bauens, SächsVBl. 1998, 1 ff.

Tettinger, Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen, NWVBl. 2005, 1 ff.

Aufsätze und Rechtsprechung zu Einzelfragen:

BGH, NVwZ-RR 2007, 47 ff. (Sittenwidrigkeit von PPP-Verträgen)

Roth, Sittenwidrigkeit von PPP-Verträgen, NVwZ 2007, 301 ff.

Findeisen/Backhaus, Vertragliche Vergütungsmechanismen bei PPP-Projekten, NWVBl. 2007, 93 ff.

Gröning, Public Private Partnerships unter den Zwängen des Vergabe-, Gemeindegewirtschafts- und Wettbewerbsrechts, ZIP 2001, 497 ff.

Reuter, PPP-Refinanzierung unter Haushalts-, Gebühren-, Preis- und Beihilferecht: Zielkonflikte und Lösungsansätze, NVwZ 2005, 1246 ff.

Schenke/Klimpel, Verhandlungsverfahren versus wettbewerblicher Dialog: Neuere Entwicklungen im Vergaberecht Öffentlich Privater Partnerschaften (ÖPP)/Public Private Partnership (PPP), DVBl. 2006, 1492 ff.

Angaben zum Referenten:

PD Dr. Ralf Brinktrine

Privatdozent an der Juristenfakultät der Universität Leipzig, z. Zt. Vertretung des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Staats- und Verwaltungsrecht an der Juristenfakultät der Universität Leipzig

Anschrift: Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Staats- und Verwaltungsrecht, Juristenfakultät, Burgstraße 27, 04109 Leipzig, rbrink@uni-leipzig.de

Tätigkeitsbereiche: Allgemeines Verwaltungsrecht, Wirtschaftsverwaltungs-, Kommunal-, Bau- und Umweltrecht, Staatsrecht, Europarecht, Rechtsvergleichung

Aktuelle Veröffentlichungen: Der Bodenschutz im Umweltschadensgesetz, wird erscheinen in Heft 7-8 2007 der Zeitschrift für Umweltrecht; Anm. zu BVerfG, Beschl. v. 11.07.2006, wird demnächst erscheinen in JZ 2007; Publizierung des Privatrechts durch Verwaltungshandeln, wird demnächst erscheinen bei Mohr (Siebeck) 2007; Fallsammlung zum Verwaltungsrecht (zusammen mit B. Kastner), 2. Auflage Heidelberg (Springer) 2005; Fallsammlung zum Staatsrecht (zusammen mit E. Sarcevic), Heidelberg (Springer) 2004