



Hans-Ulrich Küpper / Lothar Semper (Hrsg.)

Chancen und Risiken von PPP:

Eine Betrachtung aus ökonomischer und
juristischer Perspektive



Ludwig – Fröhler – Institut



Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwendung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

ISBN: 978-3-925397-63-9

Urheberrechtsangabe zum Titelbild: © imageteam – Fotolia.com

2012

Ludwig-Fröhler-Institut

Forschungsinstitut im Deutschen Handwerksinstitut (DHI)

Gefördert durch:



sowie den
Wirtschaftsministerien
der Bundesländer

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

Hans-Ulrich Küpper / Lothar Semper (Hrsg.)

Chancen und Risiken von PPP:

Eine Betrachtung aus ökonomischer und juristischer Perspektive

Vorwort

Die Übertragung von öffentlichen Aufgaben an private Unternehmen durch eine Öffentlich-Private Partnerschaft (ÖPP) bzw. Public Private Partnership (PPP) wird vielfach als wirksames Instrument zur Entlastung öffentlicher Haushalte mit einer effizienteren Durchführung, beispielsweise von Bauprojekten, angesehen. Während kleinere und mittlere Handwerksbetriebe häufig eingesetzt werden, wenn die Auftragsvergabe durch die öffentliche Hand selbst erfolgt, stellt sich die Frage, ob sie bei ÖPP- bzw. PPP-Projekten dieselben Chancen zu einer Mitwirkung haben oder ob diese Form nicht zu ihren Lasten geht.

Für eine fundierte Beurteilung dieser Frage ist es notwendig, die Gesichtspunkte für und gegen PPP aus möglichst vielen Sichtweisen systematisch zu untersuchen. Darauf ist die vorliegende Schrift gerichtet. Sie betrachtet diese Form der Durchführung öffentlicher Projekte aus ökonomischer und rechtlicher Sicht. Dies erfolgt über eine Auswertung der wichtigsten in der Literatur vorgebrachten Argumente und ihre Komprimierung in sieben Thesen, eine stärker ökonomisch-theoretische Analyse und eine rechtswissenschaftliche Untersuchung.

Die Analyse von Öffentlich-Privaten Partnerschaften und ihre Bedeutung für Handwerksbetriebe aus verschiedenen ökonomischen und rechtlichen sowie konzeptionellen, theoretischen und empirischen Sichtweisen erlaubt eine bessere Abwägung ihrer Zweckmäßigkeit für die Gesellschaft. Aus der Vielzahl an in dieser Schrift herausgearbeiteten Argumenten können sowohl die öffentliche Hand als auch die Organisation und die Betriebe des Handwerks wichtige Schlüsse ziehen. Deshalb ist zu hoffen, dass sie in der notwendigen Diskussion auf verschiedensten (politischen) Ebenen genutzt werden, zur sachlichen Abwägung helfen und zu Entscheidungen beitragen, die allen beteiligten Seiten zugute kommen.

München, im April 2012

Prof. Dr. Dr. h.c. Hans-Ulrich Küpper
Leiter des Ludwig-Fröhler-Instituts für
Handwerkswissenschaften

Dr. Lothar Semper
Hauptgeschäftsführer der
Handwerkskammer für
München und Oberbayern

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsverzeichnis.....	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	IX

Management Summary.....1

*Hans-Ulrich Küpper, Ludwig-Fröhler-Institut für Handwerkswissenschaften
Lothar Semper, Handwerkskammer für München und Oberbayern*

1. Beitrag7

Möglichkeiten und Grenzen von Public Private Partnerships:
Eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung von kleinen und mittleren Hand-
werksbetrieben

*Andrea Greilinger
Ludwig-Fröhler-Institut für Handwerkswissenschaften*

2. Beitrag63

Effizienzgewinne und Entlastungen öffentlicher Haushalte durch Public Private Part-
nership (PPP)?

*Holger Mühlenkamp
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer und
Deutsches Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung Speyer*

3. Beitrag129

Rechtliche Fragen der Öffentlich-Privaten Partnerschaften (ÖPP) für das Handwerk

*Jan Ziekow
Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*

Abkürzungsverzeichnis

BHO	Bundeshaushaltsordnung
BMF	Bundesfinanzministerium
BMVBS	Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung
DBFO-Projekte	Design, Build, Finance, Operate - Projekte
Difu/DIFU	Deutsches Institut für Urbanistik
ED	Exposure Draft
ESW	Europäischer Stabilitäts- und Wachstumspakt
EuroStat	Statistisches Amt der Europäischen Union
FStrPrivFinG	Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz
GemHVO	Gemeindehaushaltsverordnung
HGrG	Haushaltsgrundsätze-gesetz
HOAI	Honorarordnung für Architekten und Ingenieure
IFRIC	(früher) IFRS Interpretations Committee
IFRS	International Financial Recording Standards
IPSAS	International Public Sector Accounting Standards
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
ÖPP	Öffentlich-Private Partnerschaft
p	Wahrscheinlichkeit
PFI	Private Finance Initiative
PPP	Public Private Partnership
PSC	Public-Sector-Comparator

Management Summary

Hans-Ulrich Küpper

Ludwig-Fröhler-Institut für Handwerkswissenschaften

Lothar Semper

Handwerkskammer für München und Oberbayern

Im ersten Teil zu „**Möglichkeiten und Grenzen von Public Private Partnerships: Eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung von kleinen und mittleren Handwerksbetrieben**“ arbeitet Frau *Andrea Greilinger*, Ludwig-Fröhler-Institut, anhand der Literatur die möglichen Kostenwirkungen einer derartigen Realisierung öffentlicher Aufgaben heraus. Dabei zeigt sich, dass möglichen **Effizienzvorteilen**, wie der Nutzung privatwirtschaftlichen Know-Hows, **Effizienz Nachteile** insbesondere durch höhere vorvertragliche Transaktionskosten, Anreizprobleme und höhere Kosten der Risikoübernahme gegenüberstehen und die öffentliche Hand zusätzliche Risiken übernimmt. Sie kommt zu dem Schluss, dass die ökonomische **Bewertung von PPP-Projekten** mit Problemen verbunden ist, die eine adäquate Konzeption und Steuerung für die öffentliche Hand erschweren. Als besonders kritisch erweist sich die **Verlässlichkeit durchgeführter Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen**. Neben dem Mangel an statistisch auswertbaren Daten für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit von PPP-Projekten folgt dies vor allem aus der Schwierigkeit einer begründeten, nicht manipulierbaren Einschätzung ihrer **Risiken**. Zudem sind die **lineare Bewertung** der Risiken im Zuschlagsverfahren sowie der Vergleich der Durchführungsvarianten über die **Kapitalwertmethode** problematisch. Letztere bietet mehrere Ansatzpunkte zur Beeinflussung des Ergebnisses. Durch diese Stellschrauben in Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen können PPP-Projekte im Voraus besser dargestellt werden, als sie sich in der Realisierung erweisen.

Kleine bis mittelgroße Handwerksbetriebe müssen zahlreiche **Anforderungen und Barrieren** wie die Bildung von Bietergemeinschaften, die Intransparenz der Risiken usw. überwinden, um sich an PPP-Projekten zu beteiligen. Dies spricht dafür, dass sie durch diese Form eher überfordert und benachteiligt werden. Dabei spielt die **Projektgröße** eine maßgebliche Rolle. Während regional ansässige KMU auf der Nachunternehmerebene partizipieren, erweist sich die Ebene der Hauptauftragnehmer als wenig mittelstandsfreundlich.

Die Untersuchung von *Frau Greilinger* deckt vielfältige **Probleme** der Einbindung klein- und mittelständischer Betriebe in PPP-Projekte auf. Da sie sich auf eine begrenzte Zahl an Beiträgen in der Literatur stützen muss, wird aber auch deutlich, dass weitere, empirisch fundierte Studien für eine umfassendere Beurteilung von PPP-Projekten erforderlich sind.

Der zweite Beitrag „**Effizienzgewinne und Entlastungen öffentlicher Haushalte durch Public Private Partnership (PPP)?**“ von Herrn *Prof. Dr. Holger Mühlenkamp*, Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer und Deutsches Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung Speyer, ist mehr theoretisch ausgerichtet und geht der Frage nach, inwieweit ÖPP bzw. PPP als Instrument zur Effizienzsteigerung und Haushaltsentlastung dienen kann. Diesen Erwartungen steht gegenüber, dass sich mit ihnen auch Staatsdefizite kaschieren, Verschuldungsgrenzen umgehen

und finanzielle Lasten in die Zukunft verschieben lassen. Bei derartigen Projekten müssen **unvollständige Verträge** geschlossen werden, durch die nicht alle künftigen Sachverhalte und insb. Risiken im Voraus geklärt werden können. Deshalb bilden mögliche **Verbundvorteile** zwischen verschiedenen Projektphasen oder Wertschöpfungsstufen ihren ökonomischen Kern. PPP-Projekte können nur dann wirtschaftlich sein, wenn überhaupt Bündelungseffekte beispielsweise durch eine Projektverantwortlichkeit über den gesamten Lebenszyklus vom Planungsbeginn bis zum Ende und weitere Kostenvorteile z.B. bei den Unterhaltskosten auftreten. Diese Vorteile müssen dabei die strukturellen Nachteile von PPPs übersteigen, die u.a. in generell höheren Finanzierungs- und Transaktionskosten liegen.

Aufgrund seiner eingehenden Analyse kommt *Herr Mühlenkamp* zu dem Schluss, dass für ökonomisch vorteilhafte PPPs nur ein relativ **kleiner Spielraum** besteht. Deshalb hält er es für wichtig, die für das öffentliche Rechnungswesen geltenden **PPP-Bilanzierungsgrundsätze** anstelle der derzeit für die Finanzstatistik verwendeten Kriterien anzuwenden, um der Gefahr einer Verschleierung von Schulden der öffentlichen Hand mithilfe von PPP entgegenzuwirken.

Der dritte Artikel „**Rechtliche Fragen der Öffentlich-Privaten Partnerschaften (ÖPP) für das Handwerk**“ von Herrn *Prof. Dr. Jan Ziekow*, Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, untersucht vergabe- und haushaltsrechtliche Aspekte sowie die Zulässigkeit von funktionalen Privatisierungen und deren Folge für die Rolle der Verwaltung. Durch das *Vergaberechtsmodernisierungsgesetz* sind § 97 Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) neu gefasst und der Auflegung Öffentlich-Privater Partnerschaften **enge Grenzen** gesetzt worden. Seither haben die Auftraggeber keine Möglichkeit mehr, die **Aufteilungspflicht** der Aufträge in Teil- und/oder Fachlose zu umgehen. Auf diese Weise soll erreicht werden, dass sich **mittelständische Unternehmen** eigenständig und nicht nur in Bietergemeinschaften bewerben. Die **Gesamtvergabe** ist ein **Ausnahmefall**, der mit wirtschaftlichen oder technischen Gesichtspunkten begründet sein muss. Dabei gelten öffentliche Haushaltsfinanzierungsprobleme nicht als ausreichendes wirtschaftliches Erfordernis.

Ein öffentlicher Auftraggeber muss jetzt ein mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betrautes privates Unternehmen verpflichten, bei der **Erteilung von Unteraufträgen** an Dritte ebenso zu verfahren. Damit wird die **Mittelstandsklausel** des § 97 GWB auf ÖPP ausgedehnt, die eine einheitliche Vergabe von Planung, Bau und Betrieb, Finanzierung sowie ggf. Verwertung an einen privaten Partner beinhaltet. Schließlich werden Beispiele für **handwerksfreundliche Gestaltungsmöglichkeiten** bei der **Ausschreibung** wie vertikale Teillöse, Entschädigungszahlungen für Vorleistungen bei ÖPP-Ausschreibungen und großzügig zu bemessende Fristen aufgezeigt.

Unter den *haushaltsrechtlichen Aspekten* wird herausgearbeitet, dass im Falle einer wirtschaftlich vorteilhaft erscheinenden ÖPP-Lösung die **weitere Prüfung** erforderlich ist, ob die prognostizierten Wirtschaftlichkeitsvorteile die Einschränkung der Gestaltungsmöglichkeiten **künftiger Haushaltsgesetzgeber** rechtfertigen. Ferner müssen die zentralen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit beachtet werden und eine **kontinuierliche Anpassung des Wirtschaftlichkeitsvergleichs** während des Vergabeverfahrens erfolgen. Des Weiteren müssen die **Gewinnkalkulationen** der bietenden Unternehmen **offengelegt** werden, damit überprüft werden kann, ob die Berechnung der zulässigen Laufzeit der ausgeschriebenen ÖPP-Lösung den EU-rechtlichen Anforderungen genügt.

In einem dritten Teil befasst sich *Herr Ziekow* damit, inwieweit *funktionale Privatisierungen* zulässig sind. Untersucht werden dabei auch die Folgen für die *Rolle der Verwaltung*. So sind **hoheitsrechtliche Aufgaben** gemäß dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 des Grundgesetzes nur bedingt formell privatisierungsfähig, wenn dies durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist. Eine **Gefahr** von ÖPP- bzw. PPP-Projekten besteht darin, dass die Verwaltung eigene Kompetenzen zur Erledigung öffentlicher Aufgaben verliert, statt dass sie über derartige Projekte privatwirtschaftliche Rationalität hinzulernt.

Insgesamt zeigt sich, dass die Erledigung öffentlicher Aufgaben durch Private über ÖPP keineswegs schlechthin konventioneller Aufgabenerfüllung vorzuziehen ist. Ganz im Gegenteil: Zahlreiche Manipulationsmöglichkeiten, die es gestatten, bei einer Analyse der Vorteilhaftigkeit von ÖPP-Modellen diese als bessere Alternative erscheinen zu lassen, legen es nahe, im Zweifelsfall davon auszugehen, dass das traditionelle Modell einer gewerkeweisen Vergabe und einer Finanzierung über den Haushalt die bessere Alternative darstellt. Sofern jedoch trotzdem in dem ein oder anderen Fall die Entscheidung für ein ÖPP-Vorhaben fällt, gilt es die mittelstandsschützenden Rahmenbedingungen, insbesondere des Vergaberechts, zu beachten. Dem vorliegenden Gutachten sind hier wertvolle Hinweise und Handlungsempfehlungen zu entnehmen, die im Ergebnis einen gerechten Interessenausgleich gewährleisten.

1. Beitrag

Möglichkeiten und Grenzen von Public Private Partnerships:

Eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung von kleinen und
mittleren Handwerksbetrieben

Andrea Greilinger

Ludwig-Fröhler-Institut für Handwerkswissenschaften

Inhaltsverzeichnis

1 Anlass und Aufbau der Untersuchung

2 Theoriegeleitete ökonomische Bewertung von PPP

- 2.1 Analyse möglicher Effizienzvorteile von PPP
- 2.2 Analyse möglicher Effizienznachteile von PPP
- 2.3 Schlüsselrisiken der öffentlichen Hand bei PPP-Projekten
- 2.4 Fazit und Thesen

3 Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen im Rahmen von PPP-Projekten

- 3.1 Aufgaben und Phasen der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung
- 3.2 Kritik an Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und daraus resultierende Optimierungspotenziale
- 3.3 Empirische Evidenz zur Wirtschaftlichkeit von PPP
- 3.4 Fazit und These

4 Rolle von Handwerksbetrieben bei PPP-Projekten

- 4.1 Verfügbarkeit ausreichender Kompetenzen und Ressourcen bei Handwerksbetrieben
 - 4.1.1 Vorhandener Informationsstand und Einstellung
 - 4.1.2 Anforderungen und Barrieren
 - 4.1.3 Fazit und These
- 4.2 Einbezug von Handwerksbetrieben in PPP-Projekte
 - 4.2.1 Mittelstandsgerechte Ausgestaltung von PPP-Projekten
 - 4.2.2 Beteiligung des Mittelstandes und Regionalität der Auftragsvergabe
 - 4.2.3 Fazit und Thesen

5 Kritische Stimmen aus der Praxis

- 5.1 Gescheiterte bzw. schwierig verlaufende PPP-Projekte
- 5.2 Fazit und These

6 Schlussbetrachtung

Literaturverzeichnis

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Regionale Verteilung von PPP-Hochbauprojekten

Abbildung 2: Entwicklung des PPP-Marktes von 2002 bis Juni 2011

Abbildung 3: Risiken der privaten und öffentlichen Projektpartner im Geschäftsfeld PPP

Abbildung 4: Stufen der Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen im PPP-Beschaffungsprozess

Abbildung 5: Gegenüberstellung der Kosten in einer PPP-Wirtschaftlichkeitsuntersuchung

Abbildung 6: Erhebung des PPP-Informationsstandes von Handwerksbetrieben

Abbildung 7: Beteiligungsabsicht von Handwerksbetrieben an PPP

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: PPP-Hochbauprojekte in Bayern und Baden-Württemberg

Tabelle 2: PPP-Projekte Baden-Württemberg

Tabelle 3: Konventionell realisierte Projekte Baden-Württemberg

1 Anlass und Aufbau der Untersuchung

Einhergehend mit sich verknäppenden finanziellen Spielräumen der öffentlichen Hand, weiteten sich in den letzten Jahren in Deutschland verstärkt sogenannte Public Private Partnerships (PPP) bzw. Öffentlich-Private Partnerschaften (ÖPP) aus. Damit sind langfristige Kooperationen zwischen der öffentlichen Hand und der Privatwirtschaft gemeint, die eine Optimierung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben bezwecken.

Derzeit befinden sich ca. 170 PPP-Hochbauprojekte in der Umsetzung, weitere 130 in der Planung. Abbildung 1 zeigt die regionale Verteilung der Projekte über die Bundesländer. Mit Ausnahme von Bremen sind bereits alle anderen Bundesländer mit PPP vertraut. Nordrhein-Westfalen, Hessen und Baden-Württemberg zählen zu den projektstärksten PPP-Regionen.



Abbildung 1: Regionale Verteilung von PPP-Hochbauprojekten

(Stand: September 2011)

Quelle: Deutsche Bauindustrie (o.J.)

Wie aus Abbildung 2 hervorgeht, wurden vor allem in den Jahren 2007 bis 2009 besonders viele neue PPP-Verträge mit hohen Gesamtinvestitionsvolumina geschlossen. Die derzeitige Entwicklung ist allerdings eher rückläufig. Der PPP-Markt wächst aktuell noch, im Vergleich zu den Vorjahren jedoch weniger stark.

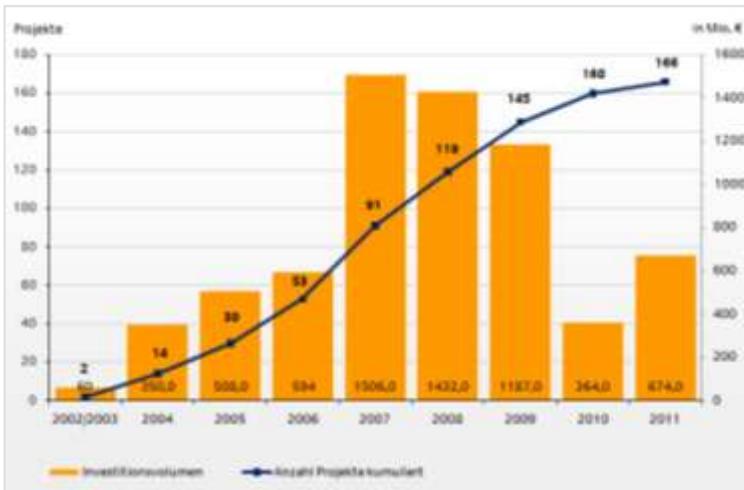


Abbildung 2: Entwicklung des PPP-Marktes von 2002 bis Juni 2011

Quelle: Bundesministerium der Finanzen (2011)

Dieser rückläufige Trend wirft Fragen nach möglichen Gründen auf. Während eine Vielzahl von Studien – oftmals Auftragsarbeiten von PPP-Interessensgruppen – die Vorteile dieser Realisierungsvariante präsentieren¹, wenden sich in der Praxis vermehrt Entscheidungsträger auf Seiten der öffentlichen Hand von PPP ab, beispielsweise auch die neu gewählte baden-württembergische Landesregierung in ihrem Koalitionsvertrag².

Ziel dieses Projekts ist deshalb, die mit PPP einhergehenden Probleme zu analysieren, um so die Richtigkeit der überwiegend positiven Berichterstattung über PPP zu überprüfen. Diese könnten neben anderen Ursachen eine mögliche Erklärung für den beschriebenen Rückgang geben. Weiterhin soll geprüft werden, inwiefern Handwerksbetriebe des Bau- und Ausbaugewerbes, als wichtiger Teil des Mittelstandes, von PPP profitieren oder ob dieses Geschäftsfeld bisher nur den Großunternehmen offen steht und insofern eine systematische Benachteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) stattfindet.

¹ Vgl. hierzu beispielsweise die Studie zur Zufriedenheit von Auftraggebern und Nutzern bei PPP-Schulprojekten: Institut für Demoskopie Allensbach (2011).

² Vgl. Bündnis 90/ Die Grünen und SPD Baden-Württemberg (2011): S. 20.

Struktur der Arbeit

Im zweiten Abschnitt wird zunächst eine übergreifende, gesamtwirtschaftliche Perspektive eingenommen. Dabei erfolgt eine theoriegeleitete Diskussion positiver und negativer Aspekte von PPP-Projekten im Hinblick auf damit einhergehende ökonomische Wirkungen. Zudem werden die wesentlichen Schlüsselrisiken der öffentlichen Hand erörtert.

Darauf aufbauend werden Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, als Instrument einer vergleichenden Bewertung der Projektvarianten „konventionell“ und PPP, beleuchtet. Neben einer Beschreibung der Aufgaben und Phasen konzentriert sich die Analyse vornehmlich auf die Bewertung der Verlässlichkeit der Ergebnisse der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung.

Kapitel 4 beschäftigt sich mit den Fragen, welche Einstellung Handwerksbetriebe zu PPP aufweisen und welche Voraussetzungen sie für eine Beteiligung an PPP erfüllen müssen. Dabei wird zwischen der Position als Hauptauftragnehmer bzw. Mitglied einer Projektgesellschaft und der des Nachunternehmers unterschieden. Zudem sollen die wichtigsten Barrieren aufgezeigt werden. Unter 4.2 werden mittelstandsgerechte Projekte definiert und untersucht, welchen Anteil diese in der PPP-Praxis einnehmen. Unter Bezugnahme auf zwei Studien wird versucht, die bisherige Beteiligung des Mittelstandes und die Regionalität der Auftragsvergabe zu beleuchten.

Im fünften Abschnitt werden konkrete Fälle aus der PPP-Praxis diskutiert. Damit eröffnet sich ein Einblick, welche Herausforderungen PPP-Projekte zukünftig bewältigen müssen.

2 Theoriegeleitete ökonomische Bewertung von PPP

Auf Seiten der öffentlichen Hand gilt der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bzgl. Investitionsvorhaben (§6 Abs. 1 Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG)). Daraus abgeleitet kann als Leitziel die Einhaltung von Kosteneffizienz festgemacht werden, die als „Minimierung der Kosten der öffentlichen Hand bei einem gegebenen Leistungsumfang bzw. Qualitätsniveau“³ aufgefasst wird.

Grundsätzlich unterliegt der öffentliche Sektor in Bezug auf Bauvorhaben jedoch dem Problem, nicht wie privatwirtschaftliche Unternehmen die Möglichkeit anzustreben, sich Gewinne anzueignen. Insofern stellt sich in Diskussionen häufig die Frage, ob eine privatwirtschaftliche Realisierung öffentlicher Bauvorhaben in der Form von PPP nicht, durch den Anreiz der Gewinnorientierung getrieben, eine wirtschaftlichere Umsetzung hervorbringt.

Im Sinne der definierten Kosteneffizienz sollte die Entscheidung für die Realisierung eines Investitionsvorhabens in der Form von PPP oder als konventionelles Projekt letztlich immer auf die ökonomisch nachhaltigere Variante fallen. Ziel der folgenden Abschnitte ist es daher, basierend auf einer wissenschaftlichen Analyse zu diskutieren, inwiefern PPP unter ökonomischen Gesichtspunkten vertretbar ist. Zunächst sollen hierzu **theoretisch plausible Argumente zur Kostenwirkung** von PPP-Projekten im Vergleich zu konventionell durchgeführten Projekten gesammelt und unter 2.1 sowie 2.2 vorgestellt werden. Falls wissenschaftlich fundierte, empirische Untersuchungen zu den jeweils theoretisch angesprochenen Punkten vorliegen, sollen diese die Diskussion ergänzen. Anschließend sollen die für die öffentliche Hand zentralen Risiken im Zusammenhang mit PPP-Projekten erläutert werden, deren Eintreten ebenfalls mit monetären Auswirkungen verbunden sein kann.

2.1 Analyse möglicher Effizienzvorteile von PPP

Ein Kernargument der Literatur zur Vorteilhaftigkeit von PPP-Projekten stellt die prognostizierte Kosteneffizienz dar. So versprechen PPP-Projekte aufgrund des **Lebenszyklusansatzes** Kosteneinsparungen (durch Reduzierung der Baukosten, optimierte Planungs- und Bauzeiten oder Einsparungen bei den Betriebskosten) bei gleichzeitiger Sicherstellung der Werterhaltung und Generierung von Erträgen sowie Synergieeffek-

³ Vgl. Beckers/Klatt (2009b): S. 176.

ten.⁴ Da dem privaten Projektpartner gleichzeitig mehrere Produktions- bzw. Wertschöpfungsstufen obliegen, z.B. Planung, Bau, Betrieb und Verwertung, bezieht er in seine Betrachtung langfristige Wirtschaftlichkeitsüberlegungen ein. Er hat Anreize, bereits „in der Bauphase Investitionen zu tätigen, die zu Kosteneinsparungen in der Erhaltungs- und Betriebsphase führen“⁵, kann zusätzlich also Effizienzen aus der Verbindung der Stufen realisieren. Als wesentliche Voraussetzung für die wertschöpfungsstufenübergreifende Optimierung in Verbindung mit der Realisierung gewünschter Kosteneffizienzen führt Hart allerdings eine gute Beschreibbarkeit des bereitzustellenden Services im Vertrag an, der die gewünschte Angebotsqualität sichert.⁶

Weitere mögliche Vorteile von PPP ergeben sich, falls bei gleicher Produktivität des privaten Anbieters im Vergleich zur öffentlichen Hand **geringere Preise für Sachkapital und Arbeit** ausgegeben oder bei gleichen Preisen **weniger Produktionsfaktoren verbraucht** werden.⁷ Da eine Bewertung von konventionell realisierten und PPP-Projekten durch projektbeteiligte (Nach-)Unternehmen jedoch zu dem Ergebnis kam, dass sowohl die Zahlungsmoral (Note 2,6) als auch die Auskömmlichkeit der Vergütung (Note 3,1) bei losweise vergebenen Projekten ungünstiger ausfällt als bei PPP-Projekten (Note 1,9 bzw. 3,0), ist nicht davon auszugehen, dass private Betreiber eine Effizienzsteigerung zu Lasten kleiner Nachunternehmen vornehmen.⁸ Da der Unterschied hinsichtlich der bewerteten Vergütung aber sehr gering ausfällt, muss überprüft werden, ob dies auch in anderen Stichproben bestätigt werden kann.

In der Literatur wird zudem der Rückgriff auf **privatwirtschaftliches Know-How** unter den Chancen von PPP eingereiht. Damit sind v.a. Spezialisierungsvorteile privater Bieter gemeint. Da jedoch auch bei konventioneller Realisierung Aufträge an Unternehmen mit spezifischen Kompetenzen vergeben werden, dürfte bei PPP überwiegend das Know-How bzgl. der wertschöpfungsstufenübergreifenden Realisierung zum Tragen kommen.⁹ Hier wird dem Projektpartner insbesondere eine bessere Einschätzungsfähigkeit zu Umfang und Zeitpunkten zugeschrieben, wann und in welcher Höhe Finanzmittel für die einzelnen Projektphasen distribuiert werden müssen, was sich letztlich positiv auf die Minimierung der Gesamtkosten auswirkt.¹⁰ Durch die Ausschreibung des Service-Einkaufs und dem damit verbundenen Wettbewerb werden bei PPP-Projekten ferner jene Unternehmen ermittelt, welche das wertschöpfungsstufenüber-

⁴ Vgl. Christen (2008): S. 16.

⁵ Vgl. Beckers/Klatt (2009a): S. 325.

⁶ Vgl. Hart (2003).

⁷ Vgl. Mühlkamp (2010): S. 6.

⁸ Vgl. Universität Stuttgart (2010): S. 27, 49.

⁹ Vgl. Beckers/Klatt (2009a): S. 329.

¹⁰ Vgl. Beckers/Klatt (2009b): S. 177.

greifende Management unter Know-How-Gesichtspunkten am besten leisten können.¹¹ Dieses Know-How könnte sich die öffentliche Hand bei konventionell realisierten Projekten auch in der Form von Beratungsleistungen zukaufen. Dabei entstehen jedoch Probleme hinsichtlich der Vertragsgestaltung und der Bewertung der Vertragserfüllung, da die Qualität der erhaltenen Beratung zwar kurzfristig evaluiert werden, ob sich diese allerdings auf lange Sicht als vorteilhaft erweist, verbleibt als Risikokomponente bei der öffentlichen Hand.¹²

2.2 Analyse möglicher Effizienz Nachteile von PPP

Neben den oben erläuterten Vorteilen von PPP-Projekten verweisen theoretische Argumentationsstränge gleichermaßen auf verschiedene Effekte innerhalb des Ansatzes, die dazu führen können, dass sich kostensteigernde Wirkungen einstellen.

Ein erster Erklärungsansatz zu Kostennachteilen von PPP basiert auf der **Transaktionskostentheorie**. Transaktionskosten entstammen der Suche nach einem geeigneten Vertragspartner, beinhalten Vertragsverhandlungs- und Abschlusskosten sowie Kosten der Überwachung und Durchsetzung von Verträgen. Vor allem letztgenannte nehmen im Rahmen der Transaktionskostentheorie eine zentrale Stellung ein: Da langfristige und komplexe Verträge nie alle künftigen Ereignisse und möglichen Umweltzustände erfassen können - also zwangsläufig unvollständig sind - ist das Potenzial für Anpassungen/ Nachverhandlungen und somit hohe ex-post Kosten und Risiken für die Vertragspartner groß.¹³

Da die öffentliche Hand bei PPP-Projekten langfristige Verträge schließt, kann dies mit den angesprochenen Nachteilen einhergehen. Einerseits bedeuten PPP-Projekte aufgrund der Vergabevorschriften im Vergleich zu konventionellen Projekten höhere vorvertragliche Transaktionskosten. Hinzu kommt die Auswahl geeigneter Vertragstypen verbunden mit der sorgfältigen Ausarbeitung der Originalverträge. Andererseits sind nach Auftragserteilung höhere ex-post Transaktionskosten zu erwarten, die aus Nachverhandlungen über Leistungs- und Vergütungsanpassungen oder infolge von Gerichtsverhandlungen entstehen.¹⁴ In einer empirischen Studie von Scholl & Thöne zur Effizienz von Privatisierungen auf kommunaler Ebene werden die Transaktionskosten bei Fremdbezug in ausgewählten Leistungsbereichen quantifiziert. Im Ergebnis stellt

¹¹ Vgl. De Bettignies (o.J.): S. 144.

¹² Vgl. Beckers/Klatt (2008): S. 8-9.

¹³ Vgl. Mühlenkamp (2006): S. 34.

¹⁴ Vgl. ebd.: S. 40.

sich heraus, dass die Transaktionskosten in den untersuchten Samples einen Anteil von bis zu 30 % an den Gesamtkosten ausmachen.¹⁵ Mühlenkamp betont im Zusammenhang mit Transaktionskosten weiter, dass die private Vertragsseite infolge ihrer Gewinnerorientierung stärker motiviert ist, für sie vorteilhafte Verträge zu erzielen. „Dementsprechend dürfte es nicht verwundern, wenn die private Seite mehr Energie in die Vertragsverhandlungen steckte und systematisch bessere Berater und Verhandlungsführer gewänne als die öffentliche Hand. (Allein) diese Anreizasymmetrie begründet Zweifel an der generellen Vorteilhaftigkeit von PPP für Steuer- und Gebührendenzahler.“¹⁶

In der Forschungsarbeit von Beckers, Gehrt & Klatt zu Leistungs-, Vergütungs- und Finanzierungsanpassungen bei PPP-Projekten im Hochbau stellen die Autoren zusammenfassend heraus, dass auch bei adäquater Ausgestaltung der vertraglichen Nachverhandlungsregeln die Projektrealisierung nach PPP im Vergleich zur konventionellen Vergabe tendenziell eine geringeren Flexibilität für die öffentliche Hand impliziert.¹⁷

Mit Blick auf Großbritannien - dort werden PPP-Projekte bereits seit den 1990er Jahren umgesetzt - zeigen Erfahrungen, dass vor allem der Nachverhandlungsproblematik ein brisanter Stellenwert zukommt. Eine Untersuchung britischer PPP-Projekte filtert in diesem Zusammenhang zentrale Gründe für Unstimmigkeiten zwischen der öffentlichen Hand und dem PPP-Partner heraus. Dabei wird die ex-post Vertragsauslegung als Hauptquelle von Konflikten identifiziert, gefolgt von Disputen bzgl. Schlechtleistungen, Servicequalität oder Outputspezifikationen, mangelnder Konsens über die Vergütung von neuen zusätzlichen Services sowie Verspätungen bzw. Verzögerungen. Obwohl einige PPP-Verträge der Stichprobe noch nicht lange bestanden, gaben 55 % der Befragten an, dass aufgrund von Veränderungen in den Serviceleistungen, Hinzunahme neuer Leistungen oder Veränderungen im Design des Objekts vertragliche Updates vorgenommen werden mussten.¹⁸ Die Häufigkeit, mit der vertragliche Veränderungen respektive Nachverhandlungen stattfinden, wird in einer weiteren britischen Studie bestätigt: 50 % der Interviewten führten nachträglich Vertragsmodifikationen wegen Veränderungen in Servicespezifikationen durch, weitere 28 % nahmen informelle Anpassungen (z. B. hinsichtlich Öffnungszeiten oder Nutzung der Räume) durch.¹⁹ Auch für die Zukunft sehen britische PPP-Projektbeteiligte Anpassungen von ursprünglichen Verträgen bzw. Nachverhandlungen als wichtigen Problemkreis, der nicht nur erhebli-

¹⁵ Vgl. Scholl/Thöne (1998): S. 96ff.

¹⁶ Vgl. Mühlenkamp (2006): S. 40.

¹⁷ Vgl. Beckers et al. (2009): S. 168.

¹⁸ Vgl. National Audit Office (2001): S. 14–15.

¹⁹ Vgl. Cambridge Economic Policy Associates (2005): S. 37.

chen Aufwand bedeutet, sondern sich auch als kostspielig erweist.²⁰ Eine britische Umfrage ergab, dass 59 % der Befragten auf Seiten der öffentlichen Hand die Kosten für Anpassungen an geänderte Leistungsvorstellungen im Rahmen von PPP-Projekten im Vergleich teurer erachten als äquivalente Korrekturen bei konventionell durchgeführten Projekten.²¹

Bei Leistungs- und Vergütungsanpassungen können im Rahmen von PPP-Nachverhandlungen auch **Anreizprobleme** entstehen. Werden bestimmte Leistungen von der öffentlichen Hand nicht im Vorfeld antizipiert und vertraglich adäquat einbezogen, kann bei Leistungsanpassungen die Vergütung des Betreibers auf der Basis von Kostenschätzungen bzw. tatsächlichen Kosten erfolgen. Für den Betreiber entsteht in diesem Fall entsprechend der Principal-Agent-Theorie der Anreiz, „unter Ausnutzung von Informationsvorsprüngen sowohl überhöhte Kosten anzugeben als auch ein geringeres Anstrengungsniveau zu wählen“²², was sich letztlich in höheren bzw. überhöhten Kosten für die öffentliche Hand niederschlägt. Gerade vor dem Hintergrund der oben ausgeführten Häufigkeit von Nachverhandlungen bei PPP-Projekten in Großbritannien und der dementsprechenden Aktualität des Themas, beinhaltet vor allem das Anreizproblem ein hohes Risiko für die öffentliche Hand.

Im Hinblick auf die Risikotragfähigkeit und Steuerbarkeit von Risiken liegt grundsätzlich der Vorteil bei der öffentlichen Hand, die im Vergleich zu privaten PPP-Anbietern als weniger risikoscheu eingestuft wird. Bei PPP-Projekten muss der private Anbieter zusätzlich für seine Risikoaversion gegenüber möglichen Ergebnisschwankungen bzw. -unsicherheiten entlohnt werden, weshalb aus volkswirtschaftlicher Sicht tendenziell **höhere Kosten für die Risikoübernahme im Vergleich zur konventionellen Realisierung** entstehen. Das erhöhte Kostenrisiko entsteht für den privaten Betreiber vornehmlich durch die Bindung an langfristige, wertschöpfungsstufenübergreifende Verträge und kann durch optimale Allokation der Projektrisiken jeweils auf die Partei, die dafür am besten geeignet ist bzw. sie am besten beherrschen kann, abgemildert werden.²³ Grundsätzlich sollten jene Risiken, die Anreize hinsichtlich einer effizienten Leistungserstellung beinhalten, vom privaten Betreiber, sowie jene, die nicht beeinflussbar sind, auch teilweise von der öffentlichen Hand getragen werden, um die Kosten der Risikoübernahme zu begrenzen.²⁴ „Welche Risiken einem Projekt immanent sind, mit welcher Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe sie zu berücksichtigen sind und durch wen sie idealerweise getragen werden sollen, ist eine Frage des Einzelfalls und

²⁰ Vgl. 4PS (2005): S. 9; Ministry of Defence Private Finance Unit (2005): S. 4.

²¹ Vgl. National Audit Office (2008): S. 14.

²² Vgl. Beckers/Klatt (2009b): S. 178.

²³ Vgl. Beckers/Klatt (2008): S. 11; Mühlenkamp (2010): S. 11.

²⁴ Vgl. Beckers/Klatt (2009a): S. 332.

kann nicht allgemeingültig beantwortet werden²⁵. Somit könnten die hohen Risikokosten bei PPP-Projekten einerseits durch eine optimale Risikoverteilung gesenkt werden, andererseits müsste geprüft werden, inwiefern die dafür zu leistende, aufwändige Abschätzung der optimalen Risikoverteilung im Sinne des jeweiligen Einzelfalls diesen Effekt nicht wieder aufhebt.

Mit der höheren Risikoübernahme bzw. den höheren Risikokosten des privaten Bieters bei PPP-Projekten geht zudem einher, dass sich die Anzahl der Unternehmen verringert, die als Betreiber geeignet sind. Dies hat zur Folge, dass sich der **Wettbewerb um die Übernahme von PPP-Projekten verringert**. Den Wettbewerb belasten zusätzlich die hohen Kosten für die Erstellung eines Angebots im PPP-Verfahren, die einige Unternehmen von der Bewerbung abhält.²⁶

2.3 Schlüsselrisiken der öffentlichen Hand bei PPP-Projekten

PPP-Projekte beinhalten für alle Projektbeteiligten hohe Risiken. Diese lassen sich nicht auf eine spezifische Projektphase begrenzen, sondern treten in unterschiedlichem Zusammenhang in allen Lebenszyklusphasen eines Projektes auf. Von besonderem Interesse für die Gemeinschaft sind jene Risiken, die die öffentliche Hand trägt, da sie im Schadensfall zur ökonomischen Belastung Aller führen. Deshalb sollen für die folgenden Ausführungen v.a. jene Risiken der Abbildung 3 aufgegriffen werden, die mit Implikationen für die öffentliche Hand einhergehen, wie beispielsweise das Beratungs- sowie Wirtschaftlichkeitsnachweisrisiko.

²⁵ Vgl. Hoppenberg et al. (2008): S. 71.

²⁶ Vgl. Beckers/Klatt (2009b): S. 178.



Abbildung 3: Risiken der privaten und öffentlichen Projektpartner im Geschäftsfeld PPP

Quelle: Arbeitskreis PPP im Management öffentlicher Immobilien im BPPP e.V. (2006): S. 4

Aufgrund des in Deutschland vergleichsweise geringen Erfahrungsschatzes einerseits und der Komplexität von PPP-Projekten andererseits nehmen Berater der öffentlichen Hand bereits in der Konzeptionsphase eine zentrale Rolle ein. Mit ihrem Einfluss sind jedoch auch Risiken verbunden. In Abbildung 3 sind diese als „**Beratungsrisiken**“ umschrieben. Hierunter ist die Unsicherheit gefasst, einen qualifizierten und unter ökonomischen Aspekten tragbaren Beraterstab zu finden, der die Interessen des Auftraggebers gegenüber dem Bieterkonsortium vertritt. Bislang fehlt bei vielen PPP-Projekten der Einbezug unabhängigen, externen Sachverständigen.

Weiterhin ist der **Nachweis der Wirtschaftlichkeit** von PPP mit einem erheblichen Fehlentscheidungsrisiko behaftet. Aufgrund der teils fehlenden oder unsicheren Datenbasis seitens der öffentlichen Hand, welche Kosten in welcher Höhe bei der konventionellen Umsetzung eines Bauvorhabens entstehen, sind darauf aufbauende Vergleiche mit der Realisierungsvariante PPP oft unzureichend (vgl. ausführlicher 3.2). Falls die öffentliche Hand bei finanziell schwacher Haushaltslage bevorzugt auf PPP zurückgreifen möchte, kann eine Entscheidung zu deren Gunsten auch beispielsweise durch den Ansatz entsprechend hoher Risikokosten bei der Eigenrealisation erwirkt werden. Ökonomische Konsequenz einer Fehlentscheidung kann die langfristig überhöhte Zahlungsverpflichtung, z.B. in der Form von Miete, an den privaten Betreiber sein.

Über die in Abbildung 3 hinausgehenden Einzelrisiken, die für die öffentliche Hand vorrangig in die Konzeptions- und Kontrahierungsphase fallen, liegt das übergreifende Schlüsselrisiko in der richtigen **Ausbalancierung von Handlungsflexibilität und Kontrolle**. Für eine Zusammenarbeit muss die öffentliche Hand grundsätzlich abwägen, in welchem Umfang sie dem privaten PPP-Anbieter Handlungsflexibilität einräumt. Mit zunehmender Handlungsflexibilität sinken jedoch ihre Kontroll- und Steuerungsmöglichkeiten und steigen Informationsdefizite sowie die Gefahr „eventuelle Leistungsausfälle nicht rechtzeitig zu antizipieren und entsprechend vorbereitet zu sein“²⁷. Nach Pfüf liegen hierin die wesentlichen Risiken der öffentlichen Hand. Insofern sind folgende Fragen für PPP-Konstruktionen entscheidend:

- „Wie hoch ist die Wahrscheinlichkeit des Leistungsausfalls und damit des Rückfalls der Aufgabe an die öffentliche Hand?
- Wie kann heute in Verträgen festgehalten werden, dass nicht nur kurzfristige Effizienzgewinne, sondern auch eine nachhaltige Lösung der Aufgabenerbringung sichergestellt ist?
- Wenn Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen eine zentrale Rolle spielen, wie werden dann bei Entscheidungen über die Wirtschaftlichkeit von Eigenleistung resp. Fremdbeschaffung nicht nur die Produktions- und Beschaffungskosten, sondern auch die Transaktionskosten der mit Eigen- und Fremderstellung verbundenen Verträge/Vereinbarungen beachtet?“²⁸.

Diese Risiken betreffen wiederum vornehmlich die Anbahnungsphase. Grundsätzlich kann die Projektkontrolle durch einen Informationsvorsprung des privaten Partners aber auch über die gesamte Projektlaufzeit eingeschränkt und das Gleichgewicht der Partnerschaft gefährdet sein. Gleiches gilt, wenn Partner unterschiedlicher Marktmacht kooperieren (z.B. kleine Kommune und kooperationserfahrener Investor). Diese Konstellation könnte von vornherein eine Ausgestaltung des Kooperationsverhältnisses zu Lasten der öffentlichen Hand nach sich ziehen.²⁹ PPP-Projekte können für die öffentliche Hand nur langfristig vorteilhaft sein, wenn oben ausgeführte Risiken identifiziert und adäquat berücksichtigt werden.

²⁷ Vgl. Arbeitskreis PPP im Management öffentlicher Immobilien im BPPP e.V. (2006): S. 12.

²⁸ Vgl. ebd.: S. 12.

²⁹ Vgl. Ziekow (2003): S. 34.

2.4 Fazit und Thesen

Ziel dieses Abschnitts war die Analyse und Gegenüberstellung von theoriegeleiteten Argumentationen, die unter gesamtwirtschaftlichen Gesichtspunkten für bzw. gegen die Realisation von PPP-Projekten sprechen. Auch die angeführten Schlüsselrisiken der öffentlichen Hand bei PPP sollten in diesem Zusammenhang als Entscheidungskriterium herangezogen werden.

Neben Kosteneinsparungsmöglichkeiten, die beispielsweise infolge des wertschöpfungsstufenübergreifenden Managements entstehen können, gibt es auch gegenläufige Effekte, die PPP im Vergleich zur konventionellen Realisierung erheblich verteuern. Eine große Bedeutung dürfte hier v.a. dem Einfluss der Transaktions- und Risikokosten zukommen, mit denen unterschiedliche Probleme einhergehen. Eine gemeinsame Schwierigkeit liegt in der Quantifizierung entsprechender Kosten für ein Einzelprojekt. Bei den Transaktionskosten kommt hinzu, dass ein Großteil der Kosten erst in der ex-post-Vertragsphase aufgrund von Unstimmigkeiten oder Änderungsbedarfen entsteht – im Vorfeld also in den Entscheidungsprozess gegen die Realisierung als PPP-Projekt nicht einbezogen werden können. Die Problematik der Risikokosten wird in 3.2 im Zusammenhang mit Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen detailliert weiter erläutert.

Aufgrund dieser allgemeinen Analyse kann jedoch keine generelle Abschätzung vorgenommen werden, inwiefern einzelne PPP-Projekte einer konventionellen Realisierung vorzuziehen sind. Dies muss vielmehr in einer Betrachtung des jeweiligen Einzelfalls erfolgen. Da die Wirkung der diskutierten Effekte gegenläufig ist, können je nach Charakteristika eines Projekts bestimmte Effekte überwiegen und in der Gesamtheit für oder gegen seine Durchführung sprechen. Ob das alternative Beschaffungsinstrument PPP dabei zum Einsatz kommt, hängt von einer dezidierten Prüfung der ökonomischen Effizienz im Rahmen von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen ab.

Abschließend können folgende **Thesen** formuliert werden:

- 1) Die ökonomische Bewertung von PPP-Projekten ist aufgrund der Vielzahl schwer quantifizierbarer Kosten (z.B. Risikokosten, Transaktionskosten) mit Problemen verbunden.
- 2) PPP-Projekte sind zu komplex, als dass sie durch die öffentliche Verwaltung in ihrer *klassischen* Organisationsform adäquat aufgesetzt und gesteuert werden könnten. Externe Berater und Sachverständige sind notwendig, um die konventionelle und privatwirtschaftliche Realisierungsvariante objektiv im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit gegenüberstellen und bei der Vertragsgestaltung auch die Interessen der öffentlichen Hand einzubringen.

3 Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen im Rahmen von PPP-Projekten

3.1 Aufgaben und Phasen der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung

Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen erfüllen gemeinhin mehrere **Aufgaben**. Nach dem es sich um einen mehrstufigen Prozess handelt, „bei dem unter Berücksichtigung aller Kosten (inklusive Risikokosten) und ggf. Erlösen die wirtschaftlichste Realisierungsvariante ermittelt werden soll“³⁰, dient die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung als direktes Entscheidungskriterium in Bezug auf die Projektumsetzung. Dazu werden die konventionelle Beschaffungsvariante der öffentlichen Hand und das dazu korrespondierende privatwirtschaftliche PPP-Referenzprojekt auf der Grundlage identischer Rahmenbedingungen (Leistungsumfang, Qualitätsniveau, identifizierte Risiken etc.) realitätsnah gegenübergestellt. Eine dynamische Anpassung der Rahmenbedingungen während des Prozesses ist dabei unabdingbar, um trotz Vertragsanpassungen, Risikoverschiebungen etc. weiterhin eine direkte Vergleichbarkeit herstellen zu können. Die kostenrechnerische Gegenüberstellung beinhaltet die erwarteten Kosten für den gesamten Lebenszyklus, d.h. alle anfallenden direkten und indirekten Kosten der Planungs-, Bau- und Betriebsphase, Finanzierungskosten sowie Kosten des auf den Projektpartner übertragenen bzw. zurückgehaltenen Risikos.³¹ Daneben fungiert die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung als wichtiges Management- und Controllinginstrument des Projekts. Die daraus erlangten Erkenntnisse sollen die Projektentwicklung positiv beeinflussen.³² Da vor haushalts- und vergaberechtlichem Hintergrund bei Investitionen der öffentlichen Hand grundsätzlich die Pflicht des Nachweises der Wirtschaftlichkeit besteht (vgl. § 7 Abs. 2 Satz 1 Bundeshaushaltsordnung (BHO); § 6 Abs. 2 Haushaltsgrundsätze-gesetz (HGrG)), erfüllen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten zusätzlich den Zweck der Einhaltung rechtlicher Anforderungen.³³

Die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung innerhalb mehrerer **Phasen** der PPP-Projektrealisierung statt. Abbildung 4 veranschaulicht dies graphisch. Erst nach erfolgreichem Abschluss der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung in der dritten Phase des PPP-Beschaffungsprozesses - hier werden die eingegangenen Angebote am konventionellen Vergleichswert (Public-Sector-Comparator (PSC)) gemessen - fällt demnach das endgültige Urteil über die Zuschlagserteilung und Vertragsunterzeichnung.³⁴

³⁰ Vgl. Rauschenbach/Gottschling (2008): S. 252.

³¹ Vgl. Riemenschneider (o.J.): S. 4–5.

³² Vgl. Arbeitsgruppe des Bundes und der Finanzministerkonferenz (2006): S. 10.

³³ Vgl. Pfnür et al. (2007): S. 5.

³⁴ Vgl. Arbeitsgruppe des Bundes und der Finanzministerkonferenz (2006): S. 12.

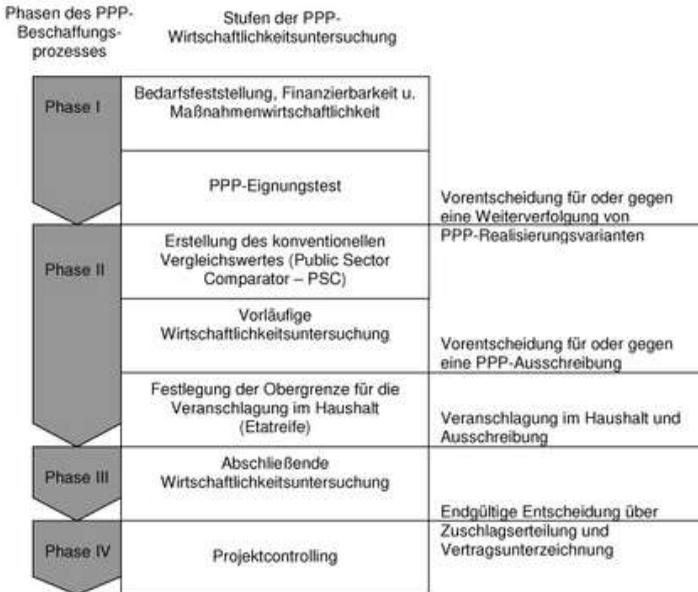


Abbildung 4: Stufen der Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen im PPP-Beschaffungsprozess

Quelle: Arbeitsgruppe des Bundes und der Finanzministerkonferenz (2006): S. 7

Trotz der zahlreichen Phasen, in denen ein PPP-Projekt hinsichtlich seiner ökonomischen Vorteilhaftigkeit überzeugen muss, werden Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen in der wissenschaftlichen und öffentlichen Diskussion aufgrund des relativ komplexen Verfahrens verbunden mit Fragen der Praktikabilität, der Transparenz, dem Nutzen und **insbesondere der inhaltlichen Verlässlichkeit** kritisch hinterfragt. Während grundsätzlich die Durchführung eines wirtschaftlichen Vergleichs als unbedingt notwendig erachtet wird, geht es bei der Kritik um die Aussagekraft der Untersuchungen vor dem Hintergrund von Anreizkonflikten, methodischen Problemen, der zugrunde gelegten Parameter und Annahmen sowie der zeitlichen Strukturierung.³⁵

³⁵ Vgl. Beckers/Klatt (2009b): S. 179; Riemenschneider (o.J.): S. 8.

3.2 Kritik an Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und daraus resultierende Optimierungspotenziale

Den Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen der öffentlichen Hand werden in Bezug auf PPP **Schwachstellen in zwei Bereichen** attestiert. Kritik wird neben **verfahrenstechnischen Defiziten** auch an den zugrunde gelegten **Daten- bzw. Informationsbasen** geübt.

Für den angestrebten Wirtschaftlichkeitsvergleich beider Realisierungsvarianten muss ermittelt werden, wie hoch die Kosten der öffentlichen Hand bei konventioneller Leistungserstellung sind (vgl. 3.1). Dazu sollen im Referenzprojekt sämtliche Kosten und mögliche Erlöse, die über den Lebenszyklus auftreten, einbezogen werden (sog. Basiskosten).³⁶ Problematisch ist jedoch der **Mangel an umfassenden, statistisch auswertbaren Datensammlungen für eine Vorhersage der Bau- und Betriebskosten der konventionellen Variante**. Häufig fehlen bereits auf Seiten der öffentlichen Hand Informationen zur Betriebskostensituation der Gebäude, Statistiken zu Plan- und Ist-Kosten bei Gebäudeerstellungen oder vollständig auf immobilienpezifische Belange abgestellte Kostenrechnungen.³⁷ Daher stellt sich die Frage, ob dem Anspruch der Abbildung einer „objektiven Beschaffungswirklichkeit“³⁸ genüge getan werden kann und inwieweit eine Gegenüberstellung mit der PPP-Variante auf Basis von Prognosewerten eine realistische Bewertung der Vorteilhaftigkeit erlaubt. Dies könnte mittels analytischer Kostenprognoseverfahren kompensiert werden. In der Praxis findet diese Herangehensweise jedoch kaum Anwendung.

Ein weiterer Kritikpunkt liegt in der **Beeinflussbarkeit der monetären Bewertung der Risiken des privaten Betreibers durch die öffentliche Hand**. In dem Angebot des privaten PPP-Anbieters sind erwartete Projektrisiken innerhalb des Lebenszyklus bereits einbezogen. Im Falle einer konventionellen Realisierung ist die öffentliche Hand selbst Träger dieser Risiken (z.B. Risiko der Baukostenüberschreitung), muss sie also ihrerseits bewerten und als Kosten der Eigenrealisierung bepreisen. Um eine Vergleichbarkeit der Realisierungsvarianten herzustellen, müssen die erwarteten Gesamtkosten des konventionellen Referenzprojekts auch diese Risiken berücksichtigen. Wie in Abbildung 5 veranschaulicht, könnte sich daraus folgende Gegenüberstellung der Projekte ergeben:

³⁶ Vgl. Stolze/Kortmann (2005): S. 2.

³⁷ Vgl. Pfnür et al. (2007): S. 8; Riemenschneider (o.J.): S. 11.

³⁸ Vgl. Riemenschneider (o.J.): S. 12.

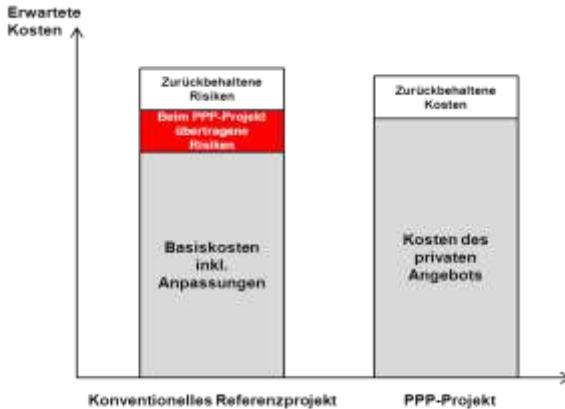


Abbildung 5: Gegenüberstellung der Kosten in einer PPP-Wirtschaftlichkeitsuntersuchung

Eigene Darstellung in Anlehnung an Stolze (2007): S. 3.

Die aufgrund von Aspekten der besseren Risikotragfähigkeit bei der öffentlichen Hand belassenen Risiken werden in der Graphik aus Gründen der Vollständigkeit aufgeführt, haben aber aufgrund der Berücksichtigung in gleicher Höhe bei der PPP-Variante keinen Einfluss auf den Ausgang des Wirtschaftlichkeitsvergleichs.³⁹ Anders jedoch der Ansatz der beim PPP-Projekt übertragenen Risiken. „Der sachgerechte Vergleich zwischen den Modellen wird durch das Fehlen eines anerkannten Public-Sector-Comparator erschwert“⁴⁰. Zudem sind die veranschlagten Risikokosten sehr unsicher und infolge dessen in gewissem Maße auch Auslegungssache.

Aus Untersuchungen von Ländern, die sich als fortgeschrittene PPP-Märkte charakterisieren lassen, geht hervor, dass die **Handhabung und Einschätzung der Risiken** eine entscheidende Stellschraube im Hinblick auf den Nachweis der Vorteilhaftigkeit einer Variante darstellt. Andersen findet diesbezüglich in seiner Studie heraus, dass die prognostizierten ökonomischen Vorteile der PPP-Variante zu 60 % aus der Bewertung der zum Privaten transferierten Risiken hervorgehen.⁴¹ Auch Daube, der eine Evaluierung der Wirtschaftlichkeitsvergleiche der ersten PPP-Pilotprojekte im öffentlichen Hochbau in Nordrhein-Westfalen vornimmt, deutet an, dass die prognostizierten Effizienzvorteile von PPP gegenüber dem PSC aus wenigen Kostengruppen resultieren.

³⁹ Vgl. Stolze/Kortmann (2005): S. 2–3.

⁴⁰ Vgl. Arbeitskreis PPP im Management öffentlicher Immobilien im BPPP e.V. (2006): S. 5.

⁴¹ Vgl. Andersen (2000): S. 3–6.

Vornehmlich weist auch er auf die Risikokosten, insbesondere die Bewertung des Baukosten- und Bauzeitüberschreitungsrisikos, hin.⁴² Damit stellt also der Risikotransfer einen der „key drivers“ zu Gunsten einer Entscheidung für PPP dar. In diesem Zusammenhang kritisiert Stolze sowohl die Vorgehensweise der unvollständigen Offenlegung bei der Analyse der Risiken wie auch das Fehlen praktisch anwendbarer und vor allem einheitlicher Vorgaben und Richtlinien⁴³, was die „Möglichkeit zur bewussten oder unbewussten Beeinflussung der Ergebnisse“⁴⁴ seiner Meinung nach stark erhöht.

Ferner stufen Pfnür, Hirt & Egres das gegenwärtig eingesetzte **Zuschlagsverfahren** (identifizierten Risiken werden Schadenshöhen und Eintrittswahrscheinlichkeiten zugeordnet) **zur Ermittlung der Risikokosten** als „**verfahrenstechnisch höchst zweifelhaft**“⁴⁵ ein, da ihrer Ansicht nach keine tatsächliche Bewertung des Risikos stattfindet. Vielmehr werden im Zuschlagsverfahren Risiken linear bewertet. Veranschaulicht an einem konkreten Beispiel bedeutet dies: Ein mit 5-prozentiger Wahrscheinlichkeit eintretendes Risiko i. H. v. 10 Millionen Euro wird gleichgesetzt mit einem Risiko i. H. v. 526.000 Euro, das mit 95-prozentiger Wahrscheinlichkeit eintritt. Dabei sollten sich größere Schadenshöhen, die bei Eintritt die Haushaltsstabilität stärker beeinflussen, auch in der Bewertung als höhere Risikokosten manifestieren. Zur Lösung des Problems könnten simulative und analytische Verfahren der Risikoanalyse herangezogen werden, die die situationsspezifische Risikoeinstellung der öffentlichen Hand realitätsnah abbilden.⁴⁶ Darüber hinaus könnten Risikowerte aus dem Versicherungsmarkt oder empirischen Statistiken abgeleitet werden. Voraussetzung für die Anwendung beider Möglichkeiten ist allerdings eine fundierte Datengrundlage, die derzeit noch weitestgehend fehlt. Dies erschwert zusätzlich die Validierung von bisherigen Eingangsgrößen der Kalkulation.⁴⁷

Zu den methodischen Problemen von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen zählt außerdem der **Vergleich der beiden Varianten über die Kapitalwertmethode**. Der Wert (Nettobarwert) der betrachteten Zahlungsreihe hängt entscheidend von der zeitlichen Struktur der Zahlungen und dem Diskontierungssatz ab, d.h. eine entsprechende Wahl dieser Stellschrauben lässt weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich des Ausgangs des Vergleichs zu. Grundsätzlich gilt: Je größer der zugrunde gelegte Diskontierungssatz ist und je später eine Zahlung erfolgt, desto kleiner ist der Nettobarwert. Im Falle des Variantenvergleichs wird häufig ein kleiner Nettobarwert angestrebt, da bei den Varianten die Auszahlungen in den einzelnen Perioden der Laufzeit über-

⁴² Vgl. Daube (2005): S. 49.

⁴³ Vgl. Stolze (2007): S. 6–7.

⁴⁴ Vgl. ebd.: S. 7.

⁴⁵ Vgl. Pfnür et al. (2007): S. 8.

⁴⁶ Vgl. Arbeitskreis PPP im Management öffentlicher Immobilien im BPPP e.V. (2007): S. 8.

⁴⁷ Vgl. Arbeitsgruppe des Bundes und der Finanzministerkonferenz (2006): S. 50.

wiegen (Auszahlungsüberschüsse), der Nettobarwert insgesamt also negativ ausfällt. Schließlich setzt sich dasjenige Projekt mit dem kleinsten negativen bzw. größten positiven Nettobarwert durch.

Bezüglich der zeitlichen Struktur der Zahlungen liegt der Vorteil bei der PPP-Variante, da hier die Auszahlungen (Vergütung an den privaten Betreiber) konstant über die Projektlaufzeit anfallen, wohingegen bei einer konventionellen Realisierung in den ersten Jahren hohe Zahlungen für den Bau (Vergütung wird sofort nach Abschluss bzw. Abnahme der Arbeiten der beauftragten Unternehmen fällig) geleistet werden müssen. Hinsichtlich des Diskontierungssatzes kann die Vorteilhaftigkeit zu Gunsten von PPP gesteuert werden. Mit dem Ansatz eines hohen Satzes können etwa die vergleichsweise höheren Auszahlungen der PPP-Variante gegen Ende der Laufzeit stark abgemildert werden.⁴⁸

Vor dem Hintergrund der bisher geäußerten Kritik an Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen stellt sich die Frage, mit welchen Maßnahmen bzw. Entwicklungen zukünftig deren Qualität erhöht werden kann. Mit dieser Herausforderung beschäftigte sich ein vom Bundesverband PPP e.V. initiiertes Arbeitskreis, der Thesen zu **methodischen Verbesserungsansätzen** erarbeitete. Zentral wird in deren Manuskript unter anderem die **Offenlegung** aller mit einem PPP-Projekt verbundenen **Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen** durch die öffentliche Hand gefordert. Der Arbeitskreis sieht dazu die Sammlung der Untersuchungsergebnisse in Datenbanken und deren Weitergabe an PPP-interessierte Institutionen als vorteilhaft an. Dadurch soll die Transparenz auf dem PPP-Markt erhöht werden und bei künftigen Projekten ein Know-How- und Erfahrungstransfer stattfinden.⁴⁹ Den könnte die öffentliche Hand beispielsweise nutzen, um die angesprochenen Defizite bei der Bewertung von Projektrisiken der konventionellen Beschaffungsvariante an das Know-How der privaten Anbieter anzugleichen.

Der Vorschlag des Arbeitskreises basiert aber auch auf der Intention, den Wissenstransfer in Richtung des privaten Anbieters zu erhöhen, der damit seine Kalkulationsgrundlage verbessern könnte.⁵⁰ Damit geht jedoch auch das Risiko einher, dass sich private Anbieter durch die großflächige Offenlegung von Wirtschaftlichkeitsvergleichen ein vertieftes Verständnis zur Kalkulation der Referenzprojekte ableiten können. Selbst bei der Möglichkeit, ein Projekt als PPP-Variante mit deutlichen Vorteilen zu realisieren, kann dieses Wissen auf Seiten der privaten Anbieter eingesetzt werden, um PPP-Effizienzvorteile nicht bzw. nicht in vollem Umfang an die öffentliche Hand weiterzugeben. Insofern ist eine verstärkte Offenlegung auch kritisch zu werten.

⁴⁸ Vgl. Beckers/Klatt (2009b): S. 179; Mühlenkamp (2010): S. 19–23.

⁴⁹ Vgl. Arbeitskreis PPP im Management öffentlicher Immobilien im BPPP e.V. (2007): S. 4–5.

⁵⁰ Vgl. ebd.: S. 5.

Für ein vollständiges Bild zu allen anfallenden direkten und indirekten Kosten müssen in die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung auch **Transaktionskosten** einbezogen werden.⁵¹ Zu deren Ermittlung dieser existiert jedoch derzeit noch keine wissenschaftlich fundierte Methode. Die angesetzten Werte sind deshalb lediglich als Schätzwerte anzusehen, deren tatsächliche Höhe entsprechend des Projektverlaufs abzuwarten bleibt. (Riemenschneider) schlagen vor diesem Hintergrund den Aufbau von Standardleistungskatalogen vor, die während der Laufzeit von der öffentlichen Hand zu erbringende Leistungen (z. B. Vertragscontrolling, Anpassung der Qualitäten und Leistungen, Jour-Fix Gespräche, Berichtswesen, Qualitätskontrollen etc.) erfassen, zeitlich einordnen und monetär bewerten.⁵² Die Bedeutung der Transaktionskosten bei PPP-Projekten wird durch eine Untersuchung von Dudkin & Väilä deutlich, bei der diese auf durchschnittlich ca. 10 % des Projektvolumens geschätzt werden.⁵³

3.3 Empirische Evidenz zur Wirtschaftlichkeit von PPP

Da die in Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen zugrunde gelegten Daten und Berechnungen nicht im Detail offengelegt werden, besteht letztlich wenig Möglichkeit, die Ergebnisse kritisch zu überprüfen. Aus diesem Grund liegen derzeit auch (noch) keine empirischen Studien mit wissenschaftlichem Anspruch vor, die für eine Diskussion der Wirtschaftlichkeit von PPP-Projekten als gesicherte Evidenz herangezogen werden könnten.⁵⁴ Vielmehr handelt es sich bei den meisten Auswertungen lediglich um Auftragsuntersuchungen⁵⁵, die durch direktes oder indirektes Interesse an der Durchführung von PPP-Projekten geleitet wurden.⁵⁶ Streng genommen müsste für eine endgültige Aussage zur ökonomischen Effizienz eines Projektes auf eine Analyse zurückgegriffen werden, die am Ende der Vertragslaufzeit ansetzt. Dies gestaltet sich für Deutschland jedoch grundsätzlich als schwierig, da sich die Projekte erst in sehr frühen Stadien befinden.

Im Rahmen dieser Arbeit soll für eine erste Abschätzung, inwiefern PPP-Projekte tatsächlich wirtschaftliche Vorteile generieren, auf Rechnungshofbefunde zurückgegriffen werden. Diese können zudem als unabhängig erstellte Gutachten betrachtet werden.

⁵¹ Vgl. Arbeitsgruppe des Bundes und der Finanzministerkonferenz (2006): S. 26.

⁵² Vgl. Riemenschneider (o.J.): S. 13.

⁵³ Vgl. Dudkin/Väilä (2005): S. 14.

⁵⁴ Vgl. Mühlkamp (2010): S. 25; Rechnungshof Baden-Württemberg (2009): S. 44.

⁵⁵ Vgl. hierzu beispielsweise die Untersuchung von Daube (2005) im Auftrag der PPP-Task Force des Landes Nordrhein-Westfalen.

⁵⁶ Vgl. Beckers/Klatt (2009b): S. 181.

Aufgrund des begrenzten Ausschnitts an vorliegenden Evaluationen können jedoch keine allgemeingültigen Aussagen über die Kosteneffizienz von PPP getroffen werden.

Nach Wirtschaftlichkeitsanalysen von sechs großen PPP-Projekten des Landes äußerte sich der **Rechnungshof Baden-Württemberg** kritisch entgegen der allgemeinen PPP-Euphorie. Demnach sind die vielfach in den Raum gestellten hohen zweistelligen Effizienzrenditen auf Dauer nicht zu erwarten.⁵⁷ Vielmehr fallen die Wirtschaftlichkeitsvorteile von PPP-Projekten nach Erkenntnis des Rechnungshofs durchschnittlich nur sehr geringfügig (2,67 %) aus. Unter den sechs untersuchten befanden sich auch zwei PPP-Projekte, für die eine Eigenrealisierung letztlich ökonomischer gewesen wäre - bei der Berufsakademie Heidenheim hätte die Eigenrealisierung eine Ersparnis von 1,78 %, beim Polizeirevier Ellwangen um 0,84 % gegenüber PPP erbracht. Der Rechnungshof weist weiter darauf hin, dass die Bewirtschaftung der Berufsakademie Heidenheim in Eigenleistung anfänglich sogar um 10 % günstiger gewesen wäre.⁵⁸ Er kritisiert außerdem, dass bei dem Projekt in Heidenheim im Vorfeld der Ausschreibung weder eine Machbarkeitsstudie noch eine vorläufige Wirtschaftlichkeitsberechnung angefertigt wurde.⁵⁹ Nach Einschätzung des Rechnungshofs bleibt zudem häufig unberücksichtigt, dass PPP-Projekte, die Bau, Finanzierung und Betrieb umfassen, „gegenüber der Eigenbesorgung mit erheblichen zusätzlichen Kosten behaftet sind“⁶⁰. Zu den Kostentreibern zählen neben zusätzlichen Gewerbe- und Grundsteuerbelastungen, den Belastungen durch die Mehrwertsteuer auf Dienstleistungen (z.B. für Hausmeisterleistungen), den höheren Zinskonditionen im Vergleich zu Landes- bzw. Kommunalkrediten auch die hohen Renditeerwartungen für den Eigenkapitalanteil des privaten Partners (meist 10 % - 15 %). Ebenfalls zu berücksichtigen sind die hohen Transaktionskosten aufgrund der umfangreichen Vertragswerke, durch die Inanspruchnahme externer Beratungsleistungen sowie infolge des grundsätzlich aufwändigen Projektcontrollings über die gesamte Laufzeit.⁶¹

Auf Ebene des **Bundesrechnungshofs** wurde aktuell ein Gutachten zu den A- und F-Modellen im Bundesfernstraßenbau erstellt. Der Bundesbeauftragte für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung sieht die bisher zu diesen Modellen durchgeführten Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen angesichts der zugrunde gelegten Annahmen als bedenklich. Bei der Bewertung des konventionellen Referenzprojekts wich der Bund stark von den im Angebot des privaten Bieters veranschlagten Mautschätzungen ab. Dabei lagen die Mautschätzungen der erfolgreichen Bieter um bis zu 75 % über denen des Bundes. An dieser Stelle muss angemerkt werden, dass die Schätzungen der Bieter von Seiten des

⁵⁷ Vgl. Rechnungshof Baden-Württemberg (2009): S. 5.

⁵⁸ Vgl. Rechnungshof Baden-Württemberg (2009): S. 37–38.

⁵⁹ Vgl. ebd.: S. 23.

⁶⁰ Vgl. ebd.: S. 43.

⁶¹ Vgl. ebd.: S. 44.

Bundesministeriums sogar als professionell und auf Basis bewährter Methoden der Verkehrsplanung und –prognose hergeleitet, eingestuft wurden. Eine Analyse des Bundesrechnungshofs kommt schließlich zu dem Ergebnis, dass bei Eintreten der Mautschätzungen des Bundes die in den Angeboten dargelegten Kosten der privaten Partner lediglich zu 69 % gedeckt wären, woraus die Gefahr einer Insolvenz entstünde. Ein Eintreten der Mautschätzungen der Bieter würde andererseits einen erheblichen wirtschaftlichen Nachteil für den Bund bedeuten.⁶²

Auch im Staatsstraßenbau liegen Befunde vom **Bayerischen Obersten Rechnungshof** zur Wirtschaftlichkeit von PPP-Projekten vor. Der im Vorfeld durchgeführte Kostenvergleich versprach sowohl für das Projekt in Miltenberg als auch für das Projekt zum vierten Bauabschnitt der Flughafentangente Ost bei Erding einen ökonomischen Vorteil i. H. v. 1,2 Mio. Euro bzw. 0,7 Mio. Euro zu Gunsten von PPP. Der errechnete PPP-Vorteil ist nach Prüfung des Obersten Rechnungshofs allerdings lediglich darauf zurückzuführen, dass in der konventionellen Variante bei den Bau- und Erhaltungskosten mit nachteiligen Annahmen kalkuliert wurde. Hinsichtlich der Erhaltungskosten wurde bei der PPP-Variante beispielsweise lediglich mit einer einmaligen, bei der konventionellen Variante dagegen mit einer zweimaligen Erneuerung des Deckenbelags innerhalb der Laufzeit kalkuliert. Aus Statistiken geht hervor, dass dies keine realistische Annahme für das Referenzprojekt darstellt, da bei Staatsstraßen durchschnittlich im Rhythmus von 48 Jahren Sanierungen der Fahrbahndecke stattfinden. Da bei der Analyse der Finanzierungskosten der Vorteil deutlich bei der konventionellen Variante gesehen wird und auch bei der Risikobewertung kein Vorteil für PPP festgestellt werden konnte, unterstreicht der Rechnungshof abschließend, dass eine konventionelle Ausschreibung mindestens zum gleichen Ergebnis wie die PPP-Realisierung gekommen wäre.⁶³

Empirische Hinweise, dass Entscheidungen für eine Realisierungsvariante nicht immer ausschlaggebend aufgrund von objektbezogenen Wirtschaftlichkeitserwägungen erfolgen, gehen auch aus einem Jahresbericht des **Niedersächsischen Landesrechnungshofs** hervor. Demnach seien bei der Errichtung mehrerer Dienstgebäude der Landesverwaltung durch private Investoren vor allem haushaltswirtschaftliche, konjunkturelle und arbeitsmarktpolitische Aspekte ausschlaggebend gewesen. In einer vergleichenden Analyse zwischen sechs Investorbauten und sechs Hochbaumaßnahmen unter Eigenrealisierung zeigte sich, dass die konventionell errichteten Objekte in konstruktiver und gestalterischer Hinsicht aufwendiger und zudem effizienter (geringere Heizkosten) als die Investorbauten waren.⁶⁴ Unter Gesichtspunkten der Nachhaltigkeit

⁶² Vgl. Präsident des Bundesrechnungshofes (2009): S. 4.

⁶³ Vgl. Oberster Bayerischer Rechnungshof (2006).

⁶⁴ Vgl. Niedersächsischer Landesrechnungshof (1992): S. 40–43.

sprechen diese Fälle gegen PPP und es stellt sich die Frage, ob private Projektpartner im Sinne ihrer eigenen Nutzenmaximierung nicht häufig „billiger“ bauen.

Auch auf **internationaler Ebene** liegen Befunde zur Wirtschaftlichkeit von PPP vor. Aus einer Untersuchung des National Audit Office zu britischen PPP-Projekten mit unterschiedlicher Laufzeit geht hervor, dass bereits in einem Zeitraum von einem bis fünf Jahre nach PPP-Vertragsschluss von 23 % der Projektbeteiligten auf Seiten der öffentlichen Hand die ursprüngliche Effizienzeinschätzung⁶⁵ von PPP nach unten korrigiert werden musste. In der Kategorie der als exzellent eingestuften PPP-Projekte wurden 64 % bis zu drei Effizienzklassen zurückgestuft (50 % in „good“, 7 % in „satisfactory“, 7 % in marginal), in der Kategorie der ursprünglich gut beurteilten Projekte betraf die Rückstufung immerhin noch 21% (17 % in „satisfactory“, 2 % in „marginal“, 2 % in „poor“).⁶⁶ Als Gründe für die korrigierte Effizienzeinschätzung von PPP gaben Vertreter der öffentlichen Hand hohe Gebühren für zusätzliche Leistungen, geringe Nutzerzufriedenheit oder die fehlende Realisierung prognostizierter Vorteile an.⁶⁷

Weiter geht aus einer Untersuchung des britischen Rechnungshofs zu den ersten vier DBFO (Design, Build, Finance, Operate)-Projekten im britischen Fernstraßensektor hervor, dass der durchschnittlich erwartete Kostenvorteil der Projekte von 12,4 % nicht realisiert werden konnte. Während zwei Projekte im Ergebnis noch einen Effizienzvorteil ausweisen konnten, wäre die Realisierung der Projekte mit geringen Investitionsvolumina in der konventionellen Variante kostengünstiger gewesen.⁶⁸ Für ein weiteres DBFO-Projekt, eine Autobahn in Schottland, kritisiert der Rechnungshof die Höhe (17 Mio. Pfund) der prognostizierten Kosteneinsparungen in der PPP-Variante.⁶⁹ Diese resultieren nach Einschätzung aus dem vergleichsweise hoch angesetzten Diskontierungssatz von 6 % sowie in der Überschätzung der Kosten der konventionellen Variante in Höhe von ca. 10 Mio. Pfund.⁷⁰

Blanc-Brude, Goldsmith & Väililä stellen unter Rückgriff auf die Projektdatenbank der Europäischen Investitionsbank die Baukosten der konventionellen und der PPP-Variante gegenüber. Der betrachtete Datensatz enthält 227 Straßenbauprojekte, darunter 65 PPP-Projekte, die von der Europäischen Investitionsbank (mit-)finanziert wurden. Hinsichtlich der Ex-ante-Baukosten kommen sie zu dem Ergebnis, dass die

⁶⁵ Die Effizienz wurde hier nach dem „value for money“ bewertet, wobei als Bewertungskategorien absteigend „excellent“, „good“, „satisfactory“, „marginal“ und „poor“ verwendet wurden.

⁶⁶ Vgl. National Audit Office (2001): S. 33, 35.

⁶⁷ Vgl. ebd.: S. 33.

⁶⁸ Vgl. National Audit Office (1999b).

⁶⁹ Vgl. National Audit Office (1999a): S. 46.

⁷⁰ Vgl. ebd.: S. 33, 47, 49.

PPP-Variante durchschnittlich um 24 % teurer als eine konventionelle Realisierung ist.⁷¹

3.4 Fazit und These

Die unter 3.2 ausgeführte Kritik einerseits sowie die gerade vorgestellten empirischen Befunde andererseits werfen vor allem Fragen bezüglich der Angemessenheit und Aussagekraft durchgeführter Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen auf. Ihrer eigentlichen Funktion, als transparentes und zuverlässiges Entscheidungskriterium zu dienen, kommen sie nur bedingt nach. Insgesamt weisen sie hohe Gestaltungs- bzw. Manipulierungsmöglichkeiten (z.B. bzgl. getroffener Annahmen) auf, die je nach politischem Interesse ausgeschöpft werden können. Besonders kritisch sind die in den Analysen diverser Rechnungshöfe identifizierten Effizienz Nachteile von PPP-Projekten zu werten, die ursprünglich mit hohen prognostizierten Effizienzrenditen eingestuft wurden.

Anhand der Ausführungen leitet sich schließlich folgende **These** ab:

- | |
|--|
| <p>3) Ex-ante können verschiedene Stellschrauben bei der ökonomischen Gegenüberstellung der Realisierungsvarianten genutzt werden, um PPP in einem vorteilhaften Licht darzustellen, ex-post überzeugt PPP jedoch nur marginal bzw. verteuert letztlich sogar in vielen Fällen die Umsetzung.</p> |
|--|

⁷¹ Vgl. Blanc-Brude et al. (2006): S. 14-15, 29.

4 Rolle von Handwerksbetrieben bei PPP-Projekten

4.1 Verfügbarkeit ausreichender Kompetenzen und Ressourcen bei Handwerksbetrieben

Um am Geschäftsfeld PPP partizipieren zu können, müssen auf Betriebsseite zentrale Anforderungen erfüllt sein. Dass diese für Großunternehmen eher vorhanden sind, leuchtet ein. Da aber in den letzten Jahren auch verstärkt der Anspruch verfolgt wird, mittelständische Unternehmen in Projekte einzubeziehen, stellt sich die Frage, inwiefern diese den Anforderungen aufgrund vergleichbar restriktiverer Ausgangsbedingungen gerecht werden können.

Im ersten Abschnitt wird versucht, das Interesse, mit dem Handwerksbetriebe PPP-Projekten gegenüberstehen, einzufangen. Anschließend wird untersucht, inwiefern es aufgrund der Ausgestaltung von PPP-Projekten Chancen einer Beteiligung von Handwerksbetrieben gibt und wie stark eine Einbindung stattfindet.

4.1.1 Vorhandener Informationsstand und Einstellung

Ein erster Indikator, inwiefern sich Handwerksbetriebe in PPP-Projekte einbringen können bzw. auch wollen, ist deren Informationsstand. Im Folgenden soll dieser über das Urteil von Generalunternehmen, Experten bzw. empirischer Untersuchungen der Betriebe selbst aufgearbeitet werden.

In der Untersuchung von Schempp konnten über Interviews Informationen zu den PPP-Projekterfahrungen von sechs Generalunternehmern mit Handwerksbetrieben als Nachunternehmen gewonnen werden. Die Befragten sollten u.a. den Kenntnisstand von Handwerksbetrieben zu PPP einschätzen. Dabei äußerten die Generalunternehmen zwar unterschiedliche Erfahrungen, bzgl. des Informationsstandes waren die Meinungen jedoch homogen. „Offensichtlich fehlt vielen Handwerksbetrieben das Interesse und selbst für ein PPP-Projekt sehr gut in Frage kommende Unternehmen müssen teilweise erst auf PPP aufmerksam gemacht werden“⁷². Für die Gesamtheit der Handwerksbetriebe wurden der Informationsstand als gering sowie die Grundstimmung als eher zurückhaltend bis ablehnend eingestuft. Handwerksbetrieben, die bereits häufiger

⁷² Vgl. Schempp (2010): S. 27.

in PPP-Projekte involviert waren, wurde jedoch ein grundsätzliches Interesse und ein sehr guter Informationsstand attestiert.⁷³

Im Kontext einer weiteren Studie wurde obiges Urteil von Seiten einer Expertenrunde - bestehend aus Handwerkskammervetretern, Geschäftsführern bzw. leitenden Angestellten mehrerer mittelständischer Unternehmen sowie Vertretern aus Wissenschaft und PPP-Praxis - bestätigt. Demnach weisen Handwerksbetriebe weder das nötige Grundverständnis noch Wissen zum Ablauf derartiger Projekte auf. Mit besonderen Problemen scheint für die Betriebe insbesondere der Lebenszyklusansatz sowie die Kalkulation des langfristigen Bauunterhalts behaftet zu sein.⁷⁴

Dieses Bild zeichnet sich auch in einer empirischen Erhebung zum PPP-Informationsstand von Handwerksbetrieben ab. Wie in Abbildung 6 ersichtlich, bezeichnen insgesamt lediglich rund 11 % ihre Kenntnisse als gut bis sehr gut. Dagegen weisen ca. 62 % der teilnehmenden Betriebe geringe bzw. keine PPP-Kennntnis auf. In dieser Stichprobe geben nur 2,7 % der Befragten an, an einem PPP-Projekt mitgearbeitet zu haben, 32 % kennen PPP aus den Medien, der Mehrheit (59 %) jedoch sind keine PPP-Projekte bekannt.⁷⁵

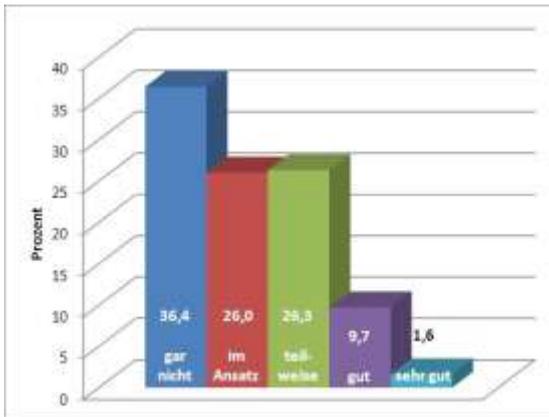


Abbildung 6: Erhebung des PPP-Informationsstandes von Handwerksbetrieben
Eigene Darstellung in Anlehnung an Nitzsche (2008): S. 81.

⁷³ Vgl. ebd.: S. 28.

⁷⁴ Vgl. Nitzsche (2008): S. 38.

⁷⁵ Vgl. ebd.: S. 80–81.

Eine weitere empirische Untersuchung mit 625 Teilnehmern, die gemessen an ihrem Umsatz bzw. an der Mitarbeiterzahl überwiegend den kleinen bis mittleren Handwerksbetrieben zugeordnet werden können, gibt ebenfalls Aufschluss zum Informationsstand der für PPP infrage kommenden Firmen. Die Selbstbewertung der Betriebe hinsichtlich ihrer fachlichen Kompetenz zur Abschätzung von Immobiliennutzungskosten ergab, dass sich lediglich ca. 35 % der Betriebe dafür qualifiziert einschätzen, ca. 56 % der Befragten aber wenig bis keine Kenntnisse besitzen.⁷⁶ In dieser Stichprobe gaben 60 % der Handwerksbetriebe an, bereits Erfahrungen mit Kooperationen bzw. Leistungsverbänden zu besitzen. Demgegenüber wiesen 19 % darauf hin, dass eingegangene Kooperationen wieder beendet wurden. Im Umgang mit ergebnisorientierter Leistungsbeschreibung weist ebenfalls ein Großteil der Befragten keine detaillierten Kenntnisse und Erfahrungen auf.⁷⁷

4.1.2 Anforderungen und Barrieren

Aufgrund der Lebenszyklusbetrachtung und des damit verbundenen umfassenden Leistungsspektrums stellen PPP-Projekte im Vergleich zu gewerkweisen Ausschreibungen nach VOB eine besondere Herausforderung für Handwerksbetriebe dar. Für eine Beteiligung müssen die Unternehmen dementsprechend breite und über die Ausführung handwerklicher Tätigkeiten hinausgehende Fähigkeiten aufweisen. Im Folgenden sollen diese, differenziert nach der jeweiligen **Position** beleuchtet werden, in der Handwerksbetriebe partizipieren können.

In der bereits unter 4.1.1 aufgeführten Studie von Schempp⁷⁸ brachten die Generalunternehmen deutlich zum Ausdruck, dass sie die Qualität der erbrachten Leistungen sowie das Engagement der **Handwerksbetriebe als Nachunternehmer** gerade bei spezifischen PPP-Projekten sehr schätzen. Überdies sei die Zusammenarbeit sehr gut und durch deren Fähigkeit gekennzeichnet, auftretende Probleme rasch zu lösen.⁷⁹ Aus der Untersuchung kann hinsichtlich der Know-How-Breite folglich abgeleitet werden, dass Handwerksbetriebe in der Funktion als Nachunternehmer aufgrund ihrer Kompetenzen sehr geeignet für eine Beteiligung an PPP-Projekten sind. An dieser Stelle müsste jedoch zusätzlich geprüft werden, inwiefern Handwerksbetriebe eine Beteiligung in dieser Form als wünschenswert ansehen bzw. aus welchen Gründen (z.B. Preisdruck) sie diese ablehnen.

⁷⁶ Vgl. Riemenschneider (o.J.): S. 7, 19.

⁷⁷ Vgl. ebd.: S. 23, 33.

⁷⁸ Vgl. Schempp (2010).

⁷⁹ Vgl. ebd.: S. 29–30.

Handwerksbetriebe können ferner eine Beteiligung auf erster Ebene, d.h. als **Hauptauftragnehmer** bzw. **Mitglied einer Projektgesellschaft** anstreben. Auf Basis einer Literaturanalyse zeigt sich, dass diese für eine erfolgsversprechende Beteiligung jedoch zahlreiche **Grundvoraussetzungen** erfüllen müssen, die unabhängig und neben den spezifischen Anforderungen des jeweiligen PPP-Projekts gelten:

- wirtschaftliche Stärke verbunden mit entsprechender unternehmensstrategischer Ausrichtung,
- langfristige Steuerung im Hinblick auf betriebs-, finanz- und personalwirtschaftliche Prozesse,
- rechtliche, kaufmännische und finanzwirtschaftliche Kompetenzen sowie Fähigkeiten im Projektorganisations- und Kooperationsmanagement,
- aussagefähige langfristige Kalkulationsgrundlagen,
- Erweiterung des Risikomanagementsystems auf die Betreiberphase,
- ausreichende Liquidität und Eigenkapitalausstattung,
- Informationen zur PPP-Nachfrage- und Wettbewerbssituation,
- Kenntnis möglicher Kooperationspartner, insbesondere auch Erweiterung des Netzwerks zu Lieferanten, Nachunternehmern, Beratern und professionellen Unternehmen für die Betriebsphase,
- ggf. Gewinnung von Finanzierungspartnern.⁸⁰

Eine im Rahmen der Studie von Nitzsche⁸¹ durchgeführte Diskussionsrunde ergab, dass gerade für Handwerksbetriebe vielschichtige **grundsätzliche Zugangsbarrieren** bestehen. Neben zu hohen Transaktionskosten scheitern viele ausführungsorientierte Handwerksbetriebe an der Einbindung von Architektur- und Finanzplanung. Während ein Großteil der Betriebe bereits aufgrund der Nichterfüllung der spezifischen Eingangskriterien eines Verfahrens ausscheidet, lehnen andererseits geeignete Firmen wegen der nicht dem Aufwand entsprechenden Bieterentschädigung eine Bewerbung ab. Neben fehlenden Risikomanagementinstrumenten sind Handwerksbetriebe auch aufgrund geringer Standardisierungsgrade (z.B. „Musterkalkulationsgrundlage für PPP-Projekte) vom PPP-Markt weitestgehend ausgeschlossen. Weiterhin weisen sie häufig nicht die erforderlichen Kompetenzen im Vertragsmanagement (Bau-, Finanzierungs-, Leasing-, Betreiber-, Kooperations- oder Gesellschaftsverträge etc.) sowie der langfristigen Planung und ganzheitlichen Ausführung von Bau, Bewirtschaftung und Finanzierung auf. Hinsichtlich der für PPP notwendigen Aufbauorganisation schränkt das Ein-

⁸⁰ Vgl. Blochmann/Mahlstedt (2003): S. 90–93; Jacob (2002): S. 25; Nitzsche (2008): S. 24–25.

⁸¹ Vgl. Nitzsche (2008).

gehen von Leistungsverbänden die unternehmerische Handlungsfreiheit stark ein und beinhaltet zudem die Gefahr der geringen Bestandskraft.⁸²

Aufbauend auf den in der Diskussionsrunde gewonnenen Erkenntnissen über die zentralen Hemmnisse einer PPP-Beteiligung erfolgte eine standardisierte Fragebogenerhebung bei Handwerksbetrieben in Nordrhein-Westfalen. An dieser nahmen 375 Unternehmen aus unterschiedlichen Gewerken teil. Die Rücklaufquote betrug 12,5 %, wobei hinsichtlich der Gewerke eine ausgeglichene Beteiligung vorlag. Unter den Teilnehmern wiesen ca. 50 % der Betriebe eine Unternehmensgröße von 1 – 10 Mitarbeitern und ca. 40 % von 11 – 50 Mitarbeitern auf, die restlichen Firmen beschäftigten in einem relativ ausgeglichenen Verhältnis 51 – 100 bzw. über 100 Mitarbeiter.⁸³ Eine als fortgeschritten bzw. umfassend gewertete PPP-Projekterfahrung lag in der Stichprobe nur bei 1,3 % der Betriebe vor – grundsätzlich stieg die Einschätzung der Erfahrung (Skala von „umfassend“ bis „gar keine“) mit der Unternehmensgröße bzw. Mitarbeiterzahl an.⁸⁴

Als die **gewichtigsten Barrieren** wurden - v.a. für kleine Betriebe - das komplizierte Vertragswerk sowie das fehlende Know-How im Facility Management identifiziert. Ferner erschweren die Notwendigkeit einer frühen Kooperationsbildung sowie die Risikoverteilung innerhalb der Kooperation die Beteiligung. In den hohen Anfangskosten von PPP wurde von kleinen wie großen Handwerksbetrieben keine Hürde gesehen, auch geringe finanzwirtschaftliche Kompetenzen würden die Betriebe nicht vom Geschäftsfeld PPP abhalten.⁸⁵

Weiterhin fehlt bei vielen Betrieben (über 40 %) die Bereitschaft, für eingebaute Produkte bzw. erbrachte Leistungen eine langfristige entgeltliche Verantwortung zu übernehmen. Dies hängt offensichtlich mit Schwierigkeiten bei der Abschätzung von Risiken und Haftungsfragen auf lange Sicht zusammen. In Verbindung mit PPP-Kooperationen befürchtet der Großteil der Handwerksfirmen zusätzliche Bürokratie und die Notwendigkeit komplexer Verträge. Diesbezüglich bezieht sich die größte Skepsis auf das Eingehen fester vertraglicher Kooperationsformen (GmbH, AG, Genossenschaft), die hohe formale und finanzielle Gründungsvoraussetzungen beinhalten, mit denen aber gleichzeitig die Erfahrung des häufigen Scheiterns verbunden ist. Auch mögliche Ausstrahlungseffekte bei Schlechtleistungen einzelner Partner in Bezug auf die eigene Leistung werden als Gefahren genannt.⁸⁶

⁸² Vgl. ebd.: S. 37–40.

⁸³ Vgl. Nitzsche (2008): S. 79–80.

⁸⁴ Vgl. ebd.: S. 81–82.

⁸⁵ Vgl. ebd.: S. 83, 85.

⁸⁶ Vgl. ebd.: S. 93; Riemenschneider (o.J.), S. 22, 52, 63-64.

Auf Seiten der Interessensvertretung ergab eine Umfrage unter Kreishandwerkerschaften, Handwerkskammern und Fachverbänden, dass bei den Handwerksbetrieben folgende **Hindernisse** im Zusammenhang mit PPP, geordnet nach **absteigenden Prioritäten**, vorliegen:

- Schwierigkeiten bei der Bildung mittelständischer Bietergemeinschaften
- Intransparenz der Risiken und ihrer Verteilung auf die Vertragspartner
- rechtliche Komplexität der Projekte
- Probleme bei der Projektfinanzierung
- lange Laufzeit der Projekte
- technische Komplexität der Projekte.⁸⁷

Die direkte Befragung von Handwerksbetrieben, inwiefern sie sich künftig an PPP-Projekten beteiligen wollen, ergab folgende Aufteilung:

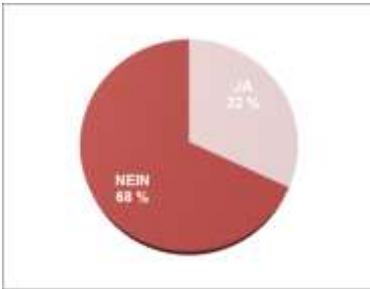


Abbildung 7: Beteiligungsabsicht von Handwerksbetrieben an PPP
Eigene Darstellung in Anlehnung an Riemenschneider (o.J.): S. 15.

Fast 70 % der Betriebe stehen PPP ablehnend gegenüber. Nur wenige (32 %) planen, künftig neben Bauleistungen verstärkt den Immobilienbetrieb in ihr Leistungsspektrum aufzunehmen.

In der Studie von Nietzsche waren die Antworthäufigkeiten ausgeglichener, worin lediglich 47 % der Befragten keine Beteiligungsabsicht aufwiesen. Gründe für die Ablehnung waren die Übernahme langfristiger Risiken sowie die Investition in Betriebsleistungen.⁸⁸

⁸⁷ Vgl. ZDH (2007).

⁸⁸ Vgl. Nietzsche (2008): S. 85.

4.1.3 Fazit und These

Dieser Abschnitt widmete sich der Betrachtung von notwendigen Kompetenzen und Ressourcen, die Unternehmen im Hinblick auf eine Beteiligung am Geschäftsfeld PPP benötigen. Die vorgestellten Untersuchungen wiesen dabei hinsichtlich der identifizierten Anforderungen hohe Schnittmengen auf.

Vor allem für kleine, auf traditionelle Leistungserbringung und in ihrem jeweiligen Gewerk spezialisierte Handwerksbetriebe dürfte sich eine umfassende Erfüllung der dargelegten Voraussetzungen an Hauptauftragnehmer als schwierig erweisen. Dies wird neben Experten im wissenschaftlichen Bereich und der PPP-Praxis auch von den Betrieben selbst erkannt und kritisiert. Während sie als Nachunternehmer gewohnt souverän und leistungsstark auftreten, geht das mit den unterschiedlichen Lebenszyklusphasen verbundene breite Aufgabenspektrum über die Kapazitäten vieler Betriebe hinaus. Infolge dessen zeigen sich die Betriebe auch nur verhalten im Hinblick auf die zukünftige Beteiligungsintention. „Es gilt bei KMU/ Handwerksbetrieben derzeit nicht als vernünftig, die mit PPP verbundenen administrativen und organisatorischen Herausforderungen anzugehen, weil der wirtschaftliche Zusatznutzen nicht erwartet werden kann“⁸⁹. Dadurch könnte sich auch der geringe Informationsstand der Betriebe (vgl. 4.1.1) erklären. Kritisch wird von den Unternehmen auch die Möglichkeit betrachtet, PPP über Leistungsverbünde zu erschließen. „Kooperation hilft, Defizite zu überwinden, setzt aber gleichzeitig die Überwindung von (Kooperations-)Defiziten voraus“⁹⁰.

Insofern ergibt sich folgende **These**:

- 4) Mit einer unstrukturierten Ausweitung von PPP-Vorhaben dürften kleine bis mittelgroße Handwerksbetriebe eher überfordert und damit benachteiligt sein.

4.2 Einbezug von Handwerksbetrieben in PPP-Projekte

Bestimmte Anforderungen müssen nicht nur von Seiten der Betriebe erfüllt sein, damit eine PPP-Beteiligung erfolgreich zustande kommen kann. Im Folgenden soll daher auch ein Blick darauf gerichtet werden, welche projektimmanente Charakteristika eine Beteiligung des Mittelstandes ermöglichen. In einem weiteren Schritt soll geprüft werden, in welchem Umfang diese tatsächlich eingebunden werden und welchen Anteil die regional ansässigen Firmen dabei einnehmen.

⁸⁹ Vgl. Nitzsche (2008): S. 35.

⁹⁰ Vgl. Blochmann/Mahlstedt (2003): S. 95.

4.2.1 Mittelstandsgerechte Ausgestaltung von PPP-Projekten

Im Hinblick auf den Mittelstandscharakter von PPP-Projekten spielt die **Projektgröße** eine entscheidende Rolle. Während in der Literatur ganz allgemein die Begrifflichkeit des Projektvolumens verwendet wird, unterscheidet man in der PPP-Praxis zusätzlich das Investitionsvolumen.⁹¹ Letzteres umfasst das vom Hauptauftragnehmer bzw. Investor aufzubringende Kapital für den Bau, während das Projektvolumen die von der öffentlichen Hand im gesamten Projektzeitraum zu entrichtenden Mittel beinhaltet. Diese liegen je nach Laufzeit oftmals deutlich über dem Investitionsvolumen. Wenn in der Literatur von mittelstandsgerechten PPP-Volumina gesprochen wird, dann beziehen sich diese in der Regel auf die (niedrigeren) Investitionsvolumina der Projekte⁹², werden jedoch gleichgesetzt mit dem Begriff des Projektvolumens. Hinter dem Rückgriff auf das Investitionsvolumen könnte die Überlegung stecken, dass dieses zu Beginn des Projekts die wesentlichste Restriktionsquelle für den Mittelständler im Hinblick auf die Beteiligung bildet. In Anlehnung an die Literatur sollen in diesem Beitrag die Begriffe Projektvolumen und Investitionsvolumen synonym im Sinne des Investitionsvolumens verwendet werden.

Statistisch existiert ein nachweisbarer Zusammenhang zwischen dem Projektvolumen und der Beteiligung mittelständischer Unternehmen.⁹³ Aufgrund beschränkter finanzieller Mittel und unternehmensspezifischer Ressourcen kommen dabei kleinere Volumina vor allem den KMU entgegen. Bei der genauen Festlegung mittelstandsgerechter Volumina werden jedoch unterschiedliche Auffassungen vertreten. Für eine **Mitwirkung auf oberster Ebene** sollten PPP-Projekte nach dem Leitfaden des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung auf einen Umfang bis zu 5 Mio. Euro begrenzt sein.⁹⁴ In der qualitativen Studie von Schempp bewegte sich diese Einschätzung zwischen 10 und 20 Mio. Euro.⁹⁵ Eine empirische Untersuchung vom Deutschen Institut für Urbanistik (Difu) ermittelte den Schwellenwert für die Eignung von Projekten für den Mittelstand bei etwa 15 Mio. Euro. Demnach waren in der Stichprobe von 30 ausgewählten Hochbauprojekten in Deutschland bei Projekten über dieser Grenze keine KMU mehr als Hauptauftragnehmer bzw. Partner in den Konsortien zu finden.⁹⁶

Unter Zugrundelegung einer möglichen Projektbergrenze i. H. v. 15 Mio. Euro stellt sich die Frage, wie viele dementsprechende PPP-Projekte in Deutschland existieren. Nachfolgende Tabelle soll insofern einen Überblick für die Bundesländer Bayern und

⁹¹ Vgl. z. B. PPP-Projektdatenbank unter <http://www.ppp-projektdatenbank.de>.

⁹² Vgl. Grabow/Seidel-Schulze et al. (2008): S. 8.

⁹³ Vgl. ebd.: S. 8.

⁹⁴ Vgl. Sander/Scharf (2008): S. 329.

⁹⁵ Vgl. Schempp (2010): S. 22.

⁹⁶ Vgl. Grabow/Seidel-Schulze et al. (2008): S. 8.

Baden-Württemberg geben, um daraus abzuleiten, wie mittelstandsfreundlich der PPP-Markt gestaltet ist.

Tabelle 1: PPP-Hochbauprojekte in Bayern und Baden-Württemberg

Projektname	Kategorie	Landkreis/Stadt	Projektvolumen in Mio. €
Alten- und Pflegeheim "Bürgerheim Kumpfmühl"	Sonstige	Regensburg	1,7
Bauhof Erlangen	Sonstige	Erlangen	12,7
Behördenzentrum in Marktheidenfeld	Verwaltungsgebäude	Marktheidenfeld	13,5
Hochschulcampus "Neue Mitte" in Garching	Hochschulcampus	München	50
Fürst-Wrede-Kaserne	Militärische Einrichtung	München	60
Gymnasium in Höhenkirchen-Siegertsbrunn	Schulen, Sporthalle	München	33
Gymnasium in Kirchseeon	Schulen	Ebersberg	25
JVA München Stadelheim	Justizvollzugsanstalt	München	27,6
Schulen im Landkreis Hof	Schulen	Hof	54,6
Schulen in Nürnberg	Schulen	Nürnberg	63
Sporthalle Lauterer Höhe in Coburg	Sporthalle	Coburg	15
Thermalbad Fürth	Schwimmbad	Fürth	28
Alfons-Kern-Schule (Berufsschule) Pforzheim	Schulen	Pforzheim	44
Duale Hochschule Heidenheim	Schulen	Heidenheim	32
Gesundheitszentrum Ruit in Esslingen	Therapiezentrum	Esslingen	41
Hallenbad in Sinsheim	Schwimmbad	Rhein-Neckar-Kreis	45
Landratsamt Esslingen	Verwaltungsgebäude	Esslingen	23
JVA in Offenburg	Justizvollzugsanstalt	Offenburg	74
Polizeigebäude in Buchen	Polizeigebäude	Buchen	3,5
Behördenzentrum in Heidelberg	Verwaltungsgebäude	Heidelberg	40
Schulen und Sporthalle in Baden-Baden	Schulen, Sporthalle	Baden-Baden	14,4
Polizeirevier in Eislingen	Polizeigebäude	Eislingen	3,2
Landratsamt Friedrichshafen	Verwaltungsgebäude	Bodenseekreis	12,9
Schulen und Sporthallen Eppelheim	Schulen, Sporthallen	Rhein-Neckar-Kreis	19,7

Eigene Darstellung unter Rückgriff auf PPP-Projektdatenbanken.

(Anmerkung: Die mittelstandsfreundlichen Projektvolumen (≤ 15 Mio. Euro) sind in der Tabelle hervorgehoben.)

Die hier aufgeführten Projekte stammen aus zwei PPP-Projektdatenbanken⁹⁷. Für Bayern weisen diese im Sektor Hochbau 23, in Baden-Württemberg 28 Projekte aus

⁹⁷ <http://www.ppp-projektdatenbank.de>.
<http://www.oepplattform.de/projektdatenbank/>.

(Stand: 18.08.2011). Da es hier Ziel ist, die laufenden Projekte hinsichtlich ihrer Größe gegenüberzustellen, wurden nur jene Projekte in die Tabelle aufgenommen, für die Informationen zum Projektvolumen vorlagen. Es zeigt sich, dass unter den 24 aufgeführten Projekten lediglich 8 für eine Beteiligung des Mittelstandes infrage kommen. Da für die Mehrzahl der Projekte die Angaben der Projektgröße fehlte, dürfte das Verhältnis von laufenden zu mittelstandsgerechten Projekten tatsächlich noch geringer ausfallen. Im Hinblick auf die Beteiligungschancen von Handwerksbetrieben bzw. KMU ist dies kritisch zu bewerten.

Weiterhin können KMUs oftmals die bei einer Bewerbung eingeforderten Referenzen in Bezug auf Planung und Betrieb nur schwer erbringen. Dies schmälert wiederum ihre Beteiligungsmöglichkeiten, „obwohl viele davon sehr wohl das ausgeschriebene Projekt erfolgreich durchführen könnten“⁹⁸.

Verbesserungspotenzial zur Förderung der Mittelstandsbeteiligung besteht neben der Projektgröße und den Nachweisanforderungen hinsichtlich der Darstellung der Projektausgangssituation bzw. des Baubestandes. Als Kalkulationsgrundlage benötigen die Betriebe ferner möglichst detaillierte Informationen zu den Projektinhalten und Anforderungen, der Höhe und Laufzeit zu erbringender Sicherheitsleistungen sowie der für mittelständische Betriebe tragbaren Risikoverteilung bzw. der Risikostruktur des Projekts. Ferner sollten alle Fristen auch für die knappen Ressourcen der KMU ausgelegt werden.⁹⁹

4.2.2 Beteiligung des Mittelstandes und Regionalität der Auftragsvergabe

Neben allen Merkmalen, die Projekten Mittelstandscharakter verleihen und die jeweils in unterschiedlichem Maße ausgeprägt sind, gibt letztlich die tatsächliche aktuelle Einbindung den größten Aufschluss über die Chancen von KMU im Hinblick auf PPP. Die Mittelstandsbeteiligung bei deutschen PPP-Projekten wurde bisher lediglich in zwei Studien beleuchtet.

Betrachtet man die 30 PPP-Hochbauprojekte der **Difu-Studie**, so sind in dieser Stichprobe bei annähernd 50 % der Projekte mittelständische Unternehmen auf der **ersten Ebene** – entweder als Beteiligte eines Bieterkonsortiums oder als alleinige Auftragnehmer – vertreten. Rein mittelständische Bieterkonsortien lagen demgegenüber nicht vor. Wird die Beteiligung von KMU jedoch ins Verhältnis zum Gesamtinvestitionsvolumen der Projekte gesetzt, ergibt sich ein anderes Bild: Mittelständische Unternehmen

⁹⁸ Vgl. Schempp (2010): S. 22.

⁹⁹ Vgl. Sander/Scharf (2008): S. 328, 339.

partizipieren demnach nur zu 13 % an den PPP-Gesamtvolumina. 81 % des Volumens wurde hingegen ohne KMU-Beteiligung vergeben. Auf der Ebene der **Nachunternehmer** liegt der Anteil von KMU bei PPP zwischen 70 und 80 %. Bei den meisten Projekten verbleibt dabei über 50 % der Wertschöpfung in der Region.¹⁰⁰ Dies deckt sich mit der Untersuchung von Schempp, bei der die Beteiligung von KMU mit weniger als 50 Mitarbeitern in der Position des Nachunternehmers ebenfalls auf einen Anteil von über 2/3 geschätzt wird. Die Auftragsvergabe in einem Umkreis von 50 Kilometern zur Baustelle beläuft sich hier jedoch sogar auf ca. 75 %.¹⁰¹

Inwiefern PPP im Vergleich zur losweisen Vergabe mit Nachteilen für KMU einhergeht, wurde von der **Universität Stuttgart**¹⁰² analysiert. Diese Studie basiert auf einer schriftlichen Befragung zu sechs kommunalen PPP-Projekten, denen sieben konventionelle Referenzprojekte gegenüber gestellt wurden. Die Befragung erstreckt sich über die PPP-Hauptprojekt- wie Nachunternehmer und die über konventionelle Realisierung engagierten Projektnehmer. Da zu jedem Einzelprojekt (PPP oder konventionell) nie alle projektbeteiligten Unternehmen antworteten, basieren die in der Studie veröffentlichten Angaben zur Beteiligung des Mittelstandes lediglich auf Hochrechnungen. Dazu wurde das durchschnittliche Projektvolumen ermittelt, das sich aus dem Rücklauf der mittelständischen Betriebe ergab und auch für die fehlenden mittelständischen Betriebe zugrunde gelegt. Für die Großunternehmen, die den Fragebogen nicht beantworteten, wurde dieselbe Methode - bezogen auf das durchschnittliche Projektvolumen der Großunternehmen - angewendet.

In den Tabellen 2 und 3 werden die PPP- bzw. konventionell realisierten Projekte gegenübergestellt.

¹⁰⁰ Vgl. Grabow/Seidel-Schulze et al. (2008): S. 9–10.

¹⁰¹ Vgl. Schempp (2010): S. 21.

¹⁰² Vgl. Universität Stuttgart (2010).

Tabelle 2: PPP-Projekte Baden-Württemberg

		PPP- Hauptunternehmer	Anteil des Hauptunternehmers am Auftragsvolumen	Anteil mittelständischer Nachunternehmer am Auftragsvolumen	Gesamtanteil des Auftragsvolumens beim Mittelstand	regional erbrachtes Auftragsvolumen in % (100 km Umkreis)	Anteil der Nachunter- nehmer im Umkreis von 100 km
Projektkategorie: Bildung/Sport	Projekt Baden-Baden	Mittelständ. Unternehmen	ca. 37 %	ca. 58 %	ca. 95 %	ca. 82 %	ca. 74 %
	Projekt Pforzheim	Großunternehmen	ca. 84 %	ca. 16 %	ca. 16 %	ca. 91 %	ca. 47 %
	Projekt Eppelheim	Mittelständ. Unternehmen	ca. 59 %	ca. 35 %	ca. 94 %	ca. 95 %	ca. 87 %
	Projekt Bodenseekre	Mittelständ. Unternehmen	ca. 20 %	ca. 77 %	ca. 97 %	ca. 82 %	ca. 78 %
Projektkategorie: Verwaltung	Projekt Esslingen	Mittelständ. Unternehmen	ca. 34 %	ca. 63 %	ca. 97 %	ca. 81 %	ca. 76 %
	Projekt Ostfildern	Mittelständ. Unternehmen	noch offen	ca. 5 %	noch offen	noch offen	offen

Eigene Darstellung in Anlehnung an Universität Stuttgart (2010): S. 9–26.

Tabelle 3: Konventionell realisierte Projekte Baden-Württemberg

		Gesamtanteil des Auftragsvolumens beim Mittelstand	regional erbrachtes Auftragsvolumen in % (100 km Umkreis)	Anteil der Nachunternehmer im Umkreis von 100 km
Projektkategorie: Bildung/Sport	Projekt Baden-Baden	mind. 80 %	ca. 96 %	ca. 92 %
	Projekt Dettingen	mind. 78 %	ca. 68 %	ca. 72 %
	Projekt Ludwigsburg	ca. 99 %	ca. 68 %	ca. 76 %
	Projekt Pforzheim	ca. 93 %	ca. 83 %	ca. 86 %
	Projekt Stuttgart	mind. 83 %	ca. 82 %	ca. 81 %
Projektkategorie: Verwaltung	Projekt Heilbronn	ca. 68 %	ca. 72 %	ca. 54 %
Projektkategorie: Gesundheit	Projekt Reutlingen	ca. 66 %	ca. 66 %	ca. 82 %

Eigene Darstellung in Anlehnung an Universität Stuttgart (2010): S. 28–49.

Kritisch ist anzumerken, dass in die Untersuchung fast ausschließlich PPP-Projekte einbezogen wurden, die bereits auf der Hauptauftragnehmer-Ebene einen Mittelstandsbezug aufweisen. Vergleicht man diesen Sachverhalt mit der Tatsache, dass de facto auf dieser Ebene, beispielsweise in Bieterkonsortien, selten allein mittelständische Betriebe aufzufinden sind und der Anteil von KMU auf erster PPP-Ebene durchschnittlich bei ca. 10 % des Projektvolumens liegt¹⁰³, spricht dies für das Vorliegen einer verzerrten Stichprobe.

Für die Bewertung der Beteiligung ist v.a. der Gesamtanteil des Auftragsvolumens beim Mittelstand entscheidend. Bei den betrachteten sechs PPP-Projekten partizipieren KMU durchweg sehr stark, aufgrund verzerrender Effekte erscheint dies jedoch im Hinblick auf eine Generalisierung für den gesamten PPP-Markt als zu hoch.

Das PPP-Projekt „Pforzheim“, das im Vergleich zu den restlichen Projekten durch ein Großunternehmen ausgeführt wird, weist mit ca. 16 % eine Mittelstandseteiligung auf, die im Hinblick auf die Ergebnisse der Difu-Studie eher konsistent zu sein scheint. Auffallend ist hier zudem der niedrige Anteil (47 %) an Nachunternehmen in unmittelbarer Projektumgebung. Inwiefern Großunternehmen Aufträge vornehmlich überregional vergeben, kann aufgrund der Stichprobenzusammensetzung jedoch nicht abgeleitet werden.

Bei den konventionellen Projekten liegt der Anteil an Nachunternehmen im Umkreis von 100 km im Vergleich zu den PPP-Projekten der Tabelle 2 auf einem höheren Niveau. Dies könnte ein Indikator dafür sein, dass bei losweise vergebenen Aufträgen häufiger Betriebe vor Ort profitieren. Inwiefern dies auch allgemein gilt, müsste zusätzlich anhand einer größeren Stichprobe überprüft werden.

Bezogen auf den Auftragswert erhalten mittelständische Betriebe bei konventionellen Projekten jedoch weniger Beteiligungsumfang. Dies könnte zum einen durch die PPP-Stichprobenverzerrung bedingt sein, zum anderen aber auch daran liegen, dass der Fragebogenrücklauf bei den PPP-Projekten zwischen 42,2 % und 80 % lag, bei den konventionellen hingegen nur 12,1 % bis 42,1 % ausmachte. Dementsprechend basieren die Hochrechnungen der konventionellen Projekte viel stärker auf Verteilungsannahmen, die von den tatsächlichen Projektzusammensetzungen abweichen können. Bei den Projekten „Baden-Baden“, „Dettingen“ und „Stuttgart“ können aufgrund fehlender Angaben ferner 18 %, 21 % bzw. 11 % des Auftragsvolumens nicht eindeutig zugeordnet werden. Deshalb handelt es sich bei den zugehörigen Angaben der Tabelle 3 lediglich um Untergrenzen der Mittelstandseteiligung.

¹⁰³ Vgl. Grabow/Seidel-Schulze et al. (2008): S. 9.

4.2.3 Fazit und Thesen

Im Hinblick auf die Mittelstandsfreundlichkeit von PPP scheiden, aufgezeigt anhand der Aufstellung zu den Hochbauprojekten in Bayern und Baden-Württemberg (Tabelle 1), viele Handwerksbetriebe bereits hinsichtlich der zu großen Projektvolumina aus. Daneben existiert weiterer Adaptationsbedarf, um mittelständische Betriebe verstärkt einbinden zu können. Die tatsächliche PPP-Beteiligung, bezogen auf das Gesamtauftragsvolumen, beträgt auf der Hauptauftragnehmer-Ebene ca. 13 % sowie auf Nachunternehmerebene über die vorgestellten Studien hinweg ca. 60 %. Bei den konventionell realisierten Projekten der Tabelle 3 wird dies deutlich überschritten. Der regionale Nutzen, der über die Entfernung der PPP-Nachunternehmer zum Projekt gemessen wurde, liegt bei ca. 70 %. Im Gegensatz dazu überschreiten sechs der sieben konventionellen Projekte (vgl. Tabelle 3) diese 70 % deutlich.

Insgesamt können daher folgende **Thesen** abgeleitet werden:

- 5) Auf der Ebene der Nachunternehmer partizipieren regional ansässige KMU, auf der Ebene der Hauptauftragnehmer liegt bei PPP-Projekten jedoch nur eine sehr geringe Mittelstandsfreundlichkeit vor.
- 6) Für weiterführende, statistisch gesicherte Aussagen, inwiefern sich PPP-Projekte in der Einbindung mittelständischer Betriebe und in der Regionalität der Auftragsvergabe von konventionell realisierten Projekten unterscheiden, sind zusätzliche Studien erforderlich.

5 Kritische Stimmen aus der Praxis

Neben fehlender Wirtschaftlichkeit gibt es eine Vielzahl weiterer Gründe, warum PPP-Projekte häufig nicht zustande kommen bzw. in unterschiedlichen Verfahrensstufen gestoppt werden. Auch bei laufenden Projekten kann es zu unterschiedlichen Problemen kommen. Im folgenden Abschnitt sollen diese exemplarisch aufgegriffen und anhand von Praxisbeispielen dargelegt werden.

5.1 Gescheiterte bzw. schwierig verlaufende PPP-Projekte

Die **Sanierung der „Krefelder Schulen“** in der PPP-Variante lässt sich unter jene Projekte einreihen, die bereits nach ersten Überlegungen nicht weiterverfolgt wurden (Frühphasenscheitern). Von den Verantwortlichen werden als Gründe des Scheiterns vornehmlich die hohen Transaktionskosten (nach Schätzung 1 – 2 Mio. € allein für die Prüfung des Vertragswerks mit dem privaten Investor), die Finanzierbarkeit des Projekts aufgrund der angespannten Haushaltslage und die fehlende Flexibilität des Modells im Hinblick auf die demographische Entwicklung mit rückläufigen Schülerzahlen genannt.¹⁰⁴ Während die öffentliche Hand bei PPP-Projekten ganz allgemein die Finanzierbarkeit im Sinne der langfristig und kontinuierlich hohen Raten an den privaten Investor bedenken muss, geht aus diesem Beispiel insbesondere hervor, dass im Bereich des Schulsektors PPP-Projekte aufgrund ihrer langen Laufzeit, verbunden mit der Unsicherheit, inwiefern der Bedarf eines Schulstandortes innerhalb der Laufzeit entfällt, als nicht geeignet erscheinen.

Beim **„Schulzentrum München Nordheide“** erfolgte ein Abbruch des Projektes in der Form von PPP erst nach abgeschlossener Machbarkeits- und Wirtschaftlichkeitsuntersuchung. Insbesondere die Vorbehalte hinsichtlich der Auftragsvergabe an Nachunternehmer ließen die PPP-Variante als nicht mittelstandsförderlich erscheinen. „Die VOB/A wird nur bei der Vergabe an den PPP-Unternehmer angewandt. Ein privater Auftragnehmer ist bei der Vergabe von Nachunternehmerleistungen nicht an die VOB/A gebunden, d.h. Nachunternehmerleistungen werden freihändig vergeben, Nach- bzw. Preisverhandlungen sind möglich. Die Erfahrung zeigt, dass der Preisdruck auf den Nachunternehmer dann sehr hoch ist“¹⁰⁵. Nach Einschätzung der Verantwortlichen macht diese Praxis einen Kostenvorteil der PPP-Variante in der Bauphase erst möglich. Da bezüglich der Finanzierung jedoch nichts für eine PPP-Realisierung sprach

¹⁰⁴ Vgl. Deußen (2007).

¹⁰⁵ Vgl. o.V. (2009a): S. 9.

und auch keine qualitativen Unterschiede in der Betriebsphase feststellbar waren, wurde das Projekt in der Form von PPP schließlich durch die Entscheidung des Stadtrats abgelehnt.¹⁰⁶

Entgegen der ursprünglichen Planung, das Gefängnis **Augsburg-Gablingen** im Rahmen eines Investorenmodells zu bauen, wurde die Privatisierung vom Haushaltsausschuss des Bayerischen Landtages schließlich aus Gründen der Unwirtschaftlichkeit gestoppt und in Eigenrealisierung weitergeführt.¹⁰⁷ Mitunter dafür verantwortlich war auch das Scheitern des PPP-Gefängnisprojektes in München-Stadelheim, bei dem das private Bauunternehmen zu Lasten der Projekteffizienz letztlich rund 40.000 Baumängel beheben musste.¹⁰⁸ Von Seiten des Landesverbands der bayerischen Justizvollzugsanstalten wurde diese Entscheidung begrüßt und PPP-Projekte im Gefängnisektor gleichzeitig als gescheiterte Modelle evaluiert. Die JVA Gablingen wäre hinsichtlich ihrer Planungen beispielsweise mit der JVA Burg-Madel (Sachsen-Anhalt) vergleichbar gewesen, für dessen PPP-Realisierung die Landesregierung nun über einen Zeitraum von 25 Jahren ca. 21 Mio. Euro Jahresmiete aufbringen muss.¹⁰⁹ Hinsichtlich der Baukosten präsentiert sich das PPP-Projekt Burg-Madel (100 Mio. Euro, 650 Haftplätze) im Vergleich zur JVA Landshut (Eigenrealisierung, 72,4 Mio. Euro, 515 Haftplätze) unverhältnismäßig. Während in Landshut ein Haftplatz für rund 141.000 Euro errichtet werden konnte, beliefen sich die Kosten in Burg-Madel auf 154.000 Euro je Haftplatz.¹¹⁰

Für PPP-Projekte wird häufig mit dem Argument der schnelleren Realisierbarkeit geworben. Die Praxis zeigt jedoch, dass auch dieser Aspekt nicht uneingeschränkt Zustimmung findet. Beim Projekt zur „Neuen Mitte“ des **Campus der TU München in Garching** beispielsweise hat der Weg über PPP den Baubeginn sogar um 3 Jahre verzögert. Ursprünglich sollten auf dem Universitätsareal in Garching bereits bis zum Wintersemester 2011/2012 neben einem Audimax mit 1.300 Plätzen auch ein Hotel, ein Gästehaus für Gastwissenschaftler, ein Studentenwohnheim, Büroflächen für wissenschaftliche Nutzung sowie Läden und Restaurants fertiggestellt sein. Tatsächlich aber passierte nichts, da der PPP-Projektpartner nach Erhalt des Zuschlags im August 2008 am Akquirieren eines Investors scheiterte. Nachdem die öffentliche Hand lange Zeit nur vertröstet wurde, erbrachte erst das Ultimatum an den Projektpartner einen

¹⁰⁶ Vgl. o.V. (2009a): S. 11.

¹⁰⁷ Vgl. Staatliches Bauamt Augsburg (o.J.).

¹⁰⁸ Vgl. Bayerischer Rundfunk (2010).

¹⁰⁹ Vgl. o.V. (2009b).

¹¹⁰ Vgl. Staatliches Bauamt Landshut (o. J.); Zusätzliche Informationen finden sich auf den Seiten [http://www.ppp-projektbank.de/index.php?id=27&tx_ppp_controller_searchmap\[projectId\]=119&tx_ppp_controller_searchmap\[action\]=showProject](http://www.ppp-projektbank.de/index.php?id=27&tx_ppp_controller_searchmap[projectId]=119&tx_ppp_controller_searchmap[action]=showProject) und http://www.justizvollzugsbayern.de/JV/Anstalten/JVA_Landshut/ki/jva_la.

Fortschritt. Dieser wird nun auch die Finanzierung übernehmen und die Errichtung des Campus dann voraussichtlich zum Wintersemester 2014/2015 abschließen können.¹¹¹

Auch bei PPP-Projekten im Bereich des Krankenhausesektors sind in der Vergangenheit bereits mehrfach Probleme aufgetreten. Der geplante Neubau des **Klinikums Bremen-Mitte**, für den 2006 mit der europaweiten PPP-Ausschreibung (Planung, Bau, Finanzierung (190 Mio. Euro) und Betrieb) die Weichen für eine Partnerschaft mit privaten Investoren gestellt wurden, scheiterte. Dabei sollte das Klinikum Bremen-Mitte „ein Pilotprojekt für den Krankenhausesektor in ganz Deutschland werden“¹¹². Zur Aufhebung des PPP-Vergabeverfahrens führte die fehlende Sicherstellung der Finanzierungsfähigkeit des Projekts durch den privaten Partner, nachdem der öffentliche Träger eine umfassendere und längerfristige Risikoverlagerung im Sinne einer Garantieerklärung zur Absicherung der Darlehen des privaten Bieters ablehnte.¹¹³

Ein weiteres Praxisbeispiel aus dem westfälischen Dorsten zeigt, dass Probleme in einer fortgeschrittenen PPP-Phase zu erheblichen finanziellen Belastungen für die öffentliche Hand führen können. In Dorsten bedeutete die Insolvenz der Betreibergesellschaft des mittels PPP neu erbauten **städtischen Freizeit- und Erlebnisbads** zudem, dass die öffentliche Hand für hinterlassene funktionale und bauliche Mängel des Projektpartners aufkommen musste. Nachdem die Stadt eine Sanierung durchführte und das Bad nun wieder selbst betreibt, konnte der benötigte Betriebszuschuss je Besucher um über 4 Euro auf derzeit rund 2 Euro gesenkt werden.¹¹⁴

Welche ökonomischen Folgen aus der Insolvenz des PPP-Partners hervorgehen, werden auch am Beispiel der **Multifunktionshalle Ludwigsburg** deutlich. Während der Wirtschaftlichkeitsvergleich einen Vorteil von 29 % für die PPP-Variante prognostizierte, ergibt die Gegenüberstellung nach dem Scheitern der PPP-Variante einen Nachteil von 2 % - dementsprechend eine Verschlechterung ursprünglicher Prognosen von über 30 %.¹¹⁵

Auch bei den sogenannten **A-Modellen** mehren sich kritische Stimmen, z.B. hinsichtlich der Qualität der Leistungserbringung des PPP-Partners. Bei der A1 zwischen Hamburg und Bremen waren bereits 2 Monate nach Fertigstellung bestimmter Streckenabschnitte erste Schäden am Fahrbahnbelag feststellbar. „Auf acht Kilometern Länge löst sich die vier Zentimeter dicke oberste Asphaltsschicht teils in Korngröße, teils

¹¹¹ Vgl. Alwardt/Krass (2011).

¹¹² Vgl. Friedemann (2008).

¹¹³ Vgl. Freie Hansestadt Bremen (2008).

¹¹⁴ Vgl. Judzikowski/Stoll (2011).

¹¹⁵ Vgl. Schwarz (2010).

in großen Stücken ab“¹¹⁶. Derartige Probleme bedeuten natürlich vorrangig Einschränkungen für die Nutzer, deren Zufriedenheit bei PPP-Projekten nach Aussagen der privaten Partner grundsätzlich ein vorrangiges Ziel darstellt. Im Hinblick auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Investoren dürfte dies die Nutzer aber eher kritisch stimmen.

5.2 Fazit und These

Die Realisierung von PPP-Projekten findet sich mittlerweile im gesamten Aufgabenspektrum der öffentlichen Hand wieder. Die in diesem Abschnitt aufgeführten Beispiele decken die Bereiche Bildung, innere Sicherheit, Gesundheitsversorgung, Freizeit und Infrastruktur ab. Es konnte dabei gezeigt werden, dass Probleme unterschiedlichster Art, von der Insolvenz des Projektpartners über dessen Schlechtleistung, von der Unwirtschaftlichkeit der Projekte über Verzögerungen, fehlende Flexibilität, Unstimmigkeiten in Bezug auf die Risikoverteilung, zu hohe Transaktionskosten oder die Auftragsvergabe der Generalunternehmer, in verschiedenen Stufen und verbunden mit unterschiedlich gravierenden Auswirkungen für die öffentliche Hand sowie die Nutzer auftreten. Die aufgeführten Fälle sind dabei lediglich exemplarisch zu werten, da es selbstverständlich auch viele Beispiele für funktionierende PPPs gibt. Dennoch werden sie beispielsweise im Rahmen großflächiger Erhebungen unter Kommunen als Gründe für das Scheitern von PPP-Projekten empirisch bestätigt.¹¹⁷ Deshalb sollte bei gegebenem Wirtschaftlichkeitsvorteil, der wie unter 3.2 erläutert auch mittels entsprechender Gestaltung nachgewiesen werden kann, ferner die Möglichkeit des Eintretens oben geschilderter Problematiken bedacht und entsprechend bei der Wahl der Realisierungsvariante berücksichtigt werden.

Daraus kann die abschließende **These** hergeleitet werden:

- 7)** Mit PPP-Projekten sind vielschichtige zusätzliche Risiken verbunden, die mit der eigentlichen Projekterfüllung ggf. auch nur indirekt zusammenhängen, wie die Praxis zeigt aber mit großen negativen Folgen für die öffentliche Hand bzw. den Nutzer einhergehen können.

¹¹⁶ Vgl. o.V. (2010).

¹¹⁷ Vgl. Grabow et al. (2005): S. 43.

6 Schlussbetrachtung

Ziel dieses Beitrags war, die mit PPP einhergehenden Probleme zu analysieren, um so die Richtigkeit der überwiegend positiven Berichterstattung über PPP zu überprüfen. Dabei sollten insbesondere die Position zweier (möglicher) Projektbeteiligter – der öffentlichen Hand sowie von Handwerksbetrieben als General- bzw. Nachunternehmer – beleuchtet werden. Diese Parteien sehen sich speziellen Risiken ausgesetzt:

Die **öffentliche Hand** trifft ihrerseits häufig auf PPP-erfahrene Großunternehmen, die beispielsweise einen Informationsvorsprung im Hinblick auf die Vertragsgestaltung aufweisen. Entstehende Transaktionskosten lassen sich dabei nicht auf die vorvertragliche Phase begrenzen, sondern verteuern durch Vertragsanpassungen und Nachverhandlungen den weiteren Projektverlauf in unvorhersehbarer Höhe. Erste Evaluationen (vgl. Kapitel 3.3) zeigten, dass sich PPP-Projekte im nachträglichen Vergleich sogar als unwirtschaftlicher gegenüber der Eigenrealisierung herausstellten. Bisherige ex-ante Wirtschaftlichkeitsvergleiche müssen dementsprechend in Frage gestellt werden, v.a. hinsichtlich verfahrenstechnischer Defizite, die hohe Gestaltungsspielräume zulassen.

Handwerksbetriebe, die sich bei konventioneller Realisierung öffentlicher Bau- bzw. Ausbauvorhaben gewöhnlich stark einbringen können, stoßen bei PPP-Projekten an ihre Grenzen. Häufig entspricht die unternehmensstrategische Ausrichtung nicht den mit PPP einhergehenden Anforderungen. Das Geschäftsfeld steht der Mehrheit deshalb vornehmlich nur als Nachunternehmer offen. Aufgrund des geringen Interesses der Handwerksbetriebe an einer künftigen Beteiligung kann jedoch darauf geschlossen werden, dass PPP-Projekte als kritisch bzw. mit wenigen Vorteilen einhergehend eingestuft werden.

Aus der Analyse konnten folgende Einzelthesen gewonnen werden, die abschließend wie folgt zusammengefasst werden können:

- 1) Die ökonomische Bewertung von PPP-Projekten ist aufgrund der Vielzahl schwer quantifizierbarer Kosten (z.B. Risikokosten, Transaktionskosten) mit Problemen verbunden.
- 2) PPP-Projekte sind zu komplex, als dass sie durch die öffentliche Verwaltung in ihrer klassischen Organisationsform adäquat aufgesetzt und gesteuert werden könnten. Externe Berater und Sachverständige sind notwendig, um die konventionelle und privatwirtschaftliche Realisierungsvariante objektiv im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit gegenüberstellen und bei der Vertragsgestaltung auch die Interessen der öffentlichen Hand einzubringen.

- 3) Ex-ante können verschiedene Stellschrauben bei der ökonomischen Gegenüberstellung der Realisierungsvarianten genutzt werden, um PPP in einem vorteilhaften Licht darzustellen, ex-post überzeugt PPP jedoch nur marginal bzw. verteuert letztlich sogar in vielen Fällen die Umsetzung.
- 4) Mit einer unstrukturierten Ausweitung von PPP-Vorhaben dürften kleine bis mittelgroße Handwerksbetriebe eher überfordert und damit benachteiligt sein.
- 5) Auf der Ebene der Nachunternehmer partizipieren regional ansässige KMU, auf der Ebene der Hauptauftragnehmer liegt bei PPP-Projekten jedoch nur eine sehr geringe Mittelstandsfreundlichkeit vor.
- 6) Für weiterführende, statistisch gesicherte Aussagen, inwiefern sich PPP-Projekte in der Einbindung mittelständischer Betriebe und in der Regionalität der Auftragsvergabe von konventionell realisierten Projekten unterscheiden, sind zusätzliche Studien erforderlich.
- 7) Mit PPP-Projekten sind vielschichtige zusätzliche Risiken verbunden, die mit der eigentlichen Projekterfüllung ggf. auch nur indirekt zusammenhängen, wie die Praxis zeigt aber mit großen negativen Folgen für die öffentliche Hand bzw. den Nutzer einhergehen können.

Literaturverzeichnis

- 4PS (2005): Review of Operational PFI and PPP Projects. Online verfügbar unter http://www.localpartnerships.org.uk/UserFiles/File/Publications/review_of%20operational_PFI_PPP_schemes.pdf, zuletzt geprüft am 08.06.2011.
- Alwardt, Ines; Krass, Sebastian (2011): Audimax und Asia-Imbiss. Online verfügbar unter <http://www.sueddeutsche.de/muenchen/2.220/campus-in-garching-audimax-und-asia-imbiss-1.1094780>, zuletzt geprüft am 27.07.2011.
- Andersen, Arthur (2000): Value for Money Drivers in the Private Finance Initiative: A Report by Arthur Andersen and Enterprise LSE. London.
- Arbeitsgruppe des Bundes und der Finanzministerkonferenz (2006): Leitfaden. Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten. Online verfügbar unter http://www.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Elementbibliothek/Bibliothek_Politik_und_Verwaltung/Bibliothek_Ministerium_der_Finzen/Dokumente/PPP/Leitfaden_Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen_bei_PPP-Projekten.pdf, zuletzt geprüft am 01.07.2011.
- Arbeitskreis PPP im Management öffentlicher Immobilien im BPPP e.V. (2006): Risiken immobilienwirtschaftlicher PPPs aus Sicht der beteiligten Akteure. Herausgegeben von Andreas Pfnür. (Arbeitspapiere zur immobilienwirtschaftlichen Forschung und Praxis).
- Arbeitskreis PPP im Management öffentlicher Immobilien im BPPP e.V. (2007): Optimierung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen in immobilienwirtschaftlichen PPPs. Ein Thesenpapier. Herausgegeben von Andreas Pfnür. (Arbeitspapiere zur immobilienwirtschaftlichen Forschung und Praxis).
- Bayerischer Rundfunk (2010): Public-Private-Partnership-Projekte. Privat ist nicht immer billiger. Online verfügbar unter <http://www.br-online.de/aktuell/ppp-privatfinanzierter-bau-ID1291820355214.xml>, zuletzt geprüft am 27.07.2011.
- Beckers, Thorsten; Gehrt, Jirka; Klatt, Jan Peter (2009): Leistungs-, Vergütungs- und Finanzierungsanpassungen bei PPP-Projekten im Hochbau. Stuttgart: Fraunhofer-IRB-Verl.
- Beckers, Thorsten; Klatt, Jan Peter (2008): Potenziale und Erfolgsfaktoren des PPP-Ansatzes.

- Beckers, Thorsten; Klatt, Jan Peter (2009a): Eine institutionenökonomische Analyse der Kosteneffizienz des PPP-Ansatzes. Online verfügbar unter http://www.zoegu.nomos.de/fileadmin/zoegu/doc/Aufsatz_Zoegu_09_04.pdf, zuletzt geprüft am 27.05.2011.
- Beckers, Thorsten; Klatt, Jan Peter (2009b): Kosteneffizienz von Public-Private Partnerships. Erwartungen und empirische Erkenntnisse. In: Wirtschaftsdienst, Jg. 28, H. 3, S. 176–183.
- Blanc-Brude, Frédéric; Goldsmith, Hugh; Väililä, Timo (2006): Ex Ante Construction Costs in the European Road Sector: A Comparison of Public Private Partnerships and Traditional Public Procurement. (EIB Economic and Finance Report, 2006/1).
- Blochmann, Günter; Mahlstedt, Hans (2003): Kooperationen mittelständischer Bauunternehmen zur Erschließung neuer Marktfelder bei der Privatisierung öffentlicher Aufgaben.
- Bundesministerium der Finanzen (2011): Entwicklung und Perspektiven von Öffentlich-Privaten Partnerschaften (ÖPP) in Deutschland. Eine Zwischenbilanz. Monatsbericht Juli 2011. Online verfügbar unter http://www.bundesfinanzministerium.de/nn_17844/DE/BMF__Startseite/Publikationen/Monatsbericht__des__BMF/2011/07/analysen-und-berichte/b03-Entwicklung-Perspektiven-Oeffentlich-Privaten-Partnerschaften/node.html?__nnn=true.
- Bündnis 90/ die Grünen und SPD Baden-Württemberg (2011): Der Wechsel beginnt. Koalitionsvertrag. Online verfügbar unter <http://www.gruene-bw.de/fileadmin/gruenebw/dateien/Koalitionsvertrag-web.pdf>, zuletzt geprüft am 28.10.2011.
- Cambridge Economic Policy Associates (2005): Public Private Partnerships in Scotland – Evaluation of Performance. Online verfügbar unter <http://www.scotland.gov.uk/Resource/Doc/917/0011854.pdf>, zuletzt geprüft am 08.06.2011.
- Christen, Jörg (2008): Einführung. In: Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung /. Deutscher Sparkassen-und Giroverband (Hg.): PPP-Handbuch. Leitfaden für Öffentlich-Private-Partnerschaften. Bad Homburg, S. 7–26.
- Daube, Dirk (2005): Public Private Partnership im Hochbau. Evaluierung der Wirtschaftlichkeitsvergleiche der ersten PPP-Pilotprojekte im öffentlichen Hochbau in NRW. Online verfügbar unter <http://www.ilb.de/rd/files/documents/PPP-NRW-Evaluierung-Pilotprojekte-2005.pdf?PHPSESSID=q2c5l233v1>, zuletzt geprüft am 04.08.2011.
- De Bettignies, J.-E.: The Economics of Public-Private Partnerships. In: Canadian Public Policy, Jg. 30, H. 2, S. 135–154.

Deußen, Karl-Gerhard (2007): Schulsanierung: Ein klares Nein zur Partnersuche. Online verfügbar unter <http://www.wz-newsline.de/importfehler/schulsanierung-ein-klares-nein-zur-partnersuche-1.476448>, zuletzt geprüft am 27.06.2011.

Deutsche Bauindustrie (o.J.): Projekte in Zahlen. Online verfügbar unter http://www.oeppl-plattform.de/projekt Datenbank/projekte-zahlen/_/artikel/projekte-zahlen/, zuletzt geprüft am 28.10.2011.

Dudkin, Gerti; Väililä, Timo (2005): Transaction Costs In Public-Private Partnerships: A First Look At The Evidence.

Freie Hansestadt Bremen (2008): Neubau des Klinikum Bremen Mitte. Verhandlungen mit privaten Bietern brachten kein tragfähiges Ergebnis. Online verfügbar unter <http://www.senatspressestelle.bremen.de/detail.php?id=18602>, zuletzt geprüft am 27.07.2011.

Friedemann, Jens (2008): Klinikum Bremen Mitte. Klägliches Ende eines Pilotprojekts. Online verfügbar unter <http://www.faz.net/artikel/C31684/klinikum-bremen-mitte-klaegliches-ende-eines-pilotprojekts-30004334.html>, zuletzt geprüft am 27.07.2011.

Grabow, Busso; Reidenbach, Michael; Rottmann, Manuela; Seidl-Schulze, Antje (2005): Public Private Partnership Projekte. Eine aktuelle Bestandsaufnahme in Bund, Ländern und Kommunen. Herausgegeben von Deutsches Institut für Urbanistik. Online verfügbar unter <http://www.difu.de/projekte/2005/public-private-partnership-projekte-eine-bestandsaufnahme.html>, zuletzt geprüft am 23.08.2011.

Grabow & Seidel-Schulze, Busso; Hollbach-Grömig, Beate; Schneider, Stefan; Seidel-Schulze, Antje (2008): PPP und Mittelstand. Untersuchung von 30 ausgewählten PPP-Hochbauprojekten in Deutschland. Herausgegeben von Deutsches Institut für Urbanistik.

Hart, O (2003): Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-Private Partnerships. In: The Economic Journal, Jg. 113, S. C69-C76.

Hoppenberg, Michael; Dinkhoff, Marc; Schäller, Sebastian (2008): Vertragsgestaltung. In: Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung / . Deutscher Sparkassen- und Giroverband (Hg.): PPP-Handbuch. Leitfaden für Öffentlich-Private Partnerschaften. Bad Homburg, S. 53–130.

Institut für Demoskopie Allensbach (2011): ÖPP-Projekte im Schulbereich. Große Zufriedenheit bei Auftraggebern und Nutzern. Online verfügbar unter http://www.ifd-allensbach.de/pdf/prd_1101.pdf.

- Jacob, Dieter (2002): Privatwirtschaftliche Realisierung öffentlicher Hochbauvorhaben (einschließlich Betrieb) durch mittelständische Unternehmen in Niedersachsen. Kurzfassung. Online verfügbar unter <http://www.stiftung-bauindustrie.de/Forschung.pdf>, zuletzt geprüft am 14.06.2011.
- Judzikowski, Steffen; Stoll, Ulrich (2011): Privat statt Staat – Kommunen zahlen drauf. Online verfügbar unter <http://frontal21.zdf.de/ZDFde/download/0,6753,7021207,00.pdf>, zuletzt geprüft am 06.06.2011.
- Ministry of Defence Private Finance Unit (2005): Review of MoD: PFI Projekts in Construction and Operation. Online verfügbar unter http://www.mod.uk/NR/rdonlyres/AB2251DB-7E36-42AA-872C-1F663828366E/0/pfu_op_review_051205.pdf), zuletzt geprüft am 08.06.2011.
- Mühlenkamp, Holger (2006): Public Private Partnership aus der Sicht der Transaktionskostenökonomik. In: Budäus, Dietrich (Hg.): Kooperationsformen zwischen Staat und Markt. Theoretische Grundlagen und praktische Ausprägungen von Public Private Partnership. Baden-Baden: Nomos, S. 29–48.
- Mühlenkamp, Holger (2010): Ökonomische Analyse von Public Private Partnerships (PPP) – PPP als Instrument zur Steigerung der Effizienz der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben oder als Weg zur Umgehung von Budgetbeschränkungen? (FÖV Discussion Papers).
- National Audit Office (1999a): The Private Finance Initiative: The Contract to Complete and Operate the A74(M)/M74 in Scotland. Online verfügbar unter <http://www.official-documents.gov.uk/document/hc9899/hc03/0356/0356.pdf>, zuletzt geprüft am 21.06.2011.
- National Audit Office (1999b): The Private Finance Initiative: The First Four Design, Build, Finance and Operate Roads Contracts.
- National Audit Office (2001): Managing the relationship to secure a successful partnership in PFI projects. Online verfügbar unter http://www.nao.org.uk/publications/0102/managing_the_pfi_projects.aspx?alreadysearchfor=yes), zuletzt geprüft am 09.06.2011.
- National Audit Office (2008): Making Changes in Operational PFI Projects. Online verfügbar unter http://www.nao.org.uk/publications/0708/making_changes_operational_pfi.aspx?alreadysearchfor=yes, zuletzt geprüft am 09.06.2011.
- Niedersächsischer Landesrechnungshof (1992): Wirtschaftlichkeit von Investorbauten im Vergleich zu Eigenbauten. Drucksache 12/4820.

- Nitzsche, Florian (2008): PPP-Mittelstand - Integration von KMUs im PPP-Hochbau -. Online verfügbar unter <http://212.144.247.214/isfm/index.php/downloadsinformationen/veroeffentlichungen/107-ppp-und-mittelstand->, zuletzt geprüft am 11.07.2011.
- o.V. (2009a). Online verfügbar unter <http://www.ris-muenchen.de/RII2/RII/DOK/SITZUNGSVORLAGE/1759506.pdf>, zuletzt geprüft am 27.07.2011.
- o.V. (2009b): Privatisierung des Strafvollzugs wegen zu hoher Kosten gestoppt. Online verfügbar unter <http://www.cop2cop.de/2009/10/16/privatisierung-des-strafvollzugs-wegen-zu-hoher-kosten-gestoppt/>, zuletzt geprüft am 27.07.2011.
- o.V. (2010): Zerbröselnde Autobahn bringt Bauindustrie in die Bredouille. Online verfügbar unter http://wirtschaft.t-online.de/strassenbau-zerbroeselnde-autobahn-bringt-bauindustrie-in-die-bredouille/id_41036482/index, zuletzt geprüft am 23.08.2011.
- Oberster Bayerischer Rechnungshof (2006): Öffentlich Private Partnerschaften im Staatsstraßenbau (TNr. 18). Online verfügbar unter www.orh.bayern.de/archiv/jahresbericht-2006/wirtschaftlichkeit/303-tnr-18.html, zuletzt geprüft am 04.08.2011.
- Pfnür, Andreas; Hirt, Klaus; Egres, Patricia (2007): Ergebnisbericht zur empirischen Untersuchung: „Ganzheitliche Wirtschaftlichkeitsanalyse bei PPP Projekten dargestellt am Beispiel des Schulprojekts im Kreis Offenbach“. Online verfügbar unter <https://www.econstor.eu/dspace/bitstream/10419/27028/1/560389698.PDF>, zuletzt geprüft am 03.08.2011.
- Präsident des Bundesrechnungshofes (2009): Gutachten des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung zu Öffentlich Privaten Partnerschaften (ÖPP) im Bundesfernstraßenbau. Online verfügbar unter http://www.nachdenkseiten.de/upload/pdf/090316_PrivatfinanzierungBundesrechnungshof.pdf, zuletzt geprüft am 04.08.2011.
- Rauschenbach, Jens; Gottschling, Ines (2008): Wirtschaftlichkeitsuntersuchung. In: Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung /. Deutscher Sparkassen- und Giroverband (Hg.): PPP-Handbuch. Leitfaden für Öffentlich-Private Partnerschaften. Bad Homburg, S. 249–282.
- Rechnungshof Baden-Württemberg (2009): Wirtschaftlichkeitsanalyse von ÖPP-Projekten der ersten und zweiten Generation bei Hochbaumaßnahmen des Landes. Online verfügbar unter http://web43.d2-1066.ncsrv.de/text_files/file_1237501279.pdf, zuletzt geprüft am 26.06.2011.

- Riemenschneider, Frank (o.J.): Leistungsverbände des Handwerks im Rahmen von FM gerechten Planen und Bauen unter Berücksichtigung der entsprechenden Schnittstellen und Visualisierung des Prozesses. Online verfügbar unter <http://www.infaisfm.de/isfm/index.php/downloads/informationen/veroeffentlichungen/101-leistungsverbuende-im-fm-ergebnisse-der-befragung-von-kmu->, zuletzt geprüft am 23.08.2011.
- Sander, Hans; Scharf, Jan (2008): PPP und Mittelstand. In: Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung /. Deutscher Sparkassen- und Giroverband (Hg.): PPP-Handbuch. Leitfaden für Öffentlich-Private-Partnerschaften. Bad Homburg, S. 325–340.
- Schempp, Andreas Conrad (2010): Erfolgsfaktoren von PPP-Projekten aus Sicht des Handwerks. Einschätzungen und Empfehlungen hinsichtlich der Beteiligung kleiner und mittelgroßer Handwerksbetriebe an PPP-Projekten. München.
- Scholl, Rainer; Thöne, Michael (1998): Eigenerstellung oder Fremdbezug kommunaler Leistungen. Theoretische Grundlegung, empirische Untersuchungen. Stuttgart: Dt. Sparkassen-Verl.
- Schwarz, Thomas (2010): Leuchtturmprojekt der PPP-Taskforce Baden-Württemberg floppt schon nach einem Jahr. Online verfügbar unter https://gemeinden.verdi.de/themen/ppp_-_public_private_partnership/ludwigsburg, zuletzt geprüft am 23.08.2011.
- Staatliches Bauamt Augsburg (o.J.): Justizvollzugsanstalt Augsburg in Gablingen. Online verfügbar unter <http://www.stbaa.bayern.de/hochbau/projekte/jva.php>, zuletzt geprüft am 27.07.2011.
- Staatliches Bauamt Landshut (o. J.): Justizvollzugsanstalt Landshut. Online verfügbar unter <http://www.stbala.bayern.de/hochbau/projekte/jva-landshut.php>, zuletzt geprüft am 31.08.2011.
- Stolze, Simon-Finn (2007): Keine Regeln für die Risiken. PPP-Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen: Können die Resultate beeinflusst werden? Herausgegeben von Technische Universität Braunschweig Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb.
- Stolze, Simon-Finn; Kortmann, Konstantin (2005): Wirtschaftlichkeitsvergleiche bei PPP-Projekten: Die Risikobewertung ist der Schlüssel. Herausgegeben von Technische Universität Braunschweig Institut für Bauwirtschaft und Baubetrieb.

Universität Stuttgart (2010): Abschlussbericht zum Forschungsprojekt: Beteiligung des Mittelstandes an PPP-Projekten im Vergleich zu losweise vergebenen Projekten in Baden-Württemberg.

ZDH (2007): Unveröffentlichte Auswertung.

Ziekow, Jan (2003): Verankerung verwaltungsverfahrenrechtlicher Kooperationsverhältnisse. In: Ziekow, Jan (Hg.): Public Private Partnership. Projekte, Probleme, Perspektiven; in Zusammenarbeit mit dem Bundesministerium des Innern und der Initiative D 21 ; Dokumentation des Workshops "Public Private Partnership" im Bundesministerium für Wirtschaft am 16. und 17. Oktober 2001 in Berlin. Speyer: Forschungsinst. für Öffentliche Verwaltung (Speyerer Forschungsberichte, 229), S. 25–78.

2. Beitrag

**Effizienzgewinne und Entlastungen
öffentlicher Haushalte durch
Public Private Partnership (PPP)?**

Holger Mühlenkamp

Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer und
Deutsches Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung Speyer

Inhaltsverzeichnis

1 Einleitung

2 Begriffe, Definitionen, Typen und ökonomisch entscheidende Merkmale von Public Private Partnerships

3 Bündelungseffekte (Verbundvorteile) durch PPP

4 Kostenvergleich von konventioneller Aufgabenwahrnehmung und PPP

- 4.1 Bau- bzw. Errichtungskosten sowie Betriebs- und Unterhaltskosten
- 4.2 Finanzierungskosten
- 4.3 Risiko und Risikokosten
- 4.4 Transaktionskosten
- 4.5 Sonstige Kosten
- 4.6 Zusammenfassender Kostenvergleich

5 PPP, Haushaltswirkungen, Defizite und öffentliche Verschuldung

- 5.1 Polit-ökonomische Betrachtung
- 5.2 Auswirkungen von PPP auf die öffentlichen Haushalte
- 5.3 PPP und Finanzstatistik

6 Fazit

Literaturverzeichnis

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: PPP-Phasen bzw. Wertschöpfungsstufen

Abbildung 2: Zeitraum der Beschaffungsvarianten in Markt und Hierarchie

Abbildung 3: Stilisierter Vergleich der kameralistischen Ausgabenbelastung bei konventioneller Projektrealisation und PPP

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Die zahlen- und wertmäßige Entwicklung von PPP in Europa

Tabelle 2: Vergleich von konventioneller Projektrealisation und PPP bezüglich verschiedener Kostenkomponenten (aus Sicht der öffentlichen Hand)

1 Einleitung

Die Einschaltung privater Wirtschaftssubjekte bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben hat international gesehen in den letzten 30 Jahren zunehmend an politischer Popularität gewonnen. In Europa darf insbesondere Großbritannien als Vorreiter der Delegation öffentlicher Aufgaben an Private gelten. Unter der Abkürzung PFI („Private Finance Initiative“) wurde die Entlastung öffentlicher Haushalte durch die Gewinnung privaten Kapitals und später „a better value for money“ versprochen.¹ In Deutschland wird von politischer Seite ein Nachholbedarf gesehen und ein Ausbau von sog. Public Private Partnership-Projekten propagiert.² Auch die Europäische Kommission hat sich nicht zuletzt vor dem Hintergrund der finanziellen Engpässe der öffentlichen Hand dem Ausbau von Public Private Partnerships (PPPs) verschrieben.³

Inzwischen ist das finanzielle Volumen von PPPs nicht nur in Großbritannien, sondern auch in anderen europäischen Staaten erheblich. Allerdings sind zuverlässige Angaben über Zahl und Volumen von PPPs kaum verfügbar. Wir greifen hier auf Daten von Kappeler/Nemoz (2010) zurück. In Hinblick auf die Entwicklung von Zahl und Volumen der jährlich in Europa vertraglich fixierten PPPs ist danach seit 1990 eine deutlich steigende Tendenz erkennbar (vgl. Tab. 1), die jedoch zweimal unterbrochen wird. Bezüglich der Zahl der Projekte kommt es 2001 und hinsichtlich des Volumens 1999 zu einem ersten Einbruch. Der zweite – Zahl und Volumen betreffende – Rückgang folgt der sog. Finanzkrise ab 2008. In den genau 20 Jahren von 1990 bis 2009 wurden insgesamt über 1.300 größere PPP-Projekte mit einem Finanzvolumen von über 250 Mrd. € abgeschlossen.

Ungefähr zwei Drittel aller bisherigen europäischen PPP-Projekte wurden in Großbritannien realisiert. Das damit verbundene Projektvolumen beläuft sich auf gut 50%. Spanien bildet mit 10% aller europäischen PPP und einem Volumenanteil von gut 11% den zweitgrößten Markt. Frankreich (Zahl 5,4% und Volumen 5,3%) und Deutschland

¹ Vgl. z.B. Hodge/Greve (2007): S. 548 f. Diese Terminologie offenbart, dass Public Private Partnerships in Großbritannien ursprünglich der Finanzierung dienen. (Erst) Später wurde unter der von Tony Blair geführten Labour-Regierung „Value for Money“ eingeführt.

² So vertritt das Bundesfinanzministerium (BMF) die Zielsetzung, „den PPP-Anteil an öffentlichen Investitionen von 4 % in Richtung internationaler Standardwerte von 15 % anzuheben“ (BMF (2007): S. 71). Vier Jahre später heißt es: „Das BMF hat es sich zum Ziel gesetzt, ÖPP als anerkannte Beschaffungsvariante weiter zu etablieren“ (BMF (2011): S. 77).

³ „Public budgets will be under pressure for years to come as a result of the unprecedented fiscal effort to combat the crisis. We will therefore have to be creative in mobilising the means to put out priorities into practice. [...] The Commission will also propose a new framework for public-private partnerships to help to bring different sources of funding together to maximise investment in the coming years“ (Barroso (2009): S. 35). Vgl. auch Hall (2010).

(Zahl 4,9% und Volumen 4,1%) folgen an dritter und vierter Stelle. Der „Marktanteil“ der beiden letztgenannten Staaten ist bei Betrachtung beider Größen von 2007 auf 2009 deutlich gewachsen, während der von Spanien relativ konstant war und der von Großbritannien schrumpfte.⁴ Insgesamt deuten die verfügbaren Zahlen darauf hin, dass sich PPP in vielen europäischen Staaten ausbreitet.⁵

⁴ Konkrete Zahlen über die Relation von PPP-Volumen zu staatlichen Investitionen werden leider nicht ausgewiesen. Nach Kappeler/Nemoz (2010): S. 16 weisen Griechenland, Portugal und Großbritannien die höchsten PPP-Investitionsquoten bezogen auf das Bruttoinlandsprodukt auf. Mit einigem Abstand folgen Spanien und Irland.

⁵ Vgl. Kappeler/Nemoz (2010): S. 8.

Tabelle 1: Die zahlen- und wertmäßige Entwicklung von PPP in Europa*

Jahr	Zahl der Projekte	Wert der Projekte (in Mio. €)
1990	2	1.386,6
1991	1	73,0
1992	3	610,0
1993	1	454,0
1994	3	1.148,4
1995	12	3.264,9
1996	26	8.488,2
1997	33	5.278,0
1998	66	19.972,4
1999	77	9.602,6
2000	97	15.018,5
2001	79	13.315,3
2002	82	17.436,2
2003	90	17.357,1
2004	125	16.879,9
2005	130	26.794,3
2006	144	27.129,2
2007	136	29.597,9
2008	115	24.198,0
2009	118	15.740,4
total	1.340	253.744,9

* Ohne Projekte mit einem Kapitalwert (debt + equity at the time of financial close) < 5 Mio. €.

Quelle: Kappeler/Nemoz (2010): S. 7.

In Deutschland wurden von 2002 bis Mitte 2011 insgesamt 166 PPP-Projekte – davon 152 im Hochbau und 14 im Straßenbau – mit einem Gesamtinvestitionsvolumen von ca. 6,7 Mrd. € – davon rund 4,4 Mrd. € im Hochbau und ungefähr 2,3 Mrd. € im Straßenbau – umgesetzt. Davon entfallen 26 Projekte mit einem Volumen von etwas über 1,4 Mrd. € auf die Länderebene und 121 mit einem Volumen von gut 2,6 Mrd. € auf die kommunale Ebene.⁶ Demzufolge hat der Bund bisher 19 Projekte mit einem Finanzierungsvolumen von über 2,6 Mrd. € in die Wege geleitet.

⁶ Vgl. BMF (2011).

Derzeit ist der Transport- bzw. Verkehrswegebau das mit deutlichem Vorsprung vor den Bereichen Bildung und Gesundheit bedeutendste PPP-Feld in Europa. Weitere nennenswerte PPP-Gebiete sind sonstige allgemeine Verwaltungsleistungen („General public services“)⁷, Umwelt, öffentliche Sicherheit, Landesverteidigung sowie Freizeit und Kultur.⁸

Die entscheidende Frage aus ökonomischer Sicht ist jedoch nicht, ob die Einbeziehung Privater bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben möglich ist und praktiziert wird, sondern ob sie wirtschaftlich/effizient ist. Eine Entlastung öffentlicher Haushalte durch privates Kapital ist an sich nicht zu erreichen. Im Gegenteil: Privates Kapital ist eher teurer als eine konventionelle Haushaltsfinanzierung. Letztlich können öffentliche Haushalte lediglich durch „echte“ Effizienzgewinne, d. h. einen ceteris paribus geringeren Ressourcenverbrauch, entlastet werden.

Damit übereinstimmend wird in Deutschland als offizielles Ziel von PPP regelmäßig eine Steigerung der (Kosten-)Effizienz (im Folgenden synonym „Wirtschaftlichkeit“) bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben genannt: *„ÖPP ist kein Instrument, um Investitionen in Zeiten knapper Kassen zu realisieren. Es geht vielmehr um eine effiziente Bereitstellung hochwertiger Leistungen für Staat und Bürgerinnen und Bürger.“*⁹ *„Mit ÖPP können öffentliche Leistungen nicht nur mit geringeren Kosten schneller und früher, sondern auch in höherer Qualität bereitgestellt werden. Positive Erfahrungen liegen in Europa vor – in Großbritannien, den Niederlanden, Dänemark, Schweden, Frankreich, Portugal und Griechenland. Einsparpotentiale in der Größenordnung von 10 bis 20 Prozent bezogen auf die herkömmliche Realisierung öffentlicher Infrastrukturprojekte sind dabei nachweisbar. ...“*¹⁰

Neben eventuellen Wirtschaftlichkeits- bzw. Effizienzvorteilen eröffnet das institutionelle Arrangement PPP derzeit jedoch auch die Möglichkeit zur Umgehung kurzfristiger

⁷ Der Begriff „General Public Services“ ist unscharf. Darunter kann man z. B. neben den übrigen hier genannten Gebieten allgemeine legislative und administrative Aufgaben und Tätigkeiten, soziale Sicherheit sowie die Bereitstellung von (Sozial-)Wohnungen verstehen.

⁸ Vgl. Kappeler/Nemoz (2010): S. 24 ff.

⁹ Aus dem Glossar des BMF vom 08.04.2008, URL: http://www.bundesfinanzministerium.de/nn_39840/DE/BMF__Startseite/Service/Glossar/O/004__Oeffentlich__Private__Partnerschaft.html.

¹⁰ Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften, Deutscher Bundestag, Drucksache 15/5668, v. 14.06.2005. Das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS) behauptet einen geschätzten Effizienzvorteil zum Vergabezeitpunkt von durchschnittlich 16 % bei 46 Hochbauprojekten in Deutschland (vgl. BMVBS (2007): S. 16).

Haushaltsgengpässe und Schuldengrenzen. Daher stellt PPP eine große „Versuchung“ für politische Akteure bei ihren Bemühungen zur Gewinnung von Wählerstimmen dar.

Im vorliegenden Beitrag soll erstens untersucht werden, ob und unter welchen Voraussetzungen sich Wirtschaftlichkeits- bzw. Effizienzvorteile durch PPP überhaupt erreichen lassen und wo die Kostenvor- und Nachteile von PPP gegenüber konventionell durchgeführten Projekten liegen. Zweitens sollen die Rahmenbedingungen dargestellt werden, die auch unwirtschaftliche PPP zur „Versuchung“ machen, und Vorschläge unterbreitet werden, dieser Versuchung zu widerstehen.

Der vorliegende Beitrag ist wie folgt aufgebaut: Das nachfolgende Kapitel richtet sich auf Definitionen und Merkmale von PPP. In Kapitel drei wird der ökonomische Kern von PPP herausgearbeitet, um zu verstehen, warum PPP überhaupt vorteilhaft sein kann. Gegenstand des vierten Abschnitts ist ein systematischer Vergleich aller einzelwirtschaftlichen Kosten, die bei Entscheidungen für oder gegen PPP eine Rolle spielen. Im fünften Kapitel werden die Wirkungen von PPP auf öffentliche Haushalte sowie öffentliche Defizite und Schulden analysiert. Das letzte Kapitel beinhaltet das Fazit.

2 Begriffe, Definitionen, Typen und ökonomisch entscheidende Merkmale von Public Private Partnerships

Vor vielleicht 15-25 Jahren wurden im Zusammenhang mit der Einbeziehung privater Wirtschaftssubjekte bei der Erledigung öffentlicher Aufgaben eher die Begriffe „Funktionsprivatisierung“, „Contracting Out“ sowie „Finanzierungs- und Organisationsmodelle“ verwendet. Inzwischen hat sich die Bezeichnung „Public Private Partnership“ (PPP) bzw. „Öffentlich-Private-Partnerschaft“ (ÖPP) weitgehend durchgesetzt.¹¹ Die beiden letztgenannten Termini werden im Folgenden gleichbedeutend verwendet.

Die Popularität des Begriffs „Public Private Partnership“ sollte nicht darüber hinweg täuschen, dass er – nicht zuletzt aufgrund der Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten des Zusammenwirkens öffentlicher und privater Akteure – unterschiedlichen Deutungen und Typisierungen unterliegt. Eine einheitliche, allgemein akzeptierte Definition von PPP existiert derzeit nicht.¹²

Beispielhaft für die Schwierigkeiten, PPP zufriedenstellend zu beschreiben, sei die (umfassende) Definition des vom Finanzministerium Nordrhein-Westfalen herausgegebenen Leitfadens zu Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten genannt. Danach zeichnen sich PPP insbesondere durch a) den Lebenszyklusansatz, b) eine optimale Risikoallokation zwischen dem öffentlichen und dem privaten Partner, c) leis-

¹¹ Hodge/Greve (2009): S. 34 u. (2007): S. 547 f. diskutieren Mutmaßungen über die Gründe für die Beliebtheit dieses Begriffs. Danach scheint PPP u. a. deshalb von Vorteil, weil das Wort „Privatisierung“ vermieden wird. „Privatization proponent Savas (2000) openly admits in his book that ‚contracting out‘ and ‚privatization‘ are expressions, that generate opposition quickly and that expressions such as [...] ‚public-private partnership‘ invite more people and organizations to join the debate and enable private organizations to get a market share of public service provision“ (Hodge/Greve (2007): S. 547).

Die Begriffe „Public Private Partnership“ bzw. „Öffentlich-Private-Partnerschaft“ wirken in der Tat suggestiv. Man wird geneigt sein, mit „Partnerschaft“ z. B. gemeinsame Interessen und kooperatives Verhalten zu verbinden. Bei näherer Betrachtung ist die Sache jedoch anders gelagert: Weder besteht ein gemeinsames Interesse, noch ist unbedingt Kooperation zu erwarten. Die öffentliche Hand hat öffentliche Aufgaben wahrzunehmen bzw. aus ökonomischer Sicht Wohlfahrtsziele zu verfolgen. Vordringlichstes Ziel Privater ist dagegen die Gewinnerzielung. Beides ist selten miteinander vereinbar, so dass PPP zumeist einen impliziten Zielkonflikt der „Partner“ beherbergen.

Die langfristigen Beziehungen im Rahmen Öffentlich-Privater-Partnerschaften fallen zudem in die Kategorie unvollständiger Verträge. Bei unvollständigen Verträgen, deren Kennzeichen die Unmöglichkeit des Eingehens bindender Vereinbarungen ist (s. Kapitel drei und vier dieses Beitrags), sind im spieltheoretischen Sinne nichtkooperative Spiele zu erwarten. Zur spieltheoretischen Analyse unvollständiger Verträge bzw. von Betreibermodellen vgl. Mühlenkamp (1998, 1999): S. 151 ff.

¹² Zu Definitionen von PPP vgl. z. B. Hodge/Greve (2007): S. 545 und Greiling (2009): S. 111 ff.

tungsorientierte Vergütungsmechanismen und d) eine Outputspezifikation durch die öffentliche Hand aus.¹³ Allerdings erscheint diese Charakterisierung als (zu) stark verengend und zudem kurios: Alle Projekte, die nicht auf den gesamten Lebenszyklus zielen, wären danach keine PPP. Auch bei nicht optimaler Risikoallokation würde es sich nicht um eine PPP handeln. Offenkundig wird hier ein von der Realität abstrahierender Idealzustand als Definition verwendet.

Auch eine einheitliche Klassifizierung von PPP existiert nicht. In der deutschsprachigen, juristisch geprägten Literatur werden PPP nach Grundmodellen vertraglicher Gestaltung typisiert. Dabei wird zwischen Erwerbermodellen, Inhabermodellen, Vermietungsmodellen, Leasingmodellen, Contracting-Modellen, Konzessionsmodellen und Gesellschaftsmodellen differenziert.¹⁴ In der früheren deutschsprachigen ökonomischen Literatur wurde zwischen Finanzierungsmodellen sowie (komplexeren) Finanzierungs- und Organisationsmodellen unterschieden.¹⁵ Letztere gehen über die mehr oder weniger reinen Finanzierungsmodelle (Leasing, Forfaitierung) hinaus und erstrecken sich in unterschiedlichem Ausmaß auch auf die sog. leistungswirtschaftliche Seite in Form von Betreiber-, Konzessions-, Kooperations- und Contractingmodellen. Die europäische Kommission unterscheidet zwischen vertraglichen und sog. institutionalisierten PPP. Letzteres meint gemischtwirtschaftliche Unternehmen, d. h. Unternehmen, an denen Private und die öffentliche Hand gemeinsam beteiligt sind.¹⁶

Die vorliegenden Begriffe, Definitionen und Kategorisierungen helfen allerdings nicht, den aus ökonomischer Sicht relevanten Kern von PPP und den Unterschied zur konventionellen Beschaffung aufzudecken. Für die ökonomische Analyse ist insbesondere die Zerlegung von Maßnahmen/Projekten in einzelne Phasen, Prozess- oder „Wertschöpfungs“stufen vielversprechend – wie anschließend noch gezeigt wird. Beispielsweise lassen sich Infrastruktur- und Bauprojekte wenigstens in die Phasen bzw. Wertschöpfungsstufen „Planung“, „Errichtung/Bau“, „Betrieb/Unterhalt“ und „Verwertung/Rückbau“ unterteilen. Die Betrachtung eines Projektes vom Anfang bis zum Ende, d. h. von der Planung bis zur Verwertung bzw. zum Rückbau entspricht dem sog. (Pro-

¹³ Vgl. FM NRW (2007): S. 10 f.

¹⁴ Vgl. Scheide/Pohlmann (2006): S. 102 ff. Eine Übersicht über PPP-Formen findet sich auch bei Duffield (2010).

¹⁵ Kirchhoff/Müller-Godefroy (1996), Matschke/Hering (1998).

¹⁶ Vgl. Europäische Kommission (2004). Bei genauerer Betrachtung ist die Unterscheidung zwischen vertraglichen und institutionalisierten PPPs verunglückt, denn auch institutionalisierte PPPs finden im Rahmen von (Unternehmens-)Verträgen statt. Spätestens seit dem Beitrag von Jensen/Meckling (1976) ist klar, dass Unternehmen nichts anderes als ein Bündel von Verträgen zwischen Individuen darstellen.

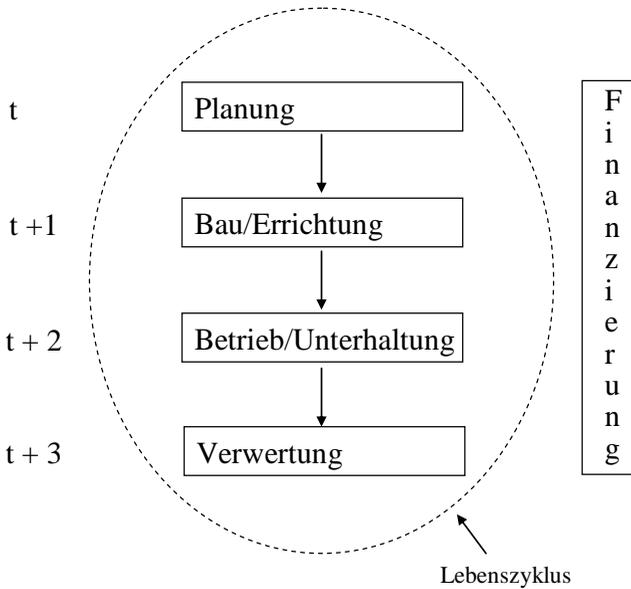
jekt-)Lebenszyklus.¹⁷ Daneben steht die Projektfinanzierung, die vor der Projektrealisierung aufzustellen und über die gesamte Projektlebensdauer sicherzustellen ist (vgl. Abb. 1).

Nach der hier vertretenen Auffassung besteht der grundlegende Unterschied zwischen einer konventionellen Projektrealisierung/Beschaffung und einer PPP darin, dass ein und derselbe Private bei einer PPP die Gesamtverantwortung für mindestens zwei Phasen/Wertschöpfungsstufen (z. B. Bau und Betrieb oder Planung, Bau und Betrieb) übernimmt. Bei einer konventionellen Aufgabenwahrnehmung ist dagegen ein und derselbe Private nur auf einer Wertschöpfungsstufe (z. B. Bau oder Betrieb) tätig.¹⁸ Es ist auch möglich und in der Praxis anzutreffen, dass ein Privater eine Einrichtung/eine Anlage baut und ein anderer Privater sie betreibt. Dann handelt es sich jedoch nicht um eine PPP, weil die Gesamtverantwortung für beide Phasen nicht von einem, sondern von verschiedenen Privaten getragen wird. Mit anderen Worten: Im Gegensatz zur konventionellen Beschaffung werden bei einer PPP mindestens zwei (Projekt-) Phasen bei bzw. von einem Privaten gebündelt.¹⁹

¹⁷ In der Praxis dürfte das Lebenszykluskonzept insbesondere bei Infrastrukturmaßnahmen kaum zum Tragen kommen, weil die Anlagen- bzw. Vermögensgegenstände nach Ablauf der Vertragsdauer, aber vor Ablauf der Nutzungsdauer regelmäßig der öffentlichen Hand zufallen. Somit liegen die Restbetriebsphase und die Verwertung bzw. der Rückbau bei der öffentlichen Hand.

¹⁸ Dieses PPP-Paradigma liegt übrigens auf der Linie der englischsprachigen ökonomisch-analytischen Literatur zum Thema (vgl. z. B. Hart (2003), Bennet/Iossa (2006) und Martimort/Pouyet (2008)).

¹⁹ Gemischtwirtschaftliche Unternehmen („institutionalisierte PPP“) bleiben bei diesem Ansatz außerhalb der Betrachtung. Bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen nehmen öffentliche und private Anteilseigner unter dem Rechtsmantel eines Unternehmens gemeinsam Aufgaben auf einer oder mehreren Wertschöpfungsstufen wahr. Bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen dürfte der Lebenszyklusgedanke eine bestenfalls untergeordnete Rolle spielen. Eher ist zu vermuten, dass andere Aspekte wie die Gewinnung von (Eigen-)Kapital, privatwirtschaftlicher Expertise in den Aufsichts- und Geschäftsführungsorganen sowie die Absicht zu späteren Vollprivatisierungen von Bedeutung sind. Gemischtwirtschaftliche Unternehmen erfordern daher eine gesonderte Analyse, die den Rahmen dieses Beitrags überschreitet.

Abbildung 1: PPP-Phasen bzw. Wertschöpfungsstufen

Quelle: Eigene Darstellung.

Unterscheiden wir beispielsweise zwischen den vier Wertschöpfungsstufen Planung, Bau/Errichtung, Betrieb/Unterhaltung sowie Verwertung/Rückbau, ergeben sich insgesamt 11 Kombinationsmöglichkeiten bzw. PPP-Varianten, die mindestens zwei Wertschöpfungsstufen umfassen.²⁰

²⁰ Nach den Regeln der Kombinatorik existieren $\sum_{k=2}^n \binom{n}{k} = \sum_{k=2}^n \frac{n!}{k!(n-k)!} = 2^n - 1 - n$ Auswahl-

möglichkeiten aus n Elementen (vgl. z. B. Sachs (1997): S. 245). Aus einer Grundgesamtheit von $n =$ vier Elementen ergeben sich somit insgesamt $2^4 - 1 - 4 = 11$ Kombinationen, die mindestens zwei Elemente (hier beispielsweise Planung und Bau, Planung und Betrieb, Planung, Bau und Betrieb oder Planung, Bau, Betrieb und Verwertung) umfassen. Bei $n =$ fünf Phasen/Wertschöpfungsstufen (z. B. durch Inklusion der Finanzierung) ergäben sich $2^5 - 1 - 5 = 26$ PPP-Varianten. Sechs Phasen ermöglichen bereits $2^6 - 1 - 6 = 57$ PPP-Varianten – usw.

3 Bündelungseffekte (Verbundvorteile) durch PPP

Entsprechend der vorangehenden Ausführungen unterscheiden sich die beiden Beschaffungsvarianten „konventionelle Beschaffung“ und „PPP“ dadurch, dass bei einer konventionellen Beschaffung keine Zusammenfassung bzw. Bündelung von Projektphasen unter einheitlicher Regie stattfindet, während dies bei einer PPP der Fall ist. Ob sich eine Bündelung vorteilhaft auf die Effizienz eines Projektes auswirkt oder nicht, hängt davon ab, ob überhaupt „Verbundvorteile“ zwischen den Phasen existieren. Dies ist trivial: Ohne Verbundvorteile kann eine Bündelung keinen Vorteil erbringen. Verbundvorteile wollen wir hier so verstehen, dass die Übertragung von zwei oder mehr Phasen auf das gleiche Wirtschaftssubjekt zu geringeren Kosten führt als wenn jede Phase in der Verantwortung verschiedener Personen liegt.²¹

Die Möglichkeit der Existenz von Verbundvorteilen resultiert aus einer Pfadabhängigkeit: Die in jeder Projektphase getroffenen Entscheidungen und getätigten Handlungen wirken auf nachfolgende Phasen (vgl. Abb. 1). Werden die Folgen von Entscheidungen bzw. Handlungen in Phase t auf die Phasen $t + 1$, $t + 2$ etc. nicht oder nur partiell berücksichtigt, sind ineffiziente Ergebnisse zu erwarten.

Beispielsweise wird jemand, der nur für den Bau oder nur für den Betrieb verantwortlich ist bzw. nur dafür bezahlt wird, nicht unbedingt geneigt sein, die Folgewirkungen (Kosten, Nutzen) seiner Entscheidungen und Handlungen zu beachten. Er wird deshalb nicht unbedingt mit aller Sorgfalt und zu Ende gedacht bauen bzw. nicht unbedingt die ihm zur Verfügung gestellten Anlagen schonen.

²¹ Formal lässt sich dies durch eine kleine Variation der üblichen Definition von Verbundvorteilen („Economies of Scope“ – vgl. Baumol/Panzar/Willig (1988): S. 71 f. darstellen. Bezeichnen wir mit $N = \{1, \dots, n\}$ die Menge aller Phasen. S sei eine nicht-leere Teilmenge von N , d. h. $S \subseteq N$. $P = \{T_1, \dots, T_k\}$ mit $k > 1$ seien nicht-triviale Partitionen von S , d. h. $\bigcup_i T_i = S$, $T_i \cap T_j = \emptyset$ für alle $i \neq j$ und $T_i \neq \emptyset$. Verbundvorteile zwischen Partitionen (hier identisch mit Phasen) liegen vor, wenn $\sum_{i=1}^k K(T_i) > K(S)$, wobei $\sum_{i=1}^k K(T_i)$ die Summe der Kosten der betrachteten Phasen in separaten Händen und $K(S)$ die Kosten bei nichtseparierter Verantwortung bezeichnet.

Grundsätzlich lassen sich Verbundvorteile in der Praxis durch die Ausschreibung eines Projektes in verschiedenen Varianten ermitteln. So könnte man beispielsweise Angebote für separaten Bau und Betrieb und gemeinsamen Bau und Betrieb einholen, um Verbundvorteile zwischen diesen beiden Phasen auszuloten. Diese Vorgehensweise ist analog zu den A(-B)-C-Ausschreibungen nach dem sog. Thüringer Modell (vgl. dazu Bayrischer Oberster Rechnungshof (2006): S. 55 und Rechnungshof Baden-Württemberg (2009): S. 11 f.). Allerdings lassen sich damit nur die ex-ante Kosten ermitteln. Ex post können sich infolge von Nachverhandlungen andere Ergebnisse ergeben.

Falls jemand dagegen zugleich für Bau und Betrieb verantwortlich ist, wird sie oder er versuchen, nicht nur die Effizienzpotentiale auf jeder einzelnen Wertschöpfungsstufe zu erschließen, sondern darüber hinaus effizienzsteigernde phasenübergreifende Maßnahmen zu ergreifen. So wird sie oder er den Zusammenhang zwischen Bauausführung und deren Kosten sowie den späteren Betriebskosten berücksichtigen. Unter diesen Umständen würden im Vergleich zur einphasigen Verantwortung höhere Baukosten in Kauf genommen, wenn diese sich durch entsprechende Betriebskostensenkungen amortisieren und damit die phasenübergreifenden (Gesamt-)Kosten sinken.²²

Die konsequente Weiterführung des Bündelungsgedankens führt zum Lebenszykluskonzept. Ein Wirtschaftssubjekt, welches für ein Projekt von Anfang (Planungsbeginn) bis zum Ende (Verwertung/Rückbau) verantwortlich zeichnet, hat den Anreiz, nicht nur – wie im vorgenannten Fall – die Zusammenhänge zwischen Bauausführung und Betriebskosten, sondern auch die zwischen Bauplanung und Baukosten sowie die zwischen Betriebskosten und Verwertungsmöglichkeiten zu berücksichtigen.

Warum aber wird zur Erschließung von Verbundvorteilen das institutionelle Arrangement PPP benötigt bzw. warum kann die öffentliche Hand das Verbundvorteilprinzip regelmäßig nicht ohne Private umsetzen? Die Antwort auf diese Frage liefert uns die Kombination der Tatsache, dass die öffentliche Hand de facto regelmäßig in mindestens einer Projektphase einen privaten Akteur einschalten muss, mit dem in der ökonomischen Vertragstheorie verwendeten Paradigma unvollständiger Verträge.²³

Private werden bei öffentlichen Projekten dann bemüht, wenn die öffentliche Hand in einer (Projekt-)Phase nicht tätig sein darf oder kann. So werden beim Bau bzw. der Errichtung von Infrastruktur und Gebäuden oder der Beschaffung von mobilen Anlagegütern private Anbieter eingeschaltet, weil der öffentliche Sektor (zumindest in Deutschland) grundsätzlich nicht (mehr) über Bau-, Handwerks- und Produktionsunter-

²² Blanc-Brude/Goldsmith/Väilä (2006) zeigen mit Hilfe ökonomischer Schätzungen in der Tat, dass die Baukosten von durch die Europäische Investitionsbank finanzierten Straßenbau-PPP unter sonst gleichen Umständen um durchschnittlich 24% höher sind als bei konventionellen Bauvorhaben. Diese Differenz wird zum Teil damit erklärt, dass bei PPP besser gebaut wird, was zu Einsparungen in der Betriebsphase führt. Darüber hinaus sind in dieser Differenz aber auch die Kosten der Privaten durch die Übertragung der Baurisiken und höhere Angebotskosten (Transaktionskosten) enthalten. Auch eine geringere Wettbewerbsintensität und Korruption könnten eine Rolle spielen (vgl. ebd.: S. 29).

²³ Der Bündelungsgedanke hat generelle Gültigkeit und zwar ungeachtet der Eigentumsverhältnisse. Deshalb ließe die Bündelung im öffentlichen Sektor – wenn sie denn möglich wäre – auch ohne den Einsatz Privater Vorteile erwarten. Die Bündelung in privater Hand mag allerdings aufgrund dort stärker ausgeprägten Anreizsysteme größere Effizienzgewinne versprechen als im öffentlichen Sektor. Letzteres könnte für die Bündelung unter privater statt unter öffentlicher Regie und damit für PPP sprechen.

nehmen verfügt. Deshalb kann keine ununterbrochene Kette von Phasen zustande kommen, die ausschließlich in öffentlicher Hand liegt. Verbundvorteile zwischen zwei (z. B. zwischen Betrieb und Verwertung) und vielleicht auch mehr Phasen mögen im öffentlichen Sektor noch realisierbar sein, Verbünde inklusive Bauphase oder die Verwirklichung des Lebenszykluskonzeptes ohne Private dürften aber faktisch nur ausnahmsweise möglich sein.²⁴

Die Unterbrechung einer öffentlichen Phasenkette durch einen Privaten wäre in einer Welt vollständiger Verträge kein Hindernis für die Verwirklichung von Verbundvorteilen. Dann nämlich könnten alle für die Erzielung von Verbundvorteilen relevanten Aspekte vollständig und abschließend vertraglich geregelt, kontrolliert und durchgesetzt werden. Die Privatunternehmen könnten somit per Vertrag veranlasst werden, sich genau so zu verhalten wie die öffentliche Hand, wenn sie an der Stelle des Privaten wäre.

Vollständige und kostenlose Verträge sind jedoch eine Fiktion. Vielmehr ist im vorliegenden Kontext von unvollständigen Verträgen auszugehen. Unvollständige Verträge sind dadurch gekennzeichnet, dass wenigstens ein Teil der relevanten Sachverhalte nicht oder nicht vollständig und abschließend vertraglich regelbar ist bzw. Vertragsparameter nicht von Außenstehenden (ordentliche Gerichte, Schiedsgerichte etc.) verifizierbar sind. Unvollständige Verträge eröffnen den Privaten Möglichkeiten zu nicht justiziablen und versteckten Handlungen. Beispielsweise ist damit zu rechnen, dass beauftragte (Privat-)Unternehmen sich durch „Vertragslücken“ bietende Gelegenheiten ergreifen werden, um ihren Gewinn zu erhöhen. Dies kann durch den Einsatz von weniger und minderwertiger Materialien und schlecht ausgebildetem Personal, abweichende Bauausführungen, eingeschränkte Sorgfalt, Reduktion der Leistungsqualität, Verlagerungen von direkten und indirekten Kosten auf Kunden und viele andere Maßnahmen (ohne justiziable Vertragsverletzung) geschehen. Je weniger das Verhalten des Privaten vertraglich zu steuern ist bzw. je unvollständiger (hier konventionelle Beschaffungs-) Verträge sind, desto weniger wird ein Privater die Folgen seiner Handlungen beachten und desto mehr „stört“ die Einschaltung eines Privaten die Erreichung von Phasenverbundvorteilen bei öffentlichen Projekten.

Werden dagegen zwei oder mehr Phasen in eine private Hand gegeben, wird sich der Private – analog zu den obigen Ausführungen – für die in nachgelagerten Phasen auf ihn zurückfallenden („internen“) Wirkungen seiner Handlungen interessieren. Bei-

²⁴ Auch rein private Lebenszyklen dürften eher selten sein. Beispielsweise kann eine Planung allein durch Private zumindest in Teilbereichen nicht möglich oder nachteilig sein – denken wir an die Raumplanung, Umweltverträglichkeitsprüfungen etc. Ähnliches mag für die (planerische) Einbindung eines PPP-Verkehrsprojektes in ein (überregionales) Gesamtverkehrskonzept gelten. Unrühmliche Beispiele für die Nichteinbindung in eine projektübergreifende Verkehrsplanung dürften die Warnow-Querung in Rostock und der Lübecker Herren-Tunnel sein.

spielsweise wird er während des Baus keine minderwertigen Materialien einsetzen oder betriebskostensenkende Maßnahmen unterlassen, wenn die dadurch entstehenden Einsparungen durch spätere Betriebs- und Unterhaltungskosten überkompensiert werden. Er wird im Gegenteil sogar vertragliche Mindeststandards übertreffen, wenn dies den phasenübergreifenden Gewinn steigert – usw. Durch die Übertragung mehrerer oder aller Phasen auf einen Privaten wird also einem wesentlichen Defizit unvollständiger Verträge entgegengewirkt: Es besteht – in Abhängigkeit von den konkreten Umständen – kein oder ein verminderter Anreiz, in einer Phase Kosten zu Lasten nachfolgender Phasen zu sparen.

Die vorangehenden Überlegungen führen zu der generellen Vermutung, dass nicht jede mögliche Kombination von Phasen/Wertschöpfungsstufen den gleichen Vorteil erbringt. Die gemeinsame Verantwortung für unmittelbar aufeinanderfolgende Phasen dürfte einen größeren Effekt haben als die übergreifende Verantwortung für nicht unmittelbar verknüpfte Stufen. Beispielsweise verspricht die gebündelte Verantwortung für Planung und Verwertung einen geringeren Effekt als die Bündelung von Bau und Betrieb. Zwar hat die Planung auch Einfluss auf die Verwertungsmöglichkeiten, aber das vom Planer aufgrund unvollständiger Verträge nur eingeschränkt steuerbare Verhalten von Erbauer und Betreiber können die Planungsanstrengungen leicht konterkarieren.²⁵ In diesem Kontext ist im Übrigen fraglich, ob zwischen der Finanzierung und den übrigen Wertschöpfungsstufen überhaupt Verbundvorteile auftreten können. Die Art und die Kosten der Finanzierung lassen weder Auswirkungen auf die Bau- und Betriebskosten noch auf die Verwertung(smöglichkeiten) erwarten. Vielleicht lässt sich bei gleichzeitiger Verantwortung für Bau und Finanzierung Kapital zeitgenauer bereitstellen. Daher dürften sich Verbundvorteile im Wesentlichen durch die Kombination der übrigen Wertschöpfungsstufen erreichen lassen.

Die Vermutung, dass es besonders vorteilhaft ist, unmittelbar aufeinanderfolgende („benachbarte“) Phasen zu bündeln, impliziert eine weitere Hypothese: Ceteris paribus müsste der Verbundvorteil je größer sein, desto mehr aufeinanderfolgende Wertschöpfungsschritte unter einem Dach vereint sind. Folglich müsste die Übergabe aller Phasen – also des gesamten Lebenszyklus – eines Projektes in die gleichen Hände den größten Vorteil bringen.

²⁵ Allgemein gilt für die Zahl (x) von Kombinationen, die ausschließlich benachbarte bzw. ununterbrochene Phasen umfassen: $x = \sum_{i=1}^{n-1} i$, wobei i die Zahl der definierten Wertschöpfungsstufen bezeichnet. Bei vier Wertschöpfungsstufen ergeben sich also insgesamt ($3 + 2 + 1 =$) sechs „benachbarte“ bzw. ununterbrochene Wertschöpfungsstufenkombinationen. Aus fünf Wertschöpfungsstufen resultieren ($4 + 3 + 2 + 1 =$) 10 entsprechende Kombinationen.

Die bisherigen Ausführungen beziehen sich auf die einzelwirtschaftliche Perspektive. Von Folgen, die nicht den privaten „Partner“ betreffen – externe Effekte sowie Wirkungen auf Kunden/Leistungsempfänger und Arbeitnehmer/Lieferanten etc. – wurde bisher abstrahiert. Private berücksichtigen natürlich nur die sie selbst betreffenden (einzelwirtschaftlichen bzw. „internen“) und nicht die andere betreffenden (gesellschaftlichen bzw. „externen“) Wirkungen.²⁶ Deshalb verspricht die Bündelung durch PPP dann Vorteile, wenn die in jeder Phase getroffenen Entscheidungen lediglich „interne“ Wirkungen aufweisen. Sofern darüber hinaus externe Effekte o. ä. auftreten, sind eine Bündelung bzw. PPP nicht in jedem Fall, sondern nur unter bestimmten Umständen von Vorteil.

Zur Illustration dieser Aussage nehmen wir Bezug auf ein Modell von Hart (2003). Nehmen wir an, Bau und Betrieb werden in private Hand gegeben. Unterstellen wir des Weiteren, der Private kann während der Bauphase „produktive“ (nützliche) und „unproduktive“ (gesellschaftlich schädliche) Investitionen tätigen. Produktive Investitionen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie die Betriebskosten in der anschließenden Betriebsphase senken und/oder den gesellschaftlichen Nutzen bzw. die Leistungsqualität steigern. Unproduktive Investitionen senken einerseits (ebenfalls) die Betriebskosten, verschlechtern jedoch die Leistungsqualität bzw. erzeugen negative externe Effekte.

Der private „Erbauer-Betreiber“ wird sich – insoweit er aufgrund unvollständiger Verträge nicht dafür in Regress genommen werden kann – nicht für die externen Wirkungen, sondern nur für die Kostensenkung interessieren. Das heißt, er wird sowohl produktive als unproduktive Investitionen vornehmen. Dagegen hat der Erbauer im Rahmen einer konventionellen Beschaffung weder einen Anreiz zur Tätigkeit produktiver noch einen Anreiz zur Tätigkeit unproduktiver Investitionen. Im PPP-Fall werden also aus gesellschaftlicher Sicht schädliche Investitionen (jede Investitionseinheit ist zu viel) vorgenommen, während bei konventioneller Beschaffung keine (und damit zu wenig) nützliche Investitionen getätigt werden.

Die (relative) Vorteilhaftigkeit von konventioneller Beschaffung (Entbündelung) und PPP (Bündelung) hängt nun davon ab, ob die nützlichen oder die schädlichen Effekte dieser Arrangements überwiegen.²⁷ Bestehen (aus „technischen“, nichtvertraglichen Gründen) kaum Möglichkeiten für schädliche Investitionen oder sind deren (zu erwartenden) schädlichen Effekte im Vergleich zu den nützlichen Effekten gering, spricht

²⁶ Diese Annahme ergibt sich aus der regelmäßig nur schwer oder kaum erreichbaren vertraglichen Internalisierung von Außen- oder Drittwirkungen.

²⁷ Beide Arrangements sind „Zweitbest“-Lösungen, weil die Privaten gesellschaftliche Wirkungen bei ihren Investitionsentscheidungen unberücksichtigt lassen.

dies für PPP. Im gegenteiligen Fall schlägt das Pendel zugunsten der konventionellen Beschaffung aus.²⁸

Sind die Bau- und die Leistungsqualität unterschiedlich gut beschreibbar bzw. vertraglich durchsetzbar, spielt deren relative Messbarkeit/Kontrahierbarkeit eine Rolle. Sofern der Bau gut und die in der Betriebsphase erzeugte Leistungsqualität schlecht kontrahierbar sind, ist die konventionelle Ausschreibung vorteilhaft. Dann lassen sich nämlich unproduktive Investitionen im Rahmen einer PPP kaum verhindern, während zu geringe produktive Investitionen bei konventioneller Projektabwicklung kein großes Problem darstellen dürften. Im umgekehrten Fall guter Leistungs- aber schlechter Baukontrahierbarkeit ist eine PPP vorzuziehen. Unproduktive Investitionen sind dann bei einer PPP beherrschbar, wogegen unterlassene produktive Investitionen bei einer konventionellen Ausführung schwer ins Gewicht fallen dürften.²⁹

Die vorangehenden Ausführungen hatten die Aufgabe zu verdeutlichen, dass die Kosten von Verträgen (die in der bisherigen Darstellung in Gestalt ineffizienter Investitionsniveaus auftreten) – und nicht häufig genannte Aspekte wie die Übertragung von Risiken und Finanzierung auf Private – den analytischen Kern zum Verständnis von PPP darstellen: *„Policy makers frequently argue that PPPs are good because the private sector is a cheaper source of financing or insurance than the public sector. This thinking is strange for an economist since it is hard to imagine an agent that is more able to borrow or to provide insurance than the government (with its enormous powers of taxation). ... [...] the current paper [...] may shift attention from what seem to be secondary financing issues to what seems to be the central issue: (relative) contracting costs* [Hervorhebung durch den Verf.].“³⁰

²⁸ Diese Argumentation ist analog zu der bei Hart/Shleifer/Vishny (1997).

²⁹ Für diesen Vergleich ist die Annahme zu treffen, dass die Beschreibbarkeit des Baus bzw. die dazu getroffenen vertraglichen Vereinbarungen bei PPP und konventioneller Beschaffung gleich sind. Falls der Bau im Rahmen von PPP weniger detailliert als bei einer konventionellen Vergabe kontrahiert wird, um dem Privatinvestor mehr Flexibilität zu geben – was häufig als Vorteil von PPP angesehen wird –, wäre es dem Privaten unter dem PPP-Regime leichter möglich, produktive Investitionen einzuschränken. Dann könnte erstens nicht mehr ceteris paribus argumentiert werden. Zweitens wird deutlich, dass PPP mit gegenüber der konventionellen Ausschreibung verringerten Detailregelungen Kosten aufweisen, die über die im obigen Text dargestellten Kosten hinausgehen (vgl. Hart (2003): S. C74).

³⁰ Hart (2003): S. C75.

4 Kostenvergleich von konventioneller Aufgabenwahrnehmung und PPP

Im vorangehenden Kapitel wurde herausgearbeitet, dass PPPs gegenüber konventionellen Projektrealisierungen³¹ Kostenvorteile bieten, wenn durch eine phasenübergreifende Verantwortung effizientere Entscheidungen bzw. Investitionen erreicht werden. Auf die Kosten von öffentlichen Projekten wirken jedoch nicht nur die Entscheidungen in frühen Projektphasen, sondern weitere (Kosten-)Faktoren. Diese sind in eine Gesamtbeurteilung der Beschaffungsvarianten einzubeziehen und werden im Folgenden diskutiert. Dazu zählen Investitionskosten (Bau-/Beschaffungskosten), Betriebs-/Unterhaltskosten, Finanzierungs- und Risikokosten, Transaktionskosten, die steuerliche Belastung und weitere Aspekte.³²

Einige der genannten Kostenarten – wie die Bau-/Errichtungskosten, die Betriebs-/Unterhaltskosten und die Finanzierungskosten – können einzelnen Phasen/Wertschöpfungsstufen zugeordnet werden, andere – wie Transaktionskosten und Steuereffekte – nicht.

4.1 Bau- bzw. Errichtungskosten sowie Betriebs- und Unterhaltskosten

Wengleich sowohl der öffentliche Sektor als auch die Privatwirtschaft mit Anreizproblemen zu kämpfen haben, wird in der ökonomischen Theorie zumeist davon ausgegangen, dass sich dieses Problem in der Privatwirtschaft leichter lösen lässt. Vereinfacht gesagt, besteht für die Akteure im öffentlichen Sektor – anders als in der Privatwirtschaft – nicht die Möglichkeit zur Aneignung von Gewinnen, welche als entscheidende Triebfeder für eine höhere Kosteneffizienz privater Akteure angesehen wird.³³ Demnach wäre zu erwarten, dass Private in jeder Projektphase bzw. auf jeder Wert-

³¹ Die konventionelle Projektrealisierung impliziert – wie in Kapitel drei dargestellt – regelmäßig die Einbeziehung eines Privaten auf einer Wertschöpfungsstufe oder evt. mehrerer Privater unabhängig voneinander auf verschiedenen Wertschöpfungsstufen. Die Auswahl der Privaten erfolgt auf der Basis des Vergaberechts, welches die öffentliche Ausschreibung als Regelfall definiert. In Ausnahmefällen kann die konventionelle Projektdurchführung auch völlig ohne Private stattfinden, wenn z. B. keine Baumaßnahmen oder Beschaffungen notwendig sind bzw. diese – ausnahmsweise – von der öffentlichen Hand selbst durchgeführt werden, wie die Durchführung kleiner Bau-/Instandhaltungsmaßnahmen durch einen kommunalen Betrieb.

³² Diese Aufzählung von Kostenarten entspricht ungefähr der im PPP-Leitfaden (FM NRW (2007)). Neben Kostenunterschieden können auch Nutzendifferenzen zwischen den Beschaffungsvarianten vorliegen. Darauf wird in Abschnitt 4.5 eingegangen.

³³ Kosteneffizienz erfordert geringstmögliche Faktoreinsatzmengen. Darüber hinaus müssen die Faktoreinsatzmengenverhältnisse den inversen Faktorpreisverhältnissen entsprechen.

schöpfungsstufe unter sonst gleichen Umständen („ceteris paribus“) Kostenvorteile aufweisen.

Allerdings ist die ceteris paribus-Annahme in der Realität nicht haltbar. So unterscheiden sich die institutionellen Rahmenbedingungen für öffentliche und private Akteure wenigstens zum Teil. Beispielsweise ist es möglich, dass unterschiedliche Tarifverträge, andere Vergabe- und Honorarregimes oder sonstige differierende rechtliche Vorgaben gelten. Dies kann dazu führen, dass die öffentliche Hand andere Faktorpreise (meist höhere) als ein Privater zahlen muss und weniger flexibel (effizienzeinschränkend) operieren kann.³⁴ Auch ist denkbar, dass ein Privater die Möglichkeit hat, Größen-/Verbundvorteile zu realisieren, die sich insbesondere kleinere Gebietskörperschaften nicht erschließen können.³⁵

Im Grundsatz dürften Kostenvorteile der Privaten vor allem durch niedrigere Einkaufspreise und Löhne sowie durch größere Handlungsoptionen und stärkere Anreize in der Bau-/Errichtungsphase und der Betriebs-/Unterhaltungsphase zu Tage treten.³⁶ Allerdings ist nicht zwingend, dass die Baukosten bei einer PPP geringer sind als bei einer konventionellen Maßnahme, weil Private – wie bereits ausgeführt – eventuell sogar höhere Baukosten in Kauf nehmen, wenn dies zu einer Gesamtkostensenkung führt.

In der Planungsphase dürften die Vorteile weniger stark, wenn überhaupt hervortreten. Erstens spielen die Planungskosten – gemessen an den Gesamtkosten – eine eher untergeordnete Rolle. Zweitens ist häufig öffentliches Planungs-Know how erforderlich, so dass Private nicht oder nur in enger Verzahnung mit öffentlichen Planern eingesetzt werden können. Im Bereich der anschließend ausführlicher behandelten Finanzierung ist nicht auszuschließen, dass Private ein effizienteres Finanzmanagement bewerkstelligen, beim Faktorpreis (den Zinsen) hat die öffentliche Hand jedoch einen Vorteil.

³⁴ Die Durchsetzung niedrigerer Preise für Sachkapital, Löhne etc. ist allerdings regelmäßig mit angebotsseitigen Rentenverlusten verbunden, so dass die einzelwirtschaftlichen Kosteneinsparungen die volkswirtschaftlichen Vorteile überschätzen. Die öffentliche Hand operiert vielfach unter ineffizienten Regeln. Beispielsweise bemisst sich das Entgelt eines erheblichen Teils privater Planer nach der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI). Danach steigt deren Entgelt mit den Projektkosten und nicht mit der Projekteffizienz.

³⁵ Allerdings können die Gebietskörperschaften Skalen- und Verbundvorteile grundsätzlich auch durch Kooperationen mit anderen Gebietskörperschaften (sog. Öffentlich-Öffentliche-Partnerschaften – ÖÖP) erreichen. So ermitteln Andrews/Entwistle (2010) mit einem Datensatz aus Wales für ÖÖP bessere Ergebnisse als für ÖPP.

³⁶ Bei phasengetrennter Projektrealisation wäre zu erwarten, dass die Kosten bei privater Bausausführung unter denen bei öffentlicher Bausausführung lägen. Dies ist jedoch – wie in Abschnitt drei ausgeführt – im Regelfall keine relevante Option.

An dieser Stelle ist explizit darauf hinzuweisen, dass Kostenvorteile Privater in den einzelnen Phasen keinen Grund für die Wahl einer PPP darstellen, weil in jeder Phase der Private mit dem größten Kostenvorteil per konventioneller Ausschreibung beauftragt werden kann und sollte. Ohne Verbundvorteile ist die Beauftragung eines Privaten mit mehreren Phasen unter Produktionskostengesichtspunkten sogar nachteilig, wenn er nicht in jeder Phase der kostengünstigste ist.³⁷ Die Durchführung einer PPP setzt Verbundvorteile voraus. Phasenvorteile verstärken den Gesamtvorteil einer PPP, sind jedoch nicht hinreichend für eine PPP.³⁸

4.2 Finanzierungskosten

Die Finanzierungskosten werden vom Investitionsvolumen (Menge des benötigten Kapitals) – welches wiederum von den Bau-/Errichtungskosten bestimmt wird – der Zielgenauigkeit der Kapitalbereitstellung und den Zinsen (Disagien, Emissionskosten etc. lassen sich rechnerisch im Zinssatz abbilden) bestimmt. Das Investitionsvolumen kann bei einer PPP höher oder niedriger als bei einer konventionellen Maßnahme sein. Möglicherweise können Private, z. B. weil sie nicht schwerfälligen Regeln des Haushaltsrechts unterliegen und entsprechend geschultes Personal zur Verfügung haben,

³⁷ Indizieren wir zwei Projektphasen mit a und b sowie zwei Unternehmen mit 1 und 2. Nehmen wir an, dass Unternehmen 1 in Phase a kostengünstiger arbeitet und Unternehmen 2 in Phase b Kostenvorteile hat, also $K_1(a) < K_2(a)$ und $K_1(b) > K_2(b)$, wobei $K_1(a)$ die Kosten von Unternehmen 1 in Phase a und $K_1(b)$ die Kosten von Unternehmen 1 in Phase b bezeichnen. Mit $K_2(a)$ und $K_2(b)$ sind die Kosten von Unternehmen 2 in den Phasen a und b bezeichnet. Dann gilt $K_1(a) + K_2(b) < K_1(a) + K_1(b)$, $K_2(a) + K_2(b)$. Wenn dagegen $K_1(a) < K_2(a)$ und $K_1(b) < K_2(b)$, gilt $K_1(a) + K_1(b) < K_1(a) + K_2(b)$, $K_1(b) + K_2(a) < K_2(a) + K_2(b)$ und umgekehrt.

³⁸ Sofern beide Unternehmen (s. vorhergehende Fußnote) Verbundvorteile realisieren können, gilt

$$V_1 = K_1(a) + K_1(b) - K_1(a + b) > 0 \text{ und}$$

$$V_2 = K_2(a) + K_2(b) - K_2(a + b) > 0.$$

$K_{1,2}(a + b)$ bezeichnen die Gesamtkosten von a und b bei verbundener Produktion, $V_{1,2}$ zeigen die Verbundvorteile der Unternehmen an. Ob Unternehmen 1 oder Unternehmen 2 (wir können für Unternehmen 1 auch die konventionelle Projektrealisierung annehmen) inkl. Verbundvorteil insgesamt am kostengünstigsten ist, hängt von deren Kosten bei separierten Phasen und den jeweiligen Verbundvorteilen ab. Aus

$K_{g1} = [K_1(a) + K_1(b)] - V_1 \leq K_{g2} = [K_2(a) + K_2(b)] - V_2$ folgt $[K_1(a) + K_1(b)] - [K_2(a) + K_2(b)] \leq V_1 - V_2$, wobei $K_{g1,2}$ die Gesamtkosten der Unternehmen bei phasenübergreifender Produktion bedeuten. Das heißt, wenn ein Unternehmen Phasennachteile hat, kann es insgesamt nur dann kostengünstiger operieren, wenn es diesen Nachteil durch größere Verbundvorteile überkompensieren kann. Bei gleichen Verbundvorteilen ist das Unternehmen mit den geringeren Phasenkosten insgesamt günstiger. Hat das Unternehmen mit den geringsten Phasenkosten zugleich die größten Verbundvorteile, verstärken die Verbundvorteile den Phasenvorteil.

Finanzmittel zeitgenauer bereitstellen.³⁹ Allerdings dürfte dieser Vorteil tendenziell nur gegenüber kleinen Gebietskörperschaften greifen. Größere Gebietskörperschaften verfügen wenigstens zum Teil ebenfalls über entsprechend qualifiziertes Personal und können aufgrund einer Vielzahl von simultan zu finanzierenden Projekten ebenfalls zu einer guten Abstimmung zwischen dem Bedarf an Finanzmitteln und ihrer Bereitstellung gelangen.

Bei den Finanzierungskonditionen ist die öffentliche Hand jedoch unter sonst gleichen Umständen eindeutig im Vorteil. Soweit die öffentliche Hand Kredite für ein Projekt aufnimmt,⁴⁰ zahlt sie dafür grundsätzlich geringere Zinssätze als ein Privater.⁴¹ Infolgedessen kann die öffentliche Hand jeden Geldbetrag günstiger als ein Privater beschaffen.

Vergleicht man die Finanzierungskosten von konventionellen öffentlichen Projekten mit denen, die unter einem PPP-Regime finanziert werden, sind also im Wesentlichen die Menge des benötigten Kapitals und die dafür zu zahlenden Zinsen entscheidend. Sofern Private die Kosten für eingesetztes Fremdkapital als Aufwand geltend machen können, ist aus einzelwirtschaftlicher Sicht auch dies zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund kann eine private Finanzierung nur günstiger als eine öffentliche Finanzierung sein, wenn folgende Ungleichung erfüllt ist:

$$i_0 \cdot i_0 > \alpha \cdot i_p \cdot i_{EK} + (1 - \alpha) \cdot i_p \cdot i_{FK} \cdot (1 - t).^{42} \quad (1)$$

Bei umgekehrtem Ungleichheitszeichen sind die Finanzierung durch die öffentliche Hand günstiger. i_0 bezeichnet das Investitionsvolumen bei konventioneller Aufgabewahrnehmung, i_p das Finanzierungsvolumen bei einer PPP, i_0 den Refinanzierungszins der öffentlichen Hand, i_{EK} und i_{FK} den Eigen- bzw. Fremdkapitalzins des Privaten, α gibt den Eigenkapitalanteil bei privater Finanzierung und $1 - \alpha$ den entsprechenden Fremd-

³⁹ Vgl. Beckers/Klatt (2009): S. 177.

⁴⁰ Da sich haushaltsrechtlich der Kreditfinanzierungsspielraum unter den bisherigen Bedingungen bzw. bis zum Inkrafttreten der sog. Neuen Schuldenbremse entsprechend der Investitionssumme erhöht und de facto fast immer genutzt wird, kann man grundsätzlich von einer Kreditfinanzierung konventioneller Investitionen ausgehen. Aufgrund des in Deutschland geltenden haushaltsrechtlichen Gesamtdeckungsprinzips dürfte allerdings die Zurechnung einer speziellen Finanzierung zu einem Projekt in den meisten Fällen fiktiv sein (nach Angaben des Leitfadens für Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten nehmen jedoch Kommunen üblicherweise im Rahmen konventioneller Maßnahmen projektspezifische Kredite auf – vgl. FM NRW (2007): S. 32).

⁴¹ Die kalkulierten Eigenkapitalkosten im Falle einer privatwirtschaftlichen Mischfinanzierung liegen regelmäßig noch höher als die Fremdkapitalkosten.

⁴² Wir unterstellen hier vereinfachend, aber analytisch ausreichend, konstante Durchschnittszinsen und eine gleichbleibende Kapitalbindung über die Projektlaufzeit.

kapitalanteil wieder. $\alpha \cdot I_p$ entspricht dann dem eingesetzten Eigenkapital und $(1 - \alpha) \cdot I_p$ dem Fremdkapital. Die Möglichkeit einer Verbuchung von Fremdkapitalzinsen als steuerlicher Aufwand durch den Privatinvestor mindert seine Fremdkapitalkosten. t bezeichnet deshalb den rechnerischen Differenzsteuersatz auf den Unternehmensgewinn.

Aus vorangehender Gleichung folgt:

$$\frac{I_{\delta}}{I_p} < \frac{\alpha \cdot i_{EK} + (1 - \alpha) \cdot i_{FK} \cdot (1 - t)}{i_{\delta}} \quad (2)$$

Ob und inwieweit eine PPP, die die Projektfinanzierung beinhaltet, gegenüber einer konventionellen Projektrealisation zu geringeren oder höheren Finanzierungskosten führt, hängt also vom Verhältnis aus öffentlichem und privaten Investitionsvolumen, der Relation von Eigen- und Fremdkapital, der Relationen zwischen dem von der Gebietskörperschaft und dem Privaten zu zahlenden Zinssatz sowie der steuerlichen Behandlung der Fremdkapitalzinsen ab.⁴³ Ohne Steuern ($t = 0$) müssen im Falle einer Verbindung von Finanzierung und Projektdurchführung die Bau- bzw. Sachkostenvorteile des Privaten erheblich sein, um seine Refinanzierungskostennachteile aufzuwiegen. Setzt man beispielsweise $\alpha = 0,2$, $i_{FK} = 0,06$, $i_{EK} = 0,10$ und $i_{\delta} = 0,045$, ergibt sich für I_{δ}/I_p ohne Steuern der Wert 1,51.⁴⁴ In diesem Fall rechnet sich die private Finanzierung ohne Steuern nur dann, wenn der Kapitalbedarf bei konventioneller Aufgabenwahrnehmung den des Privaten um mindesten 51 % überschreitet, oder wenn die Privatlösung umgekehrt nur zwei Drittel des Finanzierungsbedarfs der öffentlichen Hand aufweist. Mit Steuern gilt bei $t = 0,4$ eine kritische Kapitalbedarfsrelation von 1,084. Das heißt, das öffentliche Projekt müsste dann ein um 8,4 % höheres Investitionsvolumen aufweisen, damit sich die Privatfinanzierung als günstiger erweist. Allerdings stellt die

⁴³ Sofern „verlorene“, unverzinsliche Zuschüsse übergeordneter Gebietskörperschaften in die Projektrealisierung eingebracht werden, ändert sich das Kalkül nur unwesentlich. Dann gilt:

$$\frac{I_{\delta} - S_{\delta}}{I_p - S_p} < \frac{\alpha \cdot i_{EK} + (1 - \alpha) \cdot i_{FK} \cdot (1 - t)}{i_{\delta}}$$

$S_{\delta, p}$, mit $S_{\delta} \leq S_p$, bezeichnet die Höhe des Zuschusses bei konventioneller bzw. PPP-Realisierung. Zähler und Nenner des linken Terms sind als Nettoinvestitionsvolumina (Gesamtvolumen abzüglich Zuschuss) zu interpretieren.

⁴⁴ Die angenommenen Parameterwerte sind durchaus realistisch. So brachten die Betreiber der Warnow-Querung nach Angaben der Süddeutschen Zeitung 20 % Eigenkapital auf, 12 % schoss die EU zu und 68 % finanzierten insg. 14 Banken (vgl. Das Millionengrab von Rostock, in: Süddeutsche Zeitung vom 17.06.2006).

Berücksichtigung derartiger Steuereffekte aus volkswirtschaftlicher Sicht ein „Nullsummenspiel“ dar, so dass sie prinzipiell nicht berücksichtigt werden sollten.⁴⁵

Sofern also die Finanzierungsbedingungen von öffentlicher Hand und privater Seite hinreichend weit auseinander liegen, scheinen die Finanzierung und der Bau/die Investition unter öffentlicher Regie günstiger als die Bereitstellung des Anlagevermögens inkl. Finanzierung unter privater Regie. Ideal wäre ein Bau bzw. eine Investition unter privater Regie zu den Finanzierungsbedingungen der öffentlichen Hand.⁴⁶

Um dies zu erreichen, könnte die öffentliche Hand dem Privaten das notwendige Kapital bereitstellen. In diesem Fall übernehme sie unmittelbar das Kreditausfallrisiko (evt. abgemildert durch Besicherungen). Dies dürfte jedoch von einem unerwünschten Nebeneffekt begleitet sein: Im Falle einer vollständigen PPP-Finanzierung durch die öffentliche Hand findet nämlich keine disziplinierende Kapitalmarktkontrolle mehr statt. Üblicherweise achten Eigen- und Fremdkapitalgeber angesichts des Verlust- bzw. Ausfallrisikos auf ausreichende Anstrengungen der Manager von Projektgesellschaften/Unternehmen. Ohne privaten Kapitaleinsatz wird dieser Mechanismus außer Kraft gesetzt.

Die öffentliche Hand kann das Kreditausfallrisiko, welches ja der Grund für die schlechteren Kreditmarktkonditionen privater Akteure ist, auch auf andere Art und Weise übernehmen, nämlich durch sog. Factoring (Forfaitierung)⁴⁷ oder durch Bürgschaften.⁴⁸ Auf

⁴⁵ Sofern sie dennoch berücksichtigt werden, sind eventuelle Einnahmehausfälle bei der kalkulierenden Gebietskörperschaft gegenzurechnen. Dies dürfte in Abhängigkeit von der gebietskörperschaftlichen Ebene im Wesentlichen die Körperschaft-, Kapitalertrag- und Gewerbesteuer betreffen.

⁴⁶ Theoretisch gleichwertig wäre eine öffentliche Regie mit den Effizienzanreizen eines Privaten.

⁴⁷ Beispielsweise kann ein Privater Forderungen gegenüber der öffentlichen Hand aus einem PPP-Vertrag im Gegenzug für einen Kredit an ein Kreditinstitut verkaufen. Wenn die öffentliche Hand diese Forderungen einredefrei stellt, erhält der Private u. U. die gleichen Kreditkonditionen wie die öffentliche Hand. Allerdings dürften die Vertragsabschlusskosten höher sein als bei einem Kredit, der der öffentlichen Hand gewährt wird. Vor allem aber trägt jetzt die öffentliche Hand das Risiko der Insolvenz des Privaten und weitere Risiken wie das der „Schlechtleistung“ über die gesamte Vertragslaufzeit. Beschränkt sich die Einredefreiheit der öffentlichen Hand – wie wohl zumeist in der Praxis anzutreffen – auf den Vergütungsanteil, welcher dem Investitionsanteil zugerechnet wird und für Zins- und Tilgungszahlungen zur Verfügung steht, und wird darüber hinaus der Einredevorzicht erst nach der Bauabnahme erklärt (vgl. dazu Beckers u. a. (2008): S. 11 ff.), reduziert sich das Risiko der öffentlichen Hand entsprechend. Auf jeden Fall muss die öffentliche Hand die Zins- und Tilgungszahlungen des Privaten garantieren. Sie kann versuchen, sich z. B. durch Heimfallklauseln die daraus finanzierten Vermögensgegenstände zu sichern.

⁴⁸ Beispielsweise dürfen Kommunen in den meisten Bundesländern ausnahmsweise Sicherheiten zugunsten eines Privaten stellen, wenn dies eine bessere und wirtschaftlichere Aufgabenerfüllung ermöglicht (vgl. Viethen (2008): S. 31 f.). Bei Nichterfüllung der Verpflichtungen des

diese Weise mag es eventuell gelingen, der privaten Seite zu ähnlichen oder gar den gleichen Nominalzinssätzen wie der auftraggebenden Gebietskörperschaft zu verhelfen. Die öffentliche Hand muss dabei jedoch neben dem Kreditausfallrisiko je nach Vertragsgestaltung weitere Risiken in Kauf nehmen, wie das der Nichtwerthaltigkeit der ihr ggf. zufallenden Vermögensgegenstände oder der (Nicht-)Durchsetzung anderer Besicherungsansprüche. Auf jeden Fall steigen durch die Komplexität derartiger Rechtsgeschäfte die Transaktionskosten (s. u.). Im Übrigen dürfte die Garantie der Zins- und Rückzahlungsansprüche Dritter wiederum die Kapitalmarktkontrolle unterminieren.

4.3 Risiko und Risikokosten

Bevor über Risikokosten gesprochen werden kann, ist zunächst der Begriff des Risikos zu präzisieren. Darüber hinaus muss auch auf den Terminus „Risikokosten“ näher eingegangen werden, da er in der praxisorientierten PPP-Literatur⁴⁹ nicht mit dem Risikokostenverständnis in den Wirtschaftswissenschaften übereinstimmt.

a) Risiko

In der Entscheidungstheorie wird üblicherweise zwischen „Risiko“ und „Ungewissheit“ differenziert. Risikosituationen sind dadurch gekennzeichnet, dass die Entscheidungsträger in der Lage sind, verschiedenen in Zukunft möglichen Zuständen/Ereignissen (objektive oder subjektive) Eintrittswahrscheinlichkeiten zuzuordnen. Im Falle von Ungewissheit sind lediglich die möglichen Zustände/Ereignisse, nicht aber deren Eintrittswahrscheinlichkeiten bekannt.

Privaten trägt die öffentliche Hand dann jedoch ein größeres Risiko als bei konventioneller Aufgabenwahrnehmung. Sie trägt nicht nur das Insolvenzrisiko des Privaten während der Bauphase, sondern während der gesamten Projektlaufzeit. Wiederum können Sicherungsmaßnahmen ergriffen werden, die aber auch in diesem Fall transaktionskosten- und risikoträchtig sind.

⁴⁹ Dies gilt einschließlich der Leitfäden für Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen vom FM NRW (2007) und der VIFG (2008) sowie dem von Partnerschaften Deutschland (2011) in Entwicklung befindlichen Standardmodell für Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen.

Formal werden die Eintrittswahrscheinlichkeiten von Ereignissen mittels Wahrscheinlichkeits- bzw. Dichtefunktionen abgebildet.⁵⁰ Für das Risiko sind neben der Eintrittswahrscheinlichkeit von Ereignissen deren Konsequenzen/Folgen von Bedeutung. Als Konsequenz kann man hier den bei einem bestimmten Ereignis eintretenden Wert einer Zufallsvariablen (z. B. Schadenhöhe oder Kosten) ansehen.⁵¹ So wird man das (Schaden- oder Kosten-)Risiko bei einer Eintrittswahrscheinlichkeit von 10% und einem Schaden in Höhe von 1.000 € als geringer einschätzen als bei einer mit der gleichen Wahrscheinlichkeit eintretenden Schadenhöhe von 1 Mio. €.

Eintrittswahrscheinlichkeiten und Konsequenzen schlagen sich gemeinsam im sog. Erwartungswert nieder. Der Erwartungswert einer Variablen ergibt sich aus der Multiplikation der Eintrittswahrscheinlichkeiten jedes möglichen Zustandes mit den dann jeweils eintretenden Variablenwerten.⁵² Nehmen wir zur Illustration vereinfachend an, ein PPP-Projekt könne (nur) zwei Zustände annehmen. Entweder gelingt es, dass Projekt im geplanten Kostenrahmen von 100 Mio. € durchzuführen oder es kommt durch Preissteigerungen und Verzögerungen zu Kosten in Höhe von 150 Mio. €. Die Wahrscheinlichkeit (p) von jedem dieser beiden Zustände betrage 50 % (0,5). Der Erwartungswert der Kosten $E[K]$ berechnet sich dann folgendermaßen: $E[K] = 100 \cdot p + 150 \cdot (1 - p) = 100 \cdot 0,5 + 150 \cdot 0,5 = 125$ Mio. €. Nehmen wir ein weiteres Beispiel: Angenommen ein Kredit in Höhe von 50 Mio. € wird entweder vollständig oder gar nicht zurückgezahlt. Die (Total-)Ausfallwahrscheinlichkeit des Kredites (p) wird auf 5 % (0,05) geschätzt. Der Erwartungswert der Rückzahlung $E[R]$ beläuft sich demzufolge auf $E(R) = 50 \cdot 0,95 + 0 \cdot 0,05 = 47,5$ Mio. €. Es ist leicht erkennbar, wie Eintrittswahrscheinlichkeiten und Schwere (Kosten, Ausfälle etc.) von Ereignissen den Erwartungswert beeinflussen. Beträgt z. B. die Kostenüberschreitung im ersten Beispiel 100 Mio. €, resultiert ein

⁵⁰ Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Ereignis eintritt, lässt sich logisch, aus Experimenten bzw. Simulationen oder aus der Erfahrung bestimmen. Beispielsweise ergibt sich bei einem sog. fairen Würfel logisch, dass die Wahrscheinlichkeit, eine bestimmte Augenzahl zu würfeln, $1/6$ beträgt. Da diese Wahrscheinlichkeit für jede mögliche Augenzahl gleich ist, liegt hier eine Gleichverteilung vor. In anderen Konstellationen sind die Eintrittswahrscheinlichkeiten ungleich verteilt. So beträgt die Wahrscheinlichkeit, mit zwei Würfeln 12 Augen zu würfeln ($1/6 \cdot 1/6 = 1/36$), während sieben Augen mit der Wahrscheinlichkeit ($6 \cdot 1/36 = 1/6$) auftreten. Wahrscheinlichkeitsfunktionen (bei diskreten Variablen) und Dichtefunktionen (bei stetigen Funktionen) erlauben es, jedem möglichen Wert einer Zufallsvariablen eine konkrete Eintrittswahrscheinlichkeit zuzuordnen.

⁵¹ Diese Risikointerpretation ist in der ökonomischen Theorie gängig (vgl. Zweifel/Eisen (2003): S. 34).

⁵² X sei eine diskrete Zufallsvariable mit den Werten x_1, x_2, \dots, x_t sowie mit der Wahrscheinlichkeitsfunktion $f(x)$. Bezeichnen wir den Erwartungswert von X mit $E[X]$. Dann gilt: $E[X] = \sum_{i=1}^t x_i \cdot f(x_i)$. Für stetige Zufallsvariablen gilt: $E[X] = \int_{-\infty}^{\infty} x f(x) dx$. $f(x)$ stellt hier die Dichtefunktion dar.

Kostenerwartungswert von $100 \cdot 0,5 + 200 \cdot 0,5 = 150$ Mio. €. Ist die Ausfallwahrscheinlichkeit im zweiten Fall auf 10% (0,1) zu beziffern, beläuft sich der Erwartungswert der Rückzahlung nunmehr auf $E(R) = 50 \cdot 0,9 + 0 \cdot 0,1 = 45$ Mio. €.

Die PPP-Literatur meint mit „Risiko“ die Möglichkeit kosten- bzw. ausgabenwirksamer oder auch erlös- bzw. einnahmenwirksamer Ereignisse. Dazu zählen (Faktor-)Preissteigerungen oder -senkungen, Terminüber- oder -unterschreitungen, Insolvenzen, Änderungen der Leistungsanforderungen, unerwartete Boden- bzw. Baugrundbeschaffenheiten, Unter- oder Überschreitungen der prognostizierten Nachfrage u. v. m. Manche dieser Ereignisse können in mehreren oder allen Phasen/Wertschöpfungsstufen eintreten.

In den Leitfäden und dem Standardmodell werden – analog zur eben beschriebenen Vorgehensweise – zur Bewertung der Risiken Eintrittswahrscheinlichkeiten und Schadenhöhen bzw. Kostenwirkungen geschätzt. Merkwürdigerweise wird nun aber nicht der Erwartungswert der Projektkosten, sondern ein sog. Risikowert berechnet. Dieser Risikowert stellt den Erwartungswert der Abweichung von den kalkulierten Projektkosten da. Folgt man dieser Idee, errechnen sich die Risikowerte der jeweils ersten Variante der beiden ebengenannten Beispiele folgendermaßen: Höhe der Abweichung multipliziert mit der Eintrittswahrscheinlichkeit, also $50 \cdot 0,5 = 25$ Mio. bzw. $-50 \cdot 0,05 = -2,5$ Mio. €.⁵³

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie die kalkulierten Projektkosten zu interpretieren sind: Als „Normalwerte“, die nur dann eintreten, wenn es nicht zu Kostenabweichungen kommt? Diese Vorgehensweise ist logisch inkonsistent und kurios, weil man erstens regelmäßig von Risikowerten größer als Null ausgeht, also „im Durchschnitt“ Kostenüberschreitungen erwartet. Zweitens wird auf diese Weise systematisch mit geringeren Projektkosten kalkuliert als über alle Projekte zu erwarten ist. Werden mehrere Projekte vom oben exemplarisch genannten Typ durchgeführt, ergeben sich eben im Durchschnitt nicht 100 Mio. €, wie mit dieser Vorgehensweise implizit unterstellt, sondern 125 Mio. €. Mit den eben verwendeten Beispielszahlen wären die Projekte im Durchschnitt zu 20% unterfinanziert.⁵⁴

⁵³ Das Beispiel hier ist vereinfacht. In den Leitfäden werden mehrere mögliche Zustände dekliniert: Kostenunterschreitungen, Kosteneinhaltung, leichte Kostenüberschreitung, mäßige und starke Kostenüberschreitung o. ä. Wie die Eintrittswahrscheinlichkeiten dieser Zustände hergeleitet werden, bleibt unklar. Einfacher (und vermutlich weniger willkürlich) wäre ein erfahrungsbasierter Ansatz der prozentualen Kostenabweichungen bei vergleichbaren Projekten, die in der Vergangenheit abgeschlossen wurden.

⁵⁴ Aufhorchen lässt auch folgende Passage: *„Risiken sind zunächst nur als kalkulatorische Kosten bewertbar und nicht unmittelbar haushalts- bzw. zahlungswirksam“* (Hervorhebung

Bei PPP wird häufig – anders als bei konventioneller Projektdurchführung – eine teilweise Übertragung des Kosten(abweichungs)risikos von der öffentlichen Hand auf den Privaten angenommen. Deshalb wird beim Variantenvergleich der Risikowert der konventionellen Variante dem Gesamtrisikowert der PPP gegenübergestellt, welcher sich aus dem Risikowert der öffentlichen Hand und dem Privaten zusammensetzt.⁵⁵ Zumindest in den beispielhaften Rechnungen der Leitfäden/des Standardmodells wird angenommen, dass der Gesamtrisikowert der PPP unter dem der konventionellen Variante liegt. Mit anderen Worten: Man geht davon aus, dass eine PPP die zu erwartende Kostenabweichung – de facto die Kostenüberschreitung – senkt.⁵⁶

Wie aber lassen sich Kostensteigerungen – oder genauer der Erwartungswert der Kostenabweichung – durch PPP reduzieren? Wie oben demonstriert, kann der Erwartungswert sowohl durch die Eintrittswahrscheinlichkeiten von Ereignissen als auch durch die Konsequenzen der Ereignisse (Schäden, Kosten etc.) beeinflusst werden. Beispielsweise kann sich die Bauausführung einerseits auf die Wahrscheinlichkeit der Notwendigkeit von Instandhaltungsmaßnahmen und andererseits auf die Kosten im Falle einer Instandhaltung auswirken. Eines der Hauptkostensteigerungsrisiken bei konventionellen Projekten dürften jedoch Nachträge bei Werkverträgen, insbesondere bei Bauverträgen darstellen. Nachträge entstehen z. B. durch zum Vergabezeitpunkt unvollständige bzw. nicht abgeschlossene Planungen, durch nachträgliche Änderungswünsche des Auftraggebers (Änderung der Leistungsbeschreibungen, Änderung von Bauentwürfen), aber auch durch Mengenmehrungen und erforderliche, aber vertraglich nicht vorgesehene Leistungen.⁵⁷ Nachtragsbedingte Kostensteigerungen können bei PPP zumindest grundsätzlich vermindert oder vermieden werden, wenn Planung und Bau zusammengefasst werden. Falls Private die Verantwortung für die Pla-

durch den Verf.). *Sie sind daher separat auszuweisen*“ (FM NRW (2007): S. 34). Dies deutet darauf hin, dass die Budgetwirkungen von Projekten vor deren Umsetzung ganz bewusst geringer ausgewiesen werden als tatsächlich zu erwarten.

⁵⁵ „Zu bewerten sind diejenigen Risiken, die an den privaten Partner übertragen werden können bzw. sollen. Darüber hinaus kann aus Transparenzgründen ggf. auch die Ermittlung und Darstellung der beim öffentlichen Partner verbleibenden Risiken erfolgen“ (FM NRW (2007): S. 34).

⁵⁶ Da das Risiko als Erwartungswert der Kostenabweichung $E[\text{Kabw}]$ interpretiert wird, gilt $E[\text{Kabw}] = \alpha \cdot E[\text{Kabw}] + (1 - \alpha) \cdot E[\text{Kabw}]$, wobei α mit $0 \leq \alpha \leq 1$, den von der öffentlichen Hand und $(1 - \alpha)$ den vom Privaten getragenen Anteil des Gesamtrisikos darstellt. Nun wird einfach unterstellt, dass $E[\text{Kabw}]$ bei $\alpha < 1$ kleiner ist als bei $\alpha = 1$.

⁵⁷ Damit sind Nachträge ein guter Beleg für die in Kapitel drei thematisierte Unvollständigkeit von Verträgen. Nachtragsforderungen sind auch deshalb erfolversprechend, weil nach Vertragsabschluss und Beginn der Bauarbeiten eine Abhängigkeit vom gewählten Auftragnehmer besteht. Dies entspricht dem in Kapitel 4.4 angesprochenen „Holdup“.

nung und den Bau tragen, haben sie erstens einen Anreiz zu sorgfältiger Planung und zweitens dürfte ihnen die Begründung von Nachträgen schwer fallen. Die Übertragung von Bau und Planung kann grundsätzlich durch eine sog. funktionale Ausschreibung erfolgen, bei der der Private sich verpflichtet, Anlagegegenstände bereitzustellen, die bestimmte technische bzw. funktionale Voraussetzungen erfüllen.⁵⁸ Damit dieses Modell Erfolg verspricht, müssen allerdings Bau-, Anlagen- oder Funktionen gut beschreibbar sein. Zudem muss es tatsächlich gelingen, nicht nachverhandelbare Festpreise ohne kostenerstattungsfähige Komponenten durchzusetzen.

Grundsätzlich können (Kostensteigerungs-)Risiken auch im Rahmen konventioneller Ausschreibungen durch Festpreise, Vertragsstrafen, nutzungsabhängige Entgelte etc. vermindert bzw. auf Private übertragen werden. Darüber hinaus kann sich die öffentliche Hand bei konventionellen Projekten ebenfalls selbst disziplinieren, indem sie auf nachträgliche Wünsche und auf Nachträge ohne vorher vereinbarte Nachtragsentgelte verzichtet.

Unter dem Gesichtspunkt von Kosten(steigerungs)risiken ist PPP also nur dann sinnvoll, wenn die zu erwartenden Kostensteigerungen stärker als im Rahmen konventioneller Projekte eingedämmt werden können bzw. der Erwartungswert der Gesamtkosten kleiner ist. Dies ist jedoch nichts anderes als eine Variante der in Kapitel drei behandelten Verbundvorteile.

b) Risikokosten

Ein Aspekt, der in der deutschsprachigen PPP-Literatur (bisher) völlig ausgeklammert bzw. übersehen wird, ist die Risikotragfähigkeit bzw. sind die Risikokosten im eigentlichen, ökonomischen Sinne. Während die PPP-Literatur Risiken über Erwartungswerte abbildet, geht es im Kontext von Risikokosten um Ergebnisschwankungen. Versteht man Ergebnisschwankung als Streuung einer Zufallsvariablen, wird diese statistisch durch das Maß der Varianz (bzw. Standardabweichung) ausgedrückt. Die Varianz einer diskreten Zufallsvariablen ist die Summe der quadrierten Differenzen aus den – jeweils mit den Werten ihrer Eintrittswahrscheinlichkeit multiplizierten – Werten dieser Zufalls-

⁵⁸ „Durch die Wahl der funktionalen Ausschreibung mit Übertragung des Mengenrisikos auf den Privaten sowie die vertragliche Regelung der Erstellung einer funktions- und betriebsbereiten Gesamtanlage werden bzw. sollten die vorgenannten Nachtragsbegehren weitestgehend eliminiert werden und damit die entsprechenden Risiken als übertragen gelten“ (VIFG (2008): S. 34 f.).

variablen und deren Erwartungswert. Die Standardabweichung ist als Quadratwurzel der Varianz definiert.⁵⁹

Zur Erläuterung nehmen wir als simples Beispiel das Aufkommen aus einer Autobahnmaut. Die jährlichen Mauteinnahmen hängen vom LKW-Aufkommen ab, welches wiederum von der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung (Konjunktur, Wachstum) und weiteren Faktoren (Treibstoffpreisen, Kosten alternativer Transportmöglichkeiten u. ä.) determiniert wird. Die tatsächlichen Einnahmen weichen von den im Jahresdurchschnitt zu erwartenden Einnahmen (dem Erwartungswert) mehr oder weniger ab. Diese Schwankungen stellen das Mauteinnahmenrisiko dar. Unterstellen wir, dass die Einnahmen (E) über einen Zeitraum von zwei Jahren im Jahresmittel 1 Mrd. € betragen. Konkret werden aber jeweils mit einer Wahrscheinlichkeit von 50% in einem Jahr 0,8 Mrd. € („schlechte Konjunktur“) und in dem anderen Jahr 1,2 Mrd. € („gute Konjunktur“) erzielt (versicherungstheoretisch handelt es sich um einen sog. Risikoprojekt). Daraus ergibt sich die Varianz $\text{Var}[E] = (0,8 - 1)^2 \cdot 0,5 + (1,2 - 1)^2 \cdot 0,5 = (-0,2^2 + 0,2^2) \cdot 0,5 = 0,04$. Die Standardabweichung beträgt folglich 0,2. Wenn statt dessen 0,6 Mrd. € und 1,4 Mrd. € anfielen, ergäbe sich eine Varianz von $(-0,4^2 + 0,4^2) \cdot 0,5 = 0,16$. Daraus folgte eine Standardabweichung von 0,4.

Nun kommt der entscheidende Punkt: Jeder risikoaverse Investor würde den ersten Risikoprojekt dem zweiten Risikoprojekt vorziehen. Er würde auch eine Gleichverteilung der Einnahmen, d. h. jedes Jahr 1 Mrd. € (hier beträgt die Varianz Null) gegenüber dem ersten Risikoprojekt bevorzugen. Aus dieser Präferenz folgt, dass sein Nutzen (bei unverändertem Erwartungswert) mit zunehmender Einnahmenstreuung abnimmt. Dies bezeichnet man als „Risikoaversion“, von der im vorliegenden Kontext auszugehen ist.⁶⁰ Die aus der Risikoübernahme entstehenden Nutzenverluste werden in der ökonomischen Theorie als „Risikokosten“ (auch „Risikoprämie“) bezeichnet.

⁵⁹ Für die Varianz (Var) einer diskreten Zufallsvariablen X gilt: $\text{Var}[X] = \sum_{i=1}^n [x_i - E(X)]^2 f(x_i)$ bzw. $\text{Var}[X] = \int_{-\infty}^{\infty} [x - E(X)]^2 f(x) dx$ bei einer stetigen Zufallsvariablen. Die Standardabweichung (s) ist definiert als $s = \sqrt{\text{Var}(X)}$.

⁶⁰ Risikoaversion folgt aus abnehmendem Einkommens- bzw. Vermögensgrenznutzen. Prinzipiell sind auch andere Risikopräferenzen bzw. Risikonutzenfunktionen denkbar. Falls einem Wirtschaftssubjekt die Ergebnisstreuung gleichgültig ist, spricht man von „Risikoneutralität“. Ein Wirtschaftssubjekt kann u. U. sogar Nutzen aus der Übernahme einer Ergebnisstreuung beziehen. Dann handelt es sich um „Risikofreude“.

Formal ergibt sich die (absolute) Risikoneigung r eines Wirtschaftssubjektes aus seiner Einkommens- oder Vermögensnutzenfunktion $U(W)$. U bezeichnet den Nutzen, W das (Geld-) Vermögen oder Einkommen. r ist definiert als (negativer) Quotient aus zweiter und erster Ableitung dieser Nutzenfunktion:

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Risikotoleranz⁶¹ bzw. Risikotragfähigkeit der öffentlichen Hand größer ist als die eines Privaten, weil ein Privater Risiken schlechter als die öffentliche Hand streuen kann.⁶² Damit ist der Private ein weniger effizienter Risikoträger und weist dementsprechend höhere Kosten pro Einheit Risiko auf.⁶³ Mit anderen Worten: Die Übertragung eines bestimmten Risikos (im Sinne von Ergebnisschwankungen) auf einen Privaten ist teurer als die Übernahme dieses Risikos durch die öffentliche Hand.⁶⁴ Unter Risikokostengesichtspunkten sollte daher die öffentliche Hand die gesamten Projektrisiken tragen.⁶⁵

Auf der anderen Seite sind Effizienzreize zu berücksichtigen. Anreize zur Kostensenkung, wie sie z. B. im vorliegenden Kontext durch Festentgelte induziert werden, geben den Privaten zwangsläufig Risiken mit.⁶⁶ Grundsätzlich steigen die dem Privaten übertragenen Risiken mit der Anreizstärke. Infolgedessen ergibt sich ein grundlegender Zielkonflikt: Unter Anreizgesichtspunkten ist dem Privaten viel Risiko zu geben, unter

$r = -\frac{\partial^2 U}{\partial^2 W} \frac{\partial U}{\partial W}$. Dieser Ausdruck ist auch als „Arrow-Pratt-Maß“ bekannt. Bei Risikoaversion weist

dieser Koeffizient ein positives Vorzeichen auf, bei Risikoneutralität nimmt er den Wert Null an und bei Risikofreude ist sein Wert negativ.

⁶¹ Formal ergibt sich die Risikotoleranz aus dem Kehrwert der Risikoaversion, also Risikotoleranz = $1/r$.

⁶² Hierauf bezieht sich u. a. das in Kapitel 3 wiedergegebene Zitat von Hart (2003).

⁶³ Die Höhe des Risikos wird hier durch die Varianz der betrachteten Zufallsvariablen ($\text{Var}[X]$) gemessen. Die Kosten pro Risikoeinheit lassen sich im Allgemeinen durch $0,5r$ approximieren, so dass sich die Risikokosten insgesamt aus der Formel $0,5r\text{Var}[X]$ berechnen lassen (vgl. z. B. Zweifel/Eisen, S. 70 ff.).

⁶⁴ Theoretisch sind Ausnahmen denkbar: Ein Privater könnte bereit sein, ein bestimmtes Risiko von der öffentlichen Hand kostenlos oder sogar entgeltlich zu übernehmen, wenn dieses Risiko gegenläufig zu einem anderen Risiko des Privaten ist („Hedging“).

⁶⁵ Bei einer Teilung des Schwankungsrisikos einer Zufallsvariablen X auf eine öffentliche und eine private Partei gilt für die gesamten Risikokosten (RK):

$\text{RK} = 0,5r_o\text{Var}[\alpha X] + 0,5r_p\text{Var}[(1-\alpha)X]$. r_o, p stellen die Risikoneigungen der öffentlichen Hand bzw. des Privaten dar. α spiegelt den Anteil der öffentlichen Hand an der Zufallsvariablen wider. Da $r_o < r_p$, folgt für alle $\alpha < 1$, dass $r_o\text{Var}[\alpha X] + r_p\text{Var}[(1-\alpha)X] > r_o\text{Var}[X]$. Die Gesamtrisikokosten können durch PPP nur sinken, wenn erstens mit zunehmendem Risikoanteil des Privaten die Varianz $\text{Var}[X]$ sinkt und zweitens der dadurch bedingte Risikokostenrückgang größer ist als der kostensteigernde Effekt durch die höheren Risikokosten des Privaten.

⁶⁶ Erhält ein Privater für ein Bauprojekt ein vorher festgelegtes unumstößliches Entgelt, trägt er das Schwankungsrisiko aller von ihm nicht beeinflussbaren Kostenfaktoren, wie die Entwicklung von Roh- und Baustoffpreisen, höherer Gewalt usw. Gleichzeitig hat er unter diesem Entgeltsystem den stärksten Anreiz, alle von ihm beeinflussbaren Kosten und Risiken zu minimieren, weil sich jeder Kostensenkungserfolg ungeschmälert als Gewinn (vor Steuern) niederschlägt.

dem Gesichtspunkt der Risikotragfähigkeit sollte er möglichst wenig Risiko tragen. Daher sind Anreize und Risiken auszubalancieren. Abstrahiert von Randlösungen wird dem Privaten im Optimum ein Teil des Gesamtrisikos zugewiesen. Dieser ist jedoch kleiner als allein unter Anreizgesichtspunkten.⁶⁷

Da die privaten Wirtschaftssubjekte für Schwankungsrisiken üblicherweise eine Risikoprämie kalkulieren und diese in ihre Angebote einpreisen, trägt letztlich die öffentliche Hand die privaten Risikokosten. Dies ist ein Preis für mehr Kosteneffizienz bei der Produktion öffentlich bereitzustellender Leistungen. Wenn die Risikokosten des Privaten höher als seine Einsparpotentiale gegenüber einer herkömmlichen Beschaffung sind, werden Gebote des Privaten insgesamt höher als im Rahmen einer konventionellen Projektrealisierung bzw. ohne Risikoübertragung liegen. Die öffentliche Hand muss dann abwägen, welchen Preis sie für den Risikotransfer zu zahlen bereit ist.⁶⁸

Zusammenfassend ist zu sagen, dass bezüglich der Begriffe „Risiko“ und „Risikokosten“ offensichtlich eine gewisse Konfusion herrscht. In der deutschsprachigen PPP-Literatur wird unter Risiko der Erwartungswert von Kostenabweichungen (als „Risikowert“ bezeichnet) verstanden. PPP können die Kostenerwartungswerte durch in Kapitel drei behandelte Verbundvorteile senken. Die Bezeichnung von erwarteten Kostenabweichungen als Risikokosten entspricht jedoch nicht dem Risikokostenverständnis der Ökonomik und ist von daher irreführend. In den Wirtschaftswissenschaften ergeben sich Risikokosten aus der Aversion der Wirtschaftssubjekte gegen Ergebnisschwankungen. Die PPP-Risikowerte sind noch in anderer Hinsicht irreführend, da sie syste-

⁶⁷ Die Komplexität der Bestimmung optimaler Entgelt- bzw. Anreizsysteme ist aus der Prinzipal-Agent-Theorie bekannt. Die optimale Anreizintensität und die damit verbundene Risikoübertragung hängt neben der Risikoaversion und der Risikobeeinflussbarkeit von weiteren Faktoren wie dem Grenzertrag der Anstrengung und der Ergebnismessgenauigkeit ab (vgl. z. B. Milgrom/Roberts 1(992): S. 221 ff.).

⁶⁸ Die bereits oben (Fußnote 22) zitierte Untersuchung von Blanc-Brude/Goldsmith/Väilä (2006) zeigt, dass die ex ante-Kosten dieser PPP auf dem Niveau der gegenüber den kalkulierten Kosten deutlich höheren ex post-Kosten vergleichbarer konventioneller Straßenbauprojekte lagen. Letztlich zahlt die öffentliche Hand also bei diesen PPP-Straßenprojekten das Gleiche wie bei konventioneller Projektdurchführung. Sofern die Privaten die öffentlichen Hände tatsächlich gegen alle Kostenüberschreitungen (und damit gegen Risiko im Sinne der Varianz) versichern und keine Transaktionskosten(unterschiede) vorliegen, haben die öffentlichen Hände u. U. ein gutes Geschäft gemacht, weil dann die (tatsächlichen) Kosten der öffentlichen Projektrealisierung ($K_{\text{konvgesamt}}$) über denen der Straßenbau-PPP ($K_{\text{PPPGesamt}}$) liegen. Bezeichnen wir alle Kosten der konventionellen (privaten) Projektdurchführung, ausgenommen die Risikokosten, mit K_{konv} (K_{PPP}) und die Risikokosten der konventionellen (privaten) Variante mit K_{konvrisk} (K_{PPPrisk}), gilt gemäß Blanc-Brude/Goldsmith/Väilä (2006) wegen $K_{\text{konv}} = K_{\text{PPPGesamt}} = K_{\text{PPP}} + K_{\text{PPPrisk}}$, dass $K_{\text{konvgesamt}} = K_{\text{PPPGesamt}} + K_{\text{konvrisk}} > K_{\text{PPPGesamt}}$. In Worten: Die öffentliche Hand bekäme bei diesen PPP zum Preis konventioneller Projekte bei PPP einen zusätzlichen Versicherungsschutz, den die konventionelle Variante nicht beinhaltet. Dieser ist allerdings nur bei Risikoaversion der öffentlichen Hand relevant.

matisch zu geringe Projektkosten suggerieren und eine chronische Unterfinanzierung öffentlicher Projekte induzieren. Dieses Problem wird durch die Verwendung der Erwartungswerte der Projektkosten vermieden.

Ergebnisschwankungen kommen statistisch durch die Varianz einer Zufallsvariablen zum Ausdruck. Sie können durch PPP nur insoweit reduziert werden, als sie überhaupt von Privaten beeinflussbar sind. Dies gilt für einen Teil, die sog. unsystematischen, projektspezifischen Schwankungen. Auf einen nicht unerheblichen anderen Teil, die sog. systematischen Risiken, wird ein Privater jedoch keinen Einfluss haben.⁶⁹ Auf jeden Fall ist davon auszugehen, dass ein Privater höhere Kosten pro Risikoeinheit aufweist als die öffentliche Hand. Das heißt, ohne die Möglichkeit zur Reduktion von Ergebnisvarianzen erhöht die Übertragung von Schwankungsrisiken auf einen Privaten auf jeden Fall die Gesamtrisikokosten.

Abschließend formuliert kann es zwei Gründe für den Risikotransfer auf Private trotz deren Risikokostennachteile geben. Erstens kann der Private u. U. in der Lage sein, einen Teil dieser Schwankungen zu eliminieren und dieser Effekt kann größer als der Kostensteigerungseffekt durch die höheren Risikokosten pro Risikoeinheit sein. Zweitens kann sogar der Transfer eines nichtbeeinflussbaren Risikos sinnvoll sein, solange die zusätzlichen Risikokosten durch positive Anreizwirkungen (z. B. Anstrengungen zur Kostensenkung) überkompensiert werden.⁷⁰

⁶⁹ Allgemein kann der Zusammenhang zwischen den Werten einer Zufallsvariablen X (beispielsweise Projektkosten) sowie den Anstrengungen des Privaten (hier zur Kostensenkung) e und zufälligen Einflüssen so formuliert werden: $X = X(e, \delta, \varepsilon)$. Die Zufallsvariable δ bezeichnet den Teil des Risikos (der Varianz), der vom Privaten beeinflusst werden kann, und die Zufallsvariable ε drückt den unbeeinflussbaren Teil des Risikos (der Varianz) aus. Eine einfache Modellierung wäre: $X = e_1 + \delta(e_2) + \varepsilon$. Hier werden zwei Arten von Anstrengungen zugelassen. Die Anstrengung e_1 steigert die Werte der Zufallsvariablen X und damit den Erwartungswert der Kosteneinsparung. Die Anstrengung e_2 beeinflusst dagegen die Verteilung von δ und demzufolge die Varianz von X .

⁷⁰ Prinzipiell nicht zu empfehlen ist deshalb z. B. die Übertragung des Mautrisikos auf Private – wie bei den sog. A-Modellen im Fernstraßenbau (vgl. hierzu auch BRH (2009)) oder der Warnow-Querung in Rostock und dem Herrentunnel in Lübeck. Die privaten Betreiber dürften weder in der Lage sein, die Höhe noch die Schwankungen der Maut signifikant zu beeinflussen. Diese hängen weit überwiegend von Effekten außerhalb des Einflussbereiches der Betreiber – u. a. von den Entscheidungen der Gebietskörperschaften über alternative Verkehrswege – ab. Lediglich, wenn Erlöse (Erträge) und Kosten (Aufwand) sich exakt gleichgerichtet entwickeln, liegt kein Erfolgsrisiko vor. Nehmen wir zur Verdeutlichung die Zahlen aus dem o. g. Beispiel: Angenommen die gesamten Kosten zur Unterhaltung eines Autobahnabschnittes betragen 0,8 Mrd. €, wenn 1,2 Mrd. € Erlöse werden. Falls 0,8 Mrd. € eingenommen werden, belaufen sich die Kosten auf 0,4 Mrd. In beiden Fällen bleibt die Differenz (das Betriebsergebnis) gleich, d. h. die Varianz und damit das Risiko ist Null. Praktisch dürfte eine 1:1-

4.4 Transaktionskosten

Gemäß des in Kapitel drei gewählten Paradigmas unvollständiger Verträge bestehen deren Kosten in ineffizienten Investitionsniveaus durch die Nichtberücksichtigung positiver und negativer Folgewirkungen (was sich – wie in Abschnitt 3 gezeigt – durch PPP unter bestimmten Umständen beheben oder abschwächen lässt). Ineffiziente Investitionsniveaus bedeuten im Lichte der in Abschnitt 4.3 geführten Überlegungen höhere Kostenerwartungswerte und evt. geringere Nutzenerwartungswerte im Vergleich zu effizienten Investitionen. Die Theorie unvollständiger Verträge kennt allerdings keine weiteren Vertragskosten – also weder Kosten des Vertragsabschlusses noch der Vertragsdurchsetzung. Damit liefert dieser Theoriezweig selbst nur ein unvollständiges Bild von Vertragskosten.⁷¹ Auch die in Abschnitt 4.3 präsentierten Überlegungen gehen von einem vertraglich problemlosen Risikotransfer aus bzw. sie abstrahieren zumindest weitgehend von den Risiken und Kosten unvollständiger Verträge.

Über ineffiziente Investitionen hinausgehende Kosten von Verträgen kennt dagegen die Transaktionskostentheorie, die ebenfalls das Konstrukt unvollständiger Verträge benutzt.⁷² Unvollständige Verträge entstehen gemäß des Transaktionskostenansatzes dann, wenn es (aufgrund begrenzter Rationalität der Wirtschaftssubjekte) nicht möglich ist, alle relevanten Sachverhalte a priori und abschließend zu regeln. Deshalb existieren neben den Kosten vor Vertragsabschluss (z. B. durch die Suche nach Vertragspartnern bzw. Ausschreibungskosten), den Kosten bei Vertragsabschluss (Berater-, Notar-, Verhandlungskosten etc.) auch Kosten nach Vertragsabschluss (Kosten der Überwachung und Durchsetzung von Verträgen). Die Summe dieser Kosten ergibt die Transaktionskosten vertraglicher Lösungen auf Märkten.

Insbesondere wenn im Rahmen der vertraglichen Beziehung (vertrags)spezifisches Kapital⁷³ eingesetzt wird, werden – anders als bei der Theorie unvollständiger Verträge

Entwicklung unrealistisch sein. Allerdings ist denkbar, dass sich das Erlösrisiko nur in abgeschwächter Form auf das Ergebnisrisiko überträgt.

⁷¹ Die in diesem Theoriezweig analysierten Verträge sind in dem Sinne unvollständig, dass bestimmte Vertragsparameter ex ante nicht verifizierbar fixiert werden können. Daran orientieren sich die Investitionen der Vertragsparteien. Ansonsten werden die Verträge unverändert erfüllt. Es gibt keine ex post-Anpassungen.

⁷² Zur Transaktionskostentheorie vgl. insb. Williamson (1985).

⁷³ „Spezifisch“ ist Kapital, welches in anderen als der vertraglich vereinbarten Verwendung weniger nützlich ist. Beispielsweise stellt ein Klärwerk hochspezifisches Sachkapital dar, weil es nur zur Abwasserreinigung sinnvoll genutzt werden kann. Es lässt sich auch nicht auf Räder stellen, um an einem anderen als dem Errichtungsort eingesetzt zu werden.

– nachträgliche, nichtantizipierbare Anpassungen (Nachverhandlungen) erwartet. Nachträgliche Anpassungen (snotwendigkeit)en sind also durch die Nichtvorhersehbarkeit von später vertragsrelevanten Umständen (Williamson bezeichnet dies als „parametrische Unsicherheit“) bedingt. Wie diese Anpassungen bzw. Nachverhandlungen verlaufen, hängt vom Verhalten der Vertragsparteien ab (Williamson spricht in diesem Zusammenhang von „Verhaltensunsicherheit“). Sofern sich Vertragsparteien eigennützig-opportunistisch⁷⁴ verhalten (womit zu rechnen ist), droht bei Einsatz von spezifischem Kapital ein sog. Raubüberfall („Holdup“) auf die so bezeichnete Quasi-Rente.⁷⁵ Das heißt, ein Vertragspartner, der spezifisch in eine vertragliche Beziehung investiert, muss in Betracht ziehen, dass er mangels Alternativen bzw. prohibitiv hoher Kosten eines Vertragspartnerwechsels im Rahmen von Nachverhandlungen wenigstens einen Teil seiner aus den spezifischen Investitionen erwarteten Nutzen, Erträgen o. ä. an die andere Vertragspartei verliert. Dies kann dazu führen, dass er nicht bereit ist, spezifisch zu investieren.⁷⁶

In Kenntnis der Holdup-Gefahr kann die von einem Quasi-Renten-Verlust bedrohte Partei aber auch versuchen, Besicherungen zu erreichen,⁷⁷ was zwar die zu erwartenden Quasi-Renten-Verluste (Holdup-Kosten) und die Anpassungskosten senken mag, dafür jedoch die vertragliche Komplexität und damit die Kosten des Vertragsabschlusses erhöht. Falls die (erwarteten) Transaktionskostennachteile vertraglicher Lösungen auf Märkten größer sind als deren Produktionskostenvorteile (dazu zählen im Sinne der Transaktionskostentheorie hier Bau-, Unterhaltungs-, Finanzierungskosten etc.), sind marktliche Beschaffungen (hier: PPP) insgesamt teurer als die Abwicklung von Transaktionen in sog. Hierarchien (hier: innerhalb des öffentlichen Sektors).⁷⁸ In Hierarchien

⁷⁴ Unter „opportunistisch“ ist in der Transaktionskostentheorie das Agieren mit „List und Tücke“ zu verstehen. Ob Vertragspartner Regeln einhalten oder nicht, hängt dann davon ab, was ihnen nützt. Sie werden gegenüber Vertragspartnern und Dritten Behauptungen aufstellen, Informationen verfälschen oder zurückhalten usw., wenn sie sich davon Vorteile versprechen.

⁷⁵ Die Quasi-Rente können wir als Differenz zwischen dem in Geld gemessenen Nutzen der im Rahmen vertraglicher Vereinbarungen geplanten (besten) Verwendung und dem Nutzen der zweitbesten Verwendung einer spezifischen Investition definieren. Die zweitbeste Verwendung bildet spieltheoretisch den sog. Drohpunkt für Nachverhandlungen. Zum Beispiel dürfte die zweitbeste Verwendung eines Klärwerks zumeist in einem Abriss und der eventuellen Veräußerung der dabei abfallenden Wertstoffe bestehen. Auch für Leitungsnetze dürfte es selten eine andere Verwendung als die Demontage geben.

⁷⁶ Dies ist – analog zur Theorie unvollständiger Verträge – gleichbedeutend mit einem ineffizienten Investitionsniveau, da dann (produktions-)kostensenkende Investitionen unterbleiben.

⁷⁷ Vgl. dazu Mühlenkamp (1999): S. 151 ff.

⁷⁸ Produktionskostenvorteile des Marktes ergeben sich aus Größen- und Verbundvorteilen, die ein Lieferant, der mehrere Abnehmer hat, im Gegensatz zum Abnehmer, der nur für seinen eigenen Bedarf produziert, nutzen kann. Allerdings nehmen die Produktionskostenvorteile des

finden Anpassungen nicht in Form von Verhandlungen, sondern durch den weitaus weniger opportunistenanfälligen Anweisungsmechanismus statt.⁷⁹

Vergleicht man vor diesem Hintergrund die konventionelle Beschaffung (vereinfacht als „Hierarchie“ bezeichnet) mit PPP (vereinfacht als „marktliche Lösung“ bezeichnet), sind a) der Besitz von spezifischem Kapital, b) die Anreize und die Fähigkeiten der Akteure sowie c) die Dauer von (unvollständigen) Verträgen von besonderer Bedeutung.

ad a) PPPs führen tendenziell zu einer anderen Besitzverteilung spezifischen Kapitals als konventionelle Projekte. Bei konventionell durchgeführten Projekten gehört das spezifische Kapital der öffentlichen Hand, während es bei vielen PPP-Projekten (wenigstens zeitweise) in das Eigentum Privater übergeht. Bei Verträgen unter privaten Wirtschaftssubjekten ist davon auszugehen, dass vor allem die Partei, die spezifisches Kapital einsetzt, Holdup-Gefahren unterliegt. Dies ist aber bei PPP-Beziehungen – also Verträgen zwischen der öffentlichen Hand und Privaten – wohl eher nicht der Fall. Hier ist die öffentliche Hand regelmäßig zur Erfüllung einer Aufgabe verpflichtet und dabei auf das in privater Hand befindliche spezifische Kapital angewiesen. Für die (Nach-)Verhandlungspositionen ist entscheidend, ob und zu welchen Konditionen sich die öffentliche Hand dieses Kapital im Fall von Vertragsverletzungen oder Insolvenz des Privaten aneignen kann.⁸⁰ Dabei ist zu bedenken, dass Vertragsverletzungen letztlich

Marktes mit zunehmender Spezifität des eingesetzten Kapitals ab. Damit sinken die Opportunitätskosten spezifischer Investitionen in Hierarchien.

⁷⁹ Auf den ersten Blick bedeutet Holdup aus wohlfahrtsökonomischer Sicht lediglich eine Umverteilung von einer Vertragspartei zur anderen. Bei genauerer Betrachtung wird jedoch deutlich, dass Holdup wohlfahrtsmindernd ist, weil er Wirtschaftssubjekte zur Besicherung spezifischer Investitionen dazu bewegt, institutionelle Arrangements zu wählen, die unter Produktionskostengesichtspunkten ineffizienter sind als ohne Holdup.

Bezeichnen wir mit PK_M die Produktionskosten des Marktes und mit PK_H die Produktionskosten der Hierarchie. TK_M bzw. TK_H stellen die Transaktionskosten des Marktes respektive der Hierarchie dar. Annahmegemäß gilt $PK_H > PK_M$ und $TK_M > TK_H$. Mit HUK_M seien die Holdup-Kosten des Marktes bezeichnet. Wir unterstellen, dass in der Hierarchie kein Holdup stattfindet. Das institutionelle Arrangement „Hierarchie“ ist dann zu bevorzugen, wenn

$PK_H + TK_H < PK_M + TK_M + HUK$. Daraus folgt: $PK_H - PK_M < TK_M - TK_H + HUK$.

In Worten: In einer Welt ohne Holdup, d. h. $HUK = 0$, ist die Hierarchie dann vorzuziehen, wenn ihre Produktionskostennachteile (linker Term) kleiner sind als die Transaktionskostennachteile des Marktes ($TK_M - TK_H$). In einer Welt mit Holdup, d. h. $HUK > 0$, ist das institutionelle Arrangement Hierarchie zu wählen, wenn seine Produktionskostennachteile kleiner sind als die Transaktionskostennachteile des Marktes plus der marktlichen Holdup-Kosten. Damit werden im zweiten Fall für die Hierarchie höhere Produktionskostennachteile als im ersten Fall in Kauf genommen.

⁸⁰ Im Extremfall (z. B. im Wasser- und Abwasserbereich, beim Winterdienst) muss die öffentliche Hand ohne Zeitverzug einspringen können. Dazu braucht sie sofortigen Zugriff nicht nur auf

vor Gericht nachgewiesen werden müssen, was mit Zeitverlusten und Prozessrisiken verbunden ist. Dies stärkt den Drohpunkt bzw. die Verhandlungsposition des Privaten. Natürlich können auch bei konventionellen Projekten Holdup-Gefahren bestehen. Da dann jedoch die öffentliche Hand über das spezifische Kapital verfügt, sind diese wesentlich geringer.

Dazu kommt, dass Versorgungsmängel oder gar ein Scheitern inkl. einer vorzeitigen Beendigung eines PPP-Projektes für Politiker Kosten in Form von Gesichtsverlusten und Beeinträchtigungen der (Wieder-)Wahlwahrscheinlichkeit verursacht. Die Bürger erwarten von Politik und Verwaltung eine funktionsfähige Infrastruktur bzw. eine reibungslose Versorgung mit öffentlichen Leistungen und werden Störungen – auch oder vielleicht sogar erst recht bei PPP – nicht goutieren. Deshalb ist davon auszugehen, dass Politiker lange an einem derartigen Projekt auch um den Preis zukünftig steigender Kosten festhalten werden. Politische Kosten führen auch dazu, dass die Insolvenzgefahr eines Privaten dessen Verhandlungsposition nicht – wie in privatwirtschaftlichen Kontexten zu erwarten – schwächt, sondern stärkt: Die Drohung eines Privaten mit Insolvenz und Arbeitsplatzverlusten wird Politiker im Normalfall schnell einlenken lassen.⁸¹

In Voraussicht dieser Sachverhalte ist strategisches Verhalten der Privaten zu erwarten. Sie werden geneigt sein, in der Ausschreibungsphase niedrige Angebote zu unterbreiten, welche die Ausgaben bei konventioneller Projektrealisierung unterschreiten und sie später durch Holdup wieder hereinzuholen.⁸²

die Vermögensgegenstände, sondern auch auf das Personal. Das heißt Direktionsrechte müssen unverzüglich von der privaten Unternehmensleitung auf die Gebietskörperschaft übergehen. Es stellt sich die Frage, ob dies überhaupt antizipativ regelbar ist. Es besteht die Gefahr, dass notwendige Maßnahmen nicht ohne Zeitverzug durchgesetzt und Rechtsfragen erst nachträglich geklärt werden können – mit den entsprechenden (Kosten-)Risiken.

⁸¹ Die nachträglichen Änderungen des Vertrags zwischen der (Hanse-)Stadt Rostock und der Warnowquerung GmbH & Co. KG sind ein Beispiel (vgl. Das Millionengrab von Rostock, in: Süddeutsche Zeitung, v. 17.06.2006).

Abstrahiert von den politischen Kosten dürfte die Übernahme eines insolventen Privaten mit weiteren Kosten verbunden sein. Haben Dritte (Lieferanten, Beschäftigte, Sozialversicherungsträger etc.) Forderungen gegenüber einem insolventen Unternehmen, sind diese normalerweise aus der Insolvenzmasse zu befriedigen. Es ist zu bezweifeln, dass eine Gebietskörperschaft rechtlich und politisch in der Lage ist, die Vermögensgegenstände des insolventen Unternehmens ungeachtet dieser Forderungen bzw. ohne Beteiligung Dritter an der Insolvenzmasse zu übernehmen.

⁸² Vgl. z. B. Engel/Fischer/Galetovic (2009). Davon zu unterscheiden sind Nachträge durch Änderungswünsche der öffentlichen Hand.

ad b) Einen zweiten wichtigen Punkt stellen die Fähigkeiten der Akteure und die Anreize, denen sie unterliegen, dar. Fähigkeiten hängen hier wesentlich von den finanziellen und personellen Ressourcen der Handelnden ab. Zumindest bei Verträgen zwischen kleineren Gebietskörperschaften und privaten PPP-Akteuren dürfte wenigstens in der Tendenz von einer Asymmetrie auszugehen sein. Das heißt, es ist zu erwarten, dass die Privaten mehr technischen und juristischen Sachverstand in die Vertragsverhandlungen und die spätere Überwachung und Anpassung einbringen (können) als die öffentliche Seite. Deshalb darf man vermuten, dass die PPP-Verträge tendenziell nicht zuungunsten der Privaten gestaltet sind. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass der öffentlichen Hand schwache und den Privaten starke Anreize unterstellt werden. Wenn diese Sicht zutrifft, haben Private stärkere Anreize zu und bei (auch opportunistischen) Nachverhandlungen. Daher ist davon auszugehen, dass Private die ihnen in der Tendenz in höherem Umfang zur Verfügung stehenden Verhandlungsressourcen unterschiedener zu ihrem ökonomischen Nutzen einsetzen.

ad c) Drittens dauert ein PPP-Vertragsverhältnis im Regelfall deutlich länger als die vertraglichen Beziehungen im Rahmen konventioneller Beschaffungen. Während die Laufzeiten von PPP-Verträgen nicht selten 20-30 Jahre betragen, sind die vertraglichen Bindungen und Wirkungen konventioneller Vertragsverhältnisse im Durchschnitt wesentlich kürzer.⁸³ Die langen PPP-Laufzeiten bringen ein hohes Maß unvorhersehbarer Ereignisse sowie entsprechenden Anpassungsbedarf unter einem Vertragsregime mit sich. Damit verlängert sich der Zeitraum, in dem das Holdup-Risiko besteht. Dieses existiert zwar auch bei konventionellen Beschaffungen, beschränkt sich dort aber – im wesentlich als verhaltensbedingtes Nachtragsrisiko während der Bauphase – auf einen kürzeren Zeitraum.

Abstrakt formuliert befindet sich die öffentliche Hand bei einem langfristigen Projekt bei konventioneller Umsetzung nur relativ kurz im institutionellen Arrangement „Markt“ und danach in der „Hierarchie“. Bei einer PPP, befindet sich die öffentliche Hand dagegen über einen längeren Zeitraum im Marktarrangement. Die folgende Abbildung 2 soll dies veranschaulichen.

⁸³ Selbst wenn man den Ablauf der Gewährleistungsfristen nach den Verdingungsordnungen oder nach BGB als implizites Vertragsende wegen des Ablaufs vertraglicher Ansprüche interpretiert, kommt man (ohne Verkürzung) auf implizite Vertragsdauern von zwei bis fünf Jahren.

Abbildung 2: Zeitraum der Beschaffungsvarianten in Markt und Hierarchie



Quelle: Eigene Darstellung.

Wir nehmen an, es handle sich um ein Infrastrukturprojekt. Im Rahmen einer konventionellen Projektrealisierung liegen alle Phasen mit Ausnahme des Baus bei der öffentlichen Hand. Bei der (hier umfassenden) PPP lägen alle Phasen bis zum Vertragsende beim Privaten. Auf der Ordinate sind die Transaktionskosten (TK) und auf der Abszisse der Zeitstrahl (t) angezeigt. Wir unterstellen, dass die Transaktionskosten des Marktes (TK_M) über den Transaktionskosten der Hierarchie (TK_H) liegen und im Zeitablauf jeweils konstant sind. Der Zeitpunkt 0 sei der Beginn der Planungen, t_1 der Zeitpunkt des Baubeginns, t_2 das Ende der Bauphase, t_3 das Ende der PPP-Laufzeit und Zeitpunkt t_4 das evt. über t_3 hinausgehende endgültige Projektende. Bei der konventionellen Variante befindet sich die öffentliche Hand nur während der Bauphase ($t_1 - t_2$) im Markt. Während der restlichen Projektdauer befindet sich die öffentliche Hand in der Hierarchie. Bei der PPP unterliegt die öffentliche Hand durchgängig bis zum Vertragsende in t_3 dem institutionellen Arrangement „Markt“. ⁸⁴ Sofern das Projekt länger als der Vertrag läuft, wechselt sie für die Restlaufzeit ($t_3 - t_4$) in die Hierarchie. Damit liegen die PPP-

⁸⁴ Diese Darstellung lässt sich dahingehend variieren, dass nicht alle Phasen (wie in der Darstellung), sondern zwei oder mehr Phasen in der Hand eines Privaten liegen. In jedem Fall ist der Zeitanteil, in dem die öffentliche Hand dem Verhandlungsmechanismus unterliegt, größer als bei konventionellen Projekten.

Transaktionskosten von 0 bis t_1 und von t_2 bis t_3 über denen der konventionellen Variante.⁸⁵

Zudem bieten sich bei der PPP während der gesamten Vertragslaufzeit Holdup-Möglichkeiten, die bei der konventionellen Variante nur über den Zeitraum von t_1 bis t_2 bestehen. Deshalb ist auch von höheren Holdup-Kosten der PPP auszugehen. Holdup kann sich in verschiedener Form äußern, beispielsweise in Kostensteigerungen durch opportunistische Nachverhandlungen, Qualitätsreduktionen oder in den Fällen, in denen Private Entgelte von anderen Wirtschaftssubjekten erheben, in der Durchsetzung nachträglicher Entgeltsteigerungen.

Selbst wenn man von Verhaltensunsicherheit abstrahiert, so dass Quasi-Rentenverluste nicht (sehr) ins Gewicht fallen, bleiben trotzdem Anpassungsnotwendigkeiten, die unter einem Vertragsregime nicht so effizient wie unter einem Anweisungsregime abzuwickeln sind. Zudem dürfte die Komplexität von PPP-Verträgen – unabhängig von der höheren Laufzeit, allein aufgrund einer größeren Zahl von Vertragsparametern – zu höheren Vertragsabschlusskosten führen. Da auch die Ausschreibungen von PPP komplexer sind, sind zudem höhere Ausschreibungskosten anzunehmen.⁸⁶

Insgesamt ist also davon auszugehen, dass die mit PPPs verbundenen Transaktionskosten nicht nur in der Anfangsphase, sondern auch auf Dauer deutlich höher sind als bei traditionellen Beschaffungsvorgängen. Hinzu kommen die zu erwartenden Quasi-Rentenverluste.

In der Praxis lassen sich die tatsächlich anfallenden Transaktionskosten (der öffentlichen Verwaltung) durch eine entsprechend ausgebaute Kostenrechnung relativ einfach bestimmen.⁸⁷ Für Prognosezwecke stehen damit zumindest im Zeitablauf Erfahrungs-

⁸⁵ Die Transaktionskosten der konventionellen Variante belaufen sich auf $TK_H \cdot [(t_3 - t_2) + (t_1 - 0)] + TK_M \cdot (t_2 - t_1)$, während sich die Transaktionskosten der PPP durch $TK_M \cdot t_3$ beziffern lassen. Es gilt: $TK_M \cdot t_3 > TK_H \cdot [(t_3 - t_2) + (t_1 - 0)] + TK_M \cdot (t_2 - t_1)$.

⁸⁶ Kostentreibend wirkt insbesondere auch das komplizierte Nachprüfungsverfahren bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. Dies ermöglicht unterlegenen Bietern, Auftragsvergaben stark zu verzögern oder evt. aufheben zu lassen. Allein die Drohung mit einer Klage gibt Konkurrenten Verhandlungsmacht und kann sie kostensteigernd von Vergaben profitieren lassen. Für eine theoretische Analyse vgl. Bös (1999).

Nach einem Bericht im Spiegel (H. 48/2004 v. 22.11.2004) wurde nach einer Klagedrohung des Mitbewerbers AGES diesem von dem jetzt Autobahnmaut eintreibenden Unternehmen Toll Collect eine Kompensation in Höhe von 700 Mio. € gezahlt sowie eine Beteiligung an Unteraufträgen für die Klagerücknahme geboten. Die 700 Mio. € wurden letztlich dem Bund und damit den Steuerzahlern in Rechnung gestellt.

⁸⁷ Vgl. Scholl/Thöne (1998).

werte bereit. Schwierig bis unmöglich dürfte dagegen mangels eindeutiger Zuordnungsmöglichkeit die praktische Unterscheidung zwischen verhaltensbedingten Kostensteigerungen (Holdup-Kosten) und durch parametrische Unsicherheit hervorgerufene Kostensteigerungen von PPP-Projekten sein. Damit ist es auch kaum möglich, getrennte Erfahrungswerte und Prognosen für beide Arten von Kostensteigerungen zu bilden bzw. abzugeben.

Analytisch aber ist die Sache klar. Holdup-Kosten kommen zu den aus anderen Gründen vielleicht unvermeidlichen Kostensteigerungen hinzu und erhöhen damit die Summe der Kostensteigerungen. Da Holdup-Kosten in den Leitfäden zu Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen nicht vorkommen, unterschätzen die nach deren Muster durchgeführten Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen die realistischere zu erwartenden Gesamtkostensteigerungen nach Vertragsabschluss und damit den Kostenerwartungswert von PPP-Projekten.

Überlegungen über den durch Nachverhandlungen bedingten Einfluss von PPP auf die Varianz der von der öffentlichen Hand zu tragenden Projektkosten und damit auf die eigentlichen Risikokosten müssen an dieser Stelle etwas spekulativ bleiben. Es lässt sich aber vermuten, dass neben dem Kostenerwartungswert auch die Kostenvarianz steigt. Dies ergibt sich zum einen aus den in diesem Umfang nur bei PPP bestehenden Holdup-Möglichkeiten. Nicht unbedingt jede PPP ist von Holdup betroffen. Wenn nur ein Teil der PPP durch Holdup gekennzeichnet ist, weisen diese höhere Kostensteigerungen aus als die nichtbetroffenen PPP. Dies steigert *ceteris paribus* die Bandbreite der Kostensteigerungen. Zweitens werden Holdup-Versuche unterschiedlich erfolgreich sein, weil ihr Erfolg beispielsweise vom nur begrenzt vorhersehbaren Ausgang von Gerichtsverfahren abhängt. Auch dies führt zu einer breiteren Streuung der Ergebnisse.

4.5 Sonstige Kosten

Über die bisher behandelten Kostenkomponenten hinaus spielen weitere Aspekte eine Rolle, die bei einem Kostenvergleich von konventioneller Projektdurchführung und PPP zu berücksichtigen sind, aber im Regelfall nicht allzu sehr ins Gewicht fallen dürften. Dazu zählen erstens eventuell unterschiedliche Verwertungsmöglichkeiten bzw. Rückbaukosten von Privaten und der öffentlichen Hand. Ein Beispiel mögen PPP im Bereich von mobilen Vermögensgegenständen wie PKW sein. Hier sind Modelle zu beobachten, bei denen Private die Finanzierung, Beschaffung, Reparatur/Wartung und die (Weiter-)Verwertung übernehmen. Dabei ist durchaus denkbar, dass ein privater Anbieter aufgrund seiner Größe oder seiner Spezialisierung über bessere Weiternutzungs- oder Verwertungsmöglichkeiten als die öffentliche Hand verfügt. Dies wäre dann ein

(Kosten-)Vorteil einer privaten Lösung. Dass Private generell bessere Verwertungsoptionen als die öffentliche Hand haben, kann daraus jedoch nicht geschlossen werden. Bei vielen Infrastrukturprojekten fällt das Anlagevermögen nach Ablauf der Vertragslaufzeit planmäßig der öffentlichen Hand zu, so dass die Verwertung (und demzufolge auch das damit verbundene Risiko) de facto bei der öffentlichen Hand liegt.

Häufig wird angeführt, dass sich PPP-Projekte schneller als konventionelle Projekte realisieren ließen, so dass z. B. Infrastruktur und Leistungen früher zur Verfügung stünden (sog. „Vorhol-Effekt“). Dies betrifft überwiegend die Nutzenseite von Projekten. Die später anfallenden Nutzen der langsameren Variante lassen sich dieser grundsätzlich als Opportunitätskosten zuschlagen. Allerdings existieren Hinweise darauf, dass PPP lediglich bei der Umsetzung ab dem Vergabezeitpunkt schneller sind, dafür aber (Vor-)Planungen und Vergabeverfahren länger dauern, so dass sich im Durchschnitt bezüglich der Gesamtgeschwindigkeit keine signifikanten Unterschiede zwischen konventionellen und PPP-Varianten ergeben.⁸⁸

Sofern sich Qualitätsunterschiede zwischen den Beschaffungsvarianten ergeben, sind auch diese zu monetarisieren. Der qualitativ schlechteren Variante können dann Opportunitätskosten für die im Vergleich zur besseren Variante entgangene Qualität zugeordnet werden.⁸⁹ Grundsätzlich haben Private dann einen Anreiz, die Leistungsqualität zu verschlechtern, wenn dies a) zu Kosteneinsparungen führt und zudem b) Qualität infolge unvollständiger Verträge nicht eindeutig vertraglich fixier- bzw. durchsetzbar ist. Wenn Qualität dagegen erfassbar ist und finanziell belohnt werden kann, können PPP sogar zu Qualitätssteigerungen führen.⁹⁰

⁸⁸ Vgl. Beckers/Klatt (2008): S. 34 ff.

⁸⁹ Sofern Qualitäts- bzw. Nutzendifferenzen nicht monetarisiert werden (dies gilt für alle nicht-monetarisierten Effekte), sind die Beschaffungsvarianten nicht miteinander vergleichbar. Dann ist eine eindeutige Rangung nur unter bestimmten Umständen möglich. Sind Kosten und Qualität/Nutzen beider Beschaffungsvarianten unterschiedlich, sind vier Fälle voneinander zu unterscheiden: a) Eine Lösung weist geringere Kosten und einen höheren Nutzen auf, b) ein Arrangement weist sowohl höhere Kosten als auch einen geringeren Nutzen auf, c) die Kosten, aber auch der Nutzen einer Lösung sind geringer und d) sowohl die Kosten als auch der Nutzen sind höher. Im Fall a) ist diese Lösung eindeutig vorzuziehen und im Fall b) eindeutig zu verwerfen. In den Fällen c) und d) müssen Kosten und Nutzen (monetär) gegeneinander abgewogen werden, um zu einem eindeutigen Ergebnis zu gelangen.

Bezeichnen wir mit $K_{\text{öff}}$ die Kosten und mit $N_{\text{öff}}$ den Nutzen der konventionellen Projektrealisation sowie mit K_{PPP} die Kosten und mit N_{PPP} den Nutzen einer PPP. Die konventionelle Lösung ist vorzuziehen, falls $N_{\text{öff}} - K_{\text{öff}} > N_{\text{PPP}} - K_{\text{PPP}}$. Dies kann nur dann der Fall sein, wenn $N_{\text{öff}} - N_{\text{PPP}} > K_{\text{PPP}} - K_{\text{öff}}$, d. h. die Nutzendifferenz zwischen konventioneller und PPP-Lösung muss größer sein als die Kostendifferenz.

⁹⁰ Vgl. Hart/Shleifer/Vishny (1997).

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass möglicherweise kurzfristig nicht abbaubare Kosten im öffentlichen Sektor auftreten, die bei einer öffentlichen Aufgabenerfüllung nicht vorhanden oder zumindest geringer sind (sog. Remanenzkosten). Beispielsweise könnte bei der Beauftragung eines Privaten unkündbares Personal bei der öffentlichen Hand verbleiben, für das zumindest kurzfristig kein adäquates Einsatzfeld existiert. Remanenzkosten wären dann der PPP zuzurechnen.

4.6 Zusammenfassender Kostenvergleich

Die folgende Einschätzung der relativen Vor- oder Nachteiligkeit von PPP gegenüber konventionell durchgeführten Maßnahmen können natürlich nicht jedem Einzelfall bzw. jeder denkbaren PPP-Variante gerecht werden und sind deshalb als Tendenzaussagen zu verstehen.

In Kapitel drei wurde herausgearbeitet, dass die Existenz von Verbundvorteilen infolge unvollständiger Verträge eine notwendige Voraussetzung für die wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit von PPP ist. Ohne Verbundvorteile ergeben PPP aus wirtschaftlicher Sicht keinen Sinn. Es wurde auch verdeutlicht, dass nicht jede PPP automatisch Verbundvorteile generiert bzw. dass bestimmte Voraussetzungen für die Existenz von Verbundvorteilen erfüllt sein müssen. Wir unterstellen hier zugunsten von PPP, dass solche Verbundvorteile bei realisierten PPP in der Tendenz existieren. Dies kommt in der nachfolgenden Tabelle 2 durch ein Plus-Zeichen (Vorteil) für PPP im Vergleich zur konventionellen Beschaffung zum Ausdruck.

Das Investitionsvolumen bzw. die Bau- oder Errichtungskosten können bei einer PPP geringer oder höher sein als in der konventionellen Variante (in Tab. 2 durch +/- gekennzeichnet). Dies hängt davon ab, ob sich höhere Baukosten durch geringere Folgekosten amortisieren oder nicht. Ein Privater hat unter sonst gleichen Umständen zwar höhere (Re-)Finanzierungskosten pro Kapitaleinheit zu tragen als die öffentliche Hand. Da die Finanzierungskosten insgesamt das Produkt aus Kapitalmenge und Kosten pro Mengeneinheit sind, können sie bei einer PPP sowohl höher als auch niedriger als bei konventioneller Beschaffung sein. Um geringere Investitionskosten durch PPP zu erzielen, muss das Investitionsvolumen allerdings erheblich geringer sein als bei konventioneller Umsetzung. Daher ist eher der Fall höherer Investitionskosten anzunehmen ((+)/(-)). In Hinblick auf die Betriebs- und Unterhaltskosten wird hier zugunsten von PPP ein tendenzieller Vorteil (+) unterstellt. Dieser Vorteil kann sich durch geringere Lohnkosten, höhere Produktivität etc. ergeben. Ob die Verwertung besser der öffentliche Hand oder einem Privaten überlassen werden sollte, lässt sich wohl nur im konkreten Fall bestimmen (+/-).

Tabelle 2: Vergleich von konventioneller Projektrealisation und PPP bezüglich verschiedener Kostenkomponenten (aus Sicht der öffentlichen Hand)

	Vor- (+) oder Nachteil (-) von PPP
Verbund(kosten)vorteile	+
Investitionsvolumen/Baukosten	+/-
Finanzierungskosten insg.	(+)/-
Betriebs-/Unterhaltskosten	+
Verwertung	+/-
Kostensteigerungen inkl. Holdup	kurzfristig +/-, langfristig -
Kosten von nicht durch Private beeinflussbare Risiken	-
Kosten von durch Private beeinflussbare Risiken	+/-
Kosten der öffentlichen Hand durch verhaltensbedingte Risiken	langfristig -
Transaktionskosten	-
Remanenzkosten (soweit vorhanden)	-
Realisationsgeschwindigkeit (gemessen durch Opportunitätskosten früherer Projektnutzen)	+/-
Qualität (gemessen durch Opportunitätskosten entgangener Qualität)	(+)/-

Quelle: Eigene Darstellung.

Unter Projektrisiken werden in der PPP-Literatur zumeist Kostensteigerungsrisiken verstanden. Diese lassen sich über den Erwartungswert (Eintrittswahrscheinlichkeiten und Höhe von Kostensteigerungen) abbilden. Einerseits können PPP eine Reduktion von Kostensteigerungen bewirken, wenn z. B. durch den phasenübergreifenden Einsatz eines Privaten Nachträge während der Bauphase vermieden oder eingeschränkt werden könnten. Auf der anderen Seite liefern PPP mit langen Vertragslaufzeiten viele Anknüpfungspunkte für einen Holdup, wodurch Kostensteigerungen zu erwarten sind. Deshalb ist bei längerfristigen PPP im Vergleich zur konventionellen Variante eher von größeren als von geringeren verhaltensbedingten Kostensteigerungen auszugehen (kurzfristig +/-, langfristig -).

In den Wirtschaftswissenschaften versteht man unter „Risiko“ die Streuung (Varianz) der zu erwartenden Projektkosten. Risikokosten im engeren Sinn entstehen hier durch Kostenschwankungen. Dabei ist zwischen beeinflussbaren und nicht beeinflussbaren

Kostenschwankungen zu unterscheiden. Die Übertragung von nicht durch Private zu beeinflussende (System-)Risiken auf Private, die vielleicht unter Anreizgesichtspunkten notwendig ist, verteuert Projekte (–) und zehrt anreizbedingte Kosteneinsparungen partiell wieder auf. Sofern es gelingt, den Privaten Anreize zur Reduktion beeinflussbarer Risiken zu geben, sinken einerseits die Risiken. Andererseits haben Private generell höhere Kosten pro Risikoeinheit als die öffentliche Hand. Die Kosten beeinflussbarer Risiken durch PPP und des damit verbundenen Risikotransfers sinken durch PPP also nur dann, wenn der kostensenkende (Anreiz-)Effekte größer ist als der kostensteigernde Risikotransfereffekt. Anderenfalls erhöht sich diese Art von Risikokosten. Beides ist möglich (+/–). Darüber hinaus sind die bei der öffentlichen Hand auch im Falle von PPP verbleibenden Risiken zu betrachten. Je länger die PPP-Laufzeiten, desto größer dürfte das PPP-induzierte Schwankungsrisiko für die öffentliche Hand sein (langfristig –).

In Bezug auf die Transaktionskosten, verstanden als die Kosten der Benutzung der institutionellen Arrangements „Markt“ bzw. des Verhandlungsmechanismus oder der „Hierarchie“ bzw. des Anpassungsmechanismus ist PPP im Nachteil (–). Gleiches gilt für die Remanenzkosten (–). Sofern PPP im Durchschnitt nicht zu signifikant schnelleren Bereitstellung führt als konventionelle Projekte, können sie aber im Einzelfall durchaus schneller oder langsamer sein (+/–). Die Qualität von PPP kann in Abhängigkeit von der Messbarkeit besser oder schlechter als bei konventioneller Beschaffung sein ((+)/–). Da Qualität in bestimmten Bereichen schwer zu messen ist, dürfte dort eher von einer schlechteren Qualität auszugehen sein.

In der Gesamtschau gibt es kaum Felder, auf denen PPP der konventionellen Projektumsetzung im Allgemeinen überlegen sein dürfte. Falls PPP – als notwendige Voraussetzung – Verbundvorteile erschließt, kommen vermutlich Kostenvorteile in der Betriebs-/Unterhaltungsphase dazu. Bei den Bau- und Finanzierungskosten schneiden PPP in Abhängigkeit von den jeweiligen Bedingungen besser oder schlechter als konventionelle Projekte ab. Gleiches gilt für die Realisationsgeschwindigkeit und die Qualität. In Hinblick auf andere Aspekte schneiden PPP in der Tendenz relativ schlecht ab. So dürften Kostensteigerungsrisiken und Kostenschwankungsrisiken bei PPP mit der Länge der Vertragslaufzeit zunehmen und dann höher sein als bei konventionellen Projekten. Die Transaktionskosten sind bei PPP ebenfalls höher. Dazu kommen ggf. Remanenzkosten.

Damit eine PPP in der Gesamtschau zu befürworten ist, muss sie ihre strukturellen Nachteile, die insbesondere im Bereich der Transaktionskosten, der Risikokosten und den Kostensteigerungsrisiken liegen, im Einzelfall durch Vorteile an anderer Stelle überkompensieren. Alles in allem müssen mehrere günstige Umstände (z. B. Überkompensation der schlechteren Finanzierungsbedingungen durch geringeren Kapitalbedarf, Überkompensation der höheren Risikokosten durch Risikoreduktion bei beein-

flussbaren Risiken) zusammenkommen, um eine PPP für die öffentliche Hand erfolgsversprechend im Sinne von kostensenkend erscheinen zu lassen. Damit ist das Fenster für wirtschaftliche PPP relativ klein.

5 PPP, Haushaltswirkungen, Defizite und öffentliche Verschuldung

Konventionell realisierte Projekte und über die Konstruktion einer PPP umgesetzte Vorhaben wirken im Regelfall unterschiedlich auf den betreffenden öffentlichen Haushalt bzw. auf das Haushaltsdefizit und den Schuldenausweis. Aus politisch(-ökonomisch)er Sicht dürfte dieser Aspekt neben dem Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkt eine erhebliche Rolle bei den Entscheidungen für oder gegen PPP spielen. Daher werden in diesem Abschnitt die Haushalts- und Schulden-/Defizitwirkungen in Zusammenhang mit den Interessen von und Anreizen für politische(n) Akteuren beleuchtet.

Vor einer näheren Betrachtung der Auswirkungen von PPP auf auszuweisende Haushaltsdefizite und öffentliche Schulden ist darauf hinzuweisen, dass der – im vorangehenden Abschnitt verwendete – Kostenbegriff nicht deckungsgleich mit den im öffentlichen Haushalts- und Rechnungswesen verwendeten Termini „Ausgaben“ bzw. „Aufwand“ ist. Manche Kosten – wie die Zinskosten – entsprechen eins zu eins den entsprechenden Ausgaben bzw. dem entsprechenden Aufwand. Kalkulatorische Kosten – wie die Risikokosten der öffentlichen Hand sowie die kalkulierten Opportunitätskosten für Qualitätsunterschiede und unterschiedliche Realisationsgeschwindigkeiten – schlagen sich dagegen weder als Ausgabe noch als Aufwand nieder. Deshalb sind Kosten- oder Wirtschaftlichkeitsvorteile nicht unbedingt mit Haushaltsentlastungen gleichzusetzen. Andere Kosten sind zwar haushaltswirksam, werden aber nicht separat ausgewiesen. Beispielsweise sind die Risikokosten und die Transaktionskosten privater Anbieter in deren Angebote „eingepreist“, so dass diese Kosten in den laufenden Ausgaben/dem laufenden Aufwand für PPP verborgen bleiben. Auch die Transaktionskosten der öffentlichen Hand sind zwar als allgemeine Verwaltungsausgaben haushaltswirksam, jedoch nicht separat im Haushalt ausgewiesen.

5.1 Polit-ökonomische Betrachtung

Im Ideal- und haushaltsrechtlichen Soll-Fall ist die Wirtschaftlichkeit das ausschlaggebende Kriterium bei der Entscheidung für oder gegen eine PPP-Lösung.⁹¹ Eine realisti-

⁹¹ Dies ergibt sich aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot nach § 6 Abs. 1 des Bund und Länder betreffenden Haushaltsgrundsätzegesetzes (HGrG) und vergleichbaren Bestimmungen in den landesspezifischen Gemeindeordnungen.

§ 6 Abs. 2 des HGrG sieht dementsprechend vor, dass für alle finanzwirksamen Maßnahmen – dies umfasst auch (finanzwirksame) PPP – angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen sind. Nach den Bestimmungen der Gemeindehaushaltsverordnungen (GemHVO) ist bei Investitionen oberhalb bestimmter Wertgrenzen unter mehreren in Betracht

sche Analyse kann jedoch nicht von den Interessen, Anreizen und Rahmendingungen der politisch Handelnden abstrahieren. In der sog. Neuen Politischen Ökonomie („Public Choice“) wird unterstellt, dass Politiker an Wählerstimmenmaximierung bzw. an ihrer (Wieder-)Wahl interessiert sind. Wähler möchten bei geringstmöglicher finanzieller Belastung möglichst viele öffentliche Leistungen erhalten. Vor diesem Hintergrund haben die Politiker die größten Wahlchancen, die der Bevölkerung öffentliche Leistungen (vermeintlich) ohne Belastungen zukommen lassen und auch in Zukunft versprechen. Am einfachsten ist eine derartige Politik kurz- und mittelfristig durch Verschuldung erreichbar. Die mit der Staatsverschuldung verbundenen negativen Wirkungen⁹² zeigen sich erst langfristig bei nachfolgenden Wähler- und Politikergenerationen.⁹³

In der Literatur sind zur Erklärung von Staatsverschuldung zum einen der Fragmentierungsansatz und zum zweiten die Hypothese strategischer Staatsverschuldung besonders populär.⁹⁴ Folgt man dem Fragmentierungsansatz, haben unterschiedliche Inte-

kommenden Möglichkeiten ein Wirtschaftlichkeitsvergleich, mindestens ein Vergleich der Anschaffungs- und Herstellungskosten sowie der Folgekosten durchzuführen. Diese Ausführungen beziehen sich nicht explizit auf PPP, schließen die Anwendung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP aber auch nicht aus. Schließlich ist zu beachten, dass mit Ausnahme von Nordrhein-Westfalen kreditähnliche Geschäfte – einschließlich aller in diese Kategorie fallenden Formen von PPP (Leasing- und Contracting-Modelle o. ä.) – von der Kommunalaufsicht zu genehmigen sind.

⁹² Es ist darauf hinzuweisen, dass Staatsverschuldung nicht per se zukünftige Generationen belastet. Die Belastung tritt dann ein, wenn durch die staatliche Kreditaufnahme bessere private Investitionen verdrängt werden oder die Mittel in den Konsum fließen. In beiden Fällen müssen zukünftige Generationen wegen der Kreditaufnahme früherer Generationen auf möglichen Nutzen verzichten, aber die finanziellen Lasten tragen.

⁹³ Man könnte nun argumentieren, dass die Wähler erkennen, dass gegenwärtige Neuverschuldung dem Gegenwartswert zukünftiger Steuererhöhungen (oder Leistungskürzungen) entspricht, so dass sie indifferent zwischen Schulden- und Steuerfinanzierung sind (dies entspricht dem Ricardianischen Äquivalenztheorem). Dann wäre Staatsverschuldung kein sonderlich attraktives Instrument zur Gewinnung von Wählerstimmen. Allerdings ist äußerst fraglich, ob diese Vorstellung durchschnittliches Wählerhalten beschreibt – insbesondere dann, wenn die zu erwartenden Steuererhöhungen weit in die Zukunft verschoben werden können. Aber auch andere Mechanismen könnten Staatsverschuldung eindämmen. So ist nicht auszuschließen, dass Individuen aufgrund der Sorge für Ihre Nachkommen eine intergenerativ verknüpfte Nutzenfunktion aufweisen (diese Idee wird Robert Barro (1974) zugeschrieben, hier zitiert nach Heinemann (2010): S. 247) und mit Rücksicht auf ihre Kinder (Konsum-)Verzicht üben. Dann müsste die Besorgtheit über die Zukunft mit der Geburtenrate bzw. dem Anteil der Bevölkerung mit Kindern verknüpft sein. Diese Argumentationslinie lässt zumindest für Deutschland nichts Gutes erwarten. Ohne jedweden Altruismus in Hinblick auf zukünftige Generationen ist sogar davon auszugehen, dass die gegenwärtige Generation den größtmöglichen Anteil der mit ihren Entscheidungen verbundenen Lasten nachfolgenden Generationen aufzubürden versucht.

⁹⁴ Vgl. Feld (2010): S. 230 ff.

ressengruppen – in Abhängigkeit von der Ausgestaltung des politischen Systems (d. h. ob ein Mehrheits- oder ein Verhältniswahlrecht gilt oder ob es sich um eine Präsidialdemokratie oder eine parlamentarische Demokratie handelt) asymmetrischen Einfluss auf politische Entscheidungen. Jede Anspruchsgruppe versucht, ihren Nutzen aus dem Budget zu maximieren und die dagegen stehenden Kosten möglichst anderen Gruppen anzulasten oder wenigstens breit zu streuen. Die Anspruchsgruppen fragen solange staatliche Leistungen nach, bis der Grenzvorteil der Grenzzahlungsbereitschaft entspricht. Da zugleich viele Interessengruppen auf das Budget zugreifen, besteht eine übermäßige Nachfrage nach staatlichen Leistungen.⁹⁵ Staatsverschuldung erleichtert – für eine gewisse Zeit – die Befriedigung der Interessengruppen, weil die Belastungen auf nachfolgende Generationen verschoben werden kann. Nach der Theorie strategischer Staatsverschuldung haben Regierungen, die vor einer (mutmaßlichen) Abwahl stehen, einen Anreiz, den Handlungsspielraum der Nachfolgeregierung durch eine Erhöhung der Staatsverschuldung einzuengen. Auf diese Weise können die noch amtierenden Regierungsparteien hoffen, ihre Ausgangsposition für die übernächste Wahl zu verbessern.⁹⁶

Empirisch lassen sich beide Ansätze fundieren, wobei die Evidenz zur fiskalischen Allmendeproblematik für Deutschland überzeugender scheint. Für Südamerika scheint sich nach Engel/Fischer/Galetovic (2009) in Bezug auf PPP beides zu bestätigen. Zum einen lässt sich dort zeigen, dass Nachverhandlungen häufig bereits während der Bau-phase erfolgten. Da die Unvollständigkeit von Verträgen Nachverhandlungen in dem beobachtbarem Ausmaß zu so frühen Zeitpunkten nicht erwarten lassen, deutet dies auf ein gemeinsames Interesse und implizites Einverständnis von Politik und PPP-Anbietern hin, PPP durch niedrige Gebote zu ermöglichen, um die tatsächlichen Kosten erst später zu offenbaren. Darüber hinaus lässt sich beobachten, dass ein Großteil der Haushaltsbelastungen in nachfolgende Legislaturperioden verlagert wird.

In dem Maße, wie offen ausgewiesene Staatsverschuldung durch sog. Schuldenbremsen, institutionellen Arrangements wie den europäischen Stabilitäts- und Wachstumspakt (ESW) oder sinkende öffentliche Akzeptanz erschwert wird, steigt die politische Attraktivität von Möglichkeiten zur Umgehung der genannten Restriktion und Verschleierung zukünftiger finanzieller Belastungen. Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, unter welchen Umständen und inwieweit PPP ein Instrument zur Umgehung von Schulden Grenzen und zur Verdeckung finanzieller Belastungen darstellt. Daher richten sich die

⁹⁵ Vgl. auch Mühlenkamp (2006).

⁹⁶ Die dargestellten Überlegungen beziehen sich regelmäßig auf explizite, d. h. offen ausgewiesene Schulden. Sie lassen sich jedoch auf implizite Schulden übertragen, die gegenüber expliziten Schulden den noch größeren Charme der Unsichtbarkeit aufweisen.

folgenden Ausführungen auf die Wirkungen von PPP auf die Haushaltsplanung und -rechnung sowie auf den öffentlichen Schuldenausweis.

5.2 Auswirkungen von PPP auf die öffentlichen Haushalte

Die Effekte einer PPP auf den öffentlichen Haushalt (genauer auf den Haushaltsplan und die Haushaltsrechnung) hängen davon ab, ob kameralistisch oder doppisch gebucht wird. Die vom Bund, den meisten Ländern und inzwischen einer Minderheit der Kommunen praktizierte Kameralistik ist zahlungsorientiert und arbeitet mit den Begriffen „Einnahmen“ und „Ausgaben“. Gebucht wird zum Zeitpunkt, an dem Einnahmen und Ausgaben erfolgen. Die von den Ländern Hamburg und Hessen sowie der weit überwiegenden Zahl der Kommunen verwendete Doppik operiert dagegen mit den Größen „Ertrag“ und „Aufwand“. Für die Verbuchung ist nicht der Zeitpunkt der Einnahme/Ausgabe, sondern der des Ressourcenverbrauchs ausschlaggebend. Damit kann die zeitliche Zurechnung von Einnahmen und Erträgen bzw. von Ausgaben und Aufwand auseinanderfallen.⁹⁷

Im Falle einer kameralistischen Rechnung müssen die mit konventionellen Projekten verbundenen Investitionen ausgabenseitig und einnahmenseitig budgetiert werden. Die Deckung der Investitionsausgaben erfolgte in der Vergangenheit und bis heute regelmäßig durch Einnahmen aus Kreditaufnahme. Nach Inkrafttreten der bei Bund und Ländern greifenden neuen Schuldenbremse wird diese Vorgehensweise nicht mehr möglich sein. Auch Investitionen müssen dann durch andere staatliche Einnahmequellen gedeckt werden. Wird ein Projekt dagegen in Form einer PPP realisiert, die die Projektfinanzierung beinhaltet, muss im öffentlichen Haushalt keine Investition (und keine Kreditaufnahme) verbucht werden. Die Ausgaben verlagern sich von den Investitionstiteln des Haushalts in die Titel für laufende Ausgaben. Damit bleiben die Investitionsbudgets unbelastet, so dass kurzfristig insgesamt mehr Investitionen für staatliche Aufgaben/Projekte bereitgestellt werden können als bei einer konventionellen Projektrealisierung. Die politische Attraktivität von PPP unter kameralistischem Regime wird

⁹⁷ Beispielsweise führt der Kauf/die Anschaffung eines langfristig nutzbaren Vermögensgegenstandes in der Kameralistik zu einer Ausgabe zum Zahlungszeitpunkt. Dagegen wird in der Doppik der Wertverlust/Aufwand auf die Nutzungsdauer verteilt, so dass im Jahr der Anschaffung lediglich der hier entstehende Aufwand und nicht die Anschaffungskosten verbucht werden. Ein anderes Beispiel: Die Pensionsverpflichtungen der öffentlichen Hand gegenüber Beamten werden in der Doppik dem Haushaltsjahr zugerechnet, in dem sie entstehen. In der Kameralistik scheinen sie erst zum Zahlungszeitpunkt, also unter Umständen Jahrzehnte später, auf.

noch dadurch gesteigert, dass auch die laufende Ausgaben zumeist später anfallen als bei konventionellen Projekten.

Der polit-ökonomische Charme einer PPP im Vergleich zur konventionellen Projektrealisierung lässt sich am leichtesten mittels eines Beispiels veranschaulichen. Nehmen wir, dass bei einem konventionell durchgeführten Projekt aus dem öffentlichen Haushalt zur Finanzierung von Bau, Herstellung oder Beschaffung in den Jahren 1 und 2 Ausgaben in Höhe von 800.000 und 1 Mio. € notwendig sind. Die Finanzierung erfolgt über Kreditaufnahme. In den nächsten 18 Jahren fallen dann ausgabenwirksame Betriebs- und Unterhaltskosten in Höhe von jährlich 50.000 € an. Die Höhe des ab dem dritten Jahr bei vollständiger (fiktiver) Tilgung des Kredites fälligen (fiktiven) Schuldendienstes (Zins plus Tilgung) beträgt 150.000 €, so dass sich die jährlichen Ausgaben auf 200.000 € belaufen. Alternativ läge ein sich über den gleichen Zeitraum erstreckendes PPP-Angebot vor, welches Finanzierung, Bau und Betrieb umfasst. Der Privatinvestor fordere dazu eine jährlich gleichbleibende Zahlung in Höhe von 225.000 €, die sich aus seinem Schuldendienst in Höhe von 175.000 €, Betriebskosten in Höhe von 40.000 € und einem kalkulierten Gewinn von 10.000 € zusammensetzt.

Abb. 3 verdeutlicht die von PPP ausgehende „Verlockung“. Die Ausgaben für die Investition in den beiden ersten Jahren werden bei einer PPP auf die nachfolgenden Jahre umgelegt, so dass die laufenden PPP-Zahlungen zwar höher sind als die Haushaltsbelastung durch die konventionelle Variante.⁹⁸ Das Investitionsbudget bleibt jedoch unbelastet und es erscheint auch keine Kreditaufnahme im Haushalt.⁹⁹

⁹⁸ Einnahmen und Ausgaben, die in zukünftigen Haushaltsjahren fällig werden, sind im laufenden Haushaltsplan als Verpflichtungsermächtigung auszuweisen (§ 22 Abs. 1 HGRG). In einigen Bundesländern werden die finanzwirtschaftlich relevanten Daten für bestimmte Projekte zusätzlich in einem Anhang ausgewiesen (vgl. z. B. Schweisfurth/Christen (2005)).

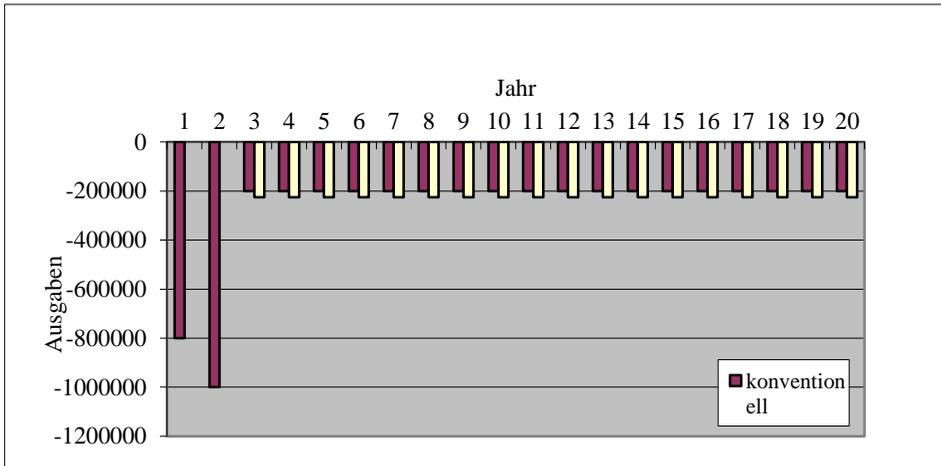
Auf kommunaler Ebene werden nach derzeitigem Stand der Gemeindehaushaltsverordnungen regelmäßige Verpflichtungen aus kreditähnlichen Geschäften in einer Anlage zum Haushaltsplan ausgewiesen. Da nicht alle Formen von PPP als kreditähnliches Geschäft angesehen werden bzw. die Kreditähnlichkeit rechtlich umstritten ist (vgl. Schäfer/Karthaus (2006): S. 200 ff.) und zudem bestimmte Posten wie Kaufoptionspreise und Abschlusszahlungen häufig nicht berücksichtigt werden (vgl. Binus (2005): S. 125), kommt es nur zu einem teilweisen Ausweis PPP-induzierter Zahlungsverpflichtungen.

Somit kann man nicht sagen, dass zukünftige Zahlungsverpflichtungen grundsätzlich nicht ausgewiesen werden. Das Problem besteht – abgesehen von einer eventuellen Unvollständigkeit – darin, dass diese Zahlungsverpflichtungen kaum Beachtung finden, nicht zuletzt weil relevante Informationen in Anhängen zum Haushaltsplan „versteckt“ werden. Vor allem entfalten zukünftige Zahlungsverpflichtungen selbst bei einem Ausweis keinerlei Handlungsrestriktion für die gegenwärtig amtierenden Politiker, sondern binden erst zukünftige Akteure.

⁹⁹ PPP in Form sog. Konzessionsmodelle sind polit-ökonomisch vielleicht noch reizvoller, weil derartige Konstruktionen im öffentlichen Haushalt unter Umständen gar nicht sichtbar sind.

Insgesamt hat die öffentliche Hand bei der konventionellen Variante über die Laufzeit 1,8 Mio. gedeckt durch Kreditaufnahmen plus 3,6 Mio. gedeckt aus Steuern ausgegeben, während für die PPP 4,05 Mio. gedeckt aus Steuermitteln auszugeben sind. Letztere Variante mag auf den ersten Blick günstiger erscheinen, ist sie aber nicht, denn der Steuerzahler muss bei erster Variante 450.000 € weniger aufbringen als bei der PPP.¹⁰⁰

Abbildung 3: Stilisierter Vergleich der kameralistischen Ausgabenbelastung bei konventioneller Projektrealisierung und PPP



Quelle: Eigene Darstellung.

Beispielsweise zahlen beim sog. F-Modell nach Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (FStrPrivFinG) die Nutzer anstelle der Steuerzahler. Das A-Modell (wie übrigens auch das Toll-Collect-System) wird größtenteils durch Anteile der Privaten an der LKW-Maut finanziert. Dies führt zu entsprechenden Einnahmefällen beim Bund, die aber nicht ausgewiesen werden.

¹⁰⁰ Der Wirtschaftlichkeitsvergleich erfolgt zumeist auf der Basis des Kapitalwertes der Zahlungsreihen. Das Ergebnis hängt von der zeitlichen Struktur der Zahlungen und vom Diskontsatz ab. Je höher der Diskontsatz und je mehr PPP-Zahlungen relativ in die Zukunft verlagert werden, desto eher wird die PPP als wirtschaftlicher ausgewiesen. Die nominale Haushaltsbelastung kann dennoch höher sein (vgl. z. B. Mühlenkamp (2011): S. 83 ff.).

Bei doppischer Haushaltsführung sind die Effekte auf die Vermögensrechnung (Bilanz) und die Ergebnisrechnung (Gewinn- und Verlustrechnung) zu beachten.¹⁰¹ Die bei traditionellen Projekten notwendige Kreditaufnahme ist ergebnisneutral. Ergebniswirksam sind dagegen die Zinsen und die mit dem Projekt verbundenen Abschreibungen. In der Vermögensrechnung werden eine höhere Verschuldung, aber auch höhere Aktiva ausgewiesen (Bilanzverlängerung). Bei PPP sind nach dem gegenwärtigen Regelwerk keine Schulden in der Vermögensrechnung auszuweisen. Die Ergebnisrechnung wird durch die laufenden PPP-Zahlungen belastet. Sofern die PPP-Zahlungen höher sind als der mit der konventionellen Projektumsetzung verbundene Aufwand (was bei Finanzierungs-PPP regelmäßig der Fall sein dürfte), wird die Ergebnisrechnung stärker durch eine PPP-Variante als durch eine konventionelle Projektdurchführung belastet. Mit Blick auf die Ergebnisrechnung sind also nur PPP interessant, die eine echte Ergebnisentlastung darstellen. So gesehen bietet die Ergebnisrechnung – anders als die kameralistische Rechnung – grundsätzlich keinen Anreiz zur Umsetzung unwirtschaftlicher PPP.¹⁰² Die Ergebnisrechnung liefert sogar eine implizite Schuldenbremse, die dann greift, wenn der mit der Kreditaufnahme verbundene Aufwand nicht erwirtschaftet werden kann.

Allerdings bleibt der Schuldenausweis in der Bilanz. Dieser ist jedoch grundsätzlich unproblematisch, solange entsprechende Vermögenswerte gegenüberstehen, der entsprechende Investitions- und Kreditaufwand erwirtschaftet und der Schuldendienst erbracht werden kann.¹⁰³

¹⁰¹ Die kommunale Doppik kennt darüber hinaus noch die Finanzrechnung, die den Ausgleich von Ein- und Auszahlungen herstellt, im vorliegenden Kontext jedoch bedeutungslos ist.

¹⁰² Allerdings können mit Hilfe bestimmter PPP-Konstruktionen Aufwendungen besser bzw. weiter in die Zukunft verlagert werden als bei konventionellen Konstruktionen, so dass selbst bei doppischer Haushaltsplanung und -rechnung der politische Anreiz zugunsten von PPP nicht vollständig eliminiert wird.

¹⁰³ Allerdings können in der doppischen Welt Grenzen der Kreditaufnahme bzw. Fremdkapitalfinanzierung über die Vermögensrechnung (Bilanz) entstehen, wenn beispielsweise Eigenkapital-Fremdkapital-Relationen – wie im Bankensektor – festgeschrieben werden. Dies ist bei den Gebietskörperschaften in Deutschland jedoch derzeit nicht der Fall.

Eher können indirekte Wirkungen über eigenkapitalbasierte Bilanzkennzahlen – wie sie z. B. von Rating-Agenturen verwendet werden – die Refinanzierungskonditionen und damit die Kreditaufnahmemöglichkeiten beeinflussen. Vor diesem Hintergrund könnten PPP, sofern die Bilanz-Analysten die aus PPP langfristig resultierenden Zahlungs- und Aufwandsverpflichtungen übersehen, dann doch auch unter doppischem Regime aus wirtschaftlichkeitsfremden Überlegungen interessant werden – einfach um Bilanzkennzahlen zu schönen. Für eine kritische Analyse des Eigenkapital-Fokus bei Gebietskörperschaften vgl. Mühlenkamp/Magin (2010) und Magin (2011): S. 86 ff.

5.3 PPP und Finanzstatistik

Für die Einhaltung der Schuldenregeln nach Art. 109 Abs. 3 i. V. m. Art. 115 des Grundgesetzes bzw. der Schulden- und Defizit-Kriterien des europäischen Stabilitäts- und Wachstumspaktes (ESW) sind nicht die Haushalte, sondern die Behandlung von PPP in der Finanzstatistik ausschlaggebend. Deshalb ist zu untersuchen, ob sich die Finanzstatistik neutral gegenüber PPP verhält oder nicht.

Wir wollen uns dabei im Folgenden auf die Regeln des statistischen Amtes der Europäischen Union (EuroStat) konzentrieren, die für die Überwachung der Kriterien des europäischen Stabilitäts- und Wachstumspaktes – die sog. Maastricht-Kriterien (Defizit und Verschuldung) – gelten.¹⁰⁴ EuroStat rechnet die mit einer PPP verbundenen Vermögenswerte und Schulden entweder vollständig der öffentlichen Hand oder vollständig dem privaten Sektor zu. Es gibt keine buchhalterische Aufteilung von Vermögen und Schulden eines Projektes zwischen öffentlichem und privatem Sektor.

Eurostat weist eine PPP dem Sektor zu, der das überwiegende Projektrisiko trägt. Es sind also keine rechtlich-formalen Aspekte wie formales Eigentum, sondern der ökonomische Gehalt relevant („Substance over form“). Zur Beurteilung der Risikoverteilung folgt Eurostat dem „Risk and Reward-Ansatz“. Danach gilt das meiste Risiko als an einen Privaten übertragen, wenn der Private

- a) das Risiko der Errichtung/des Baus (Construction risk), wobei das Finanzierungsrisiko als wesentlicher Bestandteil des Konstruktionsrisikos angesehen wird, und
- b) darüber hinaus entweder das Verfügbarkeitsrisiko (Availability risk) oder das Nachfragerisiko (Demand risk) trägt.¹⁰⁵

Das Bau-/Errichtungsrisiko ist gegeben, wenn die erstmaligen Zahlungen der öffentlichen Hand bzw. der Zahlungsbeginn von der Termineinhaltung, der Einhaltung technischer Vorgaben, der Funktionsfähigkeit der zur Verfügung zu stellenden Anlagegüter etc. abhängt oder der Private das Kostenüberschreitungsrisiko trägt. Das Verfügbarkeitsrisiko meint, dass die öffentliche Hand die regulären Zahlungen signifikant reduzieren oder einstellen kann, wenn der Private bestimmte technische Vorgaben, Qualitäts-, Zertifizierungs- oder Sicherheitsstandards etc. nicht einhält. Das Nachfragerisiko be-

¹⁰⁴ Wir folgen dabei im Wesentlichen EPEC (2010).

¹⁰⁵ “Eurostat recommends that the assets involved in a public-private partnership should be classified as nongovernment assets, and therefore recorded off balance sheet for government, if both of the following conditions are met: 1. the private partner bears the construction risk, and 2. the private partner bears at least one of either availability or demand risk” (EuroStat (2004)).

zeichnet die vom Privaten nicht verursachten und verantworteten Nachfrageschwankungen. Ursachen solcher Schwankungen liegen in Konjunkturzyklen, technischen Entwicklungen, Markttrends oder dem Auftreten neuer Konkurrenten.

In Grenz- oder Zweifelsfällen zieht EuroStat noch weitere Kriterien wie das Verwertungsrisiko sowie Art und Ausmaß (finanzieller) Unterstützungen der öffentlichen Hand heran. Sofern die öffentliche Hand Garantien/Bürgschaften für mehr als 50% der Kapitalkosten übernimmt, wird eine PPP dem öffentlichen Sektor zugerechnet. Offenbar legt EuroStat immer die Vereinbarungen zu Projektbeginn bzw. bis zum Abschluss der Bauphase zugrunde. Kommt es danach zu einer öffentlichen Anschlussfinanzierung oder späteren Garantien/Bürgschaften der öffentlichen Hand, findet dies keine Berücksichtigung (mehr).

Die EuroStat-Regeln machen PPP politisch verführerisch. Sie laden geradezu dazu ein, eine PPP so zu konstruieren, dass die Risiken nach den EuroStat-Kriterien überwiegend den Privaten zugerechnet werden, um den öffentlichen Schulden- und Defizit ausweis zu vermeiden. Die EuroStat-Regeln sind auch deshalb problematisch, weil sie häufig wohl nicht die wahre Risikoverteilung abbilden. Dies ist beispielsweise bei öffentlich garantierten Anschlussfinanzierungen offenkundig. Der Steuerzahler trägt dann u. U. de facto das meiste Risiko, aber EuroStat geht davon aus, dass die Privaten das meiste Risiko tragen. Dies ist absurd. Wie in Abschnitt 4.4 erläutert, trägt die öffentliche Hand zudem regelmäßig ein erhebliches Holdup- und damit Kostensteigerungsrisiko. Sie ist letztlich für die Leistungsbereitstellung gegenüber der Öffentlichkeit verantwortlich. Viele vertragliche Klauseln, die für die EuroStat-Klassifizierung ausschlaggebend sind, werden sich de facto nicht durchsetzen lassen.

Man sollte sich auch verdeutlichen, dass bei PPP-Finanzierungsstrukturen in erheblichem Maße Fremdkapital eingesetzt wird, das ansonsten die öffentliche Hand aufnehmen müsste. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass die öffentliche Hand bei PPP-Finanzierungen mittelbar und nicht unmittelbar für die die Finanzierungskosten aufkommen muss, wobei die Finanzierungskosten bzw. finanzierungsbedingten Haushaltsbelastungen sogar höher sind als bei konventionellen Projekten. Deshalb ist der Risk- and Reward-Ansatz unter Transparenzgesichtspunkten – so wie er praktiziert wird – abzulehnen. Er verschleiert die tatsächlichen Lasten der öffentlichen Hand.

Interessanterweise gelten bei den in der Privatwirtschaft geltenden International Financial Reporting Standards (IFRS) andere Grundsätze. Dort gilt das „Control-Criterion“. Danach sind Vermögensgegenstände und die damit verbundenen Schulden der Seite zuzurechnen, die

a) festlegt, welche Leistungen Private für wen zu welchem Preis zu erbringen haben, und

b) im Falle einer vorzeitigen Beendigung der PPP über die Vermögensgegenstände bzw. den Restwert verfügen können.¹⁰⁶

Dies dürfte im Regelfall die öffentliche Hand sein. Folglich dürfte das Kontrollkriterium die Wirklichkeit eher widerspiegeln als das Risk-and-Reward-Kriterium.

Die IFRS-Regeln wurden in das Exposure Draft (ED) 43 der International Public Sector Accounting Standards (IPSAS) übernommen und jüngst als IPSAS 32 „Service Concession Arrangements: Grantor“ verabschiedet.¹⁰⁷ Interessanterweise wird dies genau damit begründet, der öffentlichen Hand die Möglichkeit zur Verschleierung der tatsächlichen finanziellen Lage zu nehmen. „The reasons for the production of ED 43 were the same as for the introduction of IFRIC 12 [IFRIC 12 “Service Concession Arrangements” ist eine vom IFRS Interpretations Committee (früher IFRIC) verabschiedete Interpretation – Anmerkung des Verf.]. In addition, IPSASB [International Public Sector Accounting Standards Board – Anmerkung des Verf.] noted that the lack of specific guidance on PPPs for the public sector had occasionally resulted in PPP assets being reported on neither the government nor non-government partner’s balance sheet. This has been considered an incentive for the public sector to use PPPs as a means to fulfil their infrastructure needs while not recognizing the assets and related liabilities in their financial statements. This was deemed an inappropriate means of meeting fiscal targets.“¹⁰⁸

Das nunmehr in IPSAS 32 gegossene ED 43 nimmt den Parteien weitestgehend die Möglichkeit zum Nichtausweis der mit PPP einhergehenden Vermögensgegenstände und Schulden. “If IPSAS ED 43 were adopted, the symmetry between it and IFRIC 12 would significantly limit “off-off balance sheet” reporting. In other words, IPSAS ED 43’s approach would require both the grantor and the operator to apply the same principles

¹⁰⁶ “The economic ownership of an asset lies with the party that (i) controls what services the non-government partner must provide and (ii) has control over the residual value of the asset in case of early termination of the PPP contract” (EPEC (2010): S. 8).

¹⁰⁷ Vgl. IPSASB (2011).

¹⁰⁸ EPEC (2010): S. 22 f. Auch das mit dem Finanzausschuss des deutschen Bundestages vergleichbare Treasury Committee des britischen Unterhauses sieht dies (inzwischen) als schwerwiegendes Problem an: „There remain significant incentives to use PFI which are unrelated to value for money: The majority of PFI debt still does not appear in government debt or deficit figures; government departments can use PFI to leverage up their budgets without using their allotted capital budget – the investment is additional and not budgeted for. These incentives unrelated to value for money need to be removed. Stricter Rules and guidelines governing the use of PFI must be introduced” (House of the Commons (2011): S. 3).

in reporting the asset underlying the PPP contract. IPSAS ED 43 would minimise the possibility of an asset being accounted for by neither (or both) parties.”¹⁰⁹

Der Control-Ansatz ist nach der hier vertretenen Meinung gegenüber dem Risk-and-Reward-Ansatz eindeutig zu favorisieren und auf die finanzstatistische Behandlung von PPP zu übertragen. Diese würde den Anreiz zur Realisierung unwirtschaftlicher PPP¹¹⁰ zum Zwecke der Verschleierung der wahren finanziellen Lage nehmen und nur solche PPPs attraktiv erscheinen lassen, die tatsächlich eine Entlastung der öffentlichen Haushalte erwarten lassen.

¹⁰⁹ EPEC (2010): S. 23.

¹¹⁰ Es gibt starke Indizien dafür, dass viele, wenn nicht die Mehrzahl von PPP in Deutschland tatsächlich unwirtschaftlich sind (vgl. Mühlenkamp (2011): S. 89 ff. und Rechnungshöfe (2011)). Auch in Großbritannien ist der Befund zu PPP ernüchternd (vgl. House of the Commons (2011)). Dies erlaubt keinen Nachweis der tatsächlichen Gründe, legt aber den Verdacht der Haushalts- und Schuldenkosmetik nahe.

6 Fazit

Von politischer Seite wird mit Public Private Partnerships (PPP) offiziell die Erwartung von größerer Wirtschaftlichkeit und Entlastung öffentlicher Haushalte verbunden und entsprechend propagiert. Gleichzeitig ist jedoch nicht zu verkennen, dass das institutionelle Arrangement PPP unter den gegenwärtigen haushaltsrechtlichen und finanzstatistischen Regeln die Möglichkeit bietet, den bei konventioneller Projektrealisierung notwendigen Ausweis von Schulden und Defiziten zu vermeiden. Dies erleichtert die Einhaltung von nationalen und internationalen Schulden- und Defizitregeln, obwohl die mit PPP einhergehenden Zahlungsverpflichtungen und impliziten Schulden de facto bestehen und sogar höher sein können als bei konventionellen Beschaffungen.

Im vorliegenden Beitrag wird auf analytische Weise untersucht, inwieweit bzw. unter welchen Voraussetzungen die Erwartungen auf Effizienzgewinne durch PPP tragfähig sind. Dazu wird zunächst als entscheidendes ökonomisches Merkmal von PPP die Existenz von Verbundwirkungen im Sinne projektphasen- bzw. wertschöpfungsstufenübergreifender Effekte herausgearbeitet. Dementsprechend werden PPP hier definiert: Ein PPP liegt nach dem hier vertretenen Verständnis dann vor, wenn ein und derselbe Private die Verantwortung für zwei oder mehr Projektphasen/Wertschöpfungsstufen (Planung, Bau, Betrieb, Verwertung etc.) hat.

PPP-Verbundwirkungen resultieren aus unvollständigen Verträgen. Letztere ermöglichen einem Akteur, der nur für eine Phase/Wertschöpfungsstufe verantwortlich ist, die Folgen seiner Handlungen auf nachfolgende Phasen/Wertschöpfungsstufen zu ignorieren, da er hierfür nicht in Regress genommen werden kann. Demzufolge sind unvollständige Verträge eine notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung für die Existenz von Verbundvorteilen. Verbundvorteile sind wiederum eine notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung für wirtschaftlich sinnvolle PPP. Dies liegt darin begründet, dass bei Entscheidungen über die Art der Projektrealisation mehrere kostenrelevante Aspekte zu berücksichtigen sind, die zum großen Teil gegen PPP sprechen. Nur wenn die Verbundvorteile und eventuelle weitere Kostenvorteile von PPP groß genug sind, um die strukturellen Nachteile von PPP mehr als auszugleichen, ist PPP wirtschaftlich sinnvoll und kann zu einer Entlastung der Steuerzahler führen. Allerdings scheint das Fenster für wirtschaftlich vorteilhafte PPPs relativ klein, so dass die ökonomischen Vorteile von PPP in der Tendenz überschätzt erscheinen.

Unabhängig davon, ob dies den politischen Entscheidungsträgern bekannt ist oder nicht, ist zu vermuten oder zu befürchten, dass die (kurzfristigen) politischen Vorteile von PPP die eigentliche Attraktion dieses institutionellen Arrangements darstellen. Durch entsprechend konstruierte PPP lassen sich sowohl die neue Schuldenbremse des Grundgesetzes als auch die sog. Maastricht-Kriterien umgehen und die wahre finanzielle Lage der öffentlichen Hand für eine gewisse Zeit (weiter) verschleiern. Inso-

fern ist PPP unter den gegenwärtigen Rahmenbedingungen ein potentiell die nachhaltige finanzielle Stabilität und Aufgabenwahrnehmung der öffentlichen Hand gefährdendes Instrument.

Um zu verhindern, dass politische Entscheidungsträger angesichts der beschriebenen Verlockung langfristig für den Steuerzahler nachteilige PPP-Projekte in die Wege leiten, gibt es eine einfache hier skizzierte Lösung. Bei der finanzstatistischen Erfassung von PPP ist der derzeit vom statistischen Amt der Europäischen Union zugrundegelegte „Risk and Reward-Ansatz“ durch das inzwischen für die internationale öffentliche Rechnungslegung empfohlene „Control“-Kriterium abzulösen. Auch der Übergang vom kameralistischen zum doppischen Rechnungsstil ist in diesem Zusammenhang hilfreich.

Falls sich die Politik zu den entsprechenden Regeländerungen durchringen könnte, würde – wie offiziell behauptet – das im längerfristigen Interesse der Steuerzahler liegende Wirtschaftlichkeitskriterium für die Wahl zwischen den Beschaffungsvarianten ausschlaggebend sein. Ansonsten ist zu befürchten, dass das süße Gift der unmittelbaren Verschuldung durch das süße Gift der mittelbaren Verschuldung in Form von (Finanzierungs-)PPP (und weiterer analog wirkender Instrumente) ersetzt wird.

Literaturverzeichnis

- Andrews, Rhys/Entwistle, Tom (2010): Does Cross-sectoral Partnership Deliver? An Empirical Exploration of Public Service Effectiveness, Efficiency, and Equity, in: Journal of Public Administration Research and Theory, Vol. 20, Issue 3, S. 679-701.
- Barro, Robert J. (1974): Are Government Bonds Net Wealth?, in: Journal of Political Economy, Vol. 82, Issue 6, S. 1095-1117.
- Barroso, José M. (2009): Political Guidelines for the Next Commission, URL: http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/pdf/press_20090903_en.pdf.
- Baumol, William J./Panzar, John C./Willig, Robert D. (1988): Contestable Markets and the Theory of Industry Structure, revised ed., San Diego u. a.
- Bayerischer Oberster Rechnungshof (2006): Jahresbericht 2006, München, URL: <http://www.orh.bayern.de/index.php?option=comcontent&task=view&id=286&Itemid=202>.
- Beckers, Thorsten/Brenck, Andreas/Gehrt, Jirka/Klatt, Jan Peter (2008): Rationalität und Ausgestaltung privater Finanzierung in PPP-Projekten, Technische Universität Berlin, Fachgebiet Wirtschafts- und Infrastrukturpolitik, URL: http://www.wip.tu-berlin.de/typo3/fileadmin/documents/wip-de/forschung/publikationen/2009/private_finanzierung_in_ppp-projekten.pdf.
- Beckers, Thorsten/Klatt, Jan Peter (2008): Potenziale und Erfolgsfaktoren des PPP-Ansatzes, Technische Universität Berlin, Fachgebiet Wirtschafts- und Infrastrukturpolitik, URL: http://wip.tu-berlin.de/typo3/fileadmin/documents/wip-de/forschung/publikationen/2009/potenziale_und_erfolgsfaktoren_des_ppp-ansatzes.pdf.
- Beckers, Thorsten/Klatt, Jan Peter (2009): Kosteneffizienz von Public-Private-Partnerships – Erwartungen und empirische Erkenntnisse, in: Wirtschaftsdienst, 89. Jg., H. 3, S. 176-183.
- Bennet, John/Iossa, Elisabetta (2006): Building and Managing Facilities for Public Services, in: Journal of Public Finance, Vol. 90, Issues 10-11, S. 2143-2160.
- Binus, Karl-Heinz (2005): Vor- und Nachteile des Leasing – Erfahrungen der überörtlichen Rechnungsprüfung, in: Kroll, Michael (Hrsg.): Leasing-Handbuch für die öffentliche Hand, 10. Aufl., Lichtenfels, S. 124-127.
- Blanc-Brude, Frédéric/Goldsmith, Hugh/Välilä, Timo (2006): Ex ante Construction Costs in the European Road Sector – A Comparison of Public-Private Partnerships and Traditional Public Procurement, European Investment Bank, Econom-

ic and Financial Report 2006/01, Luxemburg, URL:
<http://www.eib.org/attachments/efs/efr06n01.pdf>.

- BMF – Bundesministerium der Finanzen (2007): Finanzierung der Verkehrsinfrastruktur zukunftsorientiert gestalten – Mobilität und Wachstum sichern, in: Monatsbericht des BMF, Dezember 2007, S. 67-72.
- BMF – Bundesministerium der Finanzen (2011): Entwicklung und Perspektiven von Öffentlich-Privaten Partnerschaften (ÖPP) in Deutschland, in: Monatsbericht des BMF, Juli 2011, S. 71-78.
- BMVBS – Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (2007): Erfahrungsbericht öffentlich-private Partnerschaften in Deutschland, ohne Ortsangabe.
- Bös, Dieter (1999): Inefficient R&D in Public Procurement – Negative Consequences of a Separation Between Award and Actual Contract, CESifo Working Paper, No. 208, München, URL: <http://www.ifo.de/DocDL/WP208.PDF>.
- BRH – Bundesrechnungshof (2009): Gutachten des Präsidenten des Bundesrechnungshofs als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung zu Öffentlich Privaten Partnerschaften (ÖPP) im Bundesfernstraßenbau, URL: <http://bundesrechnungshof.de/veroeffentlichungen/sonderberichte/V3-2006-0201.pdf>.
- Duffield, Colin F. (2010): Different Delivery Models, in: Hodge, Graeme A./Greve, Carsten/Boardman, Anthony E. (eds.): International Handbook of Public-private Partnerships, Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA, S. 187-215.
- Engel, Eduardo/Fischer, Ronald/Galetovic, Alexander (2009): Soft Budgets and Renegotiations in Public-Private-Partnerships, NBER Working-Paper, No. 15300.
- EPEC – European PPP Expertise Centre (2010): Eurostat Treatment of Public-Private Partnerships – Purposes, Methodology and Recent Trends, Luxemburg, URL: <http://www.eib.org/epec/attachments/epec-eurostat-statistical-treatment-of-ppps.pdf>.
- Europäische Kommission (2004): Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, Brüssel.
- EuroStat – Statistisches Amt der Europäischen Union (2004): Eurostat News Release 18/2004, 11. Februar 2004, URL: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_PUBLIC/2-11022004-AP/EN/2-11022004-AP-EN.HTML.
- Feld, Lars P. (2010): Sinnhaftigkeit und Effektivität der deutschen Schuldenbremse, in: Perspektiven der Wirtschaftspolitik, 11. Jg., H. 3, S. 226-245.

- FM NRW – Finanzministerium des Landes Nordrhein-Westfalen (2007): Public Private Partnership – Leitfaden Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten, Düsseldorf, URL: http://www.ppp-nrw.de/publikationen/0000000_plausibel.pdf.
- Greiling, Dorothea (2009): Public Private Partnerships – A Driver for Efficient Public Services or Just an Example of Wishful Thinking, in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, Beiheft 37, S. 108-125.
- Hall, David (2010): More Public Rescues for More Private Finance Failures – A Critique of the EC Communication on PPPs, Public Services International Research Unit (PSIRU), Business School, University of Greenwich, London, URL: <http://www.psiru.org/sites/default/files/2010-03-PPP.doc>.
- Hart, Oliver (2003): Incomplete Contracts and Public Ownership – Remarks, and an Application to Public-private Partnerships, in: Economic Journal, Vol. 113, March, S. C69-C76.
- Hart, Oliver/Shleifer, Andrei/Vishny, Robert W. (1997): The Proper Scope of Government – Theory and an Application to Prisons, in: Quarterly Journal of Economics, Vol. 112, Issue 4, S. 1127-1161.
- Heinemann, Friedrich (2010): Eine Gabe an St. Nimmerlein? – Zur zeitlichen Dimension der Schuldenbremse, in: Perspektiven der Wirtschaftspolitik, H. 11, Nr. 3, S. 246-259.
- Hodge, Graeme A./Greve, Carsten (2007): Public Private Partnership – An International Performance Review, in: Public Administration Review, Vol. 67, No. 5, S. 545-558.
- Hodge, Graeme A./Greve, Carsten (2009): PPP – The Passage of Time Permits a Sober Reflection, in: Economic Affairs, Vol. 29, No. 1, S. 33-39.
- House of the Commons – Treasury Committee (2011): Private Finance Initiative – Seventeenth Report of Session 2010-12, London, URL: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201012/cmselect/cmtreasy/1146/1146.pdf>.
- IPSASB – International Public Sector Accounting Standards Board (2011): IPSAS 32 Service Concession Arrangements – Grantor, URL: <http://www.ifac.org/publications-resources/ipsas-32-service-concession-arrangements-grantor>.
- Jensen, Michael C./Meckling, William H. (1976): Theory of the Firm – Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership, in: Journal of Financial Economics, Vol. 3, Issue 4, S. 305-360.
- Kappeler, Andreas/Nemoz, Mathieu (2010): Public-Private Partnerships in Europe – Before and During the Financial Crisis, Economic and Financial Report 2010/04,

European Investment Bank, Luxemburg,
URL: <http://www.eib.org/infocentre/publications/efr-2010-v04.htm>.

- Kirchhoff, Ulrich/Müller-Godeffroy, Heinrich (1996): Finanzierungsmodelle für kommunale Investitionen, 6. Aufl., Stuttgart.
- Magin, Christian (2011): Kommunale Rechnungslegung – Konzeptionelle Überlegungen, Bilanzanalyse, Rating und Insolvenz, Wiesbaden.
- Martimort, David/Pouyet, Jerome (2008): To Build or not to Build – Normative and Positive Theories of Public-private Partnerships, in: International Journal of Industrial Organization, Vol. 26, Issue 2, S. 393-411.
- Matschke, Manfred J./Hering, Thomas (1998): Kommunale Finanzierung, München/Wien.
- Milgrom, Paul/Roberts, John (1992): Economics, Organization and Management, Englewood Cliffs u. a.
- Mühlenkamp, Holger (1998): Anmerkungen zur Einbeziehung privater Wirtschaftssubjekte bei öffentlichen Investitionen unter besonderer Berücksichtigung von Betreibermodellen, in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, Bd. 21, H. 1, S. 58-78.
- Mühlenkamp, Holger (1999): Eine ökonomische Analyse ausgewählter institutioneller Arrangements zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, Baden-Baden.
- Mühlenkamp, Holger (2006): Public Private Partnership aus der Sicht der Transaktionskostenökonomik und der Neuen Politischen Ökonomie, in: Budäus, Dietrich (Hrsg.): Kooperationsformen zwischen Staat und Markt – Theoretische Grundlagen und praktische Ausprägungen von Public Private Partnership, Baden-Baden, S. 29-48.
- Mühlenkamp, Holger/Magin, Christian (2010): Zum Eigenkapital von Gebietskörperschaften – populäre Irrtümer und Missverständnisse, in: Der Gemeindehaushalt, 111. Jg., H. 1, S. 8-11.
- Mühlenkamp, Holger (2011): Ökonomische Analyse von Public Private Partnerships (PPP) – PPP als Instrument zur Steigerung der Effizienz der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben oder als Weg zur Umgehung von Budgetbeschränkungen, in: Ziekow, Jan (Hrsg.): Wandel der Staatlichkeit und wieder zurück?, Baden-Baden, S. 67-106.
- Partnerschaften Deutschland (2011): Standardmodell für Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, Berlin, URL: <http://www.partnerschaften-deutschland.de/grundlagenarbeit/grundlagenarbeiten-in-arbeit/wu-standardmodell>.

- Rechnungshof Baden-Württemberg (2009): Wirtschaftlichkeitsanalyse von PPP-Projekten der ersten und zweiten Generation bei Hochbaumaßnahmen des Landes, URL: http://www.rechnungshof.baden-wuerttemberg.de/fm7/971/02_%D6PP-ge%E4n%20dert.pdf.
- Rechnungshöfe – Präsidentinnen und Präsidenten der Rechnungshöfe des Bundes und der Länder (Hrsg.) (2011): Gemeinsamer Erfahrungsbericht der Rechnungshöfe des Bundes und der Länder zur Wirtschaftlichkeit von ÖPP-Projekten, Wiesbaden, URL: http://www.rechnungshof-hessen.de/veroeffentlichungen/veroeffentlichungen_hrh/Gemeinsamer_Erfahrungsbericht_zur_Wirtschaftlichkeit_von_OEPP.pdf.
- Sachs, Lothar (1997): Angewandte Statistik, 8. Aufl., Berlin/Heidelberg.
- Savas, Emanuel S. (2000): Privatization and Public-private Partnerships, New York.
- Schäfer, Michael/Karthaus, Arnim (2006): Rechtliche Rahmenbedingungen von PPP – Kommunalrecht, in: Weber, Martin/Schäfer, Michael/Hausmann, Ludwig (Hrsg.): Praxishandbuch Public Private Partnership, München, S. 193-234.
- Schede, Christian/Pohlmann, Markus (2006): Rechtliche Rahmenbedingungen von PPP – Vertragsrechtliche Grundlagen, in: Weber, Martin/Schäfer, Michael/Hausmann, Ludwig (Hrsg.): Praxishandbuch Public Private Partnership, München, S. 102-156.
- Scholl, Rainer/Thöne, Michael (1998): Eigenerstellung oder Fremdbezug kommunaler Leistungen – Theoretische Grundlegung, empirische Untersuchungen, Stuttgart.
- Schweisfurth, Tilmann/Christen, Jörg (2005): Leasing im Haushaltsrecht der Länder, in: Kroll, Michael (Hrsg.): Leasing-Handbuch für die öffentliche Hand, 10. Aufl., Lichtenfels, S. 219-226.
- Viethen, Alexander (2008): Der Wirtschaftlichkeitsnachweis als entscheidungssteuernde Komponente bei PPP-Projekten – Strukturelle und rechtliche Anforderungen und Konsequenzen, Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften (DHV), Speyerer Arbeitsheft Nr. 197, Speyer.
- VIFG – Verkehrsinfrastrukturfinanzierungsgesellschaft (2008): Leitfaden für Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen für die Vergabe der Betreibermodelle nach dem A-Modell im Bundesautobahnbau, Berlin, URL: http://www.vifg.de/_downloads/_informationen_zu_modelen_und_projekten/081030_Leitfaden_-_WU_A-Modell.pdf.
- Williamson, Oliver E. (1985): The Economic Institutions of Capitalism, New York/London.
- Zweifel, Peter/Eisen, Roland (2003): Versicherungsökonomie, 2. Aufl., Berlin u. a.

3. Beitrag

Rechtliche Fragen der Öffentlich-Privaten Partnerschaften (ÖPP) für das Handwerk

Jan Ziekow

Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer

Inhaltsverzeichnis

I. Handwerk und ÖPP: Risiken von ÖPP-Projekten für das Handwerk

1. Öffentlich-private Partnerschaften: zur Vermessung eines Problemfeldes
2. Das Handwerk als Akteur/Betroffener von ÖPP-Prozessen

II. Die Berücksichtigung von Interessen des Handwerks bei der Vergabe öffentlicher Aufträge

1. Das Gebot der vornehmlichen Berücksichtigung mittelständischer Interessen (§ 97 Abs. 3 GWB)
 - a) Das Handwerk als Kern des Mittelstands
 - b) Vereinbarkeit der Vorschrift mit höherrangigem Recht
 - c) Losweise Vergabe (§ 97 Abs. 3 S. 2 GWB)
 - aa) Grundsätze und Maßstäbe der Losaufteilung
 - bb) Handwerksschutz durch Loslimitierung?
 - cc) Zulässigkeit der gemeinsamen Vergabe mehrerer Lose (§ 97 Abs. 3 S. 3 GWB)
 - d) Darüber hinausgehender Gehalt des § 97 Abs. 3 S. 1 GWB: Verfahrens- und Förderungspflichten öffentlicher Auftraggeber
 - e) Mittelständische Interessen bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte
2. Möglichkeiten zur Berücksichtigung der Interessen des inländischen Handwerks
 - a) Deutsches Recht
 - aa) Verfassungsrechtliche Vorgaben
 - α) Freiheitsgrundrechte
 - β) Allgemeiner Gleichheitssatz
 - bb) Einfachrechtliche Vorgaben ab Erreichen der Schwellenwerte
 - cc) Bestimmungen für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte
 - α) VOB/A und VOL/A
 - β) Landesrechtliche Besonderheiten
 - b) EU-Recht
 - aa) Anwendungsbereich
 - bb) Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz
3. Handwerksfreundliche Gestaltungsmöglichkeiten bei der Ausschreibung
4. Vertrauensschutz bei EU-rechtlich induzierten Rechtsänderungen und Subventionsrückforderungen
 - a) Die Auswirkungen von Änderungen des EU-Rechts auf Beschaffungsvorgänge
 - aa) Laufende Vergabeverfahren
 - bb) Abgeschlossene Vergabeverfahren ohne abgeschlossene Auftragserfüllung
 - cc) Erfüllte Aufträge
 - b) Vertrauensschutz nach deutschem und europäischem Recht
 - c) Vertrauensschutz bei der Rückforderung von Subventionen

- aa) Die Bedeutung des Vertrauensschutzes bei der Subventionsrückforderung im Rahmen des deutschen Rechts
 - a) Aufhebung des Subventionsbescheids
 - αα) Vertrauensschutz bei der Rücknahme des Subventionsbescheids
 - ββ) Vertrauensschutz beim Widerruf des Subventionsbescheids
 - β) Vertrauensschutz bei der Rückforderung einer Subvention
- bb) EU-rechtliche Überlagerungen bei der Rückforderung rechtswidriger Beihilfen

III. Die Wahl von ÖPP anstatt herkömmlicher Beschaffung

1. ÖPP als Variante der Erfüllung öffentlicher Aufgaben
 - a) Formen und Strukturen von ÖPP
 - b) Gründe für die Eingehung von ÖPP
 - c) Das Verfehlen der Wirtschaftlichkeitsziele von ÖPP
 - d) Die Problematik des Verlusts von Kompetenzen der Kernverwaltung
 - e) „Mediatisierung“ der Staat-Bürger-Beziehung und Erhöhung der Transaktionskosten zur Durchsetzung von öffentlich-rechtlichen Bindungen des „öffentlichen“ ÖPP-Partners
2. Rechtliche Vorgaben für ÖPP
 - a) Verfassungsrechtliche Grenzen funktionaler Privatisierungen
 - b) Haushaltsrecht
 - aa) Jährlichkeitsprinzip
 - bb) Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit
 - cc) Das methodische Problem der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei ÖPP-Projekten und seine Konsequenzen
 - c) Vergaberecht
 - aa) Formen der vergaberechtlichen Umsetzung von ÖPP-Projekten
 - bb) Vereinbarkeit der Wahl von Vergabeverfahren mit geringerer Publizität mit vergaberechtlichen Grundsätzen
 - a) Nicht offenes Verfahren
 - β) Verhandlungsverfahren
 - cc) Voraussetzungen und Ausgestaltung von ÖPP-Modellen in Generalübernehmer-/Generalunternehmervergabe
 - a) Die Zulässigkeit von Generalübernehmer-/unternehmervergaben
 - β) Ermittlung der Voraussetzungen einer ÖPP-Vergabe durch Parallelausschreibung?
 - γ) Die Verpflichtung von ÖPP-Unternehmen zur mittelstandsfreundlichen Sub-Vergabe nach § 97 Abs. 3 S. 4 GWB
 - dd) Subunternehmereinsatz und Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots
 - ee) Die Bedeutung der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung im Vergabeverfahren
 - a) Wirtschaftlichkeitsuntersuchung und Auswahl der Beschaffungsvariante

β) Die Lebenszyklusbetrachtung von ÖPP-Projekten und die vergaberechtliche Begrenzung der Vertragslaufzeit

IV. Handwerk und ÖPP: Gesamtbewertung und Folgerungen

1. Vergaberechtliche Aspekte
 - a) Mittelstandsschutz
 - b) Berücksichtigung der Interessen des inländischen Handwerks
 - c) Handwerksfreundliche Gestaltungsmöglichkeiten bei der Ausschreibung
 - d) Wahl von Vergabeverfahren mit geringerer Publizität bei der Auflegung von ÖPP
2. Haushaltsrechtliche Fragen
3. Zulässigkeit von funktionalen Privatisierungen und Folgen für die Rolle der Verwaltung
4. Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes
 - a) Änderungen des Vergaberechts
 - b) Subventionsrückforderung
5. Ausblick: Vom verantwortungsvollen Umgang mit dem Instrument ÖPP

Literaturverzeichnis

I. Handwerk und ÖPP: Risiken von ÖPP-Projekten für das Handwerk

1. Öffentlich-private Partnerschaften: zur Vermessung eines Problemfeldes

Jede Auseinandersetzung mit dem Fragenkreis der Public Private Partnerships (im Folgenden wird der deutsche Terminus „Öffentlich-Private Partnerschaften, abgekürzt „ÖPP“, verwendet) steht vor dem Problem der Offenlegung des jeweiligen Fokus:

- Durchaus nicht auf einer Metaebene steht die staatsrechtliche Diskussion über die Rolle kooperativer Modelle der Erfüllung öffentlicher Aufgaben für das jeweilige Staatsverständnis und das Verhältnis von Staat und Gesellschaft.¹ So ist das Leitbild des Gewährleistungsstaats mit seinen Elementen der Verantwortungsteilung und Verantwortungsstufung nicht zum Wenigsten anhand von Modi der Kooperation zwischen dem Staat und Privaten entwickelt und dazu genutzt worden, konkrete Anforderungen an die Ausgestaltung von Kooperationsverhältnissen auszdifferenzieren.²
- Dies führt zum einen unmittelbar zu der Formulierung von ÖPP als Bestandteil der mit dem Begriff Governance gekennzeichneten Aufgabe, in aller Kürze zusammengefasst als „die Koordination von Handlungen unterschiedlicher Akteure – staatlicher und nicht-staatlicher – mit unterschiedlichen Handlungslogiken zur Verfolgung gemeinsamer Ziele und zur Regelung kollektiver Sachverhalte.“³
- Zum anderen kristallisiert sich die staatsrechtliche Verankerung der ÖPP-Diskussion in einem Verständnis, das ÖPP als Element der Neu-Definition öffentlicher Aufgabenwahrnehmung begreift, das in ein umfassenderes Kon-

¹ Dazu etwa *Abegg*, in: Ziekow, Wandel der Staatlichkeit und wieder zurück?, S. 177 ff.; *Kamino*, in: Ziekow, Wandel der Staatlichkeit und wieder zurück?, S. 9 ff.; *Ziekow*, Osaka Law Review, 59-1 (2009), S. 183 ff.; *Ziekow*, in: ders., Wandel der Staatlichkeit und wieder zurück?, S. 43 ff.; *Ziekow*, Collaborative Governance, in: Kühling, Kooperation im Öffentlichen Immobilien- und Infrastrukturrecht, S. 1 ff.

² Eingehend *Ziekow*, Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz; siehe auch *Ziekow*, Kaihatsu Ronsyu, 83-3 (2009), S. 223 ff.

³ *Schuppert*, in: Trute/Groß/Röhl/Möllers, Allgemeines Verwaltungsrecht - zur Tragfähigkeit eines Konzepts, S. 161 (172). Aus der überbordenden Diskussion vgl. des Weiteren *Benz* (Hrsg.), Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen, 2004; *Franzius*, VerwArch 97 (2006), S. 186 ff.; *Schuppert*, Die Verwaltung 40 (2007), S. 463 ff.; *Schuppert* (Hrsg.), Governance-Forschung, 2005; *Seckelmann*, in: Duss/Linder u. a., Rechtstransfer in der Geschichte, S. 108 ff.; *Seckelmann*, VerwArch 98 (2007), S. 30 (35 ff.); *Siegel*, Entscheidungsfindung im Verwaltungsverband, S. 21 ff.; *Trute/Denkhaus/Kühlers*, Die Verwaltung 2004, S. 451 ff.

zept der Modernisierung des öffentlichen Sektors eingebettet sein muss.⁴ Diese Aufgabe ist von vornherein mehrdimensional angelegt: Zum einen geht es um organisationales Lernen. Die Einbeziehung Privater hat grundsätzliche Bedeutung für das Problemlösungsverhalten des Staates, da dieser Institutionen finanziert, die ihre Aufgaben mittels standardisierter Verfahren lösen, während Private in konsequenter Outputorientierung Projekte als Produkte finanzieren.⁵ Insoweit kann ÖPP als systematische, Grenzen zwischen Markt und Staat integrierende Modernisierungsstrategie verstanden werden. Als hybride Steuerungsstruktur weist ÖPP das Potenzial auf, eine intermediäre Ebene zwischen Markt und Staat zu beschreiben.⁶ Hybride Arrangements zwischen privatem und öffentlichem Sektor bergen ein strategisches Innovations- und Entwicklungspotenzial, das vom öffentlichen Sektor zu einer Steigerung der Effizienz der Bedienung von Gemeinwohlbelangen zu nutzen ist.⁷ Die systematische Entwicklung solcher Hybridstrukturen bietet einen Raum zur Entwicklung neuer Lösungen. Auch in den hybriden Arrangements bleiben die jeweils zu erfüllenden Aufgaben solche öffentlicher Art, für deren tatsächliche Erfüllung der Staat die Gewährleistungsverantwortung trägt. Der entscheidende Schritt ist die systematische Vernetzung der Beziehungsgeflechte staatlicher und privater Akteure durch organisatorische und prozessuale Arrangements zu einem Intermediärbereich. Dieser Intermediärbereich hat Bedeutung als Experimentierfeld und Steuerungsreserve: Aufgaben, die bisher durch die Verwaltung selbst erfüllt wurden, können in diesen Zwischenraum transferiert werden, ohne aufgegeben werden zu müssen. Insoweit können zum einen ggf. experimentelle Überlegungen mit Blick auf eine materielle Privatisierung angestellt werden. Zum anderen können unterschiedliche Ansätze einer Erfüllungsoptimierung ausprobiert werden. Schließlich kann ein entwickelter Intermediärbereich dazu genutzt werden, Aufgaben, deren Erfüllung der Verwaltung nicht oder nicht ohne weiteres möglich ist, zu erfüllen.

- Deutlich pragmatischer setzt die Einordnung von ÖPP als bloßer Beschaffungsvariante an: Anders als bei der konventionellen Beschaffung kauft die öffentliche Hand nicht Waren oder Dienstleistung gegen sofortige Bezahlung des erhaltenen Gutes, sondern geht mit einem oder mehreren privaten Partner(n) eine lebenszyklusorientierte längerfristige vertragliche Beziehung ein,

⁴ Siehe nur *Mirow*, in: Budäus/Eichhorn, Public Private Partnership, S. 13 (22 f.); *Sedjari*, International Review of Administrative Sciences 70 (2004), S. 291 ff. Umfassend zum Folgenden *Zieckow*, Verwaltungsarchiv 97 (2006), S. 626 ff.

⁵ *Schily*, in: Späth/Michels/Schily, Das PPP-Prinzip, S. 35 (46).

⁶ Vgl. *Roggencamp*, Public Private Partnership, S. 32 ff.

⁷ *Naschold*, in: Budäus/Eichhorn, Public Private Partnership, S. 67 (86).

für deren Ausgestaltung verschiedene Modelle entwickelt worden sind⁸. Die Refinanzierung des Privaten erfolgt regelmäßig nicht durch eine Einmalzahlung seitens des öffentlichen Partners, sondern entweder über gestreckte Zahlungen über die gesamte Laufzeit, die auch die Errichtungskosten über die Betriebsphase verteilen, oder über die Erhebung von Nutzerentgelten (im Konzessionsmodell).

- Dieser vor allem bei Hochbauprojekten Errichtungs- und Betriebsphase integrierende Zahlungsfluss lenkt den Blick auf die Einschätzung, ÖPP sei in erster Linie der Versuch, den durch die Restriktionen der öffentlichen Haushalte entstehenden Beschränkungen der Handlungsfähigkeit der öffentlichen Hand zu entkommen.⁹

Folge dieser differierenden Zugänge ist nach wie vor eine beträchtliche Unsicherheit darüber, welche Arrangements unter den Begriff ÖPP zu fassen sind. Eine juristische Analyse steht vor dem Problem der mangelnden terminologischen Präzision. Die deutsche Rechtsordnung beruht nicht zum Wenigsten auf einer klaren Begrifflichkeit als Voraussetzung der rechtlichen Bewältigung. Wenn aber – um einen bekannten Satz zu zitieren – das Bemühen, ÖPP zu definieren, als Versuch angesehen wird, „einen Pudding an die Wand zu nageln“¹⁰, so wundert es kaum, wenn von Seiten deutscher Rechtswissenschaftler der Begriff als zur juristischen Problembewältigung wenig brauchbar betrachtet wird¹¹.

Die für den juristischen Zugang bestehende Schwierigkeit, dass es sich bei ÖPP um einen interdisziplinären Verbundbegriff handelt, der ganz unterschiedliche Ausformungen zusammenfasst, enthebt allerdings nicht von der Notwendigkeit, die mit ihm verbundenen rechtlichen Fragen zu bewältigen. Als eindeutigen Begriff gibt es „Öffentlich-Private Partnerschaft“ (im Singular) zwar sicherlich nicht, haben wir es doch mit ganz unterschiedlichen Phänomenen zu tun – weshalb englischsprachige Veröffentlichungen häufig völlig zu Recht den Plural verwenden, also von Public Private Partnerships schreiben. Jedoch ist es gleichwohl gerechtfertigt, von ÖPP im Singular im Sinne eines Formen- und Problemspeichers zu sprechen.

⁸ Zu diesen Modellen vgl. nur *Hoppenberg/Dinkhoff/Schäller*, in: Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung/Deutscher Sparkassen- und Giroverband, PPP-Handbuch, S. 53 (61 ff.); *Horn/Peters*, BB 2005, S. 2421 f.; *Schede/Pohlmann*, in: Weber/Schäfer/Hausmann, Praxis-Handbuch Public Private Partnership, S. 102 ff.

⁹ Dazu etwa *Mühlenkamp*, in: Ziekow, Wandel der Staatlichkeit und wieder zurück? Die Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in/nach der Weltwirtschaftskrise, 2011, S. 67 (94 ff.).

¹⁰ *Schuppert*, Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts, S. 4.

¹¹ So etwa *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, S. 98 f.; *Kämmerer*, Privatisierung, S. 56 ff.; *Schoch*, in: Erichsen, Kommunale Verwaltung im Wandel, S. 101 (103). Kritisch auch *Vofßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 266 (283 f.).

Es ist hier nicht der Raum, den sehr facettenreichen Ansätzen einer begrifflichen Erfassung von ÖPP im Einzelnen nachzugehen.¹² Erwähnt sei nur die Begriffsbestimmung in einem gemeinsam von der PPP-Task-Force des Bundes und den kommunalen Spitzenverbänden herausgegebenen Handbuch:

„Public Private Partnerships ... verfolgen das Ziel, durch eine langfristig angelegte Zusammenarbeit zwischen Öffentlicher Hand und privater Wirtschaft öffentliche Infrastrukturprojekte effizienter zu realisieren als bisher. Das Besondere dabei ist der Lebenszyklusansatz, mit dem das Planen, Bauen, Betreiben, Finanzieren und ggf. Verwerten zum Beispiel einer Immobilie in einem ganzheitlichen Ansatz optimiert werden. Wesentliches Erfolgskriterium ist der Partnerschaftsgedanke, der auf einer angemessenen Risikoverteilung beruht. Dabei übernimmt jeder Partner die Risiken, die er am besten beherrschen kann.“¹³

In Abgrenzung zu anderen Instrumenten öffentlicher Aufgabenerfüllung sind folgende Kriterien als prägend anzusehen:

- Sektorenüberschreitende Kooperation zwischen Akteuren der öffentlichen Hand und Privaten, die sich auf einer Ebene der Gleichordnung außerhalb einer typischerweise durch die Ausübung hoheitlicher Befugnisse im Rahmen eines Subordinationsverhältnisses geprägten Konstellation begehen;
- Zielgemeinschaft der Kooperationspartner, d. h. die Formulierung gemeinsamer Ziele bei gleichzeitiger Verfolgung (zumindest) komplementärer, d. h. miteinander vereinbar Individualziele der Akteure, jeweils im Bestreben, mit der Kooperation Synergieeffekte bzw. eine win-win-Situation zu realisieren;
- gesteigertes Aufgaben- und Verantwortungsniveau auf Seiten des Privaten hinsichtlich der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, welches einmalige Beschaffungsvorgänge, Contracting out/Outsourcing, Sponsoring, reine Finanzierungsmodelle und Kooperationen der öffentlichen Hand mit Akteuren nur aus dem Drittem Sektor ausschließt und eine Output-/Ergebnisorientierung der Leistungsbeschreibung fordert;
- Verantwortungsteilung/-gemeinschaft zwischen dem öffentlichen und privaten Partner dergestalt, dass dem Privaten teilweise oder vollständig die Erfüllungsaufgaben übertragen werden;

¹² Dazu bereits *Ziekow*, Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz, S. 77 ff.; *Ziekow/Windoffer*, Public Private Partnership, S. 25 ff.

¹³ *Christen*, in: Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung/Deutscher Sparkassen- und Giroverband, PPP-Handbuch, S. 7 (9).

verantwortung übertragen wird und der Staat die ordnungsgemäße Erledigung sicherzustellen hat, mithin eine Gewährleistungsverantwortung wahrnimmt;

- Dauerhaftigkeit der Kooperation, die mit einer Lebenszyklus- und Prozessorientierung einhergeht, d. h. Ausschluss einmaliger Beschaffungsvorgänge und kurzfristiger Dauerschuldverhältnisse sowie Beschränkung auf Projekt-ÖPP;
- Risikogemeinschaft, d. h. sachgerechte Allokation und Verteilung der projektspezifischen Risiken zwischen den Partnern;
- Formalisierung, d. h. das Erfordernis rechtsverbindlicher (austausch- bzw. gesellschaftsvertraglicher) Vereinbarungen und damit Ausschluss informeller „Handschlag-ÖPP“.¹⁴

2. Das Handwerk als Akteur/Betroffener von ÖPP-Prozessen

Die beschriebenen unterschiedlichen Zugänge zur Begrifflichkeit und Bewertung von ÖPP beruhen zumindest teilweise auch auf den divergierenden Interessen und Rationalitäten der Akteure. Der Blick des öffentlichen Partners, seine Ziele, Bindungen und Strategien sind andere als die der privaten Unternehmen.¹⁵ Darüber hinaus erweisen sich bei näherem Hinsehen weder die „öffentlichen Hände“ noch die private Seite als homogen. Beide Gruppen sind intern starkgrößendifferenziert, auf Seiten des Staates und seiner Untergliederungen vom Bund über die Länder, Kreise bis hin auf die gemeindliche Ebene, auf Seiten der Privaten von international agierenden Großunternehmen mit großer Marktmacht und der Möglichkeit der Generierung von Skaleneffekten über mittelständische Unternehmen mit dreistelligen Beschäftigtenzahlen bis hin zu kleinen Handwerksbetrieben.

Dass der vermehrte Rückgriff auf ÖPP-Modelle für mittelständische Unternehmen und insbesondere das Handwerk nicht ohne Probleme ist, ist seit längerem bekannt und hat – je nach politischer Zielpriorität – zu unterschiedlichen Vorgehensweisen geführt. Es hat sich in verschiedenen Bereichen mittlerweile ein interessanter Wettkampf der Modelle entwickelt, in dem sich ÖPP beweisen muss. Das möglicherweise spektakulärste Beispiel ließe sich als „Offenbacher Modell gegen Bergsträßer Modell“ bezeichnen. Es ist deshalb so aussagekräftig, weil es sich um zwei südhessische Landkreise, also im selben Bundesland liegende und denselben rechtlichen Regelungen unterworfenen Landkreise handelt, die nicht sehr weit voneinander entfernt liegen, so dass auch die Rahmenbedingungen noch empirisch vergleichbar sind. Beide sind zum Abbau des

¹⁴ Ziekow/Windoffer, Public Private Partnership, S. 38 ff.

¹⁵ Dazu auch Ziekow/Windoffer, Public Private Partnership, S. 49 ff.

Sanierungsstaus im Bereich Schulen völlig unterschiedliche Wege gegangen, obwohl beide Landräte sogar derselben politischen Partei angehörten:

- Das Schul-Modell des Kreises Offenbach dürfte seit langem bekannt sein und war Vorreiter für einige ähnliche Projekte. Betreffend 41 Schulen des westlichen und 49 Schulen des östlichen Kreisgebiets hat sich der Kreis Offenbach für die Durchführung der Aufgabe in ÖPP gemeinsam mit je einem privaten Unternehmen entschieden. Dies führte zur Gründung zweier Projektgesellschaften, an denen der Kreis über eine Beteiligungsgesellschaft je 5,1 % und der private Partner je 94,9 % der Anteile hält. Die Projektgesellschaften übernehmen im Rahmen eines Sanierungsvertrags die Instandsetzung und über einen Facility-Management-Vertrag die Instandhaltung und laufende Bewirtschaftung der Schulen. Für die ÖPP ist eine Gesamtlaufzeit von 15 Jahren vorgesehen. Beim Kreis verbleibt die uneingeschränkte Wahrnehmung der Schulträgerschaft, die Wahrung des ordnungsgemäßen Schulbetriebs, die Bindung der Projektgesellschaften an behördliche Weisungen, das Hausrecht, ein Weisungsrecht gegenüber den Hausmeistern sowie die Befugnis zur Vergabe von Nutzungsrechten an außerschulische Nutzer ausdrücklich ausbedungen.
- Das Bergsträßer Modell beruht von vornherein auf einem anderen Ansatz, nämlich den Erfahrungen aus dem Offenbacher Modell, dass bei der Vergabe von ÖPP-Großprojekten an international tätige Unternehmen nur ein geringer Teil der Nachunternehmervergaben in der Region bleibt. Der Kreis Bergstraße hat deshalb einen Eigenbetrieb Gebäudewirtschaft gegründet, der die kreiseigenen Liegenschaften, also auch die Schulen, instand setzt, unterhält und bewirtschaftet. Zur Vorteilhaftigkeit dieser Lösung muss man wissen, dass Eigenbetriebe in Hessen bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte nicht an die VOB/A gebunden sind.

In aussagekräftigen empirischen Studien ist belegt worden, dass kleine und mittlere Unternehmen (KMU) nur dann eine Chance haben, bei ÖPP-Projekten als Auftragnehmer zum Zuge zu kommen, wenn es sich entweder um Projekte mit einem Investitionsvolumen von unter 15 Millionen Euro handelte oder – bei höheren Investitionsvolumina – eine Bietergemeinschaft mit einem Großunternehmen gebildet wird.¹⁶ Berücksichtigt man, dass der von dieser Studie verwendete KMU-Begriff Betriebe bis zu einer Beschäftigtenzahl von 249 umfasst¹⁷, so wird deutlich, dass sich bei einer Fokussierung der Betrachtung auf die regelmäßig deutlich kleineren Handwerksbetriebe dieses Ergebnis stark verschärfen dürfte.

¹⁶ DIFU, PPP und Mittelstand, S. 85 ff.

¹⁷ DIFU, PPP und Mittelstand, S. 30.

Von Bedeutung für die Bewertung der Auswirkungen von ÖPP-Strategien auf das Handwerk ist zusätzlich zu beachten, dass es keinen nachweisbaren Zusammenhang zwischen einer mittelstandsgerechten Ausgestaltung der ÖPP-Projekte und der Projekteinbeziehung von KMU gibt.¹⁸ In Anbetracht dessen darf es als durchaus nicht gesichert bezeichnet werden, dass sich der in diversen Leitfäden zur mittelstandsfreundlichen Gestaltung von ÖPP-Projekten¹⁹ niederschlagende politische Wunsch zur Verbesserung der Chancen von Handwerksbetrieben in ÖPP-Prozessen an dem erwähnten Befund etwas Wesentliches ändern werde.

Erfolgversprechender könnte der Ansatz sein, verstärkt sog. kleine ÖPP-Projekte aufzulegen, die für Handwerksbetriebe als Hauptauftragnehmer – zumindest in Bietergemeinschaften – leichter zugänglich sind. Allerdings wird man Verständnis dafür haben müssen, wenn solchen „kleinen ÖPPs“ aus Sicht des Handwerks ein wenig der Charakter eines „Trostpflasters“ zugemessen wird. Der Umstand, am Rande auch ein wenig vom großen „ÖPP-Kuchen“ essen zu dürfen, ändert ja nichts daran, dass der mit Abstand größte Teil dieses „Kuchens“, die „großen ÖPPs“, dem Handwerk auf der Hauptauftragnehmerebene kaum zugänglich sind und es bestenfalls auf den Status eines Subunternehmers der zweiten Ebene verwiesen bleibt. Insoweit trifft es sicherlich zu, wenn Stellen der Länder zur Beratung bei ÖPP-Projekten formulieren, dass „eine »Auspressung« kleiner Betriebe ... denkbar kontraproduktiv“ wäre, der Hauptauftragnehmer deshalb „vor Ort dauerhaft funktionierende Partnerschaften mit der Handwerkschaft“ aufbauen müsse²⁰. Eine solche Berufung auf eine zu vermutende betriebswirtschaftliche Rationalität ändert allerdings nichts daran, dass sie für den Hauptauftragnehmer nicht bindend ist und die Praxis dementsprechend auch völlig anders aussehen kann. Selbst in ÖPP-Projekten, die auch aus Sicht der als Nachunternehmer eingesetzten Handwerksbetriebe ein Erfolg sind, weisen die beteiligten Betriebe darauf hin, dass dies nicht der Konstruktion als ÖPP, sondern dem Verhalten des „leitenden Unternehmens“ geschuldet ist.²¹

Trotz der diversen Bemühungen zur Verbesserung der Mittelstandsfreundlichkeit von ÖPP-Projekten werden daher von Seiten des Handwerks nach wie vor deutliche Vorbehalte formuliert, insbesondere dass

- die gewerkeweise Vergabe der seitens der öffentlichen Verwaltung benötigten Leistungen kostengünstiger ist,

¹⁸ DIFU, PPP und Mittelstand, S. 88 ff.

¹⁹ Vgl. nur Partnerschaften Deutschland, ÖPP und Mittelstand, S. 37 ff.; Öffentlich-private Partnerschaften - Initiative NRW, Kleine ÖPP-Projekte, 2008; Public Private Partnership zur Realisierung öffentlicher Baumaßnahmen in Bayern - Kleine mittelstandsfreundliche PPP-Projekte, 2007.

²⁰ PPP-Kompetenzzentrum Rheinland-Pfalz, PPP & Mittelstand, <http://www.per-rlp.de/index.php?id=73>.

²¹ Wirtschaftsministerium Baden-Württemberg, Eppelheim macht Schule, 2011, S. 22.

- die Generalübernehmervergabe nur deshalb als die kostengünstigere Alternative erscheint, weil die Subunternehmer zur Arbeit mit nicht kostendeckenden Preisen gedrückt werden,
- hieraus Qualitätseinbußen durch mangelhafte Ausführung resultieren, die zu Folgekosten für die öffentliche Hand durch die Nichtnutzbarkeit der benötigten Leistungen und Ersatzbeschaffungsmaßnahmen führen,
- die Finanzierungsbedingungen für die öffentliche Hand besser als für private Unternehmen sind, so dass das haushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeitsprinzip für die konventionelle Beschaffung mit Eigenfinanzierung durch die öffentliche Hand streitet.²²

Vor diesem Hintergrund ist es Ziel der vorliegenden Darstellung, zum einen die rechtlichen Rahmenbedingungen, die der Auflegung von ÖPP-Modellen möglicherweise Grenzen setzen, zu analysieren und zum anderen die für die Berücksichtigung der Interessen des Handwerks relevanten Bestimmungen zu untersuchen.

²² Vgl. nur die Stellungnahme des Präsidenten des Bayerischen Handwerkstages *Heinrich Traublinger*, Presseinformation „Gefängnisneubauten beweisen, dass PPP in die Irre führen“ des Bayerischen Handwerkstages v. 16.10.2009.

II. Die Berücksichtigung von Interessen des Handwerks bei der Vergabe öffentlicher Aufträge

Wählt die öffentliche Hand anstatt eines ÖPP-Modells die Variante der herkömmlichen Beschaffung im Wege der Ausschreibung einzelner Bau-, Dienst- oder Lieferleistungen, so werden Interessen des Handwerks in verschiedenen Bezügen berührt. Der folgende Teil wird sich den wichtigsten dieser Bezüge zuwenden, nämlich dem in § 97 Abs. 3 GWB statuierten Gebot der vornehmlichen Berücksichtigung mittelständischer Interessen (II.1), den bestehenden Möglichkeiten zur Berücksichtigung der Interessen des inländischen Handwerks (II.2), den handwerksfreundlichen Gestaltungsmöglichkeiten bei der Ausschreibung (II.3) sowie Fragen des Vertrauensschutzes bei EU-rechtlich induzierten Rechtsänderungen (II.4). Dabei wird die Rechtslage bei Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte der § 2 VgV, § 1 Abs. 2 SektVO im Vordergrund stehen und ergänzend auf Vergaben unterhalb dieser Schwellenwerte eingegangen werden.

1. Das Gebot der vornehmlichen Berücksichtigung mittelständischer Interessen (§ 97 Abs. 3 GWB)

Eines der zentralen Instrumente des deutschen Vergaberechts zur Implementation von Belangen des Mittelstandes in Vergabeverfahren ist das Gebot zur vornehmlichen Berücksichtigung mittelständischer Interessen gemäß § 97 Abs. 3 GWB. Die Vorschrift verlangt zunächst, dass mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen sind (§ 97 Abs. 3 S.1 GWB). § 97 Abs. 3 S. 2 GWB enthält den Grundsatz der Losaufteilung, wenn er verlangt, dass Leistungen in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben sind. Hiervon wiederum enthält § 97 Abs. 3 S. 3 GWB die Möglichkeit einer Ausnahme: Wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern, dürfen mehrere Teil- oder Fachlose zusammen vergeben werden. § 97 Abs. 3 S. 4 GWB enthält eine Sonderregelung, die im Zusammenhang der Bewertung von ÖPP-Projekten von besonderer Bedeutung ist und auf die deshalb gesondert eingegangen werden wird (siehe III.2.cc).

a) Das Handwerk als Kern des Mittelstands

Die Frage nach dem in § 97 Abs. 3 GWB verwendeten Mittelstandsbegriff ist in verschiedener Hinsicht von Relevanz. So setzt die Entwicklung von Überlegungen, in welcher Weise „mittelständische Interessen“ im Sinne von § 97 Abs. 3 S. 1 GWB gefördert werden können, voraus, dass der Kreis der Interessenträger zumindest konturierbar ist. Bei der Losaufteilung nach § 97 Abs. 3 S. 2 GWB ist u. a. die Erbringbarkeit der durch die Lose definierten Teilleistungen durch mittelständische Unternehmen zu

berücksichtigen, was ebenfalls eine Auseinandersetzung mit den in Betracht kommenden Unternehmen und deren Leistungsportfolio voraussetzt. Schließlich schützt die Regelung des § 97 Abs. 3 S. 1 GWB – anders als die Pflicht zur Losaufteilung nach § 97 Abs. 3 S. 2 GWB, die auch zugunsten nichtmittelständischer Unternehmen bieterschützend wirkt²³ – nur mittelständische Unternehmen²⁴, so dass die Ermittlung der Antragsbefugnis im Nachprüfungsverfahren eine entsprechende Abgrenzung voraussetzt.

Für das Handwerk, das nach wie vor Kern und Rückgrat des Mittelstandes ist, wird es wegen der geringen Betriebsgrößen in aller Regel nicht erforderlich sein, eine präzisierende Bestimmung der Grenzen des Mittelstandsbegriffs vorzunehmen. Eine solche ist im Übrigen auch weder geboten noch sinnvoll. Soweit insoweit auf die Empfehlungen der europäischen Kommission rekurriert wird, die KMU unterhalb einer Beschäftigtenzahl von 250 Arbeitskräften und eines Jahresumsatzes von 50 Millionen Euro verorten²⁵, kann es sich dabei im Anwendungsbereich des § 97 Abs. 3 GWB nicht um eine trennscharfe Definition handeln²⁶. Vielmehr stellen die in diesen Empfehlungen genannten Größenordnungen keine fixen Grenzen dar, sondern sind vom Auftraggeber an die Spezifika des jeweiligen Auftrags und der konkreten Marktstruktur anzupassen.²⁷ Kann diesen Empfehlungen schon deshalb kein für die Auslegung verbindlicher Charakter zukommen, weil die Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3 GWB ein originäres Produkt der deutschen Gesetzgebung ist, ohne auf europarechtlichen Umsetzungsanforderungen zu beruhen²⁸, so kann gegen den vorliegend – und von der überwiegenden Auffassung – zugrunde gelegten Ansatz einer markstrukturellen Bestimmung des relevanten „Mittelstandes“ auch nicht eingewandt werden, es handele sich um einen „allgemein gebräuchlichen volkswirtschaftlichen Begriff“²⁹. Dies macht ein Blick auf die in verschiedenen Zusammenhängen mit dem Begriff des Mittelstandes verbundenen sehr disparaten Kategorien deutlich.³⁰ Dem gesetzgeberischen Anliegen ist bereits dann Genüge getan, wenn der Auftraggeber sich mit diesen Aspekten auseinander-

²³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.7.2007 - VII Verg 10-07 -; *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink, Vergaberecht*, § 97 GWB Rdnr. 74. A. M. etwa *Diehr*, in: *Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht*, § 97 GWB Rdnr. 61.

²⁴ *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink, Vergaberecht*, § 97 GWB Rdnr. 54.

²⁵ Art. 2 Abs. 1 des Anhangs der Empfehlung der Kommission vom 6.5.2003 betr. die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, ABl. Nr. L 124/36 v. 20.5.2003.

²⁶ A. M. wohl *Hailbronner*, in: *Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht*, § 97 GWB Rdnr. 63.

²⁷ Vgl. VK Bund, Beschl. v. 4.3.2009 - VK 2-202 und 205/08 -; *Dreher*, NZBau 2005, S. 427 (428); *Kus*, in: *Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht*, § 97 Rdnr. 77.

²⁸ Deshalb kommt es auch nicht darauf an, dass § 97 Abs. 3 GWB nur für Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte gilt, die europaweit auszuschreiben sind, a.M. *Antweiler*, *VergabeR* 2006, S. 637 (641); *Ortner*, *VergabeR* 2011, S. 677 (679).

²⁹ So aber OLG Karlsruhe NZBau 2011, S. 567 (570 f.).

³⁰ Siehe nur *Ziekow*, Möglichkeiten zur Verbesserung der Standortbedingungen für kleinere und mittlere Unternehmen durch Einführung von Genehmigungsfiktionen, S. 20 f.

setzt und auf dieser Grundlage zu einer vertretbaren Abgrenzung des Kreises mittelständischer Interessen kommt.

b) Vereinbarkeit der Vorschrift mit höherrangigem Recht

Durch das Gebot, mittelständische Interessen bei der Vergabe besonders zu berücksichtigen, entsteht kein Konflikt mit dem EU-Recht.³¹ Zum einen enthält § 97 Abs. 3 GWB kein Gebot zur *Bevorzugung* mittelständischer Unternehmen oder lässt eine solche Bevorzugung auch nur zu.³² Die Zugehörigkeit eines Bieters zum Mittelstand ist daher weder als Eignungs- noch als Zuschlagskriterium ausgestaltbar.³³ § 97 Abs. 3 GWB betrifft lediglich die Erweiterung des Kreises potenzieller Bieter auf mittelständische Unternehmen, also eine Erweiterung des Wettbewerbs, durch eine Ausgestaltung des Auftrags und des Verfahrens seiner Vergabe.³⁴ Eine Ungleichbehandlung von Unternehmen erfolgt hierdurch nicht³⁵, kann aber durch im Einzelfall gewählte besondere Maßnahmen eintreten. Zum anderen lässt sich den Begründungserwägungen zur Vergabekoordinierungsrichtlinie³⁶ entnehmen, dass sowohl das Ziel der Berücksichtigung mittelständischer Interessen sowie die Losaufteilung unter Maßgabe wirtschaftlicher und technischer Gründe als auch die Festlegung von Bedingungen für die Unterauftragsvergabe unionsrechtlich akzeptiert werden (vgl. Erwägungsgründe 9 und 32 zur VKR). Dementsprechend sieht nunmehr auch der Ende Dezember 2011 veröffentlichte Vorschlag für eine Richtlinie des Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe³⁷ in Art. 44 die Möglichkeit einer Losaufteilung vor, deren Einführung ausdrücklich mit der Ermutigung von KMU zur Teilnahme am öffentlichen Beschaffungsmarkt begründet wird (Erwägungsgrund 30).

Ebenso wenig treten die Anforderungen der Mittelstandsklausel mit dem Grundgesetz in Konflikt.³⁸

³¹ Siehe *Kaltenborn*, *GewArch* 2006, S. 321 ff.

³² *Burgi*, *NZBau* 2006, S. 606 (609).

³³ *Leinemann*, *Das neue Vergaberecht*, Rdnr. 35.

³⁴ OLG Düsseldorf *NZBau* 2004, S. 688 (689).

³⁵ OLG Düsseldorf *NZBau* 2004, S. 688 (689).

³⁶ RL 2004/18/EG v. 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. L 134/114 v. 30.4.2004. Im Folgenden: VKR.

³⁷ KOM(2011) 896/2.

³⁸ A. M. *Werner*, *VergabeR* 2009, S. 262 (267 ff.).

c) Losweise Vergabe (§ 97 Abs. 3 S. 2 GWB)

aa) Grundsätze und Maßstäbe der Losaufteilung

§ 97 Abs. 3 S. 2 GWB verlangt von dem öffentlichen Auftraggeber, Leistungen in der Menge aufgeteilt oder getrennt nach Art oder Fachgebiet zu vergeben. Ausweislich des Wortlauts („sind“) gilt das Gebot ohne Ermessensspielraum. Es muss deshalb eine Losvergabe erfolgen, sofern nicht ausnahmsweise nach Satz 3 verfahren werden kann.³⁹ Anders als nach dem anders gefassten § 97 Abs. 3 GWB a. F. kann der Auftraggeber mithin nicht mehr darauf verweisen, er habe den mittelständischen Interessen in anderer Weise als durch Losaufteilung, z. B. durch die Einräumung der Möglichkeit zur Bildung von Bietergemeinschaften oder die Einbeziehung als Nachunternehmer, Rechnung getragen⁴⁰. Die Losaufteilung hat mittelständische Unternehmen vielmehr gerade in die Lage zu versetzen, sich eigenständig und nicht nur in Bietergemeinschaften zu bewerben.⁴¹ Die genannten Überlegungen werden dem Auftraggeber nunmehr durch § 97 Abs. 3 S. 1 GWB n. F. *zusätzlich* zur Losaufteilung abverlangt (dazu unten II.1.d). Diese Regeln gelten uneingeschränkt im Anwendungsbereich von VOB/A, wo § 5a VOB/A den § 5 Abs. 2 VOB/A für unanwendbar erklärt – mit der Folge, dass allein § 97 Abs. 3 GWB zur Anwendung kommt⁴² –, und VOL/A (§ 2 Abs. 2 S. 2 und 3 EG VOL/A) sowie unmittelbar im Sektorenbereich, während die Bestimmung in § 2 Abs. 4 VOF, dass kleinere Büroorganisationen (und Berufsanfänger) angemessen beteiligt werden sollen, abweichend gefasst ist.

Unter Teillosen versteht § 97 Abs. 3 S. 2 GWB die Aufteilung von Leistungen in der Menge. Eine Aufteilung in Teillose unterteilt den Auftrag quantitativ, zerlegt also den Gesamtauftrag in Teilmengen, die im Wesentlichen qualitativ gleichartig sind. Auch eine räumliche Aufteilung eines größeren Bauvorhabens in mehrere Teilabschnitte, sog. Gebietslose, ist eine Bildung von Teillosen.⁴³

Bei der Bildung von Fachlosen wird die zur Vergabe anstehende Leistung nach Art oder Fachgebiet, d. h. qualitativ, aufgeteilt. Sie orientiert sich an der Tätigkeitsstruktur der potenziellen Bieterunternehmen unter Berücksichtigung des – auch regional – Üblichen⁴⁴. Von Relevanz ist insoweit auch, ob ein eigener Markt für spezielle Arbeiten existiert.⁴⁵ Bereits hieraus wird deutlich, dass die Herauslösbarkeit einer bestimmten

³⁹ BTDrucks. 16/10117 S. 15; *Ortner*, VergabeR 2011, S. 677 (680).

⁴⁰ So für § 97 Abs. 3 a. F. OLG Brandenburg NZBau 2009, S. 337 (340).

⁴¹ OLG Düsseldorf, VergabeR 2004, S. 511 (513); OLG Karlsruhe NZBau 2011, S. 567 (570).

⁴² Vgl. *Völlink/Bernhardt*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 5a VOB/A Rdnr. 1.

⁴³ OLG Düsseldorf NZBau 2011, S. 369 (371); *Bernhardt*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 5 VOB/A Rdnr. 14.

⁴⁴ OLG Düsseldorf IBR 2008, S. 234; OLG Düsseldorf NZBau 2011, S. 369 (370). Vgl. im Einzelnen *Bernhardt*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 5 VOB/A Rdnr. 17.

⁴⁵ OLG Düsseldorf NZBau 2011, S. 369 (370).

Tätigkeit als Fachlos nicht statisch fixiert ist, sondern sich dynamisch in Abhängigkeit von sich ändernden Marktverhältnissen entwickelt.⁴⁶ Dies stellt den Auftraggeber vor das Problem, im Zuge der Erstellung der Ausschreibung dieser Marktdynamik nachzugehen und daraus Folgerungen für den Zuschnitt von Fachlosen ziehen zu müssen. Diesbezüglich wird man ihm keine detaillierte Marktanalyse, sondern nur ein Vorgehen auf der Grundlage der für ihn erkennbaren Entwicklungen abfordern können. Insoweit entspricht es einer teleologiegeleiteten Handhabung des § 97 Abs. 3 S. 2 GWB, dass sich der Auftraggeber von seinen Erfahrungen zur Erreichung eines möglichst großen Bieterkreises leiten lässt.⁴⁷ Zu weit geht es allerdings, hieraus abzuleiten, dass „je mehr Unternehmen (noch) Gesamtleistungen aus einer Hand anbieten, (es) desto eher ... gerechtfertigt sein (wird), von einer Fachlosvergabe abzusehen“⁴⁸. § 97 Abs. 3 S. 2 GWB ist kein Hilfsinstrument zur Abfederung von Marktfragmentierungen, sondern gebietet gerade den Schutz derjenigen Unternehmen, die keine Gesamtvergabe anbieten können – seien sie in der Minderheit oder nicht.

Obwohl § 97 Abs. 3 S. 2 GWB davon spricht, dass Leistungen aufgeteilt nach Teil- und Fachlosen *zu vergeben* sind, ist die Aufteilung nicht erst beim Zuschlag vorzunehmen, sondern bereits Grundlage der Ausschreibung. Die losweise Aufteilung einer zunächst als Gesamtheit ausgeschriebenen Leistung verstößt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.⁴⁹ Seine Erwägungen zur losweisen Aufteilung hat der Auftraggeber zu dokumentieren.⁵⁰

Das Gebot zur Aufteilung in Teil- und / oder Fachlose bezieht sich auf „Leistungen“. Unter einer Leistung in diesem Sinne ist der Beschaffungsbedarf zu verstehen, wie ihn der öffentliche Auftraggeber im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens definiert hat. Die 1. VK Bund hat insoweit ausgeführt:

Es ist „grundsätzlich Sache des öffentlichen Auftraggebers ..., seinen Bedarf selbst zu definieren und zu entscheiden, welche Produkte er in welchen Mengen nachfragt. Schon in Ermangelung entsprechender vergaberechtlicher Vorschriften, deren Einhaltung überprüft werden könnte, ist es nicht Aufgabe vergaberechtlicher Nachprüfungsinstanzen und liegt auch nicht in deren Kompetenz, zu überprüfen, ob dieser Bedarf in sinnvoller Weise definiert wurde oder ob andere als die nachgefragten Varianten vorteilhafter bzw. wirtschaftlicher wären. ... Der

⁴⁶ OLG Düsseldorf NZBau 2011, S. 369 (370).

⁴⁷ OLG Düsseldorf NZBau 2011, S. 369 (370).

⁴⁸ So aber OLG Düsseldorf NZBau 2011, S. 369 (370).

⁴⁹ OLG Jena VergabeR 2003, S. 683 (685).

⁵⁰ OLG Düsseldorf NVwZ 2004, S. 1146.

öffentliche Auftraggeber muss als späterer Nutzer der nachgefragten Leistung schließlich am besten wissen, was er braucht.“⁵¹

Der Auftraggeber ist durch § 97 Abs. 3 S. 2 GWB nicht gehalten, seinen Bedarf so zu formulieren, dass er auch durch mittelständische Unternehmen befriedigt werden kann. Allerdings zählen zu den von dem Auftraggeber im Rahmen seiner Ermessensausübung bei der Festlegung des Leistungsprofils zu berücksichtigenden Gesichtspunkten auch die mittelständischen Interessen.⁵² Eine Beschreibung des Leistungsprofils, die die in Betracht kommenden mittelständischen Interessen nicht zureichend ermittelt oder verkürzt abgewogen hat, ist von der Freiheit des Auftraggebers zur Festlegung seines Beschaffungsbedarfs nicht mehr gedeckt. Doch sind damit der Beschaffungsfreiheit des Auftraggebers nur äußerste Grenzen gesetzt. Er ist insbesondere nicht verpflichtet, die Definition der von ihm zu beschaffenden Leistungen mit Blick auf mittelständische Interessen zu optimieren.

Von Bedeutung ist diese auf der ersten Prüfungsstufe bestehende Entscheidungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers u. a. bei der Auflegung von ÖPP-Projekten geworden. Sowohl der Beschluss des Thüringer OLG vom 6.6.2007⁵³ als auch der Beschluss des OLG Celle vom 26.4.2010⁵⁴ betrafen die Ausschreibung von Beratungsleistungen im Vorfeld eines ÖPP-Prozesses. Beide Vergabesenate sahen es gerade als Charakteristikum des vom Auftraggeber definierten spezifischen Beschaffungsbedarfs an, dass er eine verschiedene disziplinäre Perspektiven integrierende Beratung benötigt, um eine Wahl zwischen der Realisierung des eigentlichen Beschaffungsbedarfs durch konventionelle Beschaffung oder durch ÖPP und – im letzteren Falle – zwischen verschiedenen ÖPP-Varianten fundiert treffen zu können.⁵⁵ Allerdings ergibt sich aus diesen Entscheidungen noch nicht, dass der Auftraggeber auch den eigentlichen Beschaffungsbedarf, auf dessen Erfüllung sich die Beratungsleistungen beziehen, ohne Weiteres im Rahmen der ersten Stufe als im Wege der Gesamtvergabe zu realisierende ÖPP-Leistung definieren kann. Vielmehr weisen die Entscheidungsbegründungen explizit darauf hin, dass die Frage, ob für den eigentlichen Beschaffungsbedarf eine ÖPP- oder eine andere eine Losaufteilung enthaltene Lösung gewählt werden soll, gerade Ergebnis der integrierten Beratung sein soll. Zur Abgrenzung hat das Thüringer OLG ausführlich den Unterschied zu einem Reinigungsdienste, Hausmeister- und Wartungsdienste sowie Gebäudeüberwachung und Empfangsdienstleistung umfassenden Gebäudemanagement hervorgehoben, das ohne wesentliche Qualitätsverluste in Ein-

⁵¹ 1. VK Bund, 8. 1. 2004 – VK 1-117/03 –.

⁵² OLG Jena VergabeR 2007, S. 677 (679).

⁵³ OLG Jena VergabeR 2007, S. 677.

⁵⁴ OLG Celle NZBau 2010, S. 715.

⁵⁵ OLG Jena VergabeR 2007, S. 677 (680); OLG Celle NZBau 2010, S. 715 (716).

zelleistungen aufteilbar ist.⁵⁶ Übertragen auf die überwiegende Zahl von ÖPP-Projekten im öffentlichen Hochbau stellt diese von der Rechtsprechung vorgenommene Differenzierung die auf der ersten Stufe anzusiedelnde Zusammenfassung von Bau und Betrieb zu einem vom Auftraggeber als ÖPP definierten Beschaffungsbedarf durchaus in Frage. Sofern nicht besondere qualitative Gesichtspunkte dies nahelegen⁵⁷, kann die Entscheidungsfreiheit des Auftraggebers über den Beschaffungsbedarf auf der ersten Stufe nicht die Wahl der Beschaffungsform einer ÖPP umfassen. Diese Entscheidungsfreiheit umfasst lediglich den Beschaffungsgegenstand selbst und seine Qualitätsmerkmale, nicht aber den Beschaffungsmodus. Insbesondere ist der Wunsch nach einer Entlastung des aktuellen Haushalts durch ein zeitlich gestrecktes ÖPP-Geschäft kein in die Definition des Beschaffungsbedarfs einzustellender Gesichtspunkt.

Erst innerhalb der Grenzen dieser vom Auftraggeber festgelegten Leistung stellt sich dann auf einer zweiten Stufe die Frage, ob diese Leistung entsprechend dem Grundsatz des Abs. 3 S. 2 losweise zu vergeben ist oder ob eine Ausnahme nach Satz 3 eingreift.⁵⁸ Kann oder will sich der Auftraggeber nicht auf § 97 Abs. 3 S. 3 GWB stützen, so hat er – pflichtig – eine Losaufteilung vorzunehmen. Maßstäbe der Aufteilung hinsichtlich Anzahl und Größe sind die Erbringbarkeit der durch die Lose definierten Teilleistungen durch mittelständische Unternehmen, die Sachgerechtigkeit und Üblichkeit der Abgrenzung der Leistungen sowie die Klarheit der Mängelhaftung. Bei der Gewichtung dieser Gesichtspunkte kommt dem Auftraggeber ein Bewertungsspielraum zu.⁵⁹ Es ist deshalb beispielsweise nicht geboten, die Lose kleinstmöglich zu fassen⁶⁰ oder so passgenau zuzuschneiden, dass jedem einzelnen in diesem Fachgebiet tätigen Unternehmen die Abgabe eines Angebots ermöglicht wird⁶¹.

Dies bedeutet allerdings nicht, dass bereits jede Losaufteilung den durch § 97 Abs. 3 S. 2 GWB formulierten Anforderungen genügt. Es reicht nicht aus, dass durch die Aufteilung überhaupt ein mittelständisches Unternehmen angesprochen wird. Der Auftraggeber hat sich vielmehr damit auseinander zu setzen, durch welchen Zuschnitt der Lose er eine möglichst große Zahl von Unternehmen zur Abgabe von Angeboten ermutigen kann. Die so ermittelte Losgröße ist Ausgangspunkt für die im Folgenden vorzunehmende Entscheidung über die auszuschreibende Losgröße, in die zusätzlich auch das Interesse des Auftraggebers an einer wirtschaftlichen Beschaffung einzustellen ist. Dies bedeutet mithin keinen Vorrang der Interessen kleinerer Unternehmen bei der

⁵⁶ OLG Jena VergabeR 2007, S. 677 (681).

⁵⁷ Auf diesen Gesichtspunkt abstellend OLG Jena VergabeR 2007, S. 677 (681).

⁵⁸ OLG Jena VergabeR 2007, S. 677 (679 f.); OLG Celle NZBau 2010, S. 715 (716).

⁵⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.2.2011 - VII Verg 5/11 -; NZBau 2011, S. 369 (371); OLG Karlsruhe NZBau 2011, S. 567 (570).

⁶⁰ VK Bund Beschl. v. 9.1.2008, Az.: VK 3 – 145/07.

⁶¹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.2.2011 - VII Verg 5/11 -; OLG Karlsruhe NZBau 2011, S. 567 (571); VK Hessen, Beschl. v. 1.6.2011 - 69d VK-20/2011 -.

Festlegung der Losgröße⁶², wohl aber die Notwendigkeit, sich spezifisch auch mit den Interessen der kleineren Unternehmen auseinander zu setzen.

Dies hat auch Bedeutung für das Verhältnis zwischen Teillos- und Fachlosaufteilung. Zwar ist es zutreffend, dass § 97 Abs. 2 S. 2 GWB kein Rangverhältnis zwischen Teil- und Fachlosen statuiert. Doch ist unverkennbar, dass die Fachlos- in deutlich höherem Maße als Teillosvergabe geeignet ist, eine größere Zahl besonders qualifizierter Unternehmen in den Beschaffungsprozess einzubinden.⁶³ Hieraus erhellt, dass die Pflicht des öffentlichen Auftraggebers, sich in der geschilderten Weise auch mit der Fachlosbildung auseinander zu setzen, nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass er eine Teillosaufteilung vorgenommen hat.

bb) Handwerksschutz durch Loslimitierung?

Eine über die Losaufteilung hinausgehende Berücksichtigung der Interessen insbesondere kleinerer Unternehmen ergibt sich aus einer Loslimitierung. Durch eine Loslimitierung wird die Zahl der losweise ausgeschriebenen Aufträge, für die ein und derselbe Bieter den Zuschlag erhalten kann, durch den Auftraggeber beschränkt. Spielarten sind die Beschränkung der Zahl der Lose, auf die ein Bieter Angebote einreichen darf, und das Ausscheiden eines in seiner Möglichkeit zur Abgabe von Angeboten auf alle Lose nicht beschränkten Bieters, nachdem er den Zuschlag auf die festgelegte Zahl von Losen erhalten hat. Loslimitierungen sind in den Entscheidungen der Nachprüfungsinstanzen ganz überwiegend für zulässig angesehen worden, da sie einer Abhängigkeit des Auftraggebers von einzelnen Bietern durch Bewirkung einer Anbieterpluralität entgegenwirkten und so dauerhaft langfristig dem Wettbewerb dienen.⁶⁴ Darüber hinaus wird eine Loslimitierung als mittelstandsfördernde Maßnahme bewertet⁶⁵. Dem wird man nicht folgen können. Eine Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt der Förderung des Mittelstandes, etwa auf der Basis des § 97 Abs. 3 Satz 1 GWB, scheidet aus, handelt es sich doch bei der Loslimitierung um eine nicht auf § 97 Abs. 3 GWB zu stützende Bevorzugung mittelständischer Bieter.⁶⁶ Ebenso wenig kann das Wettbewerbsziel zugunsten einer Zulässigkeit der Loslimitierung instrumentalisiert werden. Hierzu ist das Wettbewerbsziel schon deshalb nicht in der Lage, weil es als bloße Zielbestim-

⁶² OLG Karlsruhe NZBau 2011, S. 567 (572).

⁶³ Horn, NZBau 2011, S. 601 (602).

⁶⁴ Grundlegend die sog. „Münzplättchen“-Entscheidung OLG Düsseldorf NZBau 2000, S. 440 (441). Ebenso etwa OLG Dresden, 12.4.2007 - WVerG 0004/07; LSG Nordrhein-Westfalen, 30.1.2009 - L 21 KR 1/08 SFB -.

⁶⁵ So 1. VK Sachsen NJOZ 2007, 2759.

⁶⁶ Burgi, NZBau 2006, S. 693 (697); Michallik, VergabeR 2011, S. 683 (686); Otting/Tresselt, VergabeR 2009, S. 585 (592).

mung⁶⁷ nicht geeignet ist, sich gegen den Gleichheitsgrundsatz durchzusetzen. Vielmehr bewirkt die Loslimitierung gerade eine Beschränkung des Wettbewerbs durch eine gleichheitswidrige Benachteiligung leistungsstarker Bieter und ist deshalb unzulässig.⁶⁸ Es ist in sich widersprüchlich, wenn die Nachprüfungsinstanzen sowohl die Losaufteilung als auch die Loslimitierung als wettbewerbsfördernd ansehen.

Ähnlich gelagert ist die Problematik der Mehrfachbieter, die zum einen in der Form auftreten kann, dass ein Bieter nicht auf jedes einzelne Los ein Angebot, sondern nur für alle Lose zusammen ein Gesamtangebot abgibt. In der erstgenannten Fallgestaltung ist die Abgabe nur eines Gesamtangebots auf alle Lose zulässig und zuschlagsfähig.⁶⁹ Bedient das Gesamtangebot alle ausgeschriebenen Lose, so wäre es gleichheitswidrig, vom Bieter zu verlangen, sein Angebot in getrennte Lose zu fassen.⁷⁰

cc) Zulässigkeit der gemeinsamen Vergabe mehrerer Lose (§ 97 Abs. 3 S. 3 GWB)

Ausweislich des § 97 Abs. 3 S. 3 GWB dürfen mehrere Teil- oder Fachlose zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Dass wirtschaftliche oder technische Gründe das Absehen von einer losweisen Vergabe rechtfertigen können, war auch schon unter § 97 Abs. 3 GWB a. F. anerkannt. Allerdings wurde es dort für ausreichend erachtet, dass vertretbare⁷¹ oder jedenfalls überwiegende⁷² Gründe für eine Gesamtvergabe sprachen, d. h. dem öffentlichen Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum eingeräumt wurde⁷³. Dies wird nach der Neufassung des § 97 Abs. 3 GWB nicht mehr genügen können.⁷⁴ Das gesetzgeberische Ziel, den Mittelstandsschutz zu verbessern⁷⁵, würde verfehlt, wenn eine Übernahme der zu § 97 Abs. 3 GWB a. F. entwickelten Grundsätze das neu eingeführte Stufenverhältnis zwischen Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 einebnen würde. Die vom Gesetzgeber beabsichtigte Verschärfung kommt durch die Verwendung des Begriffs „erfordern“ klar zum Ausdruck. Hiergegen kann auch nicht darauf verwiesen werden, dass nach § 97 Abs. 3 S. 1 GWB mittelständische Interessen „nur »vornehmlich«“ zu berücksichtigen seien, was eine Abwägung der für und gegen eine Losaufteilung sprechenden Gründe impli-

⁶⁷ Zu diesem Charakter *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, § 97 GWB Rdnr. 3 ff.

⁶⁸ *Frenz*, *GewArch* 2011, S. 97 (98); *Kus*, in: *Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 97 Rdnr. 70; *Otting/Tresselt*, *VergabeR* 2009, S. 585 (587 ff.).

⁶⁹ A. M. OLG Frankfurt/M. *VergabeR* 2002, S. 394 (395).

⁷⁰ *Dreher*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Bd.2, § 97 Rdnr. 114.

⁷¹ OLG Schleswig OLGR 2000, S. 470.

⁷² OLG Düsseldorf NZBau 2004, S. 688 (689); Beschl. v. 11.7.2007, VII-Verg 10/07-; Beschl. v. 25.11.2009 - VII Verg 27/09 -.

⁷³ *Antweiler*, *VergabeR* 2006, S. 635 (647)

⁷⁴ A. M. OLG Düsseldorf NZBau 2011, S. 369; VK Hessen, Beschl. v. 1.6.2011 - 69d VK-20/2011-.

⁷⁵ BTDrucks. 16/10117 S. 15.

ziere.⁷⁶ Die systematische Funktion des § 97 Abs. 3 S. 1 GWB besteht nicht darin, den Regelungsgehalt des § 97 Abs. 3 S. 2 GWB abzuschwächen – die diesbezügliche Ausnahmeregelung ist vielmehr in Satz 3 enthalten –, sondern enthält ein zusätzliches Gebot, auch über die Losaufteilung hinaus Möglichkeiten zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen in den Blick zu nehmen (dazu unten II.1.d).

Auf die zu § 97 Abs. 3 GWB a. F. entwickelten Grundsätze kann allerdings hinsichtlich der Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen des Vorliegens wirtschaftlicher oder technischer Gründe zurückgegriffen werden:

- Wirtschaftliche Gründe, die eine Abweichung vom Grundsatz der losweisen Vergabe zu tragen vermögen, liegen vor, wenn eine Aufteilung in Lose zu einer unverhältnismäßigen Verteuerung der Gesamtleistung oder einer deutlichen Verzögerung des Gesamtvorhabens führen würde.⁷⁷ Die vom OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 25.11.2009 vorgenommene Relativierung, es genügte auch einfache Kostennachteile oder Verzögerungen, wenn sie in einer Interessenabwägung die mit einer Losaufteilung erzielbaren Vorteile überwiegen,⁷⁸ war schon nach § 97 Abs. 3 GWB a. F. problematisch und ist jedenfalls auf die vom Gesetzgeber bewusst zugunsten einer Losaufteilung und zu Lasten der Entscheidungsspielräume des öffentlichen Auftraggebers vorgenommene Verschärfung durch die Neufassung der Mittelstandsklausel nicht übertragbar.⁷⁹ Die bloße Schwierigkeit des öffentlichen Auftraggebers, ein Bauprojekt aus dem laufenden Haushalt zu finanzieren, stellt keinen wirtschaftlichen Grund in diesem Sinne dar.

Die Frage, wann in diesem Sinne eine deutliche Verzögerung einzutreten droht, ist in Abhängigkeit von den Spezifika der jeweiligen, vom Auftraggeber definierten Leistung zu beantworten.⁸⁰ Handelt es sich beispielsweise um ein eilbedürftiges Vorhaben, etwa die Fertigstellung eines Bauabschnitts einer vielbefahrenen Autobahn, so kann die mit einer Gesamtvergabe verbundene Straffung und Beschleunigung der Abläufe des Vorliegens der Voraussetzungen des § 97 Abs. 3 S. 3 GWB begründen, handelt es sich doch um auftragsbezogene Besonderheiten.⁸¹ Nicht ausreichend sind hingegen die vom Gesetzgeber als typische Folgen einer Aufteilung bewusst in Kauf genommenen

⁷⁶ So aber VK Saarland, Beschl. v. 7.9.2009 - 3 VK 01/2009 -.

⁷⁷ OLG Düsseldorf NZBau 2004, S. 688 (689); 11.7.2007, VII-Verg 10/07-; OLG Düsseldorf NZBau 2011, S. 369 (370); OLG Brandenburg NZBau 2009, S. 337 (340); *Ortner*, VergabeR 2011, S. 677 (681 f.).

⁷⁸ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.11.2009 - VII Verg 27/09 -.

⁷⁹ Im Ergebnis auch *Faßbender*, NZBau 2010, S. 529 (533).

⁸⁰ OLG Düsseldorf, 11.7.2007, VII-Verg 10/07-.

⁸¹ OLG Düsseldorf, 11.7.2007, VII-Verg 10/07-.

Nachteile wie ein erhöhter Koordinierungsaufwand des Auftraggebers, die Erhöhung seiner Transaktionskosten durch die Notwendigkeit, sich mit mehreren Vertragspartnern auseinandersetzen zu müssen, oder die einfachere Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen bei einer Gesamtvergabe.⁸²

Hat der Auftraggeber schon mehrere Lose gebildet, so kommt es für seine Möglichkeit, aus wirtschaftlichen Gründen von der Bildung weiterer Lose abzusehen, darauf an, ob der durch die Bildung eines „Splitterloses“ entstehende Aufwand unverhältnismäßig wäre. Diese Beurteilung ist durch eine die Zahl der ohnehin schon gebildeten Lose und die Größe des eventuellen zusätzlichen Loses einbeziehende Bewertung vorzunehmen.⁸³

- Unter technischen sind solche Gründe zu verstehen, die eine Integration aller Leistungserbringungsschritte in einer Hand zur Erreichung des vom Auftraggeber angestrebten Qualitätsniveaus notwendig machen. Diesbezüglich ist es von besonderer Bedeutung, dass die Festlegung des Leistungsprofils dem Auftraggeber vorbehalten bleibt (dazu oben II.1.c.aa). Beispiel für das Vorliegen technischer Gründe ist die Erstellung eines Bauwerks, für dessen Funktionsgerechtigkeit die Zusammenfügung der Leistungen verschiedener Gewerke nicht ausreicht, sondern für das spezifische Bauteile oder eine besondere Abstimmung der Errichtungsschritte aufeinander erforderlich sind, die bereits während des Erstellungsprozesses besondere Maßnahmen aus einer Hand erfordern.⁸⁴ Technische Gründe sind nicht allein technische Gesichtspunkte im engeren Sinne des Wortes, sondern alle Aspekte, die in Anbetracht des vom Auftraggeber vorgegebenen Leistungsprofils in einem unauflöselichen Zusammenhang miteinander stehen. Dies kann z. B. auch bei komplexen, miteinander verflochtenen Dienstleistungen, etwa Beratungsleistungen, der Fall sein⁸⁵. Darüber hinaus können technische Gründe auch mehrere Leistungsarten miteinander verknüpfen, wenn beispielsweise die Wartung eines Gebäudes wegen der dafür erforderlichen spezifischen Kenntnisse nur durch das Unternehmen möglich ist, das das Gebäude errichtet hat.⁸⁶

Liegen wirtschaftliche oder technische Gründe in dem beschriebenen Sinne vor, so ist ein Absehen von einer Losaufteilung gleichwohl nur dann zulässig, wenn die genannten Gründe dieses Absehen erfordern. Ein Ermessens-, Abwägungs- oder Beurtei-

⁸² OLG Düsseldorf NZBau 2004, S. 688 (690); Beschl. v. 11.7.2007, VII-Verg 10/07-; Beschl. v. 25.11.2009 - VII Verg 27/09 -. Vgl. aber OLG Düsseldorf NZBau 2011, S. 369 (370).

⁸³ OLG Düsseldorf NZBau 2011, S. 369 (370).

⁸⁴ OLG Brandenburg NZBau 2009, S. 337 (340).

⁸⁵ Vgl. OLG Jena VergabeR 2007, S. 677 (680).

⁸⁶ Zur Einbeziehung von Wartungsdienstleistungen in die „technischen Gründe“ vgl. VK Nordbayern, 16.4.2008 - 21.VK-3194-14/08 -.

lungsspielraum des Auftraggebers besteht – anders als nach § 97 Abs. 3 GWB a. F. – diesbezüglich nicht.⁸⁷ Allerdings ist ein solcher Spielraum wegen der Festlegung des Auftragsgegenstands durch den Auftraggeber (vgl. oben II.1.c.aa) auch nicht erforderlich, um dem Auftraggeber benötigte Flexibilität zu eröffnen.⁸⁸ Eine Ausnahme vom Gebot der Losaufteilung ist daher nur dann zulässig, wenn das Beschaffungsvorhaben in der Form, wie es der öffentliche Auftraggeber zulässigerweise definiert hat, nur im Wege der Gesamtvergabe bzw. der Zusammenfassung mehrerer Lose verwirklicht werden kann.

Weshalb durch die Regelung des § 97 Abs. 3 S. 3 GWB von dem Konzept einer Generalübernehmerschaft ausgegangen werden sollte⁸⁹, ist nicht erkennbar. Die Bestimmung steht der Frage, ob die Gesamtvergabe an einen Generalunternehmer oder einen Generalübernehmer erfolgt, neutral gegenüber (zur Problematik der Generalübernehmer unten III.2.c.cc).

Bei ÖPP-Modellen ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob sie die Voraussetzungen des § 97 Abs. 3 S. 3 GWB erfüllen oder nicht. Zwar ist die Regelung des Satzes 4 gerade zu dem Zweck in den § 97 Abs. 3 GWB eingefügt worden, um „mittelstandsfreundliche Auftragsvergaben auch im Rahmen einer Öffentlich-Privaten-Zusammenarbeit sicherzustellen“⁹⁰. Doch entbindet dies nicht von der Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 97 Abs. 3 S. 3 GWB.

Das Transparenzgebot verlangt, dass eine auf Satz 3 gestützte gemeinsame Vergabe mehrerer Lose begründet und dokumentiert wird. Hierfür ist es erforderlich, dass das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 97 Abs. 3 S. 3 GWB genau geprüft und im Einzelnen belegt wird. Die Aufzählung abstrakter Zielvorgaben und bloßer Erfahrungssätze genügt jedenfalls dann nicht, wenn diese nicht auf den konkreten Fall heruntergebrochen worden sind.⁹¹

d) Darüber hinausgehender Gehalt des § 97 Abs. 3 S. 1 GWB: Verfahrens- und Förderungspflichten öffentlicher Auftraggeber

§ 97 Abs. 3 S. 1 GWB verlangt, mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Die Vorschrift soll das mit der Änderung des Absatzes 3 verfolgte Ziel des Gesetzgebers, die Mittelstandsklausel in ihrer Wir-

⁸⁷ *Diehr*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 97 GWB Rdnr. 57; A. M. VK Hessen, Beschl. v. 1.6.2011 - 69d VK-20/2011 -, mit unklarer dogmatischer Einordnung (sowohl Ermessensspielraum als auch Einschätzungsprärogative); *Boesen*, VergabeR 2011, S. 364 (371).

⁸⁸ Deutlich insoweit OLG Jena VergabeR 2007, S. 677 (680).

⁸⁹ So *Frenz*, GewArch 2011, S. 97 (98).

⁹⁰ BTDrucks. 16/11428 S. 33.

⁹¹ OLG Düsseldorf NZBau 2004, S. 688 (689)

kung zu verstärken,⁹² zum Ausdruck bringen. Die Verselbständigung dieses Gebots gegenüber den Regelungen über die Losvergabe in Satz 2 und 3 kann nur dahingehend verstanden werden, dass die losweise Vergabe eine, aber nicht die einzige Form der Berücksichtigung mittelständischer Interessen ist.⁹³

Dem öffentlichen Auftraggeber wird daher durch § 97 Abs. 3 S. 1 GWB die umfassende Prüfung aufgegeben, welche Möglichkeiten zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen zur Verfügung stehen. Dabei hat sich der Auftraggeber zunächst damit auseinanderzusetzen, welche Unternehmen an der Erbringung von Lieferungen oder Leistungen der betreffenden Art Interesse haben könnten. Art der Lieferung oder Leistung und Marktstruktur auf Anbieterseite sind also einander gegenüberzustellen. Anschließend hat der Auftraggeber zu ermitteln, ob sich unter den potenziellen Anbietern mittelständische Unternehmen befinden.

Anschließend hat der Auftraggeber – im Rahmen seiner Möglichkeiten – zu ermitteln, inwieweit sich die mittelständischen von den Interessen anderer an dem Auftrag potenziell interessierter Unternehmen unterscheiden. Auf der letzten Stufe des durch § 97 Abs. 3 S. 1 GWB intendierten Prüfprogramms ist vor dieser Folie schließlich ein Szenario von denkbaren Maßnahmen, die den spezifischen mittelständischen Interessen an einer Beteiligung an dem Vergabeverfahren gerecht werden, zu entfalten. Ausgangspunkt ist die losweise Vergabe nach Abs. 3 S. 2 und S. 4. Reicht sie aus, um den mittelständischen Interessen hinreichend Rechnung zu tragen, so brauchen andere Maßnahmen, die als in Betracht kommend ermittelt wurden, nicht ergriffen zu werden. Unzulässig sind Maßnahmen, die gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen. Ein solcher Verstoß würde z. B. darin liegen, in Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb eine bestimmte Zahl mittelständischer Unternehmen oder von solchen gebildeter Bietergemeinschaften für die nächste Verfahrensphase zu „setzen“.⁹⁴ Jedenfalls aber hat der Auftraggeber bei der Ausfüllung von nach den vergaberechtlichen Regelungen bestehenden Spielräumen die mittelstandsfreundliche Variante zu wählen.⁹⁵

e) Mittelständische Interessen bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte

Für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte enthalten die Vergabe- und Vertragsordnungen verschiedene Regelungen, die gleichfalls eine Berücksichtigung mittelständischer Interessen vorschreiben. Entsprechend § 97 Abs. 3 S. 2 und 3 GWB schreiben

⁹² BTDrucks. 16/10117 S. 15.

⁹³ Kus, in: Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht § 97 Rdnr. 89; Michallik, VergabeR 2011, S. 683 (690).

⁹⁴ A. M. Kus, in: Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 97 Rdnr. 90.

⁹⁵ Vgl. Diehr, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, § 97 GWB Rdnr. 51.

§ 5 Abs. 2 VOB/A sowie § 2 Abs. 2 VOL/A vor, dass Bauleistungen in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art und Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben sind, wobei auf eine Aufteilung oder Trennung bei der Vergabe aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen verzichtet werden kann. Inhaltlich bestehen keine Unterschiede zu § 97 Abs. 3 S. 2 und 3 GWB⁹⁶, so dass auch unterhalb der Schwellenwerte die dargestellten Grundsätze zur Anwendung kommen.

Kein Pendant für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte gibt es zur Regelung des § 97 Abs. 3 S. 4 GWB. Die Frage, inwieweit ihre Grundsätze auch in Beschaffungsprozessen unterhalb der Schwellenwerte zur Anwendung kommen sollten, ist von äußerst überschaubarer Bedeutung. Zielen die sog. kleinen ÖPPs gerade darauf ab, kleine und mittlere Unternehmen verstärkt bereits als Hauptauftragnehmer in ÖPP-Verfahren einzubinden (dazu oben I.2), so ist der Bedarf an einer die Modi der Nachunternehmervergabe steuernden Norm gering. Allerdings ist bei einer Ausweitung des Marktes der kleinen ÖPPs, insbesondere der Ausprägung als Skaleneffekte ermöglichenden Massengeschäften in bestimmten Segmenten, nicht auszuschließen, dass größere Unternehmen verstärkt versuchen, diese Segmente als Generalübernehmer zu kontrollieren. Da die Regelungen zur Losaufteilung auch für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte dem Gedanken des Mittelstandsschutzes verpflichtet sind, wird man die Anforderungen des § 97 Abs. 3 S. 4 GWB entsprechend heranziehen können, wenn sich der Auftraggeber zur Gesamtvergabe entschlossen hat.

2. Möglichkeiten zur Berücksichtigung der Interessen des *inländischen* Handwerks

In der Diskussion über eine Beeinträchtigung der Interessen des Handwerks durch die Verfolgung von ÖPP-Strategien richtet sich der politische Fokus regelmäßig weniger auf das Handwerk als europaweit – allerdings deutlich unterschiedlich ausgeprägter – Wirtschaftszweig als vielmehr auf die Befürchtung, im Unterschied zur konventionellen Beschaffung mit losweiser Vergabe bestünden für das regionale und lokale Handwerk kaum Chancen zur Auftragsakquise. Entsprechend sind wie im sog. Bergsträßer Modell (dazu oben I.2) zuweilen politische Entscheidungen bewusst gegen ein ÖPP-Modell getroffen worden, obwohl für ein solches bereits Erfahrungswerte existierten.

Um – bei entsprechendem politischem Willen – rechtssicher vergeben zu können, bedarf es Klarheit darüber, einerseits welche Chancen für eine Berücksichtigung der Interessen gerade des inländischen Handwerks bestehen und andererseits welche rechtlichen Grenzen einer solchen Berücksichtigung gezogen sind. Diesbezüglich wird

⁹⁶ Kus, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL/A, § 2 Rdnr. 60 ff.; ders., in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOB/A, § 5 Rdnr. 24 ff.

im Folgenden zwischen den Vorgaben des deutschen (II.2.a) und denen des europäischen Rechts (II.2.b) unterschieden.

a) Deutsches Recht

Im deutschen Recht ist zunächst zwischen verschiedenen Regelungsebenen zu differenzieren: der verfassungsrechtlichen (II.2.a.aa) und der einfachgesetzlichen (II.2.a.bb). Innerhalb der einfachgesetzlichen Ebene sind für Beschaffungen oberhalb (II.2.a.bb) und unterhalb (II.2.a.cc) der Schwellenwerte unterschiedliche Bestimmungen einschlägig.

aa) Verfassungsrechtliche Vorgaben

Die Bedeutung des Grundgesetzes im Vergaberecht besteht darin, Maßstäbe für das Tätigwerden des Gesetzgebers und der öffentlichen Auftraggeber gegenüber den an einem Vergabeverfahren beteiligten oder interessierten Privatrechtssubjekten zu errichten – und zwar gleichermaßen für Vergaben unterhalb und solche ab Erreichen der Schwellenwerte. Da es sich bei der Vergabe öffentlicher Aufträge um Handeln der öffentlichen Gewalt handelt, wird mit Blick auf Art. 1 Abs. 3 GG kaum noch ernsthaft bestritten, dass die Auftragsvergabe unter Bindung an die Grundrechte erfolgt.⁹⁷

a) Freiheitsgrundrechte

Als freiheitsgrundrechtlicher Maßstab für die Bewertung einer besonderen Berücksichtigung der Interessen des inländischen Handwerks ist die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Vertragsfreiheit im unternehmerischen Bereich von besonderer Bedeutung. Zwar wird die Vertragsfreiheit im Allgemeinen durch das Auffanggrundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet.⁹⁸ Jedoch tritt die Prüfung am Maßstab der allgemeinen Handlungsfreiheit als subsidiär zurück, wenn die fragliche Regelung die Vertragsfreiheit gerade in dem durch Art. 12 Abs. 1 GG erfassten Bereich beruflicher Betätigung betrifft.⁹⁹

⁹⁷ BVerfG NJW 2006, S. 3701 (3702); NJW 2007, S. 51 (52 ff.); *Burgi*, NZBau 2001, S. 64 (65); *Dörr*, DÖV 2001, S. 1014 (1015); *Kahl*, in: Aschke/Hase/Schmidt-De Caluwe, Selbstbestimmung und Gemeinwohl, S. 151 (158); *Merten*, in: Sommermann, Aktuelle Fragen zu Verfassung und Verwaltung im Europäischen Mehrebenensystem, S. 1 (12); *Siegel*, DÖV 2007, S. 237 (239); *Ziekow/Siegel*, ZfBR 2004, S. 30 (34 f.).

⁹⁸ BVerfGE 65, S. 196 (210); 74, S. 129 (151 f.).

⁹⁹ BVerfGE 68, S. 193 (223 f.); 77, S. 84 (118); 95, S. 173 (188).

Zu beachten ist, dass sich auch Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten der EU nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf die Grundrechte des Grundgesetzes berufen können, da Art. 19 Abs. 3 GG insoweit am Maßstab des europäischen Rechts anwendungserweiternd auszulegen ist¹⁰⁰. Allerdings hatte sich das betreffende Unternehmen in dem vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fall auf eine Verletzung der Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG berufen. Beide Grundrechte gelten im Unterschied zu Art. 12 Abs. 1 GG für jedermann und nicht nur für Deutsche. Art. 12 Abs. 1 GG enthält insoweit zusätzlich zu der Begrenzung des Art. 19 Abs. 3 GG auf inländische juristische Personen eine weitere Beschränkung des persönlichen Schutzbereichs. Eine Analyse der vom Bundesverfassungsgericht zur anwendungserweiternden Auslegung gewählten Begründung legt jedoch den Schluss nahe, dass auch der personelle Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG einer solchen Erweiterung zu unterziehen ist.

Dies unterstellt ist zunächst darauf hinzuweisen, dass in dem bloßen Umstand, dass der öffentliche Auftraggeber den Auftrag an ein Unternehmen vergibt und damit – zwangsläufig – die unterlegenen Bieter in ihrem Interesse am Erhalt des Auftrags beeinträchtigt, kein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG vorliegt.¹⁰¹ Es ist Sache des Auftraggebers, die Kriterien der Angebotsauswahl zu bestimmen.¹⁰² Bezieht er als eines dieser Kriterien die regionale Verankerung eines Bieters ein, so führt dies nicht zu einem Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG. Prüfungsmaßstab ist insoweit vielmehr Art. 3 GG (dazu unten II.2.a.aa.β).

Auch am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG zu messen wäre hingegen eine dem Hauptauftragnehmer auferlegte Pflicht zur Untervergabe an Unternehmen, die dem Handwerk zuzuordnen und entweder in Deutschland oder sogar in einem Teilgebiet davon ansässig sind. Denn um eine die Vertragsfreiheit in dem durch Art. 12 Abs. 1 GG erfassten Bereich beruflicher Betätigung betreffende Regelung in Form der Berufsausübungsregelung handelt es sich, wenn dem Arbeitgeber eine bestimmte Gestaltung der Arbeitsbeziehungen vorgegeben wird.¹⁰³ Dies ist der Fall, wenn dem Auftragnehmer eine bestimmte Auswahl der als Subunternehmen in Betracht kommenden Betriebe vorgegeben wird.

Unter Zugrundelegung der vom Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss zur Tariftreuepflicht entwickelten Maßstäbe liegt in einer solchen Einschränkung keine allgemeine Regulierung des Wettbewerbsverhaltens der Unternehmen, sondern ein Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG vor¹⁰⁴. Weigert sich

¹⁰⁰ BVerfG NJW 2011, S. 3428.

¹⁰¹ BVerfG NJW 2006, S. 3701 (3702).

¹⁰² BVerfG NJW 2006, S. 3701 (3702 f.).

¹⁰³ BVerfG NZBau 2007, S. 53 (55).

¹⁰⁴ BVerfG NZBau 2007, S. 53 (55 f.).

das Unternehmen, seine Vertragsbeziehungen nach den vorgegebenen Standards zu gestalten, so hat es keine Chance auf den Zuschlag. Die in diesem Druck zu einer bestimmten Vertragsgestaltung liegende Berührung des Schutzbereichs stellt sich als Eingriff dar, weil die Beschränkung der Vertragsfreiheit der Unternehmen nicht lediglich ein bloßer Reflex der an die öffentlichen Auftraggeber adressierten Pflicht zur Ausgestaltung des Vergabeverfahrens ist. Hinsichtlich der Prüfung der Angemessenheit hat das BVerfG zu Recht daran erinnert, dass die Freiheit der Unternehmen, die Vertragsbeziehungen zu seinen Arbeitnehmern – gleiches gilt für Subunternehmer und Lieferanten – frei gestalten zu können, mitentscheidend für den Erfolg der beruflichen Tätigkeit und damit wesentlicher Bestandteil der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Freiheit der Berufsausübung ist. Auf der anderen Seite ist das Gewicht der mit der Einschränkung dieser Freiheit jeweils verfolgten Allgemeinwohlbelange zu berücksichtigen.¹⁰⁵ Dabei ist auch das Gewicht des Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit der bietenden Unternehmen einzubeziehen, wenn es z. B. den Unternehmen zum einen freisteht, ob sie ein Angebot auf die betreffende Ausschreibung abgeben wollen, und dass zum anderen nicht die gesamte Geschäftstätigkeit der Unternehmen betroffen ist, sondern nur die Teilbereiche, die sich auf die Erlangung öffentlicher Aufträge beziehen.¹⁰⁶

Darüber hinaus bedarf der Grundrechtseingriff einer gesetzlichen Grundlage (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG), d. h. es muss eine gesetzliche Regelung bestehen, auf die die Auferlegung einer Pflicht zur Subvergabe an inländische Handwerksbetriebe gestützt werden kann. Eine solche gesetzliche Regelung besteht nicht. Dem geltenden Vergaberecht ist vielmehr die gegenteilige Wertung zu entnehmen (vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A; dazu unten II.2.a.cc.α). Im Ergebnis wäre der in der Pflicht zur Berücksichtigung in bestimmten Regionen ansässiger Handwerksbetriebe bei der Untervergabe liegende Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG mithin schon mangels gesetzlicher Grundlage nicht zu rechtfertigen.

β) Allgemeiner Gleichheitssatz

Weiterhin sind Vergabeentscheidungen generell am allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu messen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der allgemeine Gleichheitssatz verletzt, 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,

¹⁰⁵ BVerfG NZBau 2007, S. 53 (56 f.).

¹⁰⁶ Vgl. zu diesen Gesichtspunkten BVerfG NZBau 2007, S. 53 (56 f.).

dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.¹⁰⁷ Die Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes kann nur in sach- und regelungsspezifischer Abwägung erfolgen.¹⁰⁸ Was in Anwendung des Gleichheitssatzes sachlich vertretbar oder sachfremd ist, lässt sich nicht abstrakt und allgemein festlegen, sondern nur stets in Bezug auf die Eigenart des konkreten Sachbereichs, der geregelt werden soll.¹⁰⁹

Für die Gleichheitsprüfung von Beschaffungsvorgängen bedeutet dies, dass der Auftraggeber die Auswahl unter den Bietern unter den Gesichtspunkten der sachgerechten und wirtschaftlichen Auftragsbefriedigung treffen muss. Dies heißt nicht, dass die Berücksichtigung anderer Auswahlkriterien unzulässig wäre; jedoch müssen diese einer Rechtfertigungsprüfung standhalten.¹¹⁰ Elemente dieser Prüfung sind die Legitimität des mit dem Kriterium verfolgten Ziels, die Eignung des Kriteriums zur Erreichung des Ziels, das geringstmögliche Maß der Ungleichbehandlung sowie die Angemessenheit des Kriteriums zur Verwirklichung des Differenzierungsziels¹¹¹.

Für die Beurteilung von Beschaffungsvorgängen hat das Bundesverfassungsgericht die daraus folgenden Anforderungen in die Formel gebracht: „Jeder Mitbewerber muss eine faire Chance erhalten, nach Maßgabe der für den spezifischen Auftrag wesentlichen Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden.“¹¹² Richtigerweise wird man also zu bedenken haben, dass die sachliche Vertretbarkeit eines Kriteriums im Rahmen der Gleichheitsprüfung nur mit Blick auf die Eigenart des geregelten Sachbereichs beurteilt werden kann. Prägend für diese Eigenart sind für das Vergabewesen die Gesichtspunkte der sachgerechten und wirtschaftlichen Auftragsbefriedigung. Entscheidend ist, dass es sich um die „für den spezifischen Auftrag wesentlichen Kriterien“ handelt, d. h. diese einen Bezug zur Leistung aufweisen müssen.¹¹³

Ein solcher Bezug liegt bei einer Beschränkung der Vergabe – sei es der Hauptvergabe durch den öffentlichen Auftraggeber, sei es der Subvergabe durch den Auftragnehmer – auf national oder regional ansässige Handwerksunternehmen nicht vor. Fehlt es an einer sachgerechten Verknüpfung mit dem Auftragsgegenstand, so fehlt es typischerweise an der Angemessenheit der Berücksichtigung des betreffenden Kriteriums. Abweichungen von dieser typisierenden Betrachtung sind allerdings im Einzelfall möglich, wenn das Gewicht des die Einbeziehung in die Vergabe tragenden Ziels die Nach-

¹⁰⁷ BVerfGE 55, S. 72 (88); 82, S. 60 (86); 84, S. 197 (199); 95, S. 39 (45); BVerfG NJW 2000, S. 3341 (3342).

¹⁰⁸ Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3 Rdnr. 37.

¹⁰⁹ BVerfGE 90, S. 145 (195 f.).

¹¹⁰ Pünder, VerwArch 95 (2004), S. 38 (43).

¹¹¹ Burgi, NZBau 2001, S. 64 (70); Pünder, VerwArch 95 (2004), S. 38 (45 ff.).

¹¹² BVerfG NJW 2006, S. 3701 (3703).

¹¹³ Burgi, NZBau 2001, S. 64 (70 f.); Frenz, EuZW 2006, S. 748 (750).

teile der nur mittelbaren Verknüpfung überwiegt.¹¹⁴ Zwar ist das Ziel des Schutzes des Handwerks als Kern des Mittelstands vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich als verfassungsrechtlich zulässiges Ziel anerkannt worden¹¹⁵, weshalb der Mittelstandsschutz im Vergaberecht als solcher verfassungsrechtlich problemlos ist. Doch kann der besonderen Bevorzugung des *heimischen* Handwerks schon deshalb kein verfassungsrechtliches Gewicht zukommen, weil sie mit den Grundfreiheiten des AEUV nicht vereinbar ist (dazu unten II.2.b).

Anderes gilt, wenn sich eine mittelbare Bevorzugung von Betrieben, die in einer bestimmten örtlichen Nähe zum Ort der Leistungserbringung ansässig sind, aus einem unmittelbaren Leistungsbezug ergibt (dazu unten II.2.a.cc.α). Auch in diesem Fall allerdings ist eine Beschränkung auf inländische Handwerksbetriebe unzulässig. Betriebe, die durch die Grenznahe ihrer Ansiedlung in einem anderen Mitgliedstaat das entsprechende Leistungskriterium, z. B. die Einhaltung einer definierten Reaktionszeit, gleichfalls einhalten können, dürfen nicht benachteiligt werden.

bb) Einfachrechtliche Vorgaben ab Erreichen der Schwellenwerte

Der Wortlaut des § 97 Abs. 2 GWB greift insoweit zu kurz wie sich die gebotene Gleichbehandlung nur auf die *Teilnehmer* an einem Vergabeverfahren bezieht. Keineswegs gilt das Gleichbehandlungsgebot nur im Rahmen einer Sonderrechtsbeziehung zwischen Auftraggeber und Bieter, die durch die Abgabe eines Angebots auf eine Ausschreibung begründet werden soll¹¹⁶. Hierzu hat der Europäische Gerichtshof bereits in seinem Urteil vom 5.10.2000 zur früheren Sektorenkoordinierungsrichtlinie Stellung genommen, wobei die Begründung unzweifelhaft auch auf den Anwendungsbereich von VKR und SKR¹¹⁷ und damit des § 97 Abs. 2 GWB zu übertragen ist:

„Im Hinblick auf die Frage, ob diese Bestimmung auch für potenzielle Bieter gilt, ist festzustellen, dass das in ihr niedergelegte Diskriminierungsverbot für alle Phasen des Vergabeverfahrens und nicht nur von dem Zeitpunkt an gilt, zu dem ein Unternehmer ein Angebot abgegeben hat. Diese Auslegung entspricht dem Zweck der Richtlinie, die Märkte, auf die sie anwendbar ist, dem Wettbewerb in der Gemeinschaft zu öffnen. Diesem Zweck würde es nämlich zuwiderlaufen, wenn ein Auftraggeber ein Vergabeverfahren so gestalten könnte, dass die Un-

¹¹⁴ Vgl. zur Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes am Beispiel der – nach dem im Text ausgeführten insoweit allerdings ohnehin unproblematischen – Tariftreueerklärung BVerfG NJW 2007, S. 51 (56).

¹¹⁵ BVerfGE 13, S. 97 (104 ff.).

¹¹⁶ A. M. OLG Jena NZBau 2005, S. 476 (479 f.).

¹¹⁷ RL 2004/17/EG v. 31.3.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. L 134/1 v. 30.4.2004 (Sektorenkoordinierungsrichtlinie).

ternehmer aus den anderen Mitgliedstaaten als dem, in dem die Aufträge vergeben werden, von der Angebotsabgabe abgeschreckt würden. Folglich schützt ... (die) Richtlinie dadurch, dass ... (sie) eine Ungleichbehandlung der Bieter verbietet, zugleich diejenigen, die von der Angebotsabgabe abgeschreckt wurden, weil sie durch die Ausgestaltung des vom Auftraggeber angewandten Verfahrens benachteiligt wurden.“¹¹⁸

Der Gleichbehandlungsgrundsatz greift also bereits ein, sobald ein öffentlicher Auftraggeber in einem materiellen Sinne einen Beschaffungsbedarf dem Markt zugänglich gemacht hat. Auch dann, wenn sich der Auftraggeber gegen die Durchführung eines Vergabeverfahrens entscheidet und seinen Beschaffungsbedarf im Wege des Direktbezugs von einem Unternehmen decken möchte, gebietet der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Gleichbehandlung aller potenziell an dem Auftrag interessierten Bieter.¹¹⁹

Die in § 97 Abs. 2 GWB von der Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zugelassene Ausnahme der ausdrücklichen Anordnung oder Gestattung einer Ungleichbehandlung auf Grund des GWB findet ihre Grenzen von vornherein im europäischen Recht. Gegenüber normierten Ungleichbehandlungen, die mit dem Unionsrecht nicht im Einklang stehen (dazu unten II.2.b), setzt sich dessen Anwendungsvorrang durch.

cc) Bestimmungen für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte

Auch für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte sind zunächst die von Verfassungs- und primärem Unionsrecht aufgestellten Maßgaben (oben II.2.a.aa, unten II.2.b) zu berücksichtigen. Nicht anwendbar sind hingegen das sekundäre EU-Vergaberecht sowie die Vorschriften der §§ 97 ff. GWB und der Vergabeverordnung. Unterhalb der Schwellenwerte ist gesetzliche Grundlage für die Vergabe öffentlicher Aufträge das Haushaltsrecht der jeweiligen Körperschaft – soweit nicht in den Bundesländern besondere gesetzliche Vorschriften bestehen (dazu unten II.2.a.cc.β). Daher ist das Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte nicht – wie oberhalb der Schwellenwerte – vom Zweck der Öffnung des Wettbewerbs, sondern von den haushaltsrechtlichen Maßgaben der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bestimmt. Realisiert werden die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Bereich der öffentlichen Beschaffung durch rechtlich strukturierte Vergabeverfahren.

Das Haushaltsrecht von Bund, Ländern und Kommunen verlangt regelmäßig, dass der Vergabe von Aufträgen über Lieferungen und Leistungen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen muss, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Um-

¹¹⁸ EuGH NZBau 2001, S. 275 Rdnr. 107 ff.

¹¹⁹ Zutreffend *Kus*, in: *Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 97 Rdnr. 34.

stände eine Ausnahme rechtfertigen. Bei der Vergabe von Aufträgen und dem Abschluss von Verträgen soll dabei nach einheitlichen Vergabegrundsätzen bzw. Richtlinien verfahren werden (vgl. nur § 55 BHO, § 55 der Landeshaushaltsordnungen, § 31 GemHVO BW, § 29 HessGemHVO - Doppik, § 29 GemHVO MV, § 22 GemHVO RP, § 29 GemHVO Doppik LSA). Niedergelegt sind diese einheitlichen Grundsätze in der Regel im Abschnitt 1 der VOB/A und der VOL/A.

α) VOB/A und VOL/A

Die den EU-rechtlichen Vergaberichtlinien zugrunde liegenden und in § 97 Abs. 1 und Abs. 2 GWB für das nationale Recht oberhalb der Schwellenwerte zum Ausdruck gebrachten Prinzipien des Vergaberechts – Wettbewerb, Transparenz und Diskriminierungsfreiheit – haben auch Eingang in die Vergabeordnungen gefunden. § 2 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A und § 2 Abs. 1 VOL/A fordern übereinstimmend, dass die Vergabe im Wettbewerb die Regel sein muss. § 2 Abs. 2 VOB/A und § 2 Abs. 1 S. 2 VOL/A schreiben das Gebot der diskriminierungsfreien Vergabe ausdrücklich fest. Ebenso wie nach § 97 Abs. 2 GWB ist damit eine nicht aus den Besonderheiten des Gegenstands der Leistung resultierende Differenzierung zwischen Unternehmen aus dem Inland und solchen aus anderen Mitgliedstaaten der EU ebenso unzulässig wie eine Unterscheidung zwischen inländischen Unternehmen mit Blick auf ihre regionale Verortung.¹²⁰

Darüber hinaus verbietet § 6 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A explizit die Beschränkung auf Bieter, die in bestimmten Regionen oder Orten bzw. Bezirken ansässig sind. Dieses Verbot gilt unabhängig von den Motiven, die mit der Beschränkung auf einen nach örtlichen Gesichtspunkten abgegrenzten Bieterkreis verfolgt werden.¹²¹ Es schließt es schlechterdings aus, Betriebe – beispielsweise solche des Handwerks – auf einer der Stufen eines Vergabeverfahrens deshalb zu bevorzugen, weil sie im Inland ansässig sind. Für eine solche Bevorzugung ist ein zulässiger Grund nicht denkbar.

Differenzierter zu betrachten ist das Verhältnis zwischen dem Ort der Leistungserbringung und dem der Ansässigkeit der Bieter. Unzweifelhaft unzulässig ist ein schlichtes Abstellen auf die Ansiedlung des bietenden Unternehmens in einer bestimmten Region.¹²² Unzulässig sind aber nicht nur unmittelbare Anknüpfungen an die Ortsansässigkeit, sondern auch Anforderungen, die zwar nicht auf die Ortsansässigkeit als solche abstellen, wohl aber eine Benachteiligung ortsferner Bieter erzeugen.¹²³ Beispiele sind das Verlangen, dass der Bieter Nachweise vorzulegen hat, die nur regional erhältlich

¹²⁰ *Bernhardt*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 2 VOB/A Rdnr. 23.

¹²¹ *Glahs*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, § 8 VOB/A Rdnr. 6.

¹²² Für viele VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 18.7.2003 - 1 VK 30/03 -.

¹²³ *Hänself*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 6 VOB/A Rdnr. 3.

sind, ohne dass gleichwertige Nachweise zugelassen werden,¹²⁴ und die Berücksichtigung der Erfahrungen des Bieters mit der Praxis von Stellen des Auftraggebers¹²⁵.

Ein örtlicher Bezug des Auftragnehmers zum Ort der Leistungserbringung kann allein dann beachtlich sein, wenn ein solcher für die Leistungserbringung erforderlich ist. Typisches Beispiel ist die Erforderlichkeit einer kurzfristigen Reaktion bei Störungen. In einem solchen Fall kann es zulässig sein, eine Präsenz des Auftraggebers in einem bestimmten Radius um den betreffenden Ort zu verlangen.¹²⁶ Allerdings bedeutet dies nicht, dass verlangt werden könnte, dass das bezuschlagte Unternehmen seinen Sitz innerhalb dieses Radius haben muss. Vielmehr kann das Unternehmen auch in anderer Weise, z. B. durch die Einrichtung eines regionalen Notfalldienstes, die örtliche Präsenz sicherstellen.¹²⁷ Auch dann, wenn im Zuge der Auftragsausführung ein erhöhter Abstimmungsbedarf zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zu erwarten steht, ist das Kriterium der Ortsansässigkeit unzulässig. Der Auftraggeber hat in derartigen Fällen vielmehr Reaktions- und Servicefristen eindeutig zu benennen und Nachweise zu verlangen, die die Einhaltbarkeit dieser Fristen sicherstellen.¹²⁸

β) Landesrechtliche Besonderheiten

Nahezu alle Bundesländer haben mittlerweile gesetzliche Regelungen zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen auch bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte erlassen. Teilweise wird der Wortlaut des § 97 Abs. 3 GWB für alle Vergaben übernommen (§ 4 VgG M-V). Im Übrigen lassen sich die vorgesehenen Maßnahmen im Wesentlichen in der folgenden Weise gruppieren:

- Ähnlich wie nach § 97 Abs. 3 S. 1 GWB, der von § 14 Abs. 4 S. 1 SaarlMFG rezipiert wird, wird allgemein die Berücksichtigung von mittelständischen Belangen im Rahmen der Anwendung der Vergabebestimmungen vorgegeben (§ 22 S. 1 MFG BW; Art. 18 Abs. 1 S. 1 BayMFG; § 8 S. 1 BremMFG).
- Hierüber hinaus gehen die Forderungen, dass kleine und mittlere Unternehmen in angemessenem Umfang zur Angebotsabgabe aufzufordern (§ 4 Abs. 1 HmbVgG; § 3 Abs. 1 ThürVgG) oder bei der Vergabe zu beteiligen sind (§ 5 Abs. 2 BbgMFG: „angemessen zu beteiligen“; § 14 Abs. 1 NdsMFG).
- Die Berücksichtigung mittelständischer Interessen soll in erster Linie durch die Aufteilung in Teil- und Fachlose erfolgen (Art. 18 Abs. 1 S. 2 BayMFG; § 5

¹²⁴ VK Brandenburg, Beschl. v. 23.11.2004 - VK 58/04 -.

¹²⁵ VK Sachsen, Beschl. v. 31.1.2007 - 1/SVK/124-06 -.

¹²⁶ Müller-Wrede, VergabeR 2005, S. 32 (34).

¹²⁷ Hausmann, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOB/A, § 6 Rdnr. 17.

¹²⁸ VK Sachsen, Beschl. v. 31.1.2007 - 1/SVK/124-06 -.

Abs. 3 BbgMFG), es sei denn, wirtschaftliche oder technische Gründe stehen dem entgegen (§ 22 Abs. 1 S. 2 und 3, Abs. 2 MFG BW; § 8 S. 2 BremMFG; § 4 S. 1 BremTarifTVergabeG; § 17 Abs. 1 MFG MV; § 14 Abs. 2 NdsMFG; § 7 Abs. 2 S. 1 und 2 MFG RP; § 2 SächsVergabeG; § 8 Abs. 1 S. 2 MFG LSA; § 14 Abs. 4 S. 2 und 3 MFG SH).

- Die Vergabe an Generalunternehmer wird ausdrücklich als gesondert begründungsbedürftige Ausnahme eingestuft (§ 8 S. 3 BremMFG; § 4 S. 2 BremTarifTVergabeG; § 7 Abs. 2 S. 3 MFG RP).
- Personen, die einen Handwerksmeistertitel führen, sind bei Bauvergaben als fachkundig anzusehen (Art. 18 Abs. 2 BayMFG; § 7 Abs. 4 MFG RP).
- Der Hauptauftraggeber ist dazu zu verpflichten, für den Fall der Nachunternehmervergabe bevorzugt kleine und mittlere Unternehmen zu beteiligen, soweit dies mit der vertragsgemäßen Auftragsausführung vereinbar ist (§ 22 Abs. 4 Nr. 1 MFG BW; § 5 Abs. 5 S. 1 BbgMFG; § 5 Abs. 3 Nr. 1 HmbVgG; § 17 Abs. 3 S. 1 MFG MV; § 14 Abs. 4 Nr. 1 NdsMFG; § 14 Abs. 7 Nr. 1 MFG SH; § 8 Abs. 3 Nr.1 MFG LSA). Hierüber hinaus geht § 7 Abs. 2 S. 4 Hs. 1 MFG RP, wonach die Verpflichtung zur Berücksichtigung von KMU nicht nur für den Fall auferlegt werden soll, dass sich der Hauptauftragnehmer zu einer Subvergabe entschließt, sondern dem Auftraggeber aufgibt, den Generalunternehmer zur Durchführung einer Nachunternehmervergabe an mittelständische Unternehmen in angemessenem Umfang zu verpflichten.
- Der Auftragnehmer ist vertraglich zu verpflichten, dem Nachunternehmer keine ungünstigeren Vertragsbedingungen aufzuerlegen, als zwischen ihm und dem öffentlichen Auftraggeber vereinbart sind (§ 22 Abs. 4 Nr. 4 MFG BW; § 5 Abs. 5 S. 3 BbgMFG; § 5 Abs. 3 Nr. 4 HmbVgG; § 17 Abs. 3 S. 3 MFG MV; § 14 Abs. 4 Nr. 4 NdsMFG; § 7 Abs. 2 S. 4 Hs. 2 MFG RP; § 14 Abs. 7 Nr. 1 MFG SH).

Auf verschiedene dieser Regelungen wird im weiteren Verlauf der Untersuchung noch einzugehen sein. Möglichkeiten zu einer verstärkten Berücksichtigung gerade des inländischen Handwerks ergeben sich aus den genannten Vorschriften nicht.

b) EU-Recht

aa) Anwendungsbereich

Die Anforderungen des im AEUV geregelten primären Unionsrechts gelten für das Handeln der Mitgliedstaaten unabhängig davon, ob es sich um eine Vergabe oberhalb oder unterhalb der Schwellenwerte handelt oder bestimmte Verträge – wie Dienstleis-

tungskonzessionen – von der Anwendung der EU-Vergaberichtlinien ausgenommen sind.¹²⁹

Allerdings ist zu beachten, dass dies für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte und andere nicht von der Koordinierungswirkung der EU-Vergaberichtlinien (vollständig) erfasste Aufträge nur dann gilt, wenn der Auftrag eine bestimmte grenzüberschreitende Bedeutung hat.¹³⁰ Erforderlich ist insoweit ein „eindeutiges“ grenzüberschreitendes Interesse.¹³¹ Als Indikatoren dafür, dass von einem Auftrag „Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten angezogen werden können“, hat der Europäische Gerichtshof für den Bereich der Bauaufträge beispielsweise den geschätzten Wert des Auftrags, seine technischen Merkmale sowie den für die Durchführung der Arbeiten vorgesehenen Ort identifiziert.¹³² Dabei ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände vorzunehmen, von denen der Auftragswert nur einer unter mehreren ist. Deshalb hat es der Bundesgerichtshof zu Recht abgelehnt, bei der losweisen Ausschreibung § 2 Nr. 6, 7 VgV als Grenze, bei deren Überschreitung von einem grenzüberschreitenden Interesse auszugehen ist, anzusehen.¹³³

In der Praxis sollte ein solches grenzüberschreitendes Interesse auch bei einem geringen Auftragswert nicht vorschnell verneint werden. Insbesondere bei Lieferaufträgen, bei denen der Ort der Leistung eine untergeordnete Rolle spielt, sollte sorgfältig begründet werden, weshalb ein Interesse von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten nicht zu erwarten ist. Aber auch bei Dienstleistungsaufträgen sollte nicht erst dann von einem grenzüberschreitenden Interesse ausgegangen werden, wenn „konkrete grenzüberschreitende Bewerbungen“ prognostizierbar sind.¹³⁴

Primärer Maßstab für die unionsrechtliche Prüfung der Berücksichtigung der Interessen des inländischen Handwerks sind die Vorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr. Die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs umfasst drei Fallgestaltungen, nämlich die Grenzüberschreitung des Leistungserbringers, die Grenzüberschreitung des Leistungsempfängers und die Grenzüberschreitung allein der Dienstleistung.

- Bei der sog. aktiven Dienstleistungsfreiheit wird die Grenzüberschreitung durch den Leistungserbringer vorgenommen, der sich zur Erbringung der Leistung in einen

¹²⁹ EuGH VergabeR 2006, S. 54 Rdnr. 32 f.; 2007, S. 609 Rdnr. 33; 2008, S. 196 Rdnr. 71 f.; 2008, S. 501 Rdnr. 66; 2008, S. 625 Rdnr. 20; NVwZ 2008, S. 177 Rdnr. 71 f. - AP; NZBau 2009, S. 54 Rdnr. 25 - Coditel Brabant; EuZW 2009, S. 810 Rdnr. 44 - WAZV Gotha; NZBau 2009, S. 797 Rdnr. 38 - Sea; VergabeR 2010, S. 469 Rdnr. 21 ff. - Serrantoni.

¹³⁰ EuGH VergabeR 2008, S. 55 Rdnr. 29; 2008, S. 501 Rdnr. 66; NVwZ 2008, S. 766 Rdnr. 21 - SECAP.

¹³¹ EuGH NVwZ 2008, S. 766 Rdnr. 21 - SECAP; VergabeR 2010, S. 469 Rdnr. 24 - Serrantoni.

¹³² EuGH NVwZ 2008, S. 766 Rdnr. 24 - SECAP.

¹³³ BGH, Urt. v. 30.8.2011 - X ZR 55/10 -.

¹³⁴ *Deling*, NZBau 2011, S. 725 (730).

anderen Mitgliedstaat als denjenigen begibt, in dem er selbst ansässig ist. In der Grundkonstellation erfolgt die Leistungserbringung im Staat des Leistungsempfängers. Zwingend ist dies allerdings nicht: Sofern nur die Leistungserbringung in einem anderen als dem Mitgliedstaat des Leistungserbringers erfolgt, ist es unerheblich, in welchem Mitgliedstaat der Leistungsempfänger ansässig ist.¹³⁵ Leistungserbringer und -empfänger können also in demselben Mitgliedstaat ansässig sein.¹³⁶

- In der Konstellation der passiven Dienstleistungsfreiheit überschreitet nicht der Leistungserbringer, sondern der Leistungsempfänger die Grenze. Die Art. 56 ff. AEUV gewährleisten auch die Freiheit, sich ohne Beschränkungen in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, um dort eine Dienstleistung in Anspruch zu nehmen.¹³⁷
- Schließlich kann das erforderliche grenzüberschreitende Element auch dadurch konstituiert werden, dass allein die Dienstleistung die Grenze überschreitet. Ein Grenzübertritt durch Leistungserbringer oder -empfänger erfolgt hingegen nicht. Beispiele für solche Dienstleistungen sind die grenzüberschreitende Ausstrahlung von Fernseh- oder Werbesendungen¹³⁸ oder das grenzüberschreitende telefonische, elektronische oder postalische Angebot von Finanzdienstleistungen¹³⁹.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Leistungserbringung durch den Bieter, der schließlich den Zuschlag erhält, in eine dieser drei Fallgruppen eingeordnet werden kann oder etwa der Bieter im selben Mitgliedstaat wie der öffentliche Auftraggeber oder in einem Drittstaat ansässig ist, ist doch bereits die Ausschreibung an den Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit zu messen.

bb) Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz

Im Unionsrecht ist der Gleichbehandlungsgrundsatz sowohl im Primärrecht des AEUV als auch im Sekundärrecht von VKR und SKR verankert. Primärrechtlich verbieten Art. 18 AEUV sowie die Grundfreiheiten, im Zusammenhang des Vergaberechts insbesondere die Freiheit des Warenverkehrs (Art. 34 ff. AEUV) und die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV) – nicht anders als die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV) – jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit eine spezi-

¹³⁵ EuGH Slg. 1997, S. I-3091 Rdnr. 8; 1999, S. I-7641 Rdnr. 19.

¹³⁶ EuGH Slg. 1991, S. I-659; 1991, S. I-709; 1991, S. I-727.

¹³⁷ EuGH Slg. 1984, S. 377 Rdnr. 10, 16; 1989, S. 195 Rdnr. 15; 1998, S. I-1931 Rdnr. 35; 2001, S. I-5473 Rdnr. 69; 2003, S. I-4509 Rdnr. 44; EuZW 2007, S. 601 Rdnr. 36.

¹³⁸ EuGH Slg. 1974, S. 409 Rdnr. 6; 1988, S. 2085 Rdnr. 15; 1994, S. I-4795 Rdnr. 13; 1997, S. I-3843 Rdnr. 48.

¹³⁹ Vgl. EuGH Slg. 1995, S. I-1141 Rdnr. 20 ff.

elle Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes.¹⁴⁰ Im Vergaberecht beinhaltet der Grundsatz der Gleichbehandlung insbesondere, dass alle Bieter unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit bei der Aufstellung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen müssen.¹⁴¹

Unmittelbare Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit werden bei der Vergabe öffentlicher Aufträge selten sein. Am ehesten in diesen Bereich hinein ragt die Bevorzugung ortsansässiger oder regional verwurzelter Unternehmen. Allerdings wird auch hier regelmäßig die Ansässigkeit und nicht die Staatsangehörigkeit als Unterscheidungskriterium gewählt. Verboten sind jedoch auch mittelbare Diskriminierungen, die durch Anlegung anderer Unterscheidungsmerkmale faktisch zu dem gleichen Ergebnis führen.¹⁴² Eine solche mittelbare Diskriminierung stellt etwa das Kriterium der Ortsansässigkeit dar.¹⁴³ Unzulässig ist auch die Festlegung, dass ein bestimmter Prozentsatz von Aufträgen ausschließlich an Unternehmen aus einer bestimmten Region vergeben wird.¹⁴⁴ Dies gilt ebenso für die dem Hauptauftragnehmer durch den öffentlichen Auftraggeber vertraglich auferlegte Verpflichtung der Vergabe einer bestimmten Quote von Subaufträgen an in der Region ansässige Betriebe.

Nicht von vornherein unzulässig ist das Kriterium, dass das Unternehmen, das den Zuschlag erhalten will, in einem bestimmten Umkreis um den Ort, an dem die Leistung zu erbringen ist, über bestimmte Anlagen oder Einrichtungen verfügen muss, um die Versorgungssicherheit zu gewährleisten. Jedoch muss das festgelegte Kriterium einem zwingenden Grund des Allgemeininteresses, beispielsweise dem Schutz von Leben und Gesundheit von Personen dienen und muss in seiner konkreten Ausgestaltung erforderlich sein, um dieses Ziel zu erreichen.¹⁴⁵

Typische weitere mittelbare Diskriminierungen, bei denen die betreffenden Bedingungen zwar auch von Bietern aus anderen Mitgliedstaaten erfüllt werden können, jedoch nur unter größeren Schwierigkeiten als von den einheimischen Bietern¹⁴⁶, sind beispielsweise

¹⁴⁰ EuGH Slg. 1980, S. 2747 Rdnr. 16; VergabeR 2005, S. 737 Rdnr. 48; NZBau 2006, S. 189 - Insalud.

¹⁴¹ EuGH VergabeR 2005, S. 737 Rdnr. 48.

¹⁴² Zur Unterscheidung unmittelbare/mittelbare Diskriminierung vgl. nur EuGH Slg. 1980, S. 3427 Rdnr. 9; 1989, S. 4035 Rdnr. 8; 1992, S. I-3401 Rdnr. 11; *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 3 Rdnr. 48 ff.

¹⁴³ *Müller-Wrede* VergabeR 2005, S. 32 (33 f.).

¹⁴⁴ EuGH NVwZ 1991, S. 1071 Rdnr. 11 ff.; *Michallik*, VergabeR 2011, S. 683 (691).

¹⁴⁵ EuGH NZBau 2006, S. 189 Rdnr. 61 ff. - Insalud.

¹⁴⁶ Zu diesem Begriff der mittelbaren Diskriminierung im Vergaberecht vgl. EuGH Slg. 1988, S. 4635 Rdnr. 30; 2000, S. I-7445 Rdnr. 81 f.

- die Vorgabe nationaler Normen für bei der Auftragserfüllung zu verwendende Produkte¹⁴⁷,
- die Notwendigkeit, im Besitz einer Niederlassungsgenehmigung des den Auftrag vergebenden Staates zu sein,¹⁴⁸
- die Bezugnahme auf Klassifizierungen nationaler Berufsverbände für von den Bietern geforderte technische Spezifikationen, da es für die Bieter aus anderen Mitgliedstaaten schwerer ist, innerhalb der kurzen Frist Gebote abzugeben, weil sie sich bei den betreffenden öffentlichen Auftraggebern zunächst über Gegenstand und Inhalt der Klassifizierungen informieren müssen¹⁴⁹ oder
- der automatische Ausschluss ungewöhnlich niedriger Angebote, benachteiligt er doch Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten, die mit anderen Kostenstrukturen oder niedrigeren Gewinnmargen kalkulieren¹⁵⁰.
- In seinem Urteil vom 3.4.2008 in der Sache Rüffert hatte der EuGH Gelegenheit, die Wirkungsweise der Grundfreiheiten am Beispiel der sog. Tariftreueerklärung zu verdeutlichen.¹⁵¹ Zugrunde lag ein Vorlagebeschluss des OLG Celle, der eine Vorschrift des niedersächsischen Landesvergabegesetzes betraf. Diese Vorschrift sah vor, dass Bauaufträge nur an Unternehmen vergeben werden durften, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichteten, ihren Arbeitnehmern bei der Ausführung der Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zu bezahlen. Der Gerichtshof bewertet das Erfordernis der Zahlung von Tariflöhnen als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, weil es den in einem anderen Mitgliedstaat, in dem die Mindestlohnsätze niedriger als in Deutschland sind, niedergelassenen Leistungserbringern eine zusätzliche wirtschaftliche Belastung auferlegt, die geeignet ist, die Erbringung ihrer Dienstleistungen in Deutschland zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.¹⁵² Eine Rechtfertigung dieser Beschränkung kam nach Auffassung des Gerichtshofs nicht in Betracht: Da die Vorschrift des Landesvergabegesetzes nur für öffentliche, nicht aber für private Aufträge und damit nur für einen Teil der Bautätigkeit galt und der Tarifvertrag nicht für allgemein verbindlich erklärt worden war, diente die Beschränkung nicht dem Ziel des Arbeitnehmerschutzes und ebenso wenig der Gewährleistung des Schutzes der autonomen Ordnung des Arbeitslebens durch Koalitionen.¹⁵³

¹⁴⁷ EuGH Slg. 1988, S. 4929 Rdnr. 19 f.

¹⁴⁸ EuGH Slg. 1982, S. 417 Rdnr. 14.

¹⁴⁹ EuGH Slg. 2000, S. I-7445 Rdnr. 81 ff.

¹⁵⁰ EuGH NVwZ 2008, S. 766 Rdnr. 26 - SECAP.

¹⁵¹ EuGH NJW 2008, S. 3485 - Rüffert.

¹⁵² EuGH NJW 2008, S. 3485 Rdnr. 37 - Rüffert.

¹⁵³ EuGH NJW 2008, S. 3485 Rdnr. 39 ff. - Rüffert.

Darüber hinaus sei die Regelung nicht erforderlich, um eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit zu verhindern.¹⁵⁴ Hingegen hält der Gerichtshof das Verlangen auf Zahlung staatlich festgesetzter Mindestlöhne für mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar.¹⁵⁵

Weiter ist zu beachten, dass die Grundfreiheiten nicht nur unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit, sondern auch unterschiedslos in- und ausländische Bieter betreffende Maßnahmen verbieten. Voraussetzung ist, dass diese Maßnahmen den Handel bzw. die Erbringung von Dienstleistungen behindern oder weniger attraktiv machen und nicht aus zwingenden Erfordernissen zu rechtfertigen sind.¹⁵⁶ Wichtigstes Beispiel aus der Rechtsprechung des EuGH sind die sog. UNIX-Urteile¹⁵⁷. Sie betrafen ein niederländisches und ein österreichisches Vergabeverfahren, in denen den Bietern u. a. vorgeschrieben wurde, dass als Betriebssystem das in den USA entwickelte UNIX-System verwendet werden müsse. Der Gerichtshof beanstandete die Vorgabe als handelsbehindernd, da sie Interessenten, die ähnliche Systeme wie UNIX verwenden, davon abhalte, sich an der Ausschreibung zu beteiligen.¹⁵⁸

Der Ansatz des EU-Sekundärrechts von VKR und SKR geht insofern über das durch das Primärrecht Vorgegebene hinaus, als die nach Art. 2 VKR, Art. 10 SKR gebotene nichtdiskriminierende und gleiche Behandlung *aller* Wirtschaftsteilnehmer keinen grenzüberschreitenden Bezug voraussetzt, sondern auch Differenzierungen zwischen Unternehmen aus demselben Mitgliedstaat erfasst.¹⁵⁹

Der Grundsatz, dass Vergabeverfahren transparent zu gestalten sind (§ 97 Abs. 1 GWB), ist EU-sekundärrechtlich durch Art. 2 VKR, Art. 10 SKR vorgegeben, ergibt sich aber bereits aus den Grundfreiheiten des AEUV. Der EuGH begreift den Transparenzgrundsatz als Ausformung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit.¹⁶⁰ Wie die Kommission im Anschluss an die ständige Rechtsprechung des EuGH seit seinem Urteil Wallonische Busse¹⁶¹ ausführte, ist eine hinreichende Transparenz Bedingung für eine diskriminie-

¹⁵⁴ EuGH NJW 2008, S. 3485 Rdnr. 42 - Rüffert.

¹⁵⁵ EuGH EuZW 2002, S. 245 Rdnr. 19 ff. - Portugaia Construções.

¹⁵⁶ EuGH Slg. 1979, S. 649 Rdnr. 6 ff.; 1997, S. I-3689 Rdnr. 8; 1999, S. I-731 Rdnr. 19; NZBau S. 2006, 189 Rdnr. 25 - Insalud; EuZW 2008, S. 505 Rdnr. 32 ff.; Slg. 2009, S. I-3491 Rdnr. 62; EuZW 2009, S. 659 Rdnr. 38.

¹⁵⁷ EuGH Slg. 1995, S. I-168; 1999, S. I-7479.

¹⁵⁸ EuGH Slg. 1995, S. I-168 Rdnr. 27; 1999, S. I-7479 Rdnr. 68 ff.

¹⁵⁹ Egger Rn. 837.

¹⁶⁰ EuGH NZBau 2002, S. 101 Rdnr. 38; 2002, S. 458 Rdnr. 45 - Hospital Ingenieure; VergabeR 2005, S. 737 Rdnr. 49; 2010, S. 203 Rdnr. 37.

¹⁶¹ Vgl. EuGH Slg. 1996, S. I-2043 Rdnr. 54.

rungsfreie Auftragsvergabe.¹⁶² Hierzu statuiert das Transparenzgebot des europäischen Vergaberechts vor allem umfassende Publizitätspflichten.¹⁶³ So hat der öffentliche Auftraggeber bereits in der Bekanntmachung alle ausschlaggebenden Eignungskriterien zu benennen¹⁶⁴. Die Zuschlagskriterien müssen den Bietern ebenfalls bekannt sein. Dem Auftraggeber ist es verwehrt, bei seiner Auswahlentscheidung Rückgriff auf solche Anforderungen zu nehmen, die in der Ausschreibung keinen Ausdruck gefunden haben¹⁶⁵. Nach Art. 53 Abs. 2 VKR ist in der Beschreibung anzugeben, wie die einzelnen Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots gewichtet werden. Eine objektive und transparente Bewertung setzt ferner voraus, dass zum einen nur hinreichend bestimmte Zuschlagskriterien benutzt werden und zum anderen der Auftraggeber in der Lage ist, deren Erfüllung effektiv zu überprüfen¹⁶⁶. Darüber hinaus dürfen die bekannt gegebenen Zuschlagskriterien dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit belassen¹⁶⁷.

3. Handwerksfreundliche Gestaltungsmöglichkeiten bei der Ausschreibung

Aus den angestellten Überlegungen lässt sich ein Kerngerüst von Möglichkeiten erarbeiten, die es dem Handwerk erleichtern, sich auf öffentliche Ausschreibungen erfolgreich zu bewerben und sich auch im Wettbewerb mit größeren Unternehmen durchzusetzen. Dabei kann es im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nur um die handwerksfreundliche Ausgestaltung solcher Projekte gehen, für die grundsätzlich eine Verwirklichung in ÖPP in Erwägung gezogen wird¹⁶⁸.

- Auch dann, wenn der Auftraggeber einen ganzheitlichen ÖPP-Ansatz favorisiert, kann von einer Losaufteilung Gebrauch gemacht werden. In diesem Fall kommen vertikale Teillöse in Betracht, die den Gesamtumfang des zu vergebenden Leistungsvolumens unter Beibehaltung der zusammengefassten Vergabe in mehrere Einzelprojekte aufspalten.¹⁶⁹ Wenngleich sich der Auftraggeber durch ein solches Vorgehen nicht vollständig widerspruchsfrei ver-

¹⁶² Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABI. C 121/2 v. 29. 4. 2000 Nr. 3.1.2.

¹⁶³ Zusammenfassend Höfler, NZBau 2010, S. 73 (76 f.).

¹⁶⁴ EuGH Slg. 2002, S. I-11617 Rdnr. 95.

¹⁶⁵ EuGH EuZW 2002, S. 628 Rdnr. 62 m. w. N.

¹⁶⁶ EuGH EuZW 2004, S. 81 Rdnr. 51 f., 57 ff.

¹⁶⁷ EuGH EuZW 2002, S. 628 Rdnr. 61 m. w. N.

¹⁶⁸ Siehe zum Folgenden auch Partnerschaften Deutschland, ÖPP und Mittelstand. Praxisbeispiele und Handlungsempfehlungen für die Umsetzung von kleineren und mittleren ÖPP-Projekten, 2011, S. 37 ff.

¹⁶⁹ Öffentlich-private Partnerschaften - Initiative NRW, Kleine ÖPP-Projekte, 2008, S. 23 f.

hält, wenn er die einer ganzheitlichen ÖPP-Lösung unterstellten Vorteile durch Aufspaltung selbst wieder in Frage stellt¹⁷⁰, ist eine bewusst auf Interessen des Handwerks ausgerichtete vertikale Losaufteilung rechtlich unbedenklich.¹⁷¹ Allerdings wird dies nur dort möglich sein, wo das Gesamtprojekt mehrere gleichartige Einzelprojekte enthält, nicht aber bei auf ein einzelnes Objekt bezogenen Vorhaben.

- Die im Zuge der Bewerbung auf ÖPP-Ausschreibungen ggf. zu erbringenden Planungs- und konzeptionellen Vorleistungen der Unternehmen sind für Handwerksbetriebe finanziell wesentlich schwerer abbildbar als für große Unternehmen. Vom Auftraggeber angebotene Entschädigungszahlungen dürfen zwar nicht auf kleine und mittlere Unternehmen beschränkt werden, entfalten aber insbesondere auf die Teilnahmebereitschaft kleiner Unternehmen eine positive Wirkung.¹⁷²
- In Anbetracht des kleineren oder – bei Handwerksbetrieben – häufig nicht vorhandenen administrativen Apparats kleiner Unternehmen sollten die nach dem Vergaberecht bestehenden Möglichkeiten zur Erleichterung einer Teilnahme von Handwerksbetrieben voll ausgeschöpft werden. Insbesondere die Bildung einer Bietergemeinschaft wird deutlich erleichtert, wenn das Fristenregime (Teilnahmefrist, Angebotsfrist) nicht auf die vorgegebenen Minimalfristen zurück genommen, sondern großzügiger gehandhabt wird.¹⁷³
- Entsprechendes gilt für die von den Bietern im Rahmen der Eignungsprüfung beizubringenden Unterlagen. Öffentliche Auftraggeber sollten hier möglichst weitgehend von der Möglichkeit des § 97 Abs. 4a GWB Gebrauch machen und Präqualifikationssysteme einrichten. Darüber sollte entsprechend den teilweise vorhandenen landesrechtlichen Regelungen (oben II.2.a.cc.β) als Fachkundenachweis im Baubereich der Nachweis des Erwerbs des Meistertitels im Handwerk ausreichen. Die Forderung nach Referenzen sollte sich nicht auf die Durchführung von ÖPP-Projekten beschränken, sondern gerade dem Handwerk auch einen anderen Nachweis eröffnen.¹⁷⁴

¹⁷⁰ *Wagner-Cardenal/Scharf/Polster*, Rechtliche Handlungsmöglichkeiten bei der Berücksichtigung mittelständischer Interessen im Rahmen der Vergabe von PPP-Projekten, S. 17.

¹⁷¹ Vgl. zur unionsrechtlichen Unbedenklichkeit der Bildung von Kleinstlosen *Frenz*, *GewArch* 2011, S. 97 (98).

¹⁷² *Öffentlich-private Partnerschaften - Initiative NRW*, Kleine ÖPP-Projekte, 2008, S. 26 f.

¹⁷³ *Public Private Partnership zur Realisierung öffentlicher Baumaßnahmen in Bayern - Kleine mittelstandsfreundliche PPP-Projekte*, 2007, S. 4.

¹⁷⁴ Vgl. zu diesem Problem etwa *Schempp*, Erfolgsfaktoren von PPP-Projekten aus Sicht des Handwerks, S. 22.

- Der öffentliche Auftraggeber sollte die zu beauftragenden Leistungen gründlich darauf analysieren, für welche Elemente unter Beachtung des (oben II.2.a.cc.α) dargestellten rechtlichen Rahmens eine örtliche Präsenz des Bieters gefordert werden kann, und die entsprechenden Möglichkeiten in der Leistungsbeschreibung verankern.
- Für den Fall der Vergabe an einen Generalunternehmer oder -übernehmer sollte der Auftraggeber die bestehenden Spielräume (dazu unten III.2.c.cc.γ) ausschöpfen, dem Hauptauftragnehmer eine mittelstandsfreundliche Subvergabe aufzuerlegen.

4. Vertrauensschutz bei EU-rechtlich induzierten Rechtsänderungen und Subventionsrückforderungen

Von beträchtlicher Bedeutung für die Kalkulationssicherheit von Handwerksbetrieben und damit auch ihre Bereitschaft, sich in als ÖPP gestalteten Prozessen zu engagieren, ist das Bestehen einer gewissen Stabilität der Verhältnisse. Kleinere Betriebe können in der Regel Änderungen während eines laufenden Projekts weniger gut abbilden als größere Unternehmen.

Kategorial zu unterscheiden sind zunächst zwei Problemkreise: die Bedeutung von Änderungen des EU-Rechts im Hinblick auf Beschaffungsvorgänge (dazu unten II.4.a) und der bei der Rückforderung von Subventionen bestehende Vertrauensschutz (dazu unten II.4.b).

a) Die Auswirkungen von Änderungen des EU-Rechts auf Beschaffungsvorgänge

Ihre zeitliche Streckung stellt Beschaffungsvorgänge nicht selten vor das Problem der Bedeutung von Rechtsänderungen, die zwischen Einleitung des Beschaffungsvorgangs und vollständiger Leistungserbringung eintreten. Legt man für diese Zwecke einen weiten Beschaffungsbegriff zugrunde, der nicht auf die Vergabe eines öffentlichen Auftrags beschränkt ist, sondern auch Vorgänge einbezieht, die noch nicht oder nicht mehr dem Vergaberecht unterfallen, so tritt vor allem die Frage der Einbeziehung oder Entlassung oder geänderte Durchführung laufender Beschaffungsprozesse auf. Sie ist zu unterscheiden von dem anders gelagerten Problem, welche Konsequenzen aus der späteren gerichtlichen Feststellung eines Verstoßes gegen EU-Recht bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens hinsichtlich des geschlossenen Vertrages zu ziehen sind.¹⁷⁵

¹⁷⁵ Dazu *Braun*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 101b GWB Rdnr. 100 f.

Für die Beantwortung der Frage, welche Auswirkungen Änderungen des EU-Rechts auf Beschaffungsvorgänge haben, ist zwischen verschiedenen Konstellationen zu unterscheiden.

aa) Laufende Vergabeverfahren

1. Konstellation: Nach Aufnahme von Verhandlungen über den Abschluss von Verträgen, auf die das Vergaberecht zu diesem Zeitpunkt nicht anwendbar war, tritt eine Änderung des Vergaberechts ein, durch die der Abschluss des Vertrages vergaberechtspflichtig wird. Gleichgelagert ist das Problem, dass während eines begonnenen, aber noch nicht abgeschlossenen Vergabeverfahrens eine Rechtsänderung eintritt, die zu einer anderen vergaberechtlichen Behandlung im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens führen würde. Zu diesem Problemkomplex enthält § 131 Abs. 8 GWB die Regelung, dass vor dem 24.4.2009 begonnene Vergabeverfahren nach den bisher geltenden Vorschriften zu beenden sind. Auffallend ist die Abweichung dieser Übergangsvorschrift von den allgemeinen Grundsätzen des intertemporalen Verfahrensrechts, wie sie beispielsweise in § 96 Abs. 1 VwVfG zum Ausdruck gelangt sind, sind lediglich bereits abgeschlossene, nicht aber nach Inkrafttreten des neuen Verfahrensrechts vorgenommene Verfahrenshandlungen der Anwendung des neuen Rechts entzogen, selbst wenn das Verfahren vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens begonnen wurde.¹⁷⁶ Neues Verfahrensrecht erfasst regelmäßig auch bereits anhängige Verfahren.¹⁷⁷

Dass es sich hierbei um einen allgemeinen Grundsatz auch des Vergabeverfahrensrechts handelt, hat der EuGH in seiner „Hochtief“-Entscheidung verdeutlicht. Ist ein Vergabeverfahren vor dem Zeitpunkt des Ablaufs der Umsetzungsfrist einer neuen Richtlinie begonnen, aber noch nicht beendet worden, so ist das neue Recht auf alle vor diesem Zeitpunkt vorgenommenen Verfahrenshandlungen nicht anwendbar.¹⁷⁸ Anderes gilt aber für Handlungen im Vergabeverfahren, die nach Ablauf der Umsetzungsfrist erfolgt sind. Hiermit steht § 131 Abs. 8 GWB nicht in Einklang. Die Vorschrift ist daher unionsrechtskonform dahingehend zu interpretieren, dass ab dem 24.4.2009 vorgenommene Verfahrenshandlungen in den §§ 97 ff. GWB unterfallenden Vergabeverfahren nach neuem Recht zu beurteilen sind. Entsprechendes gilt für künftige Rechtsänderungen. Daher müssen auch Vertragsverhandlungen, die zulässigerweise ohne Einleitung eines Vergabeverfahrens begonnen wurden, in ein Vergabeverfahren übergeleitet werden, wenn das zwischenzeitlich in Kraft getretene Recht den Abschluss derartiger Verträge nunmehr in den Anwendungsbereich des Vergaberechts einbezieht.

¹⁷⁶ Dazu Ziekow, VwVfG § 96 Rdnr. 4.

¹⁷⁷ BVerwG DVBl. 2007, S. 1377 (1381); VGH München NJW 2005, S. 2634 (2635).

¹⁷⁸ EuGH EuZW 2010, S. 62 Rdnr. 29 - Hochtief.

In der Konstellation, dass rechtliche oder tatsächliche Änderungen dazu führen, dass nach Einleitung eines Vergabeverfahrens das Vergaberecht nicht mehr anwendbar ist, fordert sowohl der Grundsatz der Rechtssicherheit als auch der Schutz der Bieterinteressen, dass das Vergabeverfahren zu Ende geführt wird.¹⁷⁹

bb) Abgeschlossene Vergabeverfahren ohne abgeschlossene Auftragserfüllung

2. Konstellation: Während der Laufzeit des Vertrages erfolgt eine Änderung des Vergaberechts, die zu einer geänderten vergaberechtlichen Behandlung führen würde. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist für die Frage, welche vergaberechtlichen Normen auf den Abschluss eines Vertrags anzuwenden sind, aus Gründen der Rechtssicherheit grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Auftragsvergabe abzustellen, soweit unionsrechtlich nicht eine andere Behandlung geboten ist.¹⁸⁰ Dies wird nach allgemeinen Grundsätzen nur dann der Fall sein, wenn der geänderten vergaberechtlichen Norm eine entsprechende Rückwirkung beigelegt ist und dies mit den unions- und verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes in Einklang steht.

Ist der betreffende Vertrag ausschreibungsfrei vor Inkrafttreten der einschlägigen vergaberechtlichen Vorschriften geschlossen worden und wäre er bei einem Abschluss zum jetzigen Zeitpunkt ausschreibungspflichtig, so verpflichtet Unionsrecht nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs einen öffentlichen Auftraggeber nicht, in bestehende, auf unbestimmte Zeit oder für mehrere Jahre abgeschlossene Rechtsverhältnisse einzugreifen, wenn diese Rechtsverhältnisse vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinien begründet worden sind.¹⁸¹ Der Vertrag kann daher ohne Ausschreibung vollständig abgewickelt werden.

cc) Erfüllte Aufträge

Die vorgenannten Grundsätze gelten umso mehr, wenn der vergebene Auftrag bereits vollständig abgewickelt worden ist. In diesem Fall entfalten spätere Änderungen der vergaberechtlichen Vorschriften keine Wirkung.

¹⁷⁹ Vgl. für das Entfallen der Auftraggebereigenschaft EuGH NZBau 2001, S. 218 Rdnr. 43 - University of Cambridge.

¹⁸⁰ Vgl. EuGH NVwZ 2006, S. 70 Rdnr. 38 – Gemeinde Mödling.

¹⁸¹ EuGH, Urt. v. 24. 9. 1998 –Rs. C-76/97 – Rdnr. 54 – Tögel; Urt. v. 5. 10. 2000, Rs. C-337/98, Rdnr. 38.

b) Vertrauensschutz nach deutschem und europäischem Recht

Der Grundsatz des Vertrauensschutzes ist Bestandteil sowohl des deutschen wie des europäischen Rechts.

Nach dem Recht der Europäischen Union ist der Grundsatz des Vertrauensschutzes ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, der sich als Bestandteil eines übergreifenden Prinzips der Rechtsstaatlichkeit verstehen lässt,¹⁸² gleichwohl aber eine individualschützende Wirkung entfaltet¹⁸³. Er gebietet den Schutz des berechtigten Vertrauens der Betroffenen auf den Bestand einer Maßnahme im Anwendungsbereich des Unionsrechts. Allerdings, dies hat der EuGH immer wieder deutlich gemacht, gilt dieser Vertrauensschutz nicht unbegrenzt.¹⁸⁴ Die spezifischen Voraussetzungen und Grenzen, denen eine Berufung auf den unionsrechtlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes unterliegt, lassen sich nur bereichsspezifisch konkretisieren. Für das Beispiel der Rückforderung von Subventionen, die Beihilfen im Sinne des Art. 107 AEUV darstellen, wird dies exemplifiziert werden (unten II.4.c).

Vergleichbares gilt für den aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten fließenden verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz, dessen Kern in den zu der Rückwirkung von Gesetzesänderungen entwickelten Grundsätzen besteht¹⁸⁵. In seinem hierüber hinausgehenden Gehalt setzt die Inanspruchnahme von Vertrauensschutz zunächst das Bestehen eines Vertrauenstatbestandes voraus, d. h. ein berechtigtes Vertrauen auf eine durch staatliches Handeln geschaffene Situation. Hinzu treten muss eine Vertrauensbetätigung dergestalt, dass der Betroffene aufgrund seines Vertrauens bestimmte Dispositionen getroffen hat. Der bei Vorliegen dieser Voraussetzungen eingreifende Vertrauensschutz gilt nicht absolut, sondern besteht in einer Abwägung zwischen den für den Eingriff in das betätigte Vertrauen streitenden Gesichtspunkten und den Bestandsinteressen des Betroffenen.¹⁸⁶ Auch insoweit gilt, dass eine fallgruppenspezifische Ausdifferenzierung erforderlich ist, der am Beispiel der Aufhebung von Subventionsbescheiden nachgegangen werden wird (unten II.4.c).

c) Vertrauensschutz bei der Rückforderung von Subventionen

Für die Ermittlung des Bestehens von Vertrauensschutz gegenüber der Rückforderung einer gewährten Subvention kommt es zunächst darauf an, in welcher Form die Sub-

¹⁸² *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 2 EUV Rdnr. 26.

¹⁸³ *Mayer*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Stand: 45. EL 2011, Art. 6 EUV Rdnr. 395.

¹⁸⁴ Vgl. nur EuGH Slg. 1981, S. 1095 Rdnr. 48; 1990, S. I-395 Rdnr. 33; 1996, S. I-5105 Rdnr. 31.

¹⁸⁵ Dazu etwa *Kunig*, in: *Merten/Papier*, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. III 2, § 69.

¹⁸⁶ Vgl. BVerfGE 30, 392 (404 ff.).

vention gewährt wurde.¹⁸⁷ Im Folgenden wird von den typischen Fällen einer Zahlungs-, Darlehens- oder Gewährleistungssubvention ausgegangen. Derartige Subventionen stellen nahezu ausnahmslos eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV dar¹⁸⁸. Die Rückforderung einer eine Beihilfe darstellenden Subvention richtet sich zwar nach nationalem Recht, das jedoch durch die EU-rechtlichen Vorgaben überlagert wird. Etwas anderes gilt nur dann, wenn eine sog. De-minimis-Beihilfe im Sinne der Verordnung 1998/2006¹⁸⁹ vorliegt. Da eine De-minimis-Beihilfe tatbestandlich keine Beihilfe gemäß Art. 107 AEUV darstellt, ist für Ihre Rückforderung und die Reichweite des gewährten Vertrauensschutzes allein das nationale Recht einschlägig. Im Folgenden werden zunächst die Grundsätze des deutschen Rechts (unten II.4.c.aa) und anschließend die unionsrechtlichen Überlagerungen (unten II.4.c.bb) dargestellt.

aa) Die Bedeutung des Vertrauensschutzes bei der Subventionsrückforderung im Rahmen des deutschen Rechts

Die Antwort auf die Frage, wie ein Subventionsrechtsverhältnis nach teilweiser oder vollständiger Subventionsgewährung rückabgewickelt und die gewährte Leistung, bspw. die Darlehenssumme, zurückgefordert werden kann, hängt von der gewählten Ausgestaltung des Subventionsverhältnisses ab. Zu unterscheiden sind die Beseitigung der Grundlage für das „Ob“ der Subventionsgewährung und die erst anschließend mögliche Rückforderung gewährter Leistungen. Den folgenden Ausführungen wird die in der Praxis am weitesten verbreitete Konstellation, dass die Entscheidung über die Subventionsgewährung durch Verwaltungsakt erfolgte, zugrunde gelegt.

α) Aufhebung des Subventionsbescheids

Die Aufhebung des Subventionsbescheids richtet sich – vorbehaltlich spezialgesetzlicher Regelungen – nach den §§ 48 ff. VwVfG. Ist der Bescheid rechtswidrig, so kann er nach § 48 VwVfG zurückgenommen, ist er rechtmäßig, so kann er nach § 49 VwVfG widerrufen werden. Nach allgemeinen Grundsätzen ist dabei § 48 VwVfG nur dann anwendbar, wenn der Subventionsbescheid von Anfang an rechtswidrig war. Für einen zunächst rechtmäßig erlassenen und später rechtswidrig gewordenen Verwaltungsakt gilt § 49 VwVfG.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Zu den Formen der Subventionsgewährung *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 6 Rdnr. 58 ff.

¹⁸⁸ Zum Begriff der Beihilfe *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 6 Rdnr. 18 ff.

¹⁸⁹ VO (EG) Nr. 1998/2006 der Kommission vom 15.12.2006 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 AEUV auf „De-minimis“-Beihilfen, ABl. 2006 Nr. L 379/5.

¹⁹⁰ *Ziekow*, VwVfG § 48 Rdnr. 6 m. w. N.

αα) Vertrauensschutz bei der Rücknahme des Subventionsbescheids

Da es sich bei einem Subventionsbescheid um einen begünstigenden Verwaltungsakt im Sinne von § 48 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 VwVfG handelt, ist die Rücknahme eines rechtswidrigen Subventionsbescheids nur unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 48 Abs. 2 VwVfG zulässig.

§ 48 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 VwVfG ist eine Ausprägung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes des Vertrauensschutzes. Danach wird das Rücknahmeermessen der Behörde eingeschränkt, wenn der Begünstigte auf den Bestand des leistungsgewährenden Verwaltungsakts vertraut hat und sein Vertrauen in objektiver Hinsicht schutzwürdig ist. Zur Feststellung der Schutzwürdigkeit ist eine Abwägung des Vertrauens mit dem öffentlichen Interesse an der Rücknahme vorzunehmen. Eine generelle Aussage, wann das öffentliche Interesse überwiegt, kann nicht getroffen werden, weshalb grundsätzlich eine Abwägung im Einzelfall vorzunehmen ist.¹⁹¹ Fälle regelmäßig schutzwürdigen Vertrauens enthält § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung dem Vertrauen des Betroffenen beispielsweise besonderes Gewicht beigemessen, wenn die Rechtswidrigkeit nicht klar erkennbar oder vom Begünstigten nicht verschuldet war.¹⁹² Der Umstand, dass Behörde und Adressat des Verwaltungsakts vor Erlass des Verwaltungsakts Einvernehmen über dessen Inhalt erzielt haben, führt nicht zu einem das Rücknahmeinteresse überwiegenden Vertrauen des Adressaten.¹⁹³

Für das Subventionsrecht wird häufig § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG von Bedeutung sein, wonach das Vertrauen des Begünstigten auf den Bestand des Verwaltungsakts in der Regel schutzwürdig ist, wenn der Begünstigte gewährte Leistungen verbraucht oder Vermögensdispositionen getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann. Beiden Fallgruppen des § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG ist gemeinsam, dass sie einen Vermögensschaden auf Seiten des Begünstigten verhindern sollen.

- Nach der ersten Fallgruppe ist das Vertrauen des Begünstigten regelmäßig schutzwürdig, wenn er die ihm durch den Verwaltungsakt gewährte Leistung verbraucht hat. Für die Feststellung, ob ein solcher Verbrauch vorliegt, ist ein saldenmäßiger Vergleich des Aktiv- und des Passivvermögens anzustellen. Dabei kann sich der Empfänger einer Leistung auf den Wegfall der Bereicherung berufen, wenn der Betrag für eine verhältnismäßig geringfügige Verbesserung der Lebensführung ausgegeben wurde, nicht aber, wenn er mit dem Erlangten wertmäßig noch im Vermögen befindliche Anschaffungen getätigt

¹⁹¹ *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 48 Rdnr. 138.

¹⁹² BVerwGE 10, S. 308 (309).

¹⁹³ BVerwG Buchholz 428 § 31 VermG Nr. 12.

oder den Betrag ganz oder teilweise zur Schuldentilgung verwendet hat.¹⁹⁴ Eine Entreichung tritt mithin nicht ein, wenn der Bereicherte Ausgaben erspart, die er notwendigerweise sonst auch gehabt hätte.¹⁹⁵ Dies ist beispielsweise von Bedeutung, wenn ein Handwerksbetrieb die Subvention für Investitionen in die technische Ausstattung verwendet hat.

- Die zweite Fallgruppe des § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG setzt für das Vorliegen schutzwürdigen Vertrauens voraus, dass der Begünstigte eine Vermögensdisposition getroffen hat. Hierunter fällt jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das mit Konsequenzen für den Vermögensstand verbunden ist und in ursächlichem Zusammenhang mit dem Verwaltungsakt steht.¹⁹⁶

Ein Vertrauensschutz des Subventionsempfängers scheidet nicht erst bei Vorliegen einer arglistigen Täuschung (§ 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 VwVfG), sondern schon dann aus, wenn der Begünstigte den Bescheid durch in wesentlichen Beziehungen unrichtige oder unvollständige Angaben erwirkt hat (§ 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 VwVfG). Da es auf ein Verschulden des Begünstigten nicht ankommt¹⁹⁷, ist es auch unerheblich, ob er die Unrichtigkeit der in seiner Sphäre liegenden Angaben kannte oder hätte kennen müssen¹⁹⁸. Allerdings müssen die fehlerhaften oder unvollständigen Angaben für den Erlass des rechtswidrigen Verwaltungsakts kausal gewesen sein.¹⁹⁹

ββ) Vertrauensschutz beim Widerruf des Subventionsbescheids

Für den Widerruf eines rechtmäßigen (oder rechtswidrig gewordenen) Subventionsbescheids ist zwischen einem Widerruf mit Wirkung für die Vergangenheit und einem solchen auch mit Wirkung für die Zukunft zu unterscheiden. Diese Unterscheidung ist mit Blick darauf von großer Bedeutung, dass nur bei einer Aufhebung mit Wirkung für die Vergangenheit die vom Subventionsempfänger bereits erhaltenen Leistungen zu erstatten sind (§ 49a Abs. 1 S. 1 VwVfG). Liegen die Voraussetzungen für einen Widerruf auch mit Wirkung ex tunc nach § 49 Abs. 3 VwVfG nicht vor, so wird ein Rückgriff auf die Möglichkeit eines Widerrufs mit Wirkung ex nunc nach § 49 Abs. 2 VwVfG dadurch nicht gesperrt.

¹⁹⁴ BVerwG DVBl. 1993, S. 947 (948).

¹⁹⁵ VGH München BayVBl. 2003, S. 152.

¹⁹⁶ *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 48 Rdnr. 143; vgl. OVG Bautzen 19.2.2008 – 1 B 538/06.

¹⁹⁷ BVerwGE 74, S. 357 (364); BVerwG NJW 1988, S. 1682; VGH Mannheim VBIBW 2008, S. 226 (228).

¹⁹⁸ BVerwGE 78, S. 139 (142 f.); VGH Mannheim VBIBW 2008, S. 226 (228).

¹⁹⁹ BVerwGE 68, S. 159 (162).

§ 49 Abs. 3 VwVfG gilt nur für solche Geld- und Sachleistungs-Verwaltungsakte, die die Leistung zur Erfüllung eines bestimmten Zwecks gewähren oder hierfür Voraussetzung sind, was auf Subventionsbescheide regelmäßig zutrifft. Über den Wortlaut der Vorschrift hinaus ist erforderlich, dass die Bestimmung des Subventionszwecks in dem Subventionsbescheid selbst erfolgen muss. Eine Inbezugnahme der einschlägigen Subventionsrichtlinien oder eventueller Ausführungen im Haushaltsplan reicht nicht aus.²⁰⁰ Ebenso wenig genügt ein Verstoß gegen das dem Zuwendungsbescheid zugrunde liegende Gesetz, um eine Widerrufsmöglichkeit nach § 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 VwVfG zu eröffnen.²⁰¹

Sind diese Voraussetzungen erfüllt und liegt darüber hinaus einer der Widerrufsgründe des § 49 Abs. 3 VwVfG vor, so steht die Entscheidung, den Subventionsbescheid mit Wirkung für die Vergangenheit zu widerrufen, im Ermessen der Behörde. Dabei kommt den haushaltsrechtlichen Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit für den Widerruf von Subventionsbescheiden wegen Zweckverfehlung allerdings eine ermessenslenkende Bedeutung zu, so dass in der Regel nur der Widerruf als ermessensfehlerfrei anzusehen ist. Die genannten Grundsätze überwiegen im Allgemeinen das Interesse des Subventionsempfängers, die Subvention behalten zu dürfen, und verbieten einen großzügigen Verzicht auf den Widerruf von Subventionsbescheiden.²⁰²

β) Vertrauensschutz bei der Rückforderung einer Subvention

Stand der dem Subventionsempfänger gewährte Vertrauensschutz einer Aufhebung des Subventionsbescheids nicht entgegen, so führt dies noch nicht von allein dazu, dass bereits gewährte Leistungen wieder zurückgezahlt werden. Vielmehr bedarf es einer Anspruchsgrundlage, aufgrund derer die Behörde ihr Rückforderungsbegehren geltend machen kann. Die folgenden Ausführungen beziehen sich allein auf die Grundkonstellation der einstufigen Subventionsgewährung durch Verwaltungsakt.

In diesem Fall richtet sich die Rückforderung der Subvention nach § 49a VwVfG. Gemäß § 49a Abs. 1 S. 1 VwVfG sind bereits erbrachte Leistungen zu erstatten, soweit ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen oder widerrufen worden oder infolge des Eintritts einer auflösenden Bedingung unwirksam geworden ist. Die Erstattungspflicht nach § 49a Abs. 1 VwVfG tritt kraft Gesetzes mit der Aufhebung oder Änderung ein, ist also unabhängig von der Festsetzung nach Abs. 1 S. 2.²⁰³ Bestimmt die Behörde die Rücknahme oder den Widerruf für die Vergangen-

²⁰⁰ Suerbaum, VerwArch 90 (1999), S. 361 (367).

²⁰¹ OVG Lüneburg 26.4.2007 – 8 LB 82/05.

²⁰² BVerwGE 105, S. 55 (58); OVG Münster NVwZ-RR 2003, S. 473 (474); 2006, S. 86 (88).

²⁰³ Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 49a Rdnr. 26.

heit, so entsteht der Erstattungsanspruch rückwirkend.²⁰⁴ Gem. § 49a Abs. 1 S. 2 VwVfG erfolgt die Rückforderung durch Verwaltungsakt. Die Vorschrift ist nach dem klaren Wortlaut als zwingende Regelung ausgestaltet, so dass der Behörde hinsichtlich der Entscheidung über die Rückforderung erbrachter Leistungen kein Ermessen eingeräumt ist. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die haushaltsrechtlich gestatteten Maßnahmen der Stundung, Niederschlagung oder des Erlasses (§§ 31 Abs. 2 HGrG, 59 Abs. 1 BHO) damit ausgeschlossen wären.²⁰⁵

Den Umfang der Erstattungspflicht regelt § 49a Abs. 2 VwVfG mittels Verweisung auf die bereicherungsrechtlichen Vorschriften des BGB (§§ 812 ff. BGB). Es handelt sich dabei um eine Rechtsfolgenverweisung, so dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 812 BGB wie etwa Rechtsgrundlosigkeit oder Unmittelbarkeit der Bereicherung nicht zusätzlich geprüft werden müssen.²⁰⁶ Vertrauensschutz wird im Wesentlichen nur über § 818 Abs. 3 BGB betreffend die Folgen eines Wegfalls der Bereicherung gewährt, allerdings nach Maßgabe der Sonderregelung in § 49a Abs. 2 S. 2 VwVfG, die eine Geltendmachung der Entreicherung in bestimmten Fällen ausschließt.

bb) EU-rechtliche Überlagerungen bei der Rückforderung rechtswidriger Beihilfen

Handelt es sich bei der Subvention um eine materiell rechtswidrige Beihilfe im Sinne von Art. 107 AEUV, so wird das dargestellte Rückabwicklungsregime der §§ 48 ff. VwVfG durch EU-rechtliche Grundsätze überlagert. Insbesondere muss das Unionsrecht ein kollusives Zusammenwirken von begünstigtem Unternehmen und Mitgliedstaat mit dem Ziel, den faktischen Verbleib der Vergünstigung bei dem Unternehmen zu erreichen, verhindern. Denn der zur Rückforderung verpflichtete Mitgliedstaat und der Beihilfenempfänger sitzen häufig „in einem Boot“, liegt es doch im Interesse des Mitgliedstaats, die Stellung der heimischen Unternehmen im Wettbewerb mit Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten zu stärken. Daher gebietet der Effektivitätsgrundsatz, dass die von dem Mitgliedstaat ergriffenen Maßnahmen geeignet sein müssen, die durch die Gewährung der rechtswidrigen Beihilfe verfälschten Wettbewerbsbedingungen wieder herzustellen, und dass diese Maßnahmen dem Unionsrecht entsprechen.²⁰⁷ Die Anwendung nationalen Rechts darf die unionsrechtlich vorgeschriebene Rückforderung nicht praktisch unmöglich machen und den Unionsrechtsvorschriften über die staatlichen Beihilfen jede praktische Wirksamkeit nehmen. Die Rückforde-

²⁰⁴ OVG Greifswald NordÖR 2007, S. 197 (198); OVG Münster DVBl. 1991, S. 953.

²⁰⁵ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 49a Rdnr. 11.

²⁰⁶ BTDrucks. 13/1534 S. 7; ebenso Meyer, in: Knack, VwVfG, § 49a Rdnr. 13; für die Spezialregelung des § 12 II BBesG auch BVerwGE 116, S. 74 (77).

²⁰⁷ EuGH Slg. 2002, S. I-11695 Rdnr. 35 – WestLB.

rungsmaßnahme des Mitgliedstaats muss die sofortige und tatsächliche Vollstreckung der Kommissionsentscheidung ermöglichen (Art. 14 Abs. 3 VO 659/1999²⁰⁸). Bei der Anwendung einer Vorschrift, die die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts von der Abwägung der widerstreitenden Interessen abhängig macht, muss das Interesse der Union an der Durchsetzung der unionsrechtlichen Wettbewerbsordnung in vollem Umfang berücksichtigt werden.²⁰⁹

Ein Vertrauensschutz für das Unternehmen, das von der Beihilfe begünstigt wird, ist bei Nichtbeachtung der Verfahrensvorgaben des Art. 108 AEUV nahezu ausgeschlossen. Hier steht der Europäische Gerichtshof auf dem Standpunkt, dass die Nichtbeachtung der Notifizierungspflicht des Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV die Konsequenz zeitigt, dass ein berechtigtes Vertrauen des Empfängers in die Ordnungsgemäßheit ihrer Gewährung nicht entstanden sein kann.²¹⁰ Denn die Beurteilung, ob eine Beihilfe mit dem Binnenmarkt vereinbar ist oder nicht, liegt allein bei der Kommission.²¹¹ Nur sie kann bei Beachtung des Verfahrens des Art. 108 AEUV einen Vertrauenstatbestand zugunsten des Beihilfenempfängers setzen.²¹²

Von einem sorgfältigen Gewerbetreibenden kann regelmäßig erwartet werden, dass er sich über die Einhaltung des Verfahrens vergewissert.²¹³ Erkundigungen bei den mitgliedstaatlichen Behörden dürften insoweit nicht ausreichen, da hierdurch die Gefahr eines kollusiven Zusammenwirkens zwischen Beihilfenempfänger und Mitgliedstaat nicht ausgeschlossen werden kann.²¹⁴ Im Zweifelsfall muss sich der Beihilfenempfänger bei der Kommission erkundigen. Erteilt diese dem Beihilfenempfänger keine Auskunft, so wird er sich auf einen Schutz seines Vertrauens berufen können. Denn der Europäische Gerichtshof hat nicht ausgeschlossen, dass sich auch der Empfänger einer rechtswidrigen Beihilfe ausnahmsweise auf vertrauensschützende Umstände berufen kann.²¹⁵ Solche Umstände werden regelmäßig nur aus einem Verhalten der Kommission geschlossen werden können.²¹⁶ So hat der Gerichtshof darauf hingewie-

²⁰⁸ Verordnung (EG) Nr. 659/1999 v. 22.3.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 88 des EG-Vertrags, ABl. 1999 Nr. L 83/1.

²⁰⁹ Vgl. EuGH Slg. 1983, S. 2633 Rdnr. 27 ff. – Deutsche Milchkontor; 1989, S. 175 Rdnr. 12; 1990, S. I-3437 Rdnr. 10 ff.; 2000, S. I-4897 Rdnr. 55. Aus der deutschen Rspr.: BVerwGE 92, S. 81 (85 f.); 106, S. 328 (332).

²¹⁰ EuGH Slg. 2004, S. I-10609 Rdnr. 44 f. – Demesa; EuZW 2006, S. 209 Rdnr. 104 – Unicredito Italiano.

²¹¹ EuGH EuZW 2006, S. 209 Rdnr. 107 – Unicredito Italiano.

²¹² EuGH EuZW 2006, S. 209 Rdnr. 104 – Unicredito Italiano.

²¹³ EuGH Slg. 1990, S. I-3437 Rdnr. 12; 1997, S. I-1591 Rdnr. 25 – Alcan; 2004, S. I-10609 Rdnr. 44 – Demesa.

²¹⁴ Vgl. *Quardt*, in: Heidenhain, Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, § 51 Rdnr. 11.

²¹⁵ EuGH Slg. 2004, S. I-4087 Rdnr. 86; 2004, S. I-10609 Rdnr. 51 – Demesa.

²¹⁶ Eingehend *Quardt*, in: Heidenhain, Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, § 51 Rdnr. 12 ff.

sen, dass ein überlanges Zögern der Kommission, ein Beihilfenkontrollverfahren einzuleiten, gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit verstoßen kann.²¹⁷ Schließlich kann sich ein Unternehmen nicht darauf berufen, dass es wegen seiner geringen Größe nicht in der Lage gewesen sei, sich die Bedeutung der unionsrechtlichen Vorschriften über staatliche Beihilfen zu erarbeiten.²¹⁸ Allerdings kann der Beihilfenempfänger einen Schadensersatzanspruch gegen die deutsche Behörde, die gegen die Notifizierungspflicht verstoßen hat, haben, wenn die Behörde ihn nicht auf die unterlassene Notifizierung und die daraus resultierende Gefahr einer sofortigen Rückforderung der Beihilfe hingewiesen hat.²¹⁹

Da Folge der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Beihilfengewährung durch die Kommission die Rückforderung der Beihilfe ist, ist eine Betätigung des verbleibenden Rücknahmeermessens (§ 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG) zugunsten des Beihilfenempfängers grundsätzlich nicht möglich.²²⁰ Das öffentliche Interesse an der Verhinderung wettbewerbsverfälschender Beihilfen und der Wiederherstellung der früheren Lage setzt sich insoweit durch. Die Behörde ist sogar dann zur Rückforderung verpflichtet, wenn sie für die Rechtswidrigkeit in einem solchen Maße verantwortlich ist, dass die Rücknahme dem Begünstigten gegenüber als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheint, sofern der Begünstigte wegen Nichteinhaltung des in Art. 108 AEUV vorgesehenen Verfahrens kein berechtigtes Vertrauen in die Ordnungsmäßigkeit der Beihilfe haben konnte.²²¹

Auch eine Berufung auf den Grundsatz der Rechtssicherheit scheidet aus, da wegen der Rechtswidrigkeit der Beihilfengewährung das Drohen eines Rechtsstreits bereits zum Zeitpunkt der Gewährung vorhersehbar war.²²² Ob die Behörde eine nach nationalem Recht beachtliche Ausschlussfrist wie etwa die nach § 48 Abs. 4 VwVfG hat verstreichen lassen, ist dementsprechend unbeachtlich.²²³ Nur in besonderen Ausnahmefällen kann es geboten sein, dem Empfänger einer rechtswidrigen Beihilfe die Berufung auf vertrauensschützende Umstände zu ermöglichen, so dass er die Beihilfe nicht zurückzahlen braucht.²²⁴

In der Regel verstößt die Rückforderung einer rechtswidrigen Beihilfe nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Der EuGH bezeichnet die Rückforderung als „die logische Folge der Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit“, die nur die Lage vor der Ge-

²¹⁷ EuGH Slg. 2004, S. I-4087 Rdnr. 90.

²¹⁸ EuGH Slg. 2000, S. II-3207 Rdnr. 126 – CETM.

²¹⁹ BGH EuZW 2009, S. 28 (30).

²²⁰ EuGH Slg. 1997, S. I-1591 Rdnr. 34 – Alcan; BVerwGE 92, S. 81 (87).

²²¹ EuGH Slg. 1997, S. I-1591 Rdnr. 49 – Alcan.

²²² EuGH EuZW 2006, S. 209 Rdnr. 104 – Unicredito Italiano.

²²³ EuGH Slg. 1997, S. I-1591 Rdnr. 38 – Alcan.

²²⁴ EuGH GewArch 2008, S. 247 Rdnr. 43.

währung der Beihilfe wieder herstellt. Insbesondere wird der rechtswidrige Vorteil des Beihilfenempfängers gegenüber seinen Konkurrenten beseitigt.²²⁵ Der Umstand, dass eine Rückforderung der Beihilfe zu einem finanziellen Zusammenbruch der begünstigten Unternehmen und in Folge dessen zu einer schweren Krise im sozialen Bereich führen könnte, stellt aus EU-rechtlicher Perspektive eine unbeachtliche interne Schwierigkeit dar.²²⁶

Schließlich ist ein nach nationalem Recht bei fehlender Bösgläubigkeit des Empfängers möglicher Wegfall der Bereicherung irrelevant.²²⁷ Könnte das von einer rechtswidrigen Beihilfe begünstigte Unternehmen der Rückforderung entgegenhalten, es habe die empfangene Vergünstigung verplant und eine Rückforderung habe dementsprechend negative Auswirkungen auf die finanzielle Situation des Unternehmens, so würde dies auf nahezu jedes Unternehmen zutreffen; die Kontrolle staatlicher Beihilfen durch die Union würde dadurch praktisch wirkungslos.²²⁸

Gegen die an den jeweiligen Mitgliedstaat gerichtete Entscheidung, dass der Mitgliedstaat die Beihilfe von dem Empfänger zurückzufordern hat, kann sich der Mitgliedstaat (und das begünstigte Unternehmen) mit der absoluten Unmöglichkeit der richtigen Durchführung der Kommissionsentscheidung verteidigen.²²⁹ Voraussetzung ist in jedem Fall, dass der Mitgliedstaat mit der Kommission loyal zusammengewirkt hat, um das Rückforderungshindernis zu überwinden.²³⁰ Der Mitgliedstaat muss gegenüber dem betroffenen Unternehmen ernsthafte Maßnahmen zur Rückforderung der Beihilfe ergreifen und der Kommission ggf. andere, die Schwierigkeiten beiseite räumende Möglichkeiten zur Durchführung der Entscheidung vorschlagen. Für das Vorliegen einer absoluten Unmöglichkeit der Durchführung reicht es dagegen nicht aus, dass der Mitgliedstaat der Kommission lediglich die mit der Durchführung der Entscheidung verbundenen rechtlichen, politischen oder praktischen Schwierigkeiten schildert,²³¹ bspw. auf drohende soziale Verwerfungen hinweist²³².

Keine absolute Unmöglichkeit der Rückforderung ist anzunehmen, wenn der betreffende Mitgliedstaat lediglich geltend macht,

²²⁵ Vgl. EuGH Slg. 1999, S. I-3671 Rdnr. 64 f.; 2000, S. I-8717 Rdnr. 35; 2004, S. I-3925 Rdnr. 74 f.; EuZW 2006, S. 209 Rdnr. 113 – Unicredito Italiano.

²²⁶ EuGH Slg. 2004, S. I-3679 Rdnr. 105.

²²⁷ EuGH Slg. 1997, S. I-1591 Rdnr. 50 f. – Alcan; BVerwGE 106, S. 328 (338).

²²⁸ EuGH EuZW 2006, S. 209 Rdnr. 110 – Unicredito Italiano.

²²⁹ EuGH Slg. 1995, S. I-673 Rdnr. 16; 1998, S. I-259 Rdnr. 13; 1999, S. I-3671 Rdnr. 87; 2001, S. I-5107 Rdnr. 30; 2002, S. I-11695 Rdnr. 70 – WestLB; 2005, S. I-3875 Rdnr. 35.

²³⁰ EuGH Slg. 2005, S. I-3875 Rdnr. 42.

²³¹ EuGH Slg. 2001, S. I-5107 Rdnr. 32; 2005, S. I-3875 Rdnr. 43.

²³² EuGH Slg. 1999, S. I-2981 Rdnr. 32 ff.

- die große Zahl der betroffenen Unternehmen²³³ bzw.
- technische und/oder administrative Schwierigkeiten der Wiedereinziehung²³⁴

erschweren eine Rückforderung oder das betroffene Unternehmen werde sich bei einer Beseitigung der Beihilfe finanziellen Schwierigkeiten gegenübersehen²³⁵. Unterhalb der Ebene der absoluten Unmöglichkeit der Durchführung der Kommissionsentscheidung kann der Mitgliedstaat die Kommission allerdings auf unvorhersehbare Schwierigkeiten und nicht beabsichtigte Folgen der Durchführung der Entscheidung hinweisen. In diesem Fall wird die Durchführung der Entscheidung, d. h. die Rückforderung durch den Mitgliedstaat, zwar nicht gehindert. Jedoch ist die Kommission nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit verpflichtet, ihre Entscheidung ggf. zu modifizieren.²³⁶

²³³ EuGH Slg. 1998, S. I-259 Rdnr. 18 ff.

²³⁴ EuGH Slg. 2001, S. I-5107 Rdnr. 41 f.

²³⁵ EuGH Slg. 2000, S. I-4897 Rdnr. 53.

²³⁶ EuGH Slg. 1999, S. I-3671 Rdnr. 88; 2000, S. I-4897 Rdnr. 40; 2001, S. I-5107 Rdnr. 31.

III. Die Wahl von ÖPP anstatt herkömmlicher Beschaffung

Bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben steht die Verwaltung in bestimmten Konstellationen vor der Frage, ob sie in der Form einer herkömmlichen Ausschreibung der benötigten Leistungen vorgehen oder die Beschaffung einer ÖPP-Variante bevorzugen soll. ÖPP ist mithin kein Beschaffungsmodell, das in jenen Konstellationen als einzig mögliche Form der Beschaffung zur Verfügung steht, sondern steht nur als eine von mehreren Optionen zur Verfügung. Zu treffen ist daher in jedem Einzelfall eine bewusste Auswahlentscheidung, die nicht von programmatischen Konzepten zur Vermehrung von ÖPP-Projekten, sondern von einer sorgfältigen Abwägung der Möglichkeiten und Grenzen der verschiedenen Optionen geleitet werden muss. Den wichtigsten der insoweit relevanten Punkte sind die folgenden Ausführungen gewidmet.

1. ÖPP als Variante der Erfüllung öffentlicher Aufgaben

a) Formen und Strukturen von ÖPP

Typologisch sind ÖPP als eine Form der funktionalen Privatisierung²³⁷ einzuordnen. Diese bezeichnet im weitesten Sinne die Einbeziehung eines zumindest partiell von der öffentlichen Hand unabhängigen Privaten in die Erledigung öffentlicher Aufgaben bei fortbestehender, dem Gebot demokratischer Legitimation Rechnung tragender staatlicher Gewährleistungsverantwortung für die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung.²³⁸

Die Zusammenarbeit im Rahmen einer ÖPP vollzieht sich in unterschiedlichen Formen. Diesbezüglich haben sich folgende Grundformen herausgebildet, die sich in der Praxis insbesondere bei der Realisierung von Projekten im öffentlichen Hochbau in verschiedenen Varianten und Kombinationen, die mit Blick auf die Besonderheiten des Einzelfalls noch weiter diversifiziert werden, finden²³⁹:

- Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft zwischen dem Träger öffentlicher Verwaltung und einem privaten Unternehmen unter regelmäßig mehrheitlicher Beteiligung (z. B. zu 51 %) der öffentlichen Hand, sog. Gesellschafts- bzw. Koopera-

²³⁷ Dazu eingehend *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe.

²³⁸ Zum Konzept gestufter Verantwortung zwischen öffentlicher Hand und Privaten im Gewährleistungsstaat *Hoffmann-Riem*, in: Kirchhof/Lehner/Raupach/Rodi (Hrsg.), Staat und Steuern, S. 47 ff.; *Schuppert*, Die Verwaltung 31 (1998), S. 415 ff.; *Trute*, in: Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und »schlankem« Staat, 1999, S. 13 ff.

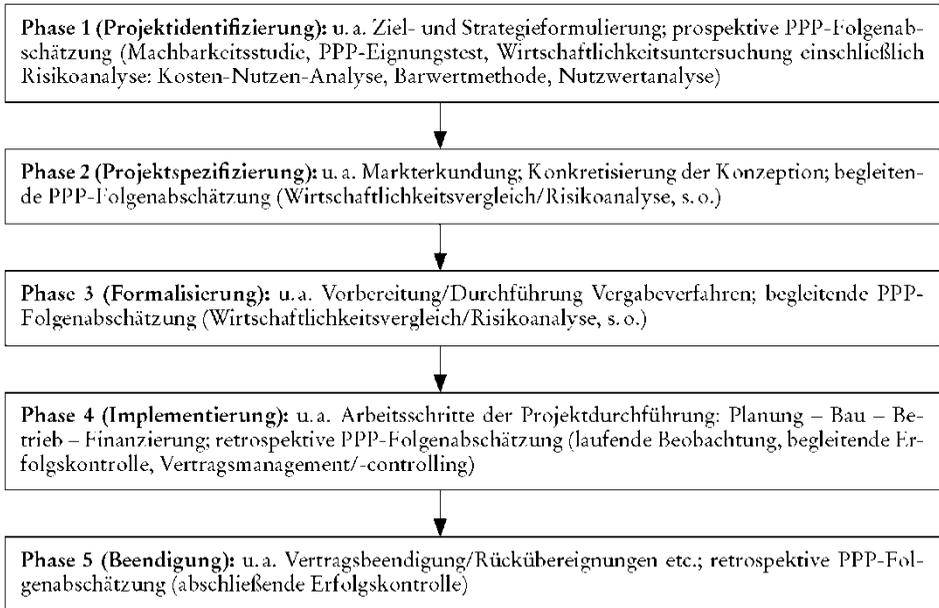
²³⁹ Zurückgehend auf PriceWaterhouseCoopers u. a., PPP im öffentlichen Hochbau, Band II: Rechtliche Rahmenbedingungen, Teilband 1, S. 3 ff., 76 ff.; *Hoppenberg/Dinkhoff/Schäfer*, in: PPP-Handbuch, 2008, S. 61 ff.; Public Private Partnership zur Realisierung öffentlicher Baumaßnahmen in Bayern, Teil 1, Grundlagen, 2005, S. 12; *Schede/Pohlmann*, in: Weber/Hausmann/Schäfer, Praxishandbuch Public Private Partnership, 2005, S. 102 ff.

tionsmodell.

- Erwerbmodell: Laufzeit bis 30 Jahre; gegen ein regelmäßiges Entgelt des öffentlichen Partners plant, errichtet, finanziert und betreibt der private Partner eine dem öffentlichen Partner zur Nutzung überlassene Anlage, deren Eigentum er bei Laufzeitende auf die öffentliche Hand überträgt.
- Leasingmodell: Laufzeit bis 30 Jahre; der Private übernimmt ebenfalls Planung, Bau, Finanzierung und Betrieb einer in seinem Eigentum stehenden Anlage und erhält hierfür Leasingraten. Er überlässt die Anlage der öffentlichen Hand zum Gebrauch; der öffentlichen Hand steht bei Vertragsende regelmäßig eine Kaufoption zu.
- Vermietungsmodell: Laufzeit bis 30 Jahre; der Private überlässt der öffentlichen Hand eine von ihm geplante, gebaute, finanzierte und betriebene Anlage mietweise zum Gebrauch. Im Falle der Ausübung evtl. vereinbarter Kaufoptionen erfolgt eine Eigentumsübertragung auf die öffentliche Hand.
- Inhabermodell: Laufzeit 15 bis 20 Jahre; die Leistungen des Privaten erstrecken sich im Bereich der Herstellung u.U. nur auf einen teilweisen Neubau oder die Sanierung. Ein weiterer Unterschied zu den o. g. Modellen liegt darin, dass der öffentliche Partner von vornherein Eigentümer und Besitzer der Anlage ist.
- Contractingmodell: Laufzeit bis 15 Jahre; hier beschränkt sich der Auftragsgegenstand auf spezielle Anlagenteile, die durch den Privaten eingebaut oder (z. B. energiewirtschaftlich) optimiert und anschließend betrieben werden.
- Konzessionsmodell: Mit den vier erstgenannten Betreibermodellen kombinierbares Sondermodell, welches sich dadurch von diesen unterscheidet, dass der Private seine Leistungen nicht über regelmäßige Entgeltzahlungen, sondern über die Erhebung von Nutzungsentgelten aufgrund des ihm eingeräumten Rechts refinanziert.

PPP-Vorhaben bedürfen zur Wahrnehmung der staatlichen Gewährleistungsverantwortung einer nachhaltigen, lebenszyklusorientierten Planung und Steuerung, da die Verwaltung – je nach Aufgabe und Ausgestaltung der Zusammenarbeit – langfristige Bindungen mit beträchtlichem Finanzvolumen und u. U. erheblichen Risiken eingeht. Kernelement der Steuerung von Kooperationsprozessen ist hierbei die PPP-Folgenabschätzung, welche in jeder Phase eines geplanten bzw. implementierten Projekts eine umfassende Untersuchung auf Zielerreichung und Wirtschaftlichkeit erfordert. Der PPP-Lebenszyklus mit den einzelnen Modulen der PPP-Folgenabschätzung lässt sich in vereinfachter Form wie folgt skizzieren:²⁴⁰

²⁴⁰ Ausführlich dazu *Ziekow/Windoffer*, Public Private Partnership, S. 71 ff.



b) Gründe für die Eingehung von ÖPP

Da die Wahl der Beschaffungsform ÖPP nicht zur Disposition der Unternehmen, deren Bewertung dieser Variante sich im Übrigen nach Branche und Unternehmensgröße deutlich unterscheidet, steht, sind die maßgeblichen Gründe für die Verfolgung eines ÖPP-Ansatzes bei der öffentlichen Hand zu suchen. Insoweit lässt sich bei genauerer Betrachtung ein breites Portfolio von Gründen feststellen:

- Gleichsam der initiatorische Impuls für die intensive Förderung des ÖPP-Ansatzes durch Bund und Länder in den vergangenen 15 Jahren sind die reduzierten finanziellen Handlungsspielräume der öffentlichen Haushalte. Der spezifische Modus der Streckung der Zahlungsströme über den Lebenszyklus wird nicht selten als einziges Mittel angesehen, um notwendige Investitionen in öffentliche Infrastrukturen überhaupt tätigen zu können.
- Dem korrespondiert ein – makroökonomischer – Ansatz, ÖPP als Mittel der Wirtschaftsförderung einzusetzen. Da wegen der Knappheit der in den öffentlichen Haushalten für Investitionen zur Verfügung stehenden Mittel eine traditionelle Auftragserteilung in absehbarer Zeit als nicht realisierbar angesehen wird und die Möglichkeiten der Akquise sich für die Unternehmen entsprechend verschlechtern würden, wird ÖPP als Instrument angesehen, um der

Wirtschaft überhaupt noch ein Geschäftsvolumen aus öffentlichen Mitteln zu eröffnen.

- Häufig wird propagiert, die Wahl von ÖPP als Beschaffungsvariante sei gegenüber einer Eigenerledigung durch die öffentliche Hand effizienter und / oder effektiver. Allerdings handelt es sich dabei häufig um ein Argument, dass eher von interessierten Unternehmen bzw. den Beratern als von den über die Verwirklichung des Beschaffungsbedarfs entscheidenden öffentlichen Stellen verwendet wird.
- Ausschlaggebend für die Entscheidung für eine ÖPP ist vielmehr, insbesondere auf kommunaler Ebene, neben der Haushaltsknappheit nicht selten die Entlastung der öffentlichen Verwaltung von der Prozesssteuerung bei der Umsetzung von Projekten.²⁴¹ Ein Problem der Optimierung der Leistungserbringung durch die öffentliche Verwaltung selbst als Alternative zu ÖPP besteht darin, dass die Anreize für die politischen Entscheidungsträger im Verhältnis zu den politischen Kosten zu gering sind. Langfristiges Handeln, das kurzfristig mit Belastungen verbunden ist, wird ggf. von anderen Akteuren nicht akzeptiert und sanktioniert. Ein Entscheidungsträger, der nachhaltige Umbauprozesse initiieren will, läuft Gefahr, blockiert und evtl. nicht wieder gewählt zu werden. Für den Rückgriff auf ÖPP-Lösungen hat das konkrete Folgen: Konfrontiert man politische Entscheidungsträger mit der Frage, ob es denn nicht langfristig gesehen günstiger wäre, die eigene Verwaltungsorganisation im Interesse einer Verbesserung der Aufgabenerfüllung zu optimieren als eine ÖPP-Lösung zu präferieren, so lautet die Antwort nicht selten: Natürlich, aber das hätte sich politisch entweder nicht oder doch nur sehr viel mühsamer als ÖPP durchsetzen lassen. Für eine effizienz- und effektivitätssteigernde Reorganisation der Verwaltung sei eine Vielzahl einzelner Maßnahmen erforderlich, die jede für sich auf Widerstände stoßen dürfte. Die Eingehung einer ÖPP bedürfe hingegen zwar beträchtlicher Vorbereitungen, dann aber nur *eines* Beschlusses, was politisch viel leichter durchzusetzen sei. Kurz gefasst besteht der besondere Charme von ÖPP also auch darin, das Problem „vom Tisch zu haben“, und zwar langfristig.

c) Das Verfehlen der Wirtschaftlichkeitsziele von ÖPP

Seit einiger Zeit finden sich vermehrt Berichte, dass sich die bei der Eingehung einer ÖPP prognostizierten Einsparungen für die öffentliche Hand nicht werden realisieren

²⁴¹ Gerstlberger/Schneider, Öffentlich Private Partnerschaften, S. 79 f.

lassen. Sie sind von Greilinger umfassend dokumentiert worden²⁴², so dass an dieser Stelle eine Beschränkung auf einige wenige Gesichtspunkte erfolgt.

Die Untersuchung von sechs öffentlichen Hochbauprojekten, für die als Beschaffungsvariante ein ÖPP-Modell gewählt wurde, durch den Rechnungshof des Landes Baden-Württemberg hat das Ergebnis gezeigt, dass zwei Projekte (33 %) sich in ÖPP als unwirtschaftlicher im Vergleich zur Eigenerledigung erwiesen und insgesamt die ÖPP-Varianten einen Wirtschaftlichkeitsvorteil von nur 2,67 % erzielten,²⁴³ obwohl die prognostizierten Einsparungen deutlich höher lagen. Der Präsident des Bundesrechnungshofes hat in einer Untersuchung des A- und des F-Modells im Bundesfernstraßenbau darauf hingewiesen, dass Effizienzgewinne sich nur beschränkt werden realisieren lassen.²⁴⁴

Das viel beachtete Projekt der Übertragung der Sanierung und Bewirtschaftung der in Kreisträgerschaft befindlichen Schulen des Kreises Offenbach auf einen privaten Partner in ÖPP wird nach einer Schätzung des seinerzeit in der Verantwortung stehenden Landrats um 50 Millionen Euro teurer werden als bei Auflegung des Projekts veranschlagt, wofür eine Reihe von Gründen angeführt werden.²⁴⁵

Die Feststellung des Ausbleibens der in der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung angenommenen Wirtschaftlichkeitsvorteile oder des Eintretens von deutlichen Kostensteigerungen gegenüber den prognostizierten Kosten beinhaltet daher auch nicht zwangsläufig den Vorwurf eines Verstoßes gegen die haushaltsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Das Problem der teilweise deutlichen Verfehlung bei der Entscheidung für die Beschaffung in der Form von ÖPP zugrunde gelegter Kostenvorteile besteht vielmehr in einer Verzerrung der Entscheidungssituation. Bei der Auflegung des Schulprojekts des Kreises Offenbach ging man in Presseberichten von folgender optimistischer Annahme aus: „Über die Kosten braucht sich Landrat Walter nicht mehr den Kopf zu zerbrechen: Für den Zustand der Schulen im Osten des Land-

²⁴² Greilinger, Probleme von Public Private Partnerships: Eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung von Handwerksbetrieben und der öffentlichen Hand, in diesem Band.

²⁴³ Mitteilung des (baden-württembergischen) Rechnungshofs: Beratende Äußerung zur Wirtschaftlichkeitsanalyse von ÖPP-Projekten der ersten und zweiten Generation bei Hochbaumaßnahmen des Landes, LT-Drucks. 14/4043, S. 37.

²⁴⁴ Der Präsident des Bundesrechnungshofes, Gutachten des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der öffentlichen Verwaltung zu Öffentlich Privaten Partnerschaften (ÖPP) im Bundesfernstraßenbau v. 5.1.2009.

²⁴⁵ Privat-öffentliche Partnerschaft, 91 Schulen binnen fünf Jahren saniert, faz.net v. 25.1.2010, <http://www.faz.net/aktuell/rhein-main/region/privat-oeffentliche-partnerschaft-91-schulen-binnen-fuenf-jahren-saniert-1909728.html>.

kreises ist für die nächsten 15 Jahre die Baufirma verantwortlich“.²⁴⁶ Wie die weitere Entwicklung gezeigt hat, war dem durchaus nicht so, sondern auf den Kreis sind – aus welchen Gründen auch immer – beträchtliche Kostensteigerungen zugekommen. Es ist nicht auszuschließen, dass die zur Entscheidung Berufenen seinerzeit anders entschieden hätten, wenn Ihnen die Unsicherheit der Einsparungsprognosen bzw. Kostenstabilitätsannahmen deutlich gewesen wäre.

Insbesondere führt das Vertrauen auf derartige Annahmen nicht selten dazu, dass eine nähere Befassung mit den Effizienz- und Effektivitätsreserven einer Optimierung der Aufgabenerfüllung durch die Verwaltung selbst unterbleibt. ÖPP-Prozesse setzen keine Anreize für solche Überlegungen. Im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsvergleichs wird die Wirtschaftlichkeit des zukünftigen ÖPP-Projekts mit dem konventionellen Referenzprojekt verglichen, wie es die Verwaltung in ihrer derzeit vorhandenen Aufbau- und Ablauforganisation durchführen würde. Eine Berücksichtigung von Wirtschaftlichkeitsreserven der öffentlichen Verwaltung erfolgt also im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsvergleichs nicht. In der Konsequenz heißt dies, dass je schlechter die tatsächlich vorhandene Verwaltungsorganisation ist, desto eher geht der Wirtschaftlichkeitsvergleich zugunsten der Aufgabenerfüllung in ÖPP aus. Müssten hingegen noch die Optimierungspotenziale bei einer Eigenerfüllung berücksichtigt werden, so hätte ÖPP wohl seltener eine Chance. Unter der für die Entfaltung von Gewährleistungsstaatlichkeit notwendigen Langfristperspektive werden insoweit die falschen Anreize gesetzt.

d) Die Problematik des Verlusts von Kompetenzen der Kernverwaltung

Ein empirisch bislang noch nicht untersuchtes Problem besteht in der Frage, welche Auswirkungen die breite Institutionalisierung von ÖPP-Modellen auf den Kompetenzbestand und die Problemlösungsfähigkeit der staatlichen und kommunalen Kernverwaltungen hat.

Bestandteil einer umfassenden Folgenabschätzung bei der Prüfung einer ÖPP-Variante hat auch eine qualitative Beurteilung der jeweiligen Maßnahmen im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit den auf der Wertebene angesiedelten übergeordneten Gemeinwohlgesichtspunkten, u. a. auch vor dem Hintergrund des Selbstverständnisses der Verwaltung bezüglich der Aufgabenerfüllung und des Verhältnisses zum Bürger zu sein. Da die Intensität der Steuerung der Aufgabenerledigung in ÖPP wesentlich vom aufgabenabhängigen Verantwortungsniveau bestimmt wird, hat der öffentliche Kooperationspartner eine möglichst frühzeitige Verantwortungsbilanzierung vorzunehmen und

²⁴⁶ Chancen und Risiken von PPP: Allianz der Schwachen, Süddeutsche.de v. 7.9.2005, <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/chancen-und-risiken-von-ppp-allianz-der-schwachen-1.819115>.

hieraus die zur Wahrnehmung der Gewährleistungsverantwortung benötigten Steuerungsinstrumente zu entwickeln. Diese sollen der insbesondere bei langfristig angelegten und großdimensionierten Partnerschaften latenten Gefahr eines allmählichen Kontrollverlusts und der Abhängigkeit vom privaten Unternehmer entgegenwirken. Dergleichen Überlegungen zu kooperationspezifischen potenziellen Folgen sind jenseits der zeitlichen, örtlichen und situativen Grenzen des konkreten Vorhabens durchaus auch auf die gesamtgesellschaftlich-strategische Ebene auszudehnen.

Dieses Erfordernis geht weit über die bei jeder ÖPP als Kernelement vorzunehmende Risikoallokation, die Festschreibung von vertraglichen Überwachungs- und Qualitätsstandards und die Durchführung eines Vertragscontrollings hinaus. Es geht vielmehr um die Bewusstmachung, dass eine Etablierung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben in ÖPP-Modellen als Routine zu einem Wandel der Bedeutung der staatlichen Verwaltung führt. Eine Verwaltung, die eine Aufgabe nach Ablauf einer ÖPP nicht wieder reetabliert oder rekommunalisiert, sondern wiederum als ÖPP vergibt, wird vor dem Hintergrund enger finanzieller Spielräume nicht in der Lage sein, zusätzlich zu dem, für die im Zuge einer ÖPP zu erfüllenden konzeptionellen Aufgaben und Überwachungsaufgaben benötigten Personal reserveweise auch den vollständigen für eine Eigenerfüllungsvariante erforderlichen Personalbestand vorzuhalten.

Es besteht zumindest die Gefahr, dass die Implementation von ÖPP-Ansätzen nicht zu einem Lernen der Verwaltung von der privatwirtschaftlichen Rationalität der Projektrealisierung, sondern zu einem Verlust eigener Kompetenzen zur Erledigung öffentlicher Aufgaben führt. Näheren Aufschluss hierüber werden die Ergebnisse des Teilprojekts „Public Private Partnerships als strategische Option der öffentlichen Verwaltung“ liefern, das vom Verfasser der vorliegenden Untersuchung innerhalb des interdisziplinären Projektverbunds „Public Private Partnerships“ am Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung durchgeführt wird.

e) „Mediatisierung“ der Staat-Bürger-Beziehung und Erhöhung der Transaktionskosten zur Durchsetzung von öffentlich-rechtlichen Bindungen des „öffentlichen“ ÖPP-Partners

Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Form von ÖPP kann nicht allein zu einem Wandel des Kompetenzportfolios der öffentlichen Verwaltung, sondern auch zu einer Veränderung in der Staat-Bürger-Beziehung führen, die zusätzliche Kosten verursachen kann.

Nimmt eine in Form einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft organisierte ÖPP öffentliche Aufgaben wahr, so kann sich die Verwaltung durch die Wahl privatrechtlicher

Verwaltungsformen nicht ihren Bindungen an die Grundrechte sowie das Demokratie-, Rechtsstaats- und Sozialstaatsgebot entziehen.²⁴⁷ Dass der öffentliche Partner in einer ÖPP diesen Bindungen unterliegt, bedeutet allerdings noch nicht, dass eine unter Beteiligung der öffentlichen Hand gegründete gemischtwirtschaftliche Gesellschaft an Bestimmungen des öffentlichen Rechts, insbesondere die Grundrechte, gebunden ist. Dies ist nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur dann der Fall, wenn der öffentliche Partner die Mehrheit der Gesellschaftsanteile hält oder die Gesellschaft in anderer Weise beherrscht.²⁴⁸ Da haushaltsrechtlich kein beherrschender, sondern nur ein angemessener Einfluss des öffentlichen Partners auf die Gesellschaft geboten ist (vgl. § 65 Abs. 1 Nr. 3 BHO), wird eine Grundrechtsbindung gemischtwirtschaftlicher ÖPP-Gesellschaften in der Praxis vermeidbar sein. Fehlt es dann an einer Bindung des neuen Rechtssubjekts, so hat der Staat seiner Grundrechtsbindung bei der Gründung der Gesellschaft durch den Vorbehalt entsprechender Steuerungsmöglichkeiten und während der Tätigkeit der Gesellschaft durch die Wahrnehmung dieser Möglichkeiten Rechnung zu tragen.²⁴⁹

Denn der im Rahmen einer ÖPP in die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe eingeschaltete private Partner unterliegt keinen öffentlich-rechtlichen Bindungen, sondern entscheidet in Ausübung von Privatautonomie – soweit er nicht mit hoheitlicher Gewalt beliehen wird. Dass er gerade öffentliche Aufgaben erfüllt, ändert daran nichts. Eine unmittelbare Bindung des Privaten an die Grundrechte, etwa die Gleichheitssätze des Art. 3 GG, besteht nicht. Eine Berücksichtigung grundrechtlicher Vorgaben erfolgt allein im Rahmen der Drittwirkung der Grundrechte. Dies bedeutet, dass der Staat seine fortbestehenden öffentlich-rechtlichen Bindungen bei der Eingehung der ÖPP als vertragliche Pflicht des privaten Partners zur Beachtung der im Einzelnen zu beachtenden Bindungen festschreiben muss, soll der Staat diesen Bindungen weiterhin gerecht werden können.

Der Staat kann in der Partnerschaft nicht mehr auf seine öffentlich-rechtlichen Sonderbefugnisse zurückgreifen, um seine Gemeinwohlbindungen durchzusetzen. Soweit es sich um solche Bindungen handelt, die sich auf die konkrete, in ÖPP zu erfüllende öffentliche Aufgabe beziehen, stellt dies regelmäßig kein Problem dar. Die sich auf die Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe beziehenden beiderseitigen Rechte und Pflichten werden in dem ÖPP-Vertragswerk regelmäßig im Einzelnen abgearbeitet. Für die wei-

²⁴⁷ Vgl. BGHZ 91, S. 84 (96 ff.); BGH LKV 2008, S. 92 (93); *Kieth*, NZG 2006, S. 45 (47) m.w.N. Zur fehlenden Privatautonomie der Verwaltung *Ziekow*, in: Benz/Siedentopf/Sommermann, Institutionenwandel in Regierung und Verwaltung, 2004, S. 303 (311 ff.).

²⁴⁸ BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 - 1 BvR 699/06 -.

²⁴⁹ Vgl. nur *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: Dez. 2007, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 96; *Kemp*, Grundrechtsverpflichtete, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, 2006, § 54 Rdnr. 56. Zum Ganzen noch *Berger*, Staatseigenschaft gemischtwirtschaftlicher Unternehmen.

teren, insbesondere langfristigen Gemeinwohlverpflichtungen des Staates gilt dies nicht in gleichem Maße. Hier besteht die Gefahr, dass die privatrechtliche Regelung dazu führt, dass der staatliche Partner Gemeinwohlbelange nicht mehr durchsetzen kann. Berücksichtigt man, dass Public Private Partnerships in der Regel auf einen längeren Zeitraum, teilweise auf 25 Jahre oder mehr, geschlossen werden, so kann dies – je nach Bereich – zu einem langfristigen Steuerungsverlust für staatliche Instanzen und zu einem Unterliegen zukünftiger Gemeinwohlgasichtspunkte führen. Die privatrechtliche Regelung von ÖPP schafft mithin ein Regime von Sonderordnungen, das langfristig angelegt ist und eine beträchtliche Immunität gegenüber der nachträglichen Implementation von Gemeinwohlzielen aufweist.

Werden ÖPP als Instrument zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben gegenüber dem Bürger eingesetzt, so schiebt sich die genannte Sonderordnung bereichsspezifisch zwischen die bis dahin unmittelbare Beziehung zwischen Bürger und Staat. Dieses Verhältnis wird in der Weise mediatisiert, dass der Private die Leistungen gegenüber dem Bürger erbringt und dessen Vertrags- und Haftungspartner ist. Da der Staat bzw. die Kommune aber gegenüber den Bürgern die Gewährleistungsverantwortung für die ordnungsgemäße Leistungserbringung trägt, muss er die Qualität dieser Beziehung, an der er nicht mehr unmittelbar beteiligt ist, permanent messen und sicherstellen, nicht nur in der Durchsetzung von vereinbarten Service levels, sondern auch durch eine Erfassung der Kundenzufriedenheit.

In der Konsequenz kann sich der Staat nicht auf das Vertragscontrolling und insbesondere die Kontrolle der Einhaltung vereinbarter Standards beschränken, sondern muss permanent darauf bedacht sein, außervertragliche Gemeinwohlziele verfolgen und die Mediatisierung der Staat-Bürger-Beziehung überbrücken zu können. Dies ist aus der Perspektive der politischen Entscheider schon deshalb erforderlich, um in den Augen der Bürger politisch handlungsfähig zu bleiben. Instrumentell lassen sich diese Anforderungen beherrschen, jedoch führen sie zu Transaktionskosten, die bei der Bewertung der Vorteilhaftigkeit von ÖPP berücksichtigt werden müssen. Darüber hinaus nimmt der Versuch, den Privaten weitgehend den für die staatliche Verwaltung geltenden Bindungen zu unterwerfen, dem Privaten für den Erfolg von ÖPP wesentliche Effizienzvorteile, was er in seine Kalkulation „einpreisen“ wird.

2. Rechtliche Vorgaben für ÖPP

a) Verfassungsrechtliche Grenzen funktionaler Privatisierungen

Privatisierungen bedürfen eines verfassungsändernden Gesetzes, soweit sie nach dem Grundgesetz als Staatsaufgaben durch bestimmte (staatliche) Stellen in einer bestimmten Organisationsform wahrzunehmen sind. Dies betraf insbesondere die staatlichen Monopole in den Infrastruktur- und Energiesektoren, gilt aber nicht im gleichen Umfang

für die Gegenstände der bundeseigenen Verwaltung regelnden Art. 87 ff. GG. Das Grundgesetz schließt lediglich eine vollständige (funktionale oder materielle) Privatisierung aus, lässt eine Einschaltung Privater außerhalb des Kernbereichs der Erfüllung der jeweiligen Aufgabe jedoch zu.²⁵⁰

Enthält die Verfassung keine Entscheidung zugunsten einer Aufgabenerfüllung gerade durch staatliche Stellen, wobei eine solche Entscheidung auch durch Kompetenzzuweisungen im Verhältnis zwischen Bund und Ländern getroffen worden sein kann²⁵¹, so kommt es nach den aus dem Rechtsstaats- und dem Demokratieprinzip abzuleitenden Grundsätzen zum Gesetzesvorbehalt²⁵² darauf an, ob es sich bei der Privatisierung um eine wesentliche, insbesondere grundrechtsrelevante Entscheidung handelt. In diesem Fall ist eine einfachgesetzliche Grundlage erforderlich, und zwar auch im Bereich der Leistungsverwaltung.²⁵³ Dies gilt etwa für die Einschaltung privater Unternehmen in die Datenverarbeitung persönlicher und sensibler Daten.²⁵⁴

Sollen im Zuge der Eingehung einer ÖPP hoheitliche Kompetenzen auf Privatpersonen übertragen werden, so bedarf eine solche Beleihung einer gesetzlichen Grundlage.²⁵⁵ Dies gilt allerdings nur, soweit die Übertragung hoheitlicher Kompetenzen reicht. Dem Gesetzesvorbehalt unterfällt nur die Beleihung als Instrument zur Durchführung einer ÖPP, nicht die Partnerschaft insgesamt.

Darüber hinaus setzt der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG einer Beleihung Grenzen, da diese Bestimmung verlangt, dass die ständige Ausübung hoheitlicher Befugnisse in der Regel Beamten zu übertragen ist. Private dürfen in die Ausübung hoheitlicher Befugnisse daher nur ausnahmsweise, nicht aber in ständiger Weise und in größerem Umfang einbezogen werden. Diese verfassungsrechtlichen Anforderungen können nicht dadurch unterlaufen werden, dass die hoheitliche Aufgabe einem Privatrechtssubjekt überantwortet wird.²⁵⁶ Die Festlegung, welche Aufgaben in welchem Umfang durch Private wahrgenommen werden dürfen, muss durch den Gesetzgeber erfolgen. Dieser hat das verfassungsrechtlich gebotene Regel-Ausnahme-Verhältnis als eine Art „Wesensgehaltsgarantie für den Aufgabenbereich der Beamten“ zu beachten. Dabei muss die funktionale Privatisierung von Hoheitsaufgaben durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein, die das Regel-Ausnahme-Verhältnis – die Erfüllung durch

²⁵⁰ Vgl. nur *Dumer*, *VerwArch* 96 (2005), S. 18 (28 ff.); *Kämmerer*, *Privatisierung*, S. 207 ff.; *Lerche*, in: *Maunz/Dürig*, *Grundgesetz*, Stand Mai 2008, Art. 87 Rdnr. 52 ff.

²⁵¹ *Wieland*, *NdsVBl.* 2009, S. 33.

²⁵² Vgl. hierzu *BVerfGE* 83, S. 130 (142); *BVerwGE* 116, S. 347 (349); *Reimer*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, § 9 Rdnr. 24 ff.

²⁵³ *Ziekow*, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, § 8 Rdnr. 14.

²⁵⁴ *Sellmann*, *NVwZ* 2008, S. 817 (820 f.).

²⁵⁵ Vgl. *BVerwGE* 98, S. 280 (298); *BVerwG DÖV* 2006, S. 651.

²⁵⁶ *BVerfG*, *Urt. v. 18. 1. 2012 - 2 BvR 133/10 -*.

Hoheitsaufgaben durch Beamte ist die Regel, die Tätigkeit von Privaten die Ausnahme – nicht in Frage stellen.²⁵⁷ Auch soweit Private im Rahmen einer ÖPP tätig werden, etwa im Bereich des öffentlichen Hochbaus (z. B. von Verwaltungs- und Schulgebäuden oder JVA), erstreckt sich deren Aufgabenkreis nur auf die mit Bau/Sanierung, Instandhaltung und Gebäudemanagement der Anlagen verbundenen Arbeiten, nicht jedoch auf die in diesen Gebäuden ausgeübte hoheitliche Tätigkeit selbst.

Zu beachten ist dabei, dass die von Art. 33 Abs. 4 GG abweichende Übertragung von hoheitlichen Aufgaben auf Private nicht aus rein fiskalischen Gründen erfolgen darf: „Die pauschale Erwägung, dass die Wahrnehmung von Aufgaben durch Berufsbeamte Kosten verursacht, die in anderen Organisationsformen – insbesondere etwa im Privatisierungsfall wegen dann sich bietender Möglichkeiten der Aufgabenerledigung zu Niedriglöhnen – vermeidbar wären, liefe als Ausnahmegrund, weil nicht spezifisch, der mit Art. 33 Abs. 4 GG zum Ausdruck gebrachten grundsätzlichen Wertung zugunsten des Einsatzes von Berufsbeamten zuwider.“²⁵⁸

Für den kommunalen Bereich gebietet das – freilich mit einem Konkretisierungs- und Gestaltungsauftrag an Gesetzgeber und Verwaltung verbundene²⁵⁹ – Sozialstaatsprinzip den Gemeinden die Aufrechterhaltung eines qualitativ adäquaten und zu angemessenen Bedingungen zugänglichen Angebots öffentlicher Einrichtungen, die für das wirtschaftliche, soziale und kulturelle Wohl ihrer Einwohner erforderlich sind.²⁶⁰

b) Haushaltsrecht

Von Bedeutung für den bei der Wahl von ÖPP anstatt einer herkömmlichen Beschaffungsvariante einzuhaltenden rechtlichen Rahmen ist des Weiteren das Haushaltsrecht von Bund, Ländern und Kommunen. Einzubeziehende sind hier vor allem zwei Fragekreise: das in der staatlichen Haushaltswirtschaft zu beachtende Jährlichkeitsprinzip und die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.

aa) Jährlichkeitsprinzip

Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG gibt der staatlichen Haushaltsplanung das sog. Jährlichkeitsprinzip vor, indem er verlangt, dass der Haushaltsplan für ein oder mehrere Rechnungsjahre, nach Jahren getrennt, vor Beginn des ersten Rechnungsjahres durch

²⁵⁷ Vgl. zum Ganzen BVerfG, Urt. v. 18. 1. 2012 - 2 BvR 133/10 -; BVerwG DÖV 2006, S. 651; Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, S. 371 ff.; *Kämmerer*, Privatisierung, S. 214 ff.

²⁵⁸ BVerfG, Urt. v. 18. 1. 2012 - 2 BvR 133/10 -.

²⁵⁹ BVerfGE 1, S. 97 (105); 65, S. 182 (193); 97, S. 169 (185); 100, S. 271 (284).

²⁶⁰ *Schönrock*, Beamtenüberleitung anlässlich der Privatisierung öffentlicher Unternehmen, S. 28.

Haushaltsgesetz festgestellt werden muss. § 1 S. 1 BHO konkretisiert diesen Grundsatz dahingehend, dass der Haushaltsplan für maximal zwei Rechnungsjahre vorab festgestellt werden kann.

Zwar kollidiert die Auflegung von ÖPP, für die die benötigten Mittel in einer den haushaltsrechtlichen Anforderungen entsprechenden Weise im Haushaltsplan dargestellt werden, als solche nicht mit dem Jährlichkeitsprinzip. Doch ist zu beachten, dass der verfassungsrechtliche Gehalt des Jährlichkeitsprinzips über eine formale Regel zur zeitlichen Staffelung der Haushaltsaufstellung hinausgeht. Er führt vielmehr zur Bedeutung der Verabschiedung des Haushaltsplans durch das Parlament in der Funktionsordnung des demokratischen Verfassungsstaats. Nicht nur historisch, sondern auch unter dem Grundgesetz ist das Budgetrecht eines der zentralen Rechte des Parlaments im Verhältnis zur Exekutive.²⁶¹ Dem Jährlichkeitsprinzip – bzw. in der durch Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG abgeschwächten Form: dem Prinzip der Periodizität – kommt dabei eine wesentliche Bedeutung dafür zu, dass das Parlament seine Budgetprärogative effektiv durchzusetzen vermag. Die kurzrhythmische Neuentscheidung des Parlaments über den Haushaltsplan ermöglicht dem unmittelbar legitimierten Verfassungsorgan eine Neujustierung von grundlegenden Entscheidungen und eine Beeinflussung der Regierungspolitik.²⁶²

Dies schließt nicht aus, dass auch längerfristige Verbindlichkeiten zu Lasten künftiger Haushalte eingegangen werden. § 11 Abs. 2 Nr. 3 BHO sieht ausdrücklich vor, dass der Haushaltsplan auch die voraussichtlich benötigten Verpflichtungsermächtigungen, also Ermächtigungen zum Eingehen von Verpflichtungen zur Leistung von Ausgaben in künftigen Jahren (§ 6 BHO), enthält. Zwar erfolgt hierdurch eine Modifizierung des Jährlichkeitsprinzips, jedoch darf dies nicht zu einer praktischen Bedeutungslosigkeit dieses zentral im Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG verwurzelten Grundsatzes führen. Durch die langfristige Bindung der Haushalte in Form von Verpflichtungsermächtigungen werden künftige Parlamente sonst in einer Weise in ihren Gestaltungsmöglichkeiten eingeschränkt, die der im Jährlichkeitsprinzip zum Ausdruck kommenden Offenhaltung von Optionen widerspricht.²⁶³

Aus diesem Grund dürfen Verpflichtungsermächtigungen nur veranschlagt werden, wenn sie zur Erfüllung der staatlichen Aufgaben notwendig sind (§ 6 BHO). Es greift zu kurz, diese Vorgabe lediglich als Unterfall des Sparsamkeitsprinzips zu verstehen.²⁶⁴ Die spezifische Funktion des § 6 BHO in Abgrenzung zu § 7 Abs. 1 S. 1 BHO besteht

²⁶¹ *Siekmann*, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 110 Rdnr. 14.

²⁶² *Gröpl*, in: ders., BHO/LHO, § 1 Rdnr. 28; *Pünder*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: Dez. 2008, Art. 110 Rdnr. 51.

²⁶³ Vgl. *Pünder*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: Dez. 2008, Art. 110 Rdnr. 60.

²⁶⁴ So aber *Gröpl*, in: ders., BHO/LHO, § 6 Rdnr. 24.

vielmehr darin, die Notwendigkeit der Bindung künftiger Haushaltsgesetzgeber zur Prüfung aufzugeben, d. h. die zeitliche Dimension abzubilden.

Für die für die Form der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zu treffende Entscheidung zwischen ÖPP und dem Rückgriff auf traditionelle Beschaffungsmechanismen bedeutet dies, dass zusätzlich zur durchzuführenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung auch zu würdigen ist, ob die für die ÖPP-Lösung prognostizierten Wirtschaftlichkeitsvorteile so groß sind, dass sie eine Bindung der Entscheidungsspielräume zukünftiger Haushaltsgesetzgeber zu rechtfertigen vermögen.

bb) Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit

Für die haushaltsrechtliche Bewertung der Verfolgung von ÖPP-Lösungen sind des Weiteren die zentralen haushaltsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Indem Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG die Wirtschaftlichkeit und Ordnungsmäßigkeit der Haushalts- und Wirtschaftsführung zum Prüfungsmaßstab für die Rechnungshofkontrolle erhebt, schreibt er die Beachtung des Wirtschaftlichkeitsprinzips bei der Haushaltsführung verbindlich vor. § 7 Abs. 1 S. 1 BHO erstreckt die Pflicht zur Beachtung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit über die Ausführung hinaus auch auf die Aufstellung des Haushaltsplans.

Das Wirtschaftlichkeitsprinzip zielt auf die Optimierung des Verhältnisses von Mitteleinsatz und Ergebnis ab, wobei entweder ein bestimmtes Ergebnis mit möglichst geringem Mitteleinsatz (Minimalprinzip) oder ein möglichst gutes Ergebnis mit einem vorgegebenen Mitteleinsatz (Maximalprinzip) angestrebt wird.²⁶⁵ Sparsamkeit meint demgegenüber die Vermeidung unnötiger Ausgaben. Die in § 7 Abs. 1 S. 2 BHO vorgegebene Prüfung, inwieweit staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten durch Ausgliederung und Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden können, umfasst zwar auch die Aufgabenerfüllung in Form einer ÖPP als einer Variante der funktionalen Privatisierung²⁶⁶. Doch handelt es sich dabei um keinen ordnungspolitischen Programmsatz des Inhalts, dass öffentliche Aufgaben oder Tätigkeiten nach Möglichkeit privatisiert werden sollen, sondern um eine Konkretisierung des Wirtschaftlichkeitsprinzips: Ausschlaggebend ist, ob durch die Einbindung Privater Wirtschaftlichkeitsvorteile erzielt werden können.²⁶⁷

Für die durch das Wirtschaftlichkeitsprinzip aufgegebenen Herstellung einer Ziel-Mittel-Relation ist es erforderlich, umfassend alle diese Relationierung konturierenden Ge-

²⁶⁵ So auch Nr. 1 VV-BHO § 7.

²⁶⁶ Gröpl, in: ders., BHO/LHO, § 7 Rdnr. 48.

²⁶⁷ Gröpl, in: ders., BHO/LHO, § 7 Rdnr. 50.

sichtspunkte zu ermitteln und einzubeziehen.²⁶⁸ Einzustellen sind daher nicht nur die tatsächlich zu leistenden Ausgaben, sondern alle Kosten.²⁶⁹ Für die Bewertung der Wirtschaftlichkeit von ÖPP-Projekten sind dabei folgende Gesichtspunkte von besonderer Bedeutung:

- Wird im Rahmen der Verfolgung einer ÖPP-Lösung ein privates Unternehmen mit der Erbringung verschiedener Leistungen beauftragt, zu deren Erfüllung er Subunternehmer heranzieht, so besteht die Gefahr, dass der Hauptauftragnehmer seine Gewinnmarge dadurch zu optimieren versucht, dass er die seinen Subauftragnehmern gezahlten Vergütungen minimiert. In diesem Fall besteht die Gefahr, dass als Subauftragnehmer entweder Betriebe auftreten, die nicht die erforderlichen fachlichen Qualifikationen für die durchzuführenden Arbeiten mitbringen oder der Subauftrag wegen der geringen Vergütung gegenüber anderen Verpflichtungen des Subauftragnehmers vernachlässigt wird oder eine ordnungsgemäße Leistungserbringung zu der gezahlten Vergütung schlechterdings nicht möglich ist. Die drohende Konsequenz ist jeweils die gleiche, nämlich eine den gestellten Anforderungen nicht genügende Ausführung der von dem öffentlichen Auftraggeber beauftragten Leistungen. Dieses Risiko bildet sich in zwei zu berücksichtigenden Gesichtspunkten ab: der minderen Qualität der erhaltenen Leistung und den für eine Herstellung der benötigten Leistung von der öffentlichen Hand ggf. aufzuwendenden Zusatzkosten. Dieses Risiko ist bei der Bewertung der Wirtschaftlichkeit von ÖPP-Lösungen zu berücksichtigen.
- Zu den für die Bewertung der Wirtschaftlichkeit zu berücksichtigenden Kosten müssen nicht nur die für die Leistungserbringung zu entrichtenden Zahlungen der öffentlichen Hand, sondern auch alle im Zusammenhang mit dem Projekt entstehenden Transaktionskosten wie Kosten für die Erstellung der Vergabeunterlagen, die Vorbereitung der Vertragsunterlagen, die Durchführung des komplexen Vergabeverfahrens oder die Kosten für das Vertragscontrolling gehören.²⁷⁰ Dies ist von beträchtlicher Relevanz, weil die Transaktionskosten bei den im Verhältnis zur konventionellen Beschaffung deutlich komplexeren ÖPP-Projekten in der Regel über denen einer anderen Beschaffungsvariante liegen.²⁷¹ In Anbetracht dieser Selbstverständlichkeit erstaunlich ist, dass in der Praxis offenbar von Beratern durchgeführte Wirtschaftlichkeitsuntersu-

²⁶⁸ *Ständer*, Lexikon der öffentlichen Finanzwirtschaft, S. 479 f.

²⁶⁹ *Gröpl*, in: ders., BHO/LHO, § 7 Rdnr. 26 f.

²⁷⁰ Public Private Partnership-Initiative NRW, Public Private Partnership - Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei PPP-Projekten, S. 32 f.; *Krasemann*, Public Private Partnership, S. 84 ff.

²⁷¹ Dazu und zur transaktionskostentheoretischen Bewertung *Mühlenkamp*, Public Private Partnership ökonomisch analysiert, S. 10 ff.

chungen durch den öffentlichen Auftraggeber akzeptiert worden sind, obwohl die Transaktionskosten nicht berücksichtigt worden waren²⁷².

cc) Das methodische Problem der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei ÖPP-Projekten und seine Konsequenzen

§ 7 Abs. 2 S. 1 und 2 BHO verlangt, dass für alle finanzwirksamen Maßnahmen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen sind und dabei auch die mit den Maßnahmen verbundene Risikoverteilung zu berücksichtigen ist. Dies gilt auch für die Auflegung von ÖPP-Projekten. Die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bzw. der Wirtschaftlichkeitsvergleich mit der konventionellen Beschaffungsvariante ist dabei die zentrale Stellgröße, an der sich die Zulässigkeit der Weiterverfolgbarkeit eines ÖPP-Ansatzes entscheidet.

Es ist hier nicht der Ort, auf die verschiedenen Empfehlungen zur Strukturierung einer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei ÖPP-Projekten detailliert einzugehen.²⁷³ In methodischer Hinsicht ist zum einen zwischen gesamtwirtschaftlichen und einzelwirtschaftlichen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und zum anderen zwischen monetären / quantitativen sowie nichtmonetären / qualitativen Analysen zu unterscheiden²⁷⁴. Dem folgend stellt zunächst Nr. 2.3.1 Abs. 1 Satz 2 VV-BHO § 7 in Konkretisierung der gesetzlichen Verpflichtung zur Wirtschaftlichkeitsuntersuchung für den Bereich des Bundes gesamtwirtschaftliche und einzelwirtschaftliche Methoden zur Verfügung. Für Maßnahmen mit nur geringen und damit zu vernachlässigenden gesamtwirtschaftlichen Nutzen und Kosten sind gemäß Nr. 2.3.2 VV-BHO § 7 und den entsprechenden landeshaushaltsrechtlichen Verwaltungsvorschriften²⁷⁵ grundsätzlich die (einzelwirtschaftlichen) finanzmathematischen Methoden der Investitionsrechnung (z. B. Kapitalwertmethode) zu verwenden. Für Maßnahmen mit nicht zu vernachlässigenden gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen sind nach Nr. 2.3.3 VV-BHO § 7 gesamtwirtschaftliche Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen wie etwa Kosten-Nutzen-Analysen durchzuführen. Das Landesrecht schreibt z. T. in den Haushaltsordnungen Kosten-Nutzen-Analysen bei Maßnahmen von erheblicher finanzieller Bedeutung vor oder nimmt diese Verpflichtung

²⁷² Vgl. das Beispiel in der Mitteilung des (baden-württembergischen) Rechnungshofs: Beratende Äußerung zur Wirtschaftlichkeitsanalyse von ÖPP-Projekten der ersten und zweiten Generation bei Hochbaumaßnahmen des Landes, LT-Drucks. 14/4043, S. 20.

²⁷³ Siehe dazu nur *Diederichs*, NZBau 2009, S. 547 ff.; Public Private Partnership-Initiative NRW, Public Private Partnership - Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei PPP-Projekten, 2007; *Weber*, in: Budäus, Kooperationsformen zwischen Staat und Markt, 2006, S. 139 ff.; *Weber/Moß/Parzych*, in: *Weber/Schäfer/Hausmann*, Praxishandbuch Public Private Partnership, 2006, S. 499 ff.

²⁷⁴ Dazu im Einzelnen *Ziekow/Windoffer*, Public Private Partnership, S. 89 ff.

²⁷⁵ So z. B. Nr. 2.3.1 VV zu § 7 LHO HB; Nr. 2.3.2 VV zu § 7 LHO MV; Nr. 2.3.2 VV zu § 7 LHO NRW; Nr. 3.2 VV-LHO Nds zu § 7.

tion in Verwaltungsvorschriften auf. Während Nr. 2.3.2 und 2.3.3 VV-BHO § 7 mit der Kapitalwertmethode und der Kosten-Nutzen-Analyse monetäre Bewertungsverfahren als Beispiele anführt, differenzieren die zur VV-BHO § 7 und den entsprechenden landesrechtlichen Verwaltungsvorschriften ergangenen Arbeitsanleitungen das methodische Instrumentarium weiter aus und tragen dem Umstand, zur Bewertung monetär nicht erfassbarer Folgen einer Maßnahme auf qualitative Analysen zurückgreifen zu müssen, durch den Hinweis auf die Nutzwertanalyse als ein solches Verfahren Rechnung.

Im vorliegenden Zusammenhang wesentlich ist der nochmalige Hinweis auf die Berichte verschiedener Rechnungshöfe, aus denen sich die unzureichende Belastbarkeit von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen in diversen ÖPP-Projekten ergibt (dazu oben III.1.c), sowie der Hinweis der öffentlichen Betriebswirtschaftslehre auf die Manipulationsspielräume bei Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen.²⁷⁶ Diese Umstände können in Anbetracht der zentralen Stellung der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung in ÖPP-Prozessen nicht ohne rechtliche Auswirkungen bleiben. Wird eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung vor der Auflegung einer ÖPP nicht oder methodisch unzureichend durchgeführt, so kann dies folgende Konsequenzen zeitigen:

- Die Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots durch die Verwaltung unterliegt der Kontrolle der Rechnungshöfe (vgl. nur Art. 114 Abs. 2 GG). Stellt der Rechnungshof dabei fest, dass der Wirtschaftlichkeitsnachweis nicht den Anforderungen genüge, so hat dies allerdings keine unmittelbaren Konsequenzen für den Bestand der eingegangenen ÖPP oder andere Rechtsfolgen für den public partner.²⁷⁷ Die Feststellungen der Rechnungshöfe dienen der verwaltungsinternen Kontrolle und stellen den Parlamenten eine Grundlage für ihre Entscheidung über die Entlastung der Regierung hinsichtlich ihrer Haushalts- und Wirtschaftsführung zur Verfügung.²⁷⁸
- In besonderen Konstellationen kann ein Verstoß gegen die haushaltsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zur Nichtigkeit von zur Begründung der ÖPP geschlossenen zivilrechtlichen Verträgen führen. So hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass dann, wenn ein von einer Gemeinde abgeschlossener Vertrag den Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung in besonders grobem Maße verletzt und dies sowohl der Verwaltung als auch dem privaten Vertragspartner bekannt

²⁷⁶ Siehe nur *Mühlenkamp*, in: Ziekow, Wandel der Staatlichkeit und wieder zurück?, S. 67 (83 ff.).

²⁷⁷ *Viethen*, Der Wirtschaftlichkeitsnachweis als entscheidungssteuernde Komponente bei PPP-Projekten, S. 27.

²⁷⁸ Vgl. nur *Kube*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: Okt. 2008, Art. 114 Rdnr. 127.

war, der Vertrag sittenwidrig und gemäß § 138 BGB nichtig ist.²⁷⁹ Dies kann – wie in dem vom BGH entschiedenen Fall – insbesondere von Bedeutung sein, wenn ein Projekt in ÖPP verwirklicht werden soll, das für die Verhältnisse der konkreten Gemeinde weit überdimensioniert ist.

- In der sog. Oderwitz-Entscheidung hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass der Verwaltungsträger der die kommunale Rechtsaufsicht ausübenden Behörde der beaufsichtigten Gemeinde unter dem Gesichtspunkt der Amtshaftung nach § 839 BGB, Art. 34 GG haftet, wenn das von der Kommune in Zusammenarbeit mit einem privaten Partner verfolgte Investorenmodell ungünstiger ist als die kreditfinanzierte Eigenrealisierung und die Aufsichtsbehörde den Vertragsschluss gleichwohl genehmigt.²⁸⁰ Hieraus dürfte die Konsequenz zu ziehen sein, dass bei von Kommunen geplanten ÖPP die Aufsichtsbehörde die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung anfordern und zur Vermeidung haftungsrechtlicher Konsequenzen eingehend prüfen muss.
- Ein unzureichender Wirtschaftlichkeitsnachweis kann schließlich Folgen für die vergaberechtlich zulässige Vertragslaufzeit haben (dazu unten III.2.c.ee.β).

c) Vergaberecht

Ein weiteres Element des bei der Eingehung von ÖPP zu beachtenden rechtlichen Rahmens wird durch das Vergaberecht gebildet. Hierbei stellen sich u. a. Fragen nach den vergaberechtlichen Formen zur Umsetzung von ÖPP-Projekten, die Optionen zur Wahl flexiblerer Verfahrensarten (unten, den vergaberechtlichen Grenzen für die Gesamtvergabe in ÖPP sowie der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots.

aa) Formen der vergaberechtlichen Umsetzung von ÖPP-Projekten

Welchen Rahmen das Vergaberecht der Verfolgung von ÖPP-Lösungen setzt, hängt wesentlich von der Art der gewählten ÖPP-Lösung ab. Vergaberechtlich sind insoweit zwei Grundkategorien zu unterscheiden: die Ausschreibung der benötigten Leistung als Gesamtvergabe und mit einer Gesellschaftsgründung verbundene Modelle. Hierbei wirft die Vergabe ohne Gesellschaftsgründung mit Ausnahme der für die Wahl einer

²⁷⁹ BGH NVwZ-RR 2007, S. 47 (49). Zu Recht kritisch *Viethen*, Der Wirtschaftlichkeitsnachweis als entscheidungssteuernde Komponente bei PPP-Projekten, S. 43.

²⁸⁰ BGH NVwZ 2003, S. 634. Zu dieser Entscheidung den daraus für die Gestaltung von ÖPP zu ziehenden Folgerungen *Viethen*, Der Wirtschaftlichkeitsnachweis als entscheidungssteuernde Komponente bei PPP-Projekten, S. 36 f.

Verfahrensart mit geringerer Publizität (dazu unten III.2.c.bb) und den der ÖPP-Vergabe unter dem Gesichtspunkt des Mittelstandsschutzes gezogenen Grenzen (dazu unten III.2.c.cc) keine spezifischen Probleme auf, die eine Behandlung im vorliegend untersuchten Kontext nahelegen würden. Insoweit ist vielmehr auf die einschlägigen Darstellungen zur Vergabe von ÖPP-Projekten zu verweisen²⁸¹.

Bei der Verfolgung von ÖPP-Lösungen, die die Gründung einer Gesellschaft vorsehen, an der der öffentliche Partner zumindest zu irgendeinem Zeitpunkt beteiligt sein soll, lassen sich im Wesentlichen folgende Konstellationen unterscheiden:

- *Der öffentliche Partner gründet eine Eigengesellschaft und veräußert später Gesellschaftsanteile an den privaten Partner:* Der bloße Verkauf von Gesellschaftsanteilen durch einen öffentlichen Auftraggeber, ist ebenso wenig ein öffentlicher Auftrag im Sinne von § 99 Abs. 1 GWB²⁸² wie die gemeinsame Gründung einer Gesellschaft mit einem Privaten. Der Auftraggeber tritt insoweit nicht als Nachfrager in Verfolgung eines Beschaffungszwecks auf. Anderes gilt aber, wenn der Verkauf der Gesellschaftsanteile oder die Gesellschaftsgründung mit einem Beschaffungsgeschäft verbunden ist:

Ist die Gesellschaft, deren Anteile bisher vollständig in der Hand des öffentlichen Auftraggebers waren, im Wege eines der Anwendung des Vergaberechts entzogenen In-house-Geschäfts mit der Leistungserbringung beauftragt worden und sollen dann Anteile an dieser Gesellschaft an einen Privaten veräußert werden, so lautet die Gleichung nicht zwingend: vergaberechtsfreies In-house-Geschäft + vergaberechtsfreier Anteilsverkauf = vergaberechtsfreier Gesamtvorgang. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs kann es sich vielmehr um eine gestreckte Auftragsvergabe handeln, wenn der betreffende Auftrag über eine mehrere gesonderte Schritte umfassende künstliche Konstruktion, nämlich die Gründung der Gesellschaft, deren Beauftragung durch den öffentlichen Auftraggeber und den Anteilsverkauf, an eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft vergeben wurde. Um die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten, kommt es nicht auf die rein zeitliche Abfolge der Schritte, sondern eine Betrachtung der Gesamtheit der Schritte sowie ihrer Zielsetzung an. In diesem Fall ist eine Gesamtbetrachtung geboten, die eine Kombination von vergaberechtsfreiem In-house-Geschäft auf der ersten Stufe mit einem keinen Beschaffungsvorgang darstellenden

²⁸¹ Etwa *Hausmann/Mutscher-Siebert*, in: Weber/Schäfer/Hausmann (Hrsg.), Praxishandbuch Public Private Partnership, S. 235 ff.

²⁸² OLG Brandenburg NZBau 2001, S. 645 (646).

Verkauf von Gesellschaftsanteilen auf der zweiten Stufe ausschließt²⁸³. Allerdings genügt es in solchen Fällen zur Ausräumung des Vorwurfs einer Umgehung des Vergaberechts, wenn auf einer der beiden Stufen eine Ausschreibung erfolgt. Wie der EuGH in der Acoset-Entscheidung deutlich gemacht hat bedarf es bei einer in Gesellschaftsform institutionalisierten ÖPP keiner Ausschreibung sowohl des Auftrags als auch der Suche des Partners für die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft.²⁸⁴ Ist in eine organisatorische Maßnahme ein Beschaffungsvorgang eingeschlossen oder steht damit in engem funktionalen Zusammenhang, so liegt ein öffentlicher Auftrag gemäß § 99 Abs. 1 GWB vor.²⁸⁵

- *Der öffentliche Auftraggeber gründet entweder gemeinsam mit dem Privaten eine Gesellschaft oder gründet zunächst eine Eigengesellschaft, deren Anteile er anschließend teilweise an einen Privaten veräußert. Erst nach der gemeinsamen Gründung bzw. nach dem Verkauf soll die Gesellschaft mit der Erbringung von Leistungen im Sinne von § 99 GWB beauftragt werden.* Hier liegt in der Beauftragung der zuvor entstandenen gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft unzweifelhaft die Vergabe eines öffentlichen Auftrags. Fraglich kann allenfalls sein, ob wegen eines Gesamtzusammenhangs von Auftragserteilung und vorangehender Anteilsveräußerung die letztere *zusätzlich* als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren und auszuschreiben ist. Hierfür besteht allerdings kein Bedürfnis, weil die Schwelle zu einem vergaberechtlich relevanten Verhalten erst durch die Erteilung des Auftrags überschritten wird.

Bei einer in Gesellschaftsform institutionalisierten ÖPP bedarf es keiner Ausschreibung sowohl des Auftrags als auch der Suche des Partners für die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft – wohl aber in jedem Fall einer Ausschreibung auf einer der beiden Stufen. Umgekehrt ist also die Beauftragung der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft ausschreibungsfrei, wenn erstens die Erbringung der beauftragten Leistungen alleiniger Zweck der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft ist und zweitens der private Gesellschafter in einem den anzulegenden Gleichbehandlungs- und Transparenzmaßstäben genügenden Verfahren unter Prüfung seiner Eignung auch für die konkreten Leistungen ausgewählt worden ist.²⁸⁶ Hierzu ist zu beachten, dass sich diese Ausschreibungsfreiheit nur auf die Erbringung der spezifischen Leistungen bezieht, wegen derer die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft gegründet

²⁸³ EuGH NVwZ 2006, S. 70 Rdnr. 38 ff. – Gemeinde Mödling. A. M. *Shirvani*, VergabeR 2010, S. 21 (22 ff.): Immer Ausschreibungspflicht, d. h. ohne Durchführung einer Einzelfallprüfung.

²⁸⁴ EuGH EuZW 2009, S. 849 Rdnr. 58 ff. - Acoset.

²⁸⁵ Vgl. *Dreher*, NZBau 2002, S. 245 (246 f.).

²⁸⁶ EuGH EuZW 2009, S. 849 Rdnr. 58 ff. - Acoset.

worden ist. Mit der Erbringung anderer Leistungen kann die Gesellschaft nicht ausschreibungsfrei beauftragt werden. Die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft wird also auch in ihrer Eigenschaft als ÖPP-Gesellschaft nicht in-house-fähig. Darüber hinaus werden auch die den Zweck der Gesellschaftsgründung bildenden spezifischen Leistungen ausschreibungspflichtig, wenn der Gesellschaftszweck nachträglich während der Laufzeit der Leistungserbringung geändert wird.²⁸⁷ Mit Blick auf den die grundfreiheitlichen Gebote der Gleichbehandlung und Transparenz konkretisierenden Anforderungen des EU-Vergaberechts wird man den damit definierten Kreis ausschreibungsfrei beauftragbarer Leistungen eng fassen müssen.

- *In Fällen des Verkaufs von Gesellschaftsanteilen, in denen keiner der vorstehend dargestellten Beschaffungsbezüge vorliegt, ist zu beachten, dass der (grenzüberschreitende) Erwerb von Geschäftsanteilen entweder in Ausübung des Niederlassungsrechts der Art. 49 ff. AEUV (wenn der private Investor durch den Erwerb die Kontrolle über das Unternehmen erlangt) oder der Kapitalverkehrsfreiheit der Art. 63 ff. AEUV erfolgt²⁸⁸. Insoweit gelten die aus den Grundfreiheiten des AEUV abgeleiteten Gleichbehandlungs- und Transparenzpflichten (zu ihnen oben II.2.b.bb). Darüber hinaus drängt die beihilferechtlich bestehende Notwendigkeit, die Gesellschaftsanteile zum Marktpreis zu verkaufen, auf die Durchführung eines Bieterverfahrens.²⁸⁹*

Konsequenz der Entstehung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens ist, dass es eine auch nur minderheitliche Beteiligung eines privaten Unternehmens ausschließt, dass der Auftraggeber über diesen Vertragspartner im Sinne der Voraussetzungen eines vergaberechtsfreien In-house-Geschäfts eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt. Gründe sind zum einen die Verfolgung unterschiedlicher Interessen durch den öffentlichen Partner – hier nämlich Verfolgung öffentlicher Interessen – und den Privaten – hier dessen private Interessen – und zum anderen die Gefährdung des Ziels eines freien und unverfälschten Wettbewerbs sowie des Grundsatzes der Gleichbehandlung, weil das beteiligte private Unternehmen bei Verneinung der Ausschreibungspflichtigkeit einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten hat.²⁹⁰

²⁸⁷ EuGH EuZW 2009, S. 849 Rdnr. 62 - Acoset.

²⁸⁸ Vgl. Müller-Graff, in: Streinz Art. 43 EGV Rdnr. 15.

²⁸⁹ Zum Ganzen Braun, VergabeR 2006, S. 657 (664).

²⁹⁰ EuGH NVwZ 2005, S. 187 Rdnr. 50 f. – Stadt Halle; ebenso EuGH VergabeR 2005, S. 609 Rdnr. 26 – Coname; EuZW 2008, S. 372 Rdnr. 40; NZBau 2009, S. 54 Rdnr. 30 – Coditel Brand; 2009, S. 797 Rdnr. 46 – Sea; EuZW 2009, S. 849 Rdnr. 56 – Acoset.

bb) Vereinbarkeit der Wahl von Vergabeverfahren mit geringerer Publizität mit vergaberechtlichen Grundsätzen

Das Vergaberecht kennt ausweislich des § 101 Abs. 1 GWB ab Erreichen der Schwellenwerte vier Grundtypen des Verfahrens, nämlich das offene Verfahren, das nicht offene Verfahren, das Verhandlungsverfahren und den wettbewerblichen Dialog:

- Im offenen Verfahren wird nach § 101 Abs. 2 GWB eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Unterhalb der Schwellenwerte entspricht dem die Öffentliche Ausschreibung (§ 3 Abs. 1 VOB/A, § 3 Abs. 1 VOL/A).
- Bei nicht offenen Verfahren erfolgt laut § 101 Abs. 3 GWB zunächst eine öffentliche Aufforderung zur Teilnahme, aus dem Bewerberkreis wird sodann eine beschränkte Anzahl von Unternehmen zur Teilnahme aufgefordert. Beim nicht offenen Verfahren (ab Erreichen der Schwellenwerte) bzw. der Beschränkten Ausschreibung (unterhalb der Schwellenwerte) richtet sich die Aufforderung zur Angebotsabgabe an einen beschränkten Kreis von Unternehmen. Sie bildet vor dem Hintergrund des Wettbewerbsprinzips im Anwendungsbereich der VOB/A und der VOL/A im Verhältnis zum offenen Verfahren bzw. zur Öffentlichen Ausschreibung den Ausnahmetatbestand. Im nicht offenen Verfahren *muss* gemäß § 101 Abs. 3 GWB stets ein Teilnahmewettbewerb vorausgehen, in dem der Kreis von Unternehmen, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, bestimmt wird. Bei einer Beschränkten Ausschreibung (unterhalb der Schwellenwerte) richtet sich die Verpflichtung zur Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs nach der VOB/A bzw. VOL/A (vgl. etwa § 3 Abs. 3 und 4 VOB/A, § 3 Abs. 3 und 4 VOL/A).

Der Teilnahmewettbewerb dient insbesondere zur Überprüfung der Eignung der jeweiligen Bieter. Hat ein Teilnahmewettbewerb stattzufinden, so müssen die interessierten Bieter innerhalb der Bewerbungsfrist ihre Teilnahmeanträge einreichen. Ist kein Teilnahmewettbewerb vorgesehen, so können die in Betracht kommenden Unternehmen von der Vergabestelle direkt angesprochen werden. Im eigentlichen Angebotsverfahren wird sodann eine beschränkte Anzahl von Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert. § 6 Abs. 2 Nr. 2 VOB/A enthält Rahmenvorgaben zur Anzahl der zu kontaktierenden Unternehmen.

- Verhandlungsverfahren sind nach § 101 Abs. 5 GWB Verfahren, bei denen sich der Auftraggeber (mit oder ohne vorherige Aufforderung zur Teilnahme) an ausgewählte Unternehmen wendet, um mit einem oder mehreren von ihnen über die Auftragsbedingungen zu verhandeln. Das Verhandlungsverfahren ermöglicht eine direkte Kontaktaufnahme mit ausgewählten Unternehmen. Da damit der Wettbewerb weitestgehend ausgeschaltet wird, bildet es – an-

ders als bei Ausschreibungen nach der VOF – nach der VOB/A und der VOL/A den – begründungspflichtigen – Ausnahmetatbestand. Das Verhandlungsverfahren (oberhalb der Schwellenwerte) und die Freihändige Vergabe (unterhalb der Schwellenwerte) beinhalten für die öffentlichen Auftraggeber naturgemäß die größten Gestaltungsspielräume, da die Verfahrensanforderungen gegenüber den anderen Verfahrensarten deutlich reduziert sind.

- Weiterhin ist in § 101 IV GWB der wettbewerbliche Dialog eingeführt. Dabei handelt es sich um ein Verfahren zur Vergabe besonders komplexer Aufträge, in dem zunächst eine Aufforderung zur Teilnahme ergeht und anschließend Verhandlungen mit ausgewählten Unternehmen über alle Einzelheiten des Auftrags geführt werden

Bei der Vergabe von Bauaufträgen, Lieferaufträgen sowie aller sonstiger Dienstleistungen sind ab Erreichen der Schwellenwerte gemäß § 101 Abs. 7 GWB das offene Verfahren sowie nach § 3 Abs. 2 VOB/A und § 3 Abs. 2 VOL/A die Öffentliche Ausschreibung der Regelfall. Die Durchführung eines nicht offenen Verfahrens/einer Beschränkten Ausschreibung bzw. eines Verhandlungsverfahrens/einer Freihändigen Vergabe ist in diesen Fällen nur dann statthaft, wenn ein in der VOL/A oder VOB/A genannter Ausnahmetatbestand erfüllt ist. So kommt ein nicht offenes Verfahren/eine Beschränkte Ausschreibung etwa dann in Betracht, wenn die zu vergebende Leistung eine außergewöhnliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit erfordert und deshalb nur von einem beschränkten Kreis von Unternehmen erbracht werden kann. Die in der VOB/A und der VOL/A aufgeführten Ausnahmetatbestände sind restriktiv auszulegen, um nicht den Regelfall des offenen Verfahrens/der Öffentlichen Ausschreibung zu nivellieren. Insgesamt besteht eine Hierarchie der Verfahrensarten, nach der eine strengere Verfahrensart im Hinblick auf den damit verbundenen Zuwachs an Wettbewerb und Transparenz im Zweifel Vorrang vor der flexibleren hat.²⁹¹

Zwar wird von den mit der Auflegung von ÖPP-Projekten beratend befassten Stellen zutreffend darauf hingewiesen, dass die Auswahl des Vergabeverfahrens für die Auflegung eines ÖPP-Projekts eine Frage des Einzelfalls ist, doch wird in der Praxis meist ein Verfahren einer geringeren Publizitätsstufe präferiert²⁹², weil diese Verfahrensarten größere Flexibilitätsspielräume eröffnen. Die insoweit in Betracht kommenden Konstellationen sind vielfältig und können wegen ihres Einzelfallbezugs im Rahmen der vorliegenden Untersuchung keiner umfassenden Erörterung unterzogen werden. Hingewie-

²⁹¹ So etwa zur VOB/A *Müller-Wrede*, in: Vygen/Kratzenberg, VOB Teile A und B, § 3 VOB/A Rn. 5.

²⁹² So sind die Ausführungen von *Hausmann/Mutschler-Siebert*, in: Weber/Schäfer/Hausmann, Praxishandbuch Public Private Partnership, S. 235 (259 ff.) vollständig auf Verhandlungsverfahren und Wettbewerblichen Dialog fokussiert.

sen werden kann vielmehr nur auf einige Gesichtspunkte, die besonderer Beachtung bedürfen.

α) Nicht offenes Verfahren

Nach europäischem Recht stehen offenes und nicht offenes Verfahren gleichwertig nebeneinander. Gemäß Art. 28 VKR vergeben öffentliche Auftraggeber öffentliche Aufträge im Wege des offenen oder des nicht offenen Verfahrens. Lediglich für die Wahl der Verfahrensarten des wettbewerblichen Dialogs oder des Verhandlungsverfahrens gelten Einschränkungen. Hiervon weicht das deutsche Recht insofern ab als nach § 101 Abs. 7 GWB das offene Verfahren Vorrang auch vor dem nicht offenen Verfahren hat, soweit nicht etwas anderes gestattet ist. Da das deutsche Recht hierdurch höhere Transparenzanforderungen statuiert als unionsrechtlich gefordert, ist diese Abweichung unproblematisch.²⁹³

Ausweislich der § 3a Abs. 3, § 3 Abs. 4 Nr. 1 VOB/A sowie § 3 Abs. 2 lit. a EG VOL/A ist das nicht offene Verfahren u. a. zulässig, wenn die Leistung nach ihrer Eigenart nur von einem beschränkten Kreis von Unternehmen in geeigneter Weise ausgeführt werden kann, besonders wenn außergewöhnliche Fachkunde oder Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit erforderlich ist (lit. a). Dies setzt voraus, dass die Durchführung der nachgefragten Leistung ein in üblichen Ausbildungsgängen nicht vermitteltes Fachwissen erfordert oder die Leistung wegen ihrer Eigenart nur von wenigen Spezialfirmen erbracht werden kann.²⁹⁴ Die Vorschrift stellt mithin Anforderungen an die Spezialität oder Komplexität der Leistung selbst, nicht des Vertragswerks. Der Umstand allein, dass mehrere Einzelleistungen wie die Errichtung und der Betrieb eines Gebäudes in einem Projekt zusammengefasst werden sollen, reicht insoweit nicht aus. Maßgebend ist nicht der Erfahrungshorizont des öffentlichen Auftraggebers, sondern eine objektivierte Bewertung auf der Grundlage einer sorgfältigen Sondierung des Anbietermarkts.²⁹⁵

In den PPP-Leitfäden wird darüber hinaus auf § 3a Abs. 3, § 3 Abs. 4 Nr. 2 VOB/A sowie § 3 Abs. 2 lit. b EG VOL/A hingewiesen, wonach eine Vergabe im nicht offenen Verfahren zulässig ist, wenn das offene Verfahren für Auftraggeber oder Bewerber zu einem im Missverhältnis zum erreichbaren Vorteil oder zum Wert der Leistung stehenden Aufwand führen würde bzw. wenn die Bearbeitung des Angebots wegen der Eigenart der Leistung einen außergewöhnlich hohen Aufwand erfordert. Diese Voraussetzungen sollen bei einer Funktionalausschreibung wegen der von den Bietern zu

²⁹³ *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, § 101 Rdnr. 45.

²⁹⁴ *Korthals*, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß (Hrsg.), Kommentar zur VOL/A, 2007, § 3 Rdnr. 35.

²⁹⁵ *Hausmann/von Hoff*, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL/A, § 3 EG VOL/A Rdnr. 31 f.

verlangenden Planungen regelmäßig erfüllt sein.²⁹⁶ Dem wird zu Recht widersprochen.²⁹⁷ Ebenso wenig genügt es, den Beschaffungsbedarf in Form von ÖPP befriedigen zu wollen.²⁹⁸ Vielmehr ist insoweit zu beachten, dass der Auftragswert bei ÖPP-Projekten oftmals deutlich höher als bei konventionellen Beschaffungen liegt. Je höher aber der Wert der zu beschaffenden Leistung ist, desto weniger wahrscheinlich ist es, dass das Verfahren mit der höchsten Transparenz, die öffentliche Ausschreibung, zu einem beachtlichen Missverhältnis führt.²⁹⁹

β) Verhandlungsverfahren

Die Zulässigkeit der Wahl des Verhandlungsverfahrens bzw. der freihändigen Vergabe bei ÖPP-Vergaben wird vor allem auf § 3 Abs. 5 Nr. 3, § 3a Abs. 5 Nr. 3 VOB/A, § 3 Abs. 5 lit. h VOL/A, § 3 Abs. 3 lit. b EG VOL/A gestützt. Nach diesen Regelungen ist ein Verhandlungsverfahren (eine freihändige Vergabe) zulässig, wenn die zu beauftragende Leistung ihrer Art nach oder wegen der mit ihr verbundenen Wagnisse bzw. Risiken keine eindeutige und erschöpfende Beschreibung der Leistung und damit keine Festlegung eines Gesamtpreises ermöglicht. Zur Begründung wird auf die Notwendigkeit hingewiesen, bei ÖPP-Vergaben wegen deren Komplexität eingehende Verhandlungen zwischen Auftraggeber und Bewerber über die Details des Projekts und den daraus resultierenden Preis zu führen.³⁰⁰ Mit einem solchen Ansatz wird sich die Zulässigkeit der Vergabe von ÖPP-Projekten im Verhandlungsverfahren allerdings nur höchst ausnahmsweise begründen lassen. Denn objektive Gründe³⁰¹, die eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung unmöglich machen, werden nur in seltenen Ausnahmefällen³⁰² und insbesondere nicht für ÖPP-Projekte vorliegen, die insbesondere im Hochbau bereits weitgehend standardisierten Mustern folgen.

Erwähnt werden sollen schließlich noch § 3a Abs. 6 Nr. 3 VOB/A, § 3 Abs. 4 lit. c EG VOL/A, wonach das Verhandlungsverfahren gewählt werden kann, wenn der Auftrag wegen seiner technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten (z. B. Patent-, Urheberrecht) nur von einem bestimmten Unternehmen durchgeführt werden kann. Unter technischen Besonderhei-

²⁹⁶ So etwa Public Private Partnership zur Realisierung öffentlicher Baumaßnahmen in Bayern, Teil 2, Rechtliche Rahmenbedingungen und Finanzierung, S. 18.

²⁹⁷ Vgl. nur *Kulartz*, in: *Kulartz/Marx/Portz/Prieß*, Kommentar zur VOB/A, § 3 Rdnr. 62.

²⁹⁸ So aber wohl *Völlink*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, § 3 VOB/A Rdnr. 36.

²⁹⁹ *Hausmann/von Hoff*, in: *Kulartz/Marx/Portz/Prieß*, Kommentar zur VOL/A, § 3 EG VOL/A Rdnr. 36.

³⁰⁰ Vgl. Public Private Partnership zur Realisierung öffentlicher Baumaßnahmen in Bayern, Teil 2, Rechtliche Rahmenbedingungen und Finanzierung, 2006, S. 19; *Hausmann/Mutschler-Siebert*, in: *Weber/Schäfer/Hausmann*, Praxishandbuch Public Private Partnership, S. 235 (259 f.).

³⁰¹ Zu diesem Erfordernis *Völlink*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, § 3 VOB/A Rdnr. 42.

³⁰² *Kulartz*, in: *Kulartz/Marx/Portz/Prieß*, Kommentar zur VOL/A, § 3 EG VOL/A Rdnr. 55.

ten im Sinne der ersten Voraussetzung lassen sich besondere Befähigungen und/oder Ausstattungen verstehen, die vorhanden sein müssen, damit der Auftrag ausgeführt werden kann.³⁰³ Ein Ausschließlichkeitsrecht liegt vor, wenn durch ein bestehendes Recht nur dessen Inhaber auf ein für die Leistungserbringung zwingend benötigtes Hilfsmittel zugreifen kann.³⁰⁴ Beispiele für Ausschließlichkeitsrechte sind das Eigentum, Patentrechte, Urheberrechte oder Lizenzen.³⁰⁵ In diesen Fällen ist es aus rechtlichen Gründen nicht weiterführend, ein wettbewerbliches Vergabeverfahren durchzuführen. Voraussetzung ist allerdings, dass das Ausschließlichkeitsrecht gerade den für die Erfüllung des fraglichen Auftrags benötigten Bereich „sperrt“.³⁰⁶ Damit es im Sinne der zweiten Voraussetzung unbedingt erforderlich ist, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen zu vergeben, darf es nur *ein* Unternehmen geben, das zur Erfüllung des zu schließenden Vertrages tatsächlich in der Lage ist.³⁰⁷ Es reicht nicht aus, dass der Auftraggeber die begründete Erwartung hegt, dass ein bestimmtes Unternehmen die technisch oder wirtschaftlich sinnvollste Lösung anbieten kann.³⁰⁸

cc) Voraussetzungen und Ausgestaltung von ÖPP-Modellen in Generalübernehmer-/Generalunternehmervergabe

Wie ausgeführt (oben II.1.c.cc) ist bei ÖPP-Modellen jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob sie die Voraussetzungen des § 97 Abs. 3 S. 3 GWB erfüllen oder nicht. Keines der im öffentlichen Hochbau verbreiteten ÖPP-Modelle weist per se wirtschaftliche oder technische Merkmale auf, die einer losweisen Vergabe bereits a limine entgegenstehen würden. Zu beachten ist, dass die Frage der Losaufteilung nicht identisch ist mit der nach der Zulässigkeit einer Generalübernehmer-/unternehmervergabe. Denn eine losweise Aufteilung nach § 97 Abs. 2 S. 2 GWB ist auch die vertikale Aufteilung zur Vergabe an mehrere Generalübernehmer/unternehmer.

a) Die Zulässigkeit von Generalübernehmer-/unternehmervergaben

Im Anschluss an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs³⁰⁹ ist für Vergaben ab Erreichen der Schwellenwerte geklärt, dass Generalübernehmer (wie auch

³⁰³ *Stickler*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, § 3a VOB/A Rdnr. 122.

³⁰⁴ *Kaelble*, in: Müller-Wrede, VOL/A, § 3a Nr.1-3 Rdnr. 182.

³⁰⁵ *Stickler*, in: Kapellmann / Messerschmidt, VOB Teile A und B, § 3a VOB/A Rdnr. 124.

³⁰⁶ KG, Beschl. v. 19. 4. 2000 – KartVerg 6/00 –.

³⁰⁷ EuGH, Urt. v. 10. 4. 2003, verb. Rs. C-20/01 u. 28/01, Bockhorn u. Braunschweig, Rdnr. 59. Eine analoge Anwendung auf die Konstellation, dass nur eine begrenzte Zahl konkurrierender Unternehmen zur Leistungserbringung in der Lage ist, kommt nicht in Betracht, *Kaelble*, in: Müller-Wrede, VOL/A, § 3a Nr.1-3 Rdnr. 178

³⁰⁸ VK Bund, Beschl. v. 20. 5. 2003 – VK 1 – 35/03 –.

³⁰⁹ EuGH NVwZ 2004, S. 967 Rdnr. 40 ff.

Generalunternehmer) bei der Vergabe diskriminierungsfrei berücksichtigt werden müssen. Voraussetzung ist, dass der nicht selbst über die Ressourcen zur Auftragsbefähigung verfügende Bieter nachweisen kann, dass ihm die erforderlichen Mittel in Gestalt der Leistungsfähigkeit und Fachkunde anderer Unternehmen zur Verfügung stehen (§ 6a Abs. 10 VOB/A, § 7 Abs. 9 EG VOL/A).

Unterhalb der Schwellenwerte fehlen entsprechende Regelungen. Vielmehr verlangt § 6 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A, dass sich der Bewerber „gewerbsmäßig mit der Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art befassen“ muss. Hieraus wird überwiegend gefolgert, dass jedenfalls für Bauvergaben unterhalb der Schwellenwerte eine Generalübernehmervergabe unzulässig ist, sofern auf diese Beschränkung bei der Ausschreibung hingewiesen wurde.³¹⁰ Gleichwohl findet sich im Schrifttum die Position, dass das Verbot der Generalübernehmervergabe auch bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte gegen Unionsrecht verstoße, da es sich um eine nicht zu rechtfertigende Beschränkung der Grundfreiheiten des AEUV handele.³¹¹ Dem wird man nicht zustimmen können. Es ist nicht erkennbar, inwieweit ein Ausschluss der Generalübernehmervergabe die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen weniger attraktiv zu machen geeignet ist (zu diesem Erfordernis oben II.2.b.bb).

β) Ermittlung der Voraussetzungen einer ÖPP-Vergabe durch Parallelausschreibung?

Die Frage, ob wirtschaftliche Gründe es im Sinne von § 97 Abs. 3 S. 3 GWB erfordern, dass eine Losaufteilung unterbleibt und eine Generalvergabe erfolgt, kann der Auftraggeber nicht durch eine Parallelausschreibung klären. Im vorliegenden Zusammenhang kommen insoweit drei Formen der Parallelausschreibung in Betracht:

- In der ersten Form soll die Parallelausschreibung dem Auftraggeber den für die Entscheidung, ob er für das Projekt ein ÖPP-Modell oder eine konventionelle Beschaffung präferieren soll, notwendigen Überblick über die Wirtschaftlichkeit der beiden Alternativen verschaffen. Eine solche Verfahrensweise zielt nicht auf die Abgabe vergleichbarer Angebote durch die interessierten Unternehmen ab und belastet die Bieter unzumutbar mit Kalkulationskosten.³¹²
- In der zweiten Variante schreibt der öffentliche Auftraggeber den Auftrag gleichzeitig als General- (ÖPP-)Vergabe und in Fachlosen aus. Erst bei der

³¹⁰ *Burgi*, NZBau 2010, S. 593 (596); *Glahs*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teile A und B, § 6 VOB/A Rdnr. 34; *Hänsel*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 6 VOB/A Rdnr. 10; *Michalik*, VergabeR 2011, S. 683 (688).

³¹¹ So *Hausmann*, in: Kularztz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOB/A, § 6 Rdnr. 78 ff.

³¹² Vgl. OLG Celle, Beschl. v. 8.11.2001 - 13 Verg 11/01 -; VK Münster, Beschl. v. 18.2.2010 - VK 28/09 - . A. M. wohl VK Bund, Beschl. v. 13.2.2007 - VK 1-157/06 - .

Wertung der Angebote entscheidet er anhand der vergleichbar gemachten Wertungskriterien, welches Angebot im Sinne von § 97 Abs. 5 GWB das wirtschaftlichste ist. Diese Variante der Parallelausschreibung wird verbreitet für zulässig gehalten.³¹³ Allerdings ist diese Auffassung mit § 97 Abs. 3 S. 3 GWB unvereinbar: Sind die Voraussetzungen dieser Vorschrift nur erfüllt, wenn das Beschaffungsvorhaben in der Form, wie es der öffentliche Auftraggeber zulässigerweise definiert hat, nur im Wege der Gesamtvergabe bzw. der Zusammenfassung mehrerer Lose verwirklicht werden kann, so steht es hiermit im Widerspruch, wenn der Auftraggeber durch die parallele losweise Ausschreibung zu erkennen gibt, dass er eine Verwirklichung des Vorhabens auch außerhalb einer Gesamtvergabe für möglich hält.

- Eine dritte Form der Parallelausschreibung liegt vor, wenn der Auftraggeber die zu beschaffende Leistung zunächst als ÖPP-Modell oder losweise ausschreibt und dann während des noch laufenden Vergabeverfahrens eine zweite Ausschreibung derselben benötigten Leistung mit der jeweils anderen Beschaffungsvariante vornimmt. Eine solche Verfahrensweise verstößt gegen die Grundsätze eines fairen Wettbewerbs und die Gleichbehandlung aller Bieter.³¹⁴

In der Konsequenz bedeutet dies für die Anwendung des § 97 Abs. 3 S. 3 GWB durch den öffentlichen Auftraggeber, dass ihm bei Unsicherheiten darüber, ob wirtschaftliche Gründe eine Gesamtvergabe wirklich erfordern, das Instrument der Parallelausschreibung zur Aufklärung von Unsicherheiten nicht zur Verfügung steht. Steht nach der Ausschöpfung aller dem Auftraggeber zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen nicht fest, dass die Gesamtvergabe nicht nur möglicherweise wirtschaftlicher – sofern diese Prognose in Anbetracht der Unsicherheiten der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung überhaupt getroffen werden kann – wäre, sondern wirtschaftliche Gründe diese Lösung nachgerade erfordern, so ist in mittelstandsfreundlicher Weise in Losen auszuscheiden.

y) Die Verpflichtung von ÖPP-Unternehmen zur mittelstandsfreundlichen Sub-Vergabe nach § 97 Abs. 3 S. 4 GWB

§ 97 Abs. 3 S. 4 GWB verlangt, dass ein mit der Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betrautes Unternehmen ohne die Eigenschaft eines öffentlichen Auftraggebers zur Beachtung der vorstehenden Regelungen der Sätze 1 bis 3 zu verpflichten ist,

³¹³ Etwa von VK Münster, Beschl. v. 18.2.2010 - VK 28/09 -; Kus, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL/A, § 2 EG VOL/A Rdnr. 32.

³¹⁴ OLG Naumburg, Beschl. v. 13.10.2006 - 1 Verg 11/06 -; OLG Frankfurt/M., Beschl. v. 15.7.2008 - 11 Verg 6/08 -.

wenn es Unteraufträge an Dritte vergibt. Diese erst durch die Beratungen des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie in das Gesetzgebungsverfahren eingeflossene Regelung soll dazu dienen, mittelstandsfreundliche Auftragsvergaben auch bei ÖPP sicherzustellen.³¹⁵

Es handelt sich mithin um ein Institut zur Kompensation der grundsätzlich mittelstandsfeindlichen Gesamtvergabe an ein die Leistungen nicht vollständig selbst ausführendes Unternehmen. Insbesondere ist zu beachten, dass § 97 Abs. 3 S. 4 GWB den bezuschlagten Bieter nicht dazu verpflichtet, seinerseits Unteraufträge an mittelständische Unternehmen zu vergeben. Das Gebot zur Berücksichtigung der Sätze 1 bis 3 bei der Untervergabe gilt vielmehr nur, wenn sich der Auftragnehmer zur Untervergabe entschließt. Die Generalunternehmer- oder -übernehmervergabe wird dadurch jedoch nicht zum „mittelstandsfördernden Instrument zur Verbesserung der Chancengleichheit“³¹⁶.

Diese Bestimmung ist als praxisfern und Ende von ÖPP-Modellen kritisiert worden, weil sie die für den privaten Partner in einer ÖPP bestehende Notwendigkeit verkenne, sich bereits vor Abgabe seines Angebots der benötigten Nachunternehmerleistungen zu versichern, um auf dieser Grundlage sein Angebot abgeben zu können.³¹⁷ Diese Kritik verkennt den Regelungsgehalt der Vorschrift. Sie gilt, wenn „ein Unternehmen, das ... mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe betraut ... (wird), ... Unteraufträge an Dritte vergibt“. Die dem Unternehmen seitens des öffentlichen Auftraggebers aufzuerlegende Verpflichtung bezieht sich also erst auf den Zeitraum ab der Betrauung des Unternehmens, d. h. ab Zuschlagserteilung. Vor diesem Zeitpunkt begründete Vertragsverhältnisse zu Nachunternehmen werden vom Anwendungsbereich der Regelung nicht erfasst.³¹⁸ Hierzu zählen auch durch den Zuschlagserhalt aufschiebend bedingte Nachunternehmerverträge oder Vorverträge mit Nachunternehmern.

Innerhalb dieses von vornherein zeitlich begrenzten Anwendungsbereichs des § 97 Abs. 3 S. 4 GWB gilt die Bestimmung nur für solche Aufträge, die mit der Wahrnehmung oder Durchführung einer öffentlichen Aufgabe verbunden sind. Daraus ist zu entnehmen, dass die Regelung nicht für alle Vergaben gilt, in denen von einer losweisen Vergabe abgesehen und eine Gesamtvergabe vorgenommen wurde. Zum Ausdruck gebracht wird mit diesem Kriterium vielmehr der ÖPP-typische Aufgaben- und Verantwortungsbezug, der über die üblichen Beschaffungsvorgänge hinausreicht³¹⁹.

³¹⁵ BTDrucks. 16/11428 S. 33.

³¹⁶ So aber *Michallik*, VergabeR 2011, S. 683 (689).

³¹⁷ So *Werner*, VergabeR 2010, S. 328 (335).

³¹⁸ *Kus*, in: *Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 97 Rdnr. 93.

³¹⁹ Zur Abgrenzung vgl. etwa *Ziekow/Windoffer*, Public Private Partnership, S. 60 ff.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so hat der öffentliche Auftraggeber das bezuschlagte Unternehmen zu verpflichten, bei der Vergabe von Unteraufträgen an Dritte nach den Sätzen 1 bis 3 des § 97 Abs. 3 GWB zu verfahren. Die Verpflichtung des Hauptauftragnehmers folgt also nicht unmittelbar aus § 97 Abs. 3 S. 4 GWB, sondern aus einer entsprechenden, ihm vom Auftraggeber auferlegten Vertragsbedingung.³²⁰

Von Bedeutung für eine mittelstandsfreundliche Anwendung ist die Frage, inwieweit für den Auftraggeber über § 97 Abs. 3 S. 4 GWB hinaus Möglichkeiten bestehen, eine mittelstandsfreundliche Vergabe durch den Hauptauftragnehmer durchzusetzen. In Betracht kommen in erster Linie folgende Instrumente:

- Wie dargestellt (oben II.2.a.cc.β) enthalten diverse landesrechtliche Vorschriften die Vorgabe, dass die Subvergabe durch den Hauptauftragnehmer dem Nachunternehmer keine ungünstigeren Vertragsbedingungen auferlegen darf als zwischen dem Hauptauftragnehmer und dem öffentlichen Auftraggeber vereinbart sind. Auch außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Vorschriften wird man die Auferlegung einer entsprechenden Pflicht gegenüber dem Hauptauftragnehmer für zulässig halten müssen. Prüfungsmaßstäbe sind das EU-rechtliche Gleichbehandlungsgebot sowie die durch Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit des Hauptauftragnehmers:

Ein Verstoß gegen das grundfreiheitliche Gleichbehandlungsgebot liegt nicht vor, weil die Auferlegung der Pflicht zur Subvergabe zu den für den Hauptauftragnehmer geltenden Bedingungen nicht geeignet ist, Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten von der Abgabe eines Angebots abzuhalten. Insoweit unterscheidet sich die Situation deutlich von derjenigen, dass die Leistung selbst erbringende Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten ihr Personal entsprechend dem Niveau deutscher Tarifverträge entlohnen sollen.³²¹ Denn die bloße Pflicht zur Weitergabe der Bedingungen, zu denen die Hauptvergabe erfolgt ist, berührt die je nach Mitgliedstaat verschiedene Kostenstruktur der Unternehmen nicht. Dieser Punkt spielte vielmehr nur bei der Hauptvergabe eine Rolle.

Im Ergebnis nichts anderes gilt, zieht man die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Freiheit der Unternehmen, die Vertragsbedingungen zu ihren Nachunternehmern nach eigenem Belieben zu gestalten³²², als Prüfungsmaßstab heran. Denn sowohl der Schutz des als Subunternehmer eingesetzten Mittelstandes³²³ als auch das Interesse des öffentlichen Auftraggebers, dass die zur

³²⁰ Kus, in: Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 97 Rdnr. 91.

³²¹ Dazu EuGH NJW 2008, S. 3485 Rdnr. 37 - Ruffert.

³²² Vgl. BVerfG NZBau 2007, S. 53 (55 f.).

³²³ Zum Mittelstandsschutz als verfassungsrechtlich legitimmem Ziel BVerfGE 13, S. 97 ff.

Erfüllung öffentlicher Aufgaben benötigten ausgeschriebenen Leistungen nicht dadurch verzögert oder mangelhaft erbracht werden, dass die Subunternehmer zu einer zureichenden Leistungserbringung abträglichen Konditionen tätig werden müssen, sind verfassungsrechtlich legitime Ziele. Am Maßstab des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist es dem Hauptauftragnehmer auch nicht unzumutbar, seinen Nachunternehmern dieselben Bedingungen zu gewähren, zu denen er selbst tätig wird.

- Über die Pflicht zur Weitergabe der Vertragsbedingungen hinaus gehen würde eine dem Hauptauftragnehmer auferlegte Pflicht, seine Nachunternehmer seinerseits durch die Durchführung eines den für öffentliche Auftraggeber geltenden Vorgaben entsprechenden Vergabeverfahrens auszuwählen. Eine solche Verpflichtung würde den Hauptauftragnehmer dazu zwingen, u. U. mit anderen als denjenigen Subunternehmern zusammen arbeiten zu müssen, mit denen er seit längerem gute Erfahrungen in der Zusammenarbeit gesammelt hat. Überdies könnte ein solches Verfahren nur vor der (Haupt-) Auftragsvergabe bzw. sogar vor der Einreichung des eigenen Angebots des späteren Hauptauftragnehmers durchgeführt werden, weil dieser seine Nachunternehmernachweise bereits mit den Nachweisen zu seiner eigenen Eignung einreichen muss. Dies ist für den Auftragnehmer schlechterdings unzumutbar.³²⁴

Dass der Auftraggeber dem Bieter aufgeben kann, für die von diesem vorgesehenen Nachunternehmer eine Eignungsprüfung „deckungsgleich anhand genau derselben Anforderungen, die der Auftraggeber an einen Nachweis der Eignung des Bieters stellt“, durch Einreichung der entsprechenden Nachweise zu ermöglichen³²⁵, ist in der Rechtsprechung geklärt.

- Während die bisherigen Überlegungen nur für die Konstellation galten, dass sich der Hauptauftragnehmer zur Subvergabe entschließt, enthalten einzelne landesrechtliche Vorschriften weitergehende Regelungen. So gibt § 7 Abs. 2 S. 4 Hs. 1 MFG RP dem Auftraggeber auf, den Generalunternehmer zur Durchführung einer Nachunternehmervergabe an mittelständische Unternehmen in angemessenem Umfang zu verpflichten. Eine solche Verpflichtung greift tief in den Kern der grundrechtlich geschützten Entscheidungsfreiheit des Auftragnehmers ein, ob er den Auftrag mit eigenen Mitteln oder die Einschaltung von Subauftragnehmern erfüllen will, und benachteiligt große leistungsfähige Verbundunternehmen gegenüber Generalübernehmern. Sie dürfte unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten kaum zu rechtfertigen sein.

³²⁴ *Burgi*, NZBau 2010, S. 593 (598).

³²⁵ OLG Düsseldorf VergabeR 2008, S. 948 (954). Kritisch *Burgi*, NZBau 2010, S. 593 (596).

- Die Auferlegung einer Pflicht, mit einer bestimmten Quote Subunternehmer mit einem lokalen Bezug zum Ort der Leistungserbringung zu berücksichtigen, verstößt gegen das unionsrechtliche Gleichbehandlungsgebot.³²⁶

dd) Subunternehmereinsatz und Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots

Ungeachtet der Frage, ob eine richtlinienkonforme Auslegung des durch § 97 Abs. 5 GWB ausgesprochenen Gebots des Zuschlags auf das wirtschaftlichste Angebot es dem Auftraggeber ermöglicht, im Einzelfall einen Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis vorzusehen³²⁷, dürfte diese Frage sich bei komplexen Projekten, die für eine Verwirklichung in Form eines ÖPP-Modells in Betracht gezogen werden, von vornherein nicht stellen.

Es liegt also beim öffentlichen Auftraggeber, eine Bewertungsmatrix zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots zu entwickeln und bekanntzumachen, die verhindert, dass der Preis gegenüber Qualitätskriterien eine durchschlagende Bedeutung bekommt. Allerdings ist zu beachten, dass die Zuschlagskriterien einen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand aufweisen müssen (Art. 53 Abs. 1 lit. a VKR) und bieterbezogene Auswahlkriterien, die beispielsweise die fachliche Qualifikation der Bieter betreffen, nicht als Zuschlagskriterien verwendet werden dürfen³²⁸.

Für den Problemkreis der Berücksichtigung der Qualität von Subunternehmerleistungen bei der (Haupt-)Vergabe bedeutet dies, dass die Gesichtspunkte der technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Nachunternehmer, ihrer Zuverlässigkeit und Fachkunde nicht bei der Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots herangezogen werden dürfen, sondern durch die Forderung entsprechender Eignungsnachweise nur auf der Stufe der Eignungsprüfung berücksichtigt werden können. Darüber hinaus steht dem Auftraggeber als weiteres Instrument zur Sicherung der Qualität von Nachunternehmerleistungen insbesondere die Vorgabe von Vertragsbedingungen, die der Auftragnehmer bei der Verpflichtung von Nachunternehmern zu beachten hat, zur Verfügung. Auf der Stufe der Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots kann der Auftraggeber als Bewertungskriterien beispielsweise die Darlegung eines Qualitätssicherungssystems und von Vorkehrungen zum kurzfristigen Austausch von Subunternehmern verlangt werden.

³²⁶ *Frenz*, *GewArch* 2011, S. 97 (98).

³²⁷ Dazu *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, *Vergaberecht*, § 97 GWB Rdnr. 107.

³²⁸ *EuGH EuZW* 2008, S. 187 Rdnr. 30; *NZBau* 2010, S. 120 Rdnr. 55; *OLG Düsseldorf NZBau* 2009, S. 398 (399).

ee) Die Bedeutung der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung im Vergabeverfahren

Die im Zuge der Planung eines ÖPP-Modells durchzuführende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bzw. der Vergleich zwischen ÖPP-Variante und konventioneller Beschaffung hat für die Ausgestaltung der Vergabe an zwei Punkten besondere Bedeutung: für die Entscheidung zwischen ÖPP- und konventioneller Vergabe und für die Festlegung der Laufzeit einer ÖPP.

a) Wirtschaftlichkeitsuntersuchung und Auswahl der Beschaffungsvariante

Aus haushaltsrechtlichen Gründen darf eine ÖPP-Vergabe nur bevorzugt werden, wenn sie sich im Vergleich zu einer konventionellen Beschaffung als das wirtschaftlichere Modell erweist. Darüber hinaus setzt die Generalüber- bzw. -unternehmervergabe anstatt der durch § 97 Abs. 3 S. 2 GWB vorgeschriebenen losweise Vergabe ausweislich des § 97 Abs. 3 S. 3 GWB voraus, dass wirtschaftliche (oder technische) Gründe dies erfordern.

Sind diese Entscheidungen vor der Ausschreibung getroffen worden, so ist bei einer ÖPP-Vergabe der Wirtschaftlichkeitsvergleich gleichwohl kontinuierlich anzupassen, und zwar auch nachdem die Angebote bereits eingegangen sind.³²⁹ Diese Fortführung kann das Ergebnis zeitigen, dass sich die ÖPP-Variante auf der Grundlage der eingegangenen Angebote anders als prognostiziert doch nicht als die wirtschaftlichere erweist. Für diesen Fall ist es anerkannt, dass der öffentliche Auftraggeber die Ausschreibung auf der Grundlage der §§ 17 und 17a VOB/A, 17 und 20 EG VOL/A aufheben kann.³³⁰ Zwar steht die Aufhebung der Ausschreibung im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers. Doch kann es vor der Erkenntnis der fehlenden Wirtschaftlichkeit der ÖPP-Vergabe kein „Augen zu und durch“ geben. Vielmehr ist zu beachten, dass sowohl der haushaltsrechtliche Grundsatz der Wirtschaftlichkeit als auch die Nichterfüllung der Voraussetzungen des § 97 Abs. 3 S. 3 GWB, wenn die Ausschreibung als Gesamtvergabe auf wirtschaftliche Gründe gestützt war, für eine Ermessensreduzierung streiten.

³²⁹ Siehe nur *Ziekow/Windoffer*, Public Private Partnership, S. 132 ff.

³³⁰ *Herrmann*, in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, § 17 VOB/A Rdnr. 13; *Ziekow/Windoffer*, Public Private Partnership, S. 135. Zur Zulässigkeit der Aufhebung, wenn die auf eine ÖPP-Ausschreibung eingegangenen Angebote die zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel überschreiten, OLG Düsseldorf NZBau 2011, S. 699 ff.

β) Die Lebenszyklusbetrachtung von ÖPP-Projekten und die vergaberechtliche Begrenzung der Vertragslaufzeit

Die Lebenszyklusorientierung von ÖPP führt in der Regel zu beträchtlichen Laufzeiten von ÖPP-Verträgen von bis zu 30 Jahren. Für diese Zeit sind die beauftragten Leistungen dem Wettbewerb entzogen. Das in Form einer ÖPP beauftragte Unternehmen erhält auf diese Weise auf Zeit ein exklusives Leistungserbringungsrecht mit sicher kalkulierbaren Vergütungen von einem Vertragspartner, dessen Bonitätsrisiko nahezu Null ist. Hierauf hat der Europäische Gerichtshof unmissverständlich hingewiesen:

„Eine solche Praxis kann auf lange Sicht den Wettbewerb zwischen potenziellen Dienstleistungserbringern beeinträchtigen und die Anwendung der Vorschriften der Gemeinschaftsrichtlinien über die Öffentlichkeit der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge verhindern.“³³¹

Ausdrückliche Bestimmungen, die allgemein die Laufzeit von öffentlichen Aufträgen betreffen, finden sich allerdings nicht. Das Unionsrecht verbietet nicht den Abschluss von öffentlichen Aufträgen auf unbestimmte Dauer.³³² Sofern die Ausschreibung dies berücksichtigt, ist es dem Auftraggeber nicht verwehrt, auch unbefristete Verträge zu schließen.³³³ Die Regelungen zur Berechnung des geschätzten Wertes von öffentlichen Aufträgen bestätigen dies: Art. 9 Abs. 6 lit. a VKR unterscheidet für bestimmte öffentliche Lieferaufträge zwischen Aufträgen mit höchstens zwölf Monaten und solchen mit einer längeren Laufzeit, ohne für die letzteren eine Obergrenze anzugeben. Vielmehr kennt Art. 9 Abs. 6 lit. b VKR sogar öffentliche Aufträge mit unbestimmter Laufzeit. Auf nationaler Ebene unterscheidet § 3 Abs. 4 VgV für die Schätzung der Auftragswerte zwischen zeitlich begrenzten und unbefristeten Verträgen.

Dem Wettbewerbsgrundsatz lassen sich keine Beschränkungen der zulässigen Laufzeit öffentlicher Aufträge entnehmen. Da sich der Wettbewerbsgrundsatz in den Regelungen des Vergaberechts konkretisiert³³⁴ und das unionsrechtliche Vergaberecht den Abschluss unbefristeter Verträge nicht verbietet³³⁵, kann der Wettbewerbsgrundsatz keinen eigenständigen limitierenden Gehalt entfalten. Vielmehr ist davon auszugehen, dass eine diskriminierungsfrei bemessene und den Anforderungen des Transparenzgrundsatzes genügende Laufzeitfestlegung mit dem Wettbewerbsgrundsatz nicht konfliktiert. Die Elemente der Laufzeitberechnung müssen also angegeben werden, damit sich alle Bieter in gleicher Weise darauf einstellen können.

³³¹ EuGH NVwZ 2008, S. 865 Rdnr. 73 - presstext.

³³² EuGH NVwZ 2008, S. 865 Rdnr. 74 - presstext.

³³³ VergK Arnsberg, 18. 7. 2000 – VK 2-07/2000 –: „Langjährige Dienstleistungsverträge in Form von Dauerschuldverhältnissen ... läßt das Vergaberecht grundsätzlich zu“; Ziekow, VergabeR 2004, S. 430 (432).

³³⁴ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 97 GWB Rdnr. 5 ff.

³³⁵ EuGH NVwZ 2008, S. 865 Rdnr. 74 - presstext.

Eine unionsrechtliche Begrenzung der zulässigen Laufzeit von Beschaffungsverträgen kann sich allerdings aus dem unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgebot ergeben.³³⁶ Anders als in Erwägungsgrund 2 VKR und Erwägungsgrund 9 SKR findet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in § 97 GWB keine Erwähnung. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip zählt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts³³⁷, und zwar auch dann, wenn den handelnden Stellen ein Ermessensspielraum zur Verfügung steht³³⁸. Sie dürfen nur diejenigen Maßnahmen ergreifen, die zur Erreichung des verfolgten Ziels sowohl angemessen als auch erforderlich sind und die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit am wenigsten belasten.³³⁹ Für vergaberechtlich relevante Sachverhalte ergibt sich dies regelmäßig bereits aus den Grundfreiheiten (insbes. Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit).

So hat der EuGH eine über 20 Jahre laufende Konzession als Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs eingestuft, die nur aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist, wenn sie zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet ist und nicht über das zur Zielerreichung Erforderliche hinausgeht.³⁴⁰ Die Kommission hat aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Notwendigkeit abgeleitet, Wettbewerb und finanzielle Ausgewogenheit in Einklang zu bringen.³⁴¹ Dies hat Auswirkungen auf die zulässige Laufzeit von Aufträgen: Für die Laufzeit von Konzessionen fordert die Kommission eine Festlegung der Laufzeit in der Weise, „daß der freie Wettbewerb nur so weit eingeschränkt wird, wie es erforderlich ist, um die Amortisierung der Investitionen und eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals sicherzustellen.“³⁴² In Anbetracht dessen, dass die Kommission diese Bestimmung der Laufzeit aus im Primärrecht verankerten Grundsätzen abgeleitet hat, wird man folgern müssen, dass der Ansatz auch für vergleichbare Modelle herangezogen werden kann. Insoweit ist zu beachten, dass die Kommission für das Vorliegen einer Konzession die Frage der Risikoverteilung für zentral hält: Danach „liegt eine Konzession dann vor, wenn der Unternehmer die mit der Dienstleistung verbundenen Risiken trägt (Erbringung der Dienstleistung und deren Nutzung), indem er seine Vergütung, in welcher Form auch immer, über die Benutzer – insbesondere durch die Erhebung von Gebühren – erhält. Die Art der Vergütung, die der Unternehmer erhält, zeigt ... wer das Nutzungsrisiko

³³⁶ Dies übersieht *Scharen*, NZBau 2009, S. 679 (682 ff.).

³³⁷ EuGH Slg. 1982, S. 681 (695); 1987, S. 1069 (1995).

³³⁸ EuGH Slg. 1980, S. 1979 (1997).

³³⁹ EuGH Slg. 1984, S. 2171 Rdnr. 25; 1989, S. 2237 Rdnr. 21; 2001, S. I-2189 Rdnr. 26.

³⁴⁰ EuGH NZBau 2006, S. 386 Rdnr. 44 f.

³⁴¹ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. C121/2 v. 29. 4. 2000 Nr. 3.1.3.

³⁴² Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. C121/2 v. 29. 4. 2000 Nr. 3.1.3.

trägt.³⁴³ Dementsprechend darf die Festlegung der Laufzeit im Ausgleich zwischen Wettbewerb und finanzieller Ausgewogenheit nicht dazu führen, dass die Risikoverteilung als solche geändert wird, ist doch „das mit der Nutzung verbundene Risiko für den Konzessionär beizubehalten“³⁴⁴. Die Struktur der ausgeschriebenen Leistung darf mithin durch die Laufzeitbestimmung nicht verändert werden. Die Laufzeit ist dem ausgeschriebenen Gegenstand akzessorisch, nicht umgekehrt.

Die für Konzessionen entwickelten Grundsätze hat die Kommission auch auf Public Private Partnerships übertragen. Im ÖPP-Grünbuch heißt es unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen:

„Im Übrigen muss sich der Zeitraum, in dem der private Partner eine Infrastruktur oder eine Dienstleistung betreibt bzw. bereitstellt, nach dem Erfordernis richten, das wirtschaftliche und finanzielle Gleichgewicht des Projekts zu gewährleisten. Insbesondere ist die Dauer der partnerschaftlichen Beziehungen so festzulegen, dass der freie Wettbewerb nur so weit eingeschränkt wird, wie es erforderlich ist, um die Amortisierung der Investitionen und eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals sicherzustellen. Eine übermäßig lange Laufzeit dürfte sich aufgrund der für den Binnenmarkt geltenden Grundsätze oder der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des EG-Vertrags verbieten. Der Grundsatz der Transparenz verlangt ebenfalls, dass die Elemente, auf die sich die Festlegung der Laufzeit stützt, in den Vergabeunterlagen veröffentlicht werden, damit die Bieter sie bei der Ausarbeitung ihres Angebots berücksichtigen können.“³⁴⁵

An anderer Stelle hat die Kommission allerdings deutlich gemacht, dass sie bei komplexen ÖPP-Modellen Laufzeiten von 25 oder 30 Jahren oder sogar mehr für nicht ungewöhnlich und deshalb auch nicht grundsätzlich zu beanstanden hält.³⁴⁶ Parameter sind insoweit die Amortisierung von Investitionen und eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals.

Die Frage, wann eine Amortisierung von Investitionen eintritt, fordert vom öffentlichen Auftraggeber eine komplexe Bewertung unter Einbeziehung verschiedener Gesichtspunkte. Die Amortisierung kann in Abhängigkeit von dem gewählten Finanzierungsmodell, den vom Auftraggeber gewählten Vergabebedingungen und anderen Gesichtspunkten früher oder später als nach den Durchschnittsamortisierungswerten eintreten.

³⁴³ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. C121/2 v. 29. 4. 2000 Nr. 2.2.

³⁴⁴ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. C121/2 v. 29. 4. 2000 Nr. 3.1.3.

³⁴⁵ Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften (KOM 2004, 327), Nr. 46.

³⁴⁶ European Commission, Guidelines for Successful Public-Private Partnerships, 2003, S. 24.

Nur bei längeren Laufzeiten erzielbare Finanzierungsvorteile müssen sich im Angebot des Privaten niederschlagen und insoweit an den öffentlichen Auftraggeber „weitergegeben“ werden. Allein die für den Privaten günstigen Finanzierungsbedingungen über einen längeren Zeitraum rechtfertigen keine Einschränkung des Wettbewerbs.

Während die Amortisierung der vom Privaten zu tätigenen Investitionen eine festliegende (wengleich über die Laufzeit verschiedenen, nicht notwendig stabilen Faktoren ausgesetzte) Größe ist, bleibt der Terminus „angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals“ inhaltlich unbestimmt. Für den Versuch, Kriterien zur Ausfüllung des Begriffs der „angemessenen Verzinsung“ zu generieren, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Gesichtspunkt der Angemessenheit den Rückbezug zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit herstellt. Eine dem Privaten eingeräumte Verzinsung wird sich erst dann als unangemessen bezeichnen lassen, wenn sie außer Verhältnis zum übertragenen Risiko und zu dem für den Einkauf der Leistung am Markt zu erbringenden Aufwendungen steht. Zur – wengleich inhaltlich nicht vollständig parallelen – Frage, was unter einer „angemessenen Rendite“ bei der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu verstehen sein soll, schlägt die Kommission folgenden Ermittlungsmodus vor³⁴⁷:

„Zum Zwecke dieser Entscheidung ist unter »angemessener Rendite« ein angemessener Kapitalertrag unter Berücksichtigung des von dem Unternehmen aufgrund des staatlichen Eingreifens eingegangenen Risikos bzw. unter Berücksichtigung des fehlenden Risikos zu verstehen. ... In der Regel darf die Rendite die in dem betreffenden Sektor in den Jahren zuvor erzielte durchschnittliche Rendite nicht übersteigen. In Sektoren, in denen es an Unternehmen fehlt, die als Vergleichsmaßstab für das mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraute Unternehmen dienen könnten, können Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten oder gegebenenfalls auch aus anderen Wirtschaftszweigen zu Vergleichszwecken herangezogen werden. Bei der Bestimmung der angemessenen Rendite können die Mitgliedstaaten auch Kriterien zugrunde legen, die insbesondere an die Qualität der zu erbringenden Dienstleistung und an Produktivitätsgewinne anknüpfen.“

In der Sache handelt es sich dabei um wesentliche Elemente, die bei einem Wirtschaftlichkeitsvergleich vor Ausschreibung eines ÖPP-Modells durchzuführen sind. Ist ein Wirtschaftlichkeitsvergleich methodisch zureichend durchgeführt worden, so ist davon auszugehen, dass die dort ermittelte Laufzeit den Anforderungen des Grundsatzes der

³⁴⁷ Entscheidung der Kommission vom 28. 11. 2005 über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, ABl. L 312/67 v. 29.11.2005, Art. 5 Abs. 4.

Verhältnismäßigkeit in Verbindung mit dem Wettbewerbsprinzip genügt. Da Maßstab für die Wirtschaftlichkeit der Auflegung eines ÖPP-Modells das konventionelle Referenzprojekt in Eigenregie des öffentlichen Auftraggebers ist, besteht bereits ein einheitlicher Bezugsrahmen für die Berechnung der Renditeerwartungen. Insoweit ist davon auszugehen, dass der Rahmen der am Markt erzielten Durchschnittsrendite eingehalten wird. Hinter der Orientierung an einer Durchschnittsrendite steht der Gedanke, dass der Wettbewerb nur insoweit eingeschränkt werden soll, wie die Einschränkung selbst wiederum den durch den Wettbewerb am Markt entstehenden Gegebenheiten entspricht.

Wegen der Notwendigkeit, den Wirtschaftlichkeitsvergleich während des Verfahrens zur Vergabe eines ÖPP-Modells laufend anzupassen, muss der Auftraggeber den bietenden Unternehmen abfordern, ihre Gewinnkalkulation offenzulegen. Nur auf diese Weise ist dem Auftraggeber vor dem Zuschlag die Überprüfung möglich, ob seine Laufzeitberechnung den EU-rechtlichen Anforderungen genügt. Die Durchführung dieser Überprüfung ist zu dokumentieren.

IV. Handwerk und ÖPP: Gesamtbewertung und Folgerungen

Die vor mehr als einem Jahrzehnt begonnene Diskussion um eine Entlastung des Staates und der Kommunen durch den Rückgriff auf unter dem Sammelbegriff „Öffentlich Private Partnerschaften“ zusammengefasste Formen der Einbeziehung privater Unternehmen in die Erfüllung staatlicher Aufgaben hat die mit ihr zu Beginn verknüpften Hoffnungen nur teilweise erfüllt. Die sie tragenden Leitbilder zunächst des „Schlanken Staats“, dann des „Aktivierenden Staats“ sind verblasst, so dass statt eines ganzheitlichen Konzepts im Wesentlichen nur noch inkrementalistische Ansätze verfolgt werden. Dass sich die Rahmenbedingungen seit dem Höhepunkt der ÖPP-Bewegung deutlich geändert haben, wird zuweilen geflissentlich übersehen. Nicht einmal die schlichte Entlastung der öffentlichen Haushalte durch die Auflegung von Infrastrukturinvestitionen in Form von ÖPP-Modellen ist in einem Umfang eingetreten, dass man kritiklos von ÖPP als einer deutschen Erfolgsgeschichte sprechen könnte.

Dies rechtfertigt es, einige Aspekte in den Blick zu nehmen, die auf der anderen Waagschale der ÖPP-Euphorie liegen. Hierzu gehören vor allem die Auswirkungen der Bevorzugung von ÖPP gegenüber der konventionellen Beschaffung auf kleinere Unternehmen, insbesondere Handwerksbetriebe, sowie eine Beachtung der für die öffentliche Hand geltenden haushalts-, vergabe- und sonstigen rechtlichen Grenzen. Diese Analyse hat folgende Ergebnisse gezeitigt:

Empirische Studien haben gezeigt, dass Handwerksbetriebe bei der Ausschreibung von ÖPP-Modellen nur bei kleinen Projektvolumina oder in einer Bietergemeinschaft mit einem Großunternehmen eine Chance auf den Zuschlag haben. Ein belegbarer Zusammenhang zwischen einer angeblich mittelstandsgerechten Ausgestaltung von ÖPP-Projekten und der Projekteinbeziehung vom KMU besteht nicht. Auch Handwerksbetriebe, die als Subunternehmer des Hauptauftragnehmers in einem ÖPP-Projekt gute Erfahrungen gemacht haben, weisen darauf hin, dass dies nicht der Konstruktion der ÖPP, sondern dem Verhalten des Hauptauftragnehmers geschuldet ist. Auch dann also bleibt es bei einer „atmosphärischen“ Abhängigkeit der Handwerksbetriebe.

Ebenso ist es nachvollziehbar, wenn der Auflegung sog. kleiner ÖPPs von Seiten des Mittelstandes der Charakter eines „Trostpflasters“ zugemessen wird. Denn der große Teil des „ÖPP-Kuchens“ ist dem Handwerk weiterhin allenfalls als Subauftragnehmer zugänglich.

1. Vergaberechtliche Aspekte

a) Mittelstandsschutz

Von zentraler Bedeutung für die Berücksichtigung der Interessen des Handwerks als Kern des Mittelstandes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ist die sog. Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3 GWB, deren durch den Gesetzgeber zugunsten des Mittelstandsschutzes vorgenommene deutliche Verschärfung in der Praxis noch nicht in dem gebotenen Maße rezipiert worden ist.

§ 97 Abs. 3 S. 2 GWB verlangt von dem öffentlichen Auftraggeber zwingend die Vornahme einer Aufteilung in Teil- und oder Fachlose, sofern nicht eine Ausnahme nach § 97 Abs. 3 S. 3 GWB vorliegt. Anders als nach dem anders gefassten § 97 Abs. 3 GWB a. F. kann der Auftraggeber nicht mehr darauf verweisen, er habe den mittelständischen Interessen in anderer Weise als durch Losaufteilung, z. B. durch die Einräumung der Möglichkeit zur Bildung von Bietergemeinschaften oder die Einbeziehung als Nachunternehmer, Rechnung getragen. Die Losaufteilung hat mittelständische Unternehmen vielmehr gerade in die Lage zu versetzen, sich eigenständig und nicht nur in Bietergemeinschaften zu bewerben. Aus diesem Grund kann der öffentliche Auftraggeber auch nicht umso eher von einer Aufteilung in Fachlose absehen je mehr Unternehmen eine Gesamtleistung aus einer Hand anbieten. § 97 Abs. 3 S. 2 GWB schützt vielmehr gerade diejenigen Unternehmen, die keine Gesamtvergabe anbieten können. Dies gilt gleichermaßen für Vergaben ab Erreichen und solche unterhalb der Schwellenwerte.

Zwar hat der öffentliche Auftraggeber nach der Rechtsprechung auf einer ersten Prüfungsstufe die Entscheidungsfreiheit darüber, in welcher Weise er seinen Beschaffungsbedarf befriedigen will. Er ist nicht gehalten, seinen Bedarf so zu formulieren, dass er auch durch mittelständische Unternehmen befriedigt werden kann. Allerdings zählen zu den von dem Auftraggeber im Rahmen seiner Ermessensausübung bei der Festlegung des Leistungsprofils zu berücksichtigenden Gesichtspunkten auch die mittelständischen Interessen. Eine Beschreibung des Leistungsprofils, die die in Betracht kommenden mittelständischen Interessen nicht zureichend ermittelt oder verkürzt abgewogen hat, ist von der Freiheit des Auftraggebers zur Festlegung seines Beschaffungsbedarfs nicht mehr gedeckt.

Darüber hinaus lässt sich der Rechtsprechung durchaus eine kritische Bewertung der auf dieser ersten Prüfungsstufe anzufindenden Zusammenfassung von Bau und Betrieb bei ÖPP-Projekten im öffentlichen Hochbau zu einem vom Auftraggeber als ÖPP definierten Beschaffungsbedarf entnehmen. Sofern nicht besondere qualitative Gesichtspunkte dies nahelegen, kann die Entscheidungsfreiheit des Auftraggebers über den Beschaffungsbedarf auf der ersten Stufe nicht die Wahl der Beschaffungsform einer ÖPP als solcher umfassen. Diese Entscheidungsfreiheit umfasst lediglich den Beschaffungsgegenstand selbst und seine Qualitätsmerkmale, nicht aber den Beschaf-

fungsmodus. Insbesondere ist der Wunsch nach einer Entlastung des aktuellen Haushalts durch ein zeitlich gestrecktes ÖPP-Geschäft kein in die Definition des Beschaffungsbedarfs einzustellender Gesichtspunkt.

Innerhalb der Grenzen dieser vom Auftraggeber festgelegten Leistung stellt sich dann auf einer zweiten Stufe die Frage, ob diese Leistung entsprechend dem Grundsatz des Abs. 3 S. 2 losweise zu vergeben ist oder ob eine Ausnahme nach Satz 3 eingreift. Dabei genügt nicht jede Losaufteilung den durch § 97 Abs. 3 S. 2 GWB formulierten Anforderungen. Es reicht nicht aus, dass durch die Aufteilung überhaupt ein mittelständisches Unternehmen angesprochen wird. Der Auftraggeber hat sich vielmehr damit auseinander zu setzen, durch welchen Zuschnitt der Lose er eine möglichst große Zahl von Unternehmen zur Abgabe von Angeboten ermutigen kann. Die so ermittelte Losgröße ist Ausgangspunkt für die im Folgenden vorzunehmende Entscheidung über die auszuschreibende Losgröße, in die zusätzlich auch das Interesse des Auftraggebers an einer wirtschaftlichen Beschaffung einzustellen ist. Dies bedeutet mithin keinen Vorrang der Interessen kleinerer Unternehmen bei der Festlegung der Losgröße, wohl aber die Notwendigkeit, sich spezifisch auch mit den Interessen der kleineren Unternehmen auseinander zu setzen.

Dies hat auch Bedeutung für das Verhältnis zwischen Teillos- und Fachlosaufteilung. Zwar ist es zutreffend, dass § 97 Abs. 2 S. 2 GWB kein Rangverhältnis zwischen Teil- und Fachlosen statuiert. Doch ist unverkennbar, dass die Fachlos- in deutlich höherem Maße als Teillosvergabe geeignet ist, eine größere Zahl besonders qualifizierter Unternehmen in den Beschaffungsprozess einzubinden. Hieraus erhellt, dass die Pflicht des öffentlichen Auftraggebers, sich in der geschilderten Weise auch mit der Fachlosbildung auseinander zu setzen, nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass er eine Teillosaufteilung vorgenommen hat.

Für die Ermittlung, wann wirtschaftliche oder technische Gründe eine Gesamtvergabe im Sinne von § 97 Abs. 3 S. 3 GWB erfordern, kann nur beschränkt auf die von der Rechtsprechung zu § 97 Abs. 3 GWB a. F. entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden. So wurde es dort für ausreichend erachtet, dass jedenfalls überwiegende Gründe für eine Gesamtvergabe sprachen. Dies wird nach der Neufassung des § 97 Abs. 3 GWB nicht mehr genügen können. Das gesetzgeberische Ziel, den Mittelstandsschutz zu verbessern, würde verfehlt, wenn eine Übernahme der zu § 97 Abs. 3 GWB a. F. entwickelten Grundsätze das neu eingeführte Stufenverhältnis zwischen Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 einebnen würde. Die vom Gesetzgeber beabsichtigte Verschärfung kommt durch die Verwendung des Begriffs „erfordern“ klar zum Ausdruck.

Wirtschaftliche Gründe, die eine Abweichung vom Grundsatz der losweisen Vergabe zu tragen vermögen, liegen vor, wenn eine Aufteilung in Lose zu einer unverhältnismäßigen Verteuerung der Gesamtleistung oder einer deutlichen Verzögerung des Gesamtvorhabens führen würde. Die bloße Schwierigkeit des öffentlichen Auftraggebers, ein

Bauprojekt aus dem laufenden Haushalt zu finanzieren, stellt keinen wirtschaftlichen Grund in diesem Sinne dar. „Technische Gründe“ können zwar auch mehrere Leistungsarten miteinander verknüpfen, wenn beispielsweise die Wartung eines Gebäudes wegen der dafür erforderlichen spezifischen Kenntnisse nur durch das Unternehmen möglich ist, das das Gebäude errichtet hat. Jedoch sind insoweit zwingende *technische* Abhängigkeiten erforderlich, die bloße ökonomische Vorteilhaftigkeit reicht nicht aus.

Auch dann, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe in dem beschriebenen Sinne vorliegen, ist ein Absehen von einer Losaufteilung nur dann zulässig, wenn die genannten Gründe dieses Absehen *erfordern*. Ein Ermessens-, Abwägungs- oder Beurteilungsspielraum des Auftraggebers besteht – anders als nach § 97 Abs. 3 GWB a.F. – diesbezüglich nicht. Eine Ausnahme vom Gebot der Losaufteilung ist daher nur dann zulässig, wenn das Beschaffungsvorhaben in der Form, wie es der öffentliche Auftraggeber zulässigerweise definiert hat, *nur* im Wege der Gesamtvergabe bzw. der Zusammenfassung mehrerer Lose verwirklicht werden kann.

Unsicherheiten darüber, ob wirtschaftliche Gründe eine Gesamtvergabe wirklich erfordern, kann der öffentliche Auftraggeber nicht mit Hilfe des Instruments der Parallelauschreibung beseitigen. Steht nach der Ausschöpfung aller dem Auftraggeber zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen nicht fest, dass die Gesamtvergabe nicht nur möglicherweise wirtschaftlicher – sofern diese Prognose in Anbetracht der Unsicherheiten der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung überhaupt getroffen werden kann – wäre, sondern wirtschaftliche Gründe diese Lösung nachgerade erfordern, so ist in mittelstandsfreundlicher Weise in Losen auszuschreiben.

Die als Versuch zur Kompensation der grundsätzlich mittelstandsfeindlichen ÖPP-Vergabe eingeführte Regelung zur mittelstandsfreundlichen Subvergabe durch den Hauptauftragnehmer in § 97 Abs. 3 S. 4 GWB verpflichtet den bezuschlagten ÖPP-Unternehmer nicht schon kraft Gesetzes, sondern muss ihm durch den öffentlichen Auftraggeber in Form einer Vertragsbedingung auferlegt werden. Die Regelung hat keinen abschließenden Charakter, so dass der Hauptauftragnehmer auch dazu verpflichtet werden kann, mit seinen Unterauftragnehmern keine ungünstigeren Vertragsbedingungen als die, die für ihn selbst im Verhältnis zum öffentlichen Auftraggeber gelten, zu vereinbaren. Darüber hinaus kann dem Hauptauftragnehmer aufgegeben werden, durch die Einreichung der entsprechenden Nachweise eine Prüfung der Eignung der von ihm vorgesehenen Nachunternehmer anhand der für ihn selbst geltenden Maßstäbe zu ermöglichen.

Schließlich wird dem öffentlichen Auftraggeber durch § 97 Abs. 3 S. 1 GWB die umfassende Prüfung aufgegeben, welche Möglichkeiten zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen zur Verfügung stehen. In jedem Fall hat der Auftraggeber bei der Ausfüllung von nach den vergaberechtlichen Regelungen bestehenden Spielräumen die mittelstandsfreundliche Variante zu wählen.

Über diese Regelungen hinaus bestehen keine Beschränkungen der Vergabe an einen Generalübernehmer oder Generalunternehmer. EU-rechtlich zulässige Ausnahme ist das Verbot der Generalübernehmervergabe nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A für Bauvergaben unterhalb der Schwellenwerte.

b) Berücksichtigung der Interessen des inländischen Handwerks

Hinsichtlich der Auswirkungen der Verfolgung von ÖPP-Strategien bestehen besondere Befürchtungen, im Unterschied zur konventionellen Beschaffung mit losweiser Vergabe bestünden für das regionale und lokale Handwerk kaum Chancen zur Auftragsakquise. Sowohl das EU-Recht als auch das deutsche Verfassungs- und einfache Recht ziehen der Möglichkeit einer Berücksichtigung der Interessen gerade des inländischen Handwerks bei der Vergabe enge Grenzen. Dies gilt für Vergaben oberhalb wie unterhalb der Schwellenwerte.

Ein örtlicher Bezug des Auftragnehmers zum Ort der Leistungserbringung kann allein dann beachtlich sein, wenn ein solcher für die Leistungserbringung erforderlich ist. Typisches Beispiel ist die Erforderlichkeit einer kurzfristigen Reaktion bei Störungen. In einem solchen Fall kann es zulässig sein, eine Präsenz des Auftraggebers in einem bestimmten Radius um den betreffenden Ort zu verlangen. Allerdings bedeutet dies nicht, dass verlangt werden könnte, dass das bezuschlagte Unternehmen seinen Sitz innerhalb dieses Radius haben muss. Vielmehr kann das Unternehmen auch in anderer Weise, z. B. durch die Einrichtung eines regionalen Notfalldienstes, die örtliche Präsenz sicherstellen. Auch dann, wenn im Zuge der Auftragsausführung ein erhöhter Abstimmungsbedarf zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zu erwarten steht, ist das Kriterium der Ortsansässigkeit unzulässig. Der Auftraggeber hat in derartigen Fällen vielmehr Reaktions- und Servicefristen eindeutig zu benennen und Nachweise zu verlangen, die die Einhaltung dieser Fristen sicherstellen.

c) Handwerksfreundliche Gestaltungsmöglichkeiten bei der Ausschreibung

Als Maßnahmen für eine handwerksfreundliche Ausgestaltung solcher Projekte, für die grundsätzlich eine Verwirklichung in ÖPP in Erwägung gezogen wird, kommen u. a. in Betracht:

- Auch dann, wenn der Auftraggeber einen ganzheitlichen ÖPP-Ansatz favorisiert, kann von einer Losaufteilung Gebrauch gemacht werden. In diesem Fall kommen vertikale Teillose in Betracht, die den Gesamtumfang des zu vergebenden Leistungsvolumens unter Beibehaltung der zusammengefassten Vergabe in mehrere Einzelprojekte aufspalten.

- Vom Auftraggeber angebotene Entschädigungszahlungen für im Zuge der Bewerbung auf ÖPP-Ausschreibungen ggf. zu erbringende Planungs- und konzeptionellen Vorleistungen der Unternehmen entfalten insbesondere auf die Teilnahmebereitschaft kleiner Unternehmen eine positive Wirkung.
- Die Bildung einer Bietergemeinschaft mehrerer Handwerksbetriebe wird deutlich erleichtert, wenn das Fristenregime (Teilnahmefrist, Angebotsfrist) nicht auf die vorgegebenen Minimalfristen zurück genommen, sondern großzügiger gehandhabt wird.
- Entsprechendes gilt für die von den Bietern im Rahmen der Eignungsprüfung beizubringenden Unterlagen. Entsprechend den teilweise vorhandenen landesrechtlichen Regelungen sollte als Fachkundenachweis im Baubereich der Nachweis des Erwerbs des Meistertitels im Handwerk ausreichen. Die Forderung nach Referenzen sollte sich nicht auf die Durchführung von ÖPP-Projekten beschränken, sondern gerade dem Handwerk auch einen anderen Nachweis eröffnen.
- Für den Fall der Vergabe an einen Generalunternehmer oder -übernehmer sollte der Auftraggeber die bestehenden Spielräume ausschöpfen, dem Hauptauftragnehmer eine mittelstandsfreundliche Subvergabe aufzuerlegen.

d) Wahl von Vergabeverfahren mit geringerer Publizität bei der Auflegung von ÖPP

Bei der Auswahl des Vergabeverfahrens für die Auflegung eines ÖPP-Projekts wird in der Praxis meist ein Verfahren einer geringeren Publizitätsstufe präferiert, weil diese Verfahrensarten größere Flexibilitätsspielräume eröffnen. Allerdings liegen die Voraussetzungen der in der Praxis hierfür in Anspruch genommenen Ausnahmetatbestände bei näherer Prüfung nur selten vor.

2. Haushaltsrechtliche Fragen

Hinsichtlich der haushaltsrechtlichen Probleme von ÖPP-Modellen ist zum einen von Bedeutung, dass dem Jährlichkeitsprinzip bzw. dem Prinzip der Periodizität eine wesentliche Bedeutung dafür zukommt, dass das Parlament seine Budgetprärogative effektiv durchzusetzen vermag. Die kurzrhythmische Neuentscheidung des Parlaments über den Haushaltsplan ermöglicht dem unmittelbar legitimierten Verfassungsorgan eine Neujustierung von grundlegenden Entscheidungen und eine Beeinflussung der Regierungspolitik. Durch die langfristige Bindung der Haushalte in Form von Verpflichtungsermächtigungen werden künftige Parlamente in einer Weise in ihren Gestaltungsmöglichkeiten eingeschränkt, die der im Jährlichkeitsprinzip zum Ausdruck kom-

menden Offenhaltung von Optionen widerspricht. Für die für die Form der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zu treffende Entscheidung zwischen ÖPP und dem Rückgriff auf traditionelle Beschaffungsmechanismen bedeutet dies, dass zusätzlich zur durchzuführenden Wirtschaftlichkeitsuntersuchung auch zu würdigen ist, ob die für die ÖPP-Lösung prognostizierten Wirtschaftlichkeitsvorteile so groß sind, dass sie eine Bindung der Entscheidungsspielräume zukünftiger Haushaltsgesetzgeber zu rechtfertigen vermögen.

Zum anderen sind für die haushaltsrechtliche Bewertung der Verfolgung von ÖPP-Lösungen die zentralen haushaltsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Dabei sind folgende Gesichtspunkte von besonderer Bedeutung:

- Wird im Rahmen der Verfolgung einer ÖPP-Lösung ein privates Unternehmen mit der Erbringung verschiedener Leistungen beauftragt, zu deren Erfüllung er Subunternehmer heranzieht, so besteht die Gefahr, dass der Hauptauftragnehmer seine Gewinnmarge dadurch zu optimieren versucht, dass er die seinen Subauftragnehmern gezahlten Vergütungen minimiert. In diesem Fall besteht die Gefahr, dass als Subauftragnehmer entweder Betriebe auftreten, die nicht die erforderlichen fachlichen Qualifikationen für die durchzuführenden Arbeiten mitbringen oder der Subauftrag wegen der geringen Vergütung gegenüber anderen Verpflichtungen des Subauftragnehmers vernachlässigt wird oder eine ordnungsgemäße Leistungserbringung zu der gezahlten Vergütung schlechterdings nicht möglich ist. Die drohende Konsequenz ist jeweils die gleiche, nämlich eine den gestellten Anforderungen nicht genügende Ausführung der von dem öffentlichen Auftraggeber beauftragten Leistungen. Dieses Risiko bildet sich in zwei zu berücksichtigenden Gesichtspunkten ab: der minderen Qualität der erhaltenen Leistung und den für eine Herstellung der benötigten Leistung von der öffentlichen Hand ggf. aufzuwendenden Zusatzkosten. Dieses Risiko ist bei der Bewertung der Wirtschaftlichkeit von ÖPP-Lösungen zu berücksichtigen und im Vergabeverfahren etwa durch die Forderung entsprechender Eignungsnachweise der Nachunternehmer und die Einrichtung eines Qualitätssicherungssystems abzubilden.
- Zu den für die Bewertung der Wirtschaftlichkeit zu berücksichtigenden Kosten müssen nicht nur die für die Leistungserbringung zu entrichtenden Zahlungen der öffentlichen Hand, sondern auch alle im Zusammenhang mit dem Projekt entstehenden Transaktionskosten wie Kosten für die Erstellung der Vergabeunterlagen, die Vorbereitung der Vertragsunterlagen, die Durchführung des komplexen Vergabeverfahrens oder die Kosten für das Vertragscontrolling berücksichtigt werden. Dies ist von beträchtlicher Relevanz, weil die Transaktionskosten bei den im Verhältnis zur konventionellen Beschaffung deutlich komplexeren ÖPP-Projekten in der Regel über denen einer anderen Beschaf-

fungsvariante liegen. In Anbetracht dieser Selbstverständlichkeit erstaunlich ist, dass in der Praxis offenbar von Beratern durchgeführte Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durch den öffentlichen Auftraggeber akzeptiert worden sind, obwohl die Transaktionskosten nicht berücksichtigt worden waren.

Als drittes Problemfeld zu nennen ist der Wirtschaftlichkeitsvergleich mit der konventionellen Beschaffungsvariante als zentrale Stellgröße, an der sich die Zulässigkeit der Weiterverfolgbarkeit eines ÖPP-Ansatzes entscheidet. Die Berichte verschiedener Rechnungshöfe, aus denen sich die unzureichende Belastbarkeit von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen in diversen ÖPP-Projekten ergibt, sowie der Hinweis der öffentlichen Betriebswirtschaftslehre auf die Manipulationsspielräume bei Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen können in Anbetracht der zentralen Stellung der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung in ÖPP-Prozessen nicht ohne rechtliche Auswirkungen bleiben. Wird eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung vor der Auflegung einer ÖPP nicht oder methodisch unzureichend durchgeführt, so kann dieser Verstoß gegen das Haushaltsrecht Konsequenzen für den Bestand der geschlossenen ÖPP-Verträge zeitigen und amtschaftungsrechtliche Folgen auslösen.

Während des Vergabeverfahrens ist der Wirtschaftlichkeitsvergleich kontinuierlich anzupassen. Stellt sich nach Eingang der Angebote auf eine ÖPP-Ausschreibung heraus, dass sich die ÖPP-Variante anders als zunächst prognostiziert doch nicht als die wirtschaftlichere erweist, so liegt insbesondere dann, wenn die Ausschreibung als Gesamtvergabe auf wirtschaftliche Gründe gestützt war, eine Ermessensreduzierung in Richtung auf eine Aufhebung der Ausschreibung nahe.

Darüber hinaus muss der Auftraggeber den bietenden Unternehmen abfordern, ihre Gewinnkalkulation offenzulegen. Nur auf diese Weise ist dem Auftraggeber vor dem Zuschlag die Überprüfung möglich, ob seine Berechnung der zulässigen Laufzeit der ausgeschriebenen ÖPP-Lösung den EU-rechtlichen Anforderungen genügt.

3. Zulässigkeit von funktionalen Privatisierungen und Folgen für die Rolle der Verwaltung

Die Entscheidung für ÖPP als Modus für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben bedarf nicht nur im Bereich der Eingriffs-, sondern auch dem der Leistungsverwaltung einer besonderen gesetzlichen Grundlage, wenn es sich dabei um eine wesentliche Entscheidung handelt. Dies ist im Einzelfall anhand der jeweiligen Aufgabe zu beurteilen. Aufgaben, die dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG unterfallen, dürfen nur dann formell privatisiert werden, wenn dies durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist. Der Gesichtspunkt, dass durch die Aufgabenerledigung in Form einer ÖPP eine Einsparung öffentlicher Haushaltsmittel erreicht werden kann, genügt als alleiniger Grund für die Privatisierung diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht.

Der Umstand, dass sich die bei der Eingehung einer ÖPP prognostizierten Einsparungen für die öffentliche Hand nicht selten nicht werden realisieren lassen, ist nicht allein von haushaltsrechtlicher Bedeutung. Es ist nicht jedenfalls auszuschließen, dass die zur Entscheidung über die Auflegung einer ÖPP Berufenen seinerzeit anders entschieden hätten, wenn ihnen die Unsicherheit der Einsparungsprognosen bzw. Kostenstabilitätsannahmen deutlich gewesen wäre. Das Vertrauen auf in der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung formulierte Annahmen führt nicht selten dazu, dass eine nähere Befassung mit den Effizienz- und Effektivitätsreserven einer Optimierung der Aufgabenerfüllung durch die Verwaltung selbst unterbleibt. ÖPP-Prozesse setzen keine Anreize für solche Überlegungen. Eine Berücksichtigung von Wirtschaftlichkeitsreserven der öffentlichen Verwaltung erfolgt im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsvergleichs nicht. In der Konsequenz heißt dies, dass je schlechter die tatsächlich vorhandene Verwaltungsorganisation ist, desto eher geht der Wirtschaftlichkeitsvergleich zugunsten der Aufgabenerfüllung in ÖPP aus. Müssten hingegen noch die Optimierungspotenziale bei einer Eigenerfüllung berücksichtigt werden, so hätte ÖPP wohl seltener eine Chance. Unter der für die Entfaltung von Gewährleistungsstaatlichkeit notwendigen Langfristperspektive werden insoweit die falschen Anreize gesetzt.

Ebenso fehlt das Bewusstsein dafür, dass eine Etablierung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben in ÖPP-Modellen als Routine zu einem Wandel der Bedeutung der staatlichen Verwaltung führt. Eine Verwaltung, die eine Aufgabe nach Ablauf einer ÖPP nicht wieder reetatisiert oder rekommunalisiert, sondern wiederum als ÖPP vergibt, wird vor dem Hintergrund enger finanzieller Spielräume nicht in der Lage sein, zusätzlich zu dem, für die im Zuge einer ÖPP zu erfüllenden konzeptionellen und Überwachungsaufgaben benötigten, Personal reserveweise auch den vollständigen für eine Eigenerfüllungsvariante erforderlichen Personalbestand vorzuhalten. Es besteht zumindest die Gefahr, dass die Implementation von ÖPP-Ansätzen nicht zu einem Lernen der Verwaltung von der privatwirtschaftlichen Rationalität der Projektrealisierung, sondern zu einem Verlust eigener Kompetenzen zur Erledigung öffentlicher Aufgaben führt.

Berücksichtigt man, dass Public Private Partnerships in der Regel auf einen längeren Zeitraum, teilweise auf 25 Jahre oder mehr, geschlossen werden, so kann dies – je nach Bereich – zu einem langfristigen Steuerungsverlust für staatliche Instanzen und zu einem Unterliegen zukünftiger Gemeinwohlgesichtspunkte führen. Die privatrechtliche Regelung von ÖPP schafft ein Regime von Sonderordnungen, das langfristig angelegt ist und eine beträchtliche Immunität gegenüber der nachträglichen Implementation von Gemeinwohlzielen aufweist. Werden ÖPP als Instrument zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben gegenüber dem Bürger eingesetzt, so schiebt sich die genannte Sonderordnung bereichsspezifisch zwischen die bis dahin unmittelbare Beziehung zwischen Bürger und Staat. Dieses Verhältnis wird in der Weise mediatisiert, dass der Private die Leistungen gegenüber dem Bürger erbringt und dessen Vertrags- und Haftungspartner ist. In der Konsequenz kann sich der Staat nicht auf das Vertragscontrol-

ling und insbesondere die Kontrolle der Einhaltung vereinbarter Standards beschränken, sondern muss permanent darauf bedacht sein, außervertragliche Gemeinwohlziele verfolgen und die Mediatisierung der Staat-Bürger-Beziehung überbrücken zu können. Dies ist aus der Perspektive der politischen Entscheider schon deshalb erforderlich, um in den Augen der Bürger politisch handlungsfähig zu bleiben. Instrumentell lassen sich diese Anforderungen beherrschen, jedoch führen sie zu Transaktionskosten, die bei der Bewertung der Vorteilhaftigkeit von ÖPP berücksichtigt werden müssen.

4. Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes

Von beträchtlicher Bedeutung für die Kalkulationssicherheit von Handwerksbetrieben und damit auch ihre Bereitschaft, sich in als ÖPP gestalteten Prozessen zu engagieren, ist das Bestehen einer gewissen Stabilität der Verhältnisse. Kleinere Betriebe können in der Regel Änderungen während eines laufenden Projekts weniger gut abbilden als größere Unternehmen.

a) Änderungen des Vergaberechts

Ihre zeitliche Streckung stellt Beschaffungsvorgänge nicht selten vor das Problem der Bedeutung von Rechtsänderungen, die zwischen Einleitung des Beschaffungsvorgangs und vollständiger Leistungserbringung eintreten. Für die Beantwortung der Frage, welche Auswirkungen Änderungen des EU-Rechts auf Beschaffungsvorgänge haben, ist zwischen verschiedenen Konstellationen zu unterscheiden:

- Tritt während eines begonnenen, aber noch nicht abgeschlossenen Vergabeverfahrens eine Rechtsänderung ein, die zu einer anderen vergaberechtlichen Behandlung im weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens führen würde, so ist das neue Recht auf alle ab dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens vorgenommenen Verfahrenshandlungen anwendbar.
- Erfolgt während der Laufzeit des Vertrages eine Änderung des Vergaberechts, die zu einer geänderten vergaberechtlichen Behandlung führen würde, so ist zur Bestimmung des anzuwendenden rechtlichen Regimes aus Gründen der Rechtssicherheit grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Auftragsvergabe abzustellen.
- Ist der vergebene Auftrag bereits vollständig abgewickelt worden, so entfalten spätere Änderungen der vergaberechtlichen Vorschriften keine Wirkung.

b) Subventionsrückforderung

Für die Ermittlung des Bestehens von Vertrauensschutz gegenüber der Rückforderung einer gewährten Subvention ist zu beachten, dass es sich bei den vorliegend relevanten Subventionen nahezu ausnahmslos um eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV handeln wird. Die Rückforderung einer eine Beihilfe darstellenden Subvention richtet sich zwar nach nationalem Recht, das jedoch durch die EU-rechtlichen Vorgaben überlagert wird.

Die Aufhebung des Subventionsbescheids richtet sich – vorbehaltlich spezialgesetzlicher Regelungen – nach den §§ 48 ff. VwVfG. Für das Subventionsrecht wird häufig § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG relevant sein. Nach der ersten Fallgruppe dieser Norm ist das Vertrauen des Begünstigten regelmäßig schutzwürdig, wenn er die ihm durch den Verwaltungsakt gewährte Leistung verbraucht hat. Für die Feststellung, ob ein solcher Verbrauch vorliegt, ist ein saldenmäßiger Vergleich des Aktiv- und des Passivvermögens anzustellen. Dabei kann sich der Empfänger einer Leistung auf den Wegfall der Bereicherung berufen, wenn der Betrag für eine verhältnismäßig geringfügige Verbesserung der Lebensführung ausgegeben wurde, nicht aber, wenn er mit dem Erlangten wertmäßig noch im Vermögen befindliche Anschaffungen getätigt oder den Betrag ganz oder teilweise zur Schuldentilgung verwendet hat. Dies ist beispielsweise von Bedeutung, wenn ein Handwerksbetrieb die Subvention für Investitionen in die technische Ausstattung verwendet hat.

Für den Widerruf eines rechtmäßigen (oder rechtswidrig gewordenen) Subventionsbescheids ist zwischen einem Widerruf mit Wirkung für die Vergangenheit und einem solchen auch mit Wirkung für die Zukunft zu unterscheiden. Liegen die Voraussetzungen für einen Widerruf auch mit Wirkung ex tunc nach § 49 Abs. 3 VwVfG nicht vor, so wird ein Rückgriff auf die Möglichkeit eines Widerrufs mit Wirkung ex nunc nach § 49 Abs. 2 VwVfG dadurch nicht gesperrt. Über den Wortlaut des § 49 Abs. 3 VwVfG hinaus ist erforderlich, dass die Bestimmung des Subventionszwecks in dem Subventionsbescheid selbst erfolgen muss. Eine Inbezugnahme der einschlägigen Subventionsrichtlinien oder eventueller Ausführungen im Haushaltsplan reicht nicht aus. Ebenso wenig genügt ein Verstoß gegen das dem Zuwendungsbescheid zugrunde liegende Gesetz, um eine Widerrufsmöglichkeit nach § 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 VwVfG zu eröffnen. Sind diese Voraussetzungen erfüllt und liegt darüber hinaus einer der Widerrufsründe des § 49 Abs. 3 VwVfG vor, so steht die Entscheidung, den Subventionsbescheid mit Wirkung für die Vergangenheit zu widerrufen, im Ermessen der Behörde. Dabei kommt den haushaltsrechtlichen Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit für den Widerruf von Subventionsbescheiden wegen Zweckverfehlung allerdings eine ermessenslenkende Bedeutung zu, so dass in der Regel nur der Widerruf als ermessensfehlerfrei anzusehen ist. Die genannten Grundsätze überwiegen im Allgemeinen das Interesse des Subventionsempfängers, die Subvention behalten zu dürfen, und verbieten einen großzügigen Verzicht auf den Widerruf von Subventionsbescheiden.

Für die Grundkonstellation der einstufigen Subventionsgewährung durch Verwaltungsakt richtet sich die Rückforderung der Subvention nach § 49a VwVfG. Der Behörde ist hinsichtlich der Entscheidung über die Rückforderung erbrachter Leistungen kein Ermessen eingeräumt. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die haushaltsrechtlich gestatteten Maßnahmen der Stundung, Niederschlagung oder des Erlasses (§§ 31 Abs. 2 HGrG, 59 Abs. 1 BHO) damit ausgeschlossen wären.

Handelt es sich bei der Subvention um eine materiell rechtswidrige Beihilfe im Sinne von Art. 107 AEUV, so wird das dargestellte Rückabwicklungsregime der §§ 48 ff. VwVfG durch EU-rechtliche Grundsätze überlagert. Ein Vertrauensschutz für das Unternehmen, das von der Beihilfe begünstigt wird, ist bei Nichtbeachtung der Verfahrensvorgaben des Art. 108 AEUV nahezu ausgeschlossen. Die Nichtbeachtung der Notifizierungspflicht des Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV zeitigt die Konsequenz, dass ein berechtigtes Vertrauen des Empfängers in die Ordnungsgemäßheit ihrer Gewährung nicht entstanden sein kann. Von einem sorgfältigen Gewerbetreibenden kann regelmäßig erwartet werden, dass er sich über die Einhaltung des Verfahrens vergewissert. Erkundigungen bei den mitgliedstaatlichen Behörden dürften insoweit nicht ausreichen, da hierdurch die Gefahr eines kollusiven Zusammenwirkens zwischen Beihilfenempfänger und Mitgliedstaat nicht ausgeschlossen werden kann. Im Zweifelsfall muss sich der Beihilfenempfänger bei der Kommission erkundigen. Der Umstand, dass eine Rückforderung der Beihilfe zu einem finanziellen Zusammenbruch der begünstigten Unternehmen und in Folge dessen zu einer schweren Krise im sozialen Bereich führen könnte, stellt aus EU-rechtlicher Perspektive eine unbeachtliche interne Schwierigkeit dar.

5. Ausblick: Vom verantwortungsvollen Umgang mit dem Instrument ÖPP

Zieht man Bilanz, so wird deutlich, dass ÖPP durchaus als Versuch verstanden werden kann, in einer bestimmten historischen Situation bestimmten haushälterischen Bedrängnissen zu entfliehen. Ob das Instrument ÖPP mit seiner langfristigen und wegen der teilweise immensen Nachträge auch in der Höhe nicht sicher zu kalkulierenden Belastung der öffentlichen Haushalte in einer auch durch die Einführung von haushaltsrechtlichen Schuldenbremsen geprägten gewandelten Umwelt eine Zukunft haben wird, wird sich zeigen.

Bei präziser Analyse dürften die bei der Auflegung von ÖPP-Projekten einzuhaltenden rechtlichen Spielräume geringer sein als oftmals angenommen. Die aus verschiedenen Regelungskontexten an die öffentliche Hand bei der Eingehung von ÖPP gestellten Prüfungs- und Begründungsanforderungen sind beträchtlich und führen zu weiteren Transaktionskosten. Zwar ist nicht zu verkennen, dass der Gesetzgeber durchaus widersprüchliche Signale aussendet, wenn er einerseits das Handwerk als Kern des deutschen Mittelstandes schützen und andererseits ÖPP erleichtern will. Doch sind beide Ansätze gleichermaßen geltendes Recht. Stehen die mittelstandsschützenden Regelungen der Verfolgung einer ÖPP-Lösung entgegen, so ist das zu akzeptieren.

Schließlich bedarf es endlich einer Selbstvergewisserung der staatlichen und kommunalen Verantwortungsträger über das Verhältnis von Staat und Bürgern in der Zukunft und der Entwicklung eines entsprechenden Leitbilds. Die kurzatmige Zurückdrängung staatlicher Eigenaufgabenerfüllung zur Stopfung akuter Haushaltslöcher genügt diesen Anforderungen nicht.

Literaturverzeichnis

Abegg, Andreas, Die Bewertung von Kooperationen zwischen Staat und Privaten in der staatstheoretischen Diskussion der Schweiz, in: Ziekow (Hrsg.), Wandel der Staatlichkeit und wieder zurück? Die Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in/nach der Weltwirtschaftskrise, 2011, S. 177 ff.

Antweiler, Clemens, Die Berücksichtigung von Mittelstandsinteressen im Vergabeverfahren, VergabeR 2006, S. 637 ff.

Benz, Arthur, (Hrsg.), Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen, 2004

Berger, Ariane, Staatseigenschaft gemischtwirtschaftlicher Unternehmen, 2006

Boesen, Arnold, Getrennt oder zusammen? - Losaufteilung und Gesamtvergabe nach der Reform des GWB in der Rechtsprechung, VergabeR 2011, S. 364 ff.

Braun, Christian, Ausschreibungspflichtigkeit des Verkaufs von Gesellschaftsanteilen, VergabeR 2006, S. 657 ff.

Burgi, Martin, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999

Burgi, Martin, Vergabefremde Zwecke und Verfassungsrecht, NZBau 2001, S. 64 ff.

Burgi, Martin, Mittelstandsfreundliche Vergabe - Möglichkeiten und Grenzen, NZBau 2006, S. 606 ff., 693 ff.

Burgi, Martin, Nachunternehmerschaft und wettbewerbliche Untervergabe, NZBau 2010, S. 593 ff.

Byok, Jan/Jaeger, Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 3. Aufl. 2011

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011

Christen, Jörg, Einführung, in: Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung/Deutscher Sparkassen- und Giroverband (Hrsg.), PPP-Handbuch. Leitfaden für Öffentlich-Private-Partnerschaften, 2008, S. 7 ff.

Deling, Jasmin, Kriterien der "Binnenmarktrelevanz" und ihre Konsequenzen unterhalb der Schwellenwerte, NZBau 2011, S. 725 ff.

Deutsches Institut für Urbanistik (DIFU), PPP und Mittelstand. Untersuchung von 30 ausgewählten PPP-Hochbauprojekten in Deutschland, 2008

Diederichs, Claus Jürgen, Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten, NZBau 2009, S. 547 ff.

Dörr, Oliver, Das deutsche Vergaberecht unter dem Einfluß von Art. 19 Abs. 4 GG, DÖV 2001, S. 1014 ff.

Dreher, Meinrad, Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht: Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, In-house-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater, NZBau 2002, S. 245 ff.

Dreher, Meinrad, Die Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NZBau 2005, S. 427 ff.

Durner, Wolfgang, Rechtsfragen der Privatisierung in der Bundeswehrverwaltung unter besonderer Berücksichtigung der Vorgaben des Art. 87b GG, VerwArch 96 (2005), S. 18 ff.

Faßbender, Kurt, Die neuen Regelungen für eine mittelstandsgerechte Auftragsvergabe, NZBau 2010, S. 529 ff.

Franzius, Claudio, Governance und Regelungsstrukturen, VerwArch 97 (2006), S. 186 ff.

Frenz, Walter, Grundrechte und Vergaberecht, EuZW 2006, S. 748 ff.

Frenz, Walter, Die Berücksichtigung mittelständischer Interessen nach § 97 Abs. 3 GWB und Europarecht, GewArch 2011, S. 97 ff.

Friauf, Karl-Heinrich/Höfling, Wolfram (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattausgabe

Gerstlberger, Wolfgang/Schneider, Karsten, Öffentlich Private Partnerschaften. Zwischenbilanz, empirische Befunde und Ausblick, 2008

Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin, Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt

Gramm, Christof, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001

Gröpl, Christoph (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landshaushaltsordnung. Staatliches Haushaltsrecht, 2011

Hausmann, Fiedrich Ludwig/Mutscher-Siebert, Annette, Vergaberecht, in: Weber/Schäfer/Hausmann (Hrsg.), Praxishandbuch Public Private Partnership, 2006, S. 235 ff.

Heidenhain, Martin (Hrsg.), Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, 2003

Höfler, Heiko, Transparenz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NZBau 2010, S. 73 ff.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit, in: Kirchhof/Lehner/Raupach/Rodi (Hrsg.), Staat und Steuern. FS für Klausur Vogel zum 70. Geb., 2000, S. 47 ff.

Hoppenberg, Michael/Dinkhoff, Marc/Schäller, Sebastian, Vertragsgestaltung, in: Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung/Deutscher Sparkassen- und Giroverband (Hrsg.), PPP-Handbuch. Leitfaden für Öffentlich-Private-Partnerschaften, 2008, S. 53 ff.

Horn, Hendrik/Peters, Andrea, Vertragsgestaltung bei Public Private Partnership (PPP)-Projekten, BB 2005, S. 2421 f.

Horn, Lutz, Losweise Vergabe - neue Spielregeln auch für die Gesamtvergabe?, NZBau 2011, S. 601 ff.

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 4. Aufl. 2007

Kämmerer, Jörn Axel, Privatisierung: Typologie – Determinanten – Rechtspraxis – Folgen, 2001

Kahl, Wolfgang, Privatrechtliches Handeln und Verwaltungsverfahrensgesetz am Beispiel des Vergaberechts, in: Aschke/Hase/Schmidt-De Caluwe (Hrsg.), Selbstbestimmung und Gemeinwohl, Festschrift für Professor Dr. Friedrich von Zezschwitz, 2005, S. 151 ff.

Kaltenborn, Markus, Mittelstandsförderung im Konflikt mit europäischem Vergaberecht?, GewArch 2006, S. 321 ff.

Kamino, Kenji, Partnership Actors and Legal Changes in the State and Society, in: Ziekow (Hrsg.), Wandel der Staatlichkeit und wieder zurück? Die Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in/nach der Weltwirtschaftskrise, 2011, S. 9 ff.

Kapellmann, Klaus/Messerschmidt, Burkhard (Hrsg.), VOB Teile A und B, 2. Aufl. 2007

Kempen, Bernhard, Grundrechtsverpflichtete, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, 2006, § 54

Kiethe, Kurt, Gesellschaftsrechtliche Spannungslagen bei Public Private Partnerships, NZG 2006, S. 45 ff.

Knack, Hans Joachim (Begr.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl. 2004

Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich, Verwaltungsverfahrensgesetz, 11. Aufl. 2010

Krasemann, Detlef, Public Private Partnership. Rechtliche Determinanten der Auswahl und Konkretisierung von Projekten als Public Private Partnership, 2008

Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/Portz, Norbert (Hrsg.) Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2. Aufl. 2009

Kulartz, Hans-Peter/Marx, Fridhelm/Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur VOB/A, 2010

Kulartz, Hans-Peter/Marx, Fridhelm/Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur VOL/A, 2. Aufl. 2011

Kunig, Philip, Rechtsstaatliches Rückwirkungsverbot, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. III, Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, 2009, § 69

Leinemann, Ralf, Das neue Vergaberecht, 2010

Maunz, Theodor/Dürig, Günter, Grundgesetz, Loseblattausgabe

Merten, Detlef, Die Grundrechtsbindung der Verwaltung bei Handeln in Privatrechtsform, in: Sommermann (Hrsg.), Aktuelle Fragen zu Verfassung und Verwaltung im Europäischen Mehrebenensystem, 2003, S. 1 ff.

Michallik, Florian, Problemfelder bei der Berücksichtigung mittelständischer Interessen im Vergaberecht, VergabeR 2011, S. 683

Mirow, Thomas, Public Private Partnership – eine notwendige Strategie zur Entlastung des Staates, in: Budäus/Eichhorn (Hrsg.), Public Private Partnership, 1997, S. 13 ff.

Mösinger, Thomas, Mittelstandsgerechte Gestaltung von PPP-Projekten, IR 2009, S. 290 ff.

Mühlenkamp, Holger, Public Private Partnership ökonomisch analysiert. Eine Abhandlung aus der Sicht der Transaktionskostenökonomik und der Neuen Politischen Ökonomie, 2004

Mühlenkamp, Holger, Ökonomische Analyse von Public Private Partnerships (PPP) - PPP als Instrument zur Steigerung der Effizienz der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben oder als Weg zur Umgehung von Budgetbeschränkungen?, in: Ziekow (Hrsg.), Wandel der Staatlichkeit und wieder zurück? Die Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in/nach der Weltwirtschaftskrise, 2011, S. 67

Müller-Wrede, Malte, Örtliche Präsenz, Ortsnähe und Ortsansässigkeit als Wertungskriterien - eine Verletzung des Diskriminierungsverbots?, VergabeR 2005, S. 32 ff.

Müller-Wrede, Malte (Hrsg.), VOL/A, 2. Aufl. 2007

Naschold, Frieder, Public Private Partnership in den internationalen Modernisierungsstrategien des Staates, in: Budäus/Eichhorn (Hrsg.), Public Private Partnership, 1997, S. 67 ff.

Öffentlich-private Partnerschaften - Initiative NRW, Kleine ÖPP-Projekte, 2008

Ortner, Roderic, Das Gebot der Berücksichtigung mittelständischer Interessen im Vergaberecht, VergabeR 2011, S. 677 ff.

Otting, Olaf/Tresselt, Wiland, Grenzen der Loslimitierung, VergabeR 2009, S. 585 ff.

Partnerschaften Deutschland, ÖPP und Mittelstand. Praxisbeispiele und Handlungsempfehlungen für die Umsetzung von kleineren und mittleren ÖPP-Projekten, 2011

PriceWaterhouseCoopers u. a., PPP im öffentlichen Hochbau, 2003

Public Private Partnership-Initiative NRW, Public Private Partnership - Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei PPP-Projekten, 2007

Public Private Partnership zur Realisierung öffentlicher Baumaßnahmen in Bayern, Teil 1, Grundlagen, 2005

Public Private Partnership zur Realisierung öffentlicher Baumaßnahmen in Bayern, Teil 2, Rechtliche Rahmenbedingungen und Finanzierung, 2006

Public Private Partnership zur Realisierung öffentlicher Baumaßnahmen in Bayern - Kleine mittelstandsfreundliche PPP-Projekte, 2007

Pünder, Hermann, Zu den Vorgaben des grundgesetzlichen Gleichheitssatzes für die Vergabe öffentlicher Aufträge, VerwArch 95 (2004), S. 38 ff.

Reidt, Olaf/Stickler, Thomas/Glahs, Heike (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2011

Reimer, Franz, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2006, § 9

Roggencamp, Sibylle, Public Private Partnership – Entstehung und Funktionsweise kooperativer Arrangements zwischen öffentlichem Sektor und Privatwirtschaft, 1999

Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl. 2009

Scharen, Uwe, Vertragslaufzeit und Vertragsverlängerung als vergaberechtliche Herausforderung?, NZBau 2009, S. 679 ff.

Schede, Christian/Pohlmann, Markus, Vertragsrechtliche Grundlagen, in: Weber/Schäfer/Hausmann (Hrsg.), Praxishandbuch Public Private Partnership, 2006, S. 102 ff.

Schempp, Andreas Conrad, Erfolgsfaktoren von PPP-Projekten aus Sicht des Handwerks, 2010

Schily, Konrad, Vom entmündigten zum be-mündigten Bürger, in: Späth/Michels/Schily (Hrsg.), Das PPP-Prinzip, 1998, S. 35 ff.

Schoch, Friedrich, Public Private Partnership, in: Erichsen (Hrsg.), Kommunale Verwaltung im Wandel, 1999, S. 101 ff.

Schönrock, Sabrina, Beamtenüberleitung anlässlich der Privatisierung öffentlicher Unternehmen, 2000

Schuppert, Gunnar Folke, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: Zum Denken in Verantwortungsstufen, Die Verwaltung 31 (1998), S. 415 ff.

Schuppert, Gunnar Folke, Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts, 2001

Schuppert, Gunnar Folke, (Hrsg.), Governance-Forschung, 2005

Schuppert, Gunnar Folke, Was ist und wozu Governance?, Die Verwaltung 40 (2007), S. 463 ff.

Schuppert, Gunnar Folke, Die Rolle des Gesetzes in der Governancetheorie, in: Trute/Groß/ Röhl/Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht - zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 161 ff.

Seckelmann, Margrit, Good Governance – Importe und Re-Importe, in: Duss/Linder u. a. (Hrsg.), Rechtstransfer in der Geschichte, 2006, S. 108 ff.

Seckelmann, Margrit, Keine Alternative zur Staatlichkeit – Zum Konzept der Global Governance, VerwArch 98 (2007), S. 30 ff.

Sedjari, Ali, Public-private partnerships as a tool for modernizing public administration, International Review of Administrative Sciences 70 (2004), S. 291 ff.

Sellmann, Christian, Privatisierung mit oder ohne gesetzliche Ermächtigung, NVwZ 2008, S. 817 ff.

Shirvani, Foroud, Vergaberechtliche Relevanz von Öffentlich-Privaten Partnerschaften nach der "presstext Nachrichtenagentur"-Entscheidung des EuGH, VergabeR 2010, S. 21 ff.

Siegel, Thorsten, Effektiver Rechtsschutz und der Vorrang des Primärrechtsschutzes, DÖV 2007, S. 237 ff.

Siegel, Thorsten, Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund, 2009

Staender, Klaus, Lexikon der öffentlichen Finanzwirtschaft, 6. Aufl. 2004

Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl. 2008

Streinz, Rudolf (Hrsg.), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003

Suerbaum, Joachim, Widerruf und Erstattung bei Geld- und Sachleistungsverwaltungsakten nach der Novellierung des Verwaltungsverfahrenrechts, VerwArch 90 (1999), S. 361 ff.

Trute, Hans-Heinrich, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und »schlankem« Staat*, 1999, S. 13 ff.

Trute, Hans-Heinrich/ Denkhaus, Wolfgang/Kühlers, Doris, *Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft, Die Verwaltung 2004*, S. 451 ff.

Viethen, Alexander, *Der Wirtschaftlichkeitsnachweis als entscheidungssteuernde Komponente bei PPP-Projekten: Strukturelle und rechtliche Anforderungen und Konsequenzen*, 2008

Voßkuhle, Andreas, *Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003)*, S. 266 ff.

Vygen, Klaus/Kratzenberg, Rüdiger (Hrsg.), *VOB Teile A und B*, 17. Aufl. 2010

Wagner-Cardenal, Kersten/Scharf, Jan/Polster, Julian, *Rechtliche Handlungsmöglichkeiten bei der Berücksichtigung mittelständischer Interessen im Rahmen der Vergabe von PPP-Projekten, Rechtsgutachten*, 2007

Weber, Martin, *Die Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei PPP-Projekten*, in: Budäus (Hrsg.), *Kooperationsformen zwischen Staat und Markt*, 2006, S. 139 ff.

Weber, Martin/Moß, Oliver/Parzych, Andreas, *Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen als Erkenntnis- und Entscheidungsprozess*, in: Weber/Schäfer/Hausmann (Hrsg.), *Praxishandbuch Public Private Partnership*, 2006, S. 499 ff.

Werner, Michael, *Die Verschärfung der Mittelstandsklausel, VergabeR 2009*, S. 262 ff.

Werner, Michael, *Die neue VOB/A aus Sicht der Bauindustrie, VergabeR 2010*, S. 328 ff.

Wieland, Joachim, *Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, NdsVBl. 2009*, S. 33 ff.

Wirtschaftsministerium Baden-Württemberg, *Eppelheim macht Schule. Erfolgreiche Umsetzung Öffentlich-Privater-Partnerschaften (ÖPP) am Beispiel von Schulen und Sporthallen in Eppelheim*, 2011

Ziekow, Jan, *Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz*, in: *Verwaltungskooperationsrecht (Public Private Partnership)*, hrsg. v. Bundesministerium des Innern, 2001, Teil II

Ziekow, Jan, *Institutionen unter Konkurrenzdruck: Das Beispiel des öffentlich-rechtlichen Vertrages*, in: Benz/Siedentopf/Sommermann (Hrsg.), *Institutionenwandel in Regierung und Verwaltung. FS für Klaus König zum 70. Geb.*, 2004, S. 303 ff.

Ziekow, Jan, Ausschreibungspflicht bei Auftragnehmerwechsel, VergabeR 2004, S. 430 ff.

Ziekow, Jan, Public Private Partnership – auf dem Weg zur Formierung einer intermediären Innovationsebene?, in: Verwaltungsarchiv 97 (2006), S. 626 ff.

Ziekow, Jan, Möglichkeiten zur Verbesserung der Standortbedingungen für kleinere und mittlere Unternehmen durch Einführung von Genehmigungsfiktionen, 2008

Ziekow, Jan, Die Konkretisierung des Gemeinwohls durch Staat und Private (japanisch), in: Handai Hogaku, Osaka Law Review, 59-1 (2009), S. 183 ff.

Ziekow, Jan, Gewährleistungsstaatliches Denken als Grundlage von Public Private Partnership? (japanisch), in: Kaihatsu Ronsyu, 83-3 (2009), S. 223 ff.

Ziekow, Jan, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2010

Ziekow, Jan, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2010

Ziekow, Jan, Wandel der Staatlichkeit und wieder zurück? PPP im Kontext der deutschen Diskussion um die Rolle des Staates, in: Ziekow (Hrsg.), Wandel der Staatlichkeit und wieder zurück? Die Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in/nach der Weltwirtschaftskrise, 2011, S. 43 ff.

Ziekow, Jan, Collaborative Governance - deutsch gewendet: kooperierender, kollaborierender oder kollabierender Staat?, in: Kühling (Hrsg.), Kooperation im Öffentlichen Immobilien- und Infrastrukturrecht, 2011, S. 1 ff.

Ziekow, Jan/Siegel, Thorsten, Das Vergabeverfahren als Verwaltungsverfahren, ZfBR 2004, S. 30 ff.

Ziekow, Jan/Völlink, Uwe-Carsten (Hrsg.), Vergaberecht, 2011

Ziekow, Jan/Windoffer, Alexander, Public Private Partnership. Struktur und Erfolgsbedingungen von Kooperationsarenen, 2008