



# PROZESSLEITFADEN PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP

EINE PUBLIKATION AUS DER REIHE PPP FÜR DIE PRAXIS



HERAUSGEBER:

Bertelsmann Stiftung  
Clifford Chance Pünder  
Initiative D21

## Initiative D21

### Mitglieder der Projektgruppe PPP

Name, Vorname

Institution

Baumeyer, Dr. Thomas  
Brohl-Sowa, Ursula  
Christen, Dr. Jörg  
Engel, Dr. Andreas  
Gasteyer, Dr. Thomas

Serco GmbH & Co. KG  
Innenministerium des Landes Nordrhein-Westfalen (NRW)  
Finanzministerium Rheinland-Pfalz  
Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände/ Stadt Köln  
Rechtsanwälte Clifford Chance Pünder, Frankfurt am Main  
seit Februar 2003 Leiter der Projektgruppe

Gottschling, Ines  
Grell, Rainer

Technische Universität Berlin  
Innenministerium Baden-Württemberg  
bis Februar 2003 Leiter der Projektgruppe

Höller, Friedemann  
Littwin, Dr. Frank  
Naujokat, Wolfgang  
Peters, Dr. Falk  
Putzier, Dr. Eckart  
Randl, Hans

IBM Deutschland GmbH  
Finanzministerium des Landes NRW  
Unternehmensberater  
Rechtsanwalt, Berlin  
Rechtsanwalt, Berlin  
Freie und Hansestadt Hamburg, Finanzbehörde

Rastetter, Klaus  
Schneiders, Dr. Günter  
Schrey, Dr. Joachim  
Schwaiger, Georg  
Stein, Frank  
Streeck, Dr. Marie-Luise  
Wankmüller, Michael  
Wegner, Hans-Joachim  
Ziekow, Prof. Dr. Jan

Innenministerium des Landes NRW  
Bundesamt für Finanzen  
Rechtsanwälte Clifford Chance Pünder, Frankfurt am Main  
Siemens Business Services GmbH & Co. OHG  
Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände/ Stadt Leverkusen  
Bundesministerium des Innern  
Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit  
Westdeutsche Kommunal Consult/Westdeutsche Landesbank AG, Düsseldorf  
Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, Speyer

Die Mitglieder der Projektgruppe sind nicht Vertreter ihrer Institutionen; die Ausführungen des Prozessleitfadens geben daher nicht die Auffassung dieser Institutionen, sondern die Auffassung der Mitglieder wieder. Sie entsprechen nicht immer der Auffassung jedes Mitglieds.

## Editorial

PPP ist eine schlagkräftige Formel, die für die partnerschaftliche Lösung drängender öffentlicher Aufgaben steht. Insbesondere in Großbritannien, aber auch in vielen anderen Ländern, sind Public Private Partnership-Projekte seit längerem ein bekanntes Modell, um die Strukturen des öffentlichen Sektors mit dem Know-how der Wirtschaft zum gegenseitigen Nutzen zu verbinden. In Deutschland sind die praktischen Erfahrungen auf diesem Gebiet noch gering. Gleichzeitig rückt PPP wegen des sonst schwer zu deckenden staatlichen Bedarfs an Investitionen auch hierzulande zunehmend in das Zentrum des Interesses. Um der wachsenden Bedeutung des Themas und dem gleichzeitigen Erfahrungsdefizit gerecht zu werden, haben die Initiative D21, die Bertelsmann Stiftung und Clifford Chance Pünder gemeinsam die Reihe „PPP für die Praxis“ aufgelegt.

Die Reihe "PPP für die Praxis" richtet sich in erster Linie an die Entscheider im öffentlichen Sektor, bietet aber auch Anregungen für die potenziellen Partner in der Wirtschaft. Mit konkreten Ratschlägen zur Anbahnung und Umsetzung eines Public Private Partnerships soll die Arbeit der Kooperationspartner nicht nur angeleitet sondern auch auf ein möglichst solides Fundament gestellt werden: Aufgabenfelder, Voraussetzungen und häufige Fragen bei PPP werden in dieser Reihe ebenso besprochen wie die rechtlichen Rahmenbedingungen und die konkreten Schritte bei der Umsetzung.

Die lose Reihe zum Thema PPP, in der diese Publikation steht, ist selbst ein „Partnership“, bei dem sich das Know-how der Beteiligten ergänzt: Die Initiative D21 betrachtet seit ihrer Gründung 1999 die Förderung der Modernisierung des Staates als eine ihrer Kernaufgaben. Die Bertelsmann-Stiftung widmet sich seit fast 10 Jahren dem Thema Staat und Verwaltung aus unterschiedlichen Blickwinkeln und hat hier mit dem Projekt „E-Government“ einen besonderen Schwerpunkt gesetzt. Die Sozietät Clifford Chance Pünder verfügt über langjährige Erfahrung als Berater in PPP-Projekten. Gemeinsam, so die Motivation zu dieser Reihe, können die drei Partner dazu beitragen, dass keine einsamen Wissensinseln geschaffen werden, sondern eine umfassende, vernetzte und praxisorientierte Handreichung zum Thema entsteht, die aufzeigt, was sich hinter der Formel PPP verbirgt.

Erfolgreiche Partnerschaften verlangen nicht nur nach einer intensiven Zusammenarbeit sondern fordern die Beteiligten auch immer wieder dazu auf, neue Perspektiven zu berücksichtigen und gemeinsam weiterzuentwickeln. Wir hoffen, dass uns dies mit den vorliegenden beiden Publikationen aus der Reihe „PPP für die Praxis“ gelungen ist.

Prof. Dr. Marga Pröhl, Bertelsmann Stiftung

Dr. Thomas Gasteyer, Clifford Chance Pünder

Norbert Eder, Initiative D21

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	7
Einführung.....	8
1. Definition und Abgrenzung Public Private Partnership .....	9
1.1 PPP - Oberbegriff für unterschiedliche Erscheinungsformen.....	9
1.2 Anwendungsfelder .....	9
1.3 Beteiligte an PPP-Projekten.....	10
1.4 PPP zwischen Eigenerledigung und materieller Privatisierung.....	11
1.4.1 Eigenerledigung .....	12
1.4.2 Outsourcing.....	12
1.4.3 Herkömmliche Beschaffung .....	12
1.4.4 Zivilrechtliche Kooperationsverträge .....	12
1.4.5 Öffentlich-rechtliche Kooperationsverträge .....	13
1.4.6 Informelle Kooperationen .....	13
1.4.7 Gesellschaftsrechtliche Kooperationen.....	13
1.4.8 Privatisierung .....	13
1.4.8.1 Formale Privatisierung (= Organisationsprivatisierung) .....	13
1.4.8.2 Teilprivatisierung .....	13
1.4.8.3 Vollprivatisierung.....	13
1.4.8.4 Materielle Privatisierung (= Aufgabenprivatisierung) .....	14
1.4.8.5 Funktionale Privatisierung (= Contracting out).....	14
1.5 Abgrenzung nach Leistungsschwer-punkten .....	14
1.5.1 Finanzierungsmodelle.....	14
1.5.2 Betreibermodelle .....	15
1.5.3 Konzessionsmodelle .....	16
1.5.4 Betriebsführungsmodelle .....	16
1.5.5 Kooperationsmodelle .....	16
1.5.6 Risikopartnerschaften .....	16
1.6 PPP/PFI im internationalen Vergleich .....	18
1.6.1 Terminologie .....	18
1.6.2 Inhalte .....	18
1.7 PPP als Programm für die Realisierung öffentlicher Infrastruktur-Projekte.....	19
1.7.1 Nachhaltige, auf Dauer angelegte Zusammenarbeit.....	19

1.7.2	Partnerschaftliche, interdisziplinäre Zusammenarbeit .....	19
1.7.3	Das Ziel: Effizienzsteigerung, Innovation und Modernisierung von Verwaltung und Wirtschaft.....	19
2.	Projektdefinition und grobe Spezifikation .....	21
3.	Eignung öffentlicher Aufgaben für PPP-Lösungen.....	24
3.1	Auslösende Faktoren für PPPs auf der kommunalen Ebene .....	24
3.2	Organisations- und Finanzierungsformen von PPPs .....	27
3.2.1	Praxisbeispiele .....	27
3.2.2	Vor- und Nachteilsabwägung am Beispiel eines Nutzungsüberlassungsmodells .....	31
3.3	Rechtliche Zulässigkeit der Aufgabenübertragung auf Private .....	32
3.3.1	Rechtliche Rahmenbedingungen von PPP .....	32
3.3.1.1	Verfassungsrechtliche Grenzen .....	32
3.3.1.2	Verwaltungsrechtliche Grenzen .....	33
3.3.1.3	Beispiele .....	33
3.3.2	Kommunalrechtliche Rahmenbedingungen .....	35
3.3.2.1	Materielle Rahmenbedingungen .....	36
3.3.2.2	Kommunalwirtschaftliche Rahmenbedingungen .....	37
3.3.2.3	Formalverfahrensmäßige Rahmenbedingungen.....	38
3.3.3	Staatliche Rahmenbedingungen.....	40
4.	Einschaltung von Entscheidungsträgern.....	41
4.1	Kommunaler Bereich .....	41
4.2	Staatlicher Bereich.....	42
5.	Konkretisierung der generell festgestellten PPP-Eignung .....	43
5.1	Problem/Aufgabenstellung .....	43
5.2	Interessenbekundungsverfahren .....	43
5.2.1.	Voraussetzungen .....	44
5.2.2	Anforderungen .....	44
5.2.3	Form .....	45
5.2.4	Kosten.....	45
5.2.5	Vergabeverfahren .....	45
6.	Formen der Public Private Partnership .....	46
7.	Vertragsgestaltung.....	47
7.1	Einführung.....	47

7.2	Kooperationsmodell – gesellschaftsrechtliche Beteiligung der öffentlichen Hand .....	49
7.3	Betreiber- und Konzessionsmodell – Sicherstellung der Leistungsqualität durch Service Level Agreements.....	50
7.4	Entscheidungskriterien.....	51
7.4.1	Gesellschafterwechsel/Aufnahme weiterer Gesellschafter .....	51
7.4.2	Auskunfts- und Einsichtsrechte.....	52
7.4.3	Mitbestimmungsrechte als Gesellschafter versus vertragliche Ansprüche .....	54
7.4.4	Know-how-Erfordernisse.....	56
7.4.5	Besetzung von Organ-Mitgliedern .....	58
7.4.6	Möglichkeiten der Qualitätskontrolle .....	58
7.4.7	Arbeitsrechtliche Kriterien .....	59
7.4.8	Prüfungsvorbehalte zu Gunsten der Rechnungsprüfungsbehörden .....	60
7.4.9	Datenschutzrechtliche Bestimmungen.....	61
7.4.10	Aufsichtsrechtliche Aspekte .....	62
7.5	Einschaltung von Subunternehmern .....	62
7.6	Vertragsstruktur .....	63
7.7	Inhalte des Vertrages für ein Betreibermodell.....	64
7.7.1	Leistungsbeschreibung .....	64
7.7.2	Service Level Agreements .....	65
7.7.3	Warum gibt es überhaupt Service Level Agreements?.....	65
7.7.4	Elemente eines Service Level Agreements .....	66
7.7.4.1	Beispiel: Verfügbarkeitsquoten für IT-Systeme.....	67
7.7.4.2	Beispiel: Kapazität von Maschinen oder Fertigungsanlagen bei der Abfall- oder Abwasserbeseitigung.....	69
7.7.4.3	Beispiel: Antwortzeiten im Call Center .....	69
7.7.5	Messmethode/Messverfahren in Service Level Agreements .....	70
7.7.6	Randbedingungen für Service Level Agreements.....	70
7.7.7	Flexibilität.....	71
7.7.8	Sanktionen .....	71
7.7.8.1	Vertragsstrafe oder Schadenersatz-pauschale - Die Vertragsstrafe.....	72
7.7.8.2	Vertragsstrafe oder Schadenersatz-pauschale - Die Schadenspauschale .....	74
7.7.8.3	Abwägung zwischen Vertragsstrafe und Schadenspauschale .....	74
7.7.8.4	Berechnung von Sanktionen .....	74
7.7.8.5	Sanktionen bei Totalausfall.....	75
7.7.9	Einbindung in den Gesamtvertrag .....	75
7.7.10	Bonus-/Malus-System.....	75

7.7.11	Projekt- und Kommunikationsstrukturen .....	76
7.8	Abwicklung bei Beendigung der Public Private Partnership .....	77
7.9	Konfliktlösung bei Meinungsverschiedenheiten .....	77
7.10	Verarbeitung personenbezogener Daten durch die PPP .....	78
7.10.2	Strafrechtliche Aspekte .....	79
7.11	Vertragsschema Konzessionsmodell .....	81
8.	Vergabeverfahren .....	90
8.1	Notwendigkeit der Ausschreibung .....	90
8.1.1.	Reine Kapitalbeteiligung .....	91
8.1.2	Dienstleistung .....	91
8.1.3	Bauleistung .....	91
8.1.4	Bau- oder Dienstleistung.....	91
8.1.5	Baukonzession.....	92
8.1.7	Bewertung/Ergebnis.....	93
8.2	Verfahrensregeln .....	94
8.2.1	Schwellenwerte .....	94
8.2.2	Verfahrensarten .....	94
8.2.3	Ausgeschlossene Personen .....	95
8.3	Verhandlungsverfahren.....	96
8.3.1	Vorbereitung des Verfahrens .....	96
8.3.1.1	Vergabeunterlagen .....	96
8.3.1.2	Leistungsbeschreibung .....	97
8.3.1.3	Vertragsentwürfe.....	98
8.3.1.4	Zuschlagskriterien.....	98
8.3.1.5	Haushaltsmäßige Ermächtigung.....	98
8.3.1.6	Zeitplanung/Zuschlagsfrist .....	99
8.3.2	Durchführung des Verfahrens .....	101
8.3.2.1	Bieterkonferenz.....	101
8.3.2.2	Verhandlungen.....	102
9.	Zuschlag/Vertragsabschluss .....	103
9.1	Zuschlagskriterien .....	103
9.1.1	Preis .....	103
9.1.2	Risikoverteilung.....	104
9.1.3	Leistungsqualität .....	104
9.1.4	Weitere Kriterien .....	104

9.2	Bewertung.....	104
9.3	Zuschlag/Vertragsabschluss.....	105
9.3.1	Vergleichbarkeit der Zuschlagskriterien.....	106
9.3.2	Ungewöhnlich niedrige Preise.....	106
9.4	Informationspflicht nach § 13 VgV.....	107
10.	Bedeutung des Controllings für PPP).....	108
	Literaturverzeichnis.....	120
	Anlagen.....	122
	Anlage 1.4.4: Zivilrechtliche Kooperationsverträge.....	123
	Anlage 3.1: Auslösende Faktoren für PPPs.....	127
	Anlage 9.1.4: Public Sector Comparator.....	128
	Anlage 9.2: UfAB - Zuschlagskriterien.....	130
	Anlage 9.3.1: UfAB - Einheitliche Bewertung von Funktionen und Preisen.....	131

## Vorwort

Im Unterschied zum anglo-amerikanischen Raum und einigen anderen Staaten setzen sich Public-Private-Partnership-Projekte in Deutschland erst allmählich durch. Das hängt sicherlich mit den Unterschieden in den Rechtssystemen, aber auch in Kultur und Mentalität zusammen. Während man im anglo-amerikanischen Raum eher zu pragmatischen Lösungen neigt, dominiert bei uns ein Hang zum Dogmatismus. Danach werden öffentliche Aufgaben eben nur von der öffentlichen Verwaltung wahrgenommen.

Die zunehmende Finanzknappheit der öffentlichen Hand auf allen drei Ebenen - Bund, Länder und Kommunen - hat jedoch zu einem Umdenken geführt. So bestimmt beispielsweise § 7 der Bundeshaushaltsordnung, dass die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zur Prüfung verpflichten, inwieweit staatliche Aufgaben „durch Ausgliederung und Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden können“. Die Haushaltsordnungen der Ländern enthalten gleichlautende Bestimmungen. Damit sind zwar Public-Private-Partnership-Modelle nicht ausdrücklich erwähnt. Man könnte sie jedoch - neben dem „Outsourcing“ - unter „Ausgliederung“ subsumieren.

Im Rahmen der Initiative D21 befasst sich die Unterarbeitsgruppe (UAG) 2.5 der Arbeitsgruppe 2 speziell mit dem Thema Public Private Part-

nership (PPP). In einem PPP-Workshop der Initiative D21 im Herbst 2001 mit Vertretern aus Verwaltung und Wirtschaft wurde ein starkes Bedürfnis der Teilnehmer nach einem PPP-Handlungsleitfaden deutlich. Die UAG 2.5 erkannte jedoch bald, dass dieses Bedürfnis angesichts der Heterogenität der Projekte nicht befriedigt werden kann, und hat sich deshalb für einen PPP-„Prozessleitfaden“ entschieden. Dieser soll Entscheidungsvorbereitern in der öffentlichen Verwaltung Hilfestellung bei ihren Überlegungen bieten, bestimmte Aufgaben in eine PPP zu überführen. Daneben kann er zusätzlich Entscheidern in Verwaltung, Politik und Wirtschaft nützlich sein.

Ein solches Werk ist natürlich nicht statisch, sondern lebt von der Kritik und den Erfahrungen seiner Leser. Ich wünsche allen Lesern, dass dieser Prozessleitfaden ihnen wertvolle Hilfe bei ihrer Beschäftigung mit Public-Private-Partnership-Projekten leistet. Zugleich bitte ich sie aber auch, der UAG Verbesserungsvorschläge, Kritik, Anregungen und Erfahrungen mitzuteilen, die wir bei der Fortschreibung des Leitfadens an den Nutzerkreis weitergeben können.

Erwin Staudt

Vorsitzender des Vorstands der Initiative D21

## Einführung

Die UAG 2.5 der AG 2 der Initiative D21 reiht sich ein in eine respektable Zahl von Gremien und Gruppierungen, die sich mit dem Thema Public Private Partnership (PPP) befassen.<sup>1</sup> Einen Prozessleitfaden als Handreichung für Entscheidungsvorbereiter gibt es bisher aber nicht. Ob damit allerdings tatsächlich eine „Marktlücke“ gefüllt wird, muss dem Urteil der Leser überlassen bleiben.

Der Prozessleitfaden will eine Handreichung für die Praxis bieten, wenn das Thema PPP im Zusammenhang mit einem konkreten Projekt in das Blickfeld des Interesses gerückt ist. Zur politischen Begründung oder Ablehnung von PPP bezieht die UAG 2.5 keine Stellung. Diese Frage müssen die entsprechend legitimierten Personen oder Gremien entscheiden. Sie hängt nicht nur von reinen Wirtschaftlichkeitsüberlegungen ab, sondern auch von einem politischen Vorverständnis: Will der Bund, das Land oder die Kommune diesen Weg grundsätzlich beschreiten oder - trotz aller Probleme - an der „klassischen“ Aufgabenerledigung durch die Verwaltung selbst festhalten.<sup>2</sup> Die Regelung in § 7 Abs. 1 BHO und den entsprechenden Vorschriften der Landeshaushaltsordnungen legen

zwar die Annahme nahe, dass nur die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit die Entscheidung bestimmen. Fragen und Aussagen wie

- „Was passiert in der öffentlichen und gesellschaftspolitischen Diskussion, wenn nur für einige Tage eine Leistung der privaten Objektgesellschaft einfach ausfällt, also z.B. die Bewachung in einem Gefängnis unterbleibt und die Häftlinge entkommen?“<sup>3</sup>
- „Nur eine von Unternehmerinteressen unabhängige und kompetente Planung kann die Belange des öffentlichen Bauherrn wahren.“<sup>3</sup>

machen aber deutlich, dass es sich hier um grundlegende Richtungsentscheidungen handelt. In diesem Prozessleitfaden geht es um fachliche Einzelfragen. Dabei wurde auf Widerspruchsfreiheit geachtet, gewisse Redundanzen wurden jedoch in Kauf genommen. Der Prozessleitfaden orientiert sich am Ablauf eines PPP-Projekts; er ist modular aufgebaut und kann daher auch kapitelweise gelesen werden.

---

<sup>1</sup> Vgl. Positionspapier der SPD-Bundestagsfraktion (Stand 06/2002) S. 14, wo ohne Anspruch auf Vollständigkeit neben der eigenen Projektgruppe sieben solcher Gruppierungen genannt sind, darunter die UAG 2.5.

<sup>2</sup> Vgl. z.B. die sehr grundsätzliche Argumentation von Hoffmann, Ende der Dichotomie von Staat und Privat. Public Private Partnership - ein Modell für Deutschland? Deutsches Architektenblatt NRW 09/2002 S. 6 f. und Krajewski, PPP - Heilslehre oder Grundsatzdebatte? Ordnungspolitische Instrumente werden durch PPP in Frage gestellt, ebenda S. 12 ff.; vgl. auch FinanzReport (des FM NRW) 1-2002 S. 2 ff.

---

<sup>3</sup> Hoffmann, aaO. S. 7 r.Sp.

# 1. Definition und Abgrenzung Public Private Partnership

## 1.1 PPP - Oberbegriff für unterschiedliche Erscheinungsformen

Public Private Partnership (PPP) bezeichnet das partnerschaftliche Zusammenwirken von öffentlicher Hand und Privatwirtschaft mit dem Ziel einer besseren wirtschaftlichen Erfüllung öffentlicher Aufgaben als bisher. PPP-Projekte erfassen das gesamte Spektrum zwischen der rein hoheitlichen Realisierung öffentlicher Aufgaben einerseits und der vollständigen Privatisierung öffentlicher Aufgaben andererseits. Unter dem Oberbegriff PPP finden sich die unterschiedlichsten Sachverhalte und Erscheinungsformen. Dauer und Intensität der Partnerschaft können im Einzelnen sehr stark differieren. Die Zusammenarbeit kann sich auf die originäre Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben erstrecken oder auch im Bereich der Fiskalverwaltung abspielen. Die Diskussion um einen allgemeingültigen PPP-Begriff ist noch nicht abgeschlossen und kann auch im Rahmen dieses Prozessleitfadens nicht zu einem verbindlichen Ergebnis geführt werden. Nachfolgend bedeutet PPP die Kooperation von öffentlicher Hand und privater Wirtschaft bei der Planung, der Erstellung, der Finanzierung, dem Betreiben oder der Verwertung von bislang staatlich erbrachten öffentlichen Leistungen. Im Rahmen von PPP tritt die öffentliche Hand im Wesentlichen als Nachfrager von Dienstleistungen auf; die von Privaten erbrachten Leistungen werden auf der Basis vertraglicher Vereinbarungen vergütet. PPP-Projekte sind charakterisiert durch eine langfristige ver-

tragliche Zusammenarbeit zwischen öffentlicher Hand und Privatwirtschaft mit einer sachgerechten Risikoverteilung und umfassenden Verantwortlichkeiten auf der privaten Seite.

Im Folgenden wird versucht, den in diesem Leitfaden zugrunde gelegten Begriff zu anderen Erscheinungsformen abzugrenzen, die in der wissenschaftlichen oder praktischen Diskussion teilweise ebenfalls als PPP bezeichnet werden.

## 1.2 Anwendungsfelder

Anwendungsfelder für PPP-Projekte finden sich in den unterschiedlichsten Bereichen des Staats- und Verwaltungshandelns:

- Verkehrsinfrastrukturprojekte wie Betreiber- bzw. Konzessionsmodelle bei Straßen, Brücken und Tunneln auf der Grundlage des Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetzes, Flughafen-Entwicklungs- und Betreiber-Gesellschaften, Güterverkehrszentrum-Entwicklungsgesellschaften;
- Immobilien-Projekte (einzelne Immobilien, Immobilien-Portfolios) in unterschiedlichen Sektoren (Verwaltungsgebäude, Schulen, Hochschulen, Krankenhäuser, Justizvollzugsanstalten, Polizeigebäude, Sportstätten, Theater usw.);
- Logistik mobiler Wirtschaftsgüter (z.B. IT-Bereich, Telefon-Anlagen, Fahrzeugflot-

- tenmanagement, Bekleidungsmanagement bei der Bundeswehr);
- Projekte im Bereich der kommunalen Ver- und Entsorgung sowie des öffentlichen Nahverkehrs;
  - Städtebau und Stadtentwicklung (Partnerschaften zur Beplanung, Erschließung und Bebauung einzelner Grundstücke und größerer Flächen, wirtschaftliche und kulturelle Revitalisierung ganzer Stadtteile; Beispiele: Berlin Karow-Nord, Rebstockgelände Frankfurt am Main, Umwandlung des Westhafens Frankfurt am Main);
  - Wirtschaftsförderung (z.B. Partnerschaften zur Standortförderung unter Beteiligung von Städten und Gemeinden, Landesbehörden, Universitäten oder Fachhochschulen, Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern, Unternehmen, Kreditinstituten);
  - Projekte der Infrastrukturentwicklung, regionale und interregionale Entwicklungsgesellschaften (z.B. zum Zwecke der Wirtschafts- und Beschäftigungsförderung, einer abgestimmten Entsorgungspolitik, zum Aus- und Aufbau von interkommunalen Verkehrsverbänden);
  - Projekte zur Förderung von Forschung und Entwicklung, Technologietransfer;
  - IT-Projekte insbesondere im Zusammenhang mit E-Government (z.B. Digitales Ruhrgebiet; Herkules-Projekt des Bundesverteidigungsministeriums (geplant));
  - Sicherheitspartnerschaften: Police Private Partnership: Rahmenvereinbarungen zwi-

sehen Polizei und Organisationen des Sicherheitsgewerbes, Beispiele: Sicherheitspartnerschaft von Polizei und Wirtschaft in Düsseldorf; Sicherheits- und Servicegesellschaft Dresden GmbH.

Darüber hinaus gibt es noch eine Vielzahl von Kooperationen zwischen Privaten und öffentlicher Hand im sozialen, kulturellen und Umweltbereich z.B. im Rahmen eines Sponsorings, als informelle Partnerschaften oder mit vertraglichen Vereinbarungen. Diese, häufig auch als PPP bezeichneten Projekte, sollen nicht Gegenstand des Leitfadens sein.

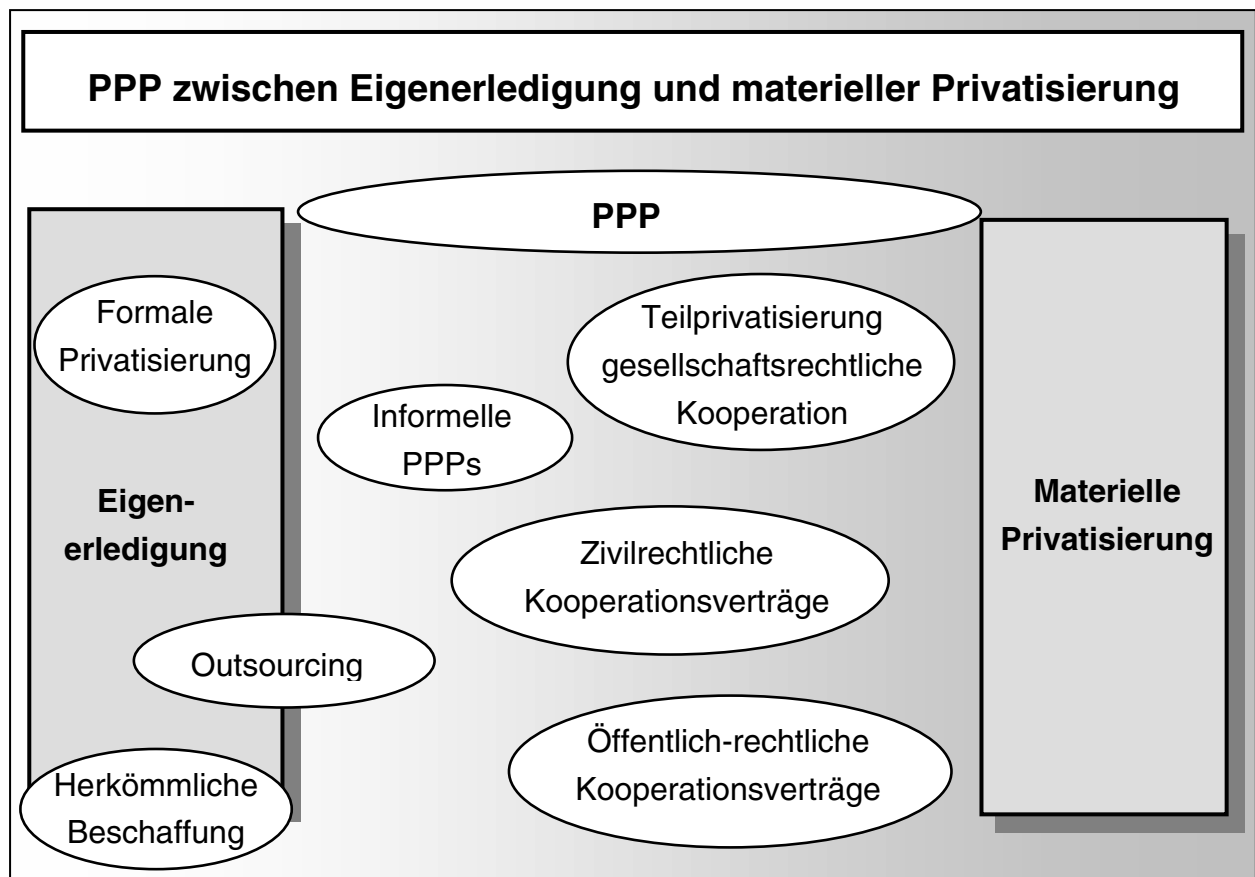
### **1.3 Beteiligte an PPP-Projekten**

Als Beteiligte von PPP-Projekten kommt jeder Teil der öffentlichen Verwaltung und im Prinzip jedes private Unternehmen oder jede private Organisation in Betracht. Es gibt insofern keinen geschlossenen Kreis von Beteiligten.

#### 1.4 PPP zwischen Eigenerledigung und materieller Privatisierung

Die vorstehende, sicherlich nicht abschließende Aufzählung von PPP-Anwendungsfeldern verdeutlicht, dass PPP-Projekte in einem weiten

Spannungsbogen zwischen der reinen Eigenerledigung und der vollständigen Privatisierung liegen.



#### **1.4.1 Eigenerledigung**

Bei der Eigenerledigung nimmt der Staat eine öffentliche Aufgabe ausschließlich mit eigenem Personal und Sachmitteln wahr (Beispiele: Ein Bebauungsplan wird ausschließlich mit eigenem Personal der Gemeinde erarbeitet; die Bediensteten des Grünflächenamtes pflegen die städtischen Grünanlagen; die Hochbauverwaltung erstellt mit eigenem Personal die Planungsunterlagen für ein Gebäude).

Die Eigenerledigung kann auch durch Regie- oder Eigenbetriebe erfolgen (Beispiel: die Bau- und Liegenschaftsverwaltung eines Landes übernimmt als Landesbetrieb ohne eigene Rechtspersönlichkeit das Portfoliomanagement für die gesamten Liegenschaften des Landes und „vermietet“ die Liegenschaften an die nutzenden Ressorts).

#### **1.4.2 Outsourcing**

Beim Outsourcing vergibt die Verwaltung eine bislang selbst erbrachte Leistung nach außen und lässt sie von einem Privaten oder einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen erledigen. (Beispiele: Reinigung öffentlicher Gebäude durch private Reinigungsunternehmen; Betrieb von Rechenzentren und Netzen; Kantinenbetriebe).

#### **1.4.3 Herkömmliche Beschaffung**

Einfache herkömmliche Beschaffungsmaßnahmen wie etwa der Kaufvertrag spielen sich zwar ebenfalls zwischen einem öffentlichen und privaten Vertragspartner ab. Dies allein ist aber für die Qualifikation des Vertrages als PPP-Vertrag

nicht ausreichend. Erforderlich ist vielmehr eine nachhaltige und in der Regel auf Dauer angelegte partnerschaftliche Zusammenarbeit, die eine Risikoteilung beinhaltet.

#### **1.4.4 Zivilrechtliche Kooperationsverträge**

In einem wesentlichen Teilbereich der angeführten PPP-Anwendungsfelder kommen langfristige zivilrechtliche Vertragsstrukturen zum Zuge. Dies können Mietkauf-, Leasing-, Miet- oder Contractingverträge sein, ggf. auch langfristig angelegte Liefer- und Dienstleistungsverträge mit kooperativen Elementen.

Wie die Übersicht in **Anlage 1.4.4** zeigt, kann der Umfang des Vertragsinhalts z.B. in Bezug auf Planungs-, Bau-, Finanzierungs-, Betreiber- und Verwertungsleistungen in unterschiedlicher Ausprägung und in unterschiedlichen Vertragstypen vereinbart werden. Die inhaltliche Ausgestaltung der Verträge zwischen Vertragsabschluss, Nutzungsbeginn und Nutzungsende im Hinblick auf Planung, Instandhaltung, Wartung ist bei jeder Handlungskategorie im Rahmen der Privatautonomie frei gestaltbar; dies gilt jedenfalls im Grundsatz und vorbehaltlich gewisser rechtlicher Grenzen (z.B. Leasingerlasse der Finanzverwaltung). Die vorstehenden Modelle unterscheiden sich im Wesentlichen in ihren Regelungen zum Vertragsablauf, je nachdem ob das Eigentum am Vertragsobjekt automatisch an den Auftraggeber zurückfällt (Mietkauf), Optionsrechte zu festen Optionspreisen sowie Verwertungsabreden (Leasing) oder aber Vorkaufsrechte bzw. Optionsrechte zum künftigen Verkehrswert (Miete) vereinbart sind. Diese Diffe-

renzung ist wichtig, weil die unterschiedlichen Rechtsbereiche wie etwa das Haushaltsrecht, das Steuerrecht, das Vergaberecht, das Zuwendungsrecht oder das Kommunalrecht an die so differenzierten Rechtsformen zum Teil unterschiedliche Rechtsfolgen knüpfen.

#### **1.4.5 Öffentlich-rechtliche Kooperationsverträge**

Von zivilrechtlichen Kooperationen zu unterscheiden sind die PPP-Anwendungsfelder, in denen der Private mit Hilfe eines öffentlich-rechtlichen Vertrages in die öffentliche Aufgabenerfüllung einbezogen wird. Beispiele hierfür sind die Konzessionsverträge, in denen der Private die Konzession etwa zur Errichtung und Betrieb einer Straße erhält und mit dem Recht zur Gebühren- oder Entgelterhebung ausgestattet wird.

#### **1.4.6 Informelle Kooperationen**

Von den zivil- und öffentlich-rechtlichen Vertragsstrukturen zu unterscheiden sind Kooperationen auf rein informeller Basis bzw. in Vorformen partnerschaftlicher Zusammenarbeit.

#### **1.4.7 Gesellschaftsrechtliche Kooperationen**

Viele der PPP-Anwendungsfelder sind geprägt von gesellschaftsrechtlichen Kooperationen, in denen sich öffentliche Hand und Private zur Erreichung einer gemeinsamen Zielsetzung zusammenschließen. Diese gesellschaftsrechtliche Kooperation kann auch im Rahmen von langfristigen zivilrechtlichen Vertragsbeziehungen vorgesehen werden. So ist es z.B. Praxis, dass sowohl die öffentliche Hand als auch ein Privater Gesellschafter einer

Projektgesellschaft werden, die ein Gebäude errichtet und langfristig an die öffentliche Hand vermietet.

### **1.4.8 Privatisierung**

#### **1.4.8.1 Formale Privatisierung**

##### **(= Organisationsprivatisierung)**

Bei der formalen Privatisierung erfüllt die Verwaltung eine öffentliche Aufgabe mit Instrumenten des Privatrechts, insbesondere durch ein Unternehmen in privater Rechtsform wie etwa eine GmbH, die der öffentlichen Hand zu 100 % gehört (z.B. Stadtwerke). Diese Gestaltungsform ist keine PPP.

#### **1.4.8.2 Teilprivatisierung**

Von Teilprivatisierung spricht man, wenn die öffentlichen Hand eine Unternehmung im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge nicht vollständig, sondern nur zum Teil privatisiert. So werden etwa Gesellschaftsanteile an einer Stadtwerke-GmbH an einen Privaten veräußert. Hier ist eine Plattform für eine auf Dauer angelegte, partnerschaftlich strukturierte Zusammenarbeit zwischen öffentlicher Hand und Privatem gegeben. Findet die Teilprivatisierung im Bereich der Eingriffsverwaltung statt, bedarf sie einer gesetzlichen Ermächtigung (z.B. Müllbeseitigungsgesellschaft).

#### **1.4.8.3 Vollprivatisierung**

Vollprivatisierung bedeutet im Gegensatz zur Teilprivatisierung die vollständige Veräußerung der Gesellschaftsanteile an einen Privaten und ist somit keine PPP.

#### **1.4.8.4 Materielle Privatisierung**

##### **(= Aufgabenprivatisierung)**

Bei der materiellen Privatisierung entledigt der Staat sich einer bestimmten öffentlichen Aufgabe vollständig (Beispiel: Deutsche Telekom AG). Denkbar ist allerdings, dass Kontrollrechte in Aufsichtsgremien verbleiben, die zu einer auf Dauer angelegten, allerdings rechtlich im Vergleich zur Gesellschafterposition schwächeren Einflussmöglichkeit führen.

#### **1.4.8.5 Funktionale Privatisierung**

##### **(= Contracting out)**

Bei der funktionalen Privatisierung wird ein Privater als Erfüllungsgehilfe zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben unter Vertrag genommen. Der Private nimmt also selbst keine öffentlichen Aufgaben wahr, bereitet die öffentliche Aufgabenwahrnehmung aber vor, führt sie unter Umständen auch selbst durch und tritt dadurch gegenüber dem rechtsunterworfenen Adressaten in Erscheinung (Beispiel: Beauftragung eines privaten Sicherheitsdienstes zur Überwachung des ruhenden Verkehrs).

### **1.5 Abgrenzung nach Leistungsschwerpunkten**

Im Folgenden werden unterschiedliche Modelle vorgestellt, deren Charakteristika sich teilweise überschneiden können.

#### **1.5.1 Finanzierungsmodelle**

Bei der Beschreibung von PPP-Projekten wird häufig der Finanzierungsaspekt herausgestellt. Das zeigt sich nicht nur in den Schlagworten „Private Finanzierung öffentlicher Investitionen“

oder der britischen „Private Finance Initiative“. So heißt es etwa in der Definition der EG-Kommission in der Mitteilung zum öffentlichen Auftragswesen<sup>4</sup>: „Der Begriff der öffentlich-privaten Partnerschaft („Public Private Partnership“) erfasst die verschiedenen Formen der privaten Kapitalbeteiligung an der Finanzierung und Verwaltung öffentlicher Infrastrukturen und Leistungen des öffentlichen Sektors.“

In den 90er Jahren wurde der Begriff der privaten Vorfinanzierung insbesondere von den Finanzministerien und Rechnungshöfen des Bundes und der Länder verwendet und hat entsprechenden Eingang in die einschlägigen Verwaltungsvorschriften und Prüfberichte gefunden. Er ist zu verstehen als Oberbegriff für die damals gebräuchlichen Modelltypen, d.h. insbesondere Leasing- und Mietkaufmodelle. Bei diesen Modellen waren regelmäßig die Planung und der Betrieb nicht in den Leistungsinhalt des Vertrages einbezogen, daher beruhte der Schwerpunkt des Vertrages oftmals auf der Finanzierungskomponente, weil der Private neben der Errichtung des Gebäudes nach den fest vorgegebenen Planungsdaten des Auftraggebers die Finanzierung des Objektes im Rahmen eines Mietkauf- oder Leasingvertrages übernahm. Der Begriff der „Vor“-Finanzierung erklärt sich dadurch, dass es hier in der Regel erst zu Entgeltzahlungen des Auftraggebers ab Nutzungsbeginn kommt. Damit unterscheidet sich der Liquiditätsfluss von der konventionellen Finanzie-

---

<sup>4</sup> Mitteilung der EG-Kommission vom 11. März 1998: Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, auch abgedruckt als Band 4 der Schriftenreihe des Forum Vergabe, S. 9 ff.

rung, bei der typischerweise ein Mittelabfluss entsprechend Baufortschritt kassenwirksam wird.

Dem Aspekt der Finanzierung mag in der Vergangenheit besondere Bedeutung zugekommen sein. Die PPP-Zielsetzung nach einer bestmöglichen Effizienzsteigerung in einem ganzheitlichen Sinne verlangt aber, dass die Finanzierung immer nur eine - wenn auch wichtige - Komponente unter anderen und im Gesamtzusammenhang mit der Planung, der Realisierung, dem Betreiben und dem Verwerten darstellt.

### **1.5.2 Betreibermodelle**

Der Begriff Betreibermodell wird in der aktuellen Praxis für die unterschiedlichsten Vertragstypen verwendet. Im Kern spricht man von Betreibermodellen, wenn isoliert oder zusätzlich zu sonstigen Leistungsinhalten der Betrieb, die Instandhaltung, Wartung oder sonstige Facility-Management-Aufgaben übernommen werden.

Betreiberverträge sind z.B. im Bereich der Abwasserentsorgung verbreitet. Hier erbringt ein privates Unternehmen im einvernehmlichen Zusammenwirken mit der Kommune die für die Planung, die Sanierung, den Ausbau, die Ausrüstung und die Finanzierung sowie - für eine zumeist lange Laufzeit von 20 bis 30 Jahren - für den Betrieb der Anlagen erforderlichen Leistungen. Der Private hat die Bauherreneigenschaft und trägt das wirtschaftliche Risiko. Dafür erhält er von der Kommune ein privatrechtliches Entgelt, das je nach Vertragsgestaltung als Mietkauf-, Leasing-, Miet- oder gemischt-vertragli-

ches Entgelt zu qualifizieren ist. Bei der Kommune verbleibt die öffentlich-rechtliche Abwasserbeseitigungspflicht und die Gebührenhoheit

Im Zivilrecht ist der Betreibervertrag als selbständiger Vertragstyp nicht verankert; deshalb können sich darunter die unterschiedlichsten zivilrechtlichen Vertragstypen verbergen. Sind neben der Betreiberleistung der Bau, die Instandhaltung und die Finanzierung der Anlage Vertragsgegenstand, so kann der Betreibervertrag - je nach der vorgesehenen Regelung der Auseinandersetzung bei Beendigung der Zusammenarbeit - Elemente eines Mietkauf-, Leasing- oder Mietvertrages enthalten. Sind der Bau, die Instandhaltung und die Finanzierung der Bau- und Instandhaltungskosten nicht Vertragsgegenstand, kann es sich bei dem Betreibervertrag um einen reinen Dienstleistungsvertrag handeln.

Auch bei Konzessionsmodellen (siehe unten Nr. 1.5.3) übernimmt der Konzessionär regelmäßig Betreiberleistungen.

Im internationalen Vergleich werden als Beispiel für Betreibermodelle verbreitet die sog. BOT (build, operate, transfer)-Modelle genannt. Da hier am Ende der Vertragslaufzeit der Eigentumstransfer auf die öffentliche Hand vorgesehen ist, handelt es sich nach deutschem Verständnis um einen Betreibervertrag in der Rechtsform eines Mietkaufvertrages mit integrierten Planungs-, Betriebs- und Instandhaltungsdienstleistungen.

### **1.5.3 Konzessionsmodelle**

Bei Konzessionsmodellen verpflichtet sich der Auftragnehmer, eine bestimmte Leistung unmittelbar an den Bürger zu erbringen. Im Gegenzug erhält er das Recht (die Konzession), seine Kosten über vom Nutzer zu entrichtende Entgelte oder Gebühren zu finanzieren. Dieses Recht wird durch Verleihung der Berechtigung zur Erhebung einer Gebühr oder durch eine Tarifgenehmigung zur Erhebung eines privatrechtlichen Entgelts übertragen. Gegenstand einer Konzession kann eine Bauleistung (Baukonzession) oder eine Dienstleistung (Dienstleistungskonzession) sein. Beispiele für eine Baukonzession sind etwa mautpflichtige Fernstraßenabschnitte (Warnowtunnel bei Rostock, Travetunnel bei Lübeck), der Flughafen Berlin, das Olympiastadion Berlin. Beispiele für eine Dienstleistungskonzession sind etwa die Übertragung des öffentlichen Personennahverkehrs auf private Nahverkehrsunternehmen oder die Bodenabfertigungsdienste bei Flughäfen.

### **1.5.4 Betriebsführungsmodelle**

Anders als bei den Betreiber- und Kooperationsmodellen bleibt die Verwaltung beim Betriebsführungsmodell selbst Betreiberin der Anlage. Sie überträgt lediglich die Betriebsführung einem privaten Unternehmen, das hierfür ein Entgelt erhält.

### **1.5.5 Kooperationsmodelle**

Beim Kooperationsmodell werden öffentliche Aufgaben auf eine privatrechtliche Gesellschaft übertragen, an der die öffentliche Hand und ein oder mehrere private Unternehmen beteiligt

sind. Beispiele für dieses Modell finden sich etwa im Bereich der Abfallentsorgung, der Wasserversorgung bzw. der Abwasserentsorgung. Hier werden Kooperationsmodelle in Abgrenzung zu Betreibermodellen beschrieben: Während bei den Betreibermodellen die Planung, der Bau, der Betrieb und die Finanzierung der Anlage ausschließlich von einem Privaten übernommen werden, tritt bei Kooperationsmodellen an die Stelle eines rein privatwirtschaftlichen ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen, an dem die Kommune maßgeblich, üblicherweise mit zumindest 51 % der Anteile, beteiligt ist.

Regelmäßig bleibt es hier jedoch nicht nur bei der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung, sondern es kommt zu zusätzlichen Vertragsabreden, bei denen Mietkauf-, Leasing-, Miet- sowie Betreiber- (Contracting-) und Konzessionsvereinbarungen (siehe oben Nr. 1.5.3) integriert werden.

### **1.5.6 Risikopartnerschaften**

Für die Definition von PPP-Projekten wird wesentlich auf den Aspekt der Risikopartnerschaft abgestellt. Damit soll zum Ausdruck kommen, dass es hier nicht primär um die Entwicklung bzw. Vorbereitung von Projekten geht, deren Realisierbarkeit und Realisierungsprofil noch ungewiss sind, sondern um Partnerschaften, die zur Verwirklichung konkreter Aufgaben bzw. definierter Projekte mit konkreten Planungs-, Bau-, Investitions-, Finanzierungs- und Betriebsrisiken eingegangen werden und die dazu führen, dass öffentliche und private Partner zu einer Risikogemeinschaft zusammenfinden.

Wie sich aus der nachfolgenden Übersicht ergibt, kann die vertragliche Risikoverteilung sehr unterschiedlich ausgestaltet sein.

<b>Risikotransfer bei Eigenbau, Mietkauf, Leasing und Miete*</b>				
<b>Inhalt<sup>1)</sup></b>	<b>Eigenbau</b>	<b>Mietkauf</b>	<b>Leasing</b>	<b>Miete</b>
<b>A. Produktionsrisiko</b>				
1. Planungsrisiko	100 <sup>2)</sup>	0 - 100	0 - 100	0 <sup>2)</sup>
2. Grund- und Bodenrisiko	100 <sup>2)</sup>	0 - 100	50 <sup>3)</sup>	0 <sup>2)</sup>
3. Baukostenrisiko	0 - 100	0 - 100	0 - 100	0 <sup>2)</sup>
4. Terminrisiko	100 <sup>2)</sup>	0 - 100	0 - 100	0 <sup>2)</sup>
5. Finanzierungsrisiko	100	0 <sup>2)</sup>	0 <sup>3)</sup>	0 <sup>2)</sup>
6. Zinsänderungsrisiko	100 <sup>2)</sup>	100 <sup>2)</sup>	100 <sup>2)</sup>	0 <sup>2)</sup>
<b>B. Betriebsrisiko</b>				
7. Finanzierungsrisiko	100	100 <sup>2)</sup>	50 <sup>3)</sup>	0 <sup>2)</sup>
8. Zinsänderungsrisiko	100 <sup>2)</sup>	100 <sup>2)</sup>	100 <sup>2)</sup>	0 <sup>2)</sup>
9. Instandhaltungsrisiko	100 <sup>2)</sup>	100 <sup>2)</sup>	100 <sup>2)</sup>	0 <sup>2)</sup>
10. Gewährleistungsrisiko	100 <sup>2)</sup>	100 <sup>2)</sup>	50 <sup>3)</sup>	0 <sup>2)</sup>
11. Gefahrtragungsrisiko	100 <sup>2)</sup>	100 <sup>2)</sup>	0 <sup>3)</sup>	0 <sup>2)</sup>
12. Betriebskostenrisiko	100 <sup>2)</sup>	100 <sup>2)</sup>	100 <sup>2)</sup>	100 <sup>2)</sup>
<b>C. Verwertungsrisiko</b>				
13. Wertsteigerungschance	0	0	0 <sup>2)</sup>	100
14. Verwertungsrisiko	100	100	0 - 100 <sup>2)</sup>	0
15. Flexibilität (Chance)	0	100 <sup>2)</sup>	100 <sup>2)</sup>	100 <sup>2)</sup>

\*) Quelle: Christen, Fallbeispiele zum Wirtschaftlichkeitsvergleich bei Mietkauf, Leasing und Miete, Stand 03/2000  
1) 100: Risiko bei Auftraggeber/Chance bei Auftragnehmer; 0: Risiko bei Auftragnehmer/Chance bei Auftraggeber  
2) Abweichender Risikotransfer vereinbar  
3) Gemäß Vorgaben der Finanzverwaltung nur eingeschränkter Risikotransfer auf Leasingnehmer möglich

## **1.6 PPP/PFI im internationalen Vergleich**

### **1.6.1 Terminologie**

In den USA und in den europäischen Nachbarstaaten gibt es bereits seit vielen Jahren PPP-Projekte. Neben dem Begriff PPP wird verbreitet auch die Abkürzung PFI verwendet. Der Begriff geht zurück auf die in Großbritannien im Jahre 1997 gestartete Private Finance Initiative (PFI). Mittlerweile werden dort über 20 % aller öffentlicher Investitionen über PPP/PFI-Projekte realisiert.

PPP/PFI-Projekte werden im internationalen Vergleich mit Schlagworten zu ihren Leistungsinhalten gekennzeichnet, wobei diese modulartig miteinander kombiniert werden: Verbreitet sind etwa BOT-Modelle (build, operate, transfer/bauen, betreiben, transferieren), BOO-Modelle (build, own, operate/bauen, besitzen, betreiben), BOOT-Modelle (build, own, operate, transfer/bauen, besitzen, betreiben, transferieren), DBFO-Modelle (design, build, finance, operate/planen, bauen, finanzieren, betreiben), BLT-Modelle (build, lease, transfer/bauen, leasen, transferieren), DBOT-Modelle (design, build, operate, transfer/planen, bauen, betreiben, transferieren).

### **1.6.2 Inhalte**

Die britischen PPP/PFI-Projekte beruhen auf dem Grundgedanken, dass der Staat z.B. Büro-, Schul-, Krankenhaus- oder sonstige Hochbauten der sog. sozialen Infrastruktur (z.B. Gefängnisse) nicht mehr selbst plant, finanziert, erwirbt

und betreibt, sondern auf der Grundlage einer sog. Output-Spezifikation direkt auf eine Anlage zugreift, die ein privater Bauherr und/oder Betreiber für ihn als Nutzer gebaut und finanziert hat und über den gesamten Lebenszyklus so betreut, dass der von der öffentlichen Hand definierte Servicelevel beibehalten wird. Dabei wird der PFI-Ansatz von dem Leitgedanken des "win-win" getragen, wonach sich eine PFI-Realisierung für beide Seiten lohnen muss. Hierbei wird nicht nur auf die Liquiditätsbelastungen aus der Finanzierung der Investitionskosten abgestellt. Berücksichtigt wird vielmehr der zusätzliche Wertgewinn, den die öffentliche Hand über den Lebenszyklus einer Anlage hinweg dadurch realisiert, dass sie auf eine stets gepflegte, instandgehaltene und am Stand der Technik orientierte Anlage Zugriff hat, ohne selbst für die Bereithaltung der Anlage verantwortlich zu sein. Für den privaten Partner muss das Engagement rentierlich sein.

## **1.7 PPP als Programm für die Realisierung öffentlicher Infrastruktur-Projekte**

In der aktuellen Diskussion um eine möglichst effiziente Durchführung von Infrastruktur-Projekten wird mit dem PPP-Begriff eine ganz spezielle Programm-Aussage verbunden: Mit Privat-Öffentlichen Partnerschaften soll sich die klassische staatliche Investitionstätigkeit wandeln hin zu einer Nachfrage nach einer ganzheitlichen Dienstleistung, die - wie etwa bei Immobilien- oder Verkehrsinfrastrukturprojekten - das Planen, Bauen, Betreiben, Finanzieren und ggf. auch das Verwerten des Infrastrukturprojekts umfasst.

### **1.7.1 Nachhaltige, auf Dauer angelegte Zusammenarbeit**

PPP ist eine Kooperation von öffentlicher Hand und privater Wirtschaft, die auf Dauer angelegt und nachhaltig ist. Je nach Modelltyp und Ausgestaltung der Verträge wird die Intensität der Zusammenarbeit, der Nachhaltigkeit und der Dauer unterschiedlich ausgeprägt sein. Die Nachhaltigkeit zeichnet sich gerade dadurch aus, dass Effizienzgewinne möglichst in einem ganzheitlichen Ansatz über den Lebenszyklus, d.h. unter Einbeziehung der Planung, Erstellung, Finanzierung, dem Betreiben und dem Verwerten erzielt werden.

### **1.7.2 Partnerschaftliche, interdisziplinäre Zusammenarbeit**

Die Optimierung von Planen, Erstellen, Betreiben, Finanzieren und Verwerten setzt interdisziplinäre Kooperation voraus. Für jedes Segment

gibt es Experten. Das Ziel der bestmöglichen Effizienzsteigerung wird daher nur erreicht werden, wenn es gelingt, im Rahmen der partnerschaftlichen Kooperation die besten Experten aus den verschiedenen Disziplinen zu vereinen. Hierfür müssen geeignete Verfahren entwickelt werden. Die in Deutschland vorherrschenden Strukturen versprechen gerade hier ein erhebliches Optimierungspotenzial: Denn die deutsche Perfektion im Detail, die vielfältigen vertikalen und horizontalen (tayloristischen) Einzelzuständigkeiten, insbesondere auch die einseitigen Ausbildungsstrukturen und die fehlende Ausrichtung der Ausbildung für vernetztes Arbeiten, erschweren das Denken und Arbeiten in Gesamtzusammenhängen. Die Fähigkeit zur interdisziplinären Teamarbeit ist daher als ein - zentraler - Schlüssel für erfolgreiche PPP-Projekte anzusehen.

### **1.7.3 Das Ziel: Effizienzsteigerung, Innovation und Modernisierung von Verwaltung und Wirtschaft**

Die zunehmende Bedeutung von PPP-Projekten erklärt sich vor allem aus den Finanzengpässen der öffentlichen Hände. Allerdings sind PPP-Projekte nicht umsonst zu haben. Wie bei der konventionellen Realisierung müssen die Investitionskosten der PPP-Projekte finanziert werden. Es geht um die Optimierung von Kosten und Erträgen, um die Verbesserung von Organisationsabläufen durch die Zusammenführung von Verantwortlichkeiten, die Verfolgung sich ergänzender Zielsetzungen (win-win-Situationen) und prozessorientiertes Arbeiten. PPP-Projekte, die in ihrem Kern nicht auf Effizienz-

gewinn abzielen, sondern lediglich eine verschleierte Kreditaufnahme beabsichtigen, schaden daher der Glaubwürdigkeit und Akzeptanz des PPP-Leitmotivs.

Verantwortungsbewusstsein ist auch bei den gebührenfinanzierten Konzessionsmodellen geboten. Die Gebührenfinanzierung tritt neben die beiden klassischen Finanzierungsformen des Staates, die Kreditaufnahme und die Steuerfinanzierung. Die Akzeptanz für derartige Strukturänderungen wird bei den Bürgern nur zu erhalten sein, wenn mit einem Systemwechsel insgesamt ein Vorteil verbunden ist. Alle Beteiligten eines PPP-Projekts sollten sich daher dem Ziel der Effizienzsteigerung verschreiben: Es geht darum, anstehende Projekte effizienter, besser und wirtschaftlicher zu gestalten. Warum sollte man für etwas 100 zahlen, wenn es bei gleicher Qualität auch für 90 oder 85 zu erhalten ist? Dieser Erfolg muss messbar und nachvollziehbar sein, er muss auf eine bestimmte Benchmark bezogen werden, seien es Projektdaten von früheren Projekten, Marktpreise von Vergleichsprojekten, Vergleichsmieten usw. Insofern kommt der Entwicklung von Wirtschaftlichkeitsvergleichen eine entscheidende Bedeutung zu. In die Verfahren müssen Automatismen eingebaut werden, die Anreize für die Zielerreichung geben. Innovation darf nicht verboten und bestraft, sondern muss gefordert und gefördert werden. Alle Beteiligten sowohl auf Seiten der öffentlichen Hand als auch auf Seiten der Wirtschaft müssen dafür gewonnen werden, sich den neuen Anforderungen zu stellen und diesen Weg mit

dem Ziel der Effizienzsteigerung, Innovation und Modernisierung mitzugehen.

## 2. Projektdefinition und grobe Spezifikation

Nach den allgemeinen Regeln des Projektmanagements müssen jedem Projekt eine Projektdefinition und eine - zumindest grobe - Spezifikation vorangehen. Beide sind jedoch vom jeweiligen Gegenstand der Public Private Partnership abhängig und können in einem PPP-Prozessleitfaden nur erwähnt, nicht aber näher ausgeführt werden.

Die **Projektdefinition** umfasst in der Regel folgende Punkte:

- Beschreibung der Projektziele
- Projektabgrenzung
- Grobe Darstellung der Strategie, des Inhalts und Umfangs des Projekts
- Ressourcen- und Zeitbedarf
- Wirtschaftlichkeitsuntersuchung
- Risikoanalyse.

Die Projektdefinition muss mit allen beteiligten Stellen (intern: innerhalb der eigenen Behörde oder Organisationseinheit und extern: ggf. mit anderen Behörden oder Organisationseinheiten) abgestimmt werden. Wann politische Entscheidungsträger (Minister, Oberbürgermeister, Landrat; auch Personalrat) einzuschalten sind, richtet sich nach den jeweiligen Regelungen und Gepflogenheiten und hängt auch vom Stadium des Verfahrens ab.

Bei der **Projektspezifikation** geht es darum, die Darstellung von Inhalt und Umfang des Projekts

aus der Projektdefinition weiter zu verfeinern. Dabei kommt es darauf an, ob die Verwaltung das Projekt unmittelbar ausschreiben oder ob sie zunächst die Projektspezifikation selbst zum Gegenstand eines Vergabeverfahrens machen möchte. In jedem Fall wird sie aber nicht umhin können, eine grobe Spezifikation zu erarbeiten. Das ist auch sachgerecht, weil sie ohne entsprechende eigene Vorstellungen nicht erwarten kann, vernünftige Angebote zu erhalten.

Pragmatische Überlegungen bei der Strukturierung des Projektverlaufes schaffen Klarheit und kommunizierbare Strukturen. Hilfreich ist oftmals die frühzeitige Festlegung der **Projektphasen**, die schlagwortartig wie folgt bezeichnet werden können:

- Findungsphase
- Gestaltungsphase
- Betriebsphase
- Beendigungsphase.

Beispielhafte Fragestellungen für die einzelnen Projektphasen finden sich nachstehend und ergeben sich aus den Erläuterungen in Nr. 7. Der jeweilige Detaillierungsgrad der Projektspezifikation wird sich sicher im zeitlichen Projektverlauf erhöhen.

- **Findungsphase**
    - o Kann die Wahrnehmung der in Frage stehenden öffentlichen Aufgaben auf anderem Wege als der Gründung einer PPP leichter bewerkstelligt werden?
    - o Geht es bei der Erfüllung der in Frage stehenden öffentlichen Aufgaben um die Ausübung hoheitlicher Tätigkeiten oder (nur) betrieblicher Tätigkeiten? Welche prozentualen Anteile haben bei gegebenem Mischverhältnis die einzelnen Tätigkeiten? Wird die PPP nur auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung oder auch auf dem Gebiet der Eingriffsverwaltung tätig?
  
  - **Gestaltungsphase**
    - o Ist die Wirtschaftlichkeit der PPP belastbar prognostiziert?
    - o Wie wird die verfassungsrechtlich gebotene Ingerenzfunktion des öffentlichen Partners gesichert?
    - o Wie werden die berechtigten Interessen des privaten Partners gesichert?
    - o Was geschieht bei Ausfall des privaten Partners?
    - o Wie werden der Tätigkeitsbereich der PPP abgegrenzt und rechtlich zulässige Rahmenbedingungen seines Umfangs dargestellt, um eine belastbare Zukunftsplanung (Geschäftsplan) der PPP zu ermöglichen?
  
  - o Welche Risikoverteilung soll vorgenommen werden?
  - o Welche Verwaltungs- bzw. Managementvorgänge sollen ausschließlich IT-gestützt erfolgen?
  - o Wer soll wofür verantwortlich sein?
  - o Wer soll wofür haften?
  - o Wie und wann kann eine PPP regulär beendet werden?
  - o Welche personalrechtlichen und daraus abgeleitete sonstige Konsequenzen werden für den Fall der Übernahme von öffentlich Beschäftigten (Beamte, Angestellte) in die PPP vorgesehen?
- **Betriebsphase**
    - o Welche Einnahmeregulierung soll für die PPP angestrebt werden?
    - o Welche Kontrollorgane (z.B. Aufsichtsrat) sollen eine Rolle spielen?
    - o Wie erfolgt das Controlling (intern und extern)?
    - o Welche Kontrollformen sind angezeigt, z.B. Normbefolgungs- oder Normkonkretisierungskontrolle, nachfolgende oder begleitende Kontrolle?
    - o Was soll kontrolliert werden, Entscheidungen, Beschlüsse, Geldflüsse?
    - o Welche haushaltsrechtlichen Grenzen (z.B. Haushaltssperre) gibt es für die PPP?

- o Wie soll die Offenlegung der Arbeit und der Ergebnisse der PPP erfolgen?
- o Welches Konfliktlösungsverfahren bietet sich an?
- o Wie wird die Wirtschaftlichkeit sichergestellt?
  
- **Beendigungsphase**
  - o Wie werden in der PPP vorhandene Wirtschaftsgüter verwertet?
  
  - o Was passiert mit dem bei der PPP beschäftigten Personal?
  
  - o Was passiert bei Insolvenzreife der PPP?
  
  - o Wer erfüllt die öffentliche Aufgabe nach Beendigung der PPP?

### 3. Eignung öffentlicher Aufgaben für PPP-Lösungen

Soweit die öffentliche Hand PPP-Lösungen zur Erfüllung von Aufgaben anstrebt, stellt sich die Frage nach der generellen Eignung der jeweiligen Aufgabe für eine Wahrnehmung durch Private. Die Antwort hat insbesondere zu berücksichtigen, ob unter welchen Bedingungen und mit welchen Folgen PPP-Lösungen die Aufgabenerfüllung sicherstellen oder optimieren können.

Deshalb sollen zunächst beispielhaft die auslösenden Faktoren für das wachsende Interesse der öffentlichen Hand an der Einbeziehung privaten Know-hows und Kapitals in die Erfüllung der eigenen Aufgaben sowie Praxisbeispiele für Organisations- und Finanzierungsmodelle (vornehmlich aus dem kommunalen Bereich) benannt werden.

Die auslösenden Faktoren für das Interesse an PPPs und die in der Praxis häufig vorkommenden Organisations- und Finanzierungsformen ähneln sich bei allen Verwaltungsebenen. Weil auf der kommunalen Ebene das größte PPP-Potenzial existiert, wird die Darstellung auf diesen Bereich fokussiert. Die anschließende Betrachtung wesentlicher Aspekte der rechtlichen Zulässigkeit von PPP-Lösungen differenziert hingegen nach

den Verwaltungsebenen Länder und Kommunen sowie nach Handlungsbereichen.

#### 3.1 Auslösende Faktoren für PPPs auf der kommunalen Ebene

- Wachsende **Haushalts- und Liquiditätsengpässe** stellen die herkömmlichen Formen der Aufgabenerfüllung - insbesondere die Bereitstellung der zur Aufgabenerfüllung benötigten baulichen Infrastruktur - in Frage. Viele Kommunen können ihren Verwaltungshaushalt nicht mehr ausgleichen und verfügen faktisch über keine eigene Investitionskraft.
- Die angespannte Finanzlage hat zu einem erheblichen **Verfall der Investitionstätigkeit** geführt. Das heutige Investitionsvolumen der Kommunen liegt um mehr als ein Drittel unter dem Niveau von 1992. Der großteils unabwendbare Investitionsbedarf resultiert vorrangig aus **Ersatz- und Modernisierungsinvestitionen** und erstreckt sich auf alle Aufgabenbereiche.
- Das deutsche Institut für Urbanistik hat für den Zeitraum von 2000 bis 2009 den kommunalen Investitionsbedarf in Höhe von mehr als **686 Mrd. €** geschätzt.

Kommunaler Investitionsbedarf in Deutschland 2000 bis 2009 - in DM/Euro

Bereich	Deutschland				
	Mrd. Euro	Mrd. DM	Euro pro Einw.	DM pro Einw.	In %
Leitungsgebundene Energieversorgung	41,7	81,5	508	993	6,1
Wasserversorgung und Umweltschutz	125,2	244,9	1.526	2.985	18,2
Verkehr (Straßen und ÖPNV)	179,0	350,0	2.182	4.266	26,1
Soziale Infrastruktureinrichtungen	128,6	251,5	1.568	3.066	18,7
Kommunale Verwaltungsgebäude	18,8	36,7	229	447	2,7
Kommunale Telekommunikation	5,1	10,0	62	122	0,7
Kommunaler Wohnungsbau	48,0	93,8	584	1.143	7,0
Sonstige kommunale Investitionsbereiche	103,1	201,7	1.257	2.459	15,0
Erwerb von kommunalem Grundvermögen	36,8	72,0	449	878	5,4
<b>Insgesamt</b>	<b>686,3</b>	<b>1.342,1</b>	<b>8.365</b>	<b>16.360</b>	<b>100</b>

Quelle: Difu-Berichte 3/2001, Seite 7

Wenn der Bedarf im genannten Zeitraum gedeckt werden soll, müsste das kommunale Investitionsniveau ab sofort und dauerhaft im Westen um etwa 50 % und im Osten 80 % über dem heutigen Niveau liegen.

- Vor dem Hintergrund der schwierigen finanzpolitischen Situation kommt der Optimierung der öffentlichen Ausgaben und Aufgaben eine zentrale Bedeutung zu. Das Leitmotiv einer möglichst umfassenden Effizienzsteigerung erklärt insofern das steigende Interesse an PPP-Projekten: Auch wenn bei den bisherigen deutschen Projekten der ganzheitliche Ansatz

mit der Optimierung von Planen, Bauen, Finanzieren, Betreiben noch nicht oder nur unvollkommen praktiziert wurde, signalisieren vorliegende Projektberichte ein Einsparpotenzial in einer Größenordnung von 15-20 % gegenüber den Planungsdaten (vgl. **Anlage 3.1** zu 26 Immobilien-Mietkauf und Leasingprojekten). PPP-Projekte versprechen insofern auch eine haushaltsentlastende Wirkung.

- Die **Liberalisierungs- und Privatisierungspolitik** der EU und des Bundes stellen zunehmend kommunale Aufgaben der Daseinsvorsorge (z. B. Strom- und

- Gasversorgung, Abfallentsorgung, ÖPNV) in den Wettbewerb mit privaten Anbietern.
- Alternative Finanzierungsformen (Leasing, Mietkauf, Contracting) kommen zu meist nur bei klar abgegrenzten Einzelprojekten zum Einsatz. Die Durchführung kommunaler Aufgaben - insbesondere der Betrieb von Einrichtungen - lässt sich auf diesem Wege allerdings nicht gewährleisten.
  - Zunehmend spielen administrative Kompetenz- und Kapazitätsprobleme der Kommunalverwaltungen eine Rolle bei der Wahl alternativer Handlungsformen. Ausgelöst durch den finanziellen Handlungsdruck haben viele Kommunen parallel zum Rückgang der Investitionstätigkeit und der Instandhaltung der baulichen Infrastruktur den Personalbestand in den Planungs- sowie Hochbau- und Tiefbauämtern reduziert. Kommunen, die z. B. ein Sanierungsprogramm für die Schulgebäude planen, verfügen häufig nicht mehr über eine ausreichende personelle Ausstattung, um die erforderlichen Vorbereitungs- und Planungsaufgaben sowie die Bauherrenfunktion für derartig umfassende Projekte selbst auszuführen.
  - Die Rahmenbedingungen für die Erfüllung der in der „Kernverwaltung“ verbliebenen Aufgaben unterliegen einem nachhaltigen Veränderungsprozess. Durch Einführung des sog. „Neuen Steuerungsmodells“ haben viele Kommunen die Output-orientierung zur Steuerungsgrundlage für die Aufgabenerfüllung gemacht (Budgetie-
- rung, dezentrale Ressourcenverantwortung) und arbeiten mit entsprechenden Steuerungsinstrumenten. Dieser Prozess fördert tendenziell die Bereitschaft für die Umsetzung von PPP-Lösungen.
- Ein weiterer Faktor für das steigende Interesse der Kommunen (sowie von Bund und Bundesländern) an PPP-Lösungen liegt schließlich in dem Bekanntwerden ausländischer Erfahrungen. Hier ist insbesondere auf PPP-Projekte im Vereinigten Königreich und in anderen europäischen Staaten wie z. B. Frankreich oder den Niederlanden zu verweisen. Vor allem diese Erfahrungen haben den Anstoß für die im Herbst 2001 gestartete Public Private Partnership - Initiative der nordrhein-westfälischen Landesregierung gegeben, in deren Rahmen bis Anfang 2003 mehrere kommunale Pilotprojekte aus dem Schulbereich initiiert wurden.
  - Die ausländischen Erfahrungen indizieren die Chance von erheblichen Effizienzsteigerungen: So berichtet die britische Studie von Arthur Andersen/ London School of Economics aus dem Jahre 2000, dass bei 29 britischen PFI-Projekten durch den ganzheitlichen Ansatz und die Optimierung von Planen, Errichten, Finanzieren und Betreiben Effizienzgewinne von durchschnittlich 17 % erzielt werden konnten.
- Zusammenfassend kann konstatiert werden: Die vielgestaltigen Privatisierungs-, Ausgliederungs- und Verwaltungsmodernisierungsprozesse för-

dem generell die Aufgeschlossenheit der Kommunen für neue Formen der Aufgabenerfüllung in Gestalt ganzheitlicher PPP-Lösungen.

„Insgesamt hat die Entwicklung hin zu Mischformen von öffentlicher, verwaltender und privater, marktorientierter Aufgabewahrnehmung zu tiefgreifenden Veränderungen in der Art und Weise der Erfüllung der öffentlichen Aufgaben geführt. Damit verbunden sind grundlegende Veränderungen hinsichtlich der Steuerungsmöglichkeiten durch die zum Teil zurückgedrängte und zum Teil sich aber auch selbst zurückziehende öffentliche Hand“.<sup>5</sup>

## 3.2 Organisations- und Finanzierungsformen von PPPs

### 3.2.1 Praxisbeispiele

Seit den 80er Jahren haben Banken und Industrieunternehmen verstärkt ein auf die Bereitstellung von staatlichen und kommunalen Infrastruktureinrichtungen ausgerichtetes Instrumentarium privatwirtschaftlicher Organisationsformen (z. B. Konzessionsmodell, Betreibermodell) und Finanzierungsformen (z. B. Leasing, Mietkauf) entwickelt.

Diese Organisations- und Finanzierungsformen werden entsprechend dem Begriffsverständnis dieses Leitfadens (Kapitel 1.5 u. 1.6) nur insoweit den Public Private Partnerships zugeordnet,

als sie Teil einer Gesamtlösung sind, die auch Betreibererelemente und eine Risikoverteilung zwischen den Partnern beinhaltet. Praktische Bedeutung haben sie sowohl im staatlichen wie im kommunalen Bereich erlangt.

Die Beispiele für realisierte oder geplante PPPs aus dem **staatlichen Bereich** sind nicht annähernd so zahlreich und vielgestaltig wie jene aus dem kommunalen Bereich. Bekannte Projekte sind :

- der Warnowtunnel in Rostock,
- der Travetunnel in Lübeck,
- der Flughafen Berlin-Brandenburg International sowie
- das Olympiastadion Berlin.

Dabei handelt es sich ausschließlich um Konzessionsmodelle. Die im staatlichen Bereich vielfach anzutreffenden Leasing-, Mietkauf- und Investorenmodelle sind unter anderem dadurch gekennzeichnet, dass sie die Finanzierung in den Mittelpunkt stellen und keine oder nur marginale Elemente der Risikoverteilung zwischen den Beteiligten, wie sie für PPP-Lösungen typisch sind, enthalten, weshalb sie hier auch unerwähnt bleiben.

Im **kommunalen Bereich** finden sich schon seit Jahrzehnten vielfältige Formen der Zusammenarbeit mit privaten Akteuren bei der Verfolgung gemeinsamer Interessen, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben oder bei der Erstellung, Finanzierung und dem Betrieb öffentlicher Einrichtungen.

---

<sup>5</sup> Deutsches Institut für Urbanistik (Difu), Liberalisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgabenbereiche in Kommunen - sozial-ökologische Problemlagen und Chancen für eine nachhaltige Entwicklung, Sondierungsprojekt des BMBF, Berlin, Oktober 2001, S. 4.

Die dort anzutreffende Gestaltungsvielfalt lässt sich nach folgenden Kriterien typisieren:<sup>6</sup>

- nach **Art und Herkunft der Kooperationspartner**

- Gemeinden,
- Industrie- und Handelskammern,
- Unternehmen,
- lokale Kreditinstitute und
- Hochschulen.

- nach dem **Formalisierungsgrad der Kooperation** sowie

- informelle Kooperationen (Informations- und Erfahrungsaustausch, gemeinsame Arbeitskreise, Ausschüsse oder Kommissionen),
- auf Verträgen basierende Kooperationen und
- der Zusammenschluss öffentlicher und privater Partner in gemeinsamen Gesellschaften oder gemischtwirtschaftlichen Unternehmen.

- nach **Handlungsfeldern.**

Die folgende Auswahl kommunaler Praxisbeispiele für durchgeführte PPP-Lösungen stellt nur einen kleinen Ausschnitt aus dem Spektrum der in Betracht kommenden Handlungsfelder dar. Tatsächlich finden sich PPP-Lösungen in fast allen Handlungsfeldern der Leistungsverwaltung.

Die im kommunalen Bereich bei der Bereitstellung von Verwaltungsgebäuden / Rathäusern zahlreich praktizierten Leasing-, Mietkauf- und Investorenmodelle werden aus den oben genannten Gründen ebenfalls nicht durch Beispiele belegt.

---

<sup>6</sup> Vgl. Schuppert, F., Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts, S. 10 ff, (Rechts- und verwaltungswissenschaftliches Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern)

## Beispiele: Wahrnehmung kommunaler Aufgaben in PPP- Form

### Städtebau / Stadtentwicklung

- **Konversionsprojekte** mit Beteiligung von Kommunen, dem Bund (teilweise) und privaten Projektentwicklern in den meisten Bundesländern.
- **„AEG-Kanis“ in Essen** - Kooperationsmodell  
Entwicklung eines neuen Stadtquartiers auf den Flächen des ehemaligen Betriebsgeländes der Firma „AEG-Kanis“.  
Beteiligte: Landesentwicklungsgesellschaft Nordrhein-Westfalen - LEG - als privatwirtschaftlicher Developer, die gemischtwirtschaftlich organisierte Essener Wirtschaftsförderungsgesellschaft - EWG - (Stadt Essen einerseits sowie Kammern, Verbände, große und mittelständische Unternehmen andererseits halten jeweils 50 % des Stammkapitals) sowie die Stella Musical AG.

### Wirtschaftsförderung

- **Gesellschaft für Wirtschaftsförderung - GFW Duisburg**  
Eine der ersten Wirtschaftsförderungsgesellschaften in PPP-Struktur, gegründet 1988. Gesellschafter sind je zur Hälfte die Stadt Duisburg und zahlreiche Wirtschaftsunternehmen der Stadt Duisburg.
- **Cartec - Technologie- und Entwicklungszentrum Lippstadt**  
Unterstützung von technologieorientierten innovativen Unternehmensgründungen im Bereich der Automobilzuliefererindustrie.  
Gesellschafter: Kreis Soest, Stadt Lippstadt, örtliche Kreditinstitute und mehrere private Wirtschaftsunternehmen.

### Bereitstellung von Schulen

- Sanierung und Erweiterung einer Schule in **Gera** - Mietkaufmodell mit PPP-Elementen.
- Sanierung, Unterhaltung und Bewirtschaftung der Schulen in der Schulträgerschaft des Kreises **Offenbach** - Nutzungsüberlassungsmodell.
- Errichtung und Betrieb einer Sonderschule im **Erftkreis** - Nutzungsüberlassungsmodell.

### Abfallentsorgung

- **Kompostieranlage Heinsberg** (NRW) - Betreibermodell.
- **Haus- und Siedlungsmüllentsorgung Greifswald** - Betreiber / Kooperationsmodell.

### **Wasserversorgung - Abwasserbeseitigung**

- Kanalisation Stadt **Schwerte** - Kooperationsmodell.
- Wasserver- u. Abwasserentsorgung **Rostock** - Betreibermodell.

### **Öffentlicher Personennahverkehr**

- **Biberacher Nahverkehrsverbund** - Betreibermodell  
Zusammenschluss zahlreicher privater Verkehrsunternehmen des Landkreises, der Stadtwerke Biberach GmbH, der DB ZugBus Regionalverkehr Alb-Bodensee GmbH sowie des Landkreises Biberach.
- **Betrieb von Parkhäusern in Konstanz** - Betreibermodell  
Beteiligung der Stadt an drei von privaten Betreibergesellschaften bewirtschafteten Parkhäusern mit einem verbindlichen Betreiberkonzept.

### **Informationstechnologie**

- **Digitales Ruhrgebiet** - Betreibermodell  
Ziel: Aufbau einer Internetplattform für die Interaktion zwischen öffentlicher Hand, Bürgern und Wirtschaft  
Beteiligte: Land NRW, Kommunen, IT-Wirtschaft: Cap Gemini, Cosinex
- **„hamburg.de“** - Betreibermodell  
Internetplattform für Hamburg und Umland mit kommerziellen Inhalten und Dienstleistungen - Erweiterung des früher rein staatlichen Angebotes  
Gesellschafter: S-Online Schleswig-Holstein GmbH, Hamburgische Landesbank, Hamburger Sparkasse, Kreissparkasse Harburg sowie die Freie und Hansestadt Hamburg.

- **Informationstechnik der Stadtverwaltung Wiesbaden**

Beabsichtigte Zusammenarbeit zwischen Privatwirtschaft und Landeshauptstadt Wiesbaden bei der informationstechnischen Unterstützung der Stadtverwaltung - Geschäftsmodell mit gemeinsamer unternehmerischer Verantwortung.

Das Projekt befindet sich in der Ausschreibungsphase. Die Leistungen sollen durch ein zu gründendes gemeinschaftliches Unternehmen mit max. 51 % Geschäftsanteile in privater Hand erbracht werden.

Mit speziellem Fokus auf die Bereitstellung der für die kommunale Aufgabenerfüllung benötigten Immobilien werden in jüngster Zeit verstärkt **ganzheitliche PPP-Ansätze** entwickelt. Dabei handelt es sich um komplette Dienstleistungspakete für die private Bereitstellung von Bauwerken und Anlagen, die den gesamten Lebenszyklus von der Planung und den Bau über Nutzung und Betrieb bis hin zum Abriss einbeziehen. Geeignet und besonders interessant sind diese Modelle auch für die Sanierung, Modernisierung, Instandhaltung und Bewirtschaftung des Gebäudebestandes einer Kommune.

Von exemplarischer Bedeutung für den (zukünftigen) Stellenwert derartiger PPP-Modelle sind die kommunalen **Schulgebäude**. Zur Bewältigung des in diesem Bereich bestehenden Sanierungsstaus wird alleine für Nordrhein-Westfalen ein Finanzvolumen von 5 Mrd. € veranschlagt.

Zur Lösung dieses Problems in Eigenregie sind viele Kommunen objektiv nicht in der Lage.

Diese Modelle werden von den Anbietern als „**Nutzungsüberlassungsmodelle**“ bezeichnet. Dabei handelt es sich um Varianten des Betreibermodells. Die Modelle bilden die Grundlage für mehrere z. Zt. in Durchführung / Vorbereitung befindliche Pilotprojekte insbesondere in Nordrhein-Westfalen.

### 3.2.2 Vor- und Nachteilsabwägung am Beispiel eines Nutzungsüberlassungsmodells

Die folgende Abwägung der **Vorteile** und **Nachteile** der Durchführungsalternativen „Eigenbau“ und „PPP-Modell“ aus Sicht der Kommune zeigt auf, welche Vorteile dem Grunde nach bei einem PPP-Modell vorliegen können. Die „Bilanz“ der Vor- und Nachteile einer konkreten PPP kann allerdings in Abhängigkeit von den tatsächlichen Ausgangsbedingungen und der Modellstruktur auch anders ausfallen.

<b>Kommunale Eigenerstellung</b>	
Volle Handlungsfreiheit der Kommune - „Es kann auch alles beim alten bleiben!“ (Vorteil?)	+
Kommunalkredit bei der Finanzierung - in der Regel unschlagbar günstig	+
Instandhaltung wird vernachlässigt	-
Fokussierung auf Investitionskosten - Lebenszykluskosten werden vernachlässigt	-
Risiken alleine bei der Kommune - Bauzeitüberschreitung, Nachträge, Betriebsstörungen	-
Zusätzliches Personal erforderlich / hohe interne Transaktionskosten	-
Zielkonflikte / Reibungsverluste durch Schnittstellenprobleme in der Verwaltung	-
Höhere Gesamtbelastung	-

<b>PPP-Modell</b>	
Das Problem (marode Schulen!) wird auf jeden Fall gelöst!	+
Instandhaltung wird gesichert!	+
Risikoverteilung - z. B. Bauzeitüberschreitung - auf die Beteiligten	+
Verhandlungsverfahren begünstigt innovative und kostensparende Lösungen	+
Geringere Baukosten durch professionelles Baumanagement	+
Langfristige Kostensicherheit	+
Geringere Gesamtbelastung	+
Finanzierungskosten - in der Regel höher	+/-
Hoher Konzeptionierungsaufwand / externe Transaktionskosten	-

In den Pilotprojekten der PPP-Initiative der nordrhein-westfälischen Landesregierung durchgeführte Wirtschaftlichkeitsanalysen einschließlich PSC-Ermittlung (vgl. Anlage 9.1.4) zeigen die Möglichkeit auf, dass der Vorteil einer PPP-Lösung für die Kommune so groß sein kann, dass - trotz erheblicher Investitionen in die Sanierung und Modernisierung der Schulgebäude - die bisherigen Aufwendungen der Kommune für Bau, Unterhaltung und Betrieb der Schulgebäude zurückgehen oder zumindest gleichbleiben können.

### **3.3 Rechtliche Zulässigkeit der Aufgabenübertragung auf Private**

#### **3.3.1 Rechtliche Rahmenbedingungen von PPP**

Mangels besonderer gesetzlicher Regelungen für PPP gibt es auch keine spezifischen rechtlichen Hindernisse für PPP-Projekte. Anforderungen können daher nur aus allgemeinen Regelungen abgeleitet werden. Dabei kann

im Wesentlichen auf die zu Outsourcing- und Privatisierungsprojekten entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden. Das Fehlen eines spezifischen Regelungsrahmens schafft allerdings den Freiraum u.a. für eine individuelle Verantwortungsverteilung zwischen den Beteiligten.

#### **3.3.1.1 Verfassungsrechtliche Grenzen**

Die „klassischen Staatsaufgaben“ sind kein statischer, sondern ein dynamischer Begriff; sie unterliegen dem gesellschaftlichen und technologischen Wandel. Beispiele hierfür sind die staatsorganisationsrechtlichen Normen der Art. 83 ff. GG (Verwaltungsmonopole), die in einigen Bereichen in der Vergangenheit die Privatisierung hinderten. Nach deren Änderung wurden z.B. die Flugsicherung, die Bahn, die Post und das „Fernmeldewesen“ (Telekom) privatisiert.

Eine Konkretisierung findet der Grundsatz der „Nichtprivatisierungsfähigkeit“ in Vorschriften,

nach denen Vollstreckungsaufgaben, die Ausübung unmittelbaren Zwangs oder der Gebrauch von Waffen besonderen Personengruppen vorbehalten ist. In der Konsequenz bedeutet dies, dass solche Aufgaben in ihrem Kern nicht privatisierbar sind, weil sie nur von Angehörigen des öffentlichen Dienstes wahrgenommen werden können. Möglich ist aber auch hier die Übertragung von Infrastrukturaufgaben oder bestimmte Unterstützungsfunktionen, z.B. die Beteiligung privater Wachdienste beim Objektschutz.

### 3.3.1.2 Verwaltungsrechtliche Grenzen

Hoheitliche Aufgaben (des Gesetzesvollzugs) sind regelmäßig in den entsprechenden Bundes- oder Landesgesetzen einem Hoheitsträger (Bund, Land, Kommune) zugewiesen. Ohne Gesetzesänderung ergeben sich in ihrem Kern keine Gestaltungsmöglichkeiten. PPP-Ansätze ergeben sich allerdings bei der Einschaltung von „Verwaltungshelfern“ und bei der Beleihung von Privaten.

- **Verwaltungshelfer**

Eine besondere Ermächtigungsgrundlage ist für ihre Einschaltung nicht erforderlich. Es muss lediglich das Direktionsrecht des für die Aufgabenerfüllung Zuständigen gesichert bleiben.

Für die Abfall- und Abwasserentsorgung darf der Staat sich „Dritter“ nur nach Maßgabe der Gesetze bedienen, da mit der Monopolisierung der Aufgabe beim Staat eine spezifisch hoheitliche Aufgabenerfüllung festgesetzt ist; es ist hier

eine Ermächtigungsgrundlage zu fordern, die in beiden Fällen aber vorliegt.

- **Beleihung**

Für die Beleihung ist ein formelles Gesetz nötig. Soweit in dem für die Fachaufgabe einschlägigen Fachgesetz keine Ermächtigung vorhanden ist, wäre daher für das konkrete Projekt eine spezielle Ermächtigung erforderlich.

### 3.3.1.3 Beispiele

- **Abwasserbeseitigung - Wasserhaushaltsgesetz**

Mit der prinzipiellen Monopolisierung der Aufgabe ist eine spezifisch hoheitliche Aufgabenerfüllung festgelegt. Hier ist eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für eine Übertragung auf Dritte zu fordern. Diese liegt mit § 18 Abs. 2 S. 3 WHG vor.

Die Entsorgungsaufgabe als solche ist der Übertragung auf Private entzogen. Auch sind einzelne Tätigkeitssegmente wie der Erlass von Beitrags- und Gebührensatzungen sowie die satzungsgemäße Durchsetzung des Anschluss- und Benutzungszwanges der Übertragung auf einen Privaten entzogen.

Bestehen solche Beschränkungen nicht, können sich – wie § 18 Abs. 2 S. 3 WHG formuliert – die „zur Abwasserbeseitigung Verpflichteten ... zur Erfüllung ihrer Pflichten Dritter bedienen“. Danach ist eine Übertragung der Aufgabendurchfüh-

rung bzw. –erledigung, also etwa der Teilleistungen Sanierung, Planung, Bau, Finanzierung und Betrieb, grundsätzlich möglich.

- **Abfallentsorgung**

In der Abfallentsorgung ist mit der prinzipiellen Monopolisierung der Aufgabe eine spezifisch hoheitliche Aufgabenerfüllung festgelegt. Hier ist eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für eine Übertragung auf Dritte zu fordern. Diese liegt mit § 16 Abs. 1 S. 1 KrW- / AbfG vor: „Die zur Verwertung und Beseitigung Verpflichteten können Dritte mit der Erfüllung ihrer Pflichten beauftragen“.

- **Datenverarbeitung**

PPP-Projekte im Bereich der Datenverarbeitung sind in zwei Konstellationen denkbar:

- Die Verwaltung beauftragt einen privaten Dienstleister mit Aufgaben im Bereich der Datenverarbeitung (z.B. Betrieb von PC-Netzwerken, Rechenzentrumsleistungen).
- Private Unternehmen beteiligen sich an einem bisher öffentlichen (staatlichen oder kommunalen) IuK-Dienstleister (Datenzentrale, Rechenzentrum).

Ob es sich hierbei um ein klassisches Privatisierungsprojekt, um Outsourcing oder um ein echtes PPP-Projekt handelt, ist in erster Linie eine Frage der Vertragsgestaltung.

Für staatliche Rechenzentren, in denen Steuerverfahren eine relevante Größe sind, bestimmt § 20 Abs. 2 S. 3 Finanzverwaltungsgesetz, dass „technische Hilfstätigkeiten durch automatische Einrichtungen eines anderen Bundeslandes oder anderer Verwaltungsträger“ verrichtet werden können.

Besondere Regelungen zur Übertragung von Rechenzentrumsaufgaben der Finanzverwaltung auf ein Unternehmen fehlen. Aus der zitierten Vorschrift kann gefolgert werden, dass dies nicht zulässig sein soll. Darüber hinaus wird in der steuerrechtlichen Diskussion die Auffassung vertreten, dass eine solche Übertragung die Gefahr einer Abhängigkeit der Landesfinanzverwaltung als Kernbereich der staatlichen Eingriffsverwaltung von einem Privatunternehmen beinhalten würde. Maßnahmen, die zu einer Abhängigkeit der Steuerverwaltung von einem privaten Unternehmen führen könnten, seien mit Art. 33 Abs. 4 GG nicht vereinbar; der Kernbereich staatlicher Tätigkeit sei durch Angehörige des öffentlichen Dienstes auszuüben, die in einem engen Abhängigkeitsverhältnis zum Staat stehen.

Keine rechtlichen Bedenken bestünden gegen unselbständige „mechanische Hilfstätigkeiten“ oder privatrechtliche Vereinbarungen zur Beschaffung der für den Einsatz der Informationstechnik erforderli-

chen Sachmittel. Insbesondere brauchen die erforderlichen Rechenanlagen nicht im Eigentum der Länder zu stehen.

In die gleiche Richtung wird z.B. hinsichtlich des Outsourcing von IT-Dienstleistungen für den Justizbereich argumentiert. In § 126 Abs. 2 Grundbuchordnung (GBO) wird ausdrücklich gefordert, dass das Grundbuch in „maschinellem Form“ nur bei einer staatlichen Stelle oder einer juristischen Person des öffentlichen Rechts geführt werden darf.

Vergleichbare Restriktionen enthält das Sozialrecht in § 80 SGB X – Sozialverfahren und Sozialdaten-schutz. Der überwiegende Teil der Speicherung des Datenbestandes muss danach bei einer öffentlichen Stelle verbleiben. Praktische Bedeutung hat dies insbesondere für kommunale Rechenzentren, in denen Sozialhilfe-, Jugendhilfe- oder Wohngeldverfahren laufen.

Allerdings bieten sich im Rahmen einer PPP auch Gestaltungsmöglichkeiten, mit denen den rechtlichen Bedenken die Grundlage entzogen würde. So kann sich der private Partner zwar nicht an einem öffentlich-rechtlichen verfassten Rechenzentrum beteiligen. Möglich ist jedoch die Gründung gemeinsamer Tochterunternehmen, die wesentliche betriebliche Aufgaben für das Rechenzentrum übernehmen. Besondere Bedeutung hat dabei im

Rahmen von Vereinbarungen zur Datenverarbeitung im Auftrag die Festlegung der jeweils erforderlichen technischen und organisatorischen Maßnahmen zur Datensicherheit.

### **3.3.2 Kommunalrechtliche Rahmenbedingungen**

PPP-Modelle unterliegen vielfältigen kommunalrechtlichen Rahmenbedingungen. Diese werden am Beispiel der nordrhein-westfälischen Vorschriften skizziert, wobei die Rechtslage in den übrigen Ländern grundsätzlich vergleichbar ist. Ein spezieller Rechtsrahmen für PPP-Modelle auf kommunaler Ebene besteht nicht. Obwohl bestehende kommunalrechtliche und haushaltsrechtliche Vorschriften bzw. deren Auslegung - z. B. durch die jeweilige Kommunalaufsichtsbehörde - im Einzelfall die Realisierung bestimmter Varianten erschweren oder verhindern können, zeigen die bisherigen Erfahrungen, dass sich bei Beachtung bestimmter Vorschriften (z. B. des Veräußerungsverbot des für die Aufgabenerfüllung benötigten Vermögens) durchaus - für beide Vertragsparteien - rechtssichere und wirtschaftlich interessante Gestaltungsvarianten finden lassen.

Insbesondere schließt der in vielen Kommunen bestehende Zwang zur Aufstellung von Haushaltssicherungskonzepten die Umsetzung von PPP-Lösungen nicht aus. Die teilweise diskutierten „steuergetriebenen“ Modellvarianten - wie z. B. Fondslösungen, Stiftungen o.ä. - werden allerdings sowohl von den Finanzbehörden als auch von den Innenministerien sehr kritisch hinterfragt und geprüft. Sie sind - entgegen

manchmal geäußertes Vorbehalte gegenüber PPP-Lösungen - allerdings auch nicht erforderlich, um den Nachweis einer größeren Gesamtwirtschaftlichkeit von PPP-Lösungen zu begründen.

### 3.3.2.1 Materielle Rahmenbedingungen

Gemäß §§ 75 Abs. 2, 85 Abs. 1 und 4 GO NW müssen Kredite und kreditähnliche Geschäfte mit der **dauernden Leistungsfähigkeit der Kommune** in Einklang stehen. Dies gilt außer für Leasing- und Mietkaufverträge, die wirtschaftlich einer Stundung und Verzinsung des Kaufpreises bzw. einem langfristigen Zahlungskredit gleichkommen, auch für Nutzungs- bzw. Mietentgelte im Rahmen von ganzheitlichen PPP-Modellen. Hinzu kommt die allgemeine Gewährleistungspflicht der Städte und Gemeinden im Bereich der pflichtigen Aufgaben der gemeindlichen Daseinsvorsorge.

Wird in die PPP-Lösung auch die Betriebsphase einer Einrichtung einbezogen, so sind weiterhin die Rahmenbedingungen der Einschaltung Privater bei der Aufgabenerfüllung zu beachten.

- **Wirtschaftlichkeitsvergleich**

Zunächst muss die Kommune im konkreten Fall durch eine umfassende, bis zur vollständigen Tilgung der Herstellungskosten reichende Vergleichsrechnung darlegen, dass das angestrebte PPP-Modell im Vergleich zur herkömmlichen Kommunalkreditfinanzierung insgesamt gesehen wirtschaftlich mindestens

ebenso günstig ist.<sup>7</sup> An dieser Hürde können PPP-Lösungen scheitern, so dass hier besonders intensiv verhandelt und recherchiert werden muss.

- **Sicherung der Aufgabenerfüllung im Bereich der Daseinsvorsorge**

Die Einschaltung Privater in der Betriebsphase wird in aller Regel nur im Bereich der Leistungsverwaltung in Betracht kommen. Hier besteht kein grundsätzliches Privatisierungsverbot. Aber auch die Leistungsverwaltung ist gewissen kommunalrechtlichen Rahmenbedingungen unterworfen.

Im Bereich der Daseinsvorsorge treffen die Kommunen vielfältige Leistungsverpflichtungen. Sie sind z.B. verpflichtet, eine den gesetzlichen Standards entsprechende Infrastruktur in den Bereichen Wasserversorgung, Abwasserentsorgung, Abfallentsorgung, Straßenreinigung und Winterdienst zu schaffen und zu erhalten. Diese Gewährleistungspflicht darf durch die Einbeziehung privater Partner nicht unterlaufen werden.

Das bedeutet, dass vertraglich sichergestellt werden muss, dass zum einen der private Partner langfristig und verlässlich die Aufgabenerfüllung mitträgt und zum anderen auch im Falle des unvorhergesehenen Wegfalls des privaten Partners -

---

<sup>7</sup> RdErl. d. IM NW vom 09.2002.1998, MBL NW 1998, S. 229, Nr. 4.2.1.

etwa im Insolvenzfall - sichergestellt ist, dass die übertragenen Aufgaben weitergeführt werden können.

### **3.3.2.2 Kommunalwirtschaftliche Rahmenbedingungen**

Nach § 107 Abs. 1 GO NW dürfen sich die Kommunen zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft wirtschaftlich betätigen, wenn ein öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert und die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht.

Als wirtschaftliche Betätigung ist der Betrieb von Unternehmen zu verstehen, die als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern oder Dienstleistungen am Markt tätig werden, sofern die Leistung ihrer Art nach auch von einem Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnte.

Dies gilt auch dann, wenn die Kommune im Rahmen einer PPP in ein Kooperationsverhältnis mit einem Privaten tritt. Wird beispielsweise eine jeweils anteilig gehaltene Kapitalgesellschaft installiert, so darf diese insgesamt nur solche Aufgaben wahrnehmen, die von § 107 GO NW gedeckt werden. Die wesentlichen Betätigungsfelder ergeben sich aus § 107 Abs. 2 GO NW, wonach nicht als wirtschaftliche Betriebe gelten:

- Einrichtungen, zu denen die Gemeinden gesetzlich verpflichtet sind,

- öffentliche Einrichtungen, die für die soziale und kulturelle Betreuung der Einwohner erforderlich sind,
- Einrichtungen, die der Straßenreinigung, der Wirtschaftsförderung, der Fremdenverkehrsförderung oder der Wohnraumversorgung dienen,
- Einrichtungen des Umweltschutzes, insbesondere der Abfallentsorgung oder Abwasserbeseitigung sowie des Messe- und Ausstellungswesens,
- Einrichtungen, die als Hilfsbetriebe ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs von Gemeinden und Gemeindeverbänden dienen.

Private Wettbewerber haben seit dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 25.04.2002 (AZ. IZR250/00) eine geschwächte Rechtsposition. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit einer Gemeinde nicht schon deshalb als unlauterer Wettbewerb gegenüber privaten Konkurrenten angesehen werden kann, weil sie der Kommune nach kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorschriften untersagt ist. Hieraus könne nicht per se ein Unterlassungsanspruch aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) abgeleitet werden. Damit dürften die zivilrechtlichen Möglichkeiten privater Konkurrenten, eine kommunalwirtschaftlich umstrittene Aktivität zu unterbinden, deutliche Grenzen gesetzt worden sein.

### 3.3.2.3 Formalverfahrenmäßige Rahmenbedingungen

- **Anzeigepflicht nach § 85 Abs. 4 GO NW**

Die Verpflichtung zur Zahlung eines laufenden Entgeltes als Gegenleistung für eine mit Investitionen am kommunalen Eigentum verbundene Leistung kann - wirtschaftlich gesehen - einem Kreditgeschäft gleichzustellen sein.

§ 85 Abs. 4 GO NW bestimmt, dass Entscheidungen der Gemeinde über die Begründung einer Zahlungsverpflichtung, die wirtschaftlich einer Kreditverpflichtung gleichkommt, der Aufsichtsbehörde unverzüglich schriftlich anzuzeigen - bzw. in einigen Ländern - von der Aufsichtsbehörde zu genehmigen ist. Von der Anzeige- /Genehmigungspflicht ausgenommen sind die Geschäfte der laufenden Verwaltung. PPPs im hier verwendeten Sinne dürften jedoch nicht als Geschäft der laufenden Verwaltung anzusehen sein.

Außer Leasingkonstruktionen, die stets als kreditähnliche Geschäfte einzustufen sind, da hier der sofortigen Leistung des Leasinggebers die zukünftige und damit kreditierte Gegenleistung des Leasingnehmers (Gemeinde) gegenübersteht<sup>8</sup>, ist auch bezüglich der Entgeltpflichten im Rahmen von Betreibermodellen bzw. Nut-

zungsüberlassungsmodellen von der Kreditähnlichkeit im Sinne des § 85 Abs. 4 GO NW auszugehen.

- **Vergaberechtliche Vorgaben**

Bei der Auftragsvergabe haben die Kommunen außer dem europäischen und dem nationalen Vergaberecht auch die speziellen Vorschriften der jeweiligen Gemeindehaushaltsverordnung und der darauf gestützten Regierungserlasse zu beachten. So ergibt sich aus § 31 Abs. 1 GemHVO NW, dass grundsätzlich **alle** Aufträge aus Lieferungen, Leistungen und Dienstleistungen (also auch unterhalb der Schwellenwerte) vor der Vergabe öffentlich auszuschreiben sind. In den auf die jeweilige GemHVO gestützten „Vergabe-grundsätzen“ sind länderspezifische Besonderheiten geregelt. Im übrigen wird bezüglich des Vergaberechts auf Kapitel 8 verwiesen.

- **Mitbestimmungsrechtliche Rahmenbedingungen**

Wesentliche Elemente von PPP-Lösungen können der Mitbestimmung des Personalrates unterfallen. Gemäß § 72 Abs. 3 Nr. 7 des Landespersonalvertretungsgesetzes Nordrhein-Westfalen<sup>9</sup> hat der Personalrat bei Privatisierungen mitzubestimmen. Der Gesetzgeber definiert Privatisierung als dauerhafte Übertragung von Arbeiten der Dienststelle, die übli-

---

<sup>8</sup> RdErl. des Innenministers NW vom 09.2002.1998, MBl NW 1998, S. 229.

---

<sup>9</sup> Die Personalvertretungsgesetze der anderen Bundesländer enthalten vergleichbare Regelungen.

cherweise von ihren Beschäftigten vorgenommen werden, an Privatpersonen oder wirtschaftliche Unternehmen. Unter "Arbeiten der Dienststelle" sind hier grundsätzlich alle Arbeiten zu verstehen, die den Beschäftigten üblicherweise obliegen. Es macht keinen Unterschied, ob diese Arbeiten zur Hauptaufgabe gehören oder bei Erledigung der Hauptaufgabe zusätzlich anfallen.

Gemäß § 66 Abs. 1 Landespersonalvertretungsgesetz NRW kann eine derartige Privatisierungsmaßnahme nur mit Zustimmung des Personalrates getroffen werden. Sofern der Personalrat beabsichtigt, der Maßnahme nicht zuzustimmen, ist diese mit dem Ziel einer Verständigung zwischen dem Leiter der Dienststelle und dem Personalrat zu erörtern. Kommt eine Einigung nicht zustande, so entscheidet auf Antrag der Dienststelle oder der Personalvertretung die Einigungsstelle.

Die Entscheidung der Einigungsstelle hat jedoch keine bindende, sondern lediglich eine empfehlende Wirkung. Letztentscheidendes Gremium ist dann - auf der kommunalen Ebene - der Gemeinderat.

Die Personalvertretung hat somit erhebliche Einfluss- und Blockademöglichkeiten. Daher empfiehlt es sich, bereits im Vorfeld einer von einem Mitbestimmungstatbestand erfassten PPP diese möglichst detailliert mit dem Personalrat

abzustimmen.

Soll Gegenstand einer PPP auch der Übergang städtischen Personals auf einen anderen Rechtsträger / Arbeitgeber - etwa auf eine gemischte wirtschaftliche Gesellschaft - sein, so greift erneut das Mitbestimmungsrecht.

- **Vertragsschluss**

Gemäß § 41 Abs. 1 GO NW ist in der Regel der Gemeinderat zuständig, über alle Angelegenheiten der Gemeinde zu beschließen, es sei denn, der Bürgermeister ist durch einen Beschluss des Gemeinderates mit der Wahrnehmung bestimmter Aufgaben betraut (§ 41 Abs. 2 S. 1 GO NW), oder es handelt sich um ein Geschäft der laufenden Verwaltung gemäß § 41 Abs. 3 GO NW, für das der Bürgermeister ebenfalls zuständig ist.

Ob der Abschluss eines PPP-Vertrages ein solches Geschäft der laufenden Verwaltung ist, kann nur für den Einzelfall beantwortet werden. Die laufende Verwaltung umfasst Geschäfte, die weder nach der grundsätzlichen Seite noch für den Gemeindehaushalt eine erhebliche Bedeutung haben. Regelmäßig wird man jedoch davon ausgehen können, dass der Abschluss eines PPP-Vertrages nicht zur laufenden Verwaltung gehört. Schließt der Bürgermeister dennoch ohne Ratsbeschluss einen derartigen Vertrag ab, so ist dies nach außen hin zwar wirksam, kann

aber im Innenverhältnis politische rechtliche Folgen haben.

### **3.3.3 Staatliche Rahmenbedingungen**

Bund und Länder können sich an privatrechtlichen Unternehmen nur beteiligen, wenn ein wichtiges bzw. wichtiges staatliches Interesse (Formulierungen in § 65 BHO bzw. den Haushaltsordnungen sind abweichend, aber inhaltlich identisch) vorliegt. Die Beteiligung - konkret der

Abschluss der für ein Projekt erforderlichen Gesellschaftsverträge - bedarf der Zustimmung des Finanzministeriums.

Längerfristige Verträge bedürfen der Absicherung im Haushaltsplan (vgl. § 22 HGrG, § 38 BHO). Sofern nicht bereits entsprechende Ermächtigungen vorhanden sind, ist daher für ein PPP-Projekt regelmäßig die Zustimmung des Parlaments erforderlich.

## 4. Einschaltung von Entscheidungsträgern

Dieser Prozessleitfaden soll Entscheidungsvorbereitern in der öffentlichen Verwaltung eine Handreichung bei ihren Überlegungen bieten, bestimmte Aufgaben in eine Public Private Partnership zu überführen. Dabei muss auch geprüft werden, wann die jeweiligen Entscheidungsträger in den Prozess einzuschalten sind.

### 4.1 Kommunalbereich

- Die Initiierung von kommunalen PPP-Projekten geht in aller Regel von der Verwaltungsführung (Bürgermeister, Beigeordnete) oder von Spezialisten aus bestimmten Aufgabenbereichen aus.
- Wesentlicher Bestandteil von PPP-Lösungen ist häufig die Erfüllung heutiger Aufgaben der Stadtverwaltung durch eine private Projektgesellschaft. Die Entscheidung über die Durchführung des Projektes berührt zwangsläufig die Zuständigkeiten des Stadtrates.
- Die frühzeitige Einschaltung der ehrenamtlichen Entscheidungsträger in Person der Fraktionsvorsitzenden ist im Hinblick auf die weitere Entscheidungsbildung sinnvoll und wichtig. Dies gilt nicht nur mit Blick auf Entscheidungskompetenzen des Rates, sondern auch wegen der kommunalpolitischen Implikationen (grundsätzliche Haltung zu Privatisierungsmodellen, möglicher Abbau von Arbeitsplätzen in der Verwaltung, Betroffenheit des Personals) der zu treffenden Entscheidungen.
- Wesentlichen Einfluss auf die Entscheidungsbildung können auch die Personalräte nehmen. Bei Privatisierungsentscheidungen gleich welcher Art bestehen - länderspezifisch unterschiedliche - Beteiligungsrechte, deren Nichtbeachtung Entscheidungen des Rates und der Verwaltung unwirksam machen und / oder erheblich verzögern kann.
- In Abhängigkeit von den voraussichtlichen Auswirkungen des PPP-Projektes auf die städtischen Finanzen, die Verwaltungsorganisation, die Personalentwicklung der Verwaltung, auf städtische Einrichtungen (z.B. Schulen, Kindergärten) oder außenstehende Dritte (z.B. Vereine) sowie Ausschusszuständigkeiten wird sich im Einzelfall die kontinuierliche Beteiligung ehrenamtlicher Entscheidungsträger und der Personalvertretung am gesamten Prozess der Entscheidungsfindung als zielführende Verfahrensvereinfachung erweisen.
- Laufende Pilotprojekte aus dem Schulbereich zeigen, dass bei der Entwicklung einer Modellstruktur großer Wert auf die ungeschmälerte Aufrechterhaltung von bestehenden Mitwirkungsrechten der kommunalen Organe sowie der Schulen zu legen ist.

- Verwaltungsinterne Zuständigkeitsfragen oder Beteiligungsrechte in Gestalt von Mitzeichnungsbefugnissen oder ähnlichem spielen in der Kommune nur eine untergeordnete Rolle. Die Entscheidungsbildung kann dadurch nicht wesentlich beeinflusst werden.

#### **4.2 Staatlicher Bereich**

Im Bereich des Bundes und der Länder werden PPP-Projekte in der Regel in den zuständigen Ministerien vorbereitet werden. Dabei wird die Initiative normalerweise auf der Referentenebene liegen. Um unnötige Arbeiten zu vermeiden, empfiehlt es sich, möglichst frühzeitig die Entscheidung des zuständigen Ministers einzuholen und das Projekt so politisch abzusichern.

Je nach politischer Gesamtlage kann auch eine Kabinettsentscheidung erforderlich oder jedenfalls sinnvoll sein. Außerdem ist die rechtzeitige Beteiligung des Finanzministeriums sowie gegebenenfalls weiterer berührter Ministerien zu beachten.

Ob die Einschaltung des Parlaments erforderlich oder angezeigt ist, richtet sich nach den jeweiligen Regelungen und Gepflogenheiten sowie nach dem Gegenstand der PPP und kann daher nur im Einzelfall entschieden werden. Dagegen wird die Beteiligung der Personalvertretung regelmäßig notwendig sein, weil PPP-Projekte grundsätzlich auch Personalfragen berühren; unabhängig von der Rechtslage empfiehlt sich auch hier eine frühzeitige Beteiligung.

## 5. Konkretisierung der generell festgestellten PPP-Eignung

### 5.1 Problem/Aufgabenstellung

Der Feststellung der generellen PPP-Eignung wird nur selten unmittelbar das Vergabeverfahren zur „Findung“ des richtigen Partners folgen. Nach § 16 Nr. 1 VOL/A bzw. VOB/A soll der Auftraggeber erst dann ausschreiben, wenn alle Verdingungsunterlagen fertiggestellt sind und die Leistung aus seiner Sicht innerhalb der angegebenen Frist ausgeführt werden kann. Diese Voraussetzung wird die Verwaltung häufig in diesem Stadium der Überlegungen nicht erfüllen können. Vielmehr ist zunächst erforderlich, die generell festgestellte PPP-Eignung zu konkretisieren. Hierzu muss die Verwaltung detaillierte Vorleistungen erbringen. Diese umfassen sowohl eine inhaltliche und rechtliche als auch wirtschaftliche Vorklärung, welche Leistungen in eine PPP gegeben werden sollen, ob die geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen eine Vergabe an Private überhaupt ermöglichen und ob beide Partner auf ihre Kosten kommen können.

### 5.2 Interessenbekundungsverfahren

Für die Frage, ob es für das geplante Projekt überhaupt einen Markt gibt und ob dieser gegebenenfalls geeignete Lösungen anbieten kann, kommt das Interessenbekundungsverfahren nach § 7 Abs. 2 S. 2 BHO in Betracht. Soweit die Landeshaushaltsordnungen und die einschlägigen Bestimmungen des Gemeindehaushaltsrechts keine entsprechende Regelung enthalten, kann das Verfahren analog zur BHO

durchgeführt werden; jedenfalls wird in der Praxis so verfahren. Die Verwaltung sollte allerdings der Versuchung widerstehen, das Interessenbekundungsverfahren dazu zu nutzen, mit den Angeboten Konzeptionen zu erhalten, die normalerweise Gegenstand eines entgeltlichen Werkvertrages sind. Andernfalls muss sie damit rechnen, dass die Wirtschaft sich zukünftig zumindest bei inhaltlich nicht hinreichend präzisierten Interessenbekundungsverfahren zurückhält.

Ein PPP-Projekt ist stets eine finanzwirksame Maßnahme, für die nach dem Haushaltsrecht von Bund (§ 7 Abs. 1 S. 1 BHO), Ländern (vgl. z.B. § 7 Abs. 1 S. 1 LHO BW, gleich lautend § 7 Abs. 1 LHO NRW u.a.) und Kommunen (vgl. z.B. § 10 Abs. 2 Gemeindehaushaltsverordnung BW) „angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen“ durchzuführen sind bzw. „durch Vergleich der Anschaffungs- oder Herstellungskosten und der Folgekosten die für die Gemeinde wirtschaftlichste Lösung“ zu ermitteln ist. Hierzu wird die jeweilige Verwaltung jedoch oft nicht in der Lage sein, weil sie nicht weiß, ob und inwieweit private Unternehmen die in Rede stehende staatliche Aufgabe oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeit „ebenso gut oder besser“ erbringen können. Dies kann nach § 7 Abs. 2 S. 2 BHO „in geeigneten Fällen“ durch das sog. Interessenbekundungsverfahren ermittelt werden. Dieses Verfahren ist nicht

PPP-spezifisch, sondern gilt für jede Form der Privatisierung.

### 5.2.1. Voraussetzungen

„§ 7 Abs. 2 S. 2 verlangt von der Verwaltung die Einhaltung eines **speziellen, vorgeschalteten Verfahrens**, wenn über die Frage einer Privatisierung zu entscheiden ist. Die Entscheidung soll also nicht allein verwaltungsintern getroffen werden, sondern **unter Beteiligung der Öffentlichkeit und des Marktes**. Private Anbieter sollen Gelegenheit erhalten, ihre Möglichkeiten der Aufgabenerfüllung darzulegen. Das Interessenbekundungsverfahren erfordert daher die Erkundung des Marktes **nach wettbewerblichen Grundsätzen**.“<sup>10</sup>

Das Interessenbekundungsverfahren ist „in geeigneten Fällen“ durchzuführen. Solche sind nur dann gegeben, wenn für den privaten Anbieter „eine **Gewinnmöglichkeit** in Betracht kommt.“<sup>11</sup> Es handelt sich hierbei nicht um ein förmliches Verfahren wie z.B. bei einer Öffentlichen Ausschreibung nach VOL/A. Dennoch sind eine Reihe formaler Vorgaben hinsichtlich der Aufgaben- bzw. Tätigkeitsbeschreibung in der Bekanntmachung zu beachten.

### 5.2.2 Anforderungen

Im Rundschreiben des BMF vom 31.08.1995<sup>12</sup> werden folgende Vorgaben für ein Interessenbekundungsverfahren gemacht:

„Die staatliche Aufgabe oder die öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeit wird so genau beschrieben, dass ein Interessent auf der Grundlage dieser Beschreibung den Umfang und die Kosten dieser Aufgabe oder Tätigkeit berechnen kann. Insbesondere ist anzugeben,

- inwieweit die Interessenten Planung, Bau, Betrieb und Finanzierung einer Maßnahmen übernehmen sollen,
- wie die Eigentumsverhältnisse geregelt werden sollen,
- auf welchen Zeitraum sich die Maßnahme oder Tätigkeit erstrecken soll,
- welche Kriterien für die Entscheidung im Interessenbekundungsverfahren maßgeblich sind und
- welche Rechte sich der Staat bei der Maßnahme selbst sowie zur Kontrolle über die Ausführung der Aufgabe vorbehält.“

---

<sup>10</sup> von Köckritz u.a., BHO, Kommentar, Stand 05/2000, § 7 Rdnr. 18.1.

<sup>11</sup> von Köckritz, Rdnr. 18.2, ebenso Piduch, Bundeshaushaltsrecht 2. Aufl., Stand 10/2000, § 7 BHO Rdnr. 8.

<sup>12</sup> GMBI. S. 764.

### 5.2.3 Form

„Die Aufforderung zur Teilnahme an einem Interessenbekundungsverfahren wird öffentlich bekannt gemacht.

Die Bekanntmachung enthält einen Hinweis auf die Stelle, bei der die Beschreibung der Aufgabe erhältlich ist.

Es ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass es sich nicht um die Vergabe eines öffentlichen Auftrags handelt und Teilnehmer nicht an ihre Angebote gebunden sind.

Für die Abgabe von Interessenbekundungen ist eine Frist von mindestens 1 Monat zu gewähren.“<sup>13</sup>

### 5.2.4 Kosten

„Kosten werden im Interessenbekundungsverfahren nicht erstattet.“<sup>14</sup>

### 5.2.5 Vergabeverfahren

„Das Interessenbekundungsverfahren ersetzt nicht das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge. Wenn das Interessenbekundungsverfahren ergibt, dass eine private Lösung voraussichtlich wirtschaftlich ist, ist ein Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge durchzuführen“ (VV Nr. 3 zu § 7 BHO).

„Private Anbieter, die am Interessenbekundungsverfahren teilgenommen haben, können im anschließenden Vergabeverfahren ihre

Preise erhöhen oder von einem Angebot ganz Abstand nehmen. Andererseits können am Vergabeverfahren auch Anbieter teilnehmen, die beim Interessenbekundungsverfahren kein Angebot abgegeben haben.“<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> RdSchr.d.BMF vom 31.08.1995 aaO. (Fußn. 3).

<sup>14</sup> RdSchr.d.BMF vom 31.08.1995.

---

<sup>15</sup> von Köckritz, § 7 Rdnr. 18.4.

## 6. Formen der Public Private Partnership

Die rechtliche und organisatorische Ausgestaltung der PPP spielt in der Praxis natürlich eine große Rolle. In diesem Prozessleitfaden wird sie - wegen des jeweiligen Zusammenhangs - an mehreren Stellen angesprochen:

- Nr. 1.4 und 1.5,
- Nr. 3.2,
- Nrn. 7.2 und 7.3 sowie 7.7,
- Nr. 8.1,

so dass auf eine zusammengefasste Darstellung verzichtet werden kann.

## 7. Vertragsgestaltung

### 7.1 Einführung

Die Gestaltung von Verträgen für und mit Public Private Partnerships setzt nicht nur ein klares Konzept für die Struktur der abzuschließenden Verträge und die darin zu regelnden Inhalte voraus. Vielmehr müssen zunächst noch grundlegendere Überlegungen zur Strukturierung der Public Private Partnership angestellt werden. Die daraus resultierenden Entscheidungen über die Struktur der Public Private Partnership bilden automatisch die wichtigsten Vorgaben für das Strukturkonzept der Verträge für und mit Public Private Partnerships und der darin jeweils zu regelnden Inhalte.

Dabei gibt es weder für einzelne Aufgabengebiete der öffentlichen Hand noch generell das ideale Modell zur Gestaltung einer Public Private Partnership; vielmehr kann es auch für eine spezifische Aufgabe der öffentlichen Hand mehrere Gestaltungsmodelle geben, die es unter Berücksichtigung vielfältigster rechtlicher Aspekte gegeneinander abzuwägen gilt. Oftmals ist es letztlich eine Frage der politischen Vorgaben, welches Modell oder welche Mischform aus verschiedenen Modellen dann die Vorlage für die Struktur der konkreten Public Private Partnership zur Erfüllung der jeweils anstehenden Aufgabe der öffentlichen Hand bildet.

Bislang sind in Deutschland nur wenige Public Private Partnerships im Sinne einer auf Dauer angelegten partnerschaftlichen Zusammenarbeit

mit Risikoteilung realisiert worden. Angesichts knapper Haushaltsmittel wird es in Zukunft jedoch unvermeidlich sein, in zunehmendem Maße öffentliche Aufgaben unter Einbeziehung privater Unternehmen und/oder privater Finanzierungsmittel zu erfüllen. Dies gilt für den Neuaufbau sowie die Erhaltung von Verkehrswegen genauso wie für Infrastrukturprojekte wie Schulen und Hochschulen, Kindergärten und Kindertagesstätten oder die Bereitstellung der zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben notwendigen informations- und kommunikationstechnologischen Infrastruktur. Zur Erfüllung derartiger öffentlicher Aufgaben unter Einbeziehung privater Unternehmen haben sich schon eine ganze Reihe von Gestaltungsmodellen entwickelt, wobei die bekannten Unterscheidungen zwischen Gestaltungsmodellen bislang auch nur relativ grobe Einteilungen darstellen; Mischformen der Gestaltung sind beliebig denkbar und in der Praxis genauso anzutreffen (vgl. im Einzelnen die Darstellung oben unter Nr. 1).

Abgesehen von der materiellen Privatisierung ist jetzt schon sehr häufig die Erfüllung öffentlicher Aufgaben eines Hoheitsträgers mit Instrumenten des Privatrechts, insbesondere durch ein vollständig in hoheitlichem Besitz stehendes Unternehmen in privater Rechtsform anzutreffen (= formelle Privatisierung). Genauso denkbar sind Modelle der Vorfinanzierung insbesondere einer Bauleistung durch einen Generalübernehmer mit einer ratenweisen Abzahlung durch den auf-

traggebenden Hoheitsträger oder Leasingmodelle, bei denen ein Leasinggeber die Errichtung und Finanzierung einer öffentlichen Zwecken dienenden baulichen Anlage übernimmt und diese an den Hoheitsträger mietweise zur Nutzung überlässt. Diese Modelle sind alle eigentlich nicht als Public Private Partnerships im engeren Sinne anzusehen, da ihnen jeweils das für eine Public Private Partnership besonders kennzeichnende Element des permanenten Zusammenwirkens von öffentlichem und privatem Sektor fehlt.

Bei den Überlegungen zur Struktur einer Public Private Partnerships kann man sich also auf die Gestaltungsformen als Betreiber- oder gar Konzessionsmodell einerseits und/oder als Kooperationsmodell andererseits konzentrieren, wobei eine Mischform nicht ausgeschlossen, in vielen Fällen sogar ausdrücklich angestrebt wird.

- Das **Kooperationsmodell** ist dadurch gekennzeichnet, dass Hoheitsträger einerseits und ein privates Unternehmen andererseits ein Gemeinschaftsunternehmen in privater Rechtsform bilden, das die öffentliche Aufgabe erfüllt.
- Beim **Betreibermodell** verbleibt die Verantwortung für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe gegenüber den betroffenen Bürgern bei dem Hoheitsträger; der Hoheitsträger ist also leistungs verpflichtet, der Bürger ist gegenüber dem Hoheitsträger zur Zahlung des Nutzungsgebühren verpflichtet und eventuell einem Anschluss- und Benutzungszwang unter-

worfen. Die zur Aufgabenerfüllung notwendigen Leistungen beschafft sich der Hoheitsträger durch einen privatrechtlichen Vertrag mit einem privaten Unternehmen, das die zur Erfüllung der hoheitlichen Aufgaben notwendigen Anlagen mindestens betreibt, zumeist auch errichtet hat.

- Demgegenüber ist das **Konzessionsmodell** dadurch gekennzeichnet, dass das privatrechtlich organisierte Unternehmen unmittelbare Leistungsbeziehungen mit den betroffenen Bürgern unterhält und dies aufgrund einer ihm vom Hoheitsträger erteilten Konzession erfolgt. Beispiele bilden hierfür Unternehmen des öffentlichen Personennahverkehrs oder Unternehmen zum Betrieb mautpflichtiger Fernstraßenabschnitte, Tunnels oder Brücken.

Betreiber- oder Konzessionsmodell einerseits und Kooperationsmodell andererseits unterscheiden sich grundsätzlich darin, ob der Betreiber oder Konzessionär zu 100 % ein privates Unternehmen ist, sich die öffentliche Hand also auch nicht als Gesellschafter an ihm beteiligen soll, oder ob es sich um ein Unternehmen in privater Rechtsform, jedoch im Sinne des Kooperationsmodells mit Beteiligung als Gesellschafter desjenigen Hoheitsträgers erfolgen soll, der zugleich auch Träger der zu erfüllenden Aufgabe ist.

## **7.2 Kooperationsmodell – gesellschaftsrechtliche Beteiligung der öffentlichen Hand**

Die klassischen Gestaltungsformen zur Erledigung öffentlicher Aufgaben durch ein Unternehmen in privater Rechtsform unter Beteiligung privater Unternehmen und einem oder mehrerer Hoheitsträger sind die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) und die Aktiengesellschaft (AG). Hier treffen sich der oder die Hoheitsträger und das oder die privaten Unternehmen als Gesellschafter bei einer GmbH in der Gesellschafterversammlung (insbesondere §§ 44 ff. GmbHG) oder bei einer Aktiengesellschaft in der Hauptversammlung (§§ 118 ff. Aktiengesetz).

Personenhandelsgesellschaften unter Beteiligung der öffentlichen Hand als Gesellschafter sind bislang in der Praxis noch nicht relevant geworden. Ein Grund hierfür mag sein, dass haushaltsrechtlich (beispielsweise § 65 Bundeshaushaltsordnung oder § 65 Landeshaushaltsordnung Baden-Württemberg) beziehungsweise gemeindefinanziell (Beispiel § 103 Abs. 1 Nr. 4 Gemeindeordnung Baden-Württemberg) jeweils die Anforderung besteht, dass die Haftung und damit die Einzahlungspflicht der öffentlichen Hand in die privatrechtlich organisierte Gesellschaft begrenzt ist. Reine Personenhandelsgesellschaften unter Beteiligung der öffentlichen Hand werden daher schon in einem frühen Stadium der Überlegungen zumeist ausgeschieden, auch wenn die haushaltsrechtlichen Vorschriften nur als „Soll-Vorschriften“ formuliert sind. Eine Haftungsbeschränkung könnte den-

noch auch bei der Gestaltung als Personenhandelsgesellschaft realisiert werden, wenn beispielsweise eine GmbH & Co. KG gebildet wird, in der die öffentliche Hand in der Komplementär-GmbH und/oder als Kommanditistin beteiligt ist und/oder zur Sicherung der haushalts- und gemeindefinanziell geforderten Aufsichtsbefugnisse entweder bei der Komplementär-GmbH oder der KG ein Aufsichtsrat gebildet wird, dem für wichtige Geschäfte Zustimmungsvorbehalte eingeräumt werden. Dennoch lässt sich in der Praxis beobachten, dass auf Personenhandelsgesellschaften beruhende Strukturen so gut wie gar nicht gewählt werden, so dass auf deren Einbeziehung in die nachfolgenden Abwägungen bis auf weiteres verzichtet wird. Lediglich der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass bei Baukonzessionsmodellen Personenhandelsgesellschaften (zumeist in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG) als Konzessionsträgergesellschaften durchaus vorkommen; an diesen ist die öffentliche Hand aber typischerweise nicht beteiligt.

Während sich die Aufgabenkreise der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft (§ 119 Aktiengesetz) oder der Gesellschafterversammlung (§§ 45, 46 GmbHG) sowohl aus dem Gesetz als auch der Satzung der Aktiengesellschaft oder dem Gesellschaftsvertrag der GmbH ergeben und die Rechte der Gesellschafter damit stark eingeschränkt oder ausgeweitet werden können, hat der Gesellschafter einer GmbH neben dem Weisungsrecht mit dem Auskunfts- und Einsichtsrecht nach § 51a GmbHG zusätzlich im Zweifel wirksame Instrumente zur Kontrolle und

Beeinflussung der Geschäftsführung in der Hand, das dem Aktionär einer Aktiengesellschaft so nicht zur Verfügung steht; vielmehr steht der Aktionär einer Aktiengesellschaft sogar noch unter dem besonderen Verdikt der Schadenersatzpflicht nach § 117 Aktiengesetz, falls er unter Ausnutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrates, einen Prokuristen oder einen Handlungsbevollmächtigten dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder – wichtiger – ihrer (übrigen) Aktionäre zu handeln.

Neben der Gestaltung des Kompetenzrahmens des Gesellschafterorgans kann noch ein weiteres Instrument zur Stärkung der Stellung des öffentlichen Hoheitsträgers in seiner Gesellschaftereigenschaft genutzt werden: Insbesondere bei Wahl der Gestaltungsform einer GmbH wird in aller Regel die Gestaltung der Gesellschafteranteile so gewählt, dass der öffentliche Hoheitsträger auch mehrheitlich Gesellschafter ist, damit der Hoheitsträger in dem privaten Rechtsrahmen, in dem er sich in seiner Stellung als Gesellschafter einer GmbH bewegt, die öffentlich-rechtlichen Bindungen, denen er bei dem Einsatz privatrechtlicher Handlungsinstrumentarien unterliegt (Art. 20 Abs. 3 GG) auch in seiner Stellung als Gesellschafter umsetzen kann.

Flankierend dazu wird dem Hoheitsträger als Gesellschafter sogar noch ausdrücklich das Recht eingeräumt, für die Besetzung bestimmter Organpositionen (Geschäftsführer, Vorstandsmitglieder, Aufsichtsratsmitglieder, Beiratsmit-

glieder) Personalvorschläge den zuständigen Gremien zu unterbreiten, so dass sich die Rolle des Hoheitsträgers nicht nur auf die Gesellschafterstellung beschränkt, sondern sich mittelbar durch die Entsendung eigenen Personals auch auf die Geschäftsführung im Einzelnen erstrecken kann.

### **7.3 Betreiber- und Konzessionsmodell – Sicherstellung der Leistungsqualität durch Service Level Agreements**

Ist der Hoheitsträger nicht im Sinne eines Kooperationsmodells als Gesellschafter und/oder Entsender von Organ-Mitgliedern an dem privatwirtschaftlichen Unternehmen beteiligt, das im Rahmen öffentlicher Aufgabenerfüllung Leistungen erbringt, so wird mit dem Betreiber ein privatwirtschaftlicher Vertrag, mit dem Konzessionär ein öffentlich-rechtlicher Konzessionsvertrag geschlossen. In diesem Betreiber- oder Konzessionsvertrag sind die zu erbringenden Leistungen nicht nur nach Inhalt und Umfang zu beschreiben. Vielmehr sollten dann auch mit dem Betreiber/Konzessionär Qualitätsstandards für die zu erbringenden Leistungen definiert werden, an deren Nichterfüllung dann auch entsprechende Sanktionen geknüpft werden (siehe nachfolgend Nr. 7.7). Die Definition von Qualitätsstandards erfordert in der Regel ein erhebliches Wissen um die technischen Zusammenhänge und das erforderliche Prozess-Know-how, um nicht nur auf die konkret zu erledigende Leistung, sondern auch auf die örtlichen Gegebenheiten und Notwendigkeiten abgestimmte Qualitätsstandards definieren zu können. Auch die Sanktionsinstrumentarien im Falle der Un-

terschreitung vertraglich definierter Qualitätsstandards können vielfältiger Natur sein; sie reichen von rein finanziellen Sanktionen (Vertragsstrafen, Schadenspauschalen) bis hin zu verfahrensmäßigen „Sanktionen“ im Sinne von Eskalationsstufen zu nächst höheren Managementebenen, Einberufung von „Krisengremien“ oder Einsetzen von gesonderten Kontrollprozeduren.

#### **7.4 Entscheidungskriterien**

Bei der Abwägung, ob die Parteien einer Public Private Partnership bei der Strukturierung des privatwirtschaftlichen Unternehmens, das im Rahmen öffentlicher Aufgabenerfüllung Leistungen erbringt, auf eine öffentliche Beteiligung an dem Betreiber/Konzessionär als Gesellschafter verzichten oder die Beteiligung im Sinne des Kooperationsmodells vorziehen, ist eine Vielzahl von Kriterien zu bedenken. Je nach dem mit der Public Private Partnership verfolgten politischen Willen und dem Charakter der zu erledigenden Aufgabe erlangen die nachfolgend skizzierten Kriterien ein unterschiedliches Schwergewicht:

##### **7.4.1 Gesellschafterwechsel/Aufnahme weiterer Gesellschafter**

Je nach Art der zu erledigenden öffentlichen Aufgabe kann es erforderlich sein, dass entweder Gesellschafter der Public Private Partnership ausgewechselt werden müssen oder zumindest die Möglichkeit hierzu bestehen soll. Viel häufiger wird jedoch die Notwendigkeit anzutreffen sein, dass weitere Gesellschafter entweder auf der Seite der privaten Unternehmen oder auf der Seite der öffentlichen Hoheitsträger hin-

zukommen oder ausscheiden können sollen (beispielsweise bei Wirtschaftsförderungsgesellschaften oder Gesellschaften zur Entwicklung und Erschließung eines größeren Wohn- oder Gewerbegebiets).

Abgesehen davon, dass die Aufnahme neuer Gesellschafter der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedarf, ist die Aufnahme neuer Gesellschafter entweder mit einer Kapitalerhöhung oder mit der Abtretung von Geschäftsanteilen bestehender Gesellschafter an den neuen Gesellschafter verbunden, was in beiden Fällen normalerweise zur Reduktion des Stimmgewichts der Altgesellschafter führt. Sowohl zur Kapitalerhöhung und zur Übernahme von Geschäftsanteilen durch neu eintretende Gesellschafter als auch zur Abtretung von Geschäftsanteilen durch Gesellschafter an neue Gesellschafter bedarf es jeweils eines in notarieller Form geschlossenen Vertrages (§ 55 Abs. 1 GmbHG bzw. § 15 Abs. 3 GmbHG). Die Einhaltung dieser notariellen Form ist nicht nur mit zu weilen nicht unerheblichen Kosten in Form der vom Notar nach den Vorschriften der Kostenordnung zu berechnenden Gebühren verbunden, sondern auch mit nicht unerheblichen administrativem Aufwand bei der notariellen Beurkundung und der Anmeldung der jeweiligen Änderung zum Handelsregister (§ 57 GmbHG im Falle der Kapitalerhöhung sowie § 40 Abs. 1 GmbHG beim Gesellschafterwechsel). Kosten und Aufwand hierbei können also ein entscheidungsrelevanter Faktor sein.

Der damit verbundene Aufwand lässt sich allerdings durch eine Konstruktion reduzieren, bei der die Geschäftsanteile aller „Gesellschafter“, die der Gruppe angehören, bei denen ein Wechsel oder ein Hinzutritt weiterer Gesellschafter zu erwarten ist (zumeist ist dies die Gruppe der privaten Beteiligten), durch einen Treuhänder gehalten werden. Dieser Treuhänder übt formal die Gesellschafterstellung aus und hält die Geschäftsanteile der „eigentlichen Gesellschafter“ aufgrund eines Treuhandvertrages für diese. Verändern sich die Beteiligungsquoten, ist jeweils nur dieser privatschriftliche Treuhandvertrag anzupassen. Im Treuhandvertrag ist dann allerdings die Willensbildung der Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung unter Einbeziehung des Treuhänders zu vereinbaren. Zusätzlich sind im Treuhandvertrag Instrumentarien vorzusehen, wie die eigentlichen Gesellschafter die Tätigkeit des Treuhänders durch ein entsprechendes Weisungsrecht steuern und die Ausübung der Treuhänderstellung wirkungsvoll kontrollieren können. Bei Zwischenschaltung eines Treuhänders kann der administrative Aufwand im Innenverhältnis zwischen Treugebern und Treuhändern also im Einzelfall nicht unerheblich sein. Dennoch wäre dann, wenn die Public Private Partnership auf einen sich verändernden Gesellschafterbestand ausgerichtet ist, ein solches Treuhandmodell ein geeignetes Konzept, um die bei einer unmittelbaren Beteiligung an der GmbH zwingenden Schwerfälligkeiten dieser Rechtsform vermeiden zu können.

Leichter sind Gesellschafterwechsel oder Neueintritte von Gesellschaftern in der Gestaltungsform der Aktiengesellschaft zu bewerkstelligen. Hier ist zumindest die Übertragung von Aktien an keine besonderen Formvorschriften geknüpft. Die Aufnahme neuer Gesellschafter kann in der Satzung der Aktiengesellschaft bereits durch die Festsetzung eines genehmigten Kapitals im Sinne von § 202 Aktiengesetz erleichtert werden. Zwar ist die Ermächtigung an den Vorstand, das Grundkapital bis zu einem bestimmten Nennbetrag (genehmigtes Kapital) durch Ausgabe neuer Aktien gegen Einlagen zu erhöhen, jeweils nur für einen Zeitraum von fünf Jahren nach Eintragung der Gesellschaft beziehungsweise nach Eintragung einer entsprechenden Satzungsänderung im Handelsregister der Gesellschaft möglich; dennoch ist der Zeitraum von fünf Jahren ein hinreichend langer Zeitraum, um dem Vorstand einer Aktiengesellschaft die notwendige Flexibilität einzuräumen, um weitere Gesellschafter hinzuzugewinnen. Auch die in § 202 Abs. 3 Aktiengesetz enthaltene Beschränkung zur Einräumung genehmigten Kapitals auf die Hälfte des zum Zeitpunkt der Ermächtigung vorhandenen Grundkapitals mag im Einzelfall als Hemmschuh empfunden werden, ist in der Regel aber ausreichend, um der Public Private Partnership den notwendigen Freiraum bei der Gewinnung neuer Gesellschafter zu belassen.

#### **7.4.2 Auskunfts- und Einsichtsrechte**

Für öffentliche Hoheitsträger, die vor der Entscheidung stehen, ob sie im Sinne eines Kooperationsmodells Gesellschafter des in privater

Rechtsform errichteten Leistungsträgers werden sollen, ist die Rechtsform als GmbH deshalb besonders attraktiv, weil das in § 51a GmbHG für den GmbH-Gesellschafter statuierte Auskunfts- und Einsichtsrecht dem Gesellschafter eine erhebliche Einflussmöglichkeit verschafft. Zwar kann der Gesellschafter auch mit diesem Auskunfts- und Einsichtsrecht nicht unmittelbar auf die Willensbildung der Gesellschaft Einfluss nehmen, aber die Möglichkeit, die Geschäftsführung durch Geltendmachung des Auskunfts- und Einsichtsrechts jeder Zeit zur Rechenschaft ziehen zu können, kann sich faktisch durchaus als Instrument der Einflussnahme auf die Geschäftsführung genutzt werden. Hinzu kommen die schon Minderheiten in der Gesellschafterversammlung zustehenden Rechte nach § 50 GmbHG, die Einberufung einer Gesellschafterversammlung verlangen zu können, beziehungsweise bestimmte Punkte auf die Tagesordnung einer Gesellschafterversammlung setzen zu lassen.

Entsprechende Auskunfts- und Einsichtsrechte gibt es für den Aktionär einer Aktiengesellschaft regelmäßig nicht; der Aktionär hat nur das Auskunftsrecht gemäß § 131 Aktiengesetz, nämlich in der Hauptversammlung vom Vorstand Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft zu verlangen. Ein eigenes Einsichtsrecht in Unterlagen der Gesellschaft hat der Aktionär nicht. Dem Vorstand der Aktiengesellschaft sind zudem in § 131 Aktiengesetz zahlreiche Gründe an die Hand gegeben, die Auskunft im Einzelfall zu verweigern, so dass auch das Fragerecht des Aktionärs noch zusätzlich beschränkt ist. Daneben besteht ein Informationsrecht des Auf-

sichtsrats, wobei das von einer Gebietskörperschaft entsandte Aufsichtsratsmitglied berechtigt ist, die erlangten Informationen an die ihn entsendende Gebietskörperschaft weiterzugeben.

So sehr zumindest das Auskunfts- und Einsichtsrecht nach § 51a GmbHG für eine Beteiligung des Hoheitsträgers an der die Leistungen erbringenden GmbH spricht, weil sie zusammen mit einer Stellung als Mehrheitsgesellschafter und/oder der Möglichkeit, Kandidaten für Organmitglieder vorschlagen zu dürfen, erhebliche Einflussnahmen und Kontrollrechte bedeuten, so sehr ist auch zu bedenken, dass eine effektive Ausübung dieser Rechte auch entsprechendes Know-how erfordert. Dieses Know-how ist aber gerade bei den öffentlichen Hoheitsträgern oft nicht oder in nicht ausreichendem Maße vorhanden, weshalb sie ja gerade eine Unterstützung durch den privaten Partner suchen und darauf Wert legen, dass dessen Know-how zur Erfüllung der öffentlichen Aufgaben eingesetzt wird. Zudem müssen diese Auskunfts- und Einsichtsrechte ja nicht zwingend nur bei einer Stellung als Gesellschafter einer GmbH gegeben sein.

Auch in einem Betreiber- oder Konzessionsvertrag lassen sich ohne weiteres Auskunfts- und Einsichtsrechte des auftraggebenden Hoheitsträgers vertraglich festschreiben. Falls das mit der Betreiberstellung oder der Konzession betraute private Unternehmen nicht ausschließlich zum Betrieb dieser konkreten Anlage gegründet wurde, müsste ein solches vertragliches Auskunfts- und Einsichtsrecht auf die Informati-

onen, Unterlagen und Daten beschränkt werden, die von der Betreiber- oder Konzessionsgesellschaft mit Bezug auf die im konkreten Fall zu betreibende Anlage geführt werden. Rein organisatorisch bedeutet dies für den Betreiber/Konzessionär allerdings, dass er getrennte Bücher zu führen hat, was zusätzlichen technischen und organisatorischen Aufwand bedeuten kann. In gleichem Maße wie für das Auskunfts- und Einsichtsrecht nach § 51a GmbHG gilt natürlich auch für ein solches vertragliches Auskunfts- und Einsichtsrecht, dass das notwendige Know-how beim öffentlichen Hoheitsträger vorhanden sein muss, um „die richtigen Fragen“ zu stellen oder „die richtigen“ Unterlagen anzufordern.

#### **7.4.3 Mitbestimmungsrechte als Gesellschafter versus vertragliche Ansprüche**

Die Stellung des öffentlichen Hoheitsträgers als Gesellschafter im Kooperationsmodell bedingt natürlich, dass der öffentliche Hoheitsträger diese Gesellschafterstellung auch dazu nutzen kann, die öffentliche Aufgabe der Daseinsvorsorge in vollem Umfang erfüllen zu können, d.h. nicht nur über das Ergebnis – also die zur öffentlichen Daseinsvorsorge erbrachte Leistung – sondern auch über die Art und Weise ihrer Erbringung sowie der Organisation des betreffenden Unternehmens entscheiden zu können. Je näher die jeweils zu erledigende öffentliche Aufgabe dem Kernbereich öffentlicher Daseinsvorsorge steht, desto - politisch - wichtiger wird es sein, nicht nur Inhalt, Umfang und Qualität des Ergebnisses einer im Rahmen der Erledigung öffentlicher Aufgaben erbrachten Leistung

über einen entsprechend spezifizierten vertraglichen Leistungsanspruch zu bestimmen, sondern auch die Art und Weise der Leistungserbringung in beispielsweise sachlicher, technischer, organisatorischer oder personeller Hinsicht mitbestimmen zu können. Der Unterschied liegt auch hier zum einen in der Art der gewählten Rechtsform des Unternehmens, aber auch in Inhalt und Umfang des erforderlichen Know-hows, um Gesellschafterrechte einerseits oder vertragliche Leistungsansprüche andererseits ausüben und die jeweilige Ausführung/Erfüllung kontrollieren zu können.

Der Vorstand der Aktiengesellschaft hat gemäß § 82 Abs. 2 Aktiengesetz im Verhältnis zur Gesellschaft nur die Beschränkungen einzuhalten, die im Rahmen der Vorschriften über die Aktiengesellschaft die Satzung, der Aufsichtsrat, die Hauptversammlung und die Geschäftsordnungen des Vorstands und des Aufsichtsrats für die Geschäftsführungsbefugnis getroffen haben.

Demgegenüber wird in der GmbH der Gesellschafterversammlung als Gesamtheit der Gesellschafter und oberstem Organ der Gesellschaft klarer Vorrang eingeräumt. Neben der Satzungs- und sonstigen Grundlagenkompetenz stehen der Gesellschafterversammlung zahlreiche weitere Befugnisse zu, die in § 46 GmbHG aufgezählt sind. Schon diese Aufzählung zeigt, dass die Befugnisse der Gesellschafterversammlung sich anders als bei der Aktiengesellschaft auch auf den Bereich der laufenden Geschäftsführung erstrecken. Im Gegensatz zum

Vorstand einer Aktiengesellschaft ist die Geschäftsführung einer GmbH also weitgehend gegenüber der Gesellschafterversammlung weisungsgebunden. Einzelheiten der Kompetenzverteilung können im Gesellschaftsvertrag geregelt werden (vgl. §§ 37 Abs. 1, 45 Abs. 1 GmbHG); anders als bei der Aktiengesellschaft besteht bei der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages einer GmbH auch weitgehend Gestaltungsfreiheit. Dies spricht für die GmbH nicht nur im Konkurrenzverhältnis der verschiedenen privaten Rechtsformen, sondern auch im Konkurrenzverhältnis zwischen Kooperationsmodell einerseits und Betreiber-/Konzessionsmodell andererseits. Allerdings kann eine zu weitgehende Einflussnahme der Gesellschafterversammlung auch die Geschäftsführung erheblich lähmen und in der Erfüllung ihrer Aufgaben insbesondere in der Einbringung verwaltungsfremden Know-hows und der Ausgestaltung von Geschäftsprozessen erheblich behindern.

Während bei einer Aktiengesellschaft der Vorstand durch den Aufsichtsrat berufen und vor allem auch abberufen werden kann, die Hauptversammlung hier also weitgehend ohne effiziente Befugnisse dasteht, kann die Bestellung zum Geschäftsführer einer GmbH von der Gesellschafterversammlung jederzeit widerrufen werden.

Die rechtlichen Möglichkeiten, die mit einer Stellung der öffentlichen Hand als Gesellschafter einer GmbH im Kooperationsmodell verbunden sind, sind also vielfältig und verleihen dem

Gesellschafter eine ausgesprochen starke Stellung. Dies gilt nicht nur für den Mehrheitsgesellschafter; im Rahmen von außerhalb des Gesellschaftsvertrages getroffener Abreden der Gesellschafter untereinander ("Gesellschaftervereinbarung") kann auch im Wege von Stimmbindungen die Willensbildung der Gesellschafterversammlung an Entscheidungen eines Minderheitsgesellschafters gekoppelt werden.

Ein solch entscheidender Einfluss der öffentlichen Hand auf die Willensbildung der Gesellschaft kann sich im Einzelfall für den privaten Gesellschafter auch als lähmend und behindernd auswirken. Der mit einer Public Private Partnership gerade verfolgte Zweck, sich privatwirtschaftliches Know-how in der Sache, vor allem aber auch Prozess-Know-how zu Nutzen zu machen, um die im Rahmen der öffentlichen Aufgabenerfüllung zu erbringenden Leistung und deren Qualität zu verbessern, kann eine so starke Stellung eines öffentlichen Hoheitsträgers als Gesellschafter diesen originären Zweck einer Public Private Partnership geradezu konterkarieren. Bei der Abwägung, ob je nach Art der zu erledigenden Aufgabe und eventueller politischer Vorgaben überhaupt eine Gesellschafterstellung für die öffentliche Hand notwendig ist, sind diese Aspekte also genauso zu beachten, wie bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages und der darin zu erfolgenden Ausgestaltung der Rechte der Gesellschafterversammlung gegenüber der Geschäftsführung sowie eventueller Gesellschaftervereinbarungen.

Kommt es dem öffentlichen Hoheitsträger hauptsächlich auf ein bestimmtes Leistungsergebnis, nicht jedoch oder nur in deutlich geringem Maße auf die Art und Weise der Leistungserbringung in personeller, sachlicher, organisatorischer oder sonstiger Hinsicht an, empfiehlt sich der Abschluss lediglich eines Betreiber- oder Konzessionsvertrages ohne öffentliche Beteiligung an dem die Leistungen erbringenden Unternehmen. Der öffentliche Hoheitsträger muss dann nicht unbedingt finanzielle und vor allem personelle Ressourcen in der die Leistungen erbringenden Gesellschaft binden, sondern kann sich auf die Entgegennahme und Kontrolle der erbrachten Leistungen konzentrieren – letzteres eine Aufgabe, die ja auch bei einer öffentlichen Beteiligung an dem die Leistungen erbringenden Unternehmen nicht gänzlich wegfiel. Insbesondere dann, wenn die eigenen Know-how-Ressourcen nur eingeschränkt sind, empfiehlt sich also eher die Abstandnahme von einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung an dem die Leistungen erbringenden privatwirtschaftlichen Unternehmen und die Beschränkung auf eine rein vertraglich abgesicherte Leistungsbeziehung.

#### **7.4.4 Know-how-Erfordernisse**

Die bei Gründung der Public Private Partnership beim öffentlichen Hoheitsträger vorhandenen Know-how-Ressourcen können genauso ausschlaggebend für die Wahl des Gestaltungsmodells sein. Wenn mit dem privatwirtschaftlichen Leistungsträger über die Leistungsbeschreibung und insbesondere die Service Level Agreements bei Abschluss des Vertrages verhandelt wird,

muss der öffentliche Hoheitsträger bereits im Besitz ausreichender Know-how-Ressourcen sein, um gleichberechtigt mit dem privaten Partner über die Definition von Inhalt und Umfang der zu erbringenden Leistungen (Leistungsbeschreibung) und von Qualitätsstandards für die zu erbringenden Leistungen (Service Level Agreements) verhandeln und entscheiden zu können. Ist der öffentliche Hoheitsträger in diesem Augenblick nicht mit den notwendigen Know-how-Ressourcen ausgestattet, ist er nicht in der Lage, als gleichberechtigter Verhandlungspartner mit dem privaten Beteiligten „auf Augenhöhe“ zu verhandeln und die Beschreibungen der zu erbringenden Leistungen und ihrer Qualitätsstandards durchzusetzen, die leger artis und zur ordnungsgemäßen Erfüllung der öffentlichen Aufgabe notwendig sind.

Zwar gibt es entsprechende Aufklärungs-, Informations- und Beratungspflichten des privaten Partners aus § 311 Abs. 2 in Verbindung mit § 241 Abs. 2 BGB (vor Inkrafttreten der Schuldrechtsreform nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo); allerdings führen Versäumnisse des privaten Partners bei der Erfüllung dieser Aufklärungs-, Beratungs- und Informationspflichten in aller Regel höchstens zu Schadenersatzansprüchen, in besonderen Fällen auch zu einem Anspruch auf Auflösung des geschlossenen Vertrages, nicht aber zu inhaltlich gesteigerten Erfüllungsansprüchen. Daher kann bei Begründung einer Public Private Partnership in dem Gestaltungsmodell des Betreiber- oder Konzessionsvertrages schon in einem sehr frühen Stadium, nämlich bei Abschluss dieses

Vertrages, ein erheblicher Bedarf des öffentlichen Hoheitsträgers an externer Beratung bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung und der Service Level Agreements entstehen.

Beteiligt sich der öffentliche Hoheitsträger zunächst im Sinne eines Kooperationsmodells an einer Gesellschaft mit privater Rechtsform, so hat der Hoheitsträger die privaten Gesellschafter „in seinem Lager“. Wenn diese Kooperationsgesellschaft dann in Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe Leistungen an Dritte erbringt, kann sich der öffentliche Hoheitsträger des Know-hows seiner Mitgesellschafter bedienen. Wenn allerdings die Kooperationsgesellschaft ihrerseits mit dem Hoheitsträger einen Betreiber- oder Konzessionsvertrag abschließt, befindet sich der öffentliche Hoheitsträger in einem Interessenkonflikt. Als Auftraggeber muss er so viel Leistungen mit so hoher Qualität wie möglich zu geringsten Preisen verlangen, während er als Auftragnehmer an der Eindämmung der Erwartungen an Leistungsinhalte und Qualitätsstandards auf ein Maß interessiert sein muss, dass das Risiko einer Schlechterfüllung in quantitativer oder qualitativer Hinsicht auf ein Minimum reduziert ist. Zugleich muss er ein Interesse an einer möglichst hohen Einnahmenerzielung haben. Eigenes Sach- und Prozess-Know-how kann der öffentliche Hoheitsträger also bei einer Beteiligung als Gesellschafter auch noch während des Anlaufs der Public Private Partnership aufbauen, steht dort aber in einem permanenten Interessenskonflikt. Bei Abschluss eines reinen Betreiber- oder Konzessionsvertrages muss

dieses Know-how schon vor Abschluss des Vertrages vorhanden sein oder durch externe Ressourcen zugekauft werden.

Bei Abschluss eines Betreiber- oder Konzessionsmodells ist es in jedem Fall auch erforderlich, dass während des gesamten Vertragserfüllungsstadiums entsprechendes Know-how zur Leistungsüberwachung vorhanden ist oder wiederum durch externe Ressourcen hinzugekauft wird.

#### **7.4.5 Besetzung von Organ-Mitgliedern**

Wählt der öffentliche Hoheitsträger die Gestaltung der Public Private Partnership als Kooperationsmodell, hat er Kraft seiner Gesellschafterstellung nicht nur die vielfältigen Möglichkeiten, Einfluss auf die Führung der Geschäfte in der Kooperationsgesellschaft zu nehmen. Er kann vielmehr auch durch Ausnutzung eines ihm im Gesellschaftsvertrag einzuräumenden Vorschlagsrechts für die Besetzung von Organ-Mitgliedern umgekehrt Verwaltungs-Know-how in die Kooperationsgesellschaft mit einbringen. Kenntnisse über Entscheidungsabläufe und die Funktionsweise von öffentlichen Organen, in denen Entscheidungen zu treffen sind, können der Kooperationsgesellschaft den Umgang mit der öffentlichen Hand als Auftraggeber im Einzelfall erheblich erleichtern. Management-Personal aus der Privatwirtschaft, das in einer solchen Kooperationsgesellschaft tätig würde, besäße diese Kenntnisse über Verwaltungsinterne sowie über die rechtlichen und organisatorischen Rahmenbedingungen für Entscheidungsabläufe in der Verwaltung nicht. Gerade dann, wenn Unternehmen mit so unterschiedlichen Erfahrungshorizonten aufeinandertreffen, kann ein solcher Mangel an Verwaltungs-Know-how die Kommunikation nicht nur bei Verhandlung und Abschluss von Verträgen, sondern auch während der gesamten Leistungsbeziehung erheblich erschweren.

Entscheidet man sich umgekehrt für das Betreiber-, Konzessions- oder ein sonstiges ausschließlich vertragsrechtliches Modell, ist bei der Auswahl des privatwirtschaftlichen Vertragspart-

ners darauf zu achten, dass dieser über entsprechende Erfahrungen im Umgang mit sowohl den politischen als auch den Verwaltungsorganen eines öffentlichen Hoheitsträgers hat, um Reibungsverluste aufgrund von Know-how-Defiziten, Kommunikationsfehlern usw. zu vermeiden.

#### **7.4.6 Möglichkeiten der Qualitätskontrolle**

Bei einer reinen vertragsrechtlichen Beziehung, wie beispielsweise dem Betreiber- oder Konzessionsmodell, erfolgt die Überwachung der Einhaltung vereinbarter Qualitätsstandards in der Regel über entsprechende Berichtspflichten des Leistungen erbringenden Unternehmens gegenüber dem öffentlichen Hoheitsträger und hieraus abgeleitet finanziellen oder sonstigen Sanktionen bei Unterschreitungen vereinbarter Qualitätsstandards. Gerade finanzielle Sanktionen müssen dabei so gestaltet sein, dass sie aufgrund ihrer Spürbarkeit einen echten Anreiz für das Leistungen erbringende Unternehmen darstellen; gegebenenfalls kann durch eine ergänzende Bonusregelung sogar noch ein zusätzlicher Leistungsanreiz geschaffen werden. Ein solches vertragsrechtliches Sanktionsinstrumentarium, wie es im reinen privatwirtschaftlichen Outsourcing in vielen Branchen schon seit Jahren bekannt ist, genügt typischerweise zur hinreichenden Überwachung der Einhaltung vereinbarter Qualitätsstandards. Dies gilt insbesondere dann, wenn Leistungen des privatwirtschaftlichen Unternehmens und Gegenleistungen des öffentlichen Hoheitsträgers im synallagmatischen Verhältnis stehen, da der öffentliche Hoheitsträger dann

die finanziellen Sanktionen sofort durch Minderung der von ihm zahlenden Vergütung faktisch vollstrecken kann.

Stehen die Leistungen des privaten Unternehmens nicht in einem synallagmatischen Verhältnis zum öffentlichen Hoheitsträger, sondern erbringt das private Unternehmen diese Leistungen unmittelbar entgeltlich an Dritte, kann der öffentliche Hoheitsträger zwar auch Sanktionen für den Fall der Nichteinhaltung vereinbarter Qualitätsstandards vereinbaren. Allerdings fehlt es an der Möglichkeit der sofortigen faktischen Vollstreckung durch Aufrechnung mit einer Vergütungsforderung des privaten Unternehmens und der öffentliche Hoheitsträger muss selbst initiativ werden, um einen Titel über die Zahlung von beispielsweise Vertragsstrafen oder Schadenspauschalen zu erwirken. Bei einer solchen Konstellation wiegen also die Einflussmöglichkeiten, die er als Gesellschafter hätte (in jedem Fall über das Auskunfts- und Einsichtsrecht nach § 51a GmbHG, möglicherweise aber auch Kraft seiner Mehrheitsgesellschafterstellung, oder über Vorschlags- und Abberufungsrechte bei Organ-Mitgliedern) deutlich schwerer, so dass in diesem Fall eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung des öffentlichen Hoheitsträgers empfehlenswert wäre.

#### **7.4.7 Arbeitsrechtliche Kriterien**

Bei der Frage, ob eine Public Private Partnership in Form eines Gemeinschaftsunternehmens

zwischen öffentlicher Hand und privaten Beteiligten anzustreben ist, müssen auch die rechtlichen Rahmenbedingungen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts berücksichtigt werden, in denen sich dieses Gemeinschaftsunternehmen zukünftig bewegt. Der Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) findet nicht zwingend allein deswegen auch auf solche Gemeinschaftsunternehmen Anwendung, weil der am Gemeinschaftsunternehmen beteiligte öffentliche Hoheitsträger hinsichtlich seiner eigenen Beschäftigten an den BAT gebunden ist. Vielmehr gibt es daneben Einrichtungen, die nicht Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen des öffentlichen Rechts, und doch gleichwohl Mitglieder der Arbeitgeberverbände der Vereinigung kommunaler Arbeitgeberverbände - VKA - sind und als solche den BAT anzuwenden haben. Ein Verzeichnis, welches keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt, wird in der Anlage III zum Rundschreiben des BMI vom 23. Dezember 2002 - D II 2 - 220 217/15 - geführt und fortgeschrieben. Die in dieser Anlage aufgeführten privatwirtschaftlich organisierten Unternehmen sind ebenfalls dem BAT unterworfen.

Allerdings existieren erfahrungsgemäß vielfach Dienstvereinbarungen der öffentlichen Hoheitsträger mit den jeweiligen Personalräten, die eine Selbstverpflichtung der öffentlichen Hoheitsträger enthalten, auch bei Gemeinschaftsunternehmen unter Beteiligung der öffentlichen Hand dafür Sorge zu tragen, dass auf die in dem Gemeinschaftsunternehmen beschäftigten Arbeitnehmer auch der BAT angewendet wird. Soweit auf das Gemeinschaftsunternehmen dann sogar

noch Betriebsteile des öffentlichen Hoheitsträgers übertragen werden, gehen in diesem Zusammenhang nicht nur die Arbeitsverhältnisse der betroffenen Arbeitnehmer gemäß § 613a Abs. 1 S. 1 BGB auf das Gemeinschaftsunternehmen über. Wenn in einem solchen Fall auch im Gemeinschaftsunternehmen der BAT Anwendung findet, ändert sich an den Inhalten der betroffenen Arbeitsverhältnisse nicht nur während des einjährigen Verschlechterungsverbots nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB nichts, sondern es bleibt auf Dauer bei den bekannten tarifvertraglichen Normen, auch wenn an sich das Gemeinschaftsunternehmen nicht Mitglied der Arbeitgeberverbände der Vereinigung kommunaler Arbeitgeberverbände ist.

Bleibt das die Leistungen erbringende Unternehmen von Anfang an ein privates Unternehmen, ohne dass öffentliche Hoheitsträger daran beteiligt sind, resultiert daraus keine tarifliche Bindung für das Unternehmen an den BAT. Selbst wenn Betriebsteile des öffentlichen Hoheitsträgers durch Rechtsgeschäft auf das die Leistungen erbringende private Unternehmen übertragen würden, bedeutete dies nicht die Übertragung der tariflich Bindung an den BAT für das private Unternehmen. Vielmehr werden bei einem Übergang des Anstellungsverhältnisses vom bislang tarifgebundenen Hoheitsträger in ein tarifungebundenes privates Unternehmen nur die Inhalte der bis dahin geltenden Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen als Bestandteile der individuellen Arbeitsverhältnisse mit in das private Unternehmen genommen, nehmen nach dem Übergangsstichtag aber nicht mehr

an Tarifänderungen oder an geänderten Betriebsvereinbarungen teil. Ist das private Unternehmen seinerseits tarifgebunden, so haben diese anderen Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen sogar Vorrang, selbst wenn sich der betroffene Arbeitnehmer materiell schlechter stellt (§ 613a Abs. 1 S. 3 BGB). Diese Situation führt regelmäßig dazu, dass bei einem geplanten Übergang von Betriebsteilen eines öffentlichen Hoheitsträgers auf ein privates Unternehmen, bei dem für die betroffenen Arbeitnehmer des Hoheitsträgers das Risiko besteht, dass sie sich sofort oder mittelfristig verschlechtern werden, mit einer erhöhten Anzahl von Widersprüchen gemäß § 613a Abs. 6 BGB zu rechnen ist. Faktisch muss also auch bei einem eigentlich tarifungebundenen Unternehmen oftmals mindestens Tariflohn gezahlt werden, um die betroffenen Mitarbeiter zu motivieren, auch mit in die neue betriebliche Einheit zu wechseln.

#### **7.4.8 Prüfungsvorbehalte zu Gunsten der Rechnungsprüfungsbehörden**

Für den Fall, dass sich der Hoheitsträger dazu entscheidet, zusammen mit dem Privaten ein Gemeinschaftsunternehmen zu gründen, müssen ferner die Konsequenzen aus §§ 53 ff. des Haushaltsgesetzes (HGrG) berücksichtigt werden.

Danach kann eine Gebietskörperschaft schon dann, wenn ihr nur ein Viertel der Geschäftsanteile zusteht und ihr zusammen mit anderen Gebietskörperschaften die Mehrheit der Anteile zusteht, verlangen, dass im Rahmen der Abschlussprüfung auch die Ordnungsmäßigkeit der

Geschäftsführung geprüft wird und das Gemeinschaftsunternehmen seine Abschlussprüfer beauftragt, in ihrem Bericht die Entwicklung der Vermögens- und Ertragslage sowie die Liquidität und Rentabilität der Gesellschaft, verlustbringende Geschäfte und die Ursachen hierfür sowie die Ursachen eines in der Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesenen Jahresfehlbetrages darzustellen. Die Gebietskörperschaft hat ferner das Recht, unmittelbar den Prüfungsbericht der Abschlussprüfer und, wenn das Unternehmen einen Konzernabschluss aufzustellen hat, auch den Prüfungsbericht der Konzernabschlussprüfer zugesandt zu bekommen. Schließlich kann in der Satzung beziehungsweise im Gesellschaftsvertrag des Gemeinschaftsunternehmens mit dreiviertel Mehrheit des vertretenen Kapitals bestimmt werden, dass sich die Rechnungsprüfungsbehörde der Gebietskörperschaft zur Klärung von Fragen, die bei deren Prüfung von § 44 HGrG auftreten, unmittelbar unterrichten und zu diesem Zweck den Betrieb, die Bücher und die Schriften des Unternehmens einsehen kann. Entsprechend ist in den Landeshaushaltsordnungen der Länder nicht nur geregelt, wann beispielsweise das Land überhaupt nur berechtigt ist, sich an der Gründung eines Unternehmens in einer Rechtsform des privaten Rechts oder an einem bereits bestehenden Unternehmen einer solchen Rechtsform zu beteiligen, sondern auch eine Anweisung an die zuständigen Ministerien enthalten, daraufhin zu wirken, dass dem Landesrechnungshof beziehungsweise dem Land selbst die in §§ 53 und 54 HGrG

genannten Befugnisse eingeräumt werden (Beispiel §§ 65 - 67 LHO Baden-Württemberg).

Derartige Beschränkungen gibt es selbstverständlich bei einer Public Private Partnership in einem Betreiber-, Konzessions- oder sonstigen rein vertraglichen Modell nicht. Hier könnte allenfalls dann ein Interesse des Hoheitsträgers bestehen, Einblicke in die wirtschaftlichen Daten, insbesondere in die Jahresabschlüsse des privaten Unternehmens zu bekommen, um dessen langfristige Bonität und Stabilität beurteilen zu können.

#### **7.4.9 Datenschutzrechtliche Bestimmungen**

Implizieren die Leistungen der Public Private Partnership auch die Verarbeitung personenbezogener Daten, so sind datenschutzrechtliche Aspekte zu beachten. Die Datenverarbeitung durch ein mehrheitlich im Besitz der öffentlichen Hand stehenden Unternehmens unterliegt – wie die Datenverarbeitung der Hoheitsträger selbst – den Bestimmungen des jeweils einschlägigen Bundes- oder Landesdatenschutzgesetzes für die Datenverarbeitung öffentlicher Stellen.

Demgegenüber wäre bei einem Betreiber-, Konzessions- oder sonstigen vertraglichem Modell einer Public Private Partnership die Zulässigkeit der Verarbeitung, Nutzung und Übermittlung personenbezogener Daten zumeist an den Bestimmungen der §§ 28 ff. BDSG für nicht-öffentliche Stellen zu messen, es sein denn es läge die Situation einer Auftragsdatenverarbeitung im Sinne von § 11 BDSG vor. Die datenschutzrechtlich zuständige Aufsichtsbehörde wäre

auch nicht der jeweilige Bundes- oder Landesdatenschutzbeauftragte, sondern in vielen Bundesländern die mittleren Verwaltungsbehörden der Länder. Je nach den konkreten Bedürfnissen bei der Verarbeitung, Nutzung und Übermittlung personenbezogener Daten kann also eine rein private Organisationsform für das die Leistungen erbringende Unternehmen zumindest insofern vorteilhafter sein, als die Einhaltung der hierfür einschlägigen datenschutzrechtlichen Vorschriften organisatorisch einfacher umsetzbar sein kann.

#### **7.4.10 Aufsichtsrechtliche Aspekte**

Da auch die Beteiligung von Gemeinden an privatwirtschaftlich organisierten Unternehmen kommunalrechtlich an bestimmte Zulässigkeitskriterien gebunden ist, unterliegt die Beteiligung von Gemeinden an derartigen Unternehmen oder ihrer Gründung natürlich auch der kommunalrechtlichen Aufsicht (beispielsweise § 118 GO Baden-Württemberg). Entsprechendes gilt zwar auch für den Abschluss von Leistungsverträgen im Zusammenhang mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben; gerade bei der Eingehung von Beteiligungen an privatwirtschaftlichen Unternehmen jedoch dürfte die Kommunalaufsicht wesentlich detaillierter und kritischer ausfallen als beim Abschluss rein privatwirtschaftlicher Verträge.

#### **7.5 Einschaltung von Subunternehmern**

Gleich ob man sich bei der Strukturierung einer Public Private Partnership für ein Kooperationsmodell, ein Betreiber-, Konzessions- oder sonstiges vertragsrechtliches Modell oder für eine

Mischform hieraus entschieden hat, sollte immer auch die Frage besonders bedacht werden, ob das mit den Leistungen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben betraute Unternehmen auch berechtigt sein soll, Dritte bei der Leistungserfüllung einzuschalten.

Zwar ist derjenige Leistungsschuldner, der einen Dritten als Erfüllungsgehilfen zur Erfüllung seiner eigenen Leistungspflichten einsetzt, für das Verhalten des Erfüllungsgehilfen in dem Sinne verantwortlich, dass er sich dessen Verschulden wie eigenes Verschulden zurechnen lassen muss (§ 278 BGB). Diese Haftung für das Verschulden von Erfüllungsgehilfen wie für eigenes Verschulden wird aber erst dann unmittelbar relevant, wenn sich der betreffende Erfüllungsgehilfe eine Schlechtleistung hat zu schulden kommen lassen. In diesem Fall muss dann der Hauptleistungsschuldner für das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen einstehen wie für eigenes Verschulden, d.h. Haftungssubjekt ist für den Leistungsgläubiger allein (es sei denn, er hat sich Ansprüche des Vertragspartners gegen dessen Erfüllungsgehilfen abtreten oder zur Ausübung überlassen lassen) der Hauptleistungsschuldner.

Bei Public Private Partnerships besteht ein ganz besonderes Interesse der öffentlichen Hand als Leistungsgläubiger in erster Linie an einer ordnungsgemäßen Erfüllung der Primärleistungspflichten und nicht an Schadenersatz und einem leistungsfähigen Schuldner für diesen Schadenersatzanspruch, da es um die ordnungsgemäße Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe geht. Aus

diesem Grunde muss die öffentliche Hand als Trägerin der öffentlichen Aufgabe sicherstellen, dass nicht nur die im Rahmen einer Public Private Partnership mit den Primärleistungspflichten betraute Unternehmung hinreichende Gewähr dafür bietet, dass die Leistungen ordnungsgemäß erbracht werden, sondern auch eventuell einzusetzende Subunternehmer. Dies hat zur Folge, dass die Einschaltung von Subunternehmern in keinem Fall dem eigenen Ermessen des mit den Leistungen beauftragten Unternehmens überlassen werden darf, sondern dass sich der öffentliche Hoheitsträger in jedem Fall der beabsichtigten Einschaltung eines Subunternehmers die Zustimmung zur Einschaltung gerade dieses Subunternehmers vorbehalten muss.

Entsprechende Zustimmungsvorbehaltsklauseln in einem Vertrag sind ohne weiteres zulässig und begründen für den Fall der Zuwiderhandlung des mit den Leistungen beauftragten Unternehmens einen Anspruch auf Unterlassung des Einsatzes des konkreten Subunternehmers, zu dessen Einschaltung die Zustimmung verweigert worden war. Dieser Anspruch auf Unterlassung kann nicht nur im ordentlichen Klageverfahren durchgesetzt werden, sondern als Unterlassungsanspruch sogar im Wege der einstweiligen Verfügung und damit im Einzelfall sehr schnell und bei besonderer Eilbedürftigkeit im Sinne von § 937 Abs. 2 ZPO sogar ohne vorherige mündliche Verhandlung oder schriftliche Anhörung des Antragsgegners. Da der Unterlassungsanspruch schon allein an das Fehlen der formalen Voraussetzung einer Zustimmung

zur Einschaltung des konkreten Subunternehmers geknüpft ist, dürfte für den öffentlichen Hoheitsträger, der diesen Unterlassungsanspruch im Wege einer einstweiligen Verfügung durchsetzt, das Risiko einer späteren Aufhebung eines erlassenen Verfügungsbeschlusses mit der Folge des verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruchs des Antragsgegners gemäß § 945 ZPO relativ gering sein.

## **7.6 Vertragsstruktur**

Die weitere Strukturierung eines Vertragswerks hängt natürlich ganz entscheidend von Inhalt und Umfang der im Wege einer Public Private Partnership zu erledigenden Aufgaben ab. Insbesondere dann, wenn die Leistungsinhalte vielfältig und gegebenenfalls noch dazu sehr unterschiedlich sind, empfiehlt es sich, einen Rahmenvertrag abzuschließen, in dem sämtliche die Zusammenarbeit der Parteien über alle Leistungsbereiche hinweg beherrschenden Prinzipien sowie sonstige allgemeine Bestimmungen festgehalten werden. Sodann können die nur für einen konkreten Leistungsbereich geltenden Bestimmungen in Einzelverträgen oder Leistungsscheinen definiert werden, wobei in diesen Einzelverträgen/Leistungsscheinen nur noch die Bestimmungen enthalten sein müssen, die speziell für die Leistungsbeziehungen der Parteien in diesem konkreten Leistungsbereich geltend sollen.

Diese Strukturierung in zwei Hierarchieebenen über ein gemeinsames Vertragswerk hinweg erfordert bei Entwurf und Verhandlung der Verträge einen höheren Koordinationsaufwand und

Überblick, vor allem aber höhere Disziplin bei der Einhaltung einer stringenter Normenhierarchie zwischen Rahmenvertrag und Einzelvertrag/Leistungsschein. Teilweise mögen die Beteiligten das Arbeiten mit Normen von zwei oder gar noch mehr unterschiedlichen Normenhierarchieebenen für schwieriger halten; gleichzeitig gibt die Aufteilung in einen Rahmenvertrag einerseits und Einzelverträge/Leistungsscheine andererseits den Parteien jedoch eine höhere Flexibilität bei der Vereinbarung von Leistungsänderungen. Diese können auf der Ebene der Einzelverträge/Leistungsscheine abgewickelt werden, während das unveränderte Fortbestehen des Rahmenvertrags zugleich die Garantie dafür gibt, dass die Grundprinzipien der Zusammenarbeit der Parteien trotz sich ändernder Leistungen unverändert aufrecht erhalten bleiben.

## **7.7 Inhalte des Vertrages für ein Betreibermodell**

### **7.7.1 Leistungsbeschreibung**

Soll ein Vertrag über Leistungen im Zusammenhang mit der Erledigung öffentlicher Aufgaben abgeschlossen werden, sind insbesondere an die Spezifikation von Inhalt und Umfang der zu erbringenden Leistungen besonders hohe Anforderungen zu stellen. Aus § 611 BGB ergibt sich lediglich die Verpflichtung eines zur Erbringung von Dienstleistungen im weitesten Sinne Verpflichteten, die "versprochenen Dienste" zu erbringen. Damit weist der Gesetzgeber den Parteien die Aufgabe zu, Inhalt und Umfang der zu erbringenden Leistung im Detail im Vertrag zu regeln. Dies bedeutet im Umkehrschluss,

dass auf gesetzliche Umschreibungen der zu erbringenden Leistungen und erst recht gesetzliche Definitionen von Qualitätsstandards in der Regel nicht zurückgegriffen werden kann. Dies eröffnet den Vertragsparteien die Chance, aber auch die Notwendigkeit die zu erbringenden Leistungen im Detail im Vertrag oder in einer Anlage hierzu (= Leistungsbeschreibung) detailliert zu definieren.

Im Kosten- oder Zeitinteresse an dieser Stelle nicht die notwendige Sorgfalt und Detailtiefe walten zu lassen, kann sich später für den öffentlichen Hoheitsträger bitter rächen. Wenn und soweit nämlich in der Leistungsbeschreibung einzelne Leistungen oder Leistungselemente nicht aufgeführt sind und sich auch aus der Leistungsbeschreibung im übrigen nicht ergibt, dass diese Leistungen oder Leistungselemente zu erbringen sind beziehungsweise deren Erbringung impliziert wird, hat der Leistungsgläubiger keinen entsprechenden Anspruch auf Erbringung der Leistung und genauso wenig einen Anspruch auf Schadenersatz, weil diese Leistung nicht erbracht worden ist. Das bei dem Aufsetzen und Aushandeln derartiger Verträge oftmals vertretene Argument, die Leistungsbeschreibung möglichst weit und ungenau zu fassen, damit auch alle später einmal gewünschten Leistungen hierunter subsumiert werden können, ist dementsprechend ein trügerisches, ja sogar falsches Argument: In der Leistungsbeschreibung nicht aufgeführte Leistungen gehören auch nicht zum geschuldeten Leistungsspektrum und der Leistungsgläubiger kann keinerlei Rechte für sich daraus ableiten, dass in

einem solchen Fall die von ihm gewünschten, in der Leistungsbeschreibung jedoch nicht ausdrücklich aufgeführten Leistungen nicht erbracht worden sind.

### **7.7.2 Service Level Agreements**

Was konkret als Service Level Agreement bezeichnet wird, ist in der Vertragspraxis durchaus unterschiedlich. Wenn erste Vertragsentwürfe vorgelegt werden, zeigt sich oftmals, dass die Parteien unter dem Begriff "Service Level Agreement" durchaus sehr unterschiedliche Inhalte verstehen. Einerseits wird der Begriff verwendet, um die komplette Leistung zu beschreiben. Das heißt: Service Level Agreements definieren Inhalt und Umfang der Leistungen und umfassen auch die Definition der qualitativen Standards, die bei der Erbringung der Leistung einzuhalten sind, sowie die daran geknüpften Sanktionen. In aller Regel verbinden Praktiker mit dem Begriff „Service Level Agreements“ jedoch ausschließlich die Definition qualitativer Standards für Leistungen anhand objektiv messbarer Größen, die an anderer Stelle nach ihrem Inhalt und Umfang definiert werden – verknüpft mit Regelungen zu Sanktionen für den Fall der Nichterfüllung.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Inhalt der geschuldeten Leistungen ausschließlich aus Hilfs- oder Beschaffungsleistungen besteht (die Geschäftsprozesse jedoch, die mit diesen Leistungen unterstützt werden, noch in der Hand des öffentlichen Hoheitsträgers liegen), oder ob vollständige Geschäftsprozesse zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe an einen privaten Dienstleister vergeben werden. In beiden Fällen

spielen Service Level Agreements eine gleichermaßen große Rolle und sind demnach auch mit gleichermaßen hoher Sorgfalt abzufassen.

### **7.7.3 Warum gibt es überhaupt Service Level Agreements?**

Bei der Gestaltung von Verträgen, die dem deutschen oder einem sonstigen zumindest kodifizierten Recht unterliegen, müssten in einen Vertragstext eigentlich nur folgende Bedingungen aufgenommen werden: Bedingungen, mit denen die Parteien von den im jeweils anwendbaren Gesetz enthaltenen Bestimmungen abweichen wollen, oder Bedingungen, die diese Gesetze ergänzen und ausgestalten sollen. Tatbestände und deren Rechtsfolgen, die im Gesetz bereits geregelt sind, müssen nicht noch einmal im Vertrag geregelt werden, solange die Parteien auch genau das wollen, was das Gesetz vorsieht. Ganz gleich, wie man eine Public Private Partnership vertragstypologisch charakterisieren mag, eins ist allen gesetzlichen Bestimmungen zu diesen Vertragstypen gemein: Bestimmungen zur Qualität des Leistungsgegenstandes (zu erbringende Dienstleistungen, zu fertigendes Werkstück, Kaufsache) sind im Gesetz nicht enthalten.

Auch ein Rückgriff auf die Vorschrift in § 243 Abs. 1 BGB, wonach bei Fehlen spezifischer Regelungen stets Waren mittlerer Art und Güte zu liefern sind, hilft nicht weiter: Dem Hoheitsträger, der ein privates Unternehmen mit der Erbringung von Leistungen oder der Abwicklung von ganzen Geschäftsprozessen beauftragt, wäre mit einem Verweis auf die in § 243 Abs. 1

BGB enthaltene Qualitätsbestimmung „mittlerer Art und Güte“ überhaupt nicht gedient. Entweder gibt es für derartige Leistungen überhaupt keinen mittleren Qualitätsstandard oder für den jeweiligen Hoheitsträger bzw. die von ihm zu erfüllende öffentliche Aufgabe wären Leistungen des privaten Unternehmens lediglich mittlerer Art und Güte gar nicht sachgerecht. Denn: Jeder Hoheitsträger benötigt keine Leistungen irgendeiner dubiosen mittleren Art und Güte, sondern benötigt maßgeschneiderte, genau auf die Bedürfnisse und Gegebenheiten im Zusammenhang mit der zu erledigenden öffentlichen Aufgabe zugeschnittene Leistungen des privaten Unternehmens.

Service Level Agreements gehören somit zu den Kernelementen jedes Vertrages, mit dem ein Hoheitsträger ein privates Unternehmen im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit der Erbringung von Leistungen oder der Abwicklung von ganzen Geschäftsprozessen beauftragt. Sind so verstandene Service Level Agreements unvollständig und lückenhaft abgefasst, bedeutet dies nicht nur irgendein Randproblem, sondern vielmehr das sich dauerhaft nachteilig auswirkende Fehlen wesentlicher Kernelemente eines solchen Vertrages.

Damit liegen auch die Nachteile klar auf der Hand, die für beide Seiten entstehen können, wenn Service Level Agreements entweder gar nicht oder lückenhaft abgefasst werden: Der Hoheitsträger, der Gläubiger der zu erbringenden Leistungen ist, hat keine tragfähige vertragliche Grundlage, aufgrund derer er gegen den Leistenden vorgehen könnte, wenn er die er-

brachten Leistungen als ungenügend empfinden sollte. Umgekehrt sieht sich der Leistungsschuldner bei fehlenden Service Level Agreements häufig mit naturgemäß eher nebulösen, aber dennoch vorhandenen Ansprüchen und dementsprechend zumeist auch Unzufriedenheitsgefühlen eines Hoheitsträgers konfrontiert. Mangels vertraglich vereinbarten Maßstabs für die zu erbringenden Leistungen kann er diesem Missstand nicht konkret und überzeugend argumentativ entgegentreten. Insbesondere aber ist das private Unternehmen nicht in der Lage, seine unternehmensinternen Dispositionen und Kalkulationen an einem klar definierten Maßstab auszurichten, bei dessen Erreichen es aus eigener Erkenntnis heraus sicher sein kann, alles ihm vertraglich Obliegende getan zu haben und dafür auch einen leistungsgerechten Preis erzielen zu können.

Die im Service Level Agreement zu formulierenden Leistungsanforderungen sollten von der Verwaltung bereits im Vorfeld frühzeitig aufgestellt werden, um die Verhandlungen gezielt führen zu können. Für die inhaltliche Vorbereitung müssen entsprechende Ressourcen bereitgestellt werden.

#### **7.7.4 Elemente eines Service Level Agreements**

Ein Service Level Agreement setzt sich stets aus einer Vielzahl von Einzeldefinitionen zu Messgrößen, Erhebungszeiträumen, Messmethoden, Messverfahren und projektbezogenen Definitionen zusammen. Wichtig ist jeweils, dass zur Bestimmung der Leistungsqualität objektiv messbare Größen definiert werden müssen, die

ihrerseits relevant für die Kernqualitäten der zu erbringenden Leistungen sind. Als Messgrößen kommen oft Zeiteinheiten in Betracht.

Bei im Rahmen einer Public Private Partnership zu erbringenden IT-Leistungen beispielsweise spielen insbesondere Verfügbarkeitsquoten eine besondere Rolle, die zwar nicht in Zeiteinheiten, sondern in Prozentsätzen dargestellt werden, die aber letztlich auch Angaben für Zeiteinheiten sind. Derartige Verfügbarkeitsquoten können aber auch bei zahlreichen weiteren Leistungsarten der öffentlichen Daseinsvorsorge relevant sein, beispielsweise hinsichtlich der uneingeschränkten Betriebsbereitschaft einer Freizeiteinrichtung (Schwimmbäder, Sportanlagen, Abwasserbeseitigungs- und -wiederaufbereitungsanlagen usw.). In Verträgen mit Call-Center-Dienstleistern (zum Beispiel zur Errichtung eines Bürgertelefons als zentraler Anlaufstelle für alle für den Bürger wesentlichen Verwaltungsleistungen einer Kommunalverwaltung) werden beispielsweise die Anzahl der zu bewältigenden Anrufe pro Zeiteinheit (inbound), die maximal zulässige Zeitspanne zwischen Eingang eines Anrufs und seiner Entgegennahme durch einen Call-Center-Agenten, der Anteil an Anrufen, die stattdessen auf einen Anrufbeantworter auflaufen dürfen verbunden mit einer Reaktionszeit für die persönliche Beantwortung der so aufgenommenen Anrufe durch einen Call-Center-Agenten vereinbart.

Insbesondere bei unter Zeitdruck stehenden Projekten einer Public Private Partnership wird

die Festlegung derart konkreter Service-Level einem späteren – dann jedoch wenigstens exakt zu definierenden – Zeitpunkt vorbehalten. Dabei ist das damit verbundene Konfliktpotenzial nicht zu unterschätzen, das dadurch nur auf einen späteren Zeitpunkt nach bereits vollzogener Vergabe der Leistungen verschoben wird.

#### **7.7.4.1 Beispiel: Verfügbarkeitsquoten für IT-Systeme**

Nirgendwo werden in der Vertragspraxis so häufig und so vielgestaltig Fehler gemacht wie bei der Definition von Verfügbarkeitsquoten als einem der wesentlichen Service-Level. Dies beginnt bereits damit, dass häufig schon nicht exakt definiert ist, was die Parteien überhaupt als Verfügbarkeit verstehen wollen, wann also ein System tatsächlich verfügbar ist und gegebenenfalls welche Auswirkungen in komplexen Client/Server-Strukturen die Ausfälle von Teilsystemen auf die Bestimmung der Verfügbarkeitsquote des Gesamtsystems haben sollen. Somit ist schon der Begriff der Verfügbarkeit zu definieren. Diese hängt ganz entscheidend von dem betreffenden System ab, dessen Verfügbarkeit die Parteien durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen absichern wollen. Daher ist nicht nur die Systemplattform bestehend aus Hardware, Betriebssystem und systemnaher Software zu definieren, sondern auch die konkrete Anwendung, deren Verfügbarkeit für den Auftraggeber vertraglich sicher gestellt werden soll.

Verfügbarkeiten werden meist in Prozentsätzen ausgedrückt, die die Summe der Zeiten, zu de-

nen das System im definierten Sinne tatsächlich verfügbar war, ins Verhältnis setzen zur Summe der Zeiten, in denen das definierte System maximal hätte verfügbar sein müssen. Der Umstand, dass die im Vertrag zumeist nur genannten Prozentsätze tatsächlich nur ein Verhältnis zwischen zwei Summen von Zeiten darstellen, zeigt, dass nicht nur die Summe der Zeiten, zu denen das betreffende System tatsächlich im vertraglich definierten Sinne verfügbar war, festgelegt werden muss, sondern auch der Bezugszeitraum, zu dem die Summe der erreichten Zeiten der Verfügbarkeit des betreffenden Systems ins Verhältnis gesetzt werden soll, also beispielsweise X % pro Woche, pro Monat, pro Quartal oder pro Kalenderjahr.

In der Vertragspraxis ist schon nicht selten festzustellen, dass die Angabe dieses Bezugszeitraums fehlt und allenfalls mittelbar aus den Turni abgeleitet werden kann, innerhalb derer das private Unternehmen Bericht über die erbrachten Leistungen und die dabei tatsächlich erreichten Service-Level zu erstatten hat. Dieser Befund ist noch frappierender, wenn man sich vor Augen hält, wie unterschiedlich die Ergebnisse je nach Bezugszeitraum sein können: Eine Verfügbarkeit von 98,5 % beispielsweise bezogen auf eine Woche bedeutet, dass ein System während 2,52 Stunden pro Woche ununterbrochen stillstehen und damit nicht verfügbar sein kann und der Auftragnehmer trotzdem seine Leistungspflichten voll erfüllt hat. Bezieht man diesen Prozentsatz dagegen auf ein ganzes Jahr, kann das betreffende System während 5,47 aufeinanderfolgender Tage, also während

131,4 aufeinanderfolgender Stunden stillstehen und damit nicht verfügbar sein und das private Unternehmen hat seine Leistungspflichten dennoch voll erfüllt.

Gerade das letztgenannte Beispiel zeigt im übrigen, dass die Definition eines Prozentsatzes bezogen auf einen bestimmten Zeitraum bei weitem nicht ausreichend ist, um die Verfügbarkeit eines System hinreichend exakt und vor allem tolerabel zu definieren. Jüngste Studien habe ergeben, dass immer mehr Unternehmen einen Komplettausfall wesentlicher Systeme nur noch kurze Zeit (maximal 1 bis 2 Tage) überstehen können, bevor sich das Risiko einer Unternehmensinsolvenz realisiert. Das ist bei der Erledigung öffentlicher Aufgaben nicht anders: Der Ausfall beispielsweise einer ganzen Schule oder wesentlicher Schuleinrichtungen (wie zum Beispiel Sporthallen, Fachräume usw.) während rund 5 ½ Tagen pro Kalenderjahr wäre zumindest dann völlig inakzeptabel, wenn es sich um 5 ½ aufeinanderfolgende Kalendertage außerhalb der Ferienzeiten handelte. Der in einem solchen Extremfall entstehende Schaden wäre hoch und vor allem wesentlich höher, als wenn dieser Zeitraum von 5 ½ Tagen lediglich die Summe einer Vielzahl kleinerer Ausfälle verteilt über das gesamte Jahr wäre. Eine Verfügbarkeitsquote ist also nur dann vollständig und auch wirtschaftlich sinnvoll definiert, wenn neben der bloßen Prozentsatzangabe auch noch die maximal zulässige Dauer eines einzelnen Ausfalls und die maximal zulässige Anzahl von Ausfällen pro Zeiteinheit (Tag, Woche, Monat, Quartal oder Jahr) definiert wird.

#### **7.7.4.2 Beispiel: Kapazität von Maschinen oder Fertigungsanlagen bei der Abfall- oder Abwasserbeseitigung**

Im Rahmen von Verträgen über den Bau oder die Lieferung von Maschinen oder Anlagen für beispielsweise eine Abfallbeseitigungsanlage oder eine Abwasserbeseitigungsanlage sollte die Produktionskapazität dieser Maschinen vertraglich definiert werden. Dies geschieht entweder durch Definition der Menge der zu bewältigenden Abfälle oder Abwässer, die mit Hilfe der Maschine pro Zeiteinheit ver- oder bearbeitet werden können, oder durch Spezifikation der maximal zulässigen Zeitspanne, die für den betreffenden Ver- oder Bearbeitungsschritt maximal benötigt werden darf. Je nach Eigenart des Ver- oder Bearbeitungsvorgangs oder des vorgesehenen Einsatzes der Maschine sind bei diesen Definitionen notwendige Rüstzeiten zum Ein- und Ausbau sowie zum Einstellen von Werkzeugen mit zu berücksichtigen, oder zu definieren, ob diese Leistungsparameter in einem Einschichtbetrieb oder einem mehrschichtigen Betrieb erreicht werden sollen. Wie immer, wenn Zeitspannen als Leistungsparameter herangezogen werden sollen, ist das den Messvorgang auslösende und das die Messung beendende Ereignis zu bestimmen.

#### **7.7.4.3 Beispiel: Antwortzeiten im Call Center**

Leistungen von Call Center-Dienstleistern (zum Beispiel zur Errichtung eines Bürgertelefons als zentraler Anlaufstelle für alle für den Bürger wesentlichen Verwaltungsleistungen einer

Kommunalverwaltung) können ein wichtiges Glied in der Verbindung zwischen einem Hoheitsträger und seinen Bürgern bilden. Die Schnelligkeit der Erreichbarkeit des Call Centers spielt dabei die entscheidende Rolle; Wartezeiten von mehr als 30 Sekunden bis zu Entgegennahme eines Anrufs werden vom Bürger in der Regel schon als unzumutbar empfunden mit der Folge, dass er entnervt auflegt und damit entweder es voller Verdruss immer wieder versucht oder er dann doch die Amtsräume des Hoheitsträgers aufsucht und damit die ja auch für den Hoheitsträger angestrebten Geschäftsprozesskosteneinsparungen verloren sind.

Daher ist die Antwortzeit als die maximal zulässige Zeitspanne zwischen Eingang eines Anrufs in der Telefonanlage des privaten Dienstleisters und persönlicher Entgegennahme dieses Anrufs durch einen Call Center-Agenten der wesentliche Service Level, der neben der Anzahl der pro Zeiteinheit maximal zu bewältigenden Anrufe unbedingt vereinbart werden sollte. Dabei müssen entweder 100 % der eingehenden Anrufe innerhalb dieser Antwortzeit entgegengenommen werden; es kann aber auch ein geringerer Prozentsatz hierfür vereinbart werden, wobei dann aber die verbleibenden Anrufe, die nicht persönlich aufgenommen werden, mindestens auf einen Anrufbeantworter weitergeschaltet werden sollten. Die dort aufgezeichneten Anrufe müssen dann innerhalb einer als weiterer Service Level zu vereinbarenden Zeitspanne entweder durch Rückruf oder in sonstiger festzulegender Weise beantwortet oder bearbeitet werden.

### **7.7.5 Messmethode/Messverfahren in Service Level Agreements**

Für die Messgrößen, die im Rahmen von Service Level Agreements definiert werden, gilt es, entsprechende Protokolle oder Messtools zu finden und im Vertrag zu definieren, mit deren Hilfe die Einhaltung dieser Service-Level gemessen werden kann. Da unterschiedliche Systeme auch unterschiedliche Ergebnisse zeitigen können, empfiehlt es sich, im Service Level Agreement nicht nur zu vereinbaren, welche Service-Level wie einzuhalten sind, sondern zugleich auch die Messmethode für beide Parteien verbindlich festzulegen, die zur Messung der Einhaltung der vertraglich vereinbarten Service-Level verwendet werden sollen. In einer späteren Auseinandersetzung um die Einhaltung der vertraglich vereinbarter Service-Level bleibt den Beteiligten so wenigstens ein kaum lösbarer Methodenstreit erspart.

Wichtig ist aber nicht nur die für beide Parteien verbindliche Vereinbarung der Messmethode, sondern auch weiterer Parameter des Messverfahrens: Im Service Level Agreement geregelt werden sollte also beispielsweise, wann zu welchen Zeiten oder in welchem Rhythmus bestimmte Service-Level gemessen werden. Bei der Festlegung von solchen Messzeitpunkten ist zu berücksichtigen, dass es selbstverständlich Zeiten ganz unterschiedlicher Beanspruchung gibt, so dass die Messungen sowohl zu Zeiten intensiver Beanspruchung als auch im Vergleich dazu während Zeiten weniger starker Beanspruchung festgestellt werden sollten. Dies lässt sich natürlich noch beliebig ausdifferenzieren.

Schließlich empfiehlt es sich, jeweils mehrere Messungen in die Gesamtbetrachtung der Einhaltung vereinbarter Service-Level mit einzubeziehen.

### **7.7.6 Randbedingungen für Service Level Agreements**

Neben den Bestimmungen im Service Level Agreement, welche Service-Level konkret einzuhalten sind und wie deren Einhaltung mit Hilfe welcher Verfahren im Einzelfall zu messen ist, müssen auch bestimmte Randbedingungen geregelt werden. Hierzu zählen insbesondere Mitwirkungs- und Beistelleistungen des den Auftrag erteilenden öffentlichen Hoheitsträgers sowie seiner Erfüllungsgehilfen.

Im Rahmen der vom Auftraggeber zu erbringenden Mitwirkungs- und Beistelleistungen ist bei IT-Leistungen beispielsweise zu regeln, welche der beiden Parteien für die Sicherstellung einer unterbrechungsfreien Stromversorgung und/oder entsprechenden Klimatisierung in denjenigen Räumen, in denen zu betreibende oder zu betreuende Systemkomponenten oder Anlagen installiert sind, zu sorgen hat. Bei der Wartung von Produktions- oder sonstigen technischen Anlagen der öffentlichen Daseinsvorgänge (Beispiel: Schwimmbäder, Sportanlagen usw.) können Mitwirkungs- und Beistellpflichten des Auftraggebers in der Beistellung von Personal, Räumlichkeiten oder Werkzeugen sowie sonstiger Infrastruktur (Hebezeuge, Verlademöglichkeiten o.ä.) bestehen.

Liegen diese Verantwortungen bei dem die Leistungen vergebenden Hoheitsträger, so lägen Ausfälle oder Verzögerungen, die auf Störungen in derartigen Mitwirkungs- und Beistellleistungen des Hoheitsträgers begründet sind, nicht mehr im Verantwortungsbereich des Auftragnehmers. Selbst wenn dieser aufgrund derartiger Umstände vereinbarte Service-Level nicht einhalten könnte, träfe eine daraus resultierende Haftung vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen im Vertrag (Garantiehafung des Dienstleisters) nicht den Auftragnehmer, sondern den Hoheitsträger, der letztlich für die Ursachen der Leistungsverzögerung beim Auftragnehmer verantwortlich ist.

#### **7.7.7 Flexibilität**

Service Level Agreements sollten nicht ausschließlich in „Beton gegossen“ sein. Vielmehr müssen in Service Level Agreements bereits Mechanismen bereitgestellt werden, wie auf Änderungen in den Umgebungsbedingungen reagiert werden kann. Dies gilt beispielsweise auch für Änderungen in den vom privaten Unternehmen zu betreuenden Mengengerüsten. Wenn bei Übersteigen eines bestimmten vertraglich zu vereinbarenden Mengengerüstes ein in Kapazität und Betreuung intensiverer Aufwand getrieben oder eine sonstige Infrastruktur aufrechterhalten werden muss, könnte sich dies in bereits im vorhinein definierten unterschiedlichen Vergütungssätzen bei ansonsten gleichen Vergütungsstrukturen niederschlagen. Es müsste dann nur der bereits im vorhinein vereinbarte geänderte Vergütungssatz angewandt werden, um die Mehr- oder Minderaufwendun-

gen des privaten Unternehmens abzufangen. Damit wäre ein erfahrungsgemäß häufig auftretender Anlass für Meinungsverschiedenheiten zwischen Hoheitsträger und privatem Unternehmen bereits im vorhinein ausgeräumt und diese Situationen könnten ohne größere Diskussionen oder in Infragestellen des bisherigen Vertragstextes bewältigt werden.

#### **7.7.8 Sanktionen**

Ein Service Level Agreement wäre unvollständig, enthielte es nicht Bestimmungen zu den Rechtsfolgen für den Fall, dass der Auftragnehmer die zuvor vereinbarten Leistungsstandards nicht einhielte. Entweder sind nämlich die Mängelansprüche, die das Gesetz bereithält, für jegliche Leistungen, bei denen Service Level eine wesentliche Rolle spielen, nicht geeignet oder das Gesetz hält gar keine Rechtsfolgeregelungen bereit. Dies hat zur Folge, dass auf den allgemeinen Schadenersatzanspruch gemäß §§ 280 ff. BGB zurückgegriffen werden muss:

Wenn – was ausnahmsweise einmal angezeigt sein mag – ein Vertrag über die Erbringung von Leistungen werkvertragliche Elemente enthalten sollte, so wären hierauf zwar die werkvertraglichen Mängelansprüche auf Nachbesserung und nach deren Scheitern Rücktritt oder Minderung, ersatzweise Schadenersatz gegeben. Abgesehen davon jedoch, dass werkvertragliche Leistungselemente, bei denen ein konkreter Leistungserfolg geschuldet ist, bei derartigen Verträgen, bei denen es meist auf die fortlaufende Erbringung bestimmter Leistungen ankommt, in

der Regel nicht den Schwerpunkt bilden – es sei denn die Fehlerfreiheit einer zu errichtenden oder zu wartenden Anlage ist gerade der geschuldete Leistungserfolg - sind die Rechtsbehelfe der Minderung oder des Rücktritts für den Auftraggeber wenig attraktiv: An einer Rückabwicklung des gesamten Vertrages kann ihm nur im Ausnahmefall gelegen sein; die bloße Minderung der zu zahlenden Vergütung ist in der Regel nicht geeignet, einen entstandenen Schaden zu kompensieren. Die Nachbesserung der einmal mangelhaft erbrachten Leistung mag zwar im Einzelfall noch von Interesse sein; in der Regel kommt sie jedoch zu spät. Ferner kann die Nachbesserung einer schon einmal mangelhaft erbrachten Leistung deren weitere Folgen, also so genannte Folgeschäden, nicht kompensieren.

Rechtsfolgeregelungen für den Fall, dass der Auftragnehmer die ihm obliegenden Dienstleistungen mangelhaft erbringt, enthält auch das Dienstvertragsrecht des BGB nicht; insoweit muss also auf den allgemeinen Schadenersatzanspruch nach §§ 280 ff. BGB zurückgegriffen werden, wonach ein Leistungsschuldner bei schuldhafter Schlechterfüllung ihm obliegender Leistungspflichten stets für den daraus entstehenden Schaden einzustehen hat.

Für diesen Schadenersatzanspruch bei dienstvertraglich zu qualifizierenden Vertragsbeziehungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer ebenso wie für den werkvertraglichen (§ 634 Nr.4 BGB) oder mietvertraglichen (§ 536a BGB) Schadenersatzanspruch gilt der allge-

meine Grundsatz des deutschen Schadenersatzrechts, dass lediglich ein konkreter, vom Geschädigten auch im Einzelfall darzulegender und nachzuweisender Schaden ersatzfähig ist. Der Geschädigte muss also im Einzelnen konkret darlegen und beweisen, dass ihm durch ein bestimmtes Verhalten oder Unterlassen des Schädigers ein bestimmter Schaden entstanden ist. Ein solcher Schaden ist in vielen Fällen gar nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand zu quantifizieren.

Aus diesen Gründen empfiehlt es sich dringend, in einem Service Level Agreement nicht nur die jeweils einzuhaltenden Leistungsstandards, sondern auch Rechtsfolgen zu definieren, die mehr oder weniger automatisch eintreten sollen, sobald ein bestimmter vertraglich vereinbarter Service-Level im konkreten Fall unterschritten wurde.

#### **7.7.8.1 Vertragsstrafe oder Schadenersatzpauschale - Die Vertragsstrafe**

Das Konzept der Vertragsstrafe ist in §§ 339 ff. BGB als unselbständiges, an eine bestehende Hauptverbindlichkeit angelehntes Versprechen des Schuldners definiert, im Falle der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung an den Gläubiger eine Geldleistung zu erbringen. Die Vertragsstrafe erfüllt damit einen doppelten Zweck, nämlich die Sicherung der Vertragserfüllung durch Ausübung entsprechenden finanziellen Drucks einerseits und die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen ohne Nachweis eines konkreten Schadens andererseits.

Gemäß §§ 341 Abs. 2, 340 Abs. 2 BGB bleibt dem Gläubiger der Vertragsstrafe die Geltendmachung von über die Höhe der Vertragsstrafe hinausgehenden Schadenersatzansprüchen vorbehalten; hieraus ergibt sich, dass die Vertragsstrafe mithin bis zu ihrer vereinbarten Höhe in jedem Fall auch die dem Gläubiger entstandenen Schäden abdecken soll. Nur dann, wenn der Gläubiger in der Lage ist, ihm durch die Pflichtverletzung des Leistungsschuldners entstandene Schäden auch über die Höhe der Vertragsstrafe hinaus darzulegen und unter Beweis zu stellen, wäre der Leistungsschuldner verpflichtet, auch einen über den Betrag der Vertragsstrafe hinausgehenden Schadenersatz zu zahlen.

Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe bewirkt also, dass der Leistungsschuldner für den Fall der Schlechterfüllung der ihm obliegenden Leistungspflichten nur abschätzen kann, welche Beträge er dadurch zunächst und in jedem Fall einbüßt. Das der Vertragsstrafe gesetzlich innewohnende Moment der Geltendmachung darüber hinausgehender Schäden bewirkt jedoch zusätzlich für den Fall, dass dem Leistungsgläubiger der Nachweis weiterer Schäden gelingt, eine im Betrag nach oben hin völlig offene (gegebenenfalls nur noch durch eine allgemeine Haftungsbegrenzungsregelung gedeckelte) und damit nicht mehr im Voraus abschätzbare Schadenersatzverpflichtung des Leistungsschuldners. Der festgeschriebene Vertragsstrafensatz bildet lediglich die mindestens zu zahlende Sanktion.

### **7.7.8.2 Vertragsstrafe oder Schadenersatzpauschale - Die Schadenspauschale**

Den Gegensatz dazu bilden Schadenspauschalen – häufig auch als pauschalisierte Schadenersatzbeträge bezeichnet – also vertraglich vereinbarte Pauschalbeträge, die immer dann zu zahlen sind, wenn ein bestimmter Service-Level unterschritten wird, gleich in welcher Höhe dadurch ein tatsächlicher Schaden entstanden ist oder vom Leistungsgläubiger nachgewiesen werden kann. Liegt ausnahmsweise einmal der konkret entstandene und auch nachweisbare Schaden über der Höhe der Schadenspauschale, kann der geschädigte Leistungsgläubiger den über der Höhe der Schadenspauschale hinausgehenden Schaden vom Leistungsschuldner trotzdem nicht erstattet verlangen; vielmehr hat er diesen Schaden selbst zu tragen. Für den Leistungsschuldner bilden Schadenspauschalen also die vorzugswürdigen, weil in ihrer Höhe jeweils exakt vorher bestimmbare Sanktionen.

### **7.7.8.3 Abwägung zwischen Vertragsstrafe und Schadenspauschale**

Welche der beiden Instrumente in einem Service Level Agreement vereinbart werden, hängt stark von der Interessenlage ab, auf die sich die Parteien letztlich einigen können und von der Wahrscheinlichkeit, dass tatsächlich einmal ein höherer Schaden dargelegt und bewiesen werden kann oder entsprechende Schätzgrundlagen dargelegt werden können.

Die auftraggeberfreundliche Variante ist die Vereinbarung von Vertragsstrafen, da sie die Möglichkeit offen lässt, über die Höhe der Ver-

tragsstrafe hinausgehende konkrete Schäden verlangen zu können. Die auftragnehmerfreundlichere Variante ist die Vereinbarung von pauschalisierten Schadenersatzbeträgen, da diese die Sicherheit bietet, dass der Leistungsschuldner nie mehr als den vereinbarten pauschalisierten Schadenersatz zu zahlen hat.

In der Vertragspraxis kommt es nicht häufig vor, dass der Leistungsgläubiger in der Lage ist, einen über die Vertragsstrafe hinausgehenden konkreten Schaden darzulegen und zu beweisen, so dass der Vorteil der Vertragsstrafe für den Auftraggeber oft eher theoretischer, denn praktischer Natur ist. Daher ist viel wichtiger eine exakte Definition der Fälle, in denen die Sanktion verwirkt sein soll, einschließlich eventueller Staffelungen der Sanktionshöhe in Abhängigkeit vom Grad und/oder der Dauer der Unterschreitung des vereinbarten Service-Levels.

### **7.7.8.4 Berechnung von Sanktionen**

Bei der Definition von Sanktionen für die Unterschreitung von Service-Level wird häufig eine Staffelung der Sanktionen in Abhängigkeit vom Grad der Unterschreitung des Service-Levels sowie zumeist zusätzlich auch noch in einer zeitlichen Dimension vorgenommen. Oftmals werden aber nicht nur einfache und für jeden ohne weiteres nachvollziehbare Tabellen verwendet, sondern der Sanktionsmechanismus in sehr komplexe und manchmal nur schwer nachvollziehbare Formeln gekleidet. Hier ist ein besonders kritisches Auge gefragt, um sicherzustellen, dass der vereinbarte Berechnungsme-

chanismus tatsächlich auch unter sämtlichen Konstellationen zu zutreffenden Ergebnissen führt.

Bei der Definition und Bemessung von Sanktionen spielt der Grad der Unterschreitung sowohl in qualitativer als auch in zeitlicher Dimension eine Rolle: Je höher der Grad der Unterschreitung beziehungsweise je länger die Unterschreitung andauert, desto nachhaltiger und materiell spürbarer müssen die definierten Sanktionen sein. Überschreiten die Unterschreitungen definierter Qualitätsstandards bestimmte Grenzwerte in qualitativer und gegebenenfalls zugleich auch zeitlicher Dimensionen steht dem Auftraggeber ein außerordentliches Kündigungsrecht aus wichtigem Grund (§ 314 BGB) zu; diese Grenzwerte sind dann als Regelbeispiele für das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne von § 314 BGB im Vertrag zu definieren.

#### **7.7.8.5 Sanktionen bei Totalausfall**

Ein häufig gemachter Fehler bei der Definition von Sanktionen in Service Level Agreements ist ferner, dass ab einem bestimmten, von den Parteien bereits als extrem und nicht mehr hinnehmbar eingeschätzten Grad oder Dauer der Unterschreitung der vereinbarten Service-Levels keine weitere Sanktion mehr vorgesehen ist und der Vertrag auch ansonsten keine Handlungsanweisung mehr enthält, welche Sanktionen im Falle des Totalausfalls oder des fast vollständigen Ausfalls greifen sollen. Dies führt dazu, dass derartige Totalausfälle oder fast vollständige Ausfälle in den Sanktionen viel zu gering

bewertet werden oder sogar keinerlei eigenständige Sanktionen vorgesehen sind, die dem Charakter einer solcher Situation als größte anzunehmende Schlechtleistung gerecht würden. Ein solcher Fall könnte im Vertrag demnach als Regelbeispiel für einen wichtigen, zur außerordentlichen Kündigung berechtigenden Grund definiert werden, was zugleich die Problematik der exakten Bestimmbarkeit des normativen Begriffs des wichtigen Grundes in § 314 BGB löste.

#### **7.7.9 Einbindung in den Gesamtvertrag**

Schließlich ist darauf zu achten, dass die Sanktionsregelungen im Rahmen von Service Level Agreements mit den allgemeinen Haftungsregelungen im Gesamtvertragswerk harmonisiert werden: Hierbei gilt es insbesondere eine Einigung darüber zu finden, ob Vertragsstrafen oder pauschalierte Schadenersatzbeträge nach den entsprechenden Service Level Agreements unabhängig von eventuellen Haftungsbegrenzungen im Gesamtvertrag gezahlt werden müssen oder ob Vertragsstrafen/pauschalierte Schadenersatzbeträge auf die für den Gesamtvertrag möglicherweise vereinbarten Haftungshöchstgrenzen anzurechnen sind bzw. diese auch für im Fall der Verletzung mehrerer Service-Levels sich aufsummierende Vertragsstrafen/pauschalierten Schadenersatzbeträge gelten sollen.

#### **7.7.10 Bonus-/Malus-System**

In Analogie zu den einen Malus für das private Unternehmen bedeutenden Sanktionsregelungen für den Fall der Unterschreitung vereinbarter Service Level sind natürlich auch Bonus-

Regelungen denkbar:

Zum einen könnte dem privaten Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt werden, eine in einem Messzeitraum erzielte Unterschreitung eines Service Level durch überobligationsmäßige Überschreitungen des selben Service Levels in dem oder den Folgezeiträumen kompensieren und so einer finanziellen Sanktion der Service Level-Unterschreitung entgegen zu können.

Zum anderen sind aber auch finanziell wirksame Boni denkbar, die in jedem Fall der überobligationsmäßigen Überschreitung eines Service Levels ausgezahlt werden und so zu einer Verbesserung der Einnahmen des privaten Unternehmens führen können. Eine solche Bonus-Regelung ist natürlich nur sinnvoll, wenn die überobligationsmäßige Erfüllung durch das private Unternehmen auch für den Hoheitsträger einen echten Mehrwert bringt.

#### **7.7.11 Projekt- und Kommunikationsstrukturen**

Gerade dann, wenn sowohl auf Seiten des Hoheitsträgers als auch auf Seiten des privaten Unternehmens mehrere Personen beteiligt sind, ist oftmals zu beobachten, dass auf verschiedenen Gesprächsebenen Abstimmungen und sonstige vertraglich relevante Vereinbarungen getroffen werden. Dadurch gehender Überblick und die Nachvollziehbarkeit über die Gesamtheit der verbindlichen Vereinbarungen verloren.

Hier sollte im Vertrag von Anfang an sichergestellt werden, dass auf beiden Seiten entspre-

chende Strukturen geschaffen, d.h. Aufgaben und Verantwortungsbereiche definiert werden, für die konkrete Personen zu benennen sind und in zum Management der Public Private Partnership gebildete Gremien zu entsenden sind. Mindestens ist sowohl auf Seiten des Hoheitsträgers als auch des privaten Unternehmens jeweils ein Ansprechpartner zu benennen, der als "Single Point of Contact" fungiert und in seiner jeweiligen Organisation die Verantwortung für die jeweiligen Verpflichtungen seiner Partei übernimmt.

Während auf dieser Ebene der unmittelbar für das Tagesgeschäft Verantwortlichen die zur Aufrechterhaltung gerade dieses Tagesgeschäfts notwendigen Abstimmungen und Vereinbarung erfolgen, ist es je nach der zu erledigenden Aufgabe auch wichtig, dass ein anderes, übergeordnetes Gremium mit der Diskussion von strategischen Maßnahmen und Projekten innerhalb der Public Private Partnership etabliert und betraut wird. Dieses übergeordnete Gremium ("Lenkungsausschuss") könnte zugleich als Eskalationsstufe für den Fall der Nichteinigung auf der Ebenen der Ansprechpartner/Projektleiter eingesetzt werden.

Für die Sitzungen sowohl der Ansprechpartner/Projektleiter als auch des Lenkungsausschusses sollte im Vertrag vorgesehen werden, dass mindestens Ergebnisprotokolle gefertigt werden, damit die in diesen Gremien jeweils getroffenen Entscheidungen auch für die beteiligten Parteien und Dritte dokumentiert sind.

## **7.8 Abwicklung bei Beendigung der Public Private Partnership**

Auch wenn die Public Private Partnership nicht zwingend auf eine feste Vertragsdauer angelegt sein muss, sollte in jedem Fall in einem Betreiber-, Konzessions- oder sonstigen Vertrag die wesentlichen Pflichten der Parteien festgelegt werden, falls es zu einer Beendigung der Public Private Partnership kommt. In diesem Falle müssen beispielsweise Anlagen oder sonstige Wirtschaftsgüter, Informationen, Daten oder Unterlagen an den Hoheitsträger herausgegeben werden. Falls der Hoheitsträger die bislang vom privaten Unternehmen betriebene Anlage weiterbetreiben will oder muss, muss das Personal des Hoheitsträgers in die Bedienung der Anlagen sowie in sonstige relevante Umstände eingeführt werden.

Insbesondere dann, wenn der Hoheitsträger entweder verpflichtet wird oder zumindest die Option eingeräumt bekommt, bislang vom privaten Unternehmen genutzte oder betriebene Anlagen oder sonstige Wirtschaftsgüter zu übernehmen, ist zumindest das Risiko zu bedenken, dass auch eine solche (Rück-)Übertragung an den Hoheitsträger wiederum einen Betriebsteilübergang im Sinne von § 613a BGB bedeuten kann mit der Folge, dass die Anstellungsverhältnisse der Mitarbeiter, die das private Unternehmen zur Erledigung der im Rahmen der Public Private Partnership erbrachten Leistungen eingesetzt hatte, per Gesetz auf den Hoheitsträger übergingen, es sei denn die betroffenen Arbeitnehmer widersprächen dem

Übergang ihrer Einstellungsverhältnisse (§ 613a Abs. 6 BGB).

Da bei entweder auf eine lange Vertragsdauer ausgelegten oder sogar auf eine unbestimmte Vertragsdauer abgeschlossenen Betreiber-, Konzessions- oder sonstigen Verträgen im Einzelnen Inhalt und Umfang der die Parteien im Zusammenhang mit einer Rückabwicklung treffenden Verpflichtungen noch nicht abzusehen ist, hat es sich in der Praxis bewährt, im Vertrag zumindest prozedurale Vorgaben zu machen, wie die Parteien im Falle der Rückabwicklung diese Pflichten konkretisieren können. Es könnte beispielsweise ein mit Vertretern beider Parteien besetztes Abwicklungsteam eingesetzt werden, das einen konkreten Maßnahmen- und Zeitplan für die Abwicklungsschritte erarbeitet. Dieser Maßnahmen- und Zeitplan konkretisiert dann die allgemeinen Pflichten der Parteien im Zusammenhang mit der Rückabwicklung des Projekts.

## **7.9 Konfliktlösung bei Meinungsverschiedenheiten**

Kommen während des laufenden Betriebs einer Public Private Partnership zwischen den Parteien Differenzen auf (beispielsweise im Hinblick auf den Umfang der zu erbringenden Leistungen, die Verwirkung von Sanktionen wegen Unterschreitung von Service Level Agreements, oder den Pflichtenkreis einer Partei bei Rückabwicklung der Public Private Partnership) ist eine schnelle, sachgerechte Konfliktlösung von großer Bedeutung. Der Weg zu den ordentlichen Gerichten ist aufgrund der damit verbundenen langen Verfahrensdauer, des Verfahrenswegs

durch mehrere Instanzen und in Anbetracht der vielfältigen Beanspruchungen ordentlicher Gerichte gar nicht vermeidbaren Sachferne der betroffenen Richter oftmals nicht empfehlenswert. Für diesen Zweck können die Parteien im Vertrag entweder einen Schiedsgutachter oder ein Schiedsgericht vereinbaren, das entweder bereits im Vertrag oder spätestens bei Aufkommen der Streitigkeit bestellt wird, um kurzfristig eine für beide Parteien verbindliche Lösung zu finden. Die Bestellung eines Schiedsgutachters ist insbesondere dann sinnvoll, wenn im wesentlichen technische Sachverhalte im weitesten Sinne Anlass zu den Differenzen zwischen den Parteien bilden und die Lösung dieser Differenzen ganz entscheidend von der Entscheidung in der Sache abhängt. Die Einsetzung eines Schiedsgerichts empfiehlt sich dagegen, wenn neben technischen Sachfragen auch Rechtsfragen zu beantworten sind.

#### **7.10 Verarbeitung personenbezogener Daten durch die PPP**

Falls zum Aufgabenkreis der PPP die Verarbeitung personenbezogener Daten gehört, sind zwei weitere rechtliche Aspekte zu beachten:

##### **7.10.1 Datenschutzrechtliche Bestimmungen**

Die Übertragung von Aufgaben im Wege eines vertraglichen Public Private Partnership führt nicht automatisch dazu, dass die Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) für den nicht-öffentlichen Sektor (§§ 28 ff. BDSG) anzuwenden wären. Werden lediglich einzelne Datenverarbeitungsaufgaben vertraglich in ge-

nau vordefinierter Art und Weise einem Dritten übertragen, handelt es sich regelmäßig um eine Auftragsdatenverarbeitung im Sinne von § 11 BDSG, bei der die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung (einschließlich der Übermittlung personenbezogener Daten an Dritte) bei dem öffentlichen Auftraggeber verbleibt. Der öffentliche Auftraggeber muss dann durch vertragliche Vereinbarungen mit dem Auftragnehmer sicher stellen, dass die für die Datenverarbeitung durch einen öffentlichen Auftraggeber geltenden Vorschriften in gleicher Weise von dem privatrechtlich organisierten Auftragnehmer eingehalten werden. Wichtig ist hierbei insbesondere, dass vertraglich die vom Auftragnehmer einzuhaltenden organisatorischen, technischen und systematischen Vorkehrungen zur Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen (siehe Anlage zu § 9 BDSG) festgeschrieben sein müssen.

Allerdings bereitet die Abgrenzung einer Auftragsdatenverarbeitung zur sogenannten Funktionsübertragung, für die nicht mehr das Privileg des § 11 BDSG gilt, häufig Schwierigkeiten, und hier bleibt es der einzelfallbezogenen Abwägung vorbehalten, ob man die Vertragsbeziehungen doch zur Vermeidung von datenschutzrechtlichen Risiken als Auftragsdatenverarbeitung gestaltet oder ob auf anderen Wegen die Vereinbarkeit mit den Datenschutzgesetzen sichergestellt werden kann: Wenn zum Beispiel eine komplette Aufgabe einschließlich der zu ihrer Erfüllung notwendigen Datenverarbeitungsvorgänge auf eine nicht-öffentliche Stelle übertragen wird, kann sogar einmal ein Fall der Belei-

hung im Sinne von § 2 Abs. 4 S. 2 BDSG mit der Folge vorliegen, dass die nicht-öffentliche Stelle insoweit als öffentliche Stelle im Sinne des BDSG zu behandeln ist und die für die Datenverarbeitung durch öffentliche Stellen maßgeblichen Vorschriften des zweiten Abschnittes des BDSG unverändert Anwendung finden.

Liegen die Voraussetzungen einer Beleihung nicht vor, so mögen zwar im Einzelfall für die Datenverarbeitung durch die PPP die Vorschriften der §§ 28 ff. BDSG zur Anwendung kommen; ob die öffentliche Stelle jedoch der PPP die personenbezogenen Daten überhaupt zur Verfügung stellen, d.h. übermitteln darf, ist nach den für die öffentliche Stelle einschlägigen Vorschriften des zweiten Abschnittes des BDSG zu beurteilen.

#### **7.10.2 Strafrechtliche Aspekte**

In der Praxis wird häufig übersehen, dass die Übermittlung personenbezogener Daten durch einen Amtsträger an Dritte nicht nur datenschutzrechtliche, sondern auch strafrechtliche Implikationen haben kann. Gemäß § 203 StGB ist nämlich die Verletzung von Privatgeheimnissen in Form der unbefugten Offenbarung von fremden, zu einem persönlichen Lebensbereich gehörenden Geheimnissen bestimmten Berufsgruppen bei Strafe untersagt. Hierzu zählen nicht nur die in § 203 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 StGB genannten Angehörigen privater Berufe, sondern gemäß § 203 Abs. 2 StGB auch Amtsträger, für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete oder öffentlich bestellte Sachverständige, denen jeweils fremde Geheimnisse anver-

traut oder sonst bekannt geworden sind. Einem solchen Geheimnis stehen auch Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse eines anderen (= natürliche oder auch juristische Person) gleich, die für Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfasst worden sind. Anders als bei einer rein datenschutzrechtlichen Betrachtung, wo gemäß § 11 BDSG bei Vorliegen einer Auftragsdatenverarbeitung schon der Datenverkehr zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer nicht mehr als datenschutzrechtlich relevanter Übermittlungsvorgang angesehen wird, bleibt die Übermittlung von zu Geheimnissen des persönlichen Lebensbereichs zählenden Daten oder Einzelangaben im Sinne von § 203 Abs. 2 S. 2 StGB an den Datenverarbeitungsdienstleister ein „Offenbaren“ im Sinne von § 203 StGB. Demnach scheidet auch die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Auftragsdatenverarbeitung als Rechtfertigungsgrund im Sinne von § 203 StGB aus.

Auch § 16 BDSG, wo die Übermittlung personenbezogener Daten durch nicht-öffentliche Stellen geregelt ist, scheidet schon tatbestandlich als Rechtfertigungsgrund oder gar als tatbestandsausschließende Befugnis im Sinne von § 203 StGB aus; zudem sind schon die Anwendungsbereiche beider Vorschriften nicht identisch.

In der Kommentarliteratur wird vielfach eine Interessenabwägung zwischen den Interessen des Offenbarenden und des Betroffenen dann als Rechtfertigung für ein tatbestandsmäßiges Verhalten im Sinne von § 203 StGB angenom-

men, wenn die Interessen des Offenbarenden überwiegen. Dabei wird jedoch übersehen, dass normativer Ort für eine solche Interessenabwägung letztlich immer der rechtfertigende Notstand im Sinne von § 34 StGB ist, wonach eine akute Bedrohungssituation für schützenswerte höhere Rechtsgüter (zumeist des Betroffenen) vorausgesetzt wird.

Soweit also keine ausdrückliche Einwilligung des Betroffenen vorliegt (eine entsprechende Einwilligungserklärung wäre demnach bei der Neugestaltung von Erhebungsbögen, Antragsformularen u.ä. zu berücksichtigen) käme als Rechtfertigungsgrund (insbesondere für die Zurverfügungstellung von vorhandenen Altdatenbeständen an den Datenverarbeitungsdienstleister) nur noch die mutmaßliche Einwilligung des Betroffenen in Betracht. Zwar muss gerade im Bereich der Offenbarungsdelikte dieses Rechtsinstitut sehr restriktiv gehandhabt werden; wenn und soweit jedoch die in § 11 BDSG definierten Anforderungen an eine zulässige Auftragsdatenverarbeitung auf die Gesamtheit der durch § 203 Abs. 2 StGB geschützten Daten und Einzelangaben und deren Verarbeitung durch den Datenverarbeitungsdienstleister angewandt werden, käme je nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalles eine Rechtfertigung der Zurverfügungstellung von nach § 203 StGB geschützten Daten und Einzelangaben an den beauftragten Dienstleister in Betracht.

Gelangt man jedoch nach keinem der vorstehend aufgeführten rechtlichen Ansatzpunkte zu einer auch strafrechtlich zulässigen Zurverfü-

gungstellung von Daten und Einzelangaben im Sinne von § 203 Abs. 2 StGB an den datenverarbeitenden Dienstleister, so kann ein Strafbarkeitsrisiko nur dadurch vermieden werden, dass das Leistungsspektrum des Datenverarbeitungsdienstleisters soweit zurückgeschraubt wird, dass er keinen Einblick in die zu verarbeitenden Daten erlangt, sondern die Daten weiterhin in der Herrschaft der öffentlichen Stelle bleiben. Damit reduziert sich die Rolle des Datenverarbeitungsdienstleisters zumeist auf die Bereitstellung und den Betrieb der Systemplattform, während der Betrieb und die Betreuung der Anwendung sowie der Datenbank in der Hand der öffentlichen Stelle verbleiben. Soweit aus betrieblichen Gründen im Einzelfall doch einmal ein wartungsbedingter Zugriff auf die Applikation und die Daten durch den Datenverarbeitungsdienstleister notwendig wird, dürfte dies nur unter strenger Aufsicht und im Beisein von Angehörigen der öffentlichen Stelle, nur durch besonders verpflichtete Mitarbeiter des Datenverarbeitungsdienstleisters und nur im Rahmen eines im Einzelfall freizuschaltenden Zugangs möglich sein. Eine brauchbare Anleitung zur Gestaltung der Auflagen, unter denen ein solcher Zugriff des Datenverarbeitungsdienstleisters ausnahmsweise möglich sein kann, das Rundschreiben Nr. 41/1996 der Bundesnotarkammer vom 30.10.1996 ([www.bundesnotarkammer.de/Informationen/Presse/MerkblätterundEmpfehlungen](http://www.bundesnotarkammer.de/Informationen/Presse/MerkblätterundEmpfehlungen)).

### **7.11 Vertragsschema Konzessionsmodell**

Um dem Leser neben den vorstehenden Hinweisen zur Vertragsgestaltung, die sich insbesondere auf Betreibermodelle beziehen, auch noch Hinweise für ein weiteres Strukturmodell einer Public Private Partnership an die Hand zu geben, folgt ein stichwortartiges Schema für die Strukturierung eines Konzessionsmodells:

# **Konzessionsvertrag**

## Übersicht über den wesentlichen Vertragsinhalt

1. Vertragsgegenstand
  - 1.1 Auftrag zu Bau, Betrieb, Erhaltung und Finanzierung der Infrastrukturanlage, Recht des Konzessionärs zur Gebührenerhebung.
  - 1.2 Allgemeine Verpflichtung des Konzessionärs, alle Risiken zu übernehmen, die sich aus dem Bau, dem Betrieb, der Erhaltung und der Finanzierung der Infrastrukturanlage ergeben, soweit nicht der Vertrag eine andere Risikoverteilung vorsieht.
  - 1.3 Allgemeine Verpflichtung des Auftraggebers, den Konzessionär während der Bauzeit und während der Betriebsdauer im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten zu unterstützen, insbesondere die Erteilung erforderlicher Genehmigungen zu fördern (ohne dass damit Eingriffe in die Entscheidungsbefugnis der betreffenden Behörden verbunden wären).
2. Bau der Infrastrukturanlage
  - 2.1 Art und Umfang der Leistungen
    - 2.1.1 Planungsleistungen
      - 2.1.1.1 Konzessionär erbringt die Planungsleistungen laut Leistungsbeschreibung.
      - 2.1.1.2 Auftraggeber stellt dem Konzessionär alle Planungs- und sonstigen Unterlagen, die bis zum Vertragsabschluss bereits erstellt worden sind, zur Verfügung.
        - 2.1.1.3 Zusätzlich erforderliche Planungsleistungen, die vom Auftraggeber gefordert oder nach den öffentlich-rechtlichen Genehmigungen notwendig werden, erbringt der Konzessionär auf eigene Kosten, können aber als unvorhergesehene Mehrkosten bei der Gebührenberechnung berücksichtigt werden.
        - 2.1.1.4 Regelungen über das Verfahren bei notwendigen Änderungen abgestimmter Planungen und über die Befugnis des Konzessionärs, abgestimmte Planungen von sich aus unter bestimmten Voraussetzungen zu ändern.
    - 2.1.2 Planfeststellungsverfahren, Genehmigungen
      - 2.1.2.1 Der Planfeststellungsantrag wird vom Auftraggeber/vom Konzessionär gestellt.
      - 2.1.2.2 Konzessionär beschafft alle erforderlichen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen, soweit sie nicht bereits vorliegen oder nach diesem Vertrag vom Auftraggeber zu beschaffen sind.
      - 2.1.2.3 Falls ein Dritter gegen den Planfeststellungsbeschluss oder gegen eine öffentlich-rechtliche Genehmigung Rechtsmittel einlegt, ist die jeweilige Vertragspartei, der nach diesem Vertrag die Antragstellung obliegt, verpflichtet, den Rechtsmitteln entgegenzutreten. Die jeweils andere Vertragspartei ist zur Un-

terstützung verpflichtet. Für den Fall, dass der Baubeginn trotz des Rechtsmittels einstweilen gestattet worden ist, ist zu regeln, inwieweit tatsächlich der Baubeginn erfolgen soll.

### 2.1.3 Bauleistungen

2.1.3.1 Konzessionär übernimmt die Bauleistungen gemäß Leistungsbeschreibung und unter Beachtung des Planfeststellungsbeschlusses und der öffentlich-rechtlichen Genehmigungen.

2.1.3.2 Komplettheitsklausel: Der Konzessionär erbringt alle Leistungen, die zur gebrauchts- und schlüsselfertigen Herstellung der Infrastrukturanlage gehören, und zwar auch dann, wenn sie in diesem Vertrag und seinen Anlagen nicht besonders erwähnt sind.

2.1.3.3 Regelung über das Baugrundrisiko – Eignung und Güte des Baugrundes, Grundwasserverhältnisse, Altlasten/Kontaminierungen, Wasserhaltung, Funde von Kampfmitteln, Altertumsfunde. Ohne vertragliche Regelung trägt der Auftraggeber diese Risiken. Soweit die Risiken vom Konzessionär übernommen werden sollen, ist dies im Einzelnen zu regeln, und zwar sowohl hinsichtlich der Kosten als auch der Termine. Möglich ist auch, auf eingeholte Baugrundgutachten zu verweisen. Soweit Risiken daraus erkennbar sind, übernimmt sie der Konzessionär; soweit die Baugrundverhältnisse von den Gutachten abweichen, ist es Verhandlungssache, ob sie beim Auftraggeber

verbleiben oder vom Konzessionär übernommen werden.

2.1.3.4 Weitere Einzelleistungen (Maßnahmen gemäß BaustellVO, Baustelleneinrichtung, behördliche Abnahmen, Verkehrssicherungspflicht, Bauleiter nach Landesbauordnung usw.).

2.1.3.5 Weiterer Ausbau, Ausbaustufen

### 2.1.4 Mitwirkung des Auftraggebers

Mitwirkungspflichten des Auftraggebers können sich beispielsweise beziehen auf

- Umsiedlungsmaßnahmen
- naturschutzrechtliche Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen
- Lärmschutzmaßnahmen
- Verkehrsanbindung.

## 2.2. Grundstücksnutzung

2.2.1 Beschaffung der Grundstücke, die für den Bau der Infrastrukturanlage und für naturschutzrechtliche Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen benötigt werden, durch den Auftraggeber/den Konzessionär.

2.2.2 Der Auftraggeber stellt dem Konzessionär die Grundstücke unentgeltlich/zu einem Nutzungsentgelt zur Verfügung. (Das Nutzungsentgelt darf nicht zu einer Beteiligung des Staates an Mauteinnahmen nach dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz – FStrPrivFinG führen; denn die öffentliche Hand darf keine Mautgebühren erheben und daher auch nicht indirekt an solchen teilhaben.)

2.2.3 Der Auftraggeber stellt die Grundstücke durch Nutzungsvertrag/Bestellung von Erbbaurechten/Übereignung dem Konzessionär zur Verfügung. (Sollen Erbbaurechte bestellt oder die Grundstücke übereignet werden, bedarf der Vertrag der notariellen Beurkundung - § 311b Abs. 1 BGB.)

## 2.3 Nachunternehmer

2.3.1 Mindestanteil an Bauleistungen, die der Konzessionär selbst zu erbringen hat.

2.3.2 Vergabe grundsätzlich nur an solche Nachunternehmer, die im Angebot benannt worden sind oder denen der Auftraggeber zugestimmt hat. Bei Verstoß Vertragsstrafe.

2.3.3 Ist der Konzessionär selbst öffentlicher Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber, ist bei der Vergabe von Aufträgen an Dritte das Vergaberecht zu beachten. Ist der Konzessionär privater Auftraggeber, so gilt gemäß § 98 Nr. 6 GWB für die Vergabe von Aufträgen an Dritte zwar ebenfalls öffentliches Vergaberecht. Private Baukonzessionäre haben aber ausschließlich die Formvorschriften zur Bekanntmachung von Bauaufträgen zu beachten (§ 6 Satz 1 2. Halbs. VgV, § 32a Nr. 2 VOB/A; Arnold Boesen, Vergaberecht, 1. Aufl. 2000, § 98 Rn. 122).

## 2.4. Termine, Vertragsstrafe

2.4.1 Termine für Planungsleistungen und Genehmigungsanträge; Fertigstellungstermin für Bauleistungen; Terminplan;

Termine für Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers.

2.4.2 Erlaubte Verzögerungsgründe, Verspätungsanzeige

2.4.3 Vertragsstrafe bei Verzug des Konzessionärs mit seinen Leistungspflichten

2.4.4 Regelung über das Recht des Auftraggebers, bei Verzug die Bauleistungen im Wege der Ersatzvornahme durch Drittunternehmen auf Kosten des Konzessionärs fertig stellen zu lassen oder den Vertrag zu kündigen. Bei Kündigung Bezahlung der Teil-Bauleistungen? Der öffentliche Auftraggeber will Baukosten gerade nicht tragen. Um dies zu vermeiden, kann bestimmt werden, dass die finanzierenden Banken einen neuen Konzessionär benennen dürfen. Scheitert dies, dann erhält der bisherige Konzessionär nur eine Entschädigung; diese muss nicht dem Wert der erbrachten Bauleistungen entsprechen.

## 2.5 Leistungsänderungen (zusätzliche Planungsleistungen, zusätzliche oder geänderte Bauleistungen)

2.5.1 Leistungsänderungen, die auf Verlangen des Auftraggebers oder aufgrund der öffentlich-rechtlichen Genehmigungen erforderlich werden, hat der Konzessionär mit zu erbringen.

2.5.2 Die Mehrkosten sind dem Konzessionär zu vergüten / sind bei der Gebührenberechnung als unvorhersehbare Kosten zu berücksichtigen.

2.5.3 Dem Konzessionär sind in jedem Fall solche Mehrkosten zu vergüten, die darauf beruhen, dass der Auftraggeber aufgrund einer einstweiligen Gestattung den sofortigen Baubeginn verlangt hat, und die wegen nachträglicher Auflagen angefallen sind. Mehrkosten, die durch verzögerte Genehmigungen verursacht sind, sind ebenfalls als unvorhergesehene Mehrkosten bei der Gebührenberechnung zu berücksichtigen/sind vom Auftraggeber zu vergüten. Es ist auch eine Regelung möglich, nach der die Mehrkosten teils als unvorhersehbare Mehrkosten bei der Gebührenberechnung zu berücksichtigen und teils vom Auftraggeber zu vergüten sind. Eine solche Regelung kommt etwa im Hinblick auf unvorhergesehene Baugrundverhältnisse in Betracht.

## 2.6 Gefahrtragung

2.6.1 Bei zufälligem Untergang oder zufälliger Verschlechterung der erbrachten Bauleistungen trägt grundsätzlich der Konzessionär die Gefahr. Das Risiko sollte durch eine Bauleistungsversicherung gedeckt werden. Im Übrigen kommt eine Regelung in Betracht, nach der entstehende Mehrkosten bei der Gebührenberechnung oder durch Verlängerung des Konzessionszeitraumes berücksichtigt werden können.

## 2.7 Überwachung der Bauleistungen und Überprüfung der fertiggestellten baulichen Anlage

2.7.1 Der öffentliche Auftraggeber ist daran interessiert, die Bauleistungen während der Ausführung zu überwachen, da es ihm auf einen hohen Qualitätsstandard ankommt. Der Konzessionär sieht sich hingegen selbst als Bauherrn, der die Anlage auf eigenes Risiko errichtet und betreibt und die Überwachung durch die öffentliche Hand möglicherweise als störend empfindet. Die Befugnisse des öffentlichen Auftraggebers, die Ausführung etwa durch ein Ingenieurbüro/einen Technischen Beauftragten, zu überwachen, sollten möglichst genau geregelt werden. Es bietet sich eine Schiedsgutachten-Klausel an.

2.7.2 Eine Abnahme der fertiggestellten Bauleistungen kommt nicht in Betracht, da die bauliche Anlage nicht an den Auftraggeber übergeben wird, sondern beim Konzessionär zur Nutzung verbleibt. Aber der Auftraggeber hat ein Recht darauf, dass die bauliche Anlage vollständig und mangelfrei fertiggestellt wird. Daher ist die Überprüfung der baulichen Anlage nach Fertigstellung zu regeln, um festzustellen, ob sie der Leistungsbeschreibung entspricht. Restleistungen und Mängel sind in einem schriftlichen Begehungsprotokoll (evtl. mit Sachverständigem) festzuhalten.

2.7.3 Restleistungen und Mängel sind binnen angemessener Frist zu beheben. Andernfalls ist dem Auftraggeber ein Recht zur Ersatzvornahme einzuräumen.

- 2.7.4 Werkvertragliche Rechte wegen Mängel entfallen im Übrigen. Statt dessen übernimmt der Konzessionär die Erhaltung der baulichen Anlage während der gesamten Konzessionsdauer (siehe unten 4.1).
- 2.8 Vertragserfüllungsbürgschaft  
Der Konzessionär hat eine Vertragserfüllungsbürgschaft für die vollständige, mangelfreie und rechtzeitige Fertigstellung der Infrastrukturanlage zu stellen.
- 2.9 Teilvergütung  
Falls die Baukosten durch die Nutzungsgebühren (siehe unten 3.2 und 3.3) nicht voll amortisiert werden können, kommt in Betracht, dass der Auftraggeber die Bauleistungen teilweise vergütet.
3. Betrieb und Nutzung
- 3.1 Konzessionszeitraum
- 3.1.1 Konzessionszeitraum von Inbetriebnahme an beispielsweise 30 Jahre oder 50 Jahre.
- 3.1.2 Verlängerung des Konzessionszeitraumes aus triftigem Grund, etwa wegen
- Erhöhung der Baukosten aus Gründen, die der Konzessionär nicht zu vertreten hat (siehe oben 2.5.3),
  - nicht zu vertretender Betriebsunterbrechung,
  - gegenüber den Erwartungen geringerer Nutzungsintensität.
- Nachweis der Kostenunterdeckung/der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit durch den Konzessionär; Schlichtungsverfahren
- 3.1.3 Verkürzung des Konzessionszeitraumes aus triftigem Grund, etwa weil die vereinbarte maximale Eigenkapitalverzinsung bereits vorzeitig erzielt worden ist.
- 3.2 Recht zur Gebührenerhebung
- 3.2.1 Der Konzessionär erhält für Bau und Erhaltung der Infrastrukturanlage statt einer Vergütung das Recht auf Nutzung. Er ist während der Konzessionsdauer berechtigt, Gebühren von den Nutzern zu erheben. Soweit es um öffentlich-rechtliche Gebühren geht, erfolgt Beleihung des Konzessionärs.
- 3.2.2 Geht es beispielsweise um Mautgebühren nach dem FStrPrivFinG: Recht des Konzessionärs zum Betrieb der Mauterhebungseinrichtungen.
- 3.2.3 Bei Beleihung: Rechts- und Fachaufsicht, Entziehung der Beleihung aus wichtigem Grund.
- 3.3 Höhe der Gebühren
- 3.3.1 Berücksichtigungsfähige Kosten: Kosten für Betrieb, Instandhaltung und Instandsetzung, Steuern und Abgaben, Abschreibungen, Wagnis, angemessene Verzinsung der Investitionen.
- 3.3.2 Begrenzung der berücksichtigungsfähigen Kosten auf die Angebotssumme des Konzessionärs zuzüglich berücksichtigungsfähiger unvorhergesehener Mehrkosten.
- 3.3.3 Nachweis der Kosten, Schlichtungsverfahren
- 3.3.4 Recht zur Gebührenerhöhung, beispielsweise wegen

- unvorhergesehener Mehrkosten beim Bau der Infrastrukturanlage (siehe oben 2.5.3)
- geringerer als erwarteter Nutzungsintensität
- nicht vorhersehbaren Änderungen gesetzlicher Bestimmungen oder Regeln der Technik.

### 3.3.5 Probleme:

- Der Konzessionär erwartet eine gesicherte rechtliche Grundlage für die Gebührenerhebung.
- Bei der Gebührenhöhe besteht eine Hürde im öffentlich-rechtlichen Äquivalenzprinzip: In welcher Höhe dürfen Abschreibungen angesetzt werden? Welche Kapitalverzinsung kann als Kostenfaktor berücksichtigt werden (international marktüblich ist eine Eigenkapitalrendite von 15 % oder mehr)?
- Wenn Abschreibungen nur in Höhe des tatsächlichen Wertverzehrs angesetzt werden, so dass während der Konzessionsdauer keine vollständige Refinanzierung erfolgt, dann muss die Refinanzierungslücke anderweitig geschlossen werden, etwa durch Vergütung des Sachwertes am Ende der Konzessionszeit.
- Wenn die Gebühren sich nur nach den berücksichtigungsfähigen Kosten und einer bestimmten angemessenen Verzinsung richten (also nur nach dem Input), entsteht für den

Konzessionär kein Anreiz für Kosteneinsparungen. Das heißt, die Effizienzvorteile, die durch eine Public Private Partnership angestrebt werden, werden möglicherweise nicht erreicht. Wenn sich die Höhe der Gebühren hingegen nach der Leistung (dem Output) richten würde, so könnte dies zu entsprechend höheren Gewinnen führen. Diese sind aber wegen des gebührenrechtlichen Äquivalenzprinzips problematisch. Hier bedarf es einer Verbesserung der rechtlichen Grundlagen.

## 3.4 Betriebspflicht

### 3.4.1 Allgemeine Betriebspflicht

3.4.2 Leistungsparameter/Pflichtenheft/Service Level Agreement/Betriebskonzept: Welche Leistungen hat der Konzessionär beim Betrieb zu erbringen, welchen Standard hat er einzuhalten?

3.4.3 Betriebsinspektionen: Befugnis des öffentlichen Auftraggebers, den Betrieb zu überwachen. Erhebungen bei Nutzern; Vergleichskriterien; paritätisch besetztes Kontrollgremium; Schiedsgutachtenvereinbarung.

3.4.4 Triftige Gründe für Betriebsunterbrechungen, etwa wenn Sicherheit der Nutzer nicht gewährleistet ist, während Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten, wenn die Gebührenerhebung aus rechtlichen Gründen nicht erfolgen kann usw.

3.4.5 Vertragsstrafe, Kündigungsrecht bei Pflichtverletzungen

#### 4. Erhaltung der Infrastrukturanlage

##### 4.1 Erhaltungspflicht

Der Konzessionär ist verpflichtet, die Anlage während Dauer der Konzession zu erhalten, insbesondere

- erforderliche Instandhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahmen auszuführen,
- die Funktionsfähigkeit regelmäßig zu überprüfen,
- die Verkehrssicherungspflicht wahrzunehmen.

##### 4.2 Kosten der Erhaltung

Bei der Berechnung der Gebühren sind grundsätzlich nur die Kosten der Erhaltung berücksichtigungsfähig, die der Konzessionär im Angebot genannt hatte. Aus triftigem Grund können unvorhersehbare Mehrkosten für die Erhaltung berücksichtigt werden, etwa

- bei wesentlich größerer oder wesentlich geringerer Nutzungsintensität als erwartet
- bei unvorhersehbaren Preissteigerungen für Material und Löhne
- nicht vorhersehbaren Änderungen gesetzlicher Bestimmungen oder Regeln der Technik
- bei notwendigem Ausbau der Infrastrukturanlage.

##### 4.3 Überwachung durch den Auftraggeber

Recht des Auftraggebers, die Ausführung von Instandhaltungs- und Instand-

setzungsmaßnahmen zu überprüfen. Recht des Auftraggebers, weitere Inspektionen durchzuführen und notwendige Instandhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahmen zu verlangen. Vertragsstrafe, Recht zur Ersatzvornahme, Kündigungsrecht.

##### 4.4 Vertragserfüllungsbürgschaft

Verpflichtung des Konzessionärs, für die Dauer der Konzession eine Vertragserfüllungsbürgschaft zu stellen.

##### 4.5 Wiederaufbau der Anlage

Wird die Anlage durch höhere Gewalt beschädigt oder zerstört, ist der Konzessionär verpflichtet, sie auf eigene Kosten wieder aufzubauen, soweit die Wiederaufbaukosten durch eine Versicherung gedeckt sind oder hätten gedeckt werden können. Soweit es sich um nicht versicherbare Risiken handelt, ist zu regeln, ob und ggf. bis zu welcher Kostenhöhe der Konzessionär zum Wiederaufbau verpflichtet ist.

#### 5. Finanzierung der Infrastrukturanlage

##### 5.1 Bestandteile der Finanzierung

Die Finanzierung besteht aus folgenden Bestandteilen:

- Eigenkapital in Höhe eines bestimmten Teils der Baukosten, vom Konzessionär nachzuweisen.
- Fremdkapital, durch Finanzierungsbestätigungen/Kreditverträge mit Banken durch den Konzessionär nachzuweisen.

- Anschubfinanzierung, zu der sich der öffentliche Auftraggeber ggf. in bestimmter Höhe verpflichtet.
  - Öffentliche Fördermittel, soweit verfügbar.
- 5.2 Bilanzen, Jahresabschlüsse  
 Verpflichtung des Konzessionärs, dem Auftraggeber regelmäßig Geschäftspläne, Jahresabschlüsse, Bilanzen usw. vorzulegen. Recht des Auftraggebers zur Überprüfung.
6. Rückgabe der Anlage am Ende der Konzessionszeit
- 6.1 Verpflichtung des Konzessionärs zur Rückgabe der Anlage
- 6.2 Der Auftraggeber kann am Ende der Konzessionszeit keine neuwertige Anlage erwarten. Die Verpflichtung des Konzessionärs beschränkt sich darauf, eine der vertraglichen Leistungsbeschreibung und der abgelaufenen Nutzungsdauer entsprechende sowie betriebssichere bauliche Anlage zu übergeben.
- 6.3 Überprüfung des Zustandes der Anlage, Übergabeprotokoll
- 6.4 Ggf. Rückbau von Mauterhebungseinrichtungen
- 6.5 Entschädigung/Vergütung für Rückgabe der Anlage (siehe oben 3.3.5)
7. Sonstiges
- 7.1 Rücktritts-/Kündigungsrechte des Auftraggebers
- 7.2 Rücktritts-/Kündigungsrechte des Konzessionärs
- 7.3 Recht der finanzierenden Banken zur Benennung eines neuen Konzessionärs, wenn der Konzessionsvertrag gekündigt wird
- 7.4 Regelungen über gewerbliche Schutzrechte
- 7.5 Vertretung des Auftraggebers und des Konzessionärs
- 7.6 Versicherungen
- 7.7 Schlichtungsverfahren, Schlichtungsausschuss
- 7.8 Gerichtsstand/Schiedsgerichtsvereinbarung
- 7.9 Schriftformklausel, salvatorische Klausel.

## 8. Vergabeverfahren

### 8.1 Notwendigkeit der Ausschreibung

Zu prüfen ist die Frage, ob die 'Findung' eines privaten Mitgesellschafters für eine PPP bzw. die Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft einen ausschreibungspflichtigen Tatbestand darstellt.

In der früheren Rechtsprechung wurde davon ausgegangen, dass die Auswahl des Kooperationspartners keiner Ausschreibungspflicht unterliegt. In den Fällen, in denen sich der Private **ausschließlich** durch Kapital an einer gemischt öffentlich-privaten Gesellschaft beteiligt, stellt die Beteiligung **alleine** keinen ausschreibungspflichtigen Tatbestand dar. Beim bloßen Anteilsverkauf tritt die öffentliche Hand als Verkäufer/Anbieter auf, nicht aber als Nachfrager von Lieferungen und Leistungen am Markt. Nur in letzterem Fall wäre Vergaberecht anzuwenden.

In der Regel wird der Private jedoch bestrebt sein, eine gesellschaftsrechtliche Konstruktion mit einem längerfristigen Liefer- und Leistungsverhältnis zu verbinden. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn der Private eigenes Know-how, Personal und Kapital einbringt oder Arbeitnehmer der öffentlichen Hand übernimmt.

Hier hat sich ein Wandel vollzogen. Nach der neuesten Vergaberechtsprechung sind „kombinierte Vergaben“, bei denen die Gründung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft mit der Erteilung eines Auftrags an die Gesellschaft verbunden wird, insgesamt ausschreibungs-

pflichtig, wenn der Auftrag bei isolierter Vergabe an den privaten Partner ausgeschrieben werden müsste<sup>16</sup>.

Bei der Beurteilung komplexerer Geschäfte neigt die Rechtsprechung neuerdings zu einer **wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung**, der das vergaberechtliche **Umgehungsverbot** zu Grunde liegt. Die Ausschreibungspflicht lässt sich daher weder durch gestufte Gründungsprozesse noch durch gestufte Vergabevorgänge umgehen. Daher entfällt die Ausschreibungspflicht nicht, wenn zunächst eine 100 %ige Eigengesellschaft gegründet wird, dieser vorab im Wege des prinzipiell vergaberechtsfreien „In-House-Geschäfts“<sup>17</sup> ein Auftrag erteilt wird und anschließend Anteile an der Gesellschaft an den Kooperationspartner veräußert werden. Ist die Eigengesellschaft nur als Durchgangsstadium zu einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft geplant, ist das Geschäft insgesamt als ausschreibungspflichtige Auftragsvergabe zu beurteilen. Die Ausschreibungspflicht entfällt auch nicht, wenn ein öffentlicher Auftraggeber zunächst eine 100 %ige Tochtergesellschaft gründet, dieser im Wege des „In-House-Geschäfts“

<sup>16</sup> Vgl. hierzu Dreher, Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht, NZBau 2002, 245 ff.

<sup>17</sup> EuGH: Teckal/Gemeinde Viano 18.11.1999 (C-107/98): Formelle Privatisierung, sog. "Inhouse-Geschäft". Voraussetzung für eine ausschreibungsfreie Vergabe:  
- Öffentlicher Auftraggeber ist Gesellschafter des Auftragnehmers,  
- Auftraggeber übt Kontrolle aus wie über eine eigene Dienststelle,  
- Auftragnehmer übt seine Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber aus.  
Die privatisierte Gesellschaft bleibt materiell Teil der Verwaltung, daher keine Vergabe an einen außenstehenden Dritten.

einen Auftrag erteilt und die Tochtergesellschaft anschließend oder zeitgleich mit einem privaten Kooperationspartner eine gemischtwirtschaftliche Enkelgesellschaft gründet und diese unterbeauftragt.

Im folgenden wird erörtert, in welchen Fällen Vergaberecht anzuwenden ist.

#### **8.1.1. Reine Kapitalbeteiligung**

Bei dieser Form beteiligt sich der Private ausschließlich kapitalmäßig an der gemeinsamen Gesellschaft. Weitere Leistungen erbringt er nicht.

Diese Beteiligung stellt keinen ausschreibungspflichtigen Tatbestand dar. Denn beim bloßen Anteilsverkauf tritt die öffentliche Hand als Verkäufer/Anbieter auf, nicht aber als Einkäufer/Nachfrager von Lieferungen und Leistungen am Markt. Nur in letzterem Fall greift das Vergaberecht ein. Dass die Regeln über den Einkauf durch öffentliche Auftraggeber nicht zum Zuge kommen, heißt indessen noch nicht, dass der öffentliche Verkäufer (Veräußerer) frei ist, sich ohne Öffentlichkeit und objektives Verfahren den auszuwählen, der ihm gefällt. Privatisierung und PPP würden zur Pfründevertelung verkommen, wenn nicht zuvor die Maßstäbe festgelegt würden und ein objektives Verfahren jedem Befähigten und Interessierten die gleiche Chance böte. Gleichbehandlung, Öffentlichkeit und Transparenz sind daher auch hier zu beachtende Werte, wenn auch nicht aus vergaberechtlicher Quelle, sondern aus dem Diskriminie-

rungsverbot und den Transparenzvorschriften des EG-Vertrages (EU-Primärrecht).

#### **8.1.2 Dienstleistung**

In der Regel wird allerdings die Beteiligung an der Gesellschaft mit weiteren Leistungen des privaten Partners verbunden sein. Je nach Fallgestaltung können dies z.B. Dienstleistungen sein. Das Unternehmen beteiligt sich beispielsweise mit einem bestimmten Prozentsatz an der gemeinsamen Gesellschaft, die ein Rechenzentrum oder ein Netzwerk betreiben soll.

Dieser Vorgang ist ausschreibungspflichtig; die Einzelheiten richten sich nach der Verdingungsordnung für Leistungen Teil A (VOL/A).

#### **8.1.3 Bauleistung**

Bei zahlreichen Projekten gerade aus dem kommunalen Bereich ist die Gesellschaftsbeteiligung des Privaten mit der Erstellung und dem Betrieb eines Bauwerks verbunden, wie z.B. einer Straße, eines Hallenbades, eines Gebäudes, eines Tunnels.

Dieser Vorgang ist ebenfalls ausschreibungspflichtig; die Einzelheiten richten sich nach der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen - Teil A (VOB/A).

#### **8.1.4 Bau- oder Dienstleistung**

Sind Anlagen nicht nur zu betreiben, sondern vorher auch zu errichten, zu modernisieren und zu erhalten, muss unterschieden werden, ob es sich um einen Bau- oder Dienstleistungsauftrag handelt. Die Vergabe könnte sich dann nicht

nach der VOL/A (Liefer-/Dienstleistungen) richten, sondern nach der VOB/A (Bauleistungen). Gemäß Rechtsprechung des EuGH<sup>18</sup> liegt die Vergabe eines Bauauftrages vor, wenn Bauarbeiten gegenüber dem Hauptgegenstand der Ausschreibung nicht von untergeordneter Bedeutung sind. Dies gilt beispielsweise selbst bei einem Bauanteil in Höhe von 25 %, da die Bauarbeiten notwendig sind, um die gewünschten Dienstleistungen zu erbringen.<sup>19</sup> Die Vergabe erfolgt in diesem Fall nach Maßgabe der VOB/A.

### 8.1.5 Baukonzession

Auf Grund der vergaberechtlich unterschiedlichen Regeln ist es erforderlich, Bau- und Dienstleistungsaufträge von Konzessionen abzugrenzen.

Baukonzessionen können bei Hoch- und Straßenbauten (Schulen, Krankenhäuser, Kläranlagen, Fernstraßen usw.) Anwendung finden.

Nach Artikel 1 Buchstabe d BKR sind öffentliche Baukonzessionen nur eine besondere Art von Bauaufträgen, bei denen die Gegenleistung für die Arbeiten ausschließlich in dem Recht zur Nutzung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht (vgl. auch § 6 VgV, § 98 Nr. 6 GWB, § 32 Nr. 1 VOB/A).<sup>20</sup>

Die Refinanzierung erfolgt in diesem Fall regelmäßig durch Erhebung von Entgelten von den Nutzern. Auch hier bleibt die staatliche Aufga-

benverantwortung erhalten. Die Abgrenzung zum Bau- oder Dienstleistungsauftrag liegt hauptsächlich in der Risikoübertragung (Nutzungsrisiken) auf den Konzessionär.<sup>21</sup> Trägt dieser das wirtschaftliche Risiko des Projektes im Wesentlichen selbst, ist das Leistungsverhältnis als Konzession einzustufen und nicht als Bau- oder Dienstleistungsauftrag.

Die Definition von Baukonzessionen ist in Art. 3 BKR, § 6 VgV sowie § 32 VOB/A zu finden. Für die Vergabe von Baukonzessionen sind die §§ 1 - 32 VOB/A sinngemäß anzuwenden. Vorschriften (z.B. § 2 VOB/A), die sich auf die Festsetzung und Bewertung des Entgeltes beziehen, haben zum Teil keine Gültigkeit, da der Konzessionär für das Bauwerk kein Entgelt, sondern das Recht auf Gebührenerhebung erhält (z.B. Fernstraßenbau).<sup>22</sup> Für die europaweite Vergabe von Baukonzessionen gilt allein § 32a VOB/A. Im Übrigen finden die a-Paragrafen des Abschnitts 2 der VOB/A gemäß § 32a Nr. 1 VOB/A keine Anwendung.

Der öffentliche Auftraggeber muss daher gemäß § 32a Nr. 1 Abs. 2 - 4 VOB/A seine Absicht bekannt machen, eine Baukonzession zu vergeben, wenn der Schwellenwert von 5 Mio. Euro netto erreicht oder überschritten wird. Die Bekanntmachung ist im Amtsblatt für Veröffentlichung der EU unverzüglich zu veröffentlichen (Art. 11 Satz 9 BKR, § 32a Nr. 2 Abs. 1 VOB/A).

<sup>18</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 19.04.1994 - RS C - 331/92 -, NVwZ 1994, 990.

<sup>19</sup> Endler, Privatisierung und Vergaberecht, NZBau 2002, S. 126

<sup>20</sup> Vgl. EuGH, aaO.; OLG Brandenburg, Beschluss vom 03.08.1999 - 6 Verg 1/99 -

<sup>21</sup> Endler, NZBau 2002, S. 127; Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Bereich Gemeinschaftsrecht, ABIEG C 121/2 v. 29.4.2000

<sup>22</sup> Kohnke, T. Die Gestaltung des Beschaffungsprozesses im Fernstraßenbau unter Einbeziehung privatwirtschaftlicher Modelle, Dissertation TU-Berlin, S. 199, (2001).

Tendenziell kommt auf Grund der umfangreichen und komplexen Leistung, die der Konzessionär im Angebot für die Vergabe einer Baukonzession erbringen muss, das Verhandlungsverfahren mit europaweitem öffentlichem Teilnahmewettbewerb in Frage. Freilich ist auch eine Vergabe im Zuge der beschränkten Ausschreibung möglich, jedoch stets mit EU-weitem Teilnahmewettbewerb.

Speziell für den Bau von bestimmten Bundesfernstraßenprojekten hat der Gesetzgeber mit dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (FstrPrivFinG) die gesetzliche Grundlage für die Konzessionierung privater Investoren in Deutschland geschaffen. Als Gegenleistung für die Investitionen erhält der Investor von Gesetzes wegen das Recht, Mautgebühren von den Nutzern zu erheben. Es handelt sich hier um die Vergabe einer Baukonzession.<sup>23</sup>

Für die Vergabe einer Baukonzession sind die §§ 1 - 31 sinngemäß anzuwenden, § 32 Nr. 2 VOB/A.

#### **8.1.6 Dienstleistungskonzession**

Eine weitere Schwierigkeit besteht in der Abgrenzung der Bau- von der Dienstleistungskonzession. Während die Baukonzession in der Baukoordinierungsrichtlinie und nach Umsetzung in nationales Recht in § 32a VOB/A gere-

---

<sup>23</sup> Weiterführend dazu: Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, Gutachten und Erläuterungsbericht zu einem Musterkonzessionsvertrag, einer Mustermautverordnung und Ausschreibungs- und Verdingungsunterlagen nach dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz, Schriftenreihe Forschung Straßenbau und Straßenverkehrstechnik, Heft 822, 2001, August 2001; Horn, Public-/Private-Partnerships - neue Finanzierungsformen für öffentliche Investitionen, Der Syndikus, Heft 11/12 2001, S. 8 ff.

gelt ist, unterliegt die Dienstleistungskonzession nicht dem Vergaberecht. Entsprechende Bestimmungen fehlen in der Dienstleistungs Koordinierungsrichtlinie. Daher besteht keine Ausschreibungspflicht.<sup>24</sup> Gemäß EuGH gilt jedoch das Transparenzgebot (Wettbewerbsöffnung, Gewährleistung der Nachprüfbarkeit). Aus diesem Grund kommt für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nur ein vergabeähnliches Verfahren in Betracht. Hilfestellungen dafür sind in der Kommissionsmitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich von Konzessionen zu finden.<sup>25</sup> Eine Gemeinsamkeit der Dienstleistungskonzession und der Baukonzession liegt im Kriterium der Nutzung. Dementsprechend liegt eine Dienstleistungskonzession vor, wenn der Unternehmer die mit der Dienstleistung verbundenen Risiken trägt (Erbringung der Dienstleistung und deren Nutzung), indem er seine Vergütung über den Benutzer erhält (z.B. durch Erhebung von Gebühren).

Obwohl die Vergabe einer Dienstleistungskonzession nicht dem EU-Vergaberecht unterliegt, empfiehlt sich auch hier eine Ausschreibung entsprechend den Vorschriften der VOL/A.

#### **8.1.7 Bewertung/Ergebnis**

- Ausschreibungspflicht besteht in den Fällen von PPP gemäß Nr. 1, in denen die öffentliche Hand alleine die PPP-Leistung gegen Entgelt am Markt einkauft und da-

---

<sup>24</sup> Franke/Höfler Auftragsvergabe nach VOL/A und VOF, S. 91 (1999).

<sup>25</sup> Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Bereich Gemeinschaftsrecht, ABIEG C 121/2 v. 29.4.2000.

mit ein öffentlicher Auftrag gemäß § 99 Abs. 1 GWB vorliegt.

- Öffentliche Auftraggeber müssen bei der Veräußerung von Gesellschaftsanteilen der öffentlichen Hand an einen privaten Partner bzw. Gründung gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften sorgfältig prüfen, ob ein enger Zusammenhang zu dem mit dem Unternehmen bestehenden Leistungsvertrag besteht, da dies eine Verpflichtung begründen könnte, den Mitgesellschafter im Wege einer europaweiten Ausschreibung zu ermitteln.
- Auch wenn sich nach dieser Prüfung ergibt, dass kein Vergaberecht angewendet werden muss, hat der öffentliche Auftraggeber dennoch sicherzustellen, dass der Mitgesellschafter in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren nach den Grundregeln des EG-Vertrages ausgewählt wird.

## 8.2 Verfahrensregeln

### 8.2.1 Schwellenwerte

Welche Verfahrensregeln Anwendung finden, hängt von den sog. Schwellenwerten ab, das sind die Auftragswerte, die durch Rechtsverordnung (Vergabeverordnung) festgelegt sind, § 100 Abs. 1 GWB.

Da die Schwellenwerte nach §§ 1, 2 Nr. 2, 3 und 4 VgV (130.000 Euro [Bund] bzw. 200.000 Euro [Länder, Kommunen] bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, 5 Mio. Euro bei Bauaufträgen) bei PPP-Projekten regelmäßig überschritten

werden,<sup>26</sup> gelten die Regelungen des Vierten Teils des GWB, der Vergabeverordnung sowie des 2. Abschnitts VOL/A bzw. VOB/A.

### 8.2.2 Verfahrensarten

Für die Vergabe von PPP-Projekten kommen theoretisch alle drei Verfahrensarten nach § 3a VOL/A bzw. VOB/A in Betracht:

- Offenes Verfahren (Regelangebot)
- Nichtoffenes Verfahren
- Verhandlungsverfahren.

Beim Offenen und Nichtoffenen Verfahren darf nach Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung mit Bietern über ihre Angebote nur sehr begrenzt verhandelt werden, nämlich nur „um Zweifel über die Angebote oder die Bieter zu beheben“ (§ 24 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A) bzw. „um sich über seine Eignung, insbesondere seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ... zu unterrichten (§ 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A). „Andere Verhandlungen, besonders über Änderungen der Angebote oder Preise, sind unstatthaft“ (§ 24 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A bzw. § 24 Nr. 3 VOB/A). Die Regelung in § 24 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A bzw. in § 24 Nr. 3 VOB/A betrifft einen Sonderfall.

PPP-Projekte sind jedoch stets von einer Komplexität, die sich mit diesem strikten Verhandlungsverbot nicht vereinbaren lässt. Für diesen Fall hält die VOL/A in § 3a Nr. 1 Abs. 4 gleich

---

<sup>26</sup> Manche sehen die Mindestgröße bei einem Volumen von 25 Mio. € (FinanzReport NRW 1-2002, S. 4 I.Sp.).

zwei Ausnahmetatbestände für das **Verhandlungsverfahren** bereit, wobei vorausgesetzt ist, dass eine **Vergabebekanntmachung** veröffentlicht wurde:

- Buchstabe b)

„wenn es sich um Dienstleistungsaufträge handelt, die ihrer Natur nach oder wegen der damit verbundenen Risiken eine vorherige Festlegung eines Gesamtpreises nicht zulassen“,

- Buchstabe c)

„wenn die zu erbringenden Dienstleistungsaufträge, insbesondere geistig-schöpferische Dienstleistungen ... dergestalt sind, dass die vertraglichen Spezifikationen nicht hinreichend genau festgelegt werden können, um den Auftrag durch die Wahl des besten Angebots in Übereinstimmung mit den Vorschriften über Offene und Nichtoffene Verfahren vergeben zu können.“

Auch bei Bauaufträgen ist das Verhandlungsverfahren nach Öffentlicher Vergabebekanntmachung zugelassen (§ 3a Nr. 4 Buchst. c VOB/A), „wenn im Ausnahmefall die Leistung nach Art und Umfang oder wegen der damit verbundenen Wagnisse nicht eindeutig und so erschöpfend beschrieben werden kann, dass eine einwandfreie Preisermittlung zwecks Vereinbarung einer festen Vergütung möglich ist.“

„Bei hinreichender Anzahl geeigneter Bewerber darf die Zahl der zur Verhandlung zugelassenen Unternehmen nicht unter drei liegen“ (§ 3a Nr. 1 Abs. 4 S. 2 VOL/A). Eine entsprechende Regelung kennt die VOB/A nicht.

„Es ist aktenkundig zu machen, weshalb von einem Offenen oder Nichtoffenen Verfahren abgewichen worden ist“ (§ 3a Nr. 3 VOL/A, § 33a Nr. 1 Buchst. n VOB/A); dies geschieht im Vergabevermerk nach § 30 Nr. 1 VOL/A bzw. VOB/A. Auf Verlangen der EG-Kommission sind ihr die Gründe für die Wahl des Verhandlungsverfahrens zu übermitteln (§ 30a Nr. 1 Buchst. g VOL/A bzw. § 33a Nr. 1 Buchst. h VOB/A).

### 8.2.3 Ausgeschlossene Personen

Gemäß § 16 VgV dürfen natürliche Personen, die als voreingenommen gelten, bei Entscheidungen in einem Vergabeverfahren nicht mitwirken. Als voreingenommen gilt eine natürliche Person, wenn sie

- Organmitglied oder Mitarbeiter eines Auftraggebers ist oder
- Beauftragter oder Mitarbeiter eines Beauftragten eines Auftraggebers ist

und zugleich

- Bieter oder Bewerber ist,
- einen Bieter oder Bewerber berät, sonst wie unterstützt oder vertritt oder
- bei einem Bieter oder Bewerber gegen Entgelt beschäftigt oder bei ihm als Mitglied des Vorstands, des Aufsichtsrats oder eines gleichartigen Organs tätig ist oder
- für ein in das Vergabeverfahren eingeschaltetes Unternehmen tätig ist, wenn dieses Unternehmen zugleich geschäftli-

che Beziehungen zum Auftraggeber und zum Bieter oder Bewerber hat.

Als voreingenommen gelten auch diejenigen Personen, deren Angehörige die vorstehenden Voraussetzungen erfüllen. Der Angehörigenbegriff ist hier sehr weit gefasst.

Die vorstehend geschilderten Restriktionen greifen nur dann nicht, wenn für die betreffende Person kein Interessenkonflikt besteht oder sich ihre Tätigkeit nicht auf die Entscheidungen in dem Vergabeverfahren auswirkt. In der Praxis spielt § 16 VgV nicht selten für große Beraterfirmen eine Rolle, die für viele öffentliche Auftraggeber und für viele Bieter bzw. Bewerber tätig sind. Der öffentliche Auftraggeber tut also gut daran, rechtzeitig festzustellen, dass eine Interessenkollision nicht besteht.

### **Exkurs:**

Als künftige Möglichkeit bietet sich der „Wettbewerbsdialog“ an (Art. 30 des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge).

Diese neue Form einer Diskussion zwischen Auftraggeber und Anbieter trägt gerade außergewöhnlich komplexen Aufträgen Rechnung. In solchen Fällen sind die Auftraggeber objektiv nicht in der Lage, „die technischen, rechtlichen oder finanziellen Mittel zu bestimmen, mit denen ihre Bedürfnisse am besten erfüllt werden kön-

nen. Es kann aber auch sein, dass die Auftraggeber innovative Lösungen ermöglichen wollen oder aber objektiv nicht in der Lage sind zu beurteilen, was der Markt an technischen oder finanziellen Lösungen zu bieten hat. Ein solcher Fall ist zum Beispiel gegeben, wenn ein öffentlicher Auftraggeber objektiv nicht im Vorhinein abschätzen kann, ob für die wirtschaftlich günstigste Lösung eine Finanzierung durch die öffentliche Hand, ein Modell mit Risikoteilung oder eine zur Gänze vom privaten Sektor getragene Lösung vorzusehen wäre.“<sup>27</sup> Genau dies ist in der Regel die Situation bei PPP-Projekten. Mit der Richtlinie ist im Laufe des Jahres 2003 zu rechnen. Die Mitgliedstaaten haben diese Richtlinie innerhalb von 21 Monaten nach Inkrafttreten in nationales Recht umzusetzen.

## **8.3 Verhandlungsverfahren**

### **8.3.1 Vorbereitung des Verfahrens**

#### **8.3.1.1 Vergabeunterlagen**

Nach § 16 Nr. 1 VOL/A bzw. VOB/A soll der Auftraggeber erst dann ausschreiben, wenn alle Verdingungsunterlagen fertig gestellt sind und die Leistung aus der Sicht des Auftraggebers innerhalb der angegebenen Frist ausgeführt werden kann; daraus ergibt sich, dass die **gesamten Vergabeunterlagen** fertiggestellt sein müssen. Der Vorbereitung des Verfahrens kommt daher besondere Bedeutung zu.

---

<sup>27</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, Nr. 3.3, KOM (2000) 275 endgültig/2.

Zu den Vergabeunterlagen gehört insbesondere die Leistungsbeschreibung nach § 8 VOL/A, § 9 VOB/A.

### 8.3.1.2 Leistungsbeschreibung

Den größten Teil der Vorbereitungszeit dürfte in den meisten Fällen die Erstellung der **Leistungsbeschreibung** in Anspruch nehmen.

Die zu erbringende Leistung „ist eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und die Angebote miteinander verglichen werden können“ (§ 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A) bzw. dass die Bewerber „ihre Preise sicher und ohne umfangreiche Vorarbeiten berechnen können“ (§ 9 Nr. 1 VOB/A).

Der Inhalt der Leistungsbeschreibung ist abhängig vom Gegenstand der Public Private Partnership, so dass generelle Aussagen kaum möglich sind. So viel lässt sich allerdings sagen:

- Für jedes Projekt ist ein Konzept für die gemeinsame Gesellschaft erforderlich (**Gesellschaftskonzept**). Dieses muss mindestens Aussagen über den Zweck und die Aufgaben der Gesellschaft, deren Organe, die Anteile der beiden Partner, die Finanzierung sowie ihre Beendigung durch Auflösung oder Ausscheiden eines Partners (Verkauf, Ausscheiden nach Kündigung), Kündigung und Auflösung enthalten; weitere Regelungsgegenstände können jederzeit hinzukommen.

- Soweit das PPP-Projekt mit der Übernahme von Personal des Auftraggebers durch den Auftragnehmer verbunden sein soll, ist ein **Personalübernahmekonzept** erforderlich.
- Für alle Arten von Projekten ist außerdem ein **Finanzierungskonzept** notwendig, aus dem sich ergibt, wie sich der Auftraggeber die Finanzierung sowie die Risikoverteilung vorstellt.
- Je nach Aufgabenstellung wird auch ein **Technikkonzept** notwendig sein, das die technischen Anforderungen und Spezifikationen enthält.
- Schließlich wird in den meisten Fällen auch ein **Migrationskonzept** benötigt werden, das die Überführung des bisherigen Zustandes in den angestrebten beschreibt.
- In vielen Fällen wird es sich zudem empfehlen, Angaben zur **Qualifikation des Personals** des Auftragnehmers sowie zum **Projektmanagement** zu machen.

Soweit die Verwaltung zu einer solchen Leistungsbeschreibung aus eigener Kraft nicht in der Lage ist, sollte sie sich externer Unterstützung bedienen. Dabei sind folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen:

Die Reichweite der Ausschreibungspflicht richtet sich nach den sog. EU-Schwellenwerten für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge. Erreicht oder überschreitet der Wert eines öffentlichen Auftrags den jeweiligen Schwellenwert, so ist die Leistung europaweit nach Maßgabe der

Abschnitte 2 - 4 der VOB/A oder VOL/A zu vergeben.

Der Externe, der den Auftrag erhält, der sog. Projektant, ist von der späteren Beteiligung am Vergabeverfahren für den Hauptauftrag grundsätzlich ausgeschlossen. Zwar ist die Beteiligung unter ganz bestimmten Voraussetzungen zulässig; diese sind jedoch ohne fachkundige Rechtsberatung nicht eindeutig zu ermitteln und bergen in jedem Fall das Risiko eines Rechtsstreits in sich.

Für öffentliche Auftraggeber gilt unterhalb dieser Schwellenwerte das jeweils einschlägige Haushaltsrecht des Bundes, der Länder und Gemeinden sowie die jeweils 1. Abschnitte der VOB/A und VOL/A. Die Auftragsvergabe hat hier lediglich nach nationalem Vergaberecht zu erfolgen.

#### **8.3.1.3 Vertragsentwürfe**

„Wird auf ein Angebot rechtzeitig und ohne Abänderung der Zuschlag erteilt, so ist damit nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Vertrag abgeschlossen, auch wenn eine spätere urkundliche Festlegung vorgesehen ist“ (§ 28 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A bzw. VOB/A). Eine solche Vertragsurkunde ist nach § 29 möglich; § 29 VOB/A trifft eine vergleichbare, aber weitergehende Regelung. Auch beim Verhandlungsverfahren wird der Zuschlag ohne Abänderung des Angebots erteilt; erforderlich ist allerdings, dass der Bieter nach Abschluss der Verhandlungen nochmals ein Angebot vorlegt, das deren Ergebnis wiedergibt und als solches unverändert angenommen wird. Dies entspricht dem Vorge-

hen in der Praxis. Unabhängig davon ist es auf jeden Fall empfehlenswert, den Vergabeunterlagen bereits einen **Vertragsentwurf** (siehe dazu oben Nr. 7) beizufügen und diesen damit zum Gegenstand der Verhandlungen zu machen.

#### **8.3.1.4 Zuschlagskriterien**

In den Verdingungsunterlagen sind schließlich alle **Zuschlagskriterien** (siehe dazu im einzelnen unten Nr. 9.1) anzugeben, die der Wertung der Angebote zu Grunde gelegt werden sollen, möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung (§ 9a VOL/A, § 10a 1. Spiegelstrich VOB/A). Die ausschreibende Stelle muss sich daher bereits bei der Vorbereitung des Vergabeverfahrens die entsprechenden Gedanken machen. Die Zuschlagskriterien müssen vollständig, richtig und vor allem handhabbar sein. Sie dürfen nach ihrer Bekanntgabe nicht mehr geändert werden. Bei der Wertung der Angebote dürfen nur die angegebenen Kriterien berücksichtigt werden. Nach § 97 Abs. 5 GWB, § 25 Nr. 3 S. 1 VOL/A ist der Zuschlag unter Berücksichtigung aller Umstände auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Dazu gehören neben dem Preis z.B. auch technische, funktionsbedingte, gestalterische, ästhetische Gesichtspunkte; Kundendienst, Folgekosten.<sup>28</sup> Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend (§ 25 Nr. 3 S. 2 VOL/A, § 25 Nr. 3 Abs. 2 und 3 VOB/A).

#### **8.3.1.5 Haushaltsmäßige Ermächtigung**

Mit der Aufforderung zur Abgabe eines Ange-

---

<sup>28</sup> Vgl. Erläuterungen zu § 25 Nr. 3 VOL/A.

bots verpflichtet sich die Vergabestelle - einseitig - zum Abschluss eines Vertrages durch Erteilung des Zuschlags, sofern die vergaberechtlichen Voraussetzungen hierfür gegeben sind. Um die Verpflichtung tatsächlich eingehen zu können, bedarf sie einer entsprechenden **haushaltsmäßigen Ermächtigung**. Nicht selten stehen die erforderlichen Haushaltsmittel aber zu Beginn des Vergabeverfahrens noch nicht zur Verfügung. Für diesen Fall ist umstritten, ob das Verfahren überhaupt gestartet werden darf. Der Bundesgerichtshof hat entschieden,<sup>29</sup> dass § 16 VOL/A (entspricht § 16 VOB/A) nicht voraussetzt, dass die Finanzierung gesichert ist. Allerdings sollte die ausschreibende Stelle unbedingt auf die fehlende Finanzierung hinweisen. Der lapidare Satz, die Ausschreibung erfolge „unter dem Vorbehalt der Bereitstellung von Haushaltsmitteln“, dürfte nicht in jedem Fall vor Schadensersatzansprüchen unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen schützen. Ein **ausführlicher** Hinweis ist daher auf jeden Fall empfehlenswert.

#### 8.3.1.6 Zeitplanung/Zuschlagsfrist

Im Übrigen muss die Zeit für die Beschaffung der benötigten Mittel bei der Zeitplanung berücksichtigt werden. Das Gleiche gilt für weitere Abstimmungserfordernisse innerhalb der jeweiligen Verwaltung und zwar sowohl **vor** der Anforderung zur Abgabe eines Angebots als auch **nach** Eingang und Auswertung der Angebote.

All diese sowie ggf. weitere Erfordernisse, wie z.B. die Rügefrist nach § 13 VgV ab der Benach-

richtung nicht berücksichtigter Bieter, sind bei der Festlegung der **Zuschlagsfrist** zu berücksichtigen, die mit dem Ablauf der Angebotsfrist beginnt (§ 19 Nr. 1 VOL/A; nach § 19 Nr. 1 VOB/A mit dem Eröffnungstermin, was de facto aber auf das Gleiche hinausläuft, da die Angebotsfrist abläuft, „sobald im Eröffnungstermin der Verhandlungsleiter mit der Öffnung der Angebote beginnt“, § 18 Nr. 2 VOB/A). Die Zuschlagsfrist „soll“ nach § 19 Nr. 2 S. 2 VOL/A (§ 19 Nr. 2 S. 3 VOB/A: „ist“) „durch Angabe des Kalendertages bezeichnet werden“. „Die Zuschlagsfrist ist so kurz wie möglich und nicht länger zu bemessen, als der Auftraggeber für eine zügige Prüfung und Wertung der Angebote benötigt“, § 19 Nr. 2 S. 1 VOL/A. Die VOB gibt in § 19 Nr. 2 S. 2 sogar vor, dass die Zuschlagsfrist „nicht mehr als 30 Tage betragen“ soll; allerdings wird „in begründeten Einzelfällen“ eine längere Zuschlagsfrist zugelassen. PPP-Projekte sind in aller Regel von einer derartigen Komplexität, dass die Zuschlagsfrist länger bemessen werden muss. Zwar ist dies im Hinblick auf die daran geknüpfte „Bindefrist“ für die Bieter nicht unproblematisch, im Sinne einer sachgerechten Entscheidungsvorbereitung aber unvermeidlich (beim PPP-Projekt „Herkules“ des Bundesverteidigungsministeriums betrug die Zuschlagsfrist bspw. ein Jahr und musste gleichwohl verlängert werden).

Im Gegensatz zur Frist für den Antrag auf Teilnahme, die beim Verhandlungsverfahren entsprechend dem Nichtoffenen Verfahren 37 Tage, gerechnet vom Tag der Absendung der Bekanntmachung, betragen muss (§ 18a Nr. 2

<sup>29</sup> Urteil vom 08.09.1998, Az.: X ZR 48/97.

Abs. 1 VOL/A, ebenso § 18a Nr. 3 i.V.m. Nr. 2 Abs. 1 VOB/A), enthalten VOL/A und VOB/A keine verbindliche Vorgabe für die **Angebotsfrist**. § 18 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A bestimmt lediglich, dass für die Bearbeitung und Abgabe der Angebote ausreichende Fristen vorzusehen sind, die bei Bauleistungen „auch bei Dringlichkeit nicht unter 10 Kalendertagen“ liegen dürfen,

§ 18 Nr. 1 VOB/A. Im Interesse eines sorgfältigen und fundierten Angebots empfiehlt sich, auch beim Verhandlungsverfahren die Mindestangebotsfrist von 40 Tagen (§ 18a Nr. 2 Abs. 2 S. 1 VOL/A bzw. VOB/A) zu Grunde zu legen.

### 8.3.2 Durchführung des Verfahrens

Das Verhandlungsverfahren umfasst folgende Punkte:

Nr.	Gegenstand	VOL/A	VOB/A
01	Vergabebekanntmachung	§ 3a Nr. 1 Abs. 3	§ 3a Nr. 1 Abs. 4
02	Auswahl der Bewerber	§ 7a Nr. 3	§ 8a Nr. 4
03	Aufforderung zur Angebotsabgabe	§ 7a Nr. 3, § 9 Nr. 1	§ 8a Nr. 4, § 10 Nr. 1 Abs. 1
04	<b>Bieterkonferenz</b> (fakultativ)		
05	Eingang der Angebote (Angebotsfrist)	§ 18 Nr. 1 Abs. 1	§ 18a Nr. 3
06	Öffnung der Angebote	§ 22	§ 22
07	Erste Wertung der Angebote	§ 25	§§ 25, 25a
08	<b>Verhandlungen</b>		
09	Abschließende Wertung der Angebote		
10	Entscheidung über Zuschlag	§ 25 Nr. 3	§25 Nr.3 Abs.3
11	Vorabinformation nicht berücksichtigter Bieter	§ 13 VgV	
12	Zuschlagserteilung (Zuschlagsfrist)	§ 28	§ 28
13	Erstellung eines Vergabevermerks (lfd.)	§ 30	§ 30
14	Bekanntmachung über Auftragserteilung	§ 28a	§ 28a
15	Benachrichtigung nicht berücksichtigter Bewerber und Bieter	§§ 27, 27a	§§ 27, 27a

Da diese Punkte grundsätzlich nicht PPP-spezifisch sind, wird auf eine Darstellung in diesem Leitfadens verzichtet und auf die vergaberechtliche Literatur verwiesen. Lediglich zu den fett gekennzeichneten Punkten erscheinen Ausführungen angebracht.

#### 8.3.2.1 Bieterkonferenz

Eine spezielle Veranstaltung zur Beantwortung von Fragen der Bieter ist im Vergaberecht nicht vorgesehen, aber auch nicht ausdrücklich untersagt. Wegen der Verpflichtung der Vergabestelle, wichtige Aufklärungen allen Bewerbern

gleichzeitig mitzuteilen (§ 17 Nr. 6 Abs. 2 VOL/A bzw. § 17 Nr. 7 Abs. 2 VOB/A), kann sich eine Bieterkonferenz anbieten, um der Fülle der Fragen Herr zu werden. Als nützlich hat sich dann erwiesen, die Bewerber aufzufordern, ihre Fragen per E-Mail einzureichen, und diese in der Sitzung anonym abzuhandeln. Dieses Verfahren bringt aber auch Risiken mit sich, da sich die Bieter kennenlernen. Die Entscheidung bedarf daher reiflicher Überlegung. Im Hinblick auf § 17 Nr. 5 VOL/A bzw. § 17 Nr. 6 VOB/A, wonach die Namen der Bewerber vertraulich zu behandeln sind, empfiehlt sich jedenfalls ein Hinweis auf

die Bieterkonferenz in der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots.

Über die Sitzung sollte ein Protokoll verfasst werden: Der Nachweis, dass bestimmte Fragen angesprochen und geklärt wurden, kann nicht nur in einem Verfahren vor der Vergabekammer oder dem Vergabesenat des OLG von Bedeutung sein (§§ 102 - 124 GWB), sondern auch in einer späteren vertragsrechtlichen Auseinandersetzung mit dem Bieter, der den Zuschlag erhalten hat.

### **8.3.2.2 Verhandlungen**

Wenn die Verhandlungen mit allen Bietern in voller Breite geführt werden, übersteigt dies in

aller Regel die zeitlichen und personellen Kapazitäten aller Beteiligten. In der Praxis hat sich folgende Einteilung bewährt:

- Getrennte Präsentation des Angebots durch jeden Bieter, um sicher zu gehen, dass man alles richtig verstanden hat; dabei ist allen Bietern die gleiche Zeit einzuräumen.
- Preisverhandlungen mit jedem Bieter gesondert.
- Danach Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots (nach allen Zuschlagskriterien) und abschließende **Vertrags**verhandlungen nur noch mit diesem Bieter (ohne die anderen jedoch förmlich auszuschließen).

## 9. Zuschlag/Vertragsabschluss

### 9.1 Zuschlagskriterien

Nach § 9a VOL/A (europaweites Verfahren bei Überschreitung des Schwellenwertes), § 10a VOB/A geben die Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen oder in der Vergabebekanntmachung **alle Zuschlagskriterien** an, deren Verwendung sie vorsehen, möglichst in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung.

Soweit die Zuschlagskriterien in der Vergabebekanntmachung oder den Vergabeunterlagen anzugeben sind, sind diese Angaben abschließend. Bei der Angebotswertung dürfen nur die vom Auftraggeber benannten Kriterien berücksichtigt werden (§ 25a VOB/A).<sup>30</sup>

Die Auswahl der Zuschlagskriterien richtet sich nach den Erfordernissen des jeweiligen Gegenstandes. Generelle Empfehlungen sind insoweit nicht möglich. Wohl aber können allgemeine Hinweise für die Auswahl der Kriterien gegeben werden.

#### 9.1.1 Preis

Wichtigstes Kriterium ist in der Regel der Preis. Wenn der Zuschlag nach § 25 Nr. 3 VOL/A, § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A<sup>31</sup> auch unter Berücksichtigung aller Umstände auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen ist, so darf die Gewichtung des Preises doch nicht beliebig gesenkt werden. Das OLG Dresden hat mit Beschluss vom

05.01.2001<sup>32</sup> u.a. entschieden, § 25 Nr. 3 VOL/A erfordere eine mindestens 30 %ige Gewichtung des Preises bei der Angebotsbewertung.

Bei der Wertung sind die Angebote solcher Bieter auszuschließen, deren Preis unangemessen hoch oder niedrig sind (§ 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A, § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A). Angebote mit zu hohen Preisen kommen nicht in Betracht, weil damit gegen das Gebot der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung verstoßen würde. Angebote mit unangemessen niedrigen Preisen sind auszuschließen, weil davon auszugehen ist, dass eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung nicht erfolgen kann.<sup>33</sup> In diesem Fall ist der betreffende Bieter jedoch zuvor grundsätzlich schriftlich zur Aufklärung über die Ermittlung der Preise für die Leistung aufzufordern.

Die im Wettbewerb verbliebenen Angebote werden in einem weiteren Schritt auf ihren Inhalt geprüft und einander gegenüber gestellt. Anschließend wird das wirtschaftlichste Angebot gemäß § 25 Nr. 3 VOL/A ermittelt.

<sup>30</sup> Vgl. OLG Oldenburg VergabeR 1/1998, S. 47.

<sup>31</sup> § 25 a VOB/A: Bitte beachten, dass bei der Wertung der Angebote nur Kriterien berücksichtigt werden, die in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen genannt sind.

<sup>32</sup> Az.: WVerg 0011/00 und WVerg 0012/00, Vergabe-News 2001, S.78.

<sup>33</sup> Vgl. Heiermann/Riedl/Rusam, aaO., A § 25 Rn. 45.

### 9.1.2 Risikoverteilung

Zusätzlich kann auch die Risikoverteilung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer angegeben werden. Bewertungsmaßstab wäre der Grad der Risikoübernahme durch den Auftragnehmer.

### 9.1.3 Leistungsqualität

Die Leistungsqualität ist in jedem Fall ein Kriterium. Die Maßstäbe im Einzelnen können allerdings nur dem jeweiligen konkreten Fall entnommen werden.

### 9.1.4 Weitere Kriterien

Je nach Fallgestaltung können auch Punkte wie Nutzergebühren, Versorgungsgrad sowie weitere nutzerbezogene Aspekte eine Rolle spielen. Auch die Refinanzierungsdauer kann von Bedeutung sein. Ein weiteres Kriterium kann schließlich sein, wie der jeweilige Bieter die vorgeschlagene vertragliche Regelung in seinem Angebot behandelt hat. Je weniger er nicht zur Disposition vorgesehene Passagen unverändert gelassen hat, umso höher ist die Bewertung. Zu beachten ist jedoch, dass die Kriterien auftragsbezogen sind und nicht vergabefremd.

Dabei könnte auch der **Public Sector Comparator (PSC)** nach britischem Vorbild herangezogen werden, vgl. **Anlage 9.1.4**.

## 9.2 Bewertung

Die Bewertung ist die wichtigste Phase in jedem Vergabeverfahren. Mit der Bewertung entscheidet der Auftraggeber darüber, welches Angebot er annimmt. Die Methode und die Kriterien sind

in § 25 VOL/A, VOB/A geregelt. Man beginnt diese Phase damit festzustellen, welche Angebote auszuschließen sind. Dies gilt z.B. für verspätet eingegangene Angebote oder für Angebote mit inhaltlichen Mängeln.

Die Bewertung erfolgt am besten in direkter oder analoger Anwendung der „Unterlagen für Ausschreibung und Bewertung von IT-Leistungen (**UfAB**)“ (herausgegeben vom Bundesministerium des Innern, Stand: 01.07.1988 - UfAB II). Bevor die Zuschlagskriterien abschließend festgelegt werden (bereits in den Vergabeunterlagen, Nr. 8.3.1.4), sollten sie anhand der UfAB getestet werden. Entscheidend ist nämlich am Ende die Praktikabilität der ausgewählten Kriterien: Sie müssen den gesamten Ausschreibungsgegenstand vollständig abdecken, damit bei der Bewertung der Angebote keine weiteren Kriterien hinzugezogen werden müssen. Der Test erfolgt mit fiktiven Daten zweckmäßigerweise anhand einer Excel-Tabelle (**Anlage 9.2**). Die dabei vorgenommene Gewichtung der einzelnen Kriterien muss nach derzeitiger Rechtslage den Bietern nicht bekannt gegeben werden.<sup>34</sup>

Die empfohlene Bewertung der Angebote mit Hilfe der UfAB trägt zur Objektivierung bei und erhöht damit die Erfolgchancen für den Auftraggeber im Falle einer Nachprüfung nach dem Vierten Teil des GWB (§§ 107 ff.). Sie löst allerdings das Problem der Ermittlung des wirt-

---

<sup>34</sup> Noch in Müller-Wrede, § 25 Rdnr. 90.

schaftlichsten Angebots nicht automatisch. Dies gilt namentlich in folgenden Fällen:

- Zu sehr unterschiedlichen Preisen werden sehr unterschiedliche Funktionen angeboten. Hier muss der Preis mit den übrigen Zuschlagskriterien vergleichbar gemacht werden.
- Der Auftraggeber sieht das Angebot mit dem höchsten Preis als das wirtschaftlichste an, weil die Preise der übrigen Angebote „in einem offenbaren Missverhältnis zur Leistung stehen“ (§ 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A). Hier benötigt der Auftraggeber ein Instrument für die Nachprüfbarkeit der angebotenen Preise. § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A verpflichtet ihn zur Überprüfung solcher Preise, sagt aber nicht, wie das geschehen soll.

Der Vorteil dieses Vorgehens liegt nicht nur darin, dass der Auftraggeber dadurch das sonst ziemlich hohe Prozessrisiko verringert, sondern auch darin, dass er auf diese Weise das gesamte Angebot besser strukturieren kann.

### **9.3 Zuschlag/Vertragsabschluss**

Der Zuschlag ist nach § 25 Nr. 3 VOL/A, § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A „auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen (inhaltlich gleich lautend § 97 Abs. 5 GWB); der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend.“ Die Zuschlagserteilung sollte in der Regel schriftlich ggf. unter Beachtung kommunalverfassungsrechtlicher Formvorschriften erfolgen. Die Erklärung über die Zu-

schlagserteilung hat dem Bieter vor Ablauf der Zuschlagsfrist zuzugehen. Andernfalls ist dieser nicht mehr an sein Angebot gebunden (§ 19 VOL/A, VOB/A).

Der Vertrag kommt durch den Zuschlag zu Stande, wenn das Angebot unverändert angenommen wird (§ 28 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A bzw. VOB/A). Die ist auch beim Verhandlungsverfahren der Fall. Es muss aber darauf geachtet werden, dass der Bieter am Ende der Verhandlungen deren Ergebnis nochmals in einem Angebot zusammenfasst, das der Auftragnehmer dann unverändert durch den Zuschlag annimmt. Wegen der komplizierten Materie empfiehlt sich jedoch in jedem Fall ein eigenes Vertragsdokument, das alle Fragen in geschlossener Form regelt (§ 29 VOL/A bzw. VOB/A).

Noch zweckmäßiger dürfte allerdings sein, den Vergabeunterlagen einen kompletten Vertragsentwurf beizulegen, der alle einschlägigen Fragen regelt und dann auch Gegenstand der Verhandlungen ist. Zwar vergrößert dies den Vorbereitungsaufwand. Letztlich handelt es sich aber nur um eine Vorverlegung des Aufwandes, der sonst im Rahmen des Verhandlungsverfahrens erbracht werden müsste. Außerdem können die Verhandlungen anhand des Vertragsentwurfs zielgerichteter geführt werden. Die Bezugnahme in dem Vertrag auf weitere Dokumente, wie z.B. das Angebot, ist durch dieses Vorgehen nicht ausgeschlossen.

### 9.3.1 Vergleichbarkeit der Zuschlagskriterien

Die Vergleichbarkeit des Preises mit den nach UfAB bewerteten Kriterien ist ohne weiteres nicht möglich. Wer Preise und Funktionen vergleichen möchte, ist in der Situation, Äpfel mit Birnen vergleichen zu müssen.

Wenn bei einer Ausschreibung zu etwa demselben Preis funktional sehr unterschiedliche Angebote eingehen, fällt die Vergabeentscheidung nicht schwer und kann über die UfAB-Bewertung nachvollziehbar begründet werden. Genauso ist es, wenn zu etwa demselben Funktionsumfang Angebote mit ganz unterschiedlichen Preise eingehen. In diesem Fall wird man die Vergabeentscheidung ausschließlich über den Preis und ohne weiteres treffen können.

Schwierig ist die Entscheidung, wenn zu sehr unterschiedlichen Preisen sehr unterschiedliche Funktionen angeboten werden. In diesem Fall ist es nicht ohne weiteres möglich, den Preis zu einem bestimmten Prozentsatz zu berücksichtigen. In **Anlage 9.3.1** ist ein Vorschlag beschrieben, wie Funktionen und Preise auf der Basis einer identischen Skala bewertet, unterschiedlich (oder gleich) gewichtet und im Rahmen einer Gesamtbewertung dargestellt werden können.

### 9.3.2 Ungewöhnlich niedrige Preise

Grundsätzlich ist die Verwaltung natürlich an günstigen Preisen interessiert. Ungewöhnlich niedrige Preise können jedoch dazu führen, dass das Unternehmen bei der Durchführung des Projekts Verluste macht und dann versucht,

diese über die Absenkung der Leistungsqualität abzufangen. Hieran kann die Verwaltung auf keinen Fall ein Interesse haben.

Zur Vermeidung dieses Risikos kann bereits bei der **Prüfung der Angebote** angesetzt werden. Dafür spricht die Regelung in § 23 Nr. 2 VOL/A, wonach die für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit der einzelnen Angebote im Rahmen des § 25 VOL/A maßgebenden **Gesichtspunkte** festzuhalten sind. Dabei kommt der Möglichkeit, Sachverständige hinzuzuziehen, wegen der Vorgaben nach § 6 VOL/A (ähnlich § 7 VOB/A) bei komplexen PPP-Projekten allerdings nur eingeschränkte Bedeutung zu. Es empfiehlt sich vielmehr, die Möglichkeit der Einschaltung von Sachverständigen in die Vergabeunterlagen aufzunehmen und dabei den Kreis der Sachverständigen nach den Erfordernissen des jeweiligen Falles zu bestimmen.

Eine weitere Möglichkeit besteht zum Zeitpunkt der **Wertung der Angebote**. § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A (ähnlich § 25 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A) sieht ausdrücklich vor, dass der Auftraggeber bei Angeboten, die im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig sind, vor Vergabe des Auftrags die Einzelposten dieser Angebote überprüft. Zu diesem Zweck kann er von dem Bieter die erforderlichen Belege verlangen. Bei komplexen Angeboten, wie sie in der Regel bei PPP-Projekten vorliegen werden, kann man diese Regelung dahin verstehen, dass der Auftraggeber die Kalkulationsgrundlagen überprüfen darf.

Im Ergebnis geht es in beiden Fällen darum zu

prüfen, ob das Angebot mit einem ungewöhnlich niedrigen Preis bei der zugrundeliegenden Projektkonzeption nicht wesentliche Aspekte unberücksichtigt gelassen hat, die den Preis entscheidend beeinflussen können. Kommt der Auftraggeber, ggf. nach Stellungnahme des Sachverständigen, zum Ergebnis, dass dies der Fall ist, sollte er diesen Sachverhalt mit dem Bieter eingehend erörtern und die Ergebnisse aktenkundig machen. Bleibt der Bieter bei seinen Preisvorstellungen, darf der Zuschlag auf dieses Angebot dann nicht erteilt werden, wenn dessen Preis in offenbarem Missverhältnis zur Leistung steht, § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A (entsprechend § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A). Diese Regelung schützt Auftraggeber und Bieter gleichermaßen vor bösen Überraschungen.

#### **9.4 Informationspflicht nach § 13 VgV**

Nach der internen Entscheidung über den Zuschlag, aber vor dessen förmlicher Erteilung muss der Auftraggeber noch die Informationspflicht nach § 13 VgV beachten. Nach dieser Bestimmung informiert der Auftraggeber die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über

- den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll und
- über den Grund der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots.

Je nach dem Gang der Verhandlungen sollte sich der Auftraggeber überlegen, ggf. weitere Detailbegründungen zu geben, um einer etwaigen Bereitschaft, ein Nachprüfungsverfahren

einzuleiten, von vornherein entgegenzuwirken. Dabei könnte er sich an den in § 27 Nr. 2 VOL/A genannten Kriterien orientieren. Angaben, die über die nach § 13 VgV erforderlichen hinausgehen, können allerdings auch zusätzliche Angriffspunkte bieten und dadurch das Prozessrisiko erhöhen.

Diese Information hat der Auftraggeber in Textform spätestens 14 Kalendertage vor Vertragsabschluss abzugeben. Die Frist beginnt am Tage nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber. Auf den Tag des Zugangs der Information beim Bieter kommt es nicht an. Vor Ablauf der Frist oder ohne dass die Information erteilt worden und die Frist abgelaufen ist, darf ein Vertrag nicht geschlossen werden. „Ein dennoch abgeschlossener Vertrag ist nichtig.“<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> Wortlaut der Begründung zur zweiten Änderung der Vergabeverordnung (BGBl Teil I Nr. 6 S. 168 vom 14. Februar 2003): "Die Änderung dient der Klarstellung, dass die Frist des § 13 mit der Absendung der Information an die erfolglosen Bieter durch den öffentlichen Auftraggeber beginnt. Der Verordnungsgeber hat sich bereits mit dem bisherigen Wortlaut des § 13 dafür entschieden, für den Beginn der Frist nach § 13 Satz 2 nicht auf den Zugang beim Bieter, sondern auf den Tag der Absendung durch den öffentlichen Auftraggeber abzustellen. Außerdem wird das Wort "schriftlich" durch "in Textform" ersetzt, um zusätzliche Wege der schnellen Information per Fax und E-Mail zu ermöglichen. Nach § 126 b BGB bedarf es bei der Textform weder Unterschrift noch einer digitalen Signatur."

## 10. Bedeutung des Controllings für PPP<sup>36</sup>)

### 10.1 Systematik des Controllings

Public Private Partnerships implizieren die Einbindung der Privatwirtschaft in die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben im Rahmen einer langfristigen Kooperation unter den besonderen Gesichtspunkten einer Risikoteilung und umfassender Verantwortlichkeit der privatwirtschaftlichen Partner.

Für die öffentliche Hand stellen sich insbesondere folgende Aufgaben bei der Realisierung von PPP:

- uneingeschränkte Erfüllung der öffentlichen Versorgungsaufgabe unter Wahrung bzw. Optimierung eines definierten Leistungsstandards,
- Gewährleistung einer wirtschaftlichen und sparsamen Mittelverwendung unter den Grundsätzen des Haushaltsrechts (§ 7 BHO, § 7 LHO NRW usw.) und Einhaltung des Finanzplanes .

Dies erfordert die Umsetzung und ggf. Fortschreibung der getroffenen Projektdefinitionen bzw. -spezifikationen von der Initiierung bis zum Vertragsende einer PPP. Damit sind umfangreiche Planungs-, Steuerungs- und Kontrollaufgaben verbunden, deren Erfüllung in ihrer Gesamtheit mit dem Terminus des Controllings

bezeichnet wird. Auch für den privatrechtlichen Partner ist ein effizientes Controlling eine Projektanforderung. Dieser Abschnitt behandelt manche an anderer Stelle angesprochene Themen aus der Sicht des Controllings.

#### 10.1.1 Begriff des Controllings

Das Controlling vereinigt die Aufgaben der Informationsversorgung und -koordination, der Planung, Steuerung und Kontrolle. (vgl. Abbildung 10.1.1). Ziel des Controllings ist es, Entscheidungsszenarien so aufzubereiten, dass optimale betriebswirtschaftliche Ergebnisse erreicht werden können. Controlling dient also dazu, Entscheidungen vorzubereiten und die Effizienz getroffener Maßnahmen zu verifizieren.

Obwohl bei kleineren PPP die Aufgabenbereiche des Finanz- und Rechnungswesens und des Controllings verschmelzen, muss man dennoch zwischen diesen beiden Bereichen unterscheiden, um die Unterschiede in der Zielsetzung und der Arbeitsweise zu verdeutlichen: Im Gegensatz zum Rechnungswesen, das in der Vergangenheit geschaffene (Detail)Fakten abbildet, ist das Controlling auf zukunftsgerichtete Entscheidungen bezogen und vorwiegend an der Darstellung von Kenngrößen, Relationen und Größenordnungen orientiert.

---

<sup>36</sup> Den Herren Michael Henk, CMF, Creative Konzept und Dipl.-Ing. Matthias Sundermeier, Universität Dortmund danken wir für ihre wesentlichen Beiträge.

### 10.1.2 Controlling-Teilsysteme

Controlling wird bei seiner Umsetzung als Regelkreis aus einzelnen Controlling-Teilsystemen gestaltet. Auf der Basis einer systematisierten Informationsversorgung (Berichtswesen) werden Ist-Analysen durchgeführt, aus denen im Zuge der Planung ein Soll-Konzept entwickelt wird. Für die Erreichung des Soll-Konzeptes werden Steue-

rungsmaßnahmen definiert, und es findet ein entsprechendes Implementierungs-Controlling statt, d.h. es erfolgt eine Kontrolle, ob die veranlassten Maßnahmen auch tatsächlich die gewünschte Effizienz hatten. Diese Effizienzüberprüfung findet wieder im Rahmen einer Ist-Analyse statt.

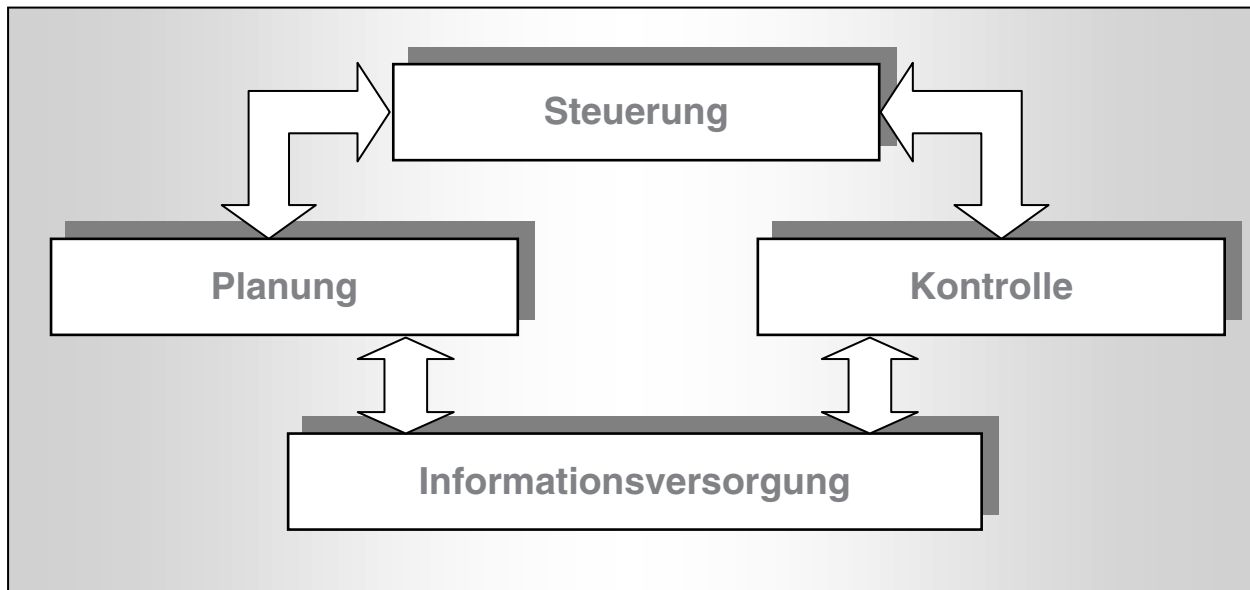


Abb. 10.1.2: Aufbau eines Controllingsystems

### 10.1.3 Planungszeitraum des Controllings

Die enge Verbindung des Controllings zum Planungsprozess einer PPP bestimmt die jeweils relevanten Steuergrößen des Controllings. In Abhängigkeit vom Planungszeitraum spricht man von operativem und strategischem Controlling:

Das operative Controlling ist auf kurz- und mittelfristige Maßnahmen zur Steuerung einzelner Vorgänge der laufenden Geschäftsprozesse z.B.

unter Produktivitäts-, Liquiditäts- und Rentabilitäts Gesichtspunkten ausgerichtet, die sich von daher zumeist durch monetäre Größen quantifizieren lassen. Um bei unerwünschten Abweichungen rasch eingreifen zu können, müssen die relevanten Planungs-, Kontroll- und Steuerungsintervalle deshalb hinreichend kurz bemessen sein. Die notwendigen Daten liefert primär das interne Berichtswesen.

Die Besonderheiten des strategischen Controllings sind lange Planungszeiträume, und dass

verstärkt außenorientierte Aspekte und deren Auswirkungen auf die PPP und ihre Entwicklung analysiert werden. Aus den Erkenntnissen werden die Erfolgsfaktoren für die Public Private Partnership abgeleitet und darauf abgestimmte spezielle Strategien entwickelt. Die Anpassungsrhythmik verläuft dabei in größeren Zeitabständen als beim operativen Controlling.

#### 10.1.4 Organisatorische Einbindung des Controlling

Grundvoraussetzung für ein effizientes Controlling ist seine Einbindung in die Organisationsstruktur der PPP-Beteiligten. Dabei sind von der Zielrichtung das Unternehmens- und das Projektcontrolling zu unterscheiden.

Das Unternehmenscontrolling zielt auf die Steuerung der Gesamtheit der betrieblichen Abläufe mit dem Schwerpunkt auf wiederkehrende Standardprozesse, wie sie etwa in der industriellen Fertigung oder im Handel dominieren. Bei (Sonder-) Projekten innerhalb der Unternehmensorganisation wird die Controllingtiefe jedoch durch übergeordnete Unternehmenszwänge begrenzt, so dass hier im Regelfall nur wenige und stark verdichtete Parameter zur Verfügung stehen, die

ggf. nicht für das Controlling komplexerer Projekte genügen.

Für PPP-Maßnahmen wird in der Regel ein spezielles Projektcontrolling in Betracht kommen, das sich primär an projektbezogenen Anforderungen und Rahmenbedingungen orientiert. Das Unternehmenscontrolling wird dabei um projektspezifische Elemente erweitert, die mit wachsender Individualität und Komplexität des Projektes die wesentlichen Controllingfunktionen abdecken werden. Die Verbindung zum Unternehmenscontrolling beschränkt sich ggf. auf eine Harmonisierung von Schnittstellen, die eine Übermittlung von Kernparametern ermöglichen. PPP-Vorhaben sind zudem über ihren Lebenszyklus durch unterschiedliche Leistungsphasen gekennzeichnet, die es notwendig machen, auch innerhalb eines Projektes phasenorientiert ein auf die individuellen Erfordernisse abgestimmtes Controlling zu implementieren.

#### 10.2 Funktionsebenen des Controllings

Effizientes Controlling geht auf die unterschiedlichen Funktionsebenen und deren Abhängigkeiten untereinander gleichermaßen ein (vgl. Abb. 10.2).

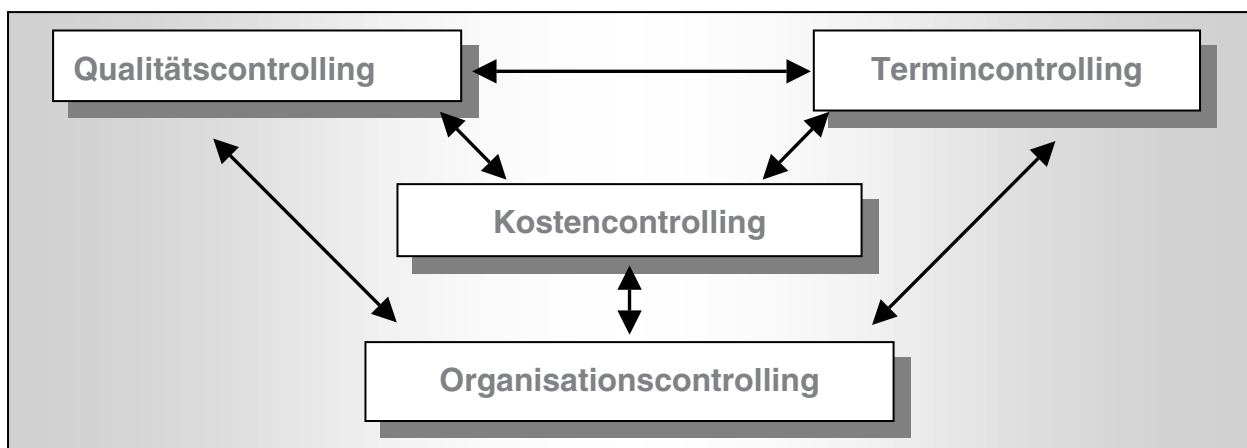


Abb. 10.2: Abhängigkeit der Funktionsebenen des Controllings

### 10.2.1 Termincontrolling

Beim Termincontrolling geht es darum, den zeitgerechten Ablauf sämtlicher Tätigkeiten (Vorgänge) sicherzustellen, die von den PPP-Beteiligten im Projektverlauf erbracht werden müssen. Dies betrifft nicht nur Ausführungsfristen oder Anfangs- und Endtermine von Projektvorgängen, sondern auch Vorlaufzeiten und Zeitpunkte für Mitwirkungen, Beistellungen und Entscheidungen der jeweiligen Projektpartner. Soll-Ist-Vergleiche als Hauptinstrumente des Termincontrollings ermöglichen die periodische oder ereignisbezogene Überprüfung der Projektterminalsituation anhand von Planvorgaben und die Analyse von Abhängigkeiten bei Terminabweichungen. In das Termincontrolling sind besonders solche Prozesse einzubeziehen, bei denen Ablaufstörungen unmittelbare Auswirkungen auf Termine von Parallel- oder Folgevorgängen haben. Deshalb sollten relevante Zwischen- und Endtermine bzw. Vorgangsdauern vertraglich festgeschrieben und ggf. mit Sanktionen wie Schadenersatz und Vertragsstrafen unterlegt werden.

Allerdings hat die Vereinbarung dieser Sanktionen nur dann wirtschaftlichen Wert, wenn sie gegenüber der anderen Seite durchgesetzt werden können, ohne eigene Interessen zu verletzen. Zum Beispiel können Sanktionen eine PPP-Gesellschaft an den Rand der Insolvenz führen, was regelmäßig auch nicht im Interesse der öffentlichen Hand sein kann, wenn die Gesellschafter keinen Nachschuss durch die Seite vereinbart haben, die für die Schlechtleistung verantwortlich ist.

### 10.2.2 Qualitäts-/Service-Level-Controlling

Die Hauptaufgabe des Qualitätscontrollings besteht darin, Qualitätsstandards im Zuge der Projektspezifikation zu entwickeln und fortzuschreiben, und schließlich ihre spätere Umsetzung während der Realisierungs- und Betriebsphase zu steuern. Die vertragliche Fixierung dieser Qualitätsstandards erfolgt in Service Level Agreements.<sup>37</sup>

### 10.2.3 Kostencontrolling

Die zentrale Aufgabe des Kostencontrollings besteht in der Steuerung der Budgeteinhaltung, der Liquiditätssituation sowie der Zahlungsströme im Rahmen der kurz- und langfristigen Finanzierung. Das Kostencontrolling nimmt deshalb im Controlling-Gesamtsystem eine zentrale Stellung ein und führt die Daten aus technischen, organisationsbezogenen und kaufmännischen Funktionsbereichen zusammen. Zu seinem Instrumentarium zählen insbesondere ein kostenorientiertes Berichtswesen, Soll-Ist-Vergleiche, die Betriebsabrechnung sowie die Kosten- und Leistungsrechnung.

### 10.2.4 Organisationscontrolling

Hauptaufgabe des Organisationscontrollings ist die Systematisierung und Steuerung vertraglicher Leistungs-, Bereitstellungs-, Mitwirkungs- bzw. Koordinationspflichten der Projektbeteiligten und ihrer gemeinsamen Entscheidungsprozesse durch eine projektspezifische Aufbau- und

---

<sup>37</sup> Dazu 7.7.2.

Ablauforganisation. Als Controllinginstrumente stehen beispielsweise eine EDV-unterstützte Planverwaltung, IT-basierte Dokumentenmanagementsysteme oder ein systematisiertes Formularwesen für Standardabläufe zur Verfügung.

### 10.3 Controllinginstrumente

Für die Umsetzung des Controllings stehen auf unterschiedliche Zwecke ausgerichtete Instrumente zur Verfügung. Die Controllinginstrumente sind situativ und projektbezogen an die Erfordernisse der jeweiligen PPP anzupassen:

- **Berichtswesen:** EDV-gestützte, zeitraum- bzw. ereignisbezogene Planungs- und Kontrollberichte, Analysen und Trendberichte;
- **Kosten-/Leistungsrechnung (KLR):** Kostenarten-, Kostenstellen- und Kosten-

trägerrechnung auf Basis des betrieblichen Kontenrahmens;

- **Soll-Ist-Vergleiche (SIV):** Gegenüberstellung von Plan- und Ist-Daten zur Abweichungsermittlung, Störungsanalyse und Kennzahlenbildung.

### 10.4 Governancestrategien

Die Projektverantwortlichkeit und Risikoübernahme ist bei PPP je nach Modell höchst unterschiedlich auf die Partner verteilt, und ihre Stellung im Wirtschaftsprozess führt häufig dazu, dass öffentliche Hand und privatwirtschaftlicher Partner über den Projektverlauf unterschiedliche, ggf. konträre Interessen entwickeln (vgl. das Beispiel für ein Konzessionsmodell in Abb. 10.4).

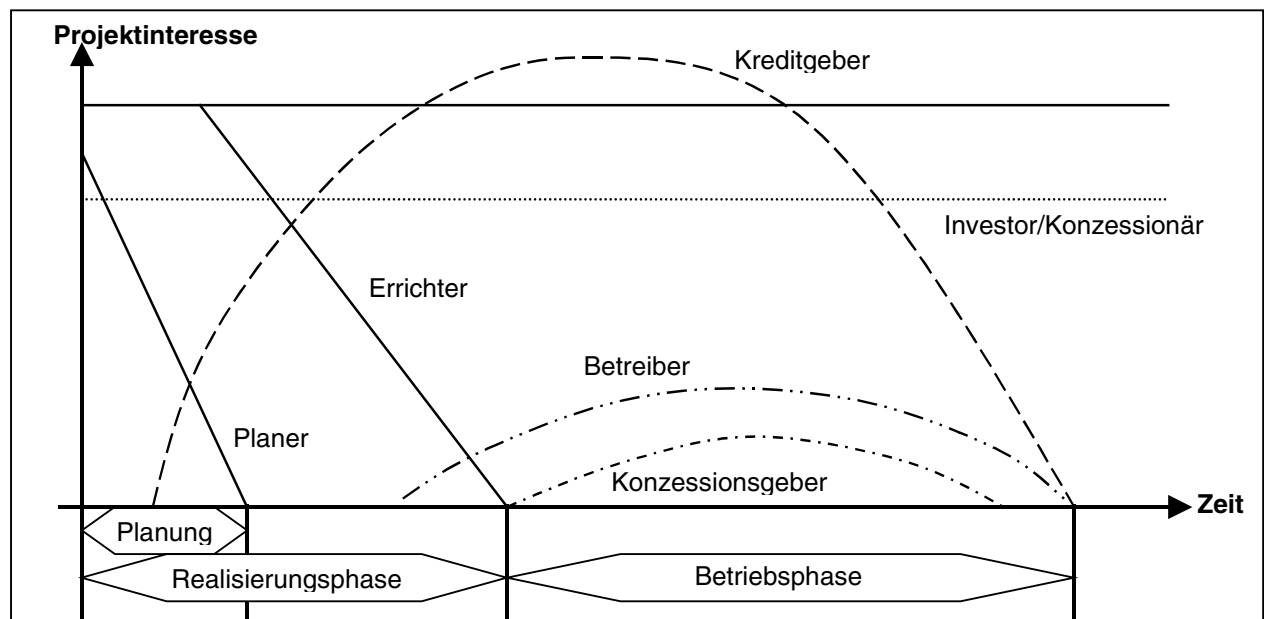


Abb. 10.4: Interesse der Beteiligten über den Projektverlauf

Dies zeigt, dass für eine optimale Leistungserfüllung durch die PPP-Beteiligten geeignete Strategien gefunden werden müssen, die den ursprünglichen Kooperations- und Vertragswillen über die Dauer der PPP absichern. Sie werden als Governancestrategien bezeichnet.

#### **10.4.1 Preisänderungen**

Traditionelle Verträge zur Ausrichtung der Individualinteressen der Vertragsparteien im Sinne der Risikoübernahme, Leistungs- und Vergütungsverpflichtung basieren darauf, dass ein definierter Leistungsinhalt unter bestimmten Leistungsumständen gegen eine im Angebotswettbewerb ermittelte angemessene Vergütung erbracht wird. Treten jedoch nach Vertragsschluss unvorhergesehene Leistungsumstände ein oder ergeben sich Änderungen des Leistungsinhaltes, so ist die Vergütung hieran anzupassen.

#### 10.4.2 Anreizsysteme

Darüber hinaus ist sicherzustellen, dass andere Projektbeteiligte ihre vertraglichen Leistungspflichten nicht schuldhaft ohne entsprechende Sanktionen vernachlässigen können. Ein Mittel dazu liefern sogenannte Anreizsysteme, die auf Positiv- (Bonussysteme) und Negativanreizen (Malussysteme) basieren. Folgende Anreizsysteme sind gebräuchlich:

- **Sanktionsbewehrte Termine/Leistungsfristen:** Nichteinhaltung von Vertragsterminen wird mit Strafgeldern belegt, die Vergütung der Leistung an sich bleibt unberührt,
- **Qualitäts- oder erfolgsabhängige Vergütungsmodelle:** Die vertragliche Vergütung wird von der Erreichung bestimmter Leistungsmerkmale abhängig gemacht (z.B. Service-Levels, Termineinhaltung, cash flow, Höhe der Nutzungsentgelte oder Betriebskosten),
- **Optionen:** Die Beauftragung von Leistungsteilen wird von Bedingungen, insbesondere der Vermeidung definierter Risiken, abhängig gemacht,
- **Erfolgsbeteiligungen:** Vergütung auf Selbstkostenerstattungsbasis, Aufteilung von Einsparungen bzw. Optimierungsgewinnen nach Projektabschluss gemäß vordefiniertem Verteilungsschlüssel,
- **Sanktionsbewehrte Qualitätsverpflichtungen:** Service Level Agreements.

Verschiedene Anreizsysteme können kombiniert werden. Für den Anreizeffekt ist grundsätzlich

die finanzielle Höhe der Bonus- bzw. Malusregelungen entscheidend.

#### 10.5 Controlling in ausgewählten Leistungsbereichen

Controllingaufgaben sollen in zwei Fällen exemplifiziert werden:

- Facility Management (FM) als von besonderer Bedeutung bei PPP-Projekten, bei denen Grundstücke und Gebäude relevant sind, und
- Informationstechnologie (IT) und Telekommunikation (TK), die im Zusammenhang mit dem fortschreitenden Einsatz neuer Technologien u.a. im Rahmen von eGovernment zunehmend Gegenstand gemischtwirtschaftlicher Kooperationen werden.

Dabei kristallisieren sich deutliche Ausprägungen und Tendenzen des Controllings abhängig von der jeweiligen Aufgabenstellung heraus.

### 10.5.1 Controlling im strategischen Facility Management (FM)

Die Aufgaben des Facility Management sind u.a. Kostentransparenz zu schaffen und somit die Kosten verursachungsgerecht zuordnen zu können ("weg von der Gemeinkostenstelle"). In diesem Zusammenhang wird auch deutlich, wie wichtig es ist, FM-Leistungen nach Qualitäten zu definieren. Denn erst über eine Produktdefinition von FM-Leistungen können sie verursachungsgerecht kalkuliert und entsprechend der Inanspruchnahme verrechnet werden. Hieraus resultiert die wesentliche Basisfunktion, die das Controlling für das strategische Facility Management hat. Denn nun werden Daten transparent gesammelt, verwaltet und ausgewertet und führen zu qualitätsorientierten Entscheidungen.

Das Controlling bietet die Basis für das detaillierte Berichtswesen, das das Facility Management benötigt. Es gibt darüber hinaus einen Nachweis über die erbrachten Leistungen und schließlich ist es auch wiederum Basis für die zukünftig festzulegenden Budgets in den Einzelbereichen des Facility Management. Ziel des Controllings im FM ist es, entscheidungsrelevante Vorlagen aufzubereiten, damit optimale betriebswirtschaftliche Entscheidungen über den gesamten Lebenszyklus der Liegenschaft durch das Management getroffen werden können. Deshalb kommt der Lebenszykluskostenrechnung im strategischen FM als Controlling-Methode eine besondere Bedeutung zu. Bereits existierende Berechnungsmethoden, wie z.B. die VDI 2067, sind nicht zielführend. Ihre Anwendung zeigt immer wieder, dass in den verschiedenen

Phasen vom Anbieter ein erheblicher Risikozuschlag in die Preise eingerechnet wird, der bei anderer Vorgehensweise nicht für erforderlich gehalten würde. Daher ist eine strukturierte praxisorientierte Vorgehensweise für den Prozess in der Life Cycle Betrachtung unabdingbar.

Sämtliche relevante Projektparameter müssen daher bereits von Projektbeginn an über Controllingmaßnahmen gesteuert werden. Das Controllingssystem sollte deshalb über den gesamten Projektverlauf nach den Funktionsebenen Termine, Finanzen, Qualitäten/Service Levels und Organisation (incl. Vertragswesen) strukturiert sein (vgl. Abschnitt 10.3) und insbesondere folgende Controllingaspekte berücksichtigen:

- Ist-Aufnahmen nach Facility Management (FM) Kriterien,
- Kriterienkatalog/Pflichtenheft,
- Anpassungsmaßnahmen, Vorgangsituation,
- Risikoanalyse und -bewertung,
- Szenariorechnungen,
- vordefinierte Exit-Points.

Basis ist eine Ist-Aufnahme aller Ausgangsdaten, die für den Leistungszweck der initiierten PPP von grundlegender Bedeutung sind. Die Datenerhebung orientiert sich hier an den Rahmenbedingungen, unter denen die Leistung, die als Gegenstand der PPP vorgesehen ist, bisher erbracht wird. Existiert hierzu kein Datenbestand oder aber wird die intendierte Leistung bislang nicht erbracht, müssen entsprechende Vergleichsdaten herangezogen werden.

Aufbauend darauf wird ein Kriterienkatalog bzw. ein Pflichtenheft erstellt, in dem die projektrelevanten Schlüsselgrößen systematisch erfasst und fortgeschrieben werden. Dies geschieht durch eine Anpassung der Projektdefinition nach Investitions- und Betriebskosten, erforderlichen Leistungskapazitäten bzw. Service-Levels oder im Hinblick auf den mit der Realisierung verbundenen Personal- und Zeitbedarf.

Ein wesentlicher Aspekt des Controlling im strategischen Facility Managements ist die Engpassorientierung. Somit sind die Aufgaben des Kostenmanagements für das Controlling immer mehr in den Mittelpunkt gerückt. Das Kostenmanagement umfasst die Gesamtheit aller Methoden, die der vorwegnehmenden und nachhaltigen Beeinflussung von Kostenstrukturen und Kostenverhalten sowie der Senkung des Kostenniveaus dienen. Zum Kostenniveau-Management gehören die Maßnahmen, die eine Veränderung des Kostenniveaus zur Folge haben.

Ein weiterer Bereich des Kostenmanagements ist das Kostenverlaufsmanagement. Hierzu gehören die Untersuchungen in Bezug auf die optimale Laufzeit von Verträgen, Vereinbarungen über kündigungsfreie Probezeiten oder Festpreise für einen bestimmten Zeitraum. Zum Kostenverlaufsmanagement gehören auch Vereinbarungen von Preisgleitklauseln, die in aktuelle Dienstleistungsverträge nur recht selten Einzug gefunden haben.

## **10.5.2 Controlling in der Informations- und Kommunikationstechnologie**

Jüngere Ausschreibungen aus dem IT-Umfeld definieren Aufgaben wie die Entwicklung und den Betrieb von eGovernment Plattformen oder die Entwicklung einer behördlichen IT-Organisation von einem Infrastrukturbetreiber zu einem umfassenden IT-Dienstleister. Derartige Aufgaben lassen sich durch ein klassisches Spezifikationscontrolling schwer fassen. Trotz zunehmender Öffnung hin zu Partnerschaften mit der Privatwirtschaft in ausgewählten Handlungsfeldern ist die Angst öffentlicher Auftraggeber vor einem Kontrollverlust über die „ausgelagerten“ Aktivitäten gerade in diesen Fällen groß. Die Versuchung, dieser Angst durch eine verstärkte Investition in „wasserdichte“ Verträge zu begegnen, hat sich als kontraproduktiv erwiesen. Zuviel Energie geht hierbei in die Formulierung einer „geschuldeten Leistung“, die selbst aus Sicht des Auftraggebers oft nur schwer präzise zu definieren ist. Erfordert sind vielmehr partnerschaftliche, selbstregulierende Mechanismen.

Instrumentarien, die in diesem Zusammenhang zum Einsatz kommen müssen, fußen u.a. auf Risiko- und Erfolgsbeteiligungen sowie auf einer Steuerung über ergebnisorientierte Leistungsvorgaben bei gleichzeitiger Gewährung von hinreichenden Handlungs-, Entscheidungs- und Investitionsfreiheiten zur Zielerreichung.

In der Praxis haben sich zweistufige Controllingstrukturen bewährt. Unabhängig von ihrer konkreten Einbindung in die bestehenden Strukturen von öffentlicher Hand und privatem Partner

zielen diese zum einen auf die operative Steuerung des Leistungsprozesses der Partnerschaft (Service Control Board) und zum anderen auf die strategische Absicherung der angestrebten Ziele (Management Board).

Als oberste Steuerungsinstanz einer PPP ist das Management Board durch entscheidungsbefugte Vertreter beider Seiten besetzt und trifft alle grundlegenden Entscheidungen, welche der Zielerreichung der Partnerschaft dienen. Mit wachsender Komplexität der Projekte sowie der Kooperationsnetzwerke der Beteiligten treten hierbei neben den Aspekten der Sicherung der formalen Vertragsdurchführung (z.B. wesentliche Veränderungen des Leistungsumfangs, Ausweitungen der vertraglichen Leistungen) zunehmend strategische Steuerungsaspekte in den Fordergrund. Letztere erstrecken sich z.B. auf neue Strategien im Umgang mit gesetzlichen Rahmenrichtlinien, mit Personalmanagement-Bestimmungen sowie mit Leistungsvereinbarungen. In der Konsequenz kommen auf behördliche Führungskräfte damit neue Anforderungen hinsichtlich ihrer Führungs-, Umsetzungs- und Kommunikationskompetenzen zu.

Gegenüber der Fokussierung des Management Boards auf das strategische Controlling der PPP richten sich die Aktivitäten des Service Control Board vor allem auf das operative Controlling. Das Service Control Board umfasst hierbei die für die operative Durchführung der Partnerschaft verantwortlichen Mitarbeiter der Partner. Zu seinen Aufgaben zählt die Kontrolle der operativen Umsetzung eines Vertrages bzw. der vom

Management Board getroffenen Maßnahmen zur Zielabsicherung.

Moderne Dienstleistungen stellen in zunehmendem Maße das Ergebnis eines komplexen Zusammenwirkens verschiedenster Leistungs- und Kompetenzbereiche sowohl auf Seiten der öffentlichen Hand als auch der privaten Partner dar. Dort wo die Kompetenzen nicht hinreichend sind, werden weitere Partner integriert und zu Kooperationsnetzwerken verwoben. Die Steuerung derartiger Netzwerke über ergebnisorientierte Leistungsvorgaben setzt die Steuerbarkeit der kompletten Leistungskette voraus. Die Steuerungsfunktion des Controlling läuft dann ins Leere, wenn sich Teilleistungen dem aktiven und zielgerichteten Eingriff entziehen. Letzteres ist gegeben, wenn ein PPP-Partner für die Steuerung einer Leistungsbeziehung verantwortlich zeichnet, deren Einzelelemente er aufgrund separat vereinbarter Leistungsversprechen zwischen der öffentlichen Hand und dem Dritten nicht beeinflussen kann. Offensichtlich unter Wirtschaftlichkeitsaspekten geht die in der öffentlichen Verwaltung gegenwärtig verstärkt anzutreffende Vergabep Praxis genau dahin, einzelne Bestandteile von Leistungen bzw. Leistungsketten auszuloben und entsprechend zu vergeben. In der Konsequenz können der erforderliche Controlling-Regelkreis nicht geschlossen und erforderliche Soll-Zustände nicht erzeugt werden. Organisatorisch kann dieser Tendenz zwar durch die Einbindung des Dritten in die Controllingstrukturen und -prozesse Rechnung getragen werden, eine Auflösung des Konfliktes ist jedoch nur bei eindeutiger Kopp-

lung des Dritten an die Steuerungskompetenz entweder der öffentlichen Hand oder des privatwirtschaftlichen Partners möglich.

Oft sind neben der Steigerung der Wirtschaftlichkeit und der besseren Planbarkeit der Haushalte weitere Gründe der Anlass für Teilprivatisierungen im Umfeld der Informations- und Kommunikationstechnik.

Verbesserungspotenzial für die strategischen Partner findet sich z.B.

- in Umfang und Qualität der Services,
- im Zeitverhalten und im Informationsfluss an der Schnittstelle Kunde / Dienstleister
- in schwach ausgeprägten Querschnittsprozessen,
- eingeschränkter Kosten- und Leistungstransparenz,
- in personen- und nicht funktionsbezogenen Abläufen und Verantwortlichkeiten,
- in Leistungs- und Kostentransparenz.

Im Rahmen der gemeinsamen unternehmerischen Verantwortung bietet es sich für den Partner der öffentlichen Hand an, eine zentrale Organisationseinheit mit Querschnittsaufgaben einzurichten, die neben dem Controlling gleichzeitig relevante Steuerungsaufgaben erbringt oder intern koordiniert. Die zentrale Controlling- und Steuerungseinheit ist somit - auch aus Sicht der freien Wirtschaft - ein wesentliches Instrument zur

- Steigerung der Wirtschaftlichkeit durch neue Wege der Zusammenarbeit im Rahmen der strategischen Partnerschaft und zur
- Sicherstellung der optimalen informationstechnischen Unterstützung der öffentlichen Hand.

Zu erfüllende Aufgaben können sein:

- Controlling dezentraler Budgets,
- Durchführung von Analysen und erarbeiteten zentraler Konzepte,
- Planen und Realisieren von Projekten,
- Steuern und Kontrollieren der Leistungserbringung, nicht nur gegenüber dem Partner aus der Wirtschaft, sondern gegenüber allen Vertragsteilnehmern der öffentlichen Hand,
- Ausrichtung der IT-Entwicklung an übergeordneten Verwaltungszielen,
- Unterstützung dezentraler Amtsziele,
- Integration einzelner IT-Maßnahmen auf der Basis eines zentralen Datenmodells und im Rahmen einer strategischen Konzeption,
- Festlegung und Überwachung technischer Standards und Qualitätssicherungsmaßnahmen,
- permanente Betrachtung von Sicherheits- und Risikofragen im IT-Einsatz,
- Controlling und finanzielle Steuerung des IT-Gesamtbudgets.

In diesem Kontext liefert die zentrale Querschnittsabteilung mit den Modulen IT-Control-

ling, IT-Koordination und IT-Strategie einen wesentlichen Beitrag zur Zielerreichung der strategische Partnerschaft. Es empfiehlt sich, die grundsätzliche Einrichtung der zentralen Quer-

schnittseinheit vor dem Beginn des Vergabeverfahrens zu beschließen. Die Maßnahmen zur Etablierung sollten bis zur Aufnahme des Geschäftsbetriebes der PPP abgeschlossen sein.

## Literaturverzeichnis

Budäus, Dietrich	Public Private Partnership - Neue Kooperationsformen zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, veröffentlicht in Schauer, R./Budäus, D. (Hrsg.), Public Management: 3. Forschungskolloquium Linz-Hamburg, Linz 2000, S. 8 ff.
Christen, Jörg	Die Terminologie von PPP/PFI, Deutsches Architektenblatt NRW 09/2002, S. 15
Deutsches Institut für Urbanistik (Difu)	Liberalisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgabenbereiche in Kommunen - sozial-ökologische Problemlagen und Chancen für eine nachhaltige Entwicklung, Sondierungsprojekt des BMBF, Berlin, Oktober 2001
Dreher, Meinrad	Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht, NZBau 2002, 245 ff.
EG-Kommission	Mitteilung vom 11. März 1998: Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, auch abgedruckt als Band 4 der Schriftenreihe des Forum Vergabe S. 9 ff.
Endler, Jan	Privatisierung und Vergaberecht, NZBau 2002, S. 126
Finanzministerium des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.)	Infrastruktur-Offensive mit Hilfe der Privaten, FinanzReport 1-2002, S. 2 ff.
Hoffmann, Günther	Ende der Dichotomie von Staat und Privat. Public Private Partnership - ein Modell für Deutschland? Deutsches Architektenblatt NRW 09/2002, S. 6 f.
Horn, Lutz	Public-/Private-Partnerships - neue Finanzierungsformen für öffentliche Investitionen, Der Syndikus, Heft 11/12 2001, S. 8 ff.
Krajewski, Gunther	PPP - Heilslehre oder Grundsatzdebatte? Ordnungspolitische Instrumente werden durch PPP in Frage gestellt, Deutsches Architektenblatt NRW 09/2002, S. 12 ff.
Prieß, Hans-Joachim/ Hausmann, Friedrich Ludwig/ Krohn, Wolfram	Aufgabenprivatisierung und Outsourcing-Modelle der öffentlichen Hand: Die Entwicklung der deutschen vergaberechtlichen Rechtsprechung, Freshfields Bruckhaus Deringer, Stand 10/2001
Schellenberg, Martin/ Lepique, Elisabeth/ Fedder, Sebastian/ Pape, Ulf-Dieter/ Moos, Flemming	Die Realisierung einer Public Private Partnership durch Gründung eines Kooperationsunternehmens, Verwaltung und Management, 8. Jg. (2002), Heft 4, Sonderbeilage

Schröder, Holger	Vergaberechtliche Probleme bei der Public-Private-Partnership in Form der gemischt-wirtschaftlichen Unternehmung, NJW 2002, Heft 25, S. 1831 ff.
Schuppert, Gunnar Folke	Erfordernis verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership), <a href="http://www.staat-modern.de/Projekte/beschreib/Datei/gutachten">www.staat-modern.de/Projekte/beschreib/Datei/gutachten</a>
SPD-Bundestagsfraktion, Projektarbeitsgruppe „Public Private Partnerships“	Öffentlich Private Partnerschaften - Ein Positionspapier, Juni 2002
Wegner, Hans-Joachim	Public Private Partnership kommunal, in: Peter Guggemos (Hrsg.), Bürgermeister Handbuch (Loseblattwerk), Kognos Verlag Augsburg, Kap.6.2.1 (Ausgabe Juni 2003)
Ziekow, Jan	Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im VwVfG, <a href="http://www.staat-modern.de/Projekte/beschreib/Datei/gutachten">www.staat-modern.de/Projekte/beschreib/Datei/gutachten</a>
Ziekow, Jan (Hrsg.), in Zusammenarbeit mit der Initiative D21 und dem Bundesministerium des Innern	Public Private Partnership - Projekte, Probleme, Perspektiven -, Dokumentation des Workshops „Public Private Partnership“ im Bundesministerium für Wirtschaft am 16. und 17.10.2001 in Berlin, Speyer 2003 (Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung)

# Anlagen

## Anlage 1.4.4: Zivilrechtliche Kooperationsverträge

Realisierungsformen im Vergleich						
	Eigenbau	Mietkauf	Leasing	Miete	Konzession	
<b>Planungsphase</b>						
Planung	AG/AN	AG/AN	AG/AN	AG/AN	AG/AN	design
Genehmigung	AG/AN	AG/AN	AG/AN	AG/AN	AG/AN	
Grund und Boden	AG/AN	AG/AN	AG/AN	AG/AN	AG/AN	
<b>Bauphase</b>						
Errichtung	AN	AN	AN	AN	AN	built
Bauleitung	AG/AN	AG/AN	AG/AN	AG/AN	AG/AN	finance
Finanzierung	AG/AN	AN	AN	AN	AN	
<b>Nutzungsphase</b>						
Finanzierung	AG	AN	AN	AN	AN	finance
Gewährleistung	AG/AN	AG/AN	AG/AN	AG/AN	AG/AN	maintain operate
Instandhaltung	AG/AN	AG/AN	AG/AN	AG/AN	AG/AN	
Betrieb	AG/AN	AG/AN	AG/AN	AG/AN	AG/AN	
Verwaltung	AG/AN	AG/AN	AG/AN	AG/AN	AG/AN	
<b>Verwertungsphase</b>						
Eigentum	AG	AG	AG/AN	AN	AG/AN	own transfer
Verkauf	AG	AG	AG/AN	AN	AG/AN	
Rückbau	AG	AG	AG/AN	AN	AG/AN	

AG = Auftraggeber, AN = Auftragnehmer

### 1. Mietkauf-Modelle (Teilzahlungskaufverträge/Ratenkauf-verträge)

Unter dem Begriff Mietkaufvertrag finden sich regelmäßig Vertragsgestaltungen, die zwei Vertragsabreden in einem Vertrag miteinander koppeln: Der Vertrag enthält zunächst einen Werk- oder Kaufvertrag, darüber hinaus aber auch noch einen Kreditvertrag. Die Besonderheit ist, dass die Werklohnforderung in dem Vertrag in eine Darlehensforderung umgewandelt wird. Auch wenn das vereinbarte Entgelt als "Mietkauftrate", "Miete" oder "Nutzungsentgelt" bezeichnet wird, ändert dies nichts daran, dass

das Entgelt in Wahrheit nichts anderes ist als die Zahlung der Annuität, d.h. Zins und Tilgung des Darlehens über die vereinbarte Vertragslaufzeit. Dieser Mietkaufvertrag wird daher auch als sog. unechter Mietkaufvertrag bezeichnet; er entspricht rechtlich einem Ratenkauf- bzw. einem Teilzahlungskaufvertrag.

Beim sog. echten Mietkaufvertrag, der im Immobilienbereich eher unüblich ist, hat der Mietkäufer das Optionsrecht, den Vertragsgegenstand bis zu einem bestimmten Zeitpunkt unter Anrechnung der bisher gezahlten Mietkaufraten zu erwerben. Zumeist ist allerdings die Vertragsgestaltung so, dass bei normalem Geschehens-

ablauf von einem Eigentumserwerb auszugehen sein wird. Zivilrechtlich mag es sich dabei um eine echte Kombination von Miete und Kaufoption handeln, wirtschaftlich ist der Vertrag bei einem vorprogrammierten Eigentumserwerb als Teilzahlungskredit zu werten.

In der Praxis finden sich verbreitet Modelle, die unter anderer Bezeichnung nichts anderes als einen unechten Mietkaufvertrag darstellen. Hierzu zählen etwa das Mogendorfer Modell und das sog. Bundeskonzessionsmodell. Bei diesen beiden im Verkehrsinfrastrukturbereich entwickelten Modellen werden die Mietkaufraten typischerweise forfaitiert. Beim Mogendorfer Modell besteht die Besonderheit, dass während des Baufortschritts zu fest vereinbarten Teilabnahmeterminen Testate erteilt werden, die bereits während der Bauzeit eine Teilforfaitierung ermöglichen.

In der bisherigen deutschen Praxis war Gegenstand von Immobilien-Mietkaufverträgen zumeist nur die Errichtung und die Finanzierung einer Immobilie. Wie oben bereits dargestellt, ist es jedoch ohne weiteres möglich, im Rahmen eines Mietkaufvertrages einen ganzheitlichen Ansatz, der neben der Errichtung und Finanzierung auch die Planung und den Betrieb umfasst, zur Anwendung kommen zu lassen, so wie dies etwa bei den in Großbritannien zum Einsatz kommenden BOT-Verträgen praktiziert wird.

## **2. Leasingmodelle**

Leasing ist die entgeltliche Nutzungsüberlassung mit Optionsrechten oder Verwertungs-

abreden zu festen Preisen, ohne von vornherein feststehenden Eigentumstransfer. Von erlasskonformem Leasing ist die Rede, wenn die Voraussetzungen der Leasingerlasse der Finanzverwaltung eingehalten werden; diese bezwecken, einen mietrechtlichen Mindestgehalt der Vertragsgestaltung sicherzustellen.

Im Unterschied zum Mietkauf hat der Leasinggeber wie ein Vermieter bei Vertragsablauf ein Rückgaberecht, sofern keine Partei von eingeräumten Optionsrechten Gebrauch macht. Leasing unterscheidet sich andererseits von der Miete, weil im Leasingvertrag regelmäßig bereits zu Vertragsbeginn Optionsrechte zu festen Preisen vereinbart werden, während bei der Miete Kaufoptionen oder Vorkaufsrechte - wenn überhaupt - zum künftigen, bei Vertragsschluss noch offenen, Verkehrswert eingeräumt werden.

In der Praxis finden sich ebenfalls vielfältige Modellbezeichnungen, bei denen es sich wie z.B. bei den sog. Fondsgestaltungen (gewerblicher Leasingfonds, vermögensverwaltender Leasingfonds) oder auch bei den sog. Investorenmodellen um Leasingverträge handelt. Unter der Bezeichnung Investorenmodelle finden sich ebenfalls verbreitet Leasinggestaltungen.

Bei Sale and Lease Back-Verträgen veräußert der zukünftige Leasingnehmer ein ihm gehörendes Wirtschaftsgut und mietet es gleichzeitig von dem Leasinggeber wieder zurück.

Das sog. HBFGL-Leasing ist ein bislang im Bereich des Hochschulbaus zugelassenes Verfah-

ren, bei dem die Optionsausübung vom Leasingnehmer von vornherein zugesagt werden muss. Damit liegt Mietkauf bzw. Ratenkauf und kein (erlasskonformes) Leasing vor.

In der bisherigen deutschen Praxis waren Gegenstand von Immobilien-Leasingverträgen zumeist nur die Errichtung und die Vermietung einer Immobilie; anders als beim Mietkaufvertrag können beim Immobilien-Leasingvertrag auch Verwertungsrisiko und Chance miteinbezogen werden. Der Immobilien-Leasingvertrag sieht jedoch bislang typischerweise nur eingeschränkte Gewährleistungs- und Gefahrtragungspflichten vor. Instandhaltung und Betrieb obliegen typischerweise dem Leasingnehmer. Im Rahmen der Privatautonomie ist es jedoch ohne weiteres möglich, auch bei einem Immobilien-Leasingvertrag einen ganzheitlichen Ansatz zu wählen, der neben der Errichtung, Vermietung und Verwertung auch die Planung und den Betrieb umfasst.

### **3. Mietmodelle**

Miete ist die entgeltliche Nutzungsüberlassung mit - wenn überhaupt - Optionsrechten des Mieters zu einem offenen Verkehrswert. Vom Leasingvertrag unterscheidet sich die Miete dadurch, dass hier keine Optionsrechte zu festen Preisen vereinbart werden. Bei der Kalkulation der Miete können erhebliche Unterschiede bestehen (keine feste Verankerung mit Investitionskosten, sondern Bindung an Marktpreis, Indexierung, Kündigungsmöglichkeiten). Allerdings bestehen auch hier im Hinblick auf die Privatautonomie weitreichende Möglichkeiten

zur individualvertraglichen Ausgestaltung der Verträge.

Bei den sog. Investorenmodellen kann es sich um Mietverträge im vorstehenden Sinne handeln; es gibt aber oftmals auch Überschneidungen mit Leasing-Strukturen.

### **4. Nutzungsüberlassungsmodelle**

In der jüngeren Vergangenheit werden zunehmend sog. Nutzungsüberlassungsverträge angeboten. Hier übernimmt der private Vertragspartner die Aufgabe, z.B. eine Schule zu sanieren, die Sanierungskosten zu finanzieren, unter Umständen auch weitere Dienstleistungen zu übernehmen. Als Gegenleistung hat die Kommune während der vereinbarten Vertragslaufzeit ein "Nutzungsentgelt" zu zahlen. Eine dingliche Rechtsübertragung des gesamten Gebäudes findet nicht statt; unter Umständen wird eine Grunddienstbarkeit eingetragen. Die zutreffende rechtliche Bewertung eines derartigen Vertrages hängt hier maßgeblich von der vertraglichen Ausgestaltung im Einzelfall ab. Es kann hier eine Vertragskombination von Werkvertrag, Kreditvertrag und Dienstleistungsvertrag vorliegen, unter Umständen aber auch ein langfristiger Geschäftsbesorgungsvertrag.

### **5. Contractingmodelle**

Contractingverträge sind eine Unterform von Betreibermodellen, die vorwiegend im Bereich der Energiewirtschaft existieren.

Beim üblichen Contractingvertrag übernimmt der private Unternehmer z.B. die gesamte Wärme-

Energieversorgung eines Gebäudes. Vom öffentlichen Nutzer des Gebäudes erhält der Betreiber ein (monatliches) Entgelt für die Bereitstellung und den Verbrauch der genutzten Energiemenge. Dabei refinanziert der private Unternehmer über den langfristigen Bereitstellungsvertrag nicht nur die Brennstoffkosten, sondern auch seine Investitionskosten. Nach Ablauf der Vertragsdauer kann dann der öffentliche Nutzer die Anlage vom Contractor zu vorher festgelegten Bedingungen übernehmen, den Vertrag verlängern oder das Objekt erneut ausschreiben.

Beim Einspar-Contracting bemisst sich die Höhe des Nutzungsentgelts an der Höhe der Energiekosten, die beim öffentlichen Nutzer vor der Modernisierung für das Projekt angefallen sind. Dabei werden erzielte Überschüsse aus Energiekosten und Finanzierungsaufwendungen zwischen den Vertragsparteien aufgeteilt. Damit soll auch der private Partner vom erzielten Einsparergebnis profitieren und somit ein Interesse an möglichst großen Einsparungen ausgelöst werden.

## **6. Forfaitierungsmodelle**

Forfaitierung ist der Verkauf von Forderungen; sie kann im Rahmen aller Handlungsalternativen

als Finanzierungskomponente integriert werden: So ist es etwa z.B. bei Mietkaufverträgen üblich, dass der Mietverkäufer seine Forderungen gegen den Mietkäufer an eine Bank verkauft (forfaiert) und den Verkaufserlös (die abgezinsten Mietkaufraten) zur Abdeckung der ihm entstandenen Investitionskosten einsetzt. Wird die Forderung gleichzeitig an die ankaufende Bank abgetreten, so hat der Mietkäufer seine im Mietkaufvertrag vereinbarten Ratenzahlungen nicht mehr an den Mietverkäufer, sondern unmittelbar an die ankaufende Bank zu entrichten. Im Rahmen der Vertragsvereinbarungen kann vorgesehen werden, dass der Mietkäufer gegenüber der ankaufenden Bank auf seine Einreden, die ihm aus dem Mietkaufvertrag gegen den Mietverkäufer zustehen, verzichtet (sog. Einredevorzichtserklärung). Durch die Reduktion des Ausfallrisikos kann die ankaufende Bank Kreditkonditionen kalkulieren, die nahe den Kommunalkreditkonditionen liegen. Bei derartigen Vertragskonstellationen hat der Mietkäufer die Mietkaufraten ungekürzt an die Bank zu entrichten, auch wenn in seinem Vertragsverhältnis zum Mietkäufer Leistungsstörungen auftreten. Um seine Vertragsansprüche gegen den Mietverkäufer zu sichern, können separate Sicherungsabreden vereinbart werden (Bürgschaften, Patronatserklärungen).

## Anlage 3.1: Auslösende Faktoren für PPPs

### Projektübersicht

Ergebnisse aus Ausschreibungen mit alternativer Projektfinanzierung 1996 bis 1999

Reduzierung der Baukosten/Zins- und Tilgungsbelastung

	Geplante Baukosten	Erzielte Baukosten	Einsparung	Zins Eigenbau	Zins altern. Finanzierung*	Zinsvorteil	Reduzierung der Zins- und Tilgungsbelastung über 20 Jahre**
Projekt 1	25.670.000 DM	19.850.000 DM	22,67 %	6,2100 %	5,2425 %	JA	13.012.029 DM
Projekt 2	56.300.000 DM	41.700.000 DM	25,93 %	5,9000 %	5,8900 %	JA	25.310.406 DM
Projekt 3	17.250.000 DM	17.250.000 DM	0,00 %	5,8100 %	5,1525 %	JA	1.573.619 DM
Projekt 4	27.750.000 DM	14.277.297 DM	48,55 %	5,7900 %	4,8260 %	JA	24.989.659 DM
Projekt 5	73.873.300 DM	65.600.284 DM	11,20 %	5,6900 %	5,0034 %	JA	20.280.420 DM
Projekt 6	86.100.000 DM	50.500.000 DM	41,35 %	5,3300 %	5,3000 %	JA	58.950.997 DM
Projekt 7	82.900.00 DM	71.367.343 DM	13,91 %	5,1900 %	4,8523 %	JA	22.089.846 DM
Projekt 8	6.725.000 DM	6.203.100 DM	7,76 %	5,1600 %	5,9763 %	NEIN	144.046 DM
Projekt 9	7.540.481 DM	6.861.889 DM	9,00 %	5,1300 %	5,2027 %	NEIN	1.032.688 DM
Projekt 10	17.000.000 DM	14.570.000 DM	14,29 %	5,1300 %	4,8653 %	JA	4.467.628 DM
Projekt 11	13.264.348 DM	8.593.396 DM	35,21 %	5,1000 %	5,4111 %	NEIN	7.192.287 DM
Projekt 12	380.000.000 DM	305.000.000 DM	19,74 %	5,0500 %	4,8674 %	JA	128.438.594 DM
Projekt 13	15.700.000 DM	11.558.719 DM	26,38 %	4,7500 %	4,5016 %	JA	6.890.593 DM
Projekt 14	16.100.000 DM	10.161.168 DM	36,89 %	4,5300 %	4,2676 %	JA	9.508.465 DM
Projekt 15	6.119.892 DM	5.678.165 DM	7,22 %	4,4861 %	4,5841 %	NEIN	604.091 DM
Projekt 16	21.327.000 DM	15.419.195 DM	27,70 %	3,6300 %	3,9394 %	NEIN	7.796.079 DM
Projekt 17	12.526.800 DM	12.439.443 DM	0,70 %	5,4316 %	5,4078 %	JA	186.311 DM
Projekt 18	210.000.000 DM	150.839.215 DM	28,17 %	4,0201 %	3,6456 %	JA	94.523.754 DM
Projekt 19	15.800.000 DM	10.953.268 DM	30,68 %	5,6935 %	6,0646 %	NEIN	7.669.424 DM
Projekt 20	8.500.000 DM	7.817.650 DM	8,03 %	4,3200 %	4,3100 %	JA	1.043.161 DM
Projekt 21	31.000.000 DM	22.913.998 DM	26,08 %	5,3000 %	4,8007 %	JA	14.868.878 DM
Projekt 22	4.885.200 DM	4.162.182 DM	14,80 %	4,8625 %	4,7631 %	NEIN	1.084.180 DM
Projekt 23	34.500.000 DM	28.267.965 DM	18,06 %	3,5208 %	3,9519 %	NEIN	7.217.386 DM
Projekt 24	11.600.000 DM	6.282.768 DM	45,84 %	4,5300 %	3,9870 %	JA	8.646.383 DM
Projekt 25	50.000.000 DM	45.927.258 DM	8,15 %	5,9200 %	5,9200 %	NEIN	7.055.553 DM
Projekt 26	11.000.000 DM	8.741.140 DM	20,54 %	4,8200 %	4,8200 %	NEIN	3.570.014 DM
Summe	1.243.432.021 DM	962.935.443 DM	21,11 %	5,1804 %	4,9926 %	Summe:	478.146.458 DM

**Einsparung Baukosten: 280.496.578 DM**

**Einsparung Gesamtaufwendungen: 478.146.458 DM**

\* einschl. aller Nebenkosten der alternativen Projektfinanzierung

\*\* berechnet auf Basis von jährlichen Annuitäten

Quelle: 5. Symposium der VBD Beratungsgesellschaft für Behörden mbH 2.12.99 in Berlin

„Alternative Projektfinanzierung und das neue Vergaberecht - Trends und erste Erfahrungen“

## Anlage 9.1.4: Public Sector Comparator

Schon 1992 wurde die britische Private Finance Initiative (PFI) ins Leben gerufen, um trotz finanzieller Engpässe des öffentlichen Sektors Investitionen durchführen zu können. Mit Hilfe von privatem Kapital und Know-how werden öffentliche Infrastrukturvorhaben zum großen Teil mit privatwirtschaftlicher Hilfe umgesetzt. Betroffen sind sowohl der Hochbau als auch der Straßenbaubereich. Nicht zuletzt wurde dadurch auch die Effizienz beim Einsatz öffentlicher Gelder erhöht. Der britische Rechnungshof (National Audit Office, NAO) untersucht regelmäßig die Wirtschaftlichkeit von PFI-Projekten. Die Ergebnisse werden als Fallstudien veröffentlicht und leisten somit einen wertvollen Beitrag zur schnelleren Standardisierung von PFI-Prozessen. Das NAO überprüft regelmäßig das Vorgehen bei Ausschreibung und Vergabe, den Vertrag sowie die Erstellung PSC. Die Untersuchungen bezwecken u.a. die Feststellung des tatsächlich erzielten Risikotransfers und der damit verbundenen Effizienz. Im arithmetischen Mittel wurden vom NAO bei sieben untersuchten Projekten Einsparungen i. H. v. 17 % ermittelt.<sup>38</sup>

Nur in wenigen Fällen sind die Projekte des öffentlichen Sektors finanziell selbsttragend. Deshalb ist zunächst von Seiten der öffentlichen Hand eine Einschätzung notwendig, ob sie sich das jeweilige Projekt auch leisten kann (sog.

Maßnahmenwirtschaftlichkeit). In einem nächsten Schritt ist dann die Ermittlung der wirtschaftlichsten Realisierungsform erforderlich (sog. Vollzugswirtschaftlichkeit). Hierfür verwendet die öffentliche Hand in Großbritannien den PSC als Vergleichsmaßstab. Er liefert einen fiktiven Wert zum Vergleich der konventionellen Beschaffung durch den öffentlichen Sektor mit der Beschaffung unter Einbeziehung der Privatwirtschaft. Zur Aufstellung des PSC sind die öffentlichen Auftraggeber gezwungen, sich Gedanken über die tatsächlichen Kosten von Projekten während des gesamten Lebenszyklus zu machen. Die Ermittlung des PSC erfolgt in einem mehrstufigen Prozess und erfordert eine dauernde Überprüfung und Überarbeitung. In Großbritannien ordnet er sich folgendermaßen in den Beschaffungsprozess ein:

- 1) Feststellung des Bedarfs (Qualität und Quantität der gewünschten Leistung, erwartete Effektivitäts- und Effizienzstandards, Risikoidentifikation)
- 2) Strategieentscheidung (Überprüfung von Kosten, Nutzen und Risiken möglicher Realisierungsalternativen, finanzielle Machbarkeit, politische und gesetzliche Rahmenbedingungen, öffentliche Akzeptanz usw.)
- 3) Fällt die Entscheidung für ein PFI-Projekt, folgt die Erstellung eines OBC (Outline Business Case-Referenzprojekt mit Überlegungen zu möglichen Effizienzvor-

---

<sup>38</sup> Forschungsbericht TU Berlin, TU BAF Freiberg (2002), [Effizienzgewinne bei privatwirtschaftlicher Realisierung von Infrastrukturvorhaben], S.17

teilen; enthält den PSC mit grober Risikobewertung; das OBC wird der zuständigen Behörde zur Genehmigung vorgelegt)

- 4) Anzeige im OJEC (Official Journal of the European Community)
- 5) Präqualifikation (Überprüfung und Vervollständigung des PSC)
- 6) Aufforderung zur detaillierten Angebotsabgabe (invitation to tender)
- 7) Angebotsbewertung (Überprüfung, ob PSC auf Grund neuer Daten angepasst werden muss)
- 8) Verhandlung (invitation to negotiate); (Vergleich der Angebote mit PSC)<sup>39</sup>
- 9) Abschließendes Angebot (best and final offer)
- 10) Bekanntgabe des erfolgreichen Bieters
- 11) Vertragsabschluss.

Der PSC sollte demnach vor der offiziellen Aufforderung zur detaillierten Angebotsabgabe im Wesentlichen erstellt sein. Jedoch ist auch nach dieser Phase eine laufende Aktualisierung erforderlich.<sup>40</sup>

Der Public Sector Comparator setzt sich zusammen aus:

- dem Überblick, der Grund und Zweck des Projektes beschreibt, einen groben Zeit-

plan enthält und die Schlüsselphasen beschreibt,

- den Planungs- und Baukosten,
- den Betriebs- und Verwaltungskosten,
- den sonstigen Kosten,
- dem Barwert der Zahlungsströme,
- der Risikomatrix, aus der Risikozu- und -abschläge abgeleitet werden können und
- dem Anhang, der die Grundlage von Daten zu den Bau- und Betriebskosten, verwendete Studien, usw. enthält.<sup>41</sup>

Der Schwerpunkt bei der Bestimmung des PSC liegt in der Ermittlung und Bewertung der Risiken, die in den jeweiligen Ausgabenbarwerten enthalten sein müssen und die den größten Beitrag zur Effizienz privatwirtschaftlich realisierter Projekte leisten.

Nach den Berichten des National Audit Office sollte der PSC jedoch nicht als alleiniges Entscheidungskriterium bei der Ermittlung der Vorteilhaftigkeit herangezogen werden. Er dient vielmehr als wichtiges Hilfsmittel bei den Entscheidungen zur Strategiewahl.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Der konkrete PSC-Wert wird in der Regel nicht veröffentlicht.

<sup>40</sup> Jacob, D.; Kochendörfer, B. (2000), [Private Finanzierung öffentlicher Bauinvestitionen-ein EU-Vergleich], S.47 ff./ Forschungsbericht TU Berlin, TU BAF Freiberg (2002), [Effizienzgewinne bei privatwirtschaftlicher Realisierung von Infrastrukturvorhaben], S.119 f.

<sup>41</sup> Treasury Taskforce (Hrsg.) (1999), Technical Note No. 5: How to construct a Public Sector Comparator, S.3 ff.

<sup>42</sup> Jacob, D.; Kochendörfer, B. (2000), [Private Finanzierung öffentlicher Bauinvestitionen - ein EU-Vergleich], S.52.

## Anlage 9.2: UfAB - Zuschlagskriterien

### Ergebnisse aus Ausschreibungen mit alternativer Projektfinanzierung 1996 bis 1999

#### Reduzierung der Baukosten/Zins- und Tilgungsbelastung

	Geplante Baukosten	Erzielte Baukosten	Einsparung	Zins Eigenbau	Zins altern. Finanzierung*	Zinsvorteil	Reduzierung der Zins- und Tilgungsbelastung über 20 Jahre**
Projekt 1	25.670.000 DM	19.850.000 DM	22,67 %	6,2100 %	5,2425 %	JA	13.012.029 DM
Projekt 2	56.300.000 DM	41.700.000 DM	25,93 %	5,9000 %	5,8900 %	JA	25.310.406 DM
Projekt 3	17.250.000 DM	17.250.000 DM	0,00 %	5,8100 %	5,1525 %	JA	1.573.619 DM
Projekt 4	27.750.000 DM	14.277.297 DM	48,55 %	5,7900 %	4,8260 %	JA	24.989.659 DM
Projekt 5	73.873.300 DM	65.600.284 DM	11,20 %	5,6900 %	5,0034 %	JA	20.280.420 DM
Projekt 6	86.100.000 DM	50.500.000 DM	41,35 %	5,3300 %	5,3000 %	JA	58.950.997 DM
Projekt 7	82.900.00 DM	71.367.343 DM	13,91 %	5,1900 %	4,8523 %	JA	22.089.846 DM
Projekt 8	6.725.000 DM	6.203.100 DM	7,76 %	5,1600 %	5,9763 %	NEIN	144.046 DM
Projekt 9	7.540.481 DM	6.861.889 DM	9,00 %	5,1300 %	5,2027 %	NEIN	1.032.688 DM
Projekt 10	17.000.000 DM	14.570.000 DM	14,29 %	5,1300 %	4,8653 %	JA	4.467.628 DM
Projekt 11	13.264.348 DM	8.593.396 DM	35,21 %	5,1000 %	5,4111 %	NEIN	7.192.287 DM
Projekt 12	380.000.000 DM	305.000.000 DM	19,74 %	5,0500 %	4,8674 %	JA	128.438.594 DM
Projekt 13	15.700.000 DM	11.558.719 DM	26,38 %	4,7500 %	4,5016 %	JA	6.890.593 DM
Projekt 14	16.100.000 DM	10.161.168 DM	36,89 %	4,5300 %	4,2676 %	JA	9.508.465 DM
Projekt 15	6.119.892 DM	5.678.165 DM	7,22 %	4,4861 %	4,5841 %	NEIN	604.091 DM
Projekt 16	21.327.000 DM	15.419.195 DM	27,70 %	3,6300 %	3,9394 %	NEIN	7.796.079 DM
Projekt 17	12.526.800 DM	12.439.443 DM	0,70 %	5,4316 %	5,4078 %	JA	186.311 DM
Projekt 18	210.000.000 DM	150.839.215 DM	28,17 %	4,0201 %	3,6456 %	JA	94.523.754 DM
Projekt 19	15.800.000 DM	10.953.268 DM	30,68 %	5,6935 %	6,0646 %	NEIN	7.669.424 DM
Projekt 20	8.500.000 DM	7.817.650 DM	8,03 %	4,3200 %	4,3100 %	JA	1.043.161 DM
Projekt 21	31.000.000 DM	22.913.998 DM	26,08 %	5,3000 %	4,8007 %	JA	14.868.878 DM
Projekt 22	4.885.200 DM	4.162.182 DM	14,80 %	4,8625 %	4,7631 %	NEIN	1.084.180 DM
Projekt 23	34.500.000 DM	28.267.965 DM	18,06 %	3,5208 %	3,9519 %	NEIN	7.217.386 DM
Projekt 24	11.600.000 DM	6.282.768 DM	45,84 %	4,5300 %	3,9870 %	JA	8.646.383 DM
Projekt 25	50.000.000 DM	45.927.258 DM	8,15 %	5,9200 %	5,9200 %	NEIN	7.055.553 DM
Projekt 26	11.000.000 DM	8.741.140 DM	20,54 %	4,8200 %	4,8200 %	NEIN	3.570.014 DM
Summe	1.243.432.021 DM	962.935.443 DM	21,11 %	5,1804 %	4,9926 %	Summe:	478.146.458 DM

**Einsparung Baukosten: 280.496.578 DM**

**Einsparung Gesamtaufwendungen: 478.146.458 DM**

\* einschl. aller Nebenkosten der alternativen Projektfinanzierung

\*\* berechnet auf Basis von jährlichen Annuitäten

Quelle: 5. Symposium der VBD Beratungsgesellschaft für Behörden mbH 2.12.99 in Berlin

„Alternative Projektfinanzierung und das neue Vergaberecht - Trends und erste Erfahrungen“

Die Kriterien in dem beigefügten Beispiel sind durch die Zuschlagskriterien des jeweiligen konkreten Falles zu ersetzen; die hinterlegten Formeln bleiben unberührt.

## Anlage 9.3.1: UfAB - Einheitliche Bewertung von Funktionen und Preisen

### Einheitliche Bewertung von Funktionen und Preisen bei Angeboten im Rahmen einer Gesamtbetrachtung

Dr. Joachim Arnold, Rainer Grell, Hermann Müller, Georg Schäfer  
Innenministerium Baden-Württemberg  
- Stabsstelle für Verwaltungsreform -  
Stand: 25.10.2001

#### 1. Problemstellung

1.1 Bei der Wertung der Angebote in einem Vergabeverfahren ist nach § 25 Nr. 3 VOL/A der "Zuschlag auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend". Sind verschiedene Wertungskriterien (Leistungsinhalt und geforderter Preis) beachtlich, so fordert § 25 VOL/A, dass der Preis ein wichtiges, die Vergabeentscheidung substantiell beeinflussendes Entscheidungskriterium bleibt. Das OLG Dresden hat mit Beschluss vom 5. Januar 2001 (Az.: WVerg 0011/00 und WVerg 0012/00) u.a. entschieden, § 25 Nr. 3 VOL/A erfordere eine mindestens 30 %ige Gewichtung des Preises bei der Angebotswertung (Vergabe-News 2001, S.78). Bei einer einheitlichen Angebotswertung mit funktionalen Anforderungen müssen deshalb die neben dem Preis maßgeb-

lichen Wertungskriterien (z.B. technische, funktionsbedingte oder gestalterische Gesichtspunkte) und die angebotenen Preise im Rahmen einer Gesamtbetrachtung vergleichbar dargestellt und mit Prozentsätzen (hier beispielsweise 30 % für den Preis und 70 % für die Funktionen) in einer Gesamtrechnung gewichtet werden.

1.2 Dies ist ohne weiteres nicht möglich. Wer Funktionen und Preise vergleicht, ist in der Situation, Äpfel mit Birnen vergleichen zu müssen. Beschafft man etwa ein Textsystem und vergleicht dann zwei am Markt erhältliche Produkte A und B, dann kommt man auf funktionale Unterschiede bei Funktionen wie „Konvertierbarkeit von Dokumentenformaten“, „Akzeptanz bei Mitarbeitern etwa aufgrund der Ähnlichkeit der Oberfläche mit anderen in der Behörde eingesetzten Produkten“ und zu „Lizenzkosten“, „Kosten beim Ein-

satz von Terminal Server Lösungen“ usw. Wenn beispielsweise bei einer solchen Ausschreibung zu etwa demselben Preis funktional sehr unterschiedliche Angebote eingehen, fällt die Vergabeentscheidung nicht schwer und kann über die *UfAB*-Auswertung (*Unterlagen für die Ausschreibung und Bewertung von DV-Leistungen*) nachvollziehbar begründet werden. Genauso ist es, wenn zu etwa demselben Funktionsumfang Angebote mit ganz unterschiedlichen Preise eingehen. In diesem Fall wird man die Vergabeentscheidung ausschließlich über den Preis und ohne weiteres treffen können.

- 1.3 Schwierig ist die Entscheidung, wenn zu sehr unterschiedlichen Preisen sehr unterschiedliche Funktionen angeboten werden. In diesem Fall ist es schwierig, den Preis zu einem bestimmten Prozentsatz zu berücksichtigen. Weiter wäre es in dieser Situation hilfreich auszuprobieren, ob sich eine Vergabeentscheidung zu Gunsten eines Bieters beibehalten lässt, wenn man den Prozentsatz, mit dem man den Preis berücksichtigt, ändert. Wäre etwa eine Ausschreibung so geartet, dass bei 30 % Berücksichtigung des Preises der Anbieter A und bei 35 % Preisberücksichtigung der Anbieter B den Zuschlag erhält, wird man die gesamte Ausschreibung nochmals prüfen

und den Prozentsatz besonders begründen müssen.

- 1.4 Nachfolgend ist ein Vorschlag beschrieben, wie Funktionen und Preise auf der Basis einer identischen Skala bewertet, unterschiedlich (oder gleich) gewichtet und im Rahmen einer Gesamtbewertung dargestellt werden können.

## 2. Methode

- 2.1 Die Methode geht davon aus, dass die bei einer Ausschreibung eingegangenen Angebote nach *UfAB* bewertet werden.

- 2.2 Um überhaupt Funktionen und Preise vergleichen zu können, müssen folgende Annahmen getroffen werden

- Es gibt kein K.O.-Kriterium. Gäbe es ein K.O.-Kriterium, dann könnte man den funktionalen Vergleich nicht unabhängig davon führen. Diese Annahme kann man immer erfüllen, indem man bei der nachfolgenden Methode nur die Angebote, die gegen kein K.O.-Kriterium verstoßen, berücksichtigt.
- Jedes Angebot passt vollständig auf die Ausschreibung. Wäre diese Annahme nicht erfüllt, dann wäre die Skala, mit der

man die Funktionen bewertet, unvollständig. Die Skala müsste entsprechend erweitert werden. Danach wäre die Annahme erfüllt.

2.3 Um die weitere Diskussion führen zu können, muss eine einheitliche Notation zu Grunde gelegt werden. Deshalb nehmen wir weiter an:

		Anbieter 1	Anbieter 2	Anbieter 3	...	Anbieter n
Punkte	Die maximal mögliche Punktzahl sei $p_{\max}$ (z.B. 10.000 Punkte), das Maximum der Punkte, die einzelne Anbieter bekommen haben, ist $\max_i p_i$	$p_1$	$p_2$	$p_3$		$p_n$
Kosten	Das Angebot mit den niedersten bzw. den höchsten Kosten habe die Kosten $k_{\min}$ und $k_{\max}$	$k_1$	$k_2$	$k_3$		$k_n$
Bewertung von Funktionen und Kosten	Die Kosten seien mit dem Prozentsatz X und die Funktionen somit mit dem Prozentsatz 100-X zu bewerten.					

2.4 Die Aufgabe besteht jetzt darin, die Kosten auf dieselbe Skala wie die Punkteskala für die Funktionen abzubilden. Nur so erreicht man, dass man Gleiches mit Gleichem vergleicht. Dabei erhält der kostenmäßig günstigste Anbieter die Punktzahl  $p_{\max}$ . Der teuerste Anbieter erhält den Punktwert 0 oder einen anderen minimalen Wert.

Kosten heranziehen. Dieser Abstand bei den Kosten ist sachgerecht durch

- entweder das Verhältnis von Kosten und Funktionen beschrieben, also  $k_i/p_i$ .
- oder alternativ durch das Verhältnis  $k_{\min}/k_i$ . Der billigste Anbieter erhält dadurch den Faktor 1, der doppelt so teure erhält den Faktor 0,5.

2.5 Um eine gerechte Abbildung der Kosten auf dieser Skala (Kostenpunkteskala) für diejenigen Anbieter zu erreichen, die zwischen den beiden Extremen bei den Kosten liegen, muss man den Abstand der Anbieter bei den

2.6 Somit wird die Punktzahl der Anbieter auf der Kostenpunkteskala durch folgenden Wert bestimmt:

- $p_{ki} = [p_{\max} / (k_i/p_i)] \min_m (k_m/p_m)$   
oder
- $p_{ki} = p_{\max} \cdot (k_{\min}/k_i)$ .

In beiden Fällen erhält der Bieter mit den niedersten Kosten den maximalen Punktwert, den im Rahmen der UFAB-Auswertung kaum ein Bieter erreichen wird. In der Rechnung läuft dies auf eine Bevorzugung des Preises hinaus. Wen dies stört, der kann anstelle von  $p_{\max}$  auch  $\max_i p_i$  einsetzen. In dem Fall sind beide Skalen, die UfAB-Punkte-Skala und die Kostenpunkte-Skala, gleich groß.

2.7 Jetzt kann man Funktions-Punkte mit den Kostenpunkten vergleichen, denn jetzt hat man beide Male Punkte auf einer identischen Skala von 0 bis  $p_{\max}$  bzw.  $\max_i p_i$ .

Die Punktzahl des Anbieters  $i$  unter Berücksichtigung beider Skalen ist dann:

$$P_i = [(100-X) \cdot p_i + X \cdot p_{ki}] / 100$$

wobei  $X$  der o.g. Prozentsatz ist, mit dem der Preis berücksichtigt werden soll.

### 3. Schlussbetrachtung

Wer die Methode mit mehreren Beispielen durchrechnet, stellt fest, dass die erste Variante mit den Leistungspunkten (Leistung = € pro Funktionswert)  $k_i/p_i$  zu einem Punktesystem führt, bei dem Preisänderungen eines Anbieters dessen Gesamtpunktwert nicht so stark ändern wie bei  $k_{\min}/k_i$ . Beide Varianten erlauben jedoch eine objektive Bewertung von komplexen Angebotssituationen.

## Impressum

Die Reihe PPP für die Praxis ist  
eine gemeinsame Reihe von

- Bertelsmann Stiftung
- Clifford Chance Pünder
- Initiative D21

Prozessleitfaden Public Private Partnership

Verantwortlich für diesen Band:  
Dr. Thomas Gasteyer  
Leiter Projektgruppe PPP  
Clifford Chance Pünder

Cover-Design:  
skop media, Berlin

Adresse:  
Clifford Chance Pünder  
Mainzer Landstraße 46  
60325 Frankfurt am Main  
Telefon 069 / 7199-01  
Telefax 069 / 7199-4000

Online:  
[www.initiatives21.de](http://www.initiatives21.de)  
[www.cliffordchance.com](http://www.cliffordchance.com)

E-Mail:  
[thomas.gasteyer@cliffordchance.com](mailto:thomas.gasteyer@cliffordchance.com)

Diese Publikation ist kostenlos als  
Download erhältlich unter:  
[www.initiatives21.de](http://www.initiatives21.de)



C L I F F O R D  
C H A N C E  
P Ü N D E R

[www.INITIATIVE D21.de](http://www.INITIATIVE D21.de)