



Schriften zum
Europäischen und Internationalen Recht

Band 15

Herausgegeben im
European Legal Studies Institute /
Institut für Europäische Rechtswissenschaft

Abteilung für Europäisches Öffentliches Recht
und Rechtsvergleichung

der Universität Osnabrück
von Professor Dr. Oliver Dörr, LL.M.,
Professor Dr. Hans-Werner Rengeling,
Professor Dr. Jens-Peter Schneider und
Professor Dr. Albrecht Weber

Elmar Loer

Public Private Partnership und Public Public Partnership

Kooperations- und Konzessionsmodelle
sowie interkommunale Zusammenarbeit
im Lichte des Vergaberechts

V&R unipress
Universitätsverlag Osnabrück

© V&R unipress GmbH, Göttingen



„Dieses Hardcover wurde auf FSC-zertifiziertem Papier gedruckt. FSC (Forest Stewardship Council) ist eine nichtstaatliche, gemeinnützige Organisation, die sich für eine ökologische und sozialverantwortliche Nutzung der Wälder unserer Erde einsetzt.“

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-89971-424-1

**Veröffentlichungen des Universitätsverlags Osnabrück erscheinen
im Verlag V&R unipress GmbH.**

© 2007, V&R unipress in Göttingen / www.vr-unipress.de

Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages. Hinweis zu § 52a UrhG: Weder das Werk noch seine Teile dürfen ohne vorherige schriftliche Einwilligung des Verlages öffentlich zugänglich gemacht werden. Dies gilt auch bei einer entsprechenden Nutzung für Lehr- und Unterrichtszwecke. Printed in Germany.

Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

© V&R unipress GmbH, Göttingen

Inhalt

ABKÜRZUNGEN	17
VORWORT.....	21
EINLEITUNG.....	23
1. TEIL: PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP UND PUBLIC PUBLIC PARTNERSHIP. ÜBERBLICK UND EINFÜHRUNG	29
A. Public Private Partnership (öffentlich-private Partnerschaft)	31
I. Definition: öffentlich-private Partnerschaft.....	31
II. Public Private Partnership-Grundformen	34
1. Öffentlich-private Vertragsbeziehungen zur Wahrnehmung einzelner Maßnahmen (Einkauf und Finanzierung bestimmter Leistungen etc.)	34
a) Konzessionsmodell	34
b) Betreibermodell	34
c) Finanzierungsmodelle	35
d) Betriebsführungsmodelle	35
2. Gesellschaftsrechtliche Formen im Sinne des Koopera- tionsmodells (institutionalisierte Public Private Partner- ships)	35
3. Ergebnis.....	35
III. Public Private Partnership zwischen Eigenerledigung und materieller Privatisierung	36
1. Formale Privatisierung (formelle Privatisierung oder Organisationsprivatisierung)	36
2. Materielle Privatisierung	36
3. Funktionale Privatisierung	37
4. Eigenerledigung	37
5. Ergebnis.....	37
B. Public Public Partnership (öffentlich-öffentliche Partnerschaft)	39
I. Definition: öffentlich-öffentliche Partnerschaft	39
1. Eigenbetrieb/Regiebetrieb	39
2. Gemischtwirtschaftliche Gesellschaft	40

3.	Interkommunale Zusammenarbeit	40
a)	Zusammenarbeit von kommunalen Gebietskörper-	
	schaften untereinander	40
aa)	Zweckverband	40
bb)	Öffentlich-rechtliche Vereinbarung	41
b)	Zusammenarbeit von kommunalen Gebietskörper-	
	schaften mit eigenen Unternehmen	41
II.	Ergebnis	41
C.	Zusammenfassung des 1. Teils	43
2. TEIL: SYSTEMATIK DES VERGABERECHTS		45
A.	Überblick und Einleitung	47
B.	Ziele des Vergaberechts	49
C.	Rechtsgrundlagen des Vergaberechts	51
I.	WTO-Beschaffungsübereinkommen	51
II.	Europarecht	51
1.	Primäres Europarecht	51
a)	Grundprinzipien des Vergaberechts	52
aa)	Transparenz	52
bb)	Nichtdiskriminierung	52
cc)	Wettbewerb	52
b)	EG-Vertrag	52
2.	Sekundäres Europarecht	53
III.	Nationales Vergaberecht – Verfahren oberhalb der	
	Schwellenwerte	55
1.	Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)	56
2.	Vergabeverordnung (VgV)	57
3.	Verdingungsordnungen (VOB/A, VOL/A, VOF)	58
IV.	Verfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte	60
D.	Zusammenfassung des 2. Teils	63

3. TEIL: PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP. DAS KOOPERATIONSMODELL IM LICHT DES VERGABERECHTS	65
A. Einleitung	67
B. Entstehung einer Public Private Partnership (gemischtwirtschaftliche Gesellschaft) durch Anteilsverkauf oder Neugründung.....	69
I. Einleitung	69
II. Anteilsveräußerung als vergabepflichtiger Vorgang?	70
1. Die »Vergaberechtsfähigkeit« von Anteilsveräußerungen	70
a) Persönliches Vertrauen	70
b) Kommunale Organisationshoheit.....	71
c) Ergebnis	72
2. Anteilsveräußerung als Beschaffungsakt im Sinne eines öffentlichen Auftrags gem. § 99 Abs. 1 GWB?	72
a) Rein fiskalisch motivierte Anteilsverkäufe.....	72
b) Sonderkonstellation: Gestuftes Verfahren. Mittelbarer Erwerb eines öffentlichen Auftrags durch den Kauf von Gesellschaftsanteilen (Dreisprungkonstellation)	74
aa) Gesamtbetrachtungstheorie.....	76
bb) Theorie des funktionalen Auftragsbegriffs	80
cc) Bewertung.....	81
III. Gesellschaftsgründung durch Gesellschaftsvertrag	86
C. Beauftragung einer Public Private Partnership im Rahmen eines Kooperationsmodells (gemischtwirtschaftliche Gesellschaft) unter besonderer Berücksichtigung des ausschreibungsfreien In-house-Geschäfts	87
I. Herleitung des In-house-Privilegs und dessen Voraussetzungen nach der »Teckal«-Entscheidung des EuGH	87
II. Alter Streitstand bezüglich der In-house-Fähigkeit von gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften	90
1. Kontrollkriterium	90
2. Wesentlichkeitskriterium.....	93
III. »Stadt Halle«-Entscheidung des EuGH.....	93
IV. Bewertung und Auswirkungen der »Stadt Halle«-Entscheidung	96
V. Ergebnis.....	102

D.	Public Private Partnerships als öffentliche Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts – Aufträge einer Public Private Partnership an die Privatwirtschaft	103
I.	Einleitung	103
II.	Funktionaler Auftraggeberbegriff.....	103
III.	Die öffentlichen Auftraggeber gem. § 98 GWB	104
1.	Der öffentliche Auftraggeber gem. § 98 Nr. 2 GWB	105
a)	»Einrichtungen des öffentlichen Rechts«.....	105
b)	Voraussetzungen des § 98 Nr. 2 GWB	106
aa)	Eigene Rechtspersönlichkeit	107
aaa)	Vorgesellschaft	107
bbb)	Teilrechtsfähige Rechtsgebilde.....	108
ccc)	Ergebnis	109
bb)	Die Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art als besonderer Gründungszweck.....	109
aaa)	Allgemeininteresse.....	111
bbb)	Nichtgewerblichkeit.....	118
(1)	Beurteilung nach nationalem Recht	119
α)	Unterschiedliche Verwendung des Gewerblichkeitsbegriffs	119
β)	Gewinnerzielungsabsicht	119
χ)	Gemeinschaftsrechtliche Herkunft des Rechtsbegriffs der »Nichtgewerblichkeit«	120
(2)	Europarechtliche Auslegung bzw. Begriffsbestimmung.....	121
ccc)	Besonderer Gründungszweck	125
cc)	Besonderer staatlicher Einfluss: Staatsgebundenheit ...	127
aaa)	Überwiegende Finanzierung	128
(1)	Ausmaß und Formen der Finanzierung.....	128
α)	Ausmaß	128
β)	Formen	128
(2)	Kein Ausschluss von »privater« Beteiligung....	129
(3)	Überwiegende Finanzierung durch mehrheitlichen Besitz der Gesellschaftsanteile.....	129

	(4) Sonderproblem: Überwiegende Finanzierung in »sonstiger Weise« durch Personalbeileistung	130
	bbb) Beherrschung durch die Aufsicht über die Leitungsorgane	132
	(1) Beherrschungsbegriff.....	133
	(2) Zusammenfassung.....	135
	ccc) Beherrschung durch die Bestimmung der Leitungsorgane	136
	ddd) Beherrschung durch Einrichtungen des öffentlichen Rechts im Sinne des § 98 Nr. 2 Satz 1 GWB.....	137
	eee) Auswirkung der staatlichen Beherrschung im Rahmen eines Konzernunternehmens/Infizierung der anderen Konzerngesellschaften	138
	c) Ergebnis	138
2.	Sektorenauftraggeber gem. § 98 Nr. 4 GWB	139
	a) Einleitung.....	139
	b) Voraussetzungen.....	140
	aa) Natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts	141
	bb) Tätigkeitsgebiete der Sektorenauftraggeber gem. § 98 Nr. 4 GWB.....	141
	aaa) Trinkwasserversorgung	141
	bbb) Energieversorgung.....	142
	ccc) Verkehr.....	143
	ddd) Telekommunikation.....	143
	cc) Allgemeine Ausnahmeregelungen für die Sektorenauftraggeber	143
	dd) Staatsnähe der Sektorenauftraggeber	144
	aaa) Sektorenauftraggeber kraft beherrschenden staatlichen Einflusses gem. § 98 Nr. 4 Alt. 2 GWB.....	144
	bbb) Sektorenauftraggeber aufgrund von Rechtsgewährung gem. § 98 Nr. 4 Alt. 1 GWB	145
	ee) Spezialität des § 98 Nr. 2 GWB.....	146
	c) Ergebnis	147
3.	Drittvergaben gem. § 98 Nr. 5 GWB	147

4.	Baukonzessionär als öffentlicher Auftraggeber gem. § 98 Nr. 6 GWB.....	148
5.	Ergebnis.....	148
E.	De-facto-Vergaben und ihre Auswirkungen auf Public Private Partnerships.....	151
I.	Rechtsschutz gegen De-facto-Vergaben.....	152
II.	Folgen für die De-facto-Verträge: Nichtigkeit oder Wirksamkeit?.....	155
1.	Nichtigkeit durch § 13 VgV direkt.....	157
2.	Nichtigkeit gem. § 134 BGB i.V.m. § 97 Abs. 1, § 101 Abs. 1 GWB	158
3.	Wirksamkeit der De-facto-Verträge	158
4.	Nichtigkeit unter dem Aspekt der Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB.....	158
5.	§ 13 VgV analog beim wettbewerblichen Verfahren	159
6.	Bewertung	159
a)	Direkte Anwendung des § 13 VgV	159
b)	§ 134 BGB	161
c)	§ 138 BGB	161
d)	Pacta sunt servanda	162
e)	§ 13 VgV analog	162
aa)	Planwidrige Gesetzeslücke.....	163
bb)	Vergleichbare Sachlage.....	164
cc)	Europarechtlicher Hintergrund.....	166
dd)	Folgen der Nichtigkeit für Public Private Partner- ships	173
8.	Ergebnis.....	173
F.	Zusammenfassung des 3. Teils	175

4. TEIL: PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP. DAS KONZESSIONSMODELL IM LICHT DES VERGABERECHTS	179
A. Einleitung	181
B. Definition: Konzessionsmodell	185
C. Baukonzession	187
I. Definition	187
II. Abgrenzung der Rechtsbegriffe »öffentlicher Bauauftrag« und »öffentliche Baukonzession«	189
III. Abgrenzung der Rechtsbegriffe »Dienstleistungskonzession« und »öffentliche Baukonzession«	193
IV. Bei der Vergabe einer Baukonzession zu beachtende Normen	193
1. Vergabe unterhalb der Schwellenwerte	193
2. Vergabe oberhalb der Schwellenwerte	194
a) Schwellenwertberechnung	195
b) Bekanntmachung (§32a Nr. 1 Abs. 2 und 3 VOB/A) ...	195
c) Bewerbungsfristen (§ 32a Nr. 1 Abs. 4 VOB/A)	196
d) Anwendungs Verpflichtung der Basisparagrafen (§§ 1 bis 32 VOB/A)	196
e) Ausgestaltung des Vergabeverfahrens bzw. Wahl der Verfahrensart	197
V. Vergabe von Aufträgen durch den Konzessionär an Dritte ...	197
1. Konzessionär ist privater Konzessionär gem. § 98 Nr. 6 GWB	198
a) Voraussetzungen des § 98 Nr. 6 GWB	198
aa) Vergabe einer Baukonzession	198
bb) »Dritter« im Sinne des § 98 Nr. 6 GWB	198
b) Bei der Drittvergabe durch den Baukonzessionär zu beachtende Normen	199
aa) Bekanntmachungspflichten (§ 32a Nr. 2 Abs. 1 und 2 VOB/A)	200
bb) Bewerbungsfristen (§ 32a Nr. 2 Abs. 3 S. 1 VOB/A) ...	200
cc) Angebotsfristen (§ 32a Nr. 2 Abs. 3 S. 2 VOB/A)	200
dd) Vergabe von Unterkonzessionen	200
ee) Schwellenwert für die Unteraufträge	200
2. Konzessionär ist selbst öffentlicher Auftraggeber (§ 32a Nr. 3 VOB/A)	201

D.	Dienstleistungskonzession	203
I.	Definition.....	204
1.	Unstreitige Merkmale einer Dienstleistungskonzession	204
2.	Streitige Merkmale einer Dienstleistungskonzession	206
a)	Entgeltlichkeit der Dienstleistungskonzession.....	206
b)	Dienstleistung im öffentlichen Interesse	209
II.	Abgrenzung zwischen Dienstleistungsauftrag und Dienstleistungskonzession.....	210
III.	Abgrenzung zwischen Bau- und Dienstleistungskonzes- sion	211
IV.	Muss die Erteilung einer Dienstleistungskonzession nach einem bestimmten Verfahren ausgeschrieben werden?	212
1.	Grundsatzentscheidungen des EuGH zur Dienstleistungs- konzession	213
a)	»Teleaustria«-Entscheidung.....	213
b)	»Coname«-Entscheidung	214
c)	»Parking Brixen-GmbH«-Entscheidung	218
d)	Zusammenfassung.....	220
2.	Zwischenergebnis	220
3.	Schlussanträge der Frau Generalanwältin Stix-Hackl in der Rechtssache C-231/03 – »Coname«	221
4.	EG-Kommission.....	223
a)	Mitteilung der EG-Kommission zu Auslegungs- fragen im Bereich Konzessionen im Gemein- schaftsrecht	223
b)	Mitteilung der EG-Kommission zu Auslegungs- fragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen	225
c)	Zusammenfassung und Bewertung:	228
5.	Vergleich zwischen Dienstleistungskonzession und Baukonzession.....	229
6.	Mindeststandard des Verfahrens bzw. konkrete Verfah- renspunkte	232
a)	Vorprüfung: Binnenmarktrelevanz der Dienstleis- tungskonzession	232
b)	Bekanntmachung bzw. Veröffentlichung der Absicht einer Konzessionserteilung	233
c)	Reichweite und Medium der Bekanntmachung	233

d)	Inhalt der Bekanntmachung und Festlegung der Vergabebedingungen	234
e)	Dokumentation des Verfahrens.....	235
f)	Angemessene Fristen	235
g)	Begrenzung der Zahl der Bewerber, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden.....	235
h)	Mitteilung der Nichtberücksichtigung	235
i)	Zu beachtende Grundsätze während des gesamten Verfahrens.....	236
aa)	Transparenzgrundsatz	236
bb)	Gleichbehandlungs- und Nichtdiskriminierungsgebot während des gesamten Verfahrens.....	236
cc)	Beachtung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung.....	236
dd)	Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	237
7.	Zusammenfassung und Bewertung.....	237
V.	Rechtsschutz.....	240
VI.	In-house-Privileg bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession	241
E.	Zusammenfassung des 4. Teils	243
5. TEIL: PUBLIC PUBLIC PARTNERSHIP. INTERKOMMUNALE		
	ZUSAMMENARBEIT IM LICHT DES VERGABERECHTS	245
A.	Einleitung	247
B.	Interkommunale Zusammenarbeit im Sinne der Zusammenarbeit von Gebietskörperschaften untereinander	249
I.	»Königreich Spanien« – Entscheidung des EuGH vom 13.1.2005.....	250
1.	Darstellung des Urteils	250
2.	Bewertung des Urteils	252
II.	Nationale Rechtsprechung.....	253
1.	Mandatierung: Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 5.5.2004 und Entscheidung des OLG Frankfurt am Main vom 7.9.2004.....	253
2.	Delegation: Entscheidung des OLG Naumburg vom 3.11.2005.....	255
3.	Gründung und Aufgabenübertragung auf einen Zweckverband: Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 21.6.2006.....	258

4.	Zusammenfassung	259
III.	Meinung der EG-Kommission.....	259
IV.	Ausschreibungsfreiheit für interkommunale Kooperationen	261
1.	Trennung von Staat und Gesellschaft	261
2.	Generelle Ausschreibungsfreiheit für interkommunale Kooperationen	262
3.	Differenzierung nach Art der interkommunalen Zusammenarbeit bzw. nach der Vollständigkeit der Zuständigkeitsübertragung	263
V.	Bewertung und Lösungsansatz: Ermittlung eines Beschaffungstatbestandes	263
1.	Mandatierung.....	264
a)	Unternehmen im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB.....	264
b)	Vertrag mit Beschaffungscharakter im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB	267
c)	Entgeltlichkeit	268
d)	Ausnahmen vom Vergaberecht	268
aa)	In-house-Geschäft	269
bb)	Rekommunalisierung	269
cc)	§ 100 Abs. 2 lit. g GWB.....	270
dd)	Landesgesetze als Ausnahme vom Vergaberecht.....	271
e)	Zwischenergebnis.....	272
f)	Verstoß gegen Art. 28 Abs. 2 GG	272
g)	Ergebnis	274
2.	Delegation	274
3.	Gründung und Aufgabenübertragung auf einen Zweckverband	277
VI.	Ergebnis.....	278
C.	Interkommunale Zusammenarbeit im Sinne der Zusammenarbeit von kommunalen Gebietskörperschaften mit eigenen Unternehmen (Eigengesellschaften) unter besonderer Berücksichtigung des ausschreibungsfreien In-house-Geschäfts	279
I.	Voraussetzungen des In-house-Geschäfts	280
1.	Vertrag mit einem selbstständigen Rechtsträger.....	281
2.	Konkretisierung des Kontrollmerkmals.....	281
a)	Rechtsprechung des EuGH	281
b)	Bewertung und Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung	284

c)	Kontrolle durch mehrere öffentliche Auftraggeber.....	287
d)	Kontrolle über Enkel-/Urenkelgesellschaft.....	290
3.	Konkretisierung des Wesentlichkeitsmerkmals.....	291
II.	Ergebnis.....	297
D.	De-facto-Vergabe und ihre Auswirkungen auf Public Public Partnerships	299
E.	Zusammenfassung des 5. Teils	301
6. TEIL: REFORM DES EUROPÄISCHEN UND NATIONALEN VERGABE-RECHTS		305
A.	Europäische Vorgaben sowie deren vollzogene und geplante Umsetzungen	307
B.	Auswirkungen der Reform auf Public Private Partnerships (Kooperations- und Konzessionsmodell) und Public Public Partnerships (interkommunale Zusammenarbeit)	311
I.	ÖPP-Beschleunigungsgesetz (Gesetz zur Beschleunigung öffentlich-privater Partnerschaften).....	311
II.	Bau- und Dienstleistungskonzession	314
III.	In-house-Vergabe bezogen auf die Beauftragung von kommunalen Eigengesellschaften bzw. von gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaften und die geplante Ausschreibungsfreiheit für die interkommunale Zusammenarbeit.....	315
IV.	Umgang mit De-facto-Vergaben	317
C.	Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften (ÖPP) und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen.....	319
D.	Zusammenfassung des 6. Teils	323
SCHLUSSBETRACHTUNG UND AUSBLICK		325
LITERATUR		331