

Public Private Partnership zur Umsetzung von eGovernment in
der Kommunalverwaltung unter besonderer Berücksichtigung
des öffentlichen Vergaberechts bei der Gründung eines
PPP-Gesellschaftsmodells

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
der Juristischen Fakultät
der Universität Augsburg

vorgelegt von

Christian Räder
aus Augsburg

2008

Public Private Partnership zur Umsetzung von eGovernment in der Kommunalverwaltung unter besonderer Berücksichtigung des öffentlichen Vergaberechts bei der Gründung eines PPP-Gesellschaftsmodells

Erstgutachter: Prof. Dr. Ulrich Gassner
Zweitgutachter: Prof. Dr. Matthias Rossi

Tag der mündlichen Prüfung: 17.07.2008

Vorwort

Diese Arbeit wurde im September 2007 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Augsburg als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 17. Juli 2008 statt. Für die Veröffentlichung konnten Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur bis September 2007 berücksichtigt und eingearbeitet werden.

Ganz besonders herzlich danken möchte ich an dieser Stelle meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Ulrich Gassner, der mir nach meinem zweiten Staatsexamen die Möglichkeit zur Promotion gegeben und mich stets mit Rat und Tat unterstützt hat. Herrn Prof. Dr. Matthias Rossi danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Besonders möchte ich meinen Eltern Albert und Ilka Räder danken, die mir das Studium ermöglicht, das Referendariat erleichtert und mich während der Promotion in jeder Weise gefördert haben.

Augsburg/Stuttgart, den 19. Juli 2008

Christian Räder

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	III
Inhaltsverzeichnis.....	IV
Kapitel 1: Einführung in die Themenstellung.....	2
I. eGovernment als neue zukunftsorientierte Organisationsstruktur der öffentlichen Hand....	2
1. Beteiligung Privater	2
2. Berücksichtigung des Vergaberechts	3
II. Aufbau der Arbeit.....	3
Kapitel 2: Electronic Government	4
I. eGovernment in der öffentlichen Verwaltung	4
1. Technische Entwicklung des eGovernment.....	5
2. Bürokratie als Auslöser des eGovernment.....	6
3. Interaktives eGovernment als modernes Lebenslagenkonzept.....	7
II. Definitionen	10
1. eGovernment.....	10
2. Begriffsabgrenzungen	12
2.1. eAdministration.....	13
2.2. eLegislation.....	13
2.3. eDemocracy	13
2.4. eJustice.....	14
2.5. eCommerce	14
III. Grundstrukturen des eGovernment in der Kommunalverwaltung.....	15
1. Aufgabenstellung und Träger des eGovernment	15
2. Internes und externes eGovernment.....	16
3. Die Beziehungssysteme zwischen öffentlicher Verwaltung und Dritten.....	16
IV. Die Leistungsprozesse	17
1. Information.....	17
2. Kommunikation	18
3. Transaktion.....	19
V. Das öffentliche Verwaltungsportal als virtueller Knotenpunkt im eGovernment	19
VI. Auswirkungen auf die gesetzlich vorgegebenen Zuständigkeitskompetenzen.....	21
VII. Zwischenergebnis	23

Kapitel 3: Public Private Partnership in der (bayerischen) Kommunalverwaltung	23
I. Public Private Partnership als angelsächsisches Vorbild.....	24
1. Public Private Partnership als Reform der öffentlichen Verwaltung.....	24
2. Public Private Partnership als Ökonomisierung der öffentlichen Verwaltung.....	25
3. Public Private Partnership als Gewährleistungsverwaltung.....	26
II. Die Grundlagen der Public Private Partnership.....	27
1. Der Begriff Public Private Partnership.....	27
2. Der Privatisierungsbegriff.....	28
2.1. Die Privatisierung in der öffentlichen Verwaltung.....	29
2.2. Regulierung und Deregulierung.....	30
2.3. Beliehene Unternehmer und Verwaltungshelfer.....	31
2.3.1. Der beliehene Unternehmer.....	31
2.3.2. Der Verwaltungshelfer.....	31
2.3.3. Abgrenzung zur Public Private Partnership.....	32
3. Zulässigkeit der Übertragung öffentlicher Aufgaben auf private Unternehmen.....	33
3.1. Definition der öffentlichen Aufgabe.....	34
3.2. eGovernment als öffentliche Aufgabe.....	35
3.3. Privatisierung öffentlicher Aufgaben im Lichte des Grundgesetzes.....	36
3.4. Privatisierung öffentlicher Aufgaben im Lichte der Bayerischen Verfassung i.V.m. dem Landesrecht.....	38
III. Public Private Partnership in der Kommunalverwaltung.....	40
1. Rechtsrahmen.....	40
2. Das (bayerische) kommunale Unternehmensrecht zwischen Eigenregie und Privatisierung.....	42
3. Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen und Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung gem. Art. 87 BayGO.....	44
3.1. Öffentlicher Zweck und Gewinnerzielungsabsicht.....	44
3.2. Subsidiaritätsklausel.....	46
IV. Zwischenergebnis.....	47
Kapitel 4: Kommunales eGovernment als erweiterter Unternehmensgegenstand einer PPP ...	47
I. Zulässigkeitsschranken im kommunalen Unternehmensrecht.....	47
1. Zulässigkeit von Informationsangeboten.....	48
2. Zulässigkeit von Kommunikationsangeboten.....	49
3. Zulässigkeit von Transaktionsangeboten.....	49
4. Zulässigkeit von Mehrwertdiensten.....	50
5. Zulässigkeit von Werbung.....	50
6. Zulässigkeit von grenzüberschreitenden elektronischen Dienstleistungen.....	51
II. Zwischenergebnis: Zulässigkeit eines umfassenden IT-Dienstleistungsangebots.....	53

Kapitel 5: Umsetzungsmodelle der Public Private Partnership in der Kommunalverwaltung 55

I. Finanzierungsmodelle	55
II. Public Private Partnership -Vertragsmodelle.....	58
1. Public Private Partnership als Vertragsgegenstand des öffentlichen oder privaten Rechts.....	58
2. Vertragliche Kooperationsmodelle	60
2.1. Betreibermodell.....	60
2.2. Contracting out.....	61
2.3. Konzessionsmodell	62
3. Vertragsgestaltung bei eGovernment-Projekten	63
3.1. Absicherung der Aufgabenerfüllung.....	63
3.2. Leistungsbeschreibung.....	64
3.3. Datenschutz.....	65
3.4. Informationspflichten.....	65
3.5. Ingerenzpflichten	66
3.6. Personalrechtliche Maßnahmen	66
3.7. Schlichtungsreinrichtungen - Beirat.....	66
3.8. Vertragsbeendigung	66
4. Auslagerung von eGovernment	67
III. Das Public Private Partnership - Gesellschaftsmodell.....	68
1. Die einschränkenden Sonderregelungen des Art. 92 BayGO	68
2. Die Auswahl der Public Privat Partnership - Gesellschaftsrechtsform.....	69
2.1. Haftungsbegrenzung	69
2.2. Unternehmenszweck	69
2.3. Steuerungs- und Einwirkungspflichten.....	70
2.3.1. Reichweite der Einwirkungsrechte	71
2.3.2. Rechtsausübung	72
2.4. Die Regelungsinhalte von PPP-Gesellschaftsmodellen bei der Umsetzung des eGovernment.....	73
IV. Zwischenergebnis.....	75
Kapitel 6: Das öffentliche Vergabewesen.....	77
I. Allgemeine Rechtsgrundlagen und Grundsätze.....	77
1. Nationales (deutsches) Vergaberecht.....	78
1.1. Haushaltsrecht.....	78
1.2. Verdingungsordnungen.....	79
2. Internationales (europäisches) Vergaberecht.....	79
2.1. EG-Richtlinien	79
2.2. Umsetzung der EG-Richtlinien in nationales (deutsches) Recht.....	81
2.2.1. Umsetzung in Verwaltungsvorschriften.....	81
2.2.2. Umsetzung als haushaltsrechtliche Lösung	81

2.2.3. Umsetzung als kartellrechtliche Lösung.....	82
II. Die Prinzipien des Vergaberechts.....	82
1. Der Wettbewerbsgrundsatz in § 97 Abs. 1, 1. Hs. GWB.....	83
2. Der Transparenzgrundsatz.....	84
3. Der Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 Abs. 2 GWB.....	84
III. Die aktuellen Entwicklungen im öffentlichen Vergaberecht.....	84
Kapitel 7: Die Anwendung des Vergaberechts bei der Umsetzung eines eGovernment-Projekts über ein Public Private Partnership-(Gesellschafts-) Modell.....	87
I. Die allgemeinen tatbestandlichen Voraussetzungen des öffentlichen Vergaberechts.....	87
1. Oberhalb der Schwellenwerte des § 100 GWB i.V.m. § 2 VgV.....	88
2. Unterhalb der Schwellenwerte des § 100 GWB i.V.m. § 2 VgV.....	89
3. Schwellenwertermittlung bei IT-Vergaben nach §§ 2, 3 VgV.....	90
II. Die besonderen tatbestandlichen Voraussetzungen des öffentlichen Vergaberechts.....	90
1. Der öffentliche Auftrag.....	91
1.1. Vertrag zwischen öffentlichen Auftraggebern und privaten Dritten.....	91
1.2. Der Entgeltlichkeitscharakter.....	91
1.3. Der Beschaffungscharakter.....	92
2. Der Gründungsvorgang.....	92
2.1. Übertragung auf kommunale Eigen- oder Regiebetriebe.....	92
2.2. Gründung einer Eigengesellschaft des bürgerlichen Rechts.....	93
2.2.1. Die Gründung einer 100%igen Eigengesellschaft als öffentlicher Auftrag.....	94
2.2.2. Die Beteiligung des privaten Dritten an der Eigengesellschaft als öffentlicher Auftrag.....	95
3. Die Übertragung der öffentlichen Aufgabe im zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der Gründung des PPP-Gesellschaftsmodells als öffentlicher Auftrag.....	96
3.1. Umgehungsabsicht.....	96
3.2. Übertragung der öffentlichen Aufgabe im unmittelbar zeitlichen und sachlichen Zusammenhang.....	97
3.3. Auftragsvergaben ohne unmittelbaren zeitlichen und sachlichen Zusammenhang.....	98
3.4. Anwendung des funktionalen Auftraggeberbegriffs i.S.d. § 98 GWB.....	99
3.5. Gesamtbetrachtungstheorie (beschaffungsnaher Vorgang).....	100
3.6. Die Rechtsfigur des Inhouse-Geschäfts als Wertungsmaßstab.....	101
III. Zwischenergebnis.....	102
Kapitel 8: Die Ausschreibungspflichtigkeit nach der Gründung des Public Private Partnership-Gesellschaftsmodells in der laufenden Betriebsphase.....	105
I. Die Entwicklung des Auftraggeberbegriffs.....	105
1. Entstehungsgeschichte.....	105
2. Vom institutionellen zum funktionalen Auftraggeberbegriff.....	106
3. Die Umsetzung des EG-Auftraggeberbegriffs.....	107

II. Der Auftraggeberbegriff in § 98 Nr. 1 bis 6 GWB	108
1. Der institutionelle Auftraggeberbegriff des § 98 Nr. 1 GWB.....	108
2. Der funktionale Auftraggeberbegriff des § 98 Nr. 2 GWB	109
2.1. Bedeutung des Anhang III der Richtlinie 2004/18/EG	110
3. Verbände, deren Mitglieder unter Nr. 1 oder 2 fallen (§ 98 Nr. 3 GWB)	110
4. Sektorenauftraggeber (§ 98 Nr. 4 GWB).....	111
4.1. Die Sektorenbereiche	111
4.2. Verhältnis von § 98 Nr. 4, 2. Alt. zu § 98 Nr. 2 GWB	112
5. Staatlich subventionierte Auftraggeber (§ 98 Nr. 5 GWB)	112
6. Baukonzessionäre (§ 98 Nr. 6 GWB)	113
III. Das PPP-Gesellschaftsmodell als Auftraggeber	113
1. Der funktionale Auftraggeberbegriff des § 98 Nr. 2 GWB	114
2. Tatbestandsmerkmale des funktionalen Auftraggeberbegriffs	115
2.1. Eigene Rechtspersönlichkeit.....	117
2.1.1. Juristische Personen des öffentlichen Rechts.....	117
2.1.2. Juristische Personen des Privatrechts.....	118
2.2. Aufgaben im Allgemeininteresse nicht gewerblicher Art als besonderer Gründungszweck.....	120
2.2.1. Merkmal Allgemeininteresse	120
2.2.2. Das Merkmal der „nicht gewerblichen Art“	124
2.2.3. Der besondere Gründungszweck	128
2.3. Beherrschung durch Gebietskörperschaften - besondere Staatsnähe.....	131
2.3.1. Überwiegende Finanzierung	131
2.3.2. Die Beherrschung durch überwiegende Kontrolle und staatliche Aufsicht über die Unternehmensleitung	133
IV. Zwischenergebnis: Das PPP-Gesellschaftsmodell als ausschreibungspflichtiger Auftrag- geber gem. § 98 Nr. 2 GWB	136
Kapitel 9: Ausnahmen von der vergaberechtlichen Ausschreibungspflichtigkeit.....	136
I. Das Inhouse-Geschäft	137
1. Die Kriterien des Inhouse-Geschäfts	138
1.1. Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle	138
1.2. Tätigkeit „im Wesentlichen“ für den öffentlichen Verwaltungsträger als Auftrag- geber.....	142
2. Der Paradigmenwechsel beim Inhouse-Geschäft	143
2.1. Inhouse-Geschäft bei Minderheitsbeteiligung	143
2.2. Substantiierung des Kriteriums dienststellenähnliche Kontrolle im Einzelfall	146
2.3. Auswirkung auf die (möglichen) Privatisierungsformen von öffentlichen Einrich- tungen.....	147
2.4. Auswirkung bei mittelbarer Beteiligung an so genannten Enkelgesellschaften	147
II. Inhouse-Geschäfte durch Public Public Partnerships	148
1. Public-Public Partnership und das Vergaberecht.....	149

2. Vergaberechtliche Auswirkungen bei einer Public Public Partnership zur Umsetzung eines eGovernment-Projekts	155
III. Die Dienstleistungskonzession	155
1. Abgrenzung der Dienstleistungskonzession vom Dienstleistungsauftrag	157
1.1. Definition des Konzessionsmodells	157
1.2. Aufgabenübertragung	158
1.3. Vertragsbeziehungen außerhalb des Konzessionsvertrags	159
1.4. Nutzungsrecht	160
1.4.1. Einräumung eines Nutzungsrechts	160
1.4.2. Übertragung des wirtschaftlichen Risikos auf den Konzessionär	161
2. Keine Inhouse-Vergabe einer Dienstleistungskonzession ohne Ausschreibung	162
3. Anwendung auf eine PPP-Gesellschaftsform bei eGovernment	164
Kapitel 10: Weitere rechtlich relevante Gesichtspunkte bei der Umsetzung von eGovernment über PPP-Gesellschaftsmodelle	166
I. Privatisierung als versteckte Beihilfe im Zuge der PPP- Gesellschaftsgründung	166
1. eGovernment als Infrastrukturmaßnahme	166
1.1. Der Begriff Infrastruktur	166
1.2. eGovernment als Infrastrukturmaßnahme	167
1.3. Die Begünstigung im Zusammenhang mit der öffentlichen Infrastruktureinrichtung	167
1.4. Unternehmensspezifische Begünstigung	168
2. Der Beihilfetatbestand	168
3. Europäisches Beihilferecht im Verhältnis zum Vergaberecht	169
4. Zwischenergebnis	170
II. Vertragsänderungen vor und während einer Public Private Partnership	170
1. Zulässige Vertragslaufzeiten	171
1.1. Befristete Vertragsverhältnisse	171
1.2. Unbefristete Vertragsverhältnisse	171
2. Unwesentliche Abweichungen	172
3. Vertragsänderungen	173
4. Vertragsübernahmen	174
5. Rahmenverträge	174
6. Zwischenergebnis	175
III. Die Eignung des wettbewerblichen Dialogs als Vergabeverfahren	175
1. Der wettbewerbliche Dialog	176
2. Die Anwendbarkeit des wettbewerblichen Dialogs	177
3. Vergaberechtliche Fragestellungen	178
3.1. Der persönliche Anwendungsbereich	179
3.2. Die Einwertung der Public Private Partnership als besonders komplexen Auftrag	179
3.3. Der wettbewerbliche Dialog in Konkurrenz zum Verhandlungsverfahren	182
4. Die Projektantenhaftung im Vorfeld des wettbewerblichen Dialogs	184
IV. Verhältnis des kommunalen Wirtschaftsrechts zum allgemeinen Wettbewerbsrecht	186

1. Die so genannte Elektroarbeiten-Entscheidung	187
2. Auswirkungen der so genannten Elektroarbeiten-Entscheidung auf das Vergaberecht.....	188
2.1. Das Public Private Partnerschaft-Gesellschaftsmodell als Bieter im Sinne des Vergaberechts.....	188
2.2. Beurteilung.....	189
2.2.1. Der Bieterausschluss gem. § 25 Nr. 1 Abs. 2 b VOL/A	189
2.2.2. Der Bieterausschluss gem. § 25 Nr. 2 Abs.1 VOL/A wegen Unzuverlässigkeit....	190
Kapitel 11: Zusammenfassung dieser Arbeit in Thesen	191
I. Einleitung.....	191
II. eGovernment	191
III. Public Private Partnership (PPP).....	192
IV. Vergaberecht.....	193
Abkürzungsverzeichnis.....	XI
Literaturverzeichnis	XVI

Abkürzungsverzeichnis

€	Euro
a.a.O.	am angegebenen Ort (Fundstelle im Literaturverzeichnis)
a.F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt
ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs.	Absatz
AfP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
ÄnderG	Änderungsgesetz
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
B2B	Business to Business
BayBezO	Bezirksordnung für den Freistaat Bayern
BayGO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern
BayHO	Haushaltsordnung für den Freistaat Bayern
BayKAG	Kommunalabgabengesetz
BayKommHV	Kommunalhaushaltsverordnung
BayKommZG	Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit (Bayern)
BayLKrO	Landkreisordnung für den Freistaat Bayern
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BayPersonalausweisG	Gesetz zur Ausführung des Gesetzes über Personalausweise und des Passgesetzes (AGPersPaßG)
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVwVfG	Bayerisches Verwaltungsverfahrensgesetz
BB	Betriebs Berater
BDI	Bundesverband der deutschen Industrie
Bek.	Bekanntmachung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-Gesellschaft	Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts (=GbR)
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGBI. I	Bundesgesetzblatt Teil 1
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Zivilsachen
BHO	Bundshaushaltsordnung
BKR	Baukoordinierungsrichtlinie, Richtlinie 93/37/EWG
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft
BOT-Modell	Build – Operate – Transfer Modelle
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
bspw.	beispielsweise

BT-DS	Bundestagsdrucksache
BV	Verfassung des Freistaats Bayern
BVB	Besondere Vertragsbedingungen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidung
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CR	Computerrecht
CReport	Computer Report
DB	Der Betrieb
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
DGO	Deutsche Gemeindeordnung
d.h.	das heißt
DKR	Dienstleistungsrichtlinie, Richtlinie 92/50/EWG
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DSRI	Deutsche Stiftung für Recht und Informatik
DVBl.	Deutsche Verwaltungsblätter
eAdministration	elektronische Verwaltung
eCommerce	elektronischer Handel
eCommunity	elektronische Gemeinschaft
eDemocracy	elektronische Demokratie
EDV	elektronische Datenverarbeitung
EG	Europäische Gemeinschaft
EG/EGV	Vertrag der Europäischen Gemeinschaft
eGovernment	elektronisches Government
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag)
Einf.	Einführung
eJustice	elektronische Justiz
eLegislation	elektronische Regierung/Gesetzgebung
eMail	elektronische Mail (Brief)
eParlament	elektronisches Parlament
ePayment	elektronische Zahlung
eProcurement	elektronische Vergabe
Erl.	Erläuterung
etc.	etcetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag der Europäischen Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVB-IT	Ergänzende Vertragsbedingungen für Informations- und Telekommunikationstechnologie
eVoting	elektronische Wahl
e.V.	eingetragener Verein
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
f.	folgende

Fa.	Firma
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
Frankfurt a. M.	Frankfurt am Main
G.	Gesetz
GA	Generalanwalt, -anwältin
gem.	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz
GewArch	Gewerbe Archiv
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GmbH & Co. KG	Kommanditgesellschaft, deren einziger Komplementär eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	GmbH-Gesetz
GPA	Government Procurement Act
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.A.	herrschende Ansicht
HGB	Handelsgesetzbuch
HGrG	Haushaltsgrundsätze-gesetz
h.M.	heutige Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung von
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in diesem Sinne
i.S.d.	im Sinn des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IBR	Immobilien- und Baurecht (Zeitschrift)
insb.	insbesondere
Internet	Interconnected Networks (verbundene Netze)
ISDN	Integrated Services Digital Network
IT	Informationstechnologie
ITK	Informations- und Kommunikationstechnologie
JuS	Juristische Schulung
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KOM	Dokument der Kommission der Europäischen Gemeinschaft
KommHV	Kommunale Haushaltsverordnung
LG	Landgericht
lit.	Litera = Buchstabe
LKR	Lieferkoordinierungsrichtlinie, Richtlinie 93/36/EWG
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
m.E.	meines Erachtens

MDSStV	Staatsvertrag über Mediendienste
MMR	Multimedia und Recht
Mrd.	Milliarde
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW- CoR	Neue Juristische Wochenschrift Computerreport
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechts - Report - Zivilrecht
Nr.	Nummer
Nrn.	Nummern
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWVBl.	Nordrhein - Westfälische Verwaltungsblätter
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
ÖPP	öffentlich-private Partnerschaften
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
PaßG	Passgesetz
PC	Personal Computer
PPP	Public Private Partnership
RdA	Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
SigG	Signaturgesetz
SKR	Sektorenkoordinierungsrichtlinie, 2004/17/EG
SKR	Sektorenrichtlinie, Richtlinie 93/38/EWG
Slg.	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des EuGH
sog.	so genannte
SPNV	Straßenpersonennahverkehr
Tab.	Tabelle
TDDSG	Teledienstedatenschutzgesetz
TK	Telekommunikation
TMG	Telemediengesetz
TÜV	Technischer Überwachungsverein
Tz.	Teilziffer
u.	und
u.a.	unter anderem
UA	Unterabsatz
UMTS	Universal Mobile Telecommunications System
UmwG	Umwandlungsgesetz
UPR	Umwelt und Planungsrecht
Urt.	Urteil
USA	United States of America

u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
v.	vom
v.a.	vor allem
VDE	Verband der Elektrotechnik, Elektronik und Informationstechnik
VergabeR	Zeitschrift für Vergaberecht (VergR)
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VgRÄG	Vergaberechtsänderungsgesetz
VgV	Vergabeverordnung
VgV-E	Vergabeverordnung-Entwurf
VK	Vergabekammer
VKR	Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG
VO	Verordnung
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen, jetzt Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOB/A	Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A
VOF	Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen
VOL	Verdingungsordnung für Leistungen
VOL/A	Verdingungsordnung für Leistungen Teil A
VÜA	Vergabeüberwachungsausschuss
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WAP	Wireless Application Protocol
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb/ Entscheidungssammlung
WWW	World Wide Web
z.B.	zum Beispiel
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
z.T.	zum Teil

Literaturverzeichnis

Alfen, Hans Wilhelm/Fischer, Katrin; in: Weber, Martin/Schäfer, Michael/Hausmann, Friedrich Ludwig; Praxishandbuch Public Private Partnership; S. 1-84; München 2006

Altmeyden, Holger; Die Einflussrechte der Gemeindeorgane in einer kommunalen GmbH; in: NJW 2003, 2561 ff.

Ax, Thomas/Schneider, Matthias/Bischoff, Kristina; Vergaberecht 2006 – Kommentar zu den Regierungsentwürfen vom 18. und 29. März 2005; Berlin 2005

Badura, Peter; Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze; in: DÖV 1998, 818 ff.

Batz, Thomas; Elektronische Behördengänge unter Nutzung elektronischer Signaturen; in: Kröger, Detlef; Internetstrategien für Kommunen; S. 134-162; Köln 2001

Bauer, Hartmut; Privatisierung von Verwaltungsaufgaben; in: VVDStR 1995, 245 ff.

Bauer, Hartmut; Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Aspekte der Gestaltung von Kooperationsverträgen bei Public Private Partnership; in: DÖV 1998, 89 ff.

Bauer, Martin/Böhle, Thomas/Masson, Christoph/Samper, Rudolf; Bayerische Kommunalgesetze – Kommentar; München; Stand Juli 2005

Becker, Joachim; Rechtsrahmen für Public Private Partnership – Regelungsbedarf für neue Kooperationsformen zwischen Verwaltung und Privaten; in: ZRP 2002, 303 ff.

Becker, Ralph; Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch gemischtwirtschaftliche Unternehmen; Baden-Baden 1997

Becker, Ulrich/Heckmann, Dirk/Kempfen, Bernhard/Manssen, Gerrit; Öffentliches Recht in Bayern; 3. Auflage; München 2005

Bell, Albrecht/Rehak, Heinrich; Vergaberecht und kommunale Privatisierung der Abfallentsorgung; in: LKV 2001, 185 ff.

Bischof, Elke/Stoye, Jörg; Vergaberechtliche Neuerungen für IT/TK-Beschaffungen der öffentlichen Hand – Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz als erste Umsetzung des EU-Richtlinienpakets; in: MMR 2006, 138 ff.

Bitkom; Public Private Partnerships bei E-Government Projekten – Erfahrungen mit Risikopartnerschaften bei der IT-gestützten Modernisierung der öffentlichen Verwaltung; Berlin 2004

Blönnigen, Peter/Wulff, Marianne; Kommune im Internet – Die strategische Dimension; in: Kröger, Detlef; Internetstrategien für Kommunen; S. 1-62; Köln 2001

- Boehme-Neßler, Volker; Electronic Government: Internet und Verwaltung; in: NVwZ 2001, 374 ff.
- Boesen, Arnold; Das neue Vergaberecht, Kommentar zum 4. Teil des GWB; Bonn 2000
- Bogumil, Jörg; Auf dem Weg zur Bürgerkommune? Der Bürger als Auftraggeber, Mitgestalter und Kunde; in: Kubicek, Herbert et al.; Multimedia@Verwaltung. Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft; S. 51-61; Heidelberg 1999
- Bonk, Heinz Joachim, in: Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael; Verwaltungsverfahrensgesetz; 6. Auflage; München 2001
- Britz, Gabriele; Funktion und Funktionsweise öffentlicher Unternehmen im Wandel: Zu den jüngsten Entwicklungen im Recht der kommunalen Wirtschaftsunternehmen; in: NVwZ 2001, 380 ff.
- Britz, Gabriele; Reaktion des Verwaltungsverfahrensrechts auf die informationstechnische Vernetzung der Verwaltung; in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Abmann, Eberhard; Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz; S. 213 ff.; Baden-Baden 2002
- Brockhaus; Band 23; 20. Auflage; Leipzig 2001
- Budäus, Dietrich/Finger, Stefanie; Stand und Perspektiven der Verwaltungsreform in Deutschland; in: Die Verwaltung 1999, 311 ff.
- Budäus, Dietrich/Grüning, Gernod; Public Private Partnership – Konzeption und Probleme eines Instruments zur Verwaltungsreform aus Sicht der Public Choice–Theorie; in: Budäus, Dietrich/Eichhorn, Peter; Public Private Partnership; S. 25–66; Baden-Baden 1997
- Budäus, Dietrich; Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung im Reformprozess des öffentlichen Sektors; in: Öffentliche Unternehmen – eine Alternative zur Privatisierung; S. 14-26; Gesellschaft für öffentliche Verwaltung (Hrsg.); Berlin 1996
- Budäus, Dietrich; Neue Kooperationsformen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Charakterisierung, Funktionsweise und Systematisierung von Public Private Partnership; in: Harms, Jens/Reichard, Christoph, Die Ökonomisierung des öffentlichen Sektors: Instrumente und Trends; S. 213-233; Baden-Baden 2003
- Budäus, Public Private Partnership - Ansätze, Funktionen, Gestaltungsbedarf; in: Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (Hrsg.), Public Private Partnership: Formen - Risiken – Chancen; S. 9-22; Berlin 2004
- Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit; Elektronische Vergabe von Aufträgen der Bundesverwaltung; Februar 2003
- Bundesverwaltungsamt; Public Private Partnership im IT-Bereich; Info 1713/Okttober 2002

Burgi, Martin; Die Ausschreibungsverwaltung – Dogmatische Herausforderung des Verwaltens mit Dienstleistungskonzessionen; in: DVBl. 2003, 949 ff.

Burgi, Martin; Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen: Verfahren, Vergabekriterien, Rechtsschutz; in: NZBau 2005, 610 ff.

Burgi, Martin; Kommunales Privatisierungsfolgerecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung; in: NVwZ 2001, 601 ff.

Burgi, Martin; Warum die „kommunale Zusammenarbeit“ kein vergabepflichtiger Beschaffungsvorgang ist; in: NZBau 2005, 208 ff.

Byok, Jan/Jaeger, Wolfgang; Kommentar zum Vergaberecht, Erläuterungen zu den vergaberechtlichen Vorschriften des GWB; Heidelberg 2000

Byok, Jan; Das neue Vergaberecht; in: NJW 1998, 2774 ff.

Byok, Jan; Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2002; in: NJW 2004, 198 ff.

Byok, Jan; Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2004; in: NJW 2006, 2076 ff.

Christen, Jörg; Die Arbeit der PPP-Task-Force beim Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen; Speyerer ÖPP-Tage 2006

Crass, Norman; Der öffentliche Auftraggeber – Eine Untersuchung am Beispiel der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute und Energieversorgungsunternehmen; München 2004

Daum, Ralf; Die Rolle öffentlicher Unternehmen im Application Service Providing; in: ZögU 2002, 261 ff.

Deinert, Olaf; Partizipation europäischer Sozialpartner an der Gemeinschaftsrechtsetzung; in: RdA 2004, 211 ff.

Dietlein, Johannes/Heinemann, Jan; Public Private Partnership und Vergaberecht im Bereich der Bundeswehr; in: NVwZ 2003, 1080 ff.

Dietlein, Johannes; Der Begriff des „funktionalen“ Auftraggebers nach § 98 Nr. 2 GWB; in: NZBau 2002, 136 ff.

Dögl, Rudolf/Ehrhardt, Ralf; Zukunft der „Stadt komplett im Netz“? – Virtuelle Rathäuser in virtuellen Marktplätzen; in: Kröger, Detlef; Internetstrategien für Kommunen; S. 163 – 177; Köln 2001

Dreher, Meinrad; Das In-house-Geschäft – Offene und neue Rechtsfragen der Anwendbarkeit der In-house-Grundsätze; in: NZBau 2004, 14 ff.

Dreher, Meinrad; Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts; in: DB 1998, 2579 ff.

- Dreher, Meinrad; Public Private Partnership und Kartellvergaberecht; in: NZBau 2002, 245 ff.
- Ebsen, Ingwer; Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung; in: DVBl. 1997, 1039 ff.
- Eggers, Carsten R./Malmendier, Bertrand; Strukturierte Bieterverfahren der öffentlichen Hand – Rechtliche Grundlagen, Vorgaben an Verfahren und Zuschlag, Rechtsschutz; in: NJW 2003, 780 ff.
- Ehlers, Dirk; Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft; in: DVBl. 1998, 497 ff.
- Eifert, Martin/Stapel-Schulz, Claudia; Organisation der „virtuellen Stadt“ in Public Private Partnership; in: ZöGU 2002, 276 ff.
- Eifert, Martin/Püschel, Jan Ole/Stapel-Schulz, Claudia; Rechtskonformes E-Government – Antworten auf Kernfragen beim Bau eines virtuellen Rathauses; Leitfaden des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit; Hamburg 2003
- Eifert, Martin; Die rechtliche Sicherung öffentlicher Interessen in Public Private Partnerships; in: VerwArch 2002, 561 ff.
- Eifert, Martin; Verwaltungsportale – Rechtsfragen einer neuen bürgerorientierten Verwaltungseinrichtung; in: Bär, Wolfgang/Hohl, Michael/Möstl, Markus/Müller, Horst; Rechtskonformes eGovernment, eGovernment–konformes Recht; S. 113 – 129; München 2004
- Emmerich, Volker; Kein Schutz der Privatwirtschaft gegen kommunale Unternehmen über § 1 UWG (Elektroarbeiten-Urteil); in: JuS 2002, 1233 ff.
- Endler, Jan; Privatisierungen und Vergaberecht; in: NZBau 2002, 125 ff.
- Engel, Gabriele; Public Private Partnership im Bauen – Der Bayerische Weg – Sicht des Freistaats Bayern; in: GewArch 2006, 179 ff.
- Erbguth, Wilfried/Stollmann, Frank; Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Rechtssubjekte; in: DÖV 1993, 796 ff.
- Erbguth, Wilfried; Allgemeines Verwaltungsrecht; Baden-Baden 2005
- Erbguth, Wilfried; Die Zulässigkeit der funktionalen Privatisierung im Genehmigungsrecht; in: UPR 1995, 369 ff.
- Erhard, Sebastian; Die Zulässigkeit kommunaler Internet-Aktivitäten; Münster 2002
- Eschenbruch, Klaus, in: Niebuhr, Frank/Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/Portz, Norbert; Kommentar zum Vergaberecht; 4. Teil des GWB Vergabeverfahren; Nachprüfungsverfahren und Schadensersatz; Neuwied 2000

Eschenbruch, Klaus; in: Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/Portz, Norbert; Kommentar zum GWB - Vergaberecht; 1. Auflage; Neuwied 2006

Faber, Angela; Öffentliche Aufträge an kommunalbeherrschten Unternehmen – In-house Geschäfte oder Vergabe im Wettbewerb?; in: DVBl. 2001, 248 ff.

Fellberg, Ursula/Weigel, Dirk; Mehr Effizienz und Innovation; in: Proll, Uwe/Drey, Franz; Die 20 Besten: PPP-Beispiele aus Deutschland; S. 187-199; Köln 2006

Fikentscher, Wolfgang; Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung des § 1 GWB; in: WuW 1961, 788 ff.

Frenz, Walter; Ausschreibungspflicht bei Anteilsveräußerungen und Einzelgesellschaften – In-House-Geschäfte nach den Urteilen Bari und Carbotermo; in: NJW 2006, 2665 ff.

Frenz, Walter; Ausschreibungspflicht einer Übertragung von Gesellschaftsanteilen; in: DÖV 2002, 186 ff.

Frenz, Walter; Die Abgrenzung von ausschreibungsfreien In-House-Geschäften am Scheideweg – Vor dem Urteil „Carbotermo“; in: WRP 2006, 874 ff.

Frischmuth, Jürgen/Karrlein, Wolfgang; Aktuelle Trends im Electronic und Mobile Business; in: Blaschke, Peter/Karrlein, Wolfgang/Zypries, Brigitte; E-Public; S. 9-30; Berlin 2002

Gabriel, Marc; Abfallrechtliche Pflichtenübertragung als Ausnahme von der Ausschreibungspflicht? – Zu Folgen der „Stadt Halle“-Entscheidung des EuGH über unzulässige In-House-Vergaben aus Sicht der Abfallwirtschaft; in: LKV 2005, 285 ff.

Gern, Alfons; Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden außerhalb des Gemeindegebiets; in: NJW 2002, 2593 ff.

Gerstlberger, Wolfgang/Schmittel, Wolfram; Von erfolgreichen Projekten lernen; Speyerer ÖPP-Tage 2006

Gesellschaftsrecht für die Praxis; Alle Gesellschaftsformen mit Nebengebieten, Grundlagen der Besteuerung und Bilanzierung; 8. Auflage; Freiburg 2006

Grimm, Dieter; Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung; in: Grimm, Dieter; Staatsaufgaben; S. 613 – 646; Baden-Baden 1996

Gröning, Jochem; Public Private Partnerships bei Dienstleistungskonzessionen; in: NZBau 2001, 123 ff.

Gröning, Jochem; Public Private Partnerships unter den Zwängen des Vergabe-, Gemeindefirtschafts- und Wettbewerbsrechts; in: ZIP 2001, 497 ff.

Groß, Thomas; Die Informatisierung der Verwaltung; in: VerwArch 2004, 400 ff.

Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endgültig vom 30.4.2004

Grziwotz, Herbert; Public Private Partnership – Gemischtwirtschaftliche Unternehmen zur Baulanderschließung?; in: NZG 1999, 55 ff.

Häfner, Christof; Aspekte einer Normierung von Public Private Partnerships (PPP); in: LKV 2005, 340 ff.

Häfner, Sascha; in: Ax, Thomas/Schneider, Matthias/Bischoff, Kristina; Vergaberecht 2006 – Kommentar zu den Regierungsentwürfen vom 18. und 29. März 2005; Berlin 2005

Hailbronner, Kay; in: Byok, Jan/Jaeger, Wolfgang; Kommentar zum Vergaberecht; 2. Auflage; Frankfurt am Main 2005

Harms, Andreas/Schmidt-Wottrich, Jörg; Zur Vergabe von Dienstleistungen an eine kommunale Gesellschaft; in: LKV 2004, 337 ff.

Harms, Jens; Reform des öffentlichen Finanzmanagements - Stand und Perspektiven; in: Harms, Jens/Reichard, Christoph; Die Ökonomisierung des öffentlichen Sektors: Instrumente und Trends; S. 145-162; Baden-Baden 2003

Hattig, Oliver/Ruhland, Tina; Die Rechtsfigur der Dienstleistungskonzession; in: NZBau 2005, 626 ff.

Hattig, Oliver/Ruhland, Tina; Kooperationen der Kommunen mit öffentlichen und privaten Partnern und ihr Verhältnis zum Vergaberecht; in: VergabeR 2005, 425 ff.

Hausmann, Friedrich-Ludwig/Mutschler-Siebert, Annette; in: Weber, Martin/Schäfer, Michael/Hausmann, Friedrich-Ludwig; Praxishandbuch Public Private Partnership; S.237-319; München 2006

Hausmann, Ludwig/Bultmann, Peter Friedrich; Die Entscheidung des EuGH in der Rechtsache „Stadt Halle“; in: NVwZ 2005, 377 ff.

Heckmann, Dirk; IT-Beschaffung der öffentlichen Hand zwischen Haushalts- und Marktpolitik – Vergaberecht und Beschaffungsmanagement in historischer Perspektive; in: CR 2005, 711 ff.

Heimlich, Jörn; in: Weber, Martin/Schäfer, Michael/Hausmann, Friedrich Ludwig; Praxishandbuch Public Private Partnership; S. 709-727; München 2006

Heinrichs, Helmut; in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar; 63. Auflage; München 2004

Heymann, Thomas; Outsourcing als Form der Kooperation; in: CR 2000, 23 ff.

Heymann, Thomas; Outsourcing in Deutschland – eine Bestandsaufnahme zur Vertragsgestaltung – Grundtypen des Outsourcings und ihre Konsequenzen für die Vertragsgestaltung; in: CR 2005, 706 ff.

Hill, Hermann; eGovernment – Mode oder Chance zur nachhaltigen Modernisierung der Verwaltung ?; Quelle: <http://www.dhv-speyer.de/hill/Publicationen/E-Gov.pdf>

Hill, Hermann; Wissenschaftliche Kommentierung der ÖPP; Speyerer ÖPP-Tage 2006

Hillermeier, Heinz/Bloeck, Oliver; Kommunales Vertragsrecht – Handbuch für die Vertragsgestaltung und Sammlung von Vertragsmustern mit Erläuterungen; Stand 01.09.2005

Hoeren, Thomas; Das Telemediengesetz; in: NJW 2007, 801 ff.

Höftmann, Björn; Public Private Partnership als Instrument der kooperativen und sektorübergreifenden Leistungsbereitstellung – dargestellt an der neu strukturierten kommunalen Abfallwirtschaft; Hamburg 2000

Hoge, Andreas/Dokters, Stefan; Verwaltung im WWW – Die interaktive Stadt Emsdetten; in: Kröger, Detlef; Internetstrategien für Kommunen; S. 275–284; Köln 2001

Hohl, Michael; Vorwort; in: Bär, Wolfgang/Hohl, Michael/Möstl, Markus/Müller, Horst; Rechtskonformes eGovernment, eGovernment–konformes Recht; München 2004

Hölzl, Josef/Hien, Eckart/Huber, Thomas; Gemeindeordnung mit Verwaltungsgemeinschaftsordnung, Landkreisordnung und Bezirksordnung; Kommentar; Stand Oktober 2006

Holznagel, Bernd/Krahn, Christoph/Werthmann, Christoph; Electronic Government auf kommunaler Ebene – Die Zulässigkeit von Transaktionsdiensten im Internet; in: DVBl. 1999, 1477 ff.

Horn, Lutz; Projektantenstatus im VOF-Verfahren?; in: NZBau 2005, 28 ff.

Hummel, Konrad; in: Koenig, Christian/Kühling, Jürgen/Theobald, Christian; Recht der Infrastrukturförderung – Ein Leitfaden für die Praxis; Heidelberg 2004

Ipsen, Jörn; Grundfragen der kommunalen Verwaltungsreform; in: DVBl. 1998, 801 ff.

Jaeger, Wolfgang; Public Private Partnership und Vergaberecht; in: NZBau 2001, 6 ff.

Jarass, Hans/Pieroth, Bodo; Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland; Kommentar; 8. Auflage; München 2006

Jasper, Jan; Die Auswahl der zur Verhandlung aufzufordernden Bewerber im VOF-Verfahren; in: NZBau 2005, 494 ff.

- Jennert, Carsten; Das Urteil „Parking Brixen“: Übernahme des Betriebsrisikos als rechtssicheres Abgrenzungsmerkmal für die Dienstleistungskonzession ?; in: NZBau 2005, 623 ff.
- Jennert, Carsten; Der Begriff der Dienstleistungskonzession im Gemeinschaftsrecht – Zugleich ein Beitrag zum Entgeltlichkeitsbegriff des Dienstleistungsauftrags; in: NZBau 2005, 131 ff.
- Jennert, Carsten; In-house-Vergabe nach „Carbotermo“: Bei der kommunalen GmbH möglich, beim Zweckverband nicht ?; in: NZBau 2006, 421 ff.
- Jennert, Carsten; Public Private Partnership in der Wasserversorgung und Vergaberecht; in: WRP 2004, 1011 ff.
- Jestaedt, Thomas/Kemper, Klaus/Marx, Fridhelm/Prieß, Hans-Joachim; Das Recht der Auftragsvergabe; Neuwied 1999
- Kallmayer, Axel; Dienstleistungskonzessionen als Alternative zur Auftragsvergabe; Speyerer ÖPP-Tage 2006
- Karger, Pia/Rüß, Oliver/vom Scheidt, Nadia; in: Blanke, Bernhard/von Bandemer, Stephan/Nullmeier, Frank/Wewer, Göttrik; E-Government; Handbuch zur Verwaltungsreform; S. 136-144; 3. Auflage; Berlin 2005
- Karrlein, Wolfgang; Chancen virtueller Marktplätze; in: Blaschke, Peter/Karrlein, Wolfgang/Zypries, Brigitte; E-Public; S. 128–139; Berlin 2002
- Kiethe, Kurt; Die Auslegung von Privatisierungsverträgen; in: NZG 2004, 993 ff.
- Kilian, Werner/Wind, Martin; Vernetzte Verwaltung und zwischenbehördliche Beziehungen; in: VerwArch 1997, 499 ff.
- Kleine, Wolfgang/Flöther, Lucas/Bräuer, Gregor; Die Reorganisation der kommunalen Immobilienwirtschaft – Privatisierung aus vergaberechtlicher Sicht; in: NVwZ 2002, 1046 ff.
- Klinger, Peter; Das virtuelle Rathaus der Stadt Hagen; in: Blaschke, Peter/Karrlein, Wolfgang/Zypries, Brigitte; E-Public; S. 71-89; Berlin 2002
- Knauff, Matthias; Die Reform des europäischen Vergaberechts; in: EuZW 2004, 141 ff.
- Knauff, Matthias; Die vergaberechtlichen Regelungen des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes; in: NZBau 2005, 443 ff.
- Knauff, Matthias; Im wettbewerblichen Dialog zur Public Private Partnership?; in: NZBau 2005, 249 ff.
- Knauff, Matthias; Neues europäisches Vergabeverfahrensrecht. Der wettbewerbliche Dialog; in: VergabeR 2004, 287 ff.

- Knemeyer, Franz-Ludwig; Bayerisches Kommunalrecht; 10. Auflage; München 2000
- Koenig, Christian/Pfromm, Rene; Die Förderlogik des EG-beihilfenrechtlichen Ausschreibungsverfahrens bei PPP-Daseinsvorsorge-Infrastrukturen; in: NZBau 2004, 375 ff.
- Koenig, Christian/Haratsch, Andreas; Grundzüge des deutschen und des europäischen Vergaberechts; in: NJW 2003, 2637 ff.
- Koenig, Christian/Kühling, Jürgen/Hentschel, Kristin; in: Koenig, Christian/Kühling, Jürgen/Theobald, Christian; Recht der Infrastrukturförderung – Ein Leitfaden für die Praxis; Heidelberg 2004
- Koenig, Christian/Kühling, Jürgen; Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Wettbewerbsoffenheit des Ausschreibungsverfahrens – Konvergenz von EG-Beihilferecht und Vergaberecht; in: NVwZ 2003, 779 ff.
- Koenig, Christian/Kühling, Jürgen; EG-beihilfenrechtliche Beurteilung mitgliedstaatlicher Infrastrukturförderungen im Zeichen zunehmender Privatisierung; in: DÖV 2001, 881 ff.
- Koenig, Christian/Kühling, Jürgen; Infrastrukturförderung im Ausschreibungsverfahren – EG-beihilfenrechtlicher Königsweg der Kompensation von gemeinwirtschaftlichen Pflichten; in: DVBl. 2003, 289 ff.
- Koenig, Christian/Kühling, Jürgen; Verfahrensvielfalt und Wahl des richtigen Vergabeverfahrens - Fallstricke bei der Ausschreibung von Infrastrukturaufträgen; in: NZBau 2003, 126 ff.
- Koenig, Christian; EG-beihilfenrechtskonforme Beteiligung privater Gesellschaften an gemischt öffentlich-privaten Gemeinschaftsunternehmen; in: EuZW 2006, 203 ff.
- Köhler, Helmut; Das neue kommunale Unternehmensrecht in Bayern; in: BayVBl. 2000, 1 ff.
- Köhler, Helmut; Wettbewerbsrecht im Wandel: Die neue Rechtsprechung zum Tatbestand des Rechtsbruchs; in: NJW 2002, 2761 ff.
- Kopp, Ferdinand/Ramsauer, Ulrich; VwVfG Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar, 8. Auflage; München 2003
- Krohn, Wolfram; „Aus“ für In-house-Vergaben an gemischtwirtschaftliche Unternehmen; in: NZBau 2005, 92 ff.
- Kronberg, Horst Ollmann; Wettbewerblicher Dialog eingeführt; in: VergabeR 2005, 685 ff.
- Krutisch, Dominic; Materielle Privatisierung; in: NZBau 2003, 650 ff.
- Kühling, Jürgen; Verfassungs- und kommunalrechtliche Probleme grenzüberschreitender Wirtschaftsbetätigung der Gemeinden; in: NJW 2001, 177 ff.

Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/Portz, Norbert; Kommentar zum GWB-Vergaberecht; Neuwied 2006

Kulartz, Hans-Peter; in: Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/Portz, Norbert; Kommentar zum GWB-Vergaberecht; Neuwied 2006

Kulartz, Hans-Peter; Vergabeforum 2006; Band II; Dokumentation Hans-Peter Kulartz; S. 327-333

Kummer, Heinz-Joachim/Giesberts, Ludger; Rechtsfragen der Privatisierung kommunaler Abfallentsorgung und Abwasserbeseitigung; in: NVwZ 1996, 1166 ff.

Küster, Uwe; Gesetzgebung im Informationszeitalter; in: Bär, Wolfgang/Hohl, Michael/Möstl, Markus/Müller, Horst; Rechtskonformes eGovernment, eGovernment – konformes Recht; S. 67–76; München 2004

Lamm, Christian/Ley, Rudolf/Weckmüller-Staschik, Doris; Elektronische Vergabe öffentlicher Aufträge „e-Vergabe“ 2006; in: VOL-Handbuch unter Berücksichtigung der Europäischen Vergaberichtlinien; Stand Februar 2007; München 2007

Lamm, Christian/Ley, Rudolf/Weckmüller-Staschik, Doris; VOL-Handbuch unter Berücksichtigung der Europäischen Vergaberichtlinien, Grundwerk; 2. Auflage; Stand: Febr. 2007; München 1997

Landsberg, Willy; eGovernment in Kommunen – Grundlagen und Orientierungshilfen; München 2004

Lecheler, Helmut; Privatisierung von Verwaltungsaufgaben; in: BayVBl. 1994, 555 ff.

Leitfaden zur Vergabe öffentlicher Aufträge nach dem GWB des bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft und Recht: www.stmwvt.bayern.de/Publikationen; zuletzt abgerufen am 25.05.2007

Lenk, Klaus; Das eine Fenster zu allen Verwaltungs- und Dienstleistungen; in: Gora, Walter/Bauer, Harald; Virtuelle Organisation im Zeitalter von E-Business und E-Government; S. 349-361; Berlin 2001

Lensdorf, Lars/Steger, Udo; Auslagerung von IT-Leistungen auf Public Private Partnerships; in: CR 2005, 161 ff.

Lenz, Thilo; E-Government und E-Nonprofit. Management von Internetprojekten in Verwaltung und Nonprofit-Organisationen; Stuttgart 2001

Lissack, Gernot; Bayerisches Kommunalrecht; 2. Auflage; München 2001

Lupp, Detlef; Die rechtlichen Rahmenbedingungen für PPP in Bayern – Bestandaufnahme und Perspektiven aus Sicht der Bauindustrie; in: GewArch 2006, 183 ff.

- Mader, Oliver; Das neue EG-Vergaberecht; in: EuZW 2004, 425 ff.
- Marx, Fridhelm/Prieß, Joachim; in: Jestaedt, Thomas/Kemper, Klaus/Marx, Fridhelm/Prieß, Joachim; Das Recht der Auftragsvergabe; Neuwied 1999
- Marx, Fridhelm; Verlängerung bestehender Verträge und Vergaberecht; in: NZBau 2002, 311 ff.
- Masing, Tobias; Die Beteiligung Privater an kommunalen Gesellschaften und das öffentliche Vergaberecht; in: ZfBR 2002, 450 ff.
- Maurer, Hartmut; Allgemeines Verwaltungsrecht; 15. Auflage; München 2000
- Mayen, Thomas; Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Rechtliche Grenzen und rechtliche Möglichkeiten; in: DÖV 2001, 110 ff.
- Mehlich, Harald; Electronic Government – Die Elektronische Verwaltungsreform; Grundlagen – Entwicklungsstand – Zukunftsperspektiven; Wiesbaden 2002
- Meißner, Martin; Der wettbewerbliche Dialog; Speyerer ÖPP-Tage 2006
- Mendler, Peter; PPP-Task-Force Baden-Württemberg: Hilfe zur Selbsthilfe; Speyerer ÖPP-Tage 2006
- Merz, Michael; E-Commerce und E-Business; 2. Auflage; Heidelberg 2002
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike; Europäisches Vergaberecht; 2. Auflage; München 2004
- Meyer, Hubert; Wettbewerbsrecht und wirtschaftliche Betätigung der Kommunen; in: NVwZ 2002, 1075 ff.
- Michaels, Sascha; Vergabefreiheit der Rekommunalisierung von Versorgungsleistungen; in: NZBau 2004, 27 ff.
- Möller, Wolfgang; Das virtuelle Rathaus der Stadt Hagen – ein Praxisbericht; in: Kröger, Detlef; Internetstrategien für Kommunen; S. 229–260; Köln 2001
- Möschel, Wernhard; Privatisierung und Vergaberecht; in: WuW 1997, 121 ff.
- Müller, Hanna Muralt; eGovernment als neue Herausforderung; in: Gisler, Michael/Spahni, Dieter; eGovernment – Eine Standortbestimmung; S. 3-12; 2. Auflage; Stuttgart 2001
- Müller, Hans-Martin; Langfristige Vertragsverhältnisse der Kommunen mit kommunalen Tochtergesellschaften am Beispiel von Strombezugsverträgen; in: NZBau 2001, 416 ff.

Müller, Horst; eGovernment – Begriffe/Stand/Perspektiven; in: Bär, Wolfgang/Hohl, Michael/Möstl, Markus/Müller, Horst; Rechtskonformes eGovernment, eGovernment – konformes Recht; S. 10–51; München 2004

Müller, Martin/Ernst, Tobias; Elektronische Vergabe ante portas – Übersicht über aktuelle und zukünftige Rechtsfragen; in: NJW 2004, 1768 ff.

Müller, Martin; Zur verfassungsrechtlichen Problematik kommunaler Unternehmen auf dem Telekommunikationsmarkt; in: DVBl. 1998, 1256 ff.

Müller, Nikolaus; Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben; Köln 1993

Naujokat, Wolfgang/Eufinger, Bernd; Barrieren und Hindernisse des eGovernment aus Sicht der Wirtschaft; in: von Lucke, Jörn/Reinermann, Heinrich; Electronic Government in Deutschland; S. 94–103; 2. Auflage; Speyer: Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung; 2002

Niebuhr, Frank, in: Niebuhr, Frank/Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/Portz, Norbert; Kommentar zum Vergaberecht; 4. Teil des GWB Vergabeverfahren; Nachprüfungsverfahren und Schadensersatz; Neuwied 2000

Niebuhr, Frank/Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/Portz, Norbert; Kommentar zum Vergaberecht; 4. Teil des GWB Vergabeverfahren; Nachprüfungsverfahren und Schadensersatz; Neuwied 2000

Niestedt, Marian/Hölzl, Franz Josef; Zurück aus der Zukunft ? Verfassungsmäßigkeit der Primärrechtsbeschränkung im Vergaberecht oberhalb bestimmter Schwellenwerte; in: NJW 2006, 3680 ff.

Noch, Rainer; Vergaberecht kompakt – Verfahrensablauf und Entscheidungspraxis; 3. Auflage; München 2005

Noch, Rainer; Vergaberecht kompakt – Verfahrensablauf und Entscheidungspraxis, 2. Auflage; München 2002

Noelle, Thomas/Rogmanns, Jan; Öffentliches Auftragswesen – Leitfaden für die Vergabe und Abwicklung von öffentlichen Aufträgen; 3. Auflage; Berlin 2002

Opitz, Marc; Die Entwicklung des EG-Vergaberechts in den Jahren 2001 und 2002 – Teil 2; in: NZBau 2003, 252 ff.

Oppermann, Thomas; Europarecht; 2. Auflage; München 1999

Orlowski, Matthias; Zulässigkeit und Grenzen der In-House-Vergabe; in: NZBau 2007, 80 ff.

Osterloh, Lerke; Privatisierung von Verwaltungsaufgaben; in: VVDStRl 1994, 204 ff.

Otting, Olaf; Das ÖPP - Beschleunigungsgesetz – Aufwind für innovative Projekte im öffentlichen Hochbau; in: Kommunalwirtschaft, Sonderausgabe Facilitymanagement/Immobilienmanagement 2005, 13 ff.

Otting, Olaf; Die Aktualisierung öffentlich-rechtlicher Schranken kommunalwirtschaftlicher Betätigung durch das Wettbewerbsrecht; in: DÖV 1999, 549 ff.

Paptistella, Gertrud; Erläuterungen zur bayerischen Verfassung; in: Praxis der Kommunalverwaltung; zu Art. 87 BV, über www.beck-online.de

Peine, Franz-Josef; Grenzen der Privatisierung – verwaltungsrechtliche Aspekte; in: DÖV 1997, 353 ff.

Peters, Falk; E-Government – eine kleine Tour d'horizon; in: CReport 2003, 68 ff.

Portz, Norbert; In-House-Geschäfte, interkommunale Zusammenarbeit und Anwendung des Vergaberechts; Vergabeforum 2006; Band II; Dokumentation Norbert Portz

Prandl, Josef/Zimmermann, Hans/Büchner, Hermann; Kommunalrecht in Bayern; Kommentar zur Gemeindeordnung, Verwaltungsgemeinschaftsordnung und Bezirksordnung mit ergänzenden Vorschriften; München; Stand November 2005

Proeller, Isabella/Schedler, Kuno; Verwaltung im Gewährleistungsstaat; in: Handbuch zur Verwaltung; S. 94-101; 3. Auflage; Berlin 2005

Proll, Uwe/Drey, Franz; Die 20 Besten: PPP-Beispiele aus Deutschland; Köln 2006

Prozessleitfaden Public Private Partnerships und E Government; Publikation aus der Reihe PPP für die Praxis; Bertelsmann Stiftung; Clifford Chance Pünder; Initiative D21 (Hrsg.); Gütersloh/Kassel; Juni 2003

Public Private Partnership im E-Government – Formen, Instrumente und Entwicklungsschritte öffentlich-privater Kooperationen; Eine Studie der Bertelsmann Stiftung in Zusammenarbeit mit der Universität Kassel; Gütersloh; Juni 2003

Public Private Partnership zur Realisierung öffentlicher Baumaßnahmen in Bayern, Teil 1-3; herausgegeben von der „Gesprächsrunde ppp“ unter Federführung der obersten Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Innern; Juli 2007, www.ppp.bayern.de

Public Private Partnerships bei E-Government Projekten - Erfahrungen mit Risikopartnerschaften bei der IT-gestützten Modernisierung der öffentlichen Verwaltung, Kurzstudie der BITKOM; Berlin 2004.

Püttner, Günter; Die Vertretung der Gemeinden in wirtschaftlichen Unternehmen; in: DVBl. 1986, 748 ff.

Püttner, Günter; Ökonomisierung aus der Sicht des Juristen – inwieweit begünstigt oder behindert das Recht die Ökonomisierung des Staates?; in: Die Ökonomisierung des öffentlichen Sektors: Instrumente und Trends; S. 163-171; Baden-Baden 2003

„Rahmenbedingungen für Öffentlich-Private-Partnerschaften“, Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage – Drucksache 16/4890, in: BayVBl. 16/2007, V-VII

Rath, Michael; Optimale Gestaltung von Service Level Agreements (SLA); in: DSRI 2006, 125 ff.

Rechten, Stephan; Die Novelle des EU-Vergaberechts; in: NZBau 2004, 366 ff.

Reichard, Christoph; New Public Management als Auslöser zunehmender Ökonomisierung der Verwaltung; in: Harms/Reichard; Die Ökonomisierung des öffentlichen Sektors: Instrumente und Trends; S. 119-143; Baden-Baden 2003

Reicherzer, Max; Reform des öffentlich-rechtlichen Vertrages; in: ZRP 2004, 112 ff.

Reidt, Olaf/Stickler, Thomas/Glahs, Heike; Vergaberecht – Kommentar; 2. Auflage; Köln 2003

Reinermann, Heinrich/ von Lucke, Jörg; E-Government – Gründe und Ziele; in: Reinermann, Heinrich/von Lucke, Jörn; Electronic Government in Deutschland – Ziele, Stand, Barrieren, Beispiele, Umsetzung; S. 1-67; 2. Auflage, Speyer: Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung; 2002

Reinermann, Heinrich; Das Internet und die öffentliche Verwaltung; in: DÖV 1999, 20 ff.

Reinermann, Heinrich; Der öffentliche Sektor im Internet – Veränderungen der Muster öffentlicher Verwaltungen; 2. Auflage; München 2000

Reinermann, Heinrich; Der Öffentliche Sektor im Internet; 1. Auflage; Speyer 2000

Reinermann, Heinrich; Verwaltungsreform und technische Innovationen – ein schwieriges Dauerverhältnis; in: Kubicek, Herbert; Multimedia@Verwaltung, Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft; S. 11 ff.; Heidelberg 1999

Reinermann, Heinrich; Von „EDV in der öffentlichen Verwaltung“ zu „Electronic Government“; in: Auf dem Weg zu eGovernment – Hessens Kommunen im Internet; Band 37; Wiesbaden 2002

Renner, Wolfgang; Vergabe von IT-Dienstleistungen – Vorbereitung und Durchführung von Vergabeverfahren; Vergabe – Intensivseminar am 27. Oktober 2006 in Frankfurt am Main

Riese, Christoph/Suermann, Ansgar; Kommunale Unternehmen und öffentliche Aufträge; in: LKV 2005, 289 ff.

Riese, Christoph/van den Eikel, Andreas; Neues zum In-House-Geschäft – Das Ende für gemischtwirtschaftliche Unternehmen; in: VergabeR 2005, 590 ff.

- Röhl, Hans Christian; Verwaltung und Privatrecht – Verwaltungsprivatrecht ?; in: VerwArch 1995, 531 ff.
- Ronellenfitsch, Michael; Staat und Markt: Rechtliche Grenzen einer Privatisierung kommunaler Aufgaben; in: DÖV 1999, 705 ff.
- Roßnagel, Alexander; Das elektronische Verwaltungsverfahren – Das Dritte Verwaltungsverfahrenänderungsgesetz; in: NJW 2003, 469 ff.
- Roßnagel, Alexander; Die neue Signaturverordnung; in: BB 2002, 261 ff.
- Roßnagel, Alexander; Rechtliche Unterschiede von Signaturverfahren; in: MMR 2002, 215 ff.
- Roth, Frank; Erstes Betreibermodell für den privaten Ausbau und Betrieb von Autobahnen in Deutschland; in: NVwZ 2003, 1056 ff.
- Ruffert, Matthias; eDemocracy; in: Bär, Wolfgang/Hohl, Michael/Möstl, Markus/Müller, Horst; Rechtskonformes eGovernment, eGovernment – konformes Recht; S.53–66; München 2004
- Ruhland, Bettina; „Schlupfloch geschlossen“; Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 30. November 2005; S. 23
- Ruß, Oliver Rene; E-democracy – Demokratie und Wahlen im Internet; in: ZRP 2001, 518 ff.
- Säcker, Franz Jürgen/Wolf, Maik; Die Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH zu In-House-Geschäften auf Public-Private-Partnerships; in: WRP 2007, 282 ff.
- Sauer, Ralf/Hollands, Martin; Mangelnder Rechtsschutz im Unterschwellenbereich – Verfassungsrechtliche Zweifel und politischer Handlungsbedarf; in: NZBau 2006, 763 ff.
- Schäfer, Michael/Karthaus, Arnim; in: Weber, Martin/Schäfer, Michael/Hausmann, Friedrich Ludwig; Praxishandbuch Public Private Partnership; S.193-234; München 2006
- Schalast, Christoph; Rechtliche Rahmenbedingungen für Public Private Partnerships und Dienstleistungskonzessionen im TK-Sektor; in: MMR 2005, 581 ff.
- Schede, Christian/Pohlmann, Markus; in: Weber, Martin/Schäfer, Michael/Hausmann, Friedrich Ludwig; Praxishandbuch Public Private Partnership; S. 102-156; München 2006
- Schedler, Kuno; eGovernment und neue Servicequalität der Verwaltung?; in: Gisler, Michael/Spanhi, Dieter; eGovernment – Eine Standortbestimmung; S. 34-49; 2. Auflage; Stuttgart 2001
- Schellenberg, Martin/Lepique, Elisabeth/Fedder, Sebastian/Pape, Ulf-Dieter/Moos, Flemming; Die Realisierung einer Public Private Partnership durch Gründung eines Kooperationsunternehmens; in: Verwaltung und Management 2002, 1 ff.; Heft 4/Sonderbeilage

- Schellenberg, Martin; Die vertragliche Gestaltung einer Public Private Partnership zum Aufbau eines öffentlichen Portals; in: Kröger, Detlef; Internetstrategien für Kommunen; S. 411-421; Köln 2001
- Scherer, Joachim; „Online“ zwischen Telekommunikations- und Medienrecht; in: AfP 1996, 213 ff.
- Schimanek, Peter; Die Ausschreibungspflicht von Privatisierungen; in: NZBau 2005, 304 ff.
- Schink, Alexander; Wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen; in: NVwZ 2002, 129 ff.
- Schliesky, Utz; Auswirkungen des E-Government auf Verfahrensrecht und kommunale Verwaltungsstrukturen; in: NVwZ 2003, 1322 ff.
- Schliesky, Utz; E-Government – Schlüssel zur Verwaltungsmodernisierung oder Angriff auf bewährte Verwaltungsstrukturen; in: LKV 2005, 89 ff.
- Schmidt, Carsten in: Ax, Thomas/Schneider, Matthias/Bischoff, Kristina; Vergaberecht 2006 – Kommentar zu den Regierungsentwürfen vom 18. und 29. März 2005; Berlin 2005
- Schmitz, Heribert; Rechtsfragen elektronischer Verwaltungsverfahren; in: Bär, Wolfgang/Hohl, Michael/Möstl, Markus/Müller, Horst; Rechtskonformes eGovernment, eGovernment – konformes Recht; S. 99–112; München 2004
- Schoch, Friedrich, Public Private Partnership; in: Erichsen, Hans-Uwe; Kommunale Verwaltung im Wandel; München 1999
- Schoch, Friedrich; Der Beitrag des kommunalen Unternehmensrechts zur Privatisierung öffentlicher Aufgaben; in: DÖV 1993, 377 ff.
- Schoch, Friedrich; Privatisierung von Verwaltungsaufgaben; in: DVBl. 1994, 962 ff.
- Schröder, Holger; Inhouse-Vergabe zwischen Beteiligungsunternehmen der öffentlichen Hand?; in: NZBau 2005, 127 ff.
- Schröder, Holger; Vergaberechtliche Probleme bei der Public-Private-Partnership in Form der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung; in: NJW 2002, 1831 ff.
- Schröder, Holger; Voraussetzungen, Strukturen und Verfahrensabläufe des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabepaxis; in: NZBau 2007, 216 ff.
- Schroeder, Werner; Die Privatisierung öffentlicher Unternehmen und das EG-Beihilfenrecht; in: EWS 2002, 174 ff.
- Schulze-Fielitz, Helmuth; Betätigung öffentlich-rechtlicher Institutionen im Onlinebereich; in: AfP 1998, 447, ff.

Schuppan, Tino; Reichard, Christoph; eGovernment: Von der Mode zur Modernisierung; in: LKV 2002, 105 ff.

Schuppert, Gunnar Folke; Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts – Regelungsbedarf und Handlungsoptionen eines Rechtsrahmens für Public Private Partnership; Rechts- und verwaltungswissenschaftliches Gutachten erstellt im Auftrag des Bundesministeriums des Inneren, Juni 2001

Schuppert, Gunnar Folke; Jenseits von Privatisierung und schlankem Staat; Baden-Baden 1999

Schützenmeister, Hans-Oskar; Rechtsformen und Rechtsstellung von kommunalen Unternehmen in der Gemeindeordnung; in: LKV 1991, 213 ff.

Schwaiger, Georg/Oesterreich, Ralf; Vertragsgestaltung und Umsetzungserfordernisse einer ÖPP; Speyerer ÖPP-Tage 2006

Sester, Peter/Bunsen, Christian; in: Weber, Martin/Schäfer, Michael/Hausmann, Friedrich Ludwig; Praxishandbuch Public Private Partnership; S. 436-497; München 2006

Söbbing, Thomas; Flexible Vertragsmodelle im IT-Umfeld und IT Contract Management; in: NJW-CoR 2000, 359 ff.

Söbbing, Thomas; Handbuch IT-Outsourcing; Bonn 2002

Sommermann, Karl-Peter; in: Mangoldt v. Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian; Das Bonner Grundgesetz, Kommentar; 4. Auflage; München 1999

Spannowsky, Willy; Die Verantwortung der öffentlichen Hand für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Reichweite ihrer Einwirkungspflicht auf die Beteiligungsunternehmen; in: DVBl. 1992, 1072 ff.

Spiegel, Thomas; Zulässige Vertragslaufzeiten im Vergaberecht; ZfBR 2006, 554 ff.

Sprau, Hartwig; in: Palandt; Bürgerliches Gesetzbuch; Kurzkomentar; 63. Auflage; München 2004

Steinberg, Phillip; Die Entwicklung des Europäischen Vergaberechts seit 2004 – Teil 1; in: NZBau 2007, 150 ff.

Steinberg, Phillip; Die Entwicklung des Europäischen Vergaberechts seit 2004 – Teil 2; in: NZBau 2007, 225 ff.

Steinberg, Phillip; Die Flexibilisierung des neuen europäischen Vergaberechts; in: NZBau 2005, 85 ff.

Stember, Jürgen; Public Private Partnerships – Zukunftsmodelle für öffentliche Verwaltungen; Band 1; Ostbevern 2005

Stemmer, Michael/Aschl, Martina; Gründung und Handeln kommunaler Gesellschaften und kommunale Zusammenarbeit unter dem Blickwinkel des Vergaberechts; in: VergabeR 2005, 287 ff.

Stern, Klaus; Postreform zwischen Privatisierung und Infrastrukturgewährleistung; in: DVBl. 1997, 309 ff.

Sterzel, Dieter; Verfassungs-, europa- und kommunalrechtliche Rahmenbedingungen; in: Blanke, Thomas/Trümmer, Ralf; Handbuch der Privatisierung; Baden-Baden 1998

Stickler, Thomas in: Reidt, Olaf/Stickler, Thomas/Glahs, Heike; Vergaberecht – Kommentar; 2. Auflage; Köln 2003

Stober, Rolf; Möglichkeiten und Grenzen einer Privatisierung der kommunalen Abfallentsorgung; in: Tettinger, Peter; Rechtlicher Rahmen für Public Private Partnerships auf dem Gebiet der Entsorgung; S. 25-46, Stuttgart 1994

Stober, Rolf; Verwaltungsrecht – Band 3; 5. Auflage; München 2004

Strünck, Christoph/Heinze, Rolf; Public Private Partnership; in: Blanke, Bernhard/von Bandemer, Stephan/ Nullmeier, Frank/Wewer, Gottrik; Handbuch zur Verwaltungsreform; S. 120-128; 3. Auflage; Berlin 2005

Taupitz, Jochen/Kritter, Thomas; Electronic Commerce – Probleme bei Rechtsgeschäften im Internet; in: JuS 1999, 839 ff.

Tettinger, Peter; Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership; in: DÖV 1996, 764 ff.

Tettinger, Peter; Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen – ein Sachstandsbericht; in: NWVBl. 2005, 1 ff.

Theobald, Christian/Kafka, Axel; Vergabe von Verkehrsverträgen im Rahmen des SPNV; in: NZBau 2002, 604 ff.

Theobald, Christian/Michaels, Sascha; in: Koenig, Christian/Kühling, Jürgen/Theobald, Christian; Recht der Infrastrukturförderung – Ein Leitfaden für die Praxis; S. 187-213; Heidelberg 2004

Theobald, Christian/Siebeck, Jana; in: Koenig, Christian/Kühling, Jürgen/Theobald, Christian; Recht der Infrastrukturförderung – Ein Leitfaden für die Praxis; S. 351-391; Heidelberg 2004

Theobald, Christian; Aktuelle Entwicklungen des Infrastrukturrechts; in: NJW 2003, 324 ff.

Tomerius, Stephan; Kommunale Abfallwirtschaft und Vergaberecht; in: NVwZ 2000, 727 ff.

Tomerius, Stephan; Örtliche und überörtliche wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen – Zum aktuellen Diskussionsstand über die rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen in Literatur und

Rechtsprechung; in: netWork-Papers, Heft 6; S. 15 f.; Hrsg. Forschungsverbund netWorks; Berlin 2004

Tomerius, Stephan; Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen zwischen Gemeindegewirtschaft und Wettbewerbsrecht; in: LKV 2000, 41 ff.

Tucholke, Ulrich; Vermarktungschancen und Refinanzierungspotentiale kommunaler Internet-Portale; in: Kröger, Detlef; Internetstrategien für Kommunen; S. 63 – 90; Köln 2001

Uechtritz, Michael/Otting, Olaf; Das „ÖPP-Beschleunigungsgesetz“: Neuer Name, neuer Schwung für „öffentlich-private Partnerschaften?"; in: NVwZ 2005, 1105 ff.

Ulmer, Claus; IT-Outsourcing und Datenschutz bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben; in: CR 2003, 701 ff.

Vetter, Andrea; Das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge 1999 und 2000; in: NVwZ 2001, 745 ff.

Viefhues, Wolfram; Elektronische Justiz – Möglichkeiten und Grenzen; in: Bär, Wolfgang/Hohl, Michael/Möstl, Markus/Müller, Horst; Rechtskonformes eGovernment, eGovernment – konformes Recht; S.131 – 140; München 2004

Von Lucke, Jörn; Electronic Government in der Welt; in: Reiner mann, Heinrich; Regieren und Verwalten im Informationszeitalter; S. 186–200; Heidelberg 2000

Von Lucke, Jörn; Regieren und Verwalten im Informationszeitalter; Berlin 2003

Von Zwehl, Wolfgang; Neue Modelle kommunaler Verwaltung; in: Erichsen, Hans-Uwe; Kommunale Verwaltung im Wandel; München 1999

Vorgel, Peter/de Marne, Dieter; Innovative Betreibermodelle mit Public Private Partnership; in: Blaschke, Peter/Karrlein, Wolfgang/Zypries, Brigitte; E-Public; S. 283-295; Berlin 2002

Wagner, Volkmar/Steinkemper, Ursula, Zum Zusammenspiel von Kartellvergaberecht und Haushaltsvergaberecht - Insbesondere: Die subsidiäre Anwendbarkeit des Haushalts-Vergaberechts auf Vorgaben oberhalb der Schwellenwerte; in: NZBau 2006, 550

Weber, Martin; Public Private Partnership – Einbeziehung wirtschaftlicher Gesichtspunkte in die Vertragsgestaltung; Speyerer ÖPP-Tage 2006

Werner, Jürgen/Köster, Thomas; Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „entgeltlich“ i.S. von § 99 Abs. 1 GWB; in: NZBau 2003, 420 ff.

Werner, Michael Jürgen, in: Byok, Jan/Jaeger, Wolfgang; Kommentar zum Vergaberecht, Erläuterungen zu den vergaberechtlichen Vorschriften des GWB; Heidelberg 2000

Widtmann, Julius/Grasser, Walter; Bayerische Gemeindeordnung; Kommentar; München; Stand Mai 2005

Willenbruch, Klaus; Die Praxis des Verhandlungsverfahrens nach § 3 a Nr. 1 VOB/A und VOL/A; in: NZBau 2003, 422 ff.

Wirner, Helmut; Einzelne Privatisierungsakte als öffentliche Aufträge im Sinne des öffentlichen Vergaberechts; in: LKV 2004, 294 ff.

Wirner, Helmut; Kommunale Gesellschaften mit beschränkter Haftung und kommunale Aktiengesellschaften als öffentliche Auftraggeber gem. § 98 GWB; in: LKV 2004, 145 ff.

Wirner, Helmut; Kommunale Wohnungsunternehmen als öffentliche Auftraggeber im Sinn der EG-Vergaberichtlinien; Frankfurt am Main 2003

Zahrnt, Christoph; Überlassung von Software-Produkten; in: NJW 1996, 1798 ff.

Zeiss, Christopher; Wechselwirkungen zwischen kommunalem Wirtschaftsrecht und Vergaberecht; in: NZBau 2003, 475 ff.

Ziche, Christian/Wehnert, Anita; Konkretisierung der Voraussetzungen eines vergaberechtsfreien Inhouse-Geschäfts; in: Ernst & Young – Public Services Newsletter – Nr. 72 Dezember, 2006, S. 3

Ziekow, Jan/Spiegel, Thorsten; Die Vergabereichtspflichtigkeit von Partnerschaften der öffentlichen Hand – Neue Entwicklungstendenzen im Bereich der In-House-Geschäfte und der In-State-Geschäfte; in: VergabeR 2005, 145 ff.

Ziekow, Jan/Spiegel, Thorsten; Public Public Partnerships und Vergaberecht: Vergaberechtliche Sonderbehandlung der „Instate-Geschäfte?"; in: VerwArch 2005, 119 ff.

Ziekow, Jan; Der funktionale Auftraggeberbegriff des § 98 Nr. 2 GWB – ein Arkanum?; in: VergabeR 2003, 483 ff.

Ziekow, Jan; Verwaltungskooperationsrecht (Public Private Partnership) – Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz; Wissenschaftliches Gutachten erstattet für das Bundesministerium des Inneren; Juni 2001

Zugmaier, Oliver; Gemeindliche Unternehmen in Privatrechtsform; in: BayVBl. 2001, 233 ff.

Public Private Partnership zur Umsetzung von eGovernment in der Kommunalverwaltung unter besonderer Berücksichtigung des öffentlichen Vergaberechts bei der Gründung eines PPP-Gesellschaftsmodells

Kapitel 1: Einführung in die Themenstellung

I. eGovernment als neue zukunftsorientierte Organisationsstruktur der öffentlichen Hand

Die Staatsverschuldung in der Bundesrepublik Deutschland hat im Jahr 2006 auf allen Ebenen des föderalen Systems - bei Bund, Ländern und Kommunen - 1.480,6 Millionen € erreicht, und sie steigt rasant weiter.¹

Die öffentliche Hand sieht sich bei der Erfüllung ihres Verfassungsauftrags, den Bürgern ein funktionierendes Staatswesen einschließlich der Daseinsvorsorge zu gewährleisten, angesichts dieser negativen Finanz- und Haushaltslage nicht nur veranlasst, die Einnahmenseite durch Erschließung weiterer Ressourcen neu zu konzipieren, sie muss auch ihre Ausgaben in den Griff bekommen, um endlich wieder ausgeglichene Haushalte aufstellen zu können.²

Zur Kostenreduzierung bieten sich für die öffentliche Verwaltung effizientere Organisationsstrukturen und hier insbesondere neue Kommunikationstechniken an. War die öffentliche Verwaltungstätigkeit bisher auf den unmittelbaren Kontakt des Bürgers zu den Ämtern bzw. Behörden der öffentlichen Hand ausgerichtet, ist heute der Einsatz elektronischer Einrichtungen mit Internet gestützter Nutzung das Mittel der Wahl.³ Es ist von der „elektronischen Verwaltung“ die Rede, die unter dem Terminus „eGovernment“ zunehmend Einzug in die Amtsstuben hält.⁴

Werden diese auf dem Markt existierenden elektronischen Möglichkeiten im Sinne einer modernen und bürgernahen öffentlichen Verwaltung genutzt, werden sich unter der Regie des eGovernment die bestehenden Organisationsstrukturen der öffentlichen Hand grundlegend verändern. Diese Prognose gilt vor allem für die Kommunalverwaltung als öffentlichen Dienstleister.

1. Beteiligung Privater

Nach dem klassischen Selbstverständnis der öffentlichen Hand wäre zu erwarten, dass sie die Überleitung ihrer überkommenen Organisationsstruktur in die neue elektronische Verwaltung in Eigenregie erledigt. Jedoch haben die leeren öffentlichen Kassen dort einen Umdenkungs-

¹ Laut Angaben des Statistischen Bundesamt Deutschland vom 28.06.07, Quelle: www.presseportal.de

² Im föderalen System der Bundesrepublik Deutschland haben Bund und Länder prinzipiell diejenigen Kosten zu tragen, die sich aus der Wahrnehmung ihrer jeweiligen Aufgaben ergeben (Art. 104a GG). Zur Finanzierung teilen sie sich gem. Art. 106 GG die Einnahmen aus dem jährlichen Steueraufkommen. Soweit den Kommunen in Art. 28 Abs. 2 GG das Recht auf Selbstverwaltung eingeräumt ist, nehmen sie bei der Erfüllung der Kommunalaufgaben an der Verteilung des Steuereinkommens teil.

³ Vgl. Heckmann, IT-Beschaffung der öffentlichen Hand zwischen Haushalts- und Marktpolitik – Vergaberecht und Beschaffungsmanagement in historischer Perspektive, in: CR 2005, 711 ff.

⁴ Beispielsweise hat die Bundesregierung mit Kabinettsbeschluss vom 14.11.2001 das Projekt „Bund online 2005“ gestartet mit dem Ziel, alle internetfähigen Dienstleistungen der Bundesverwaltung den Bürgern und Privatunternehmen „online“ bereitzustellen. Die geschätzten Kosten für dieses Projekt belaufen sich auf ca. 1,65 Mrd. € (vgl. Peters, E-Government – eine kleine Tour d`horizon, in: CReport 2003, 68).

prozess eingeleitet. So gehen die unter der Finanznot besonders leidenden Kommunen bei der Realisierung ihrer öffentlichen Vorhaben in zunehmenden Maße Kooperationen mit der Privatwirtschaft ein, indem sie sowohl private Investoren daran beteiligen als auch deren Know-how nutzen wollen. Dabei vereinbaren sie die Rechtsform der „Public Private Partnership“ (PPP),⁵ mit der sie bereits positive praktische Erfahrungen bei diversen Infrastrukturmaßnahmen gemacht haben,⁶ wie bspw. beim Bau von Erschließungsstraßen, Tunnels oder Krankenhäusern,⁷ aber auch bei IT-Dienstleistungen in Rechenzentren.⁸

Es liegt also nahe, dass die Kommunen auch dann an die Anwendung von PPP-Modellen denken, wenn sie ihren Bürgern und Privatunternehmern ihre Dienstleistungen im Sinne einer „elektronischen Verwaltung“ anbieten wollen.

2. Berücksichtigung des Vergaberechts

Die Beteiligung privater Dritter bei der Implementierung des eGovernment mittels eines PPP-Modells in die traditionell gewachsenen öffentlichen Verwaltungsstrukturen führt zu einer Vielzahl rechtlicher Problemstellungen.⁹

Diese Arbeit wird ihren Schwerpunkt auf die unmittelbaren und mittelbaren Auswirkungen des öffentlichen Vergaberechts bei der Gründung und beim Betrieb eines PPP-Gesellschaftsmodells durch die (bayerische) Kommunalverwaltung im Zuge eines eGovernment-Projekts legen.¹⁰

II. Aufbau der Arbeit

Im folgenden 2. Kapitel dieser Arbeit befasst sich der Verfasser mit dem Stellenwert des elektronischen Verwaltungshandelns speziell in der öffentlichen Kommunalverwaltung.¹¹ Es wird die Funktionsweise des eGovernment erläutert und dieser Terminus als zentraler Begriff für die Modernisierung traditioneller Verwaltungsstrukturen vorgestellt mit dem Ziel der Einbindung von Bürgern und Privatwirtschaft.

⁵ Vgl. die Beiträge in Schuppert, *Jenseits von Privatisierung und schlankem Staat*; Bauer, *Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Aspekte der Gestaltung von Kooperationsverträgen bei Public Private Partnership*, in: DÖV 1998, 89; Engel, *Public Private Partnership im Bauen - Der Bayerische Weg - Sicht des Freistaats Bayern*, in: GewArch 2006, 179 ff.

⁶ Die Kommunen verwirklichen ca. 80 % aller durchgeführten PPP-Projekte (vgl. Lupp, *Die rechtlichen Rahmenbedingungen für PPP in Bayern - Bestandsaufnahme und Perspektiven aus Sicht der Bauindustrie*, in: GewArch 2006, 183 ff). Vgl. *PPP-Public Private Partnership zur Realisierung öffentlicher Baumaßnahmen in Bayern*, Teil 1 bis 3, Juli 2007, www.ppp.bayern.de

⁷ Vgl. auch Bundesverwaltungsamt, *Public Private Partnership im IT-Bereich*, Info 1713/Okttober 2002

⁸ Kooperationen in Form von Application Management über Desktop Services bis hin zum IT-Consulting. Vgl. auch das Projekt: ID Bremen GmbH.

⁹ Beispielsweise beim Datenschutz, im Haushaltsrecht, bei der steuerrechtlichen Behandlung oder im Falle der Personalüberleitung von Angestellten und Beamten des öffentlichen Dienstes.

¹⁰ Vgl. Bitkom - *Public Private Partnerships bei E-Government-Projekten*, Erfahrungen mit Risikopartnerschaften bei der IT-gestützten Modernisierung der öffentlichen Verwaltung, S. 7

¹¹ unter Berücksichtigung des bayerischen Kommunal- und Verwaltungsrechts

Die Kapitel 3 bis 5 beschreiben Public Private Partnership als geeignetes Kooperationsmodell zur Realisierung des kommunalen eGovernment im Sinne einer neuen Organisations- und Verwaltungsstruktur. Dabei wird die Privatisierung öffentlicher Aufgaben thematisiert. Neben Definition und Erläuterung von Aufgabe, Bedeutung und Funktionsweise der PPP wird deren Zulässigkeit nach dem bayerischen Kommunalrecht untersucht. Schließlich stellt der Verfasser einzelne PPP-Modelle vor, die für eGovernment-Projekte in Betracht kommen, wobei das PPP-Gesellschaftsmodell präferiert wird.

Als Schwerpunkt dieser Arbeit befassen sich die Kapitel 6 bis 8 mit den Auswirkungen des öffentlichen Vergaberechts auf PPP-Modelle, die eGovernment-Projekte umsetzen. Zum einen geht es um die Frage, ob das Vergaberecht schon bei der Gründung einer PPP-Gesellschaft zu beachten ist, zum anderen, inwieweit es für die weiteren Auftragsvergaben durch die neu installierte PPP-Gesellschaft relevant ist.

Das 9. Kapitel beschreibt, unter welchen Voraussetzungen das öffentliche Vergaberecht nicht zur Anwendung kommt.

Im 10. Kapitel werden weitere rechtliche Aspekte behandelt, die im Rahmen der Gründungs- und der Betriebsphase einer eGovernment-PPP zu beachten sind. Hier wird vor allem auf die Wechselbeziehungen zwischen Kommunal-, Wettbewerbs- und Vergaberecht eingegangen, soweit dies im Rahmen der Themenstellung von Bedeutung ist.

Das 11. Kapitel schließlich fasst die wesentlichen Ergebnisse dieser Arbeit als Thesen zusammen.

Kapitel 2: Electronic Government

I. eGovernment in der öffentlichen Verwaltung

Obleich sich der Terminus eGovernment in der öffentlichen Verwaltung etabliert hat, fällt die exakte Beschreibung von Sinn, Bedeutung und Funktionsweise immer noch schwer.

Stellt man darauf ab, dass hier die öffentliche Verwaltung ihre Leistungen auf elektronischem Wege anbietet oder erbringt, kann eGovernment sehr vereinfacht mit „elektronischer Verwaltung“ umschrieben werden. Doch würde die Beschränkung auf die elektronische Informations- und Kommunikationstechnologie der Bedeutung des eGovernment nicht gerecht werden, weil mit der bloßen Zurverfügungstellung von Informationen über ein Online-Portal, vergleichbar mit einer behördlichen Broschüre, die Möglichkeiten des modernen eGovernment längst nicht ausgeschöpft sind.¹²

eGovernment beinhaltet nicht nur die rein elektronische Abwicklung öffentlicher Verwaltungshandlungen, sondern es verändert gravierend die überkommenen Organisations- und

¹² Vgl. Peters, in: CR 2003, 68

Verwaltungsstrukturen der öffentlichen Hand.¹³ Dessen muss sich jede öffentliche Verwaltung vor der Implementierung bewusst sein, wenn sie darüber befindet, ob sie das eGovernment in Eigenregie betreiben oder ob sie eine Kooperation mit einem privaten Unternehmen eingehen will.

Mithin ist vorweg zu klären, was die öffentliche Verwaltung vom eGovernment erwarten kann.

1. Technische Entwicklung des eGovernment¹⁴

Die historische Entwicklung des eGovernment in Deutschland lässt sich in vier Zeitabschnitten darstellen, die den jeweiligen technischen Fortschritt in der elektronischen Kommunikation widerspiegeln:

In den fünfziger und sechziger Jahren des 20. Jahrhunderts hat die öffentliche Hand sukzessive die ersten Rechenautomaten eingeführt.¹⁵ Eine Vorreiterrolle nahm dabei die deutsche Steuerverwaltung ein, die bereits im Jahre 1952 Lochkartenanlagen zur Berechnung der Kraftfahrzeugsteuer benutzte.¹⁶ Dadurch war ein Automatisierungsgrad erreicht worden, der die Verarbeitungsgeschwindigkeit für damalige Verhältnisse um ein Vielfaches gesteigert hat.

Benötigte man zu Beginn der elektronischen Zeitrechnung in den siebziger Jahren noch Großraumcomputer in eigenen Rechenzentren, so wurden mit der Verbreitung der Mikroprozessertechnik die Rechnersysteme stetig „miniaturisiert“. Infolge der wachsenden Leistungsfähigkeit dieser Rechner und mit dem Aufkommen von Datenbank- und Dialogsystemen haben die elektronischen Anwendungen auch in der öffentlichen Verwaltung eine immer größere Bedeutung erlangt, so dass dort mit fortschreitender Qualifizierung des Personals effiziente Organisationsstrukturen entstanden sind.¹⁷

Eine signifikante Qualitätssteigerung der öffentlichen Verwaltungsprozesse vollzog sich mit der Entwicklung des Personal Computers (PC) für den Dienst- und Privatgebrauch. Dadurch ist anfangs der neunziger Jahre ein hohes Maß an Datenvernetzung auch innerhalb der öffentlichen Verwaltung erreicht worden, wobei sich bereits der Funktionswandel von der automatisierten zur informierenden Verwaltung abzeichnete.¹⁸

¹³ Vgl. Reiner mann, Verwaltungsreform und technische Innovationen – ein schwieriges Dauerverhältnis, in: Kubicek, Multimedia@Verwaltung, Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft, S. 12

¹⁴ Vgl. Groß, Die Informatisierung der Verwaltung, in: VerwArch 2004, 400, (401); Blönnigen/Wulff, Kommune im Internet – Die strategische Dimension, in: Kröger, Internetstrategien für Kommunen, S. 15-17

¹⁵ Vgl. Kilian/Wind, Vernetzte Verwaltung und zwischenbehördliche Beziehungen, in: VerwArch 1997, 499, (500)

¹⁶ Vgl. Groß, in: VerwArch 2004, 400, (401)

¹⁷ Vgl. Blönnigen/Wulff, a.a.O., S. 16

¹⁸ Vgl. Blönnigen/Wulff, a.a.O., S. 16

Der Quantensprung geschah Mitte der neunziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts durch die Entwicklung virtuell vernetzter Datensysteme wie Internet¹⁹ und anderer Informations- und Kommunikationssysteme.²⁰ Dies war der Startschuss für die Vernetzung der öffentlichen Hand mit den Bürgern und Privatunternehmen. Die dadurch möglich gewordene Information, Kommunikation und Interaktion kann als der Beginn des modernen eGovernment bezeichnet werden.²¹ Dieses neue Verwaltungsinstrument wird sich künftig in Richtung „Mobiles Government“ entwickeln, das sich auf Datendienste stützt,²² worüber elektronische Transaktionen durch mobile Endgeräte auch räumlich unabhängig abgewickelt werden können.²³

2. Bürokratie als Auslöser des eGovernment

Will man Bedeutung und Tragweite des modernen eGovernment verstehen, muss man sich ein Bild von der tradierten Verwaltungspraxis der öffentlichen Hand machen. Diese ist seit jeher vom hoheitlichen Handeln geprägt, tritt dem Bürger im Über- und Unterordnungsverhältnis gegenüber und regelt ihre Verwaltungsaufgaben und Dienstleistungen durch positive oder negative Entscheidungen, ganz gleich, ob es sich um den Erlass von Verwaltungsakten oder um die Gewährung von Leistungen der Daseinsvorsorge handelt.²⁴ Die öffentliche Verwaltung übt dabei die Funktion eines behördlichen Scharniers zwischen Obrigkeit und Bürgern aus, indem sie sich eines exakt reglementierten Verfahrens nach den Prinzipien der Gleichbehandlung und Kontrollierbarkeit bedient.²⁵

Die Idee der überkommenen Bürokratie ist, dass sich die legale Beherrschung eines Verwaltungsapparates am besten durch formalisiertes Verfahrensrecht über einen „bürokratischen“ Verwaltungsapparat verwirklichen lässt, der die Gleichmäßigkeit des Verwaltungsvollzuges und die Nachprüfbarkeit der Verwaltungshandlungen gewährleistet.²⁶

¹⁹ Das Internet wurde etwa im Jahre 1993 aus dem universitären Bereich herausgelöst und der Allgemeinheit zur Nutzung geöffnet (vgl. dazu: Groß, in: VerwArch 2004, 400 (402)).

²⁰ V.a. Intranet, ISDN, Wap- fähige Handys oder UMTS

²¹ Dafür ursächlich war u.a. auch das Aufbrechen des staatlichen Monopols im Telekommunikationssektor durch Maßnahmen der EG, die einen freien, leistungsfähigen und wachstumsträchtigen Wettbewerb geschaffen haben (vgl. Britz, Funktion und Funktionsweise öffentlicher Unternehmen im Wandel: Zu den jüngsten Entwicklungen im Recht der kommunalen Wirtschaftsunternehmen, in: NVwZ 2001, 380, (380/390). Vgl. auch Stern, Postreform zwischen Privatisierung und Infrastrukturgewährleistung, in: DVBl. 1997, 309; Ebsen, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, in: DVBl. 1997, 1039 ff.; Erhard, Die Zulässigkeit kommunaler Internet-Aktivitäten, S. 1/2). Mit der endgültigen Liberalisierung des Telekommunikationssektors zum 01.01.1998 gelten die Prinzipien der freien Marktwirtschaft und der Gewerbefreiheit (vgl. Müller, Zur verfassungsrechtlichen Problematik kommunaler Unternehmen auf dem Telekommunikationsmarkt, in: DVBl. 1998, 1256).

²² Vgl. Groß, in: VerwArch 2004, 400, (402)

²³ Vgl. Frischmuth/Karrlein, Aktuelle Trends im Electronic und Mobile Business, in: Blaschke/Karrlein/Zypries, E-Public, S. 12 u. 14 f.

²⁴ Vgl. Landsberg, eGovernment in Kommunen – Grundlagen und Orientierungshilfen, S. 7

²⁵ Vgl. Budäus/Finger, Stand und Perspektiven der Verwaltungsreform in Deutschland, in: Die Verwaltung 1999, 311, (314)

²⁶ Vgl. Reineremann, Das Internet und die öffentliche Verwaltung, in: DÖV 1999, 20, (21). Diese Art der Kommunikation mit den Bürgern hat bereits Max Weber im Jahre 1922 in seiner Abhandlung über „Wirtschaft und

In diesem formalisierten System dürfen die Amtshandlungen oder Dienstleistungen nur von der jeweils kraft Gesetzes örtlich und sachlich zuständigen Behörde wahrgenommen werden. Das bedeutet, dass sich die Bürger als Antragsteller eines hoheitlichen Akts (z.B. Baugenehmigung) oder einer Leistung der Daseinsvorsorge (z.B. Kanalanschluss) ausschließlich und unmittelbar bei und mit der für diese Amtshandlung zuständigen Behörde auseinandersetzen müssen, wobei diese Behörde die Kontaktierung mit dem Antragsteller örtlich wie zeitlich nach ihren eigenen Vorstellungen regelt.

Diese formalisierte Kommunikation mit den Behörden wird jedoch zunehmend von den Bürgern und vor allem von Seiten der Wirtschaft als zeitaufwändig, formalistisch und belastend, mithin im Wortsinne als "bürokratisch" empfunden.²⁷ Die Meinung der Bevölkerung ist heute davon geprägt, dass der hierarchische Verwaltungsaufbau mit seiner Bürokratie regelmäßig langwierige Entscheidungsprozesse hervorruft, denen sich der Bürger ausgeliefert fühlt, weil er auf deren Verlauf nur geringen Einfluss hat. In der Realität wird deshalb der Ruf nach Entbürokratisierung, Deregulierung und effizienteren Verwaltungsstrukturen und -methoden immer lauter.

3. Interaktives eGovernment als modernes Lebenslagenkonzept

Im gleichen Maße, wie die Anforderungen der modernen Leistungsgesellschaft an die öffentliche Verwaltung steigen,²⁸ wird ein rein bürokratisches Verwaltungshandeln nach traditionellem Muster²⁹ nicht mehr als effizient angesehen.³⁰ Die Bereitstellung und Nutzung der neuen Informations- und Kommunikationssysteme (ITK-Technik) durch die öffentliche Verwaltung für die sachgerechte Erledigung ihrer öffentlichen Aufgaben ist damit unverzichtbar geworden.

Sicherlich war die öffentliche Verwaltung bereits in der Vergangenheit bestrebt, ihre internen Organisationsstrukturen und Geschäftsprozesse mit Hilfe der herkömmlichen elektronischen Datenverarbeitung (EDV) zu optimieren.³¹ Will sie aber den Bürgern und der Privatwirtschaft auch künftig eine schnelle und zuverlässige Erfüllung der nachgefragten öffentlichen Leistungen sichern, muss sie die in der Privatwirtschaft bereits erprobten kommunikativen Entwick-

Gesellschaft" wie folgt als Kennzeichen einer funktionierenden Bürokratie beschrieben: „Die rein bürokratische ...Verwaltung ist nach allen Erfahrungen die an Präzision, Stetigkeit, Disziplin, Straffheit und Verlässlichkeit, also Berechenbarkeit für den Herrn wie für die Interessenten,die rein technisch zum Höchstmaß der Leistung vervollkommenbare Form der Herrschaftsausübung.“

²⁷ Vgl. Landsberg, a.a.O., S. 11

²⁸ Vgl. Blönnigen/Wulff, a.a.O., S. 3

²⁹ Vgl. Reinermann, in: DÖV 1999, 20, (21)

³⁰ Dieses Handicap der öffentlichen Verwaltung tritt angesichts leerer Haushaltskassen besonders dort zu Tage, wo es am gemeinsamen Zugriff der Behörden auf verbindende Informationssysteme fehlt.

³¹ Vgl. Landsberg, a.a.O., S. 15

lungen auch nach außen zur Anwendung bringen,³² indem sie sich der Möglichkeiten der modernen IT-Technik bedient.³³

Der technische Auslöser für diese Beschleunigung der Verwaltungsabläufe liegt in der virtuellen Mobilität von Datensystemen wie Internet oder Intranet.³⁴ Erst durch diese vernetzten elektronischen Systeme ist die grundlegende Wende der öffentlichen Verwaltung im Sinne der Interaktion mit dem Bürger möglich geworden, weil dadurch Amtshandlungen und Dienstleistungen, die informatisierbar und zugleich portalfähig sind, unabhängig von Zeit, Ort, Organisation und Personalpräsenz, elektronisch nicht nur nach außen angeboten, sondern von dort auch ohne Weiteres abgerufen werden können,³⁵ wenn dies in einer „speziellen Lebenslage“ des Bürgers oder der Privatwirtschaft als Nutzer erforderlich wird. Es wird hier vom sogenannten Lebenslagenkonzept gesprochen,³⁶ das zu signifikanten Effizienzsteigerungen bei den öffentlichen Leistungsprozessen³⁷ führen und sich als Erfolg versprechende Innovation der klassischen behördlichen Kommunikationswege und Geschäftsprozesse erweisen soll.³⁸

Damit unterscheidet sich das moderne eGovernment ganz wesentlich von den herkömmlichen EDV-Anwendungen. Es handelt sich hier um eine komplexe und dynamische Fortentwicklungen der IT-Technik im Gefolge der Globalisierung und Internationalisierung der Geschäftsabläufe,³⁹ die bereits in der Privatwirtschaft Einzug gefunden hat und nun auf die öffentliche Verwaltung einwirkt.⁴⁰ Sie wird dort den Übergang einer vorwiegend bürokratisch orientierten Administration auf effizientere Geschäftsabläufe realisieren und neue Verwaltungsmodelle bzw. Verwaltungssysteme initiieren, die trotz knapper Finanzressourcen die künftigen Ansprüche der Bürger bzw. der Privatwirtschaft an die öffentliche Verwaltung bewältigen können.

Dieses neue Verwaltungsverständnis orientiert sich an den Grundsätzen des „New Public Managements“ und der „Neuen Steuerungsmodelle“ und beinhaltet eine Vielzahl von Reform-

³² Vgl. Landsberg, a.a.O., S. XI

³³ Vgl. Müller, eGovernment als neue Herausforderung, in: Gisler/Spahni, eGovernment – Eine Standortbestimmung, S. 3-12

³⁴ Betrifft künftig insb. die allgemeinen Verwaltungsverfahren wie (elektronische) Antragstellung, Akteneinsicht, Bürgerbeteiligung, (elektronische) Bescheide, Planfeststellungsverfahren, Widerspruchsverfahren etc. (siehe dazu auch §§ 9 ff. und 63 ff. (Bay)VwVfG).

³⁵ Vgl. Lenz, E-Government und E-Nonprofit. Management von Internetprojekten in Verwaltung und Nonprofit-Organisationen, S. 48-49; Reiner mann, Der öffentliche Sektor im Internet, S. 13

³⁶ Vgl. Lenk, Das eine Fenster zu allen Verwaltungs- und Dienstleistungen, in: Gora/Bauer, Virtuelle Organisation im Zeitalter von E-Business und E-Government, S. 349

³⁷ Vgl. von Lucke, Regieren und Verwalten im Informationszeitalter, S. 35; Reiner mann, Von „EDV in der öffentlichen Verwaltung“ zu „Electronic Government“, in: Auf dem Weg zu eGovernment – Hessens Kommunen im Internet, S. 4

³⁸ Vgl. Naujokat/Eufinger, Barrieren und Hindernisse des eGovernment aus Sicht der Wirtschaft, in: von Lucke/Reiner mann, Electronic Government in Deutschland, S. 94

³⁹ Vgl. Budäus/Finger, in: Die Verwaltung 1999, 311, (315)

⁴⁰ Vgl. Landsberg, a.a.O., S. 15

elementen.⁴¹ Ihnen allen ist gemeinsam, dass sie sich an den Methoden und Wirkungsmechanismen des ökonomischen Wettbewerbs orientieren.⁴² Sie beabsichtigen die Abkehr vom klassischen Über- und Unterordnungsverhältnis hin zum partnerschaftlichen Rollenverständnis zwischen Bürger und öffentlicher Verwaltung. Ihr Ziel ist, die öffentlichen Aufgaben und Finanzierungssysteme transparenter zu gestalten. Deshalb forcieren sie auch neue Formen der Arbeitsteilung durch Kooperation der öffentlichen Hand mit privaten Unternehmen.⁴³

In diesem Innovationsprozess kommt dem eGovernment eine besonders wichtige Funktion zu, weil es die Fortschritte der elektronischen Informations- und Kommunikationstechnik in das Gesamtkonzept des New Public Managements integriert⁴⁴ und gleichzeitig die Geschäftsprozesse der öffentlichen Verwaltung nach innen und außen reformiert.⁴⁵

Dabei wird es unvermeidlich zu einem Medienbruch zwischen Papierakte und elektronischer Kommunikation kommen.⁴⁶ Der Bürger muss nicht mehr bei der Behörde vor Ort sein Anliegen vortragen, vielmehr werden künftig die Daten unmittelbar zwischen dem Bürger und der öffentlichen Verwaltung fließen. Hier ist die Trennlinie zu sehen zwischen der überkommenen Verwaltung, die man noch am Schriftverkehr erkennt, und der modernen zukunftsorientierten Verwaltung, die sich bereits der neuen Informationstechnologien bedient. Es werden sukzessive die originären Verwaltungsprozesse an die spezifischen Aktionsweisen der neuen Medien angepasst und der Parteienverkehr vor Ort auf ein virtuelles Portal verlagert, mit der Folge, dass das bisherige Verwaltungshandeln in Papierform künftig mehr und mehr elektronisch abgewickelt und nur noch dann auf die Schriftform zurückgegriffen wird, wenn z.B. der Adressat der Verwaltungshandlung den Vorgang wieder ausgedruckt haben will.

Freilich versteht die Verwaltungspraxis heute das eGovernment überwiegend noch so, dass es das herkömmliche Verwaltungshandeln lediglich ergänzt, aber noch nicht ersetzt. Mehr wäre auch kurzfristig nicht zu realisieren, weil längst noch nicht jedes Verwaltungshandeln elektronisch darstellbar ist,⁴⁷ bspw. bei behördlichen Ermessensentscheidungen⁴⁸ oder wenn das per-

⁴¹ Vgl. Reinermann, Der öffentliche Sektor im Internet – Veränderungen der Muster öffentlicher Verwaltungen, S. 3; Budäus/Finger, in: Die Verwaltung 1999, 311 ff.; Boehme-Neßler, Electronic Government: Internet und Verwaltung, in: NVwZ 2001, 374, (375); Schliesky, Auswirkungen des E-Government auf Verfahrensrecht und kommunale Verwaltungsstrukturen, in: NVwZ 2003, 1322; Schliesky, E-Government – Schlüssel zur Verwaltungsmodernisierung oder Angriff auf bewährte Verwaltungsstrukturen, in: LKV 2005, 89; Zu den Neuen Steuerungsmodellen: Blönnigen/Wulff, a.a.O., S. 5.

⁴² Vgl. Budäus/Finger, in: Die Verwaltung 1999, 311, (317)

⁴³ Dabei verknüpfen sie aus ökonomischen Gründen ganz bewusst die Entscheidungskompetenz mit der Finanzierungspflicht (vgl. Budäus/Finger, in: Die Verwaltung 1999, 311, (322)).

⁴⁴ Vgl. Boehme-Neßler, in: NVwZ 2001, 374, (375)

⁴⁵ Vgl. Schliesky, in NVwZ 2003, 1322, (1326)

⁴⁶ Vgl. Landsberg, a.a.O., S. 6

⁴⁷ Vgl. auch die rechtliche Problematik der elektronischen Signaturen.

⁴⁸ Vgl. Lenk, in: Gora/Bauer, Virtuelle Organisation im Zeitalter von E-Business und E-Government, S. 354-355

sönliche Erscheinen des Antragstellers bei der Behörde erforderlich wird.⁴⁹ Auch könnten verfassungsrechtliche Überlegungen wie der Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG gegen die vollständige Elektronisierung des Schriftverkehrs zwischen Behörde und Bürgern sprechen, da nicht allen Bevölkerungsschichten der Zugang zu diesen elektronischen Verwaltungsverfahren - etwa aus finanziellen Gründen oder mangels persönlicher Fähigkeiten - möglich sein dürfte.⁵⁰ Deshalb ist es wichtig, dass eine aufgeklärte Bevölkerung heranwächst, die diese neuen elektronischen Angebote nicht einfach hinnimmt, sondern für deren Anwendung ausgebildet ist und mit den neuen Medien umzugehen versteht, wenn das eGovernment Erfolg haben soll. Hierzu hat die Privatwirtschaft bereits die Vorreiterrolle übernommen.

II. Definitionen⁵¹

1. eGovernment

Im Schrifttum lässt sich noch keine einheitliche Definition des Terminus „eGovernment“ erkennen.

Die bei der öffentlichen Hand seit nahezu vierzig Jahren zur Anwendung kommende Allgemeine oder Elektronische Datenverarbeitung (ADV/EDV) vermag die Konzeption des modernen eGovernment bei weitem nicht auszufüllen. Eine Identität besteht nur insoweit, dass eGovernment auch die Verwendung von Informations- und Kommunikationstechniken bei der Abwicklung von Geschäftsprozessen in der öffentlichen Verwaltung umfasst.⁵²

Häufig wird zur Begriffsbestimmung die so genannte Speyerer Definition herangezogen.⁵³ Sie bezeichnet eGovernment als „Abwicklung geschäftlicher Prozesse im Zusammenhang mit Regieren und Verwalten (Government) mit Hilfe von Informations- und Kommunikationstechniken über elektronische Medien.“⁵⁴ Der Fokus ist hier auf die technische Durchführung öffentlicher Aufgaben mittels elektronischer Informations- und Kommunikationssysteme gerichtet.

Der Fachausschuss Verwaltungsinformatik der Gesellschaft für Informatik e.V. und des Fachbereichs 1 der Informationstechnischen Gesellschaft im VDE ziehen den Anwendungsbereich

⁴⁹ Z.B. § 6 Abs. 1 S. 2 PaßG; Art. 5 Abs. 1 S. 2 BayPersonalausweisG (nach S. 2 sind aber Ausnahmen zugelassen).

⁵⁰ D.h., die Verwaltungsbehörde muss dem Bürger neben dem elektronischen auch weiterhin das herkömmliche Verwaltungsverfahren zur Verfügung stellen.

⁵¹ Vgl. auch Müller, E-Government-Begriffe – Stand – Perspektiven, in: Bär/Hohl/Möstl/Müller, a.a.O., S.9

⁵² Vgl. Müller, in: Bär/Hohl/Möstl/Müller, a.a.O., S. 10/11; Landsberg, a.a.O., S. 11

⁵³ Vgl. Müller, in: Bär/Hohl/Möstl/Müller, a.a.O., S. 10/11; Landsberg, a.a.O., S. 11; Schliesky, in: NVwZ 2003, 1322; Eifert/Stapel-Schulz, Organisation der „virtuellen Stadt“ in Public Private Partnerships, in: ZögU 2002, 276, (281); Hill, eGovernment – Mode oder Chance zur nachhaltigen Modernisierung der Verwaltung?, Quelle: <http://www.d.h.v-speyer.de/hill/Publikationen/E-Gov.pdf>, S. 1; Karger/Rüß/vom Scheidt, E-Government, in: Blanke/von Bandemer/Nullmeier/Wewer, Handbuch zur Verwaltungsreform, S. 137

⁵⁴ Vgl. Reiner mann/von Lucke, E-Government – Gründe und Ziele, in: Reiner mann/von Lucke, Electronic Government in Deutschland – Ziele, Stand, Barrieren, Beispiele, Umsetzung, S. 1

weiter und subsumieren unter eGovernment „... die Durchführung von Prozessen der öffentlichen Willensbildung, der Entscheidung und der Leistungserstellung in Politik, Staat und Verwaltung unter sehr intensiver Nutzung der Informationstechnik.“⁵⁵ Die elektronische Unterstützung wird dabei als Mittel der Wahl für die Abwicklung von öffentlichen Entscheidungsprozessen gesehen. Es kommt zum Ausdruck, dass eGovernment nicht nur als elektronischer Umsetzungsvorgang, sondern als Gesamtansatz für das komplexe staatliche Verwaltungshandeln betrachtet wird. Jedoch bleibt diese Definition weitgehend auf die klassische Hoheitsverwaltung beschränkt, weil sie noch nicht die Bürger, die Wirtschaft oder die Verbände und sonstigen Gruppierungen als eigenständige Akteure ins eGovernment mit einbezieht.

Eine andere Ansicht versteht eGovernment als zweiteiligen Begriff: Demnach umschreibt „electronic“ die instrumentale und handwerkliche Ausübung der öffentlichen Aufgabenstellung bzw. Dienstleistung, die sich in Verbindung mit „government“ als Vision einer veränderten Wahrnehmung der öffentlichen Verwaltung erweist.⁵⁶ Weil diese Konzeption eine neue Partnerorientierung im Verhältnis der öffentlichen Verwaltung zu den Bürgern darstellt, wird hier der Begriff eGovernment als Paradigmenwechsel von der Hoheitsverwaltung zur kooperativen Administration gesehen.⁵⁷

Auch die Europäische Kommission hat eine eigene Definition des eGovernment entwickelt.⁵⁸ Nach ihrem Verständnis beinhaltet eGovernment die Anwendung von Informations- und Kommunikationstechnologien im öffentlichen Sektor, und zwar sowohl intern als auch im Geschäftsverkehr mit dem Bürger. Diese Definition bezieht zwar bereits die Beteiligung der Bürger mit ein, versteht aber eGovernment noch nicht als eine Konzeption, die die überkommenen Verwaltungsstrukturen und -prozesse sukzessive verbessern bzw. ablösen soll.

Eine weitere Meinung im Schrifttum fasst die bisher genannten Definitionen zusammen und versteht eGovernment als die systemprägende Verwendung digitalisierter Informationen bei der Wahrnehmung von Aufgaben durch die öffentliche Verwaltung.⁵⁹ Dieser Ansatz basiert auf einem zielorientierten Verständnis, das nicht (nur) auf die Gestaltungsform bei der Durchführung von Geschäftsprozessen abstellt, sondern auf die fortschreitende Durchdringung des

⁵⁵ Vgl. Müller, in: Bär/Hohl/Möstl/Müller, a.a.O., S. 10/11; Landsberg, a.a.O., S. 11; Stember, Public Private Partnerships – Zukunftsmodelle für öffentliche Verwaltungen, S. 28

⁵⁶ Vgl. Landsberg, a.a.O., S. 5

⁵⁷ Ein solch neues qualitatives Verständnis wird dem eGovernment bereits bei der Durchführung eines Projekts der Media@Komm beigemessen, wo eGovernment „alle Aspekte des Regierens und Verwaltens“ (öffentliche Willensbildung, Entscheidungsfindung, Leistungserstellung und Leistungserbringung, Partizipation) erfasst, „sofern sie durch die Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologien unterstützt und verbessert werden können“ (vgl. Müller, in: Bär/Hohl/Möstl/Müller, a.a.O., S. 10/11; Landsberg, a.a.O., S. 11 und S. 48 (Quelle: DifU03)). Diese Definition sieht eGovernment nicht nur als unterstützendes Mittel für öffentliches Verwaltungshandeln, sondern als bestimmendes Instrument zur qualitativen Verbesserung der Verwaltungsprozesse. Hier rückt deutlich der Gedanke der Partizipation mit privaten Akteuren in den Vordergrund.

⁵⁸ Vgl. Müller, in: Bär/Hohl/Möstl/Müller, a.a.O., S. 11 und S. 48

⁵⁹ Vgl. Müller, in: Bär/Hohl/Möstl/Müller, a.a.O., S. 11/12

öffentlichen Sektors mit Informationstechniken und den daraus resultierenden Veränderungen. Sie möchte bewusst auf die einschränkende Bezugnahme „Regieren und Verwalten“ verzichten und dafür auf das finalisierende Element des eGovernment als Prägung künftiger Verwaltungsstrukturen abstellen.

Eine schlüssige Definition des eGovernment gibt die Bertelsmannstiftung an die Hand, wenn sie erläutert, dass eGovernment sowohl die strategische und operative Nutzung von Kommunikationstechnologien zum Zweck einer internen Prozessreorganisation, zur Bereitstellung von Informationen und Dienstleistungen (Transaktionen) als auch die Bürgerpartizipation an öffentlichen Diskussions- und Entscheidungsprozessen erfasst.⁶⁰

Als Resümee bleibt festzuhalten, dass sich zwar der Begriff eGovernment juristisch noch nicht exakt definieren lässt, dass aber allen Definitionsversuchen ein visionäres Gesamtkonzept für ein neues partnerschaftliches Verwaltungshandeln innewohnt. Gemeint ist, dass sich eGovernment im Sinne des New Public Management als ein strategisches Konzept zur Modernisierung, Umstrukturierung und Qualitätssteigerung des öffentlichen Verwaltungshandelns und der zugrunde liegenden Verwaltungsstrukturen empfiehlt, das die Verwaltungsabläufe ganzheitlich betrachtet und neben der elektronischen Umsetzung einen Paradigmenwechsel von der Hoheitsverwaltung zu einer kunden- und bürgerorientierten sowie partnerschaftlichen öffentlichen Verwaltung herbeiführen will.⁶¹

Unter diesem Blickwinkel erweist sich eGovernment als Fortentwicklung des traditionellen verwaltungsorientierten Zuständigkeitsdenkens in ein bürgerorientiertes Lebenslagenkonzept, das die öffentliche Verwaltung als übergreifende Institution versteht, wo in einer Hand nicht nur die relevanten Lebenssachverhalte und die bisher unterschiedlichen öffentlichen Zuständigkeiten koordiniert, sondern auch private und kommerzielle Leistungen angeboten werden können.⁶² Das eGovernment ist vergleichbar mit einer Verwaltungsreform, die den Bedürfnissen der Bürger und der Privatwirtschaft an eine moderne öffentliche Verwaltung gerecht werden soll.

2. Begriffsabgrenzungen

Im Zusammenhang mit eGovernment kommt es zu Überschneidungen mit Begriffen wie eAdministration, eDemocracy, eLegislation, eJustice oder eCommerce. Dies liegt in der Aufteilung der staatlichen Gewalt in Legislative, Exekutive und Judikative begründet, die allesamt

⁶⁰ Vgl. Public Private Partnership im E-Government – Formen, Instrumente und Entwicklungsschritte öffentlich-privater Kooperationen. Eine Studie der Bertelsmann Stiftung in Zusammenarbeit mit der Universität Kassel, Gütersloh, Juni 2003, S. 5

⁶¹ Vgl. von Lucke, Electronic Government in der Welt, in: Reiner mann, Regieren und Verwalten im Informationszeitalter, S. 186

⁶² Vgl. Schliesky, in: NVwZ 2003, 1322, (1323)

von den modernen Informations- und Kommunikationssystemen berührt werden.⁶³ Jedoch können nur die Tätigkeiten der Exekutive und Legislative als originäres administratives Handeln verstanden werden, während die Maßnahmen der Judikative aufgrund ihrer unabhängigen Organstellung im Staatsaufbau lediglich regulativ in die administrativen bzw. legislativen Entscheidungen hineinwirken. eGovernment ist somit als Oberbegriff für die elektronische Umsetzung von Handlungen in den Bereichen Exekutive und Legislative zu verstehen.⁶⁴

2.1. eAdministration

Unter eAdministration wird der elektronische Prozessablauf im Zuge eines gesetzlich formalisierten behördlichen Verwaltungsverfahrens i.S.d. Art. 9 ff. (Bay)VwVfG verstanden, wenn unter Einsatz von Informations- und Kommunikationssystemen (IT-Technik) hoheitliche Handlungen wie bspw. Verwaltungsakte, Allgemeinverfügungen oder öffentlich-rechtliche Verträge zustande kommen. Dazu gehören auch die behördliche Informationstätigkeit, die Auskunftserteilung sowie die Geschäftsprozesse innerhalb und zwischen den Behörden. Insofern ist eAdministration Teil des eGovernment.⁶⁵

2.2. eLegislation

Auch die Legislative kann sich im Zeitalter der Informationstechnik den elektronischen Medien nicht entziehen. Zwei Begriffe prägen in diesem Zusammenhang die Diskussion: Zum einen wird von eParlament gesprochen, wenn es um die Beziehung zwischen Bürger und Parlament geht, zum anderen von eLegislation, wenn der Gesetzgebungsprozess selbst Gegenstand des elektronischen Verfahrens ist.⁶⁶

2.3. eDemocracy

Unter eDemocracy versteht man die Anwendung der modernen elektronischen Informations- und Kommunikationssysteme beim politischen Informationsaustausch zur Stärkung der demokratischen Teilhabe und bei der Durchführung von Wahlen (eVoting).⁶⁷ eDemocracy wird von den politischen Institutionen, insbesondere von den Parteien und Regierungsorganen genutzt. Diese Systeme dienen unter Beachtung des in Art. 6 EG (EGV),⁶⁸ Art. 20 Abs. 1 und 2 GG,

⁶³ Vgl. Hohl, Vorwort, in: Bär/Hohl/Möstl/Müller, a.a.O., S. 5

⁶⁴ Vgl. Karger/Rüß/vom Scheidt, in: Blanke/von Bandemer/Nullmeier/Wewer, a.a.O., S. 137

⁶⁵ Vgl. Schmitz, Rechtsfragen elektronischer Verwaltungsverfahren, in: Bär/Hohl/Möstl/Müller, a.a.O., S. 99

⁶⁶ Vgl. Küster, Gesetzgebung im Informationszeitalter, in: Bär/Hohl/Möstl/Müller, a.a.O., S. 67

⁶⁷ Vgl. Karger/Rüß/vom Scheidt, in: Blanke/von Bandemer/Nullmeier/Wewer, a.a.O., S. 137; Rüß, E-democracy – Demokratie und Wahlen im Internet, in: ZRP 2001, 518 f.

⁶⁸ Vertrag über die Europäische Union i.d.F. vom 2.10.1997 (BGBl. 1998 II S. 454) in der konsolidierten Fassung des EUV vom 7.2.1992 (BGBl. 1992 II S. 1251)

Vgl. Deinert, Partizipation europäischer Sozialpartner an der Gemeinschaftsrechtsetzung, in: RdA 2004, 211, (222)

Art. 28 GG verankerten Demokratieprinzips der breiten Öffentlichkeit als Zugang zu Gesetzesinitiativen und Gesetzesentwürfen oder kommen bei elektronischen Abstimmungen oder Umfragen zur Anwendung.⁶⁹

2.4. eJustice

Mit dem Begriff eJustice ist weit mehr verbunden als nur die Unterstützung der Schreibdienste in den Justizbehörden oder die Daten- und Terminverwaltung über EDV. Gemeint ist die interne und externe Vernetzung von Gerichten, Rechtsanwälten und Behörden. Das eröffnet weitreichende Perspektiven für eine Kommunikation, die als elektronischer Rechtsverkehr von der rechtsverbindlichen Interaktion unter den Verfahrensbeteiligten über die Klageerhebung und Zustellung prozessualer Erklärungen bis hin zu gerichtlichen Entscheidungen reicht. Zum elektronischen Rechtsverkehr werden auch die elektronische Aktenführung⁷⁰ und Archivierung⁷¹ gerechnet.⁷²

2.5. eCommerce

Hingegen wird unter dem Begriff eCommerce die elektronische Abwicklung des privaten Geschäftsverkehrs verstanden. Man verbindet damit nicht nur Information und Kommunikation im Geschäftsleben, sondern auch die rechtswirksame Erledigung des Geschäftsverkehrs durch virtuelle Transaktionen, z.B. beim Abschluss von Verträgen. Nachdem die privatwirtschaftlichen Unternehmen seit langem ihre Geschäftsdaten über in sich geschlossene, firmeneigene Kommunikationsnetze austauschen (Intranet), hat sich mit der Ausweitung des Internets die Abwicklung des externen Geschäftsverkehrs über virtuelle Plattformen und Netzwerke etabliert.⁷³ Daher definiert sich nach dem Verständnis der Wirtschaft das eCommerce als Unterstützung der Handelsaktivitäten über Kommunikationsnetze.⁷⁴

⁶⁹ Vgl. Ruffert, eDemocracy, in: Bär/Hohl/Möstl/Müller, a.a.O., S. 54/55. Der Bürger ist handelnder Akteur, wenn er bspw. als Wahlberechtigter diese Kommunikationstechniken nutzt (vgl. Bogumil, Auf dem Weg zur Bürgerkommune? Der Bürger als Auftraggeber, Mitgestalter und Kunde, in: Kubicek, Multimedia@Verwaltung. Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft, S. 51-61).

⁷⁰ Z.B. §§ 110a – 110c OWiG (auf der Grundlage der elektronischen Kommunikation gem. §§ 3a, 9, 10 VwVfG)

⁷¹ Z.B. § 49d OWiG

⁷² Vgl. Viefhues, Elektronische Justiz – Möglichkeiten und Grenzen, in: Bär/Hohl/Möstl/Müller, a.a.O., S. 131/132. Im Umgang mit den elektronischen Akten sind die Rechtsgrundlagen anzuwenden, wie sie für die Papierakten gelten (vgl. Britz, Reaktion des Verwaltungsverfahrenrechts auf die informationstechnische Vernetzung der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, S. 257).

⁷³ Vgl. Taupitz/Kritter, Electronic Commerce – Probleme bei Rechtsgeschäften im Internet, in: JuS 1999, 839

⁷⁴ Das präzisiert die Aufgabenabwicklung in der Praxis. Demnach wird eCommerce verstanden bspw. als Einsatz von Kommunikationsprotokollen, Sicherheitsinfrastruktur, digitales Geld, Electronic Shopping-Malls, elektronischer Datenaustausch, Smart Cards, mobiler und/oder intelligenter Agent, Verhandlungsprotokoll und Verhandlungsstrategie, elektronischer Notar, Zertifizierungsautorität, interorganisationales Workflow Management, elektronischer Vertrag und Technologie zur Anbahnung und Durchführung von Handelstransaktionen im Internet (vgl. Merz, E-Commerce und E-Business, S. 19/20).

Die Abgrenzung zum eGovernment ist von besonderer Bedeutung, weil das eCommerce das Vorbild bzw. das private Spiegelbild für das eGovernment der öffentlichen Hand ist. Die Privatwirtschaft hat nämlich schon lange vor der öffentlichen Verwaltung die Notwendigkeit und die Vorteile der elektronischen Datennutzung über virtuelle Datenautobahnen erkannt. Während also eCommerce den privaten Wirtschaftsverkehr bereits weitgehend elektronisch abbildet, ist das eGovernment erst auf dem Weg, die öffentlichen Verwaltungs- und Dienstleistungen elektronisch zu erfassen bzw. anzubieten und die öffentlichen Verwaltungsstrukturen dementsprechend anzupassen. Dabei kann sich die öffentliche Hand der aus dem eCommerce gewonnenen Erfahrungen bedienen, insbesondere wenn es um Problemstellungen beim Datenaustausch, bei der Datensicherheit, der elektronischen Bezahlung oder der Haftung geht.

III. Grundstrukturen des eGovernment in der Kommunalverwaltung

Ogleich die Umschreibung des eGovernment mit elektronischer Verwaltung schlüssig erscheint, ist es schwierig, die diesem Begriff zugrunde liegende Konzeption auf einen einfachen Nenner zu bringen. Ursächlich dafür sind die sehr komplexen organisatorischen, rechtlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen des eGovernment auf die Dienstleistungen der öffentlichen Hand. Nachfolgend werden die Grundstrukturen der neuen Beziehungssysteme aufgezeigt, die das eGovernment als „virtuelle Verwaltung“ im Kommunalbereich kennzeichnen.⁷⁵

1. Aufgabenstellung und Träger des eGovernment

Als funktionale Bezugsobjekte des eGovernment in der bayerischen Kommunalverwaltung sind primär die (klassischen) kommunalen Aufgabenfelder in Art. 11, 83 BV und Art. 7, 8, 57, 58 BayGO zu nennen, aber auch solche Aufgabenstellungen, die erst mit der Einrichtung und dem Betrieb des eGovernment erwachsen.⁷⁶ Als Träger des eGovernment kommen alle kommunalen Rechtspersonen wie die Gemeinden, Landkreise, Bezirke, Zweckverbände, kommunalen Anstalten, aber auch Kooperationen der Kommunen mit privaten Dritten in Betracht.⁷⁷

⁷⁵ unter Bezugnahme auf die bayerische Kommunalverwaltung

⁷⁶ Vgl. Müller, in: Bär/Hohl/Möstl/Müller, a.a.O., S. 12; Karger/Rüß/vom Scheidt, in: Blanke/von Bandemer/Nullmeier/Wewer, a.a.O., S. 138 f.; Roßnagel, Das elektronische Verwaltungsverfahren – Das Dritte Verwaltungsverfahrenänderungsgesetz, in: NJW 2003, 469 ff.; Roßnagel, Die neue Signaturverordnung, in: BB 2002, 261 ff.; Landsberg, a.a.O., S. 105-161; Reiner mann, Der öffentliche Sektor im Internet, S. 72-87; Boehme-Neßler, in: NVwZ 2001, 374 f.

⁷⁷ Vgl. Müller, in: Bär/Hohl/Möstl/Müller, a.a.O., S. 12. Ob zu diesen öffentlichen Aufgaben auch die Einführung von eGovernment gehört, wird in Kapitel 3, II. 3.2. behandelt.

2. Internes und externes eGovernment

eGovernment findet innerhalb von Verwaltungseinheiten der öffentlichen Hand (internes eGovernment), aber auch zwischen Behörden und privaten Dritten (externes eGovernment) statt.⁷⁸

Die Beziehungen der nach außen abgegrenzten Organisationseinheiten der öffentlichen Verwaltung (Behörden) untereinander werden ebenso zum internen eGovernment gerechnet wie die Interaktionen innerhalb und zwischen selbständigen öffentlichen Verwaltungsträgern (Bund, Ländern und Kommunen).⁷⁹

Unter dem Begriff externes eGovernment wird dagegen die elektronische Interaktion über Internetportale zwischen öffentlicher Verwaltung und Bürgern, Privatwirtschaft und Verbänden als externe Dritte verstanden.⁸⁰

Diese Arbeit befasst sich mit dem externen eGovernment im Kommunalbereich.

3. Die Beziehungssysteme zwischen öffentlicher Verwaltung und Dritten

Die am externen eGovernment Beteiligten lassen sich schwerpunktmäßig in drei Beziehungssysteme einteilen:⁸¹

Im Mittelpunkt des ersten Beziehungssystems steht der Bürger sowohl als Empfänger von Informationen und Entscheidungen der Kommunen (Government to Citizen/ G2C) als auch als Antragsteller.⁸² Der Bürger fragt hier auf elektronischem Weg Informationen nach, stellt Anträge,⁸³ erhält Bescheide, gibt Steuererklärungen ab, zahlt Steuern oder tilgt Schulden.⁸⁴

Das zweite Beziehungssystem erfasst die elektronischen Interaktionen zwischen den Kommunen und der Privatwirtschaft (Government to Business/G2B).⁸⁵

Auch hier sind die Interaktionen vielfältig. Es fallen schwerpunktmäßig darunter die Bezahlung von Steuern (vgl. „Elster“⁸⁶) und von Sozialversicherungsbeiträgen oder Verwaltungsdienste wie bspw. Kfz-Zulassungen, Meldebescheinigungen, Baugenehmigungen, wobei vor allem die elektronische Beschaffung (eProcurement) an Bedeutung gewinnt.⁸⁷ Das Bezie-

⁷⁸ Vgl. von Lucke, a.a.O., S. 32

⁷⁹ Vgl. Erhard, a.a.O., S. 5 u. 13

⁸⁰ Vgl. Erhard, a.a.O., S. 5; Holznagel/Krahn/Werthmann, Electronic Government auf kommunaler Ebene – Die Zulässigkeit von Transaktionsdiensten im Internet, in: DVBl. 1999, 1477 ff.; Müller, in: Bär/Hohl/Möstl/Müller, a.a.O., S. 13

⁸¹ Vgl. Mehlich, Electronic Government – Die Elektronische Verwaltungsreform, Grundlagen – Entwicklungsstand – Zukunftsperspektiven, S. 63 ff.; Müller, in: Bär/Hohl/Möstl/Müller, a.a.O., S. 13; von Lucke, a.a.O., S. 32; Sember, a.a.O., S. 29

⁸² Vgl. Reinermann, in: DÖV 1999, 20, (22). Im Vordringen befindet sich die Rolle des Bürgers als „Entscheidungsakteur“. Zunehmend werden hier die Anwendungsfälle der eDemocracy diskutiert.

⁸³ Unter Verwendung der elektronischen Signatur (§ 3a Abs. 2 SigG). Die Signatur gewährleistet, dass Antrag bzw. Formular von der Behörde stammt und vom Antragsteller ausgefüllt wurde.

⁸⁴ Vgl. Mehlich, a.a.O., S. 64-70

⁸⁵ Jedoch ist die Eingrenzung dieses Beziehungssystems nicht immer eindeutig, weil oftmals auch die dritte Gruppe, die Verbände und Non-Profit Organisationen, dazu gezählt wird (vgl. Mehlich, a.a.O., S. 70).

⁸⁶ Einzelheiten unter www.elster.de

⁸⁷ Vgl. Mehlich, a.a.O., S. 71 und 283 ff.

hungssystem G2C/G2B ist deshalb von Bedeutung, weil die Nutzung elektronischer Medien auf dem privatwirtschaftlichen Sektor bereits große Akzeptanz erlangt hat und durchgehend verbreitet ist. Dort sind längst elektronische Marktplätze installiert, über die mit Hilfe moderner Internet-Technologie der Austausch von Daten und Dienstleistungen stattfindet.⁸⁸

Das dritte Beziehungsgeflecht betrifft die Interaktionen zwischen der öffentlichen Verwaltung und den gesellschaftlichen Organisationen und Verbänden, die elektronische Verwaltungs- und Dienstleistungen in Anspruch nehmen.

IV. Die Leistungsprozesse

Die elektronischen Interaktionen des eGovernment finden in Form der Information, Kommunikation und Transaktion statt, die auch Gradmesser des jeweiligen technischen Entwicklungsstands sind.

1. Information

Die Informationsangebote stellen in technischer, organisatorischer und rechtlicher Hinsicht die unterste Stufe der Leistungsprozesse dar.⁸⁹ Der Bereich Information beinhaltet grundsätzlich die Bereitstellung elektronisch abrufbarer Informationsdaten, ohne dass es zu einer individuellen Interaktion und Kommunikation zwischen dem Dritten und der öffentlichen Verwaltung kommt. Der Dritte ist hier lediglich Interessent oder Empfänger von Informationen,⁹⁰ die er über Verwaltungsportale und Webseiten abrufen. Mit dem Begriff Informationsprozess ist aber nicht nur das reine Abfragen von bereitgestellten Informationen gemeint, sondern er beinhaltet auch die Möglichkeit des Download von Online-Formularen, die multimediale Aufbereitung der Informationsangebote, die applikationsgesteuerte Informationsauswahl mit Datenbankanbindung sowie die Suchmöglichkeiten durch Volltext-Suchmaschinen oder Avatare.⁹¹ Umgekehrt kann auf diesem Weg die öffentliche Verwaltung auch Informationen vom Bürger erhalten, z.B. in Form von Beschwerden.⁹²

Die Informationsangebote lassen sich schwerpunktmäßig unterscheiden als⁹³

- Bündelung der Informationsangebote des öffentlichen Verwaltungsträgers,

⁸⁸ Business to Business – Austausch (B2B)

⁸⁹ Vgl. Lenz, a.a.O., S. 37

⁹⁰ Vgl. Eifert/Püschel/Stapel-Schulz, Rechtskonformes E-Government – Antworten auf Kernfragen beim Bau eines virtuellen Rathauses, Leitfaden des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, S. 56 f.

⁹¹ Vgl. Mehlich, a.a.O., S. 78

⁹² Vgl. Mehlich, a.a.O., S. 80; Hoge/Dokters, Verwaltung im WWW – Die interaktive Stadt Emsdetten, in: Kröger, a.a.O., S. 275 - 284

⁹³ Ausführlich: Eifert/Püschel/Stapel-Schulz, a.a.O., S. 15-18

- Integration von zusätzlichen Informationsangeboten ausgegliederter kommunaler Einrichtungen und Unternehmen,
 - organisatorische Verselbständigung dieser Informationsangebote,
 - Integration zusätzlicher Informationsangebote von privaten Dritten und
 - Bündelung regionaler Informationsangebote
- auf einem zentralen Portal.

2. Kommunikation

Der nächste Entwicklungsschritt ist die Kommunikation zwischen der öffentlichen Verwaltung und Dritten.⁹⁴

Hier kommt es zu einer echten Interaktion zwischen den Akteuren, z.B. bei einer rechtsverbindlichen Auskunftseinholung im Verwaltungsverfahren gem. Art. 9 ff. BayVwVfG.⁹⁵ Diese umfasst aber noch nicht den Antrag auf Erlass einer Entscheidung (z.B. Verwaltungsakt), vielmehr bleibt es bei der reinen Kommunikation zwischen Bürger bzw. Privatunternehmen und der öffentlichen Verwaltung, auch wenn dabei moderne Medien wie E-Mail oder öffentliche Chat- und Diskussionsforen benutzt werden.⁹⁶

Für diese interaktive Kommunikation gewinnen die öffentlich-rechtlichen Formvorschriften des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts an Bedeutung.⁹⁷ Können einfache Informations- bzw. Zuständigkeitsabfragen noch formlos von der Verwaltung per Telefon oder E-Mail beantwortet werden, erfordern bestimmte förmliche Verfahren die Unterschrift, die Vorlage von Unterlagen oder bisweilen das persönliche Erscheinen vor der Behörde. Damit stets die Rechtssicherheit gewahrt bleibt, muss das elektronische Verwaltungshandeln exakt auf den vom Verwaltungsverfahrenrecht vorgegebenen rechtlichen Rahmen abgestimmt sein. Um dies gewährleisten zu können, sind bereits neue Verfahrensmethoden wie die elektronische Signatur⁹⁸ oder das eProcurement⁹⁹ entwickelt worden, die die traditionellen Kommunikationswege der öffentlichen Verwaltung ergänzen und teilweise schon ersetzen.¹⁰⁰

⁹⁴ Ausführlich: Eifert/Püschel/Stapel-Schulz, a.a.O., S. 59 f.; Mehlich, a.a.O., S. 81 ff.

⁹⁵ Antrag und Erlass eines Verwaltungsaktes sind dem Bereich der Transaktionsangebote zuzurechnen.

⁹⁶ Vgl. Eifert/Püschel/Stapel-Schulz, a.a.O., S. 59

⁹⁷ Problematik der fälschungssicheren Datenübertragung.

⁹⁸ Vgl. Roßnagel, Rechtliche Unterschiede von Signaturverfahren, in: MMR 2002, 215 f.; Roßnagel, in: BB 2002, 261 ff.

⁹⁹ Vgl. Lamm/Ley/Weckmüller, Elektronische Vergabe öffentlicher Aufträge „e-Vergabe“ 2006, in: VOL-Handbuch unter Berücksichtigung der Europäischen Vergaberichtlinien, Teil C 7, Anhang 7

¹⁰⁰ Vgl. Mehlich, a.a.O., S. 81 f.

3. Transaktion

Die Transaktion stellt die höchste Stufe der Interaktion zwischen öffentlicher Verwaltung und externen Dritten dar, weil sich erst hier das umfassende rechtsverbindliche Verwaltungshandeln über elektronische Medien realisiert.¹⁰¹

Hier erfordert der unmittelbare Zugriff auf das elektronische Verwaltungsangebot, etwa bei Anträgen auf Ausstellung eines Personalausweises, auf Kfz-Zulassung oder bei Ummeldung des Wohnsitzes, die eindeutige Identifizierung des Dritten und eine fälschungssichere Datenübertragung im Sinne von Authentizität und Identität. Dies wiederum stellt hohe Anforderungen an die technische, organisatorische und rechtliche Ausgestaltung¹⁰² der (elektronischen) Verwaltungsabläufe.¹⁰³

In der Transaktion ist der eigentliche Start des modernen eGovernment zu sehen, weil dort die Leistungsprozesse Information, Kommunikation und Transaktion über die elektronischen Medien dergestalt miteinander verbunden sind, dass eine partnerschaftliche öffentliche Verwaltung entstehen kann, die ihre Dienstleistungen den Bürgern und Unternehmen umfassend anbietet. Nach den bisherigen Erfahrungen sei die Prognose erlaubt, dass sich das moderne eGovernment auf diesem Weg weiterentwickeln wird. Künftig wird der Bürger die notwendigen Behördenformulare, seinen Führerschein, den Kraftfahrzeugbrief oder den Personalausweis grundsätzlich auf elektronischem Wege beantragen und gleichsam als Kunde bestellen können.

V. Das öffentliche Verwaltungsportal als virtueller Knotenpunkt im eGovernment

Will eine Kommunalverwaltung als öffentliche Rechtsperson mit Bürgern und Privatunternehmen elektronisch kommunizieren und interagieren, muss sie als Service-Provider ein Verwaltungsportal anbieten.¹⁰⁴

Unter einem öffentlichen Verwaltungsportal wird ein virtueller Knotenpunkt verstanden, der originäre Verwaltungsangebote der öffentlichen Hand thematisch zusammenfasst und darüber hinaus weitere Dienstleistungen als so genannte Mehrwertdienste erbringt.¹⁰⁵ Das Verwal-

¹⁰¹ Vgl. Eifert/Püschel/Stapel-Schulz, a.a.O., S. 56/65; Mehlich, a.a.O., S.76/77

¹⁰² Siehe z.B. Signaturgesetz (SigG), Verwaltungsverfahrensgesetz (§ 3a Abs. 2 VwVfG), Zivilrecht (§§ 126 Abs. 3, 126a BGB, §§ 292a, 371 ZPO)

¹⁰³ Vgl. dazu bspw. Batz, Elektronische Behördengänge unter Nutzung elektronischer Signaturen, in: Kröger, a.a.O., S. 134-162. In den jeweiligen Geschäfts- bzw. Verwaltungsvorgängen können Elemente aus allen drei Leistungsprozessen enthalten sein. Beispielsweise wäre eine gebührenpflichtige Akteneinsicht dem Informationsprozess und dem Transaktionsprozess zuzurechnen (vgl. Mehlich, a.a.O., S. 80).

¹⁰⁴ Neben dem Informationsangebot ermöglicht der Service Provider die Kommunikation und Transaktion zwischen den beteiligten Akteuren (vgl. Erhard, a.a.O., S. 18/19).

¹⁰⁵ Vgl. Eifert, Verwaltungsportale – Rechtsfragen einer neuen bürgerorientierten Verwaltungseinrichtung, in: Bär/Hohl/Möstl/Müller, a.a.O., S. 114 - 116; so auch: Karrlein, Chancen virtueller Marktplätze, in: Blaschke/Karrlein/Zypries, E-Public, S. 128; Schuppan/Reichard, eGovernment: Von der Mode zur Modernisierung, in: LKV 2002, 105, (107 f.)

tungsportal ist kein fest umgrenztes körperliches Gebilde, vielmehr besteht hier eine Infrastruktur aus Hard- und Software mitsamt organisatorischer Verknüpfung in der öffentlichen (kommunalen) Verwaltung. Diese Einrichtung eröffnet den Verwaltungs- und Dienstleistungen der öffentlichen Hand den Zugang in das elektronische Medium des World Wide Web.¹⁰⁶ Dort werden Informationen gebündelt und katalogisiert sowie die Bildung einer „community“ (virtuelle Gemeinschaft) ermöglicht. Die Ausgestaltung dieses Verwaltungsportals ist jeweils vom Leitbild bzw. den Intentionen des öffentlichen Verwaltungsträgers abhängig.¹⁰⁷ Auf dem Verwaltungsportal¹⁰⁸ können über die Leistungsprozesse der Information, Kommunikation und Transaktion die von der öffentlichen Verwaltung angebotenen originären Verwaltungsleistungen wie Informationen und Auskünfte oder die Erteilung von Bescheiden und Genehmigungen elektronisch abgerufen werden.¹⁰⁹ Darüber hinaus eröffnet sich dort ein weiterer großer Anwendungsbereich in Form der so genannten Mehrwertdienste.¹¹⁰ Hier handelt es sich um zusätzliche (elektronische) Dienstleistungen, die keine originären öffentlichen Verwaltungsleistungen sind,¹¹¹ sowie um private Angebote des Güter- und Leistungsaustausches (eCommerce), die über so genannte Link-Listen oder Firmenverzeichnisse abgerufen werden.¹¹² Die elektronischen Datennetze (Internet) ermöglichen es, das Verwaltungsportal z.B. als Refinanzierungsquelle durch Werbeanzeigen,¹¹³ als Instrument der kommunalen Vermarktung¹¹⁴ bzw. der Wirtschaftsförderung¹¹⁵ oder zur Standortsicherung der Wirtschaft zu nutzen.¹¹⁶ Mit dem „virtuellen Rathaus“ und der „virtuellen Stadt/Gemeinde“ haben sich dabei Einrichtungen herausgebildet, die in ihrer spezifischen Funktion virtuelle Knoten- bzw. Zugangs-

¹⁰⁶ Das Verwaltungsportal stellt als „öffentliche Einrichtung“ i.S.d. Art. 21 BayGO einen Leistungsapparat zur Erledigung von Bürgerbedürfnissen dar, mit der Folge, dass der Gemeindeangehörige gem. § 15 BayGO einen Rechtsanspruch auf Zugang zu dieser (virtuellen) öffentlichen Einrichtung hat (vgl. Eifert, Die rechtliche Sicherung öffentlicher Interessen in Public Private Partnerships, in: VerwArch 2002, 561, (574)).

¹⁰⁷ Vgl. statt vieler: Dögl/Ehrhardt, Zukunft der „Stadt komplett im Netz“? – Virtuelle Rathäuser in virtuellen Marktplätzen, in: Kröger, a.a.O., S. 163 ff.

¹⁰⁸ Zugang im Sinne eines Internet-Access- Providers (vgl. Erhard, a.a.O., S. 25)

¹⁰⁹ Z.B. Fahrerlaubnis, Baugenehmigung, für Kfz-Zulassung, Einwohnermeldewesen, Ausstellung elektronischer Dokumente oder Ausweise, Formularserver, ePayment, eProcurement.

¹¹⁰ Vgl. auch Kapitel 4, I. 4. Mehrwertdienst (value added service) ist in der öffentlichen Telekommunikation ein Dienst, der auf einem Basisdienst beruht, zusätzliche Leistungen anbietet und dadurch auch eine zusätzliche Einnahmequelle ermöglicht.

¹¹¹ Über die Online-Plattform lassen sich bspw. sog. Payment- oder auch Verschlüsselungsdienste anbieten. Ferner kann das Portal als Email Provider auftreten und Emails an die Nutzer ausgeben.

¹¹² Vgl. Mehlich, a.a.O., S. 223

¹¹³ Vgl. Erhard, a.a.O., S. 20/21

¹¹⁴ durch Lizenzierung; vgl. Erhard, a.a.O., S. 22.

¹¹⁵ So auch Erhard, a.a.O., S. 26

¹¹⁶ Vgl. Tuscholke, Vermarktungschancen und Refinanzierungspotentiale kommunaler Internet-Portale, in: Kröger, a.a.O., S. 63 - 90

punkte darstellen.¹¹⁷ Auch sie sind öffentliche Verwaltungsportale, die sich lediglich durch die dort angebotenen umfassenderen Leistungen unterscheiden.

Kommunale öffentliche Verwaltungsportale verkörpern ein virtuelles Rathaus, wenn dort lediglich Verwaltungsvorgänge bzw. originäre Verwaltungsleistungen elektronisch abgebildet werden. Wenn aber nach Maßgabe des Lebenslagenkonzepts das gesamte kommunale Gemeinwesen mit all seinen öffentlich-rechtlichen und privaten Informations-, Kommunikations- und Transaktionshandlungen erscheint, spricht man von einer virtuellen Gemeinde bzw. Stadt.¹¹⁸ Sie ist die elektronische Nachbildung des traditionellen Marktplatzes einer Kommune und zugleich ein Forum mit Mehrwertfunktionen, auf dem sich Bürger, Wirtschaft und Verwaltung treffen.¹¹⁹ Auf diese Weise lässt sich die Idee einer ökonomisch arbeitenden qualifizierten öffentlichen Verwaltung umfassend realisieren.¹²⁰

VI. Auswirkungen auf die gesetzlich vorgegebenen Zuständigkeitskompetenzen¹²¹

Das vorgestellte Konzept des modernen eGovernment lässt erahnen, welche Potenziale die fortschreitende Entwicklung der Informations- und Kommunikationssysteme für die öffentliche Verwaltung insgesamt hat. Es wäre technisch durchaus möglich, den Bürgern und der Wirtschaft eine punktuelle Konzentration aller öffentlichen Verwaltungs- und Dienstleistungen über einen einzigen Online-Account (Zugang) bei einem öffentlichen Betreiber mit persönlichem Login zur Verfügung zu stellen, über den sämtliche ins Internet gestellten Verwaltungsleistungen von Bund, Ländern oder Kommunen angeboten und abwickelt werden (so genannte Single-Sign-On - Zugang).¹²²

Eine solch umfassende Konzentration ließe sich aber derzeit nur realisieren, soweit dies nach geltendem Recht möglich ist. Die öffentlich-rechtlichen Normen über die örtliche und sachliche Zuständigkeit des jeweiligen Verwaltungsträgers (Bund, Länder und Gemeinden) beschränken jedoch diesen extensiven Einsatz des eGovernment noch ganz erheblich.

Die verfassungsrechtlich der öffentlichen Verwaltung vorgegebene Zuständigkeitsordnung basiert zum einen auf dem Föderalismusprinzip und zum anderen auf der traditionell hierar-

¹¹⁷ Die Domain „stadtname.de“ wird (regelmäßig) als virtuelle(s) Rathaus/Stadt vom kommunalen Träger verantwortet (vgl. Eifert, in: VerwArch 2002, 561, (564)).

¹¹⁸ Vgl. Dögl/Ehrhardt, in: Kröger, a.a.O., S. 166/167

¹¹⁹ Vgl. Dögl/Ehrhardt, in: Kröger, a.a.O., S. 165. Im Sprachgebrauch kann der Begriff des Verwaltungsportals gleichbedeutend mit dem des virtuellen Marktplatzes benutzt werden. Beide Begriffe beschreiben im Grunde ein und dieselbe virtuelle Einrichtung, die dem Nachfrager Leistungen der öffentlichen Verwaltung anbietet.

¹²⁰ Vgl. Schedler, eGovernment und neue Servicequalität der Verwaltung?, in: Gisler/Spanhi, eGovernment – Eine Standortbestimmung, a.a.O., S. 37. Das in den Kommunalverwaltungen bisher existierende eGovernment in seiner realen Ausprägung kann erst als Einstieg in eine virtuelle Behörde (Rathaus) oder virtuelle Stadt (Marktplatz) bezeichnet werden (vgl. unter vielen: Möller, Das virtuelle Rathaus der Stadt Hagen – ein Praxisbericht, in: Kröger, a.a.O., S. 229 – 260; Klinger, Das virtuelle Rathaus der Stadt Hagen, in: Blaschke/Karrlein/Zypries, E-Public, S. 71-89)

¹²¹ Vgl. dazu eingehend: Schliesky, in: NVwZ 2003, 1322, (1326 f.)

¹²² Vgl. Mehlich, a.a.O., S. 101

chischen Aufgabenverteilung zwischen Bund, Ländern und Gemeinden, die in Art. 70 ff. GG normiert ist. Das Grundgesetz will auf diese Weise gewährleisten, dass prinzipiell immer diejenige öffentlich-rechtliche Rechtsperson mit der höchsten Kompetenz die jeweilige öffentliche Aufgabe erfüllt. Dieser Gedanke findet sich auch in Art. 28 Abs. 2 GG, der den Kommunen das Selbstverwaltungsrecht garantiert, wenn und soweit spezifisch kommunale Aufgaben anstehen. Dies ist Ausfluss des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips in Art. 20 GG, der den Bürgern Rechtssicherheit durch Transparenz, Kompetenz und Zurechenbarkeit des öffentlichen Handelns gewährleistet.

Die Realisierung des oben beschriebenen Single-Sign-On - Zugangs, dessen Absicht es ist, über ein öffentliches virtuelles Verwaltungsportal ein umfassendes elektronisches Verwaltungs- und Dienstleistungsangebot abzubilden, bei dem der Zugriff von Zeit, Ort und Personal unabhängig ist und bei dem - im Sinne des Lebenslagenkonzepts - zusätzliche elektronische Mehrwert-Dienste angeboten werden, stünde also noch zu der von der Verfassung vorgegebenen Aufgabenverteilung im Widerspruch.

Selbst wenn man hilfsweise eGovernment als eine materielle Gemeinschaftsaufgabe von Bund, Ländern und Kommunen ansieht, käme es zu den gleichen Problemen, weil der Kreis der Gemeinschaftsaufgaben in Art. 91a GG abschließend geregelt und eGovernment dort nicht beinhaltet ist.¹²³

Wenn eGovernment als Konzept für die Veränderung der Verwaltungsorganisationen von Bund, Ländern und Kommunen verstanden wird, sind die Art. 84 Abs. 1, 85 Abs. 1 GG tangiert, wonach die Einrichtung einer Behörde grundsätzlich Ländersache ist. Würden diese eGovernment als Single-Sign-On - Zugang implementieren, könnte dies zu einer Verletzung der kommunalen Selbstverwaltungshoheit des Art. 28 Abs. 2 GG führen, der für eine solche Maßnahme die Legitimation durch ein kommunales Entscheidungsgremium verlangt¹²⁴

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass derzeit virtuelle Verwaltungsportale nur nach Maßgabe der aktuell für Bund, Ländern und Kommunen jeweils geltenden Zuständigkeitskompetenzen realisiert werden können. Nur in diesem Rahmen lässt sich das vom eGovernment präferierte Lebenslagenkonzept verwirklichen. Eine Änderung dieser örtlichen und sachlichen Zuständigkeitsregelungen bedeutet einen erheblichen Eingriff in die bisherige verfassungsrechtliche Zuständigkeitsordnung. Die Absicht, alle Verwaltungs- und Dienstleistungen über ein einziges virtuelles Verwaltungsportal auf kommunaler Ebene darzustellen, scheidet derzeit noch an den

¹²³ Nach der aktuellen Zuständigkeitsaufteilung zwischen Bund, Ländern und Kommunen kann eine kommunale Rechtsperson die Aufgaben für einen anderen kommunalen Verwaltungsträger nur übernehmen, wenn eine rechtliche Grundlage existiert (Gesetzesvorbehalt; Verwaltungs-/Amtshilfe); andernfalls muss sie auf dessen Zuständigkeit verweisen.

¹²⁴ Vgl. Schliesky, in: NVwZ 2003, 1322, (1326). Die Selbstverwaltungsgarantie gewährleistet auch die Wahlfreiheit, mit wem die Kommunalverwaltung eine bestimmte öffentliche Aufgabe erfüllen will (vgl. DVBl. 2000, 981, (983)).

normierten Kompetenzebenen für Bund, Länder und Gemeinden.¹²⁵ Die angestrebte umfassende Realisierung des eGovernment mit all seinen technischen Möglichkeiten bedarf also erst einer entsprechenden Neuregelung der Zuständigkeiten durch den Gesetzgeber.¹²⁶

VII. Zwischenergebnis

Unter eGovernment ist jenes Verwaltungshandeln der öffentlichen Hand zu verstehen, das mittels moderner IT-Systeme Dritten über virtuelle Verwaltungsportale angeboten wird. Dadurch werden Bürger und Privatwirtschaft in die Lage versetzt, sich räumlich und zeitlich unabhängig beim öffentlichen Verwaltungsträger zu informieren, mit diesem zu kommunizieren und ggf. rechtsgeschäftlich zu verkehren. eGovernment ist das Synonym für ein modernes, zukunftsorientiertes partnerschaftliches elektronisches Verwaltungsangebot des öffentlichen Verwaltungsträgers über seine hoheitlichen und kommerziellen Dienstleistungen, das im Sinne eines bürger- und kundenorientierten Lebenslagenkonzepts die überkommenen bürokratischen Verwaltungsstrukturen der öffentlichen Hand ablösen soll. Diese Einrichtungen werden zukünftig die reale Kommunalverwaltung nachhaltig reformieren.

Kapitel 3: Public Private Partnership in der (bayerischen) Kommunalverwaltung

Bei der Realisierung eines eGovernment - Projekts sieht sich die öffentliche Hand nicht nur komplexen technologischen und rechtlichen Problemen gegenüber, sondern es stellt sich ihr auch die Frage, in welcher Organisationsform die angestrebte Lösung umgesetzt werden soll.¹²⁷ Sie muss berücksichtigen, dass Planung, Implementierung und Betrieb eines eGovernment-Projekts noch weitgehend Neuland sind und beim Schritt von den reinen Informations- zu den interaktiven Kommunikations- und Transaktionsprozessen anspruchsvolle Infrastrukturmaßnahmen wie elektronische Signaturen und Bezahlssysteme notwendig werden, die hohe Fachkompetenz und erheblichen Kapitaleinsatz erfordern. Deshalb wird auch die bayerische Kommunalverwaltung Überlegungen anstellen, ob sie den komplexen Aufgabenverbund¹²⁸ eines eGovernment-Projekts in Eigenregie realisieren kann oder ob sie dies in Kooperation mit einem finanzkräftigen und fachkompetenten privaten Dritten im Wege der Public Private Partnership bewerkstelligen will.¹²⁹

¹²⁵ eGovernment bleibt dennoch ein gewichtiges Argument für notwendige Veränderungen in den öffentlichen Verwaltungsstrukturen, damit im Rahmen des gesetzlich Möglichen die Effizienz der öffentlichen Verwaltung in der modernen Leistungsgesellschaft durch übergreifende Verwaltungs- und Dienstleistungen gesteigert werden kann (vgl. Schliesky, in: NVwZ 2003, 1322, (1327)).

¹²⁶ Z.B. im Rahmen der sog. Föderalismusreform.

¹²⁷ Vgl. Mehlich, a.a.O., S. 222

¹²⁸ Vgl. dazu Tab. 50 in: Mehlich, a.a.O., S. 225

¹²⁹ Vgl. Mehlich, a.a.O., S. 222 u. 228 f.. Da die konkreten Ausprägungen des Internetauftritts stark variieren können, kommen unterschiedliche Kooperationsformen in Frage (vgl. Eifert, in: VerwArch 2002, 561, (563)).

I. Public Private Partnership als angelsächsisches Vorbild

Vorbildfunktion hat die angelsächsische Tradition, privates Kapital und Fachwissen im Wege der Kooperation bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit einzubeziehen.¹³⁰ In Großbritannien sind derartige Partnerschaften bereits Ende der 70er Jahre des vergangenen Jahrhunderts insbesondere bei Projekten der Stadtentwicklung und der Regionalförderung vereinbart worden, um auch bei knapper öffentlicher Haushaltslage zügig Defizite der kommunalen Infrastruktur beheben zu können. Auch in den USA nutzt man längst PPP als Instrument der kommunalen Wirtschaftsförderung. Als in den 80er Jahren (des vergangenen Jahrhunderts) in den USA unter Präsident Ronald Reagan und in Großbritannien unter Premierministerin Margaret Thatcher verstärkt ein Trend zur Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen ausgelöst wurde, blieb in Kontinentaleuropa die PPP noch die Ausnahme.¹³¹ Zwar wird auch in Deutschland seit den 20er Jahren die Energieversorgung als Aufgabe der Daseinsvorsorge grundsätzlich von privaten Energiekonzernen wahrgenommen,¹³² doch hat ansonsten die Kooperation der öffentlichen Hand mit privaten Dritten bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben erst in den 90er Jahren sukzessive Fuß gefasst. Heute reicht auch in Deutschland das Aufgabenspektrum der PPP von öffentlichen Infrastrukturmaßnahmen bis zur klassischen Hoheitsverwaltung.¹³³ Es liegt somit nahe, dass sich PPP-Modelle auch bei der Umsetzung eines kommunalen eGovernment-Projekts anbieten.

1. Public Private Partnership als Reform der öffentlichen Verwaltung

Unter öffentlicher Verwaltung wird jede planmäßige Tätigkeit der Behörden bzw. Verwaltungsstellen der öffentlichen Hand zur Reglementierung, Sicherung und Gestaltung des gesellschaftlichen Lebens im Rahmen der geltenden Verfassungs- und Rechtsordnung nach Maßgabe der regierungspolitischen Leitentscheidungen verstanden.¹³⁴ Träger der öffentlichen Verwaltung sind neben dem Staat die selbständigen kommunalen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts (kommunale Rechtspersonen).¹³⁵ Sie bedienen sich grundsätzlich ihres eigenen Verwaltungsapparates, um die unterschiedlichen öffentlichen Aufgaben aus den Bereichen der Hoheitsverwaltung und der Daseinsvorsorge erfüllen und mit den Mitteln der Eingriffs- und Leistungsverwaltung den Bürgern und der Wirtschaft die notwendige Infrastruktur zur Verfügung stellen zu können. Jedoch reichen die eigenen Möglichkeiten angesichts der

¹³⁰ Vgl. Strünck/Heinze, Public Private Partnership, in: Blanke/von Bandemer/Nullmeier/Wewer, a.a.O., S. 120

¹³¹ Vgl. Vorgel/de Marne, Innovative Betreibermodelle mit Public Private Partnership, in: Blaschke/Karrlein/Zypries, a.a.O., S. 283

¹³² Vgl. Strünck/Heinze, in: Blanke/von Bandemer/Nullmeier/Wewer, a.a.O., S. 120

¹³³ Vgl. Budäus, Neue Kooperationsformen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Charakterisierung, Funktionsweise und Systematisierung von Public Private Partnership, in: Die Ökonomisierung des öffentlichen Sektors: Instrumente und Trends, a.a.O., S. 213

¹³⁴ Vgl. Brockhaus, Band 23, S. 256

¹³⁵ Vgl. Brockhaus, Band 23, S. 257

Finanzkrise der kommunalen Haushalte immer weniger aus, um die komplexen und kostenintensiven Bedürfnisse der modernen Leistungsgesellschaft kompetent und zügig zu erfüllen.¹³⁶ Deshalb muss auch die öffentliche Verwaltung grundlegende Rationalisierungs- und Innovationsprozesse einleiten, wie sie in der Privatwirtschaft längst stattfinden.¹³⁷ Es geht hier nicht nur um die Vereinfachung interner Verwaltungsstrukturen, die nach Beschleunigung der Geschäftsprozesse oder nach Deregulierung verlangen, sondern auch um den Einsatz der PPP als neue Handlungsform der öffentlichen Verwaltung, die den so genannten kooperativen Verwaltungsstaat verkörpert, der in enger Zusammenarbeit mit privaten Dritten durch die Einbeziehung der privaten Finanzkraft die öffentlichen Aufgabenstellungen gewährleisten will.¹³⁸ Davon erhoffen sich insbesondere die kommunalen Rechtspersonen nicht nur erhebliche Kosteneinsparungen, größere Gestaltungsspielräume und einen zügigen Abbau des so genannten Investitionsstaus,¹³⁹ sie wollen auch das häufig überlegene Know-how der Privatwirtschaft zur Steigerung der Effizienz ihrer eigenen Verwaltungs- bzw. Dienstleistungen nutzen,¹⁴⁰ um sich für ihre gegenwärtigen und zukünftigen öffentlich-rechtlichen Aufgabenstellungen wettbewerbsfähig zu machen.

2. Public Private Partnership als Ökonomisierung der öffentlichen Verwaltung

Ziel der Kooperation mit privaten Dritten ist - im Sinne des bereits zitierten New Public Managements¹⁴¹ - die Ökonomisierung aller Bereiche der öffentlichen Verwaltung. Diese Absicht wird „überstaatlich“ von der Europäischen Kommission forciert, die auch originäre Aufgabengebiete der öffentlichen Daseinsvorsorge mit ihren bisher monopolistischen Angebotsstrukturen dem freien Wettbewerb öffnen will.¹⁴² Es geht dabei um die Stärkung von Markt und Wettbewerb durch Bündelung marktwirtschaftlicher Funktionsweisen¹⁴³ und um die Errichtung dezentraler und teilautonomer Organisationsstrukturen zum Zwecke einer effizienten und ergebnis-

¹³⁶ Vgl. von Zwehl, Neue Modelle kommunaler Verwaltung, in: Erichsen, Kommunale Verwaltung im Wandel, S. 91

¹³⁷ Vgl. von Zwehl, in: Erichsen, Kommunale Verwaltung im Wandel, a.a.O., S. 91. So werden bspw. kostenintensive Arbeitsvorgänge nach den jeweils neuesten Managementkonzepten wie „Lean Management“ oder „Business Reengineering“ gestaltet, um sich im globalen Wettbewerb behaupten zu können.

¹³⁸ Vgl. statt vieler: Schoch, Public Private Partnership, in: Erichsen, a.a.O., S. 101

¹³⁹ Vgl. von Zwehl, in: Erichsen, a.a.O., S. 92; so auch: Mendler, PPP-Task-Force Baden-Württemberg: Hilfe zur Selbsthilfe, Speyerer ÖPP-Tage 2006

¹⁴⁰ Vgl. Strünck/Heinze, in: Blanke/von Bandemer/Nullmeier/Wewer, a.a.O., S. 120

¹⁴¹ Vgl. dazu Kapitel 2, I. 3.

¹⁴² Vgl. Budäus, Public Private Partnership - Ansätze, Funktionen, Gestaltungsbedarf, in: Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft, Public Private Partnership: Formen - Risiken - Chancen, S. 9-22

¹⁴³ Vgl. Budäus, Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung im Reformprozess des öffentlichen Sektors, in: Öffentliche Unternehmen – eine Alternative zur Privatisierung, S. 14

nisorientierten Erfüllung öffentlicher Aufgaben.¹⁴⁴ Von dieser Entwicklung bleiben weder die staatlichen noch die kommunalen Verwaltungen ausgenommen.¹⁴⁵

Der angestrebten Ökonomisierung der öffentlichen Leistungserbringung stehen keinesfalls die überkommenen Haushaltsgrundsätze der öffentlichen Verwaltung entgegen,¹⁴⁶ denn sowohl das Grundgesetz (Art. 114 Abs. 2 GG) als auch die Ländergesetze (z.B. Art. 61 f. BayGO, Art. 7 Abs. 1 BayHO) postulieren explizit die sparsame und effiziente Verwendung von Steuergeldern. Weil sich aber im praktischen Vollzug - oftmals als Folge politischer Einflussnahmen - die rein kameralistische Haushaltsführung angesichts der aktuellen Finanzierungsprobleme als nicht (mehr) zeitgerecht erwiesen hat, geht der Trend der öffentlichen Verwaltung zu privatwirtschaftlichen Konzepten. Dafür bietet sich als Mittel der Wahl die Public Private Partnership mit der Maßgabe an,¹⁴⁷ dass es nicht zur Kollision der öffentlich-rechtlichen Aufgabenerfüllung mit der privatwirtschaftlichen Gewinnoptimierung kommen darf.¹⁴⁸

3. Public Private Partnership als Gewährleistungsverwaltung¹⁴⁹

Mehr denn je steht heute die öffentliche Hand im Spannungsfeld zwischen den (gesellschafts-) politischen Bedürfnissen und der finanziellen Machbarkeit. Damit die öffentliche Verwaltung auch künftig die von Bürgern und Privatwirtschaft erwartete Quantität und Qualität insbesondere auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge gewährleisten kann, muss sie - schon im Hinblick auf die sich im Umbruch befindlichen Gesellschaftsstrukturen - ihr öffentlich-rechtlich geprägtes Selbstverständnis ändern. Das bedeutet, dass die politischen Entscheidungsträger einen Paradigmenwechsel dahingehend vorzunehmen haben, dass sie die öffentliche Verwaltungstätigkeit von der traditionellen Wohlfahrts- und Leistungsverwaltung zur so genannten Gewährleistungsverwaltung wandeln,¹⁵⁰ wobei dieser Begriff sicherlich noch sehr ausfüllungsbedürftig ist und im Rahmen des jeweiligen politischen Verständnisses auch unterschiedlich interpre-

¹⁴⁴ Vgl. Reichard, New Public Management als Auslöser zunehmender Ökonomisierung der Verwaltung, in: Harms/Reichard, Die Ökonomisierung des öffentlichen Sektors: Instrumente und Trends, S. 120

¹⁴⁵ Vgl. Reichard, in: Harms/Reichard, a.a.O., S. 119

¹⁴⁶ Vgl. Harms, Reform des öffentlichen Finanzmanagements - Stand und Perspektiven, in: Harms/Reichard, a.a.O., S. 145

¹⁴⁷ Während die Befürworter der PPP propagieren, dass die Privaten mit ihrem Know-how Kosten einsparen und trotzdem Gewinne erwirtschaften, sehen die Kritiker in diesen Projekten eine verdeckte Verschuldung, weil die öffentliche Hand einen Teil ihrer künftigen Einnahmen den Privaten überlassen. Dazu erklärt die Bayerische Staatsregierung, dass PPP nur als Ergänzung zur traditionellen Finanzierung öffentlicher Projekte zu sehen sei. Die Grenze liege dort, wo PPP zur Schattenverschuldung führt (Berichte in: Augsburgener-Allgemeine vom 26.06.07 - „Drei Buchstaben und der goldene Mittelweg – PPP-Bauprojekte“; Bayerischer Staatsanzeiger vom 29.06.2007 Nr. 26, Freistaat und Kommunen erarbeiten einen Leitfaden für Public Private Partnership“).

¹⁴⁸ Vgl. Hill, Wissenschaftliche Kommentierung der ÖPP, Speyerer ÖPP-Tage 2006

¹⁴⁹ Vgl. Proeller/Schedler, Verwaltung im Gewährleistungsstaat, in: Handbuch zur Verwaltung, S. 94-101

¹⁵⁰ Vgl. Hill, Speyerer ÖPP-Tage 2006; Burgi, Die Ausschreibungsverwaltung – Dogmatische Herausforderung des Verwaltens mit Dienstleistungskonzessionen, in: DVBl. 2003, 949 ff.; Theobald, Aktuelle Entwicklungen des Infrastrukturrechts, in: NJW 2003, 324

tiert werden kann.¹⁵¹ Wesentliches Ziel dieses neuen Verwaltungsverständnisses ist es, die gegenwärtige Leistungstiefe des Wohlfahrtsstaates zu reduzieren. Das würde bedeuten, dass die Politik künftig prinzipiell nur noch die Rahmenbedingungen für Quantität und Qualität öffentlicher Leistungen setzt und dass sich Bürger und Privatwirtschaft bei der öffentlichen Aufgabenerfüllung entschieden mehr selbst einbringen müssen als das bisher der Fall ist. Die Public Private Partnership ist ein Synonym für diesen Richtungswechsel.

II. Die Grundlagen der Public Private Partnership

1. Der Begriff Public Private Partnership

Unter dem Begriff Public Private Partnership¹⁵² wird im weitesten Sinne jede Art der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen und privaten Rechtspersonen bei der öffentlichen Aufgabenerfüllung verstanden.¹⁵³

Eine exakte Begriffsbestimmung fällt dann schwer, wenn darunter nicht nur die formal so bezeichneten Partnerschaften, sondern alle Auftragsvergaben der öffentlichen Verwaltung an Privatunternehmen im Vollzug öffentlicher Maßnahmen fallen.¹⁵⁴

Geht man von der Zielsetzung einer PPP aus, eine öffentliche Aufgabe besonders wirtschaftlich und effizient zu erbringen, bietet sich zunächst eine betriebswirtschaftliche Definition an, deren Grundlage jene Leistungstiefe ist, die die Menge an Produktions- bzw. (Verwaltungs-) Dienstleistungsschritten beschreibt, welche in demselben Unternehmen ausgeführt und nicht an externe Dritte vergeben wird.¹⁵⁵ Demzufolge verkörpert die öffentliche Verwaltung ein Gesamtunternehmen, das einen Teil seiner Aufgaben im Rahmen einer Privatisierung ausgliedert. Seine Leistungstiefe besteht in der Gewährleistungs-, Finanzierungs- und Durchführungsverantwortung. Unter diesem Blickwinkel ist eine PPP immer dann gegeben, wenn die Gewährleistungsverantwortung bei der öffentlichen Hand verbleibt und die Finanzierungs- und die Durchführungsverantwortung auf private Dritte ausgelagert werden.¹⁵⁶

Mit dieser Umschreibung findet man zwar Verständnis für Zweck und Konzeption einer PPP, erhält aber noch keine juristische Definition mit Begriffsschärfe. Deshalb erscheint es hilf-

¹⁵¹ Grundlage dieses neuen Verwaltungsverständnisses ist der englische „enabling state“, der als „befähigte Organisation“ dafür verantwortlich ist, dass die notwendigen und zweckmäßigen öffentlichen Leistungen im Rahmen der finanziellen Möglichkeiten von der öffentlichen Verwaltung tatsächlich erbracht werden (vgl. Proeller/Schedler, in: Handbuch zur Verwaltung, S. 95)

¹⁵² Nunmehr auch Öffentlich-Private-Partnerschaft (ÖPP) genannt.

¹⁵³ Vgl. Schellenberg/Lepique/Fedder/Pape/Moos, Die Realisierung einer Public Private Partnership durch Gründung eines Kooperationsunternehmens, in: Verwaltung und Management 2002, 1, Heft 4/Sonderbeilage

¹⁵⁴ Vgl. Budäus/Grüning, Public Private Partnership – Konzeption und Probleme eines Instruments zur Verwaltungsreform aus Sicht der Public Choice–Theorie, in: Budäus/Eichhorn, Public Private Partnership, S. 46

¹⁵⁵ Vgl. Dreher, Public Private Partnership und Kartellvergaberecht, in: NZBau 2002, 245, (246); Vorgel/de Marne, in: Blaschke/Karrlein/Zypries, E-Public, S. 283-295; Heymann, Outsourcing in Deutschland – eine Bestandsaufnahme zur Vertragsgestaltung – Grundtypen des Outsourcings und ihre Konsequenzen für die Vertragsgestaltung, in: CR 2005, 706, (709)

¹⁵⁶ Vgl. Strünck/Heinze, in: Blanke/von Bandemer/Nullmeier/Wewer, a.a.O., S. 122/123

reich, die PPP nicht rechtsdogmatisch zu erfassen, sondern als Sammelbegriff unterschiedlicher Organisationsformen bei der Kooperation öffentlicher Verwaltungsträger mit privaten Dritten.¹⁵⁷ Deshalb sollte unter den Begriff PPP jede längerfristige Kooperationsform der öffentlichen Verwaltung mit privaten Dritten fallen, die unter Beibehaltung der Gewährleistungsverantwortung des öffentlichen Verwaltungsträgers die Übertragung öffentlicher Aufgaben an private Dritte zum Inhalt hat.¹⁵⁸

Demzufolge strebt eine PPP durch komplementäre Zielverfolgung¹⁵⁹ nicht nur Synergiepotentiale dadurch an, dass die Partner unter Wahrung ihrer Identität, Eigenständigkeit und Verantwortung prozessorientiert zusammenarbeiten,¹⁶⁰ sondern sie hat auch eine Reform der öffentlichen Verwaltung zum Ziel,¹⁶¹ wenn sie die Aufgabendurchführung für einzelne Bereiche oder den gesamten Lebenszyklus des öffentlichen Projekts von der Planungs-, Finanzierungs-, Herstellungs- bzw. Durchführungsphase über die Betriebsphase bis hin zur Verwertungsphase unter Einbindung der Privatwirtschaft verfolgt.¹⁶²

2. Der Privatisierungsbegriff

Die bisherigen Ausführungen lassen erkennen, dass im Rahmen einer PPP infolge der Beteiligung privater Dritter öffentliche Aufgaben „privatisiert“ werden. Weil dem allgemeinen Verwaltungsrecht die Privatisierung öffentlicher Aufgaben durchaus nicht fremd ist, wird nachfolgend geprüft, inwieweit das Kooperationsmodell der PPP bereits vom geltenden Privatisierungsbegriff erfasst ist und sich von den bestehenden Privatisierungsinstrumentarien abgrenzen lässt.¹⁶³

¹⁵⁷ Vgl. Schoch, a.a.O., S. 103; auch: Prozessleitfaden Public Private Partnership und E Government, Publikation aus der Reihe PPP für die Praxis, Bertelsmann Stiftung/Clifford Chance Pünder/Initiative D 21, S. 9

¹⁵⁸ Vgl. Schede/Pohlmann, in: Weber/Schäfer/Hausmann, Praxishandbuch Public Private Partnership, § 3, S. 102

¹⁵⁹ Vgl. Alfen/Fischer, in: Weber/Schäfer/Hausmann, Praxishandbuch Public Private Partnership, § 1, S. 3

¹⁶⁰ Vgl. Budäus/Grüning, in: Budäus/Eichhorn, a.a.O., S. 48/54; auch Budäus, Neue Kooperationsformen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Charakterisierung, Funktionsweise und Systematisierung von Public Private Partnership, in: Harms/Reichard, Die Ökonomisierung des öffentlichen Sektors: Instrumente und Trends, S. 217/218. Die Gemeinde und der private Dritte teilen sich aber nicht nur einen eventuell entstehenden Unternehmensgewinn, sondern auch das bestehende Markt- und Verwertungsrisiko (vgl. Grziwotz, Public Private Partnership – Gemischtwirtschaftliche Unternehmen zur Baulanderschließung?, in: NZG 1999, 55, (56)).

¹⁶¹ Vgl. Gerstlberger/Schmittel, Von erfolgreichen Projekten lernen, Speyerer ÖPP-Tage 2006. Das Verständnis als rein monetär zu bewertende Beschaffungsvariante wird dem Programmbezug der ÖPP nicht gerecht.

¹⁶² Vgl. Christen, Die Arbeit der PPP-Task-Force beim Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, Speyerer ÖPP-Tage 2006. Die Europäische Kommission stellt vorrangig auf vier Merkmale ab, die erfüllt sein müssen: Die langfristige projektbezogene Zusammenarbeit zwischen einem öffentlichen und einem privaten Partner, die Finanzierungsteilung, die Aufgabenabgrenzung innerhalb des Projekts und die Risikoteilung (vgl. Säcker/Wolf, Die Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH zu In-House-Geschäften auf Public-Private-Partnerships, in: WRP 2007, 282/283).

¹⁶³ Die h.A. ordnet die PPP unter dem Stichwort Privatisierung ein und diskutiert die PPP-Varianten unter den Begriffen „Finanzierungs-, Dienstleistungs-, Organisations- bzw. Teilprivatisierung“ (vgl. Stober, Möglichkeiten und Grenzen einer Privatisierung der kommunalen Abfallentsorgung, in: Tettinger, Rechtlicher Rahmen für Public Private Partnerships auf dem Gebiet der Entsorgung, S. 26)

2.1. Die Privatisierung in der öffentlichen Verwaltung

Unter Privatisierung wird die vollständige oder teilweise Übertragung bisher von der öffentlichen Hand wahrgenommener Aufgaben auf private Rechtspersonen verstanden.¹⁶⁴ Dabei haben sich verschiedene rechtlich zulässige Privatisierungsalternativen herausgebildet, wobei im Wesentlichen zwischen der formalen (Organisations-)Privatisierung, der funktionalen (Erfüllungs-)Privatisierung und der materiellen (Aufgaben-)Privatisierung unterschieden wird:¹⁶⁵

Im Zuge der formalen (Organisations-) Privatisierung gründet ein öffentlich-rechtlicher Verwaltungsträger ein eigenes Unternehmen in der Form des privaten Rechts und überträgt dieser neu geschaffenen Organisationseinheit bzw. Einrichtung bestimmte bisher in Eigenregie erledigte öffentliche Aufgaben. Der öffentliche Verwaltungsträger tritt hier in Form einer privatrechtlich organisierten Eigengesellschaft auf.¹⁶⁶ Von dieser formalen Privatisierung machen insbesondere die kommunalen Rechtspersonen Gebrauch.¹⁶⁷

Bei der funktionalen Privatisierung überträgt der öffentlich-rechtliche Verwaltungsträger einzelne Funktionen aus seinem Aufgabenspektrum einem privaten Dritten zur Erfüllung. Ein formalrechtlich neues Rechtsgebilde braucht dabei nicht zu entstehen. Inhaltlich ist die funktionale Privatisierung mit dem formalen Privatisierungsbegriff gleichzusetzen, weil auch hier die Aufgabenzuständigkeit und -verantwortlichkeit beim öffentlichen Verwaltungsträger verbleiben, während die übertragene öffentliche Aufgabe durch eine private Rechtsperson erfüllt wird.

Dagegen hat die materielle Privatisierung die vollständige Übertragung bestimmter Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Verwaltungsträgers auf eine private Rechtsperson zum Inhalt. Hier wird die bisherige öffentliche Aufgabe in ein privates Leistungsangebot umgewandelt. Die öffentliche Hand übernimmt allenfalls noch die Gewährleistungsverantwortung dafür, dass die private Rechtsperson diese Leistung auch tatsächlich erbringt.¹⁶⁸ Die materielle Privatisierung hat zur Folge, dass der öffentliche Verwaltungsträger unmittelbar keine Kontroll- oder Eingriffsrechte mehr gegenüber dem Privaten ausüben kann, soweit er sich diese nicht vertraglich vorbehalten hat. Die Regelung der materiell privatisierten öffentlichen Aufgaben findet - wie bei allen privaten Rechtsträgern - nur noch über die allgemeine Gesetzgebung statt.

Will man die PPP unter diese Privatisierungsbegriffe subsumieren, steht die Relevanz der Übertragung einer öffentlichen Aufgabe auf einen privaten Kooperationspartner im Mittel-

¹⁶⁴ Vgl. Kiethe, Die Auslegung von Privatisierungsverträgen, in: NZG 2004, 993, (995)

¹⁶⁵ Vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 21, Rn. 15; Koenig/Kühling/Hentschel, in: Koenig/Kühling/Theobald, Recht der Infrastrukturförderung – Ein Leitfaden für die Praxis, 2. Kapitel B Rn. 39 ff.

¹⁶⁶ Vgl. Maurer, a.a.O., § 21, Rn. 15. Von einer Eigengesellschaft spricht man, wenn die Kommune 100 % der Geschäftsanteile hält (vgl. Altmeppen, Die Einflussrechte der Gemeindeorgane in einer kommunalen GmbH, in: NJW 2003, 2561, (2562)).

¹⁶⁷ Vgl. beispielhafte PPP-Projekte in: Proll/Drey, Die 20 Besten: PPP-Beispiele aus Deutschland

¹⁶⁸ Vgl. Maurer, a.a.O., § 21, Rn. 17

punkt der Betrachtung. Im Gegensatz zur materiellen Privatisierung wird hier unter Beibehaltung der öffentlichen Aufgabenverantwortung ein privater Kooperationspartner zur Erfüllung der öffentlichen Aufgabe miteinbezogen. Durch Vertrag wird aber nicht nur die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe, sondern auch die öffentliche Aufgabe selbst auf die Kooperationsform PPP übertragen.¹⁶⁹ Daher umfasst die PPP sowohl Elemente der formalen als auch der materiellen (Teil-) Privatisierung, und sie wird von der h.M. im Sinne einer funktionalen Privatisierung verstanden.¹⁷⁰

2.2. Regulierung und Deregulierung

Mit den Privatisierungsmaßnahmen der öffentlichen Hand werden häufig die Instrumente Regulierung und Deregulierung in Verbindung gebracht. Zwar sind diese Begriffe ähnlich wie die Privatisierung vielschichtig, jedoch lassen sie sich in ihrer Kernaussage als Gesamtheit des Instrumentariums zur Steuerung des Verhaltens öffentlicher und privater Rechtspersonen durch Handlungs- oder Tätigkeitsverbote definieren.¹⁷¹

Über die gesetzliche Regulierung bzw. Reglementierung der öffentlichen Verwaltungstätigkeiten setzt die Legislative ihre (politischen) Zielvorstellungen um.¹⁷² Kommt es dabei zu einer Überreglementierung, führt dies erfahrungsgemäß zu langwierigen und ineffizienten Verwaltungsverfahren und lässt bei den Betroffenen den Ruf nach Deregulierung laut werden. Darunter wird regelmäßig der Verzicht des Staates auf den Einsatz regulierender Instrumente¹⁷³ zugunsten der selbstregulierenden Kräfte der freien Marktwirtschaft verstanden.¹⁷⁴ Jedoch sollte die Deregulierung keinesfalls als bloßer Verzicht auf Rechtsnormen aufgefasst werden, sondern als Möglichkeit, die belastende Bürokratie einzudämmen, den freien Wettbewerb zu entfachen und festgefahrene Marktstellungen aufzubrechen.¹⁷⁵

Weil Regulierung bzw. Deregulierung erst auf der Ebene der Gesetzgebung ansetzen, fallen sie als Instrumente der Ordnungspolitik nicht unmittelbar unter den Privatisierungsbegriff. Sie schaffen aber die Grundlage für eine im zweiten Schritt erfolgende Privatisierung. Deshalb

¹⁶⁹ Vgl. Theobald/Michaels, in: Koenig/Kühling/Theobald, Recht der Infrastrukturförderung – Ein Leitfaden für die Praxis, 3. Kapitel, D, Rn. 207

¹⁷⁰ Vgl. Tettinger, Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen – ein Sachstandsbericht, in: NWVBl. 2005, 1, (2)

¹⁷¹ Vgl. Peine, Grenzen der Privatisierung – verwaltungsrechtliche Aspekte, in: DÖV 1997, 353, (355)

¹⁷² Vgl. Ipsen, Grundfragen der kommunalen Verwaltungsreform, in: DVBl. 1998, 801, (803)

¹⁷³ Vgl. Peine, in: DÖV 1997, 353, (355)

¹⁷⁴ Vgl. Schulze-Fielitz, Betätigung öffentlich-rechtlicher Institutionen im Onlinebereich, in: AfP 1998, 447, (450)

¹⁷⁵ Als Beispiel von komplexen Deregulierungs- und Regulierungsvorgängen lässt sich die Telekommunikations- und Medienrechtsentwicklung anführen (vgl. Scherer, „Online“ zwischen Telekommunikations- und Medienrecht, in: AfP 1996, 213, (219)).

müssen diese Begriffe strikt von einer PPP, die sich als funktionaler Privatisierungsvorgang und nicht als Regulierungsmaßnahme versteht, abgegrenzt werden.¹⁷⁶

2.3. Beliehene Unternehmer und Verwaltungshelfer

Traditionell kooperiert die öffentliche Hand mit privaten Dritten bei der Erbringung öffentlicher Verwaltungsleistungen in den Formen des beliehenen Unternehmers und des Verwaltungshelfers.

2.3.1. Der beliehene Unternehmer¹⁷⁷

Die Beleihung ist für die öffentliche Hand ein bewährtes Instrument zur Erledigung von Verwaltungsaufgaben durch Private.¹⁷⁸ Hier überträgt die öffentliche Verwaltung einzelne Verwaltungsaufgaben kraft Hoheitsakts an private (Rechts-)Personen zur selbständigen Erledigung im eigenen Namen. Die Beleihung als Verwaltungsakt kann nur auf gesetzlicher Grundlage erfolgen.¹⁷⁹ Zwar bleiben die beliehenen Unternehmer formell eigenständige Privatrechtssubjekte, sie werden aber funktionell entsprechend den übertragenen Kompetenzen als Verwaltungsbehörden i.S.v. Art. 1 Abs. 2 BayVwVfG innerhalb der öffentlichen Verwaltung tätig. Sie können im übertragenen Umfang Verwaltungsakte erlassen, Gebühren erheben oder sonstige hoheitliche Maßnahmen treffen.¹⁸⁰ Dabei unterstehen sie der Aufsicht der beleihenden Verwaltungsbehörde.¹⁸¹ Unter der Voraussetzung, dass der Beliehene für die Aufgabenerfüllung geeignet ist, kann die hoheitliche Beleihung in dem vom Gesetzgeber eingeräumten Umfang eine echte Alternative zur Aufgabenprivatisierung darstellen.¹⁸²

2.3.2. Der Verwaltungshelfer¹⁸³

Vom beliehenen Unternehmer ist der Verwaltungshelfer zu unterscheiden. Hier wird der private Dritte nicht selbständig tätig, sondern er führt gleichsam als Erfüllungsgehilfe im Auftrag und nach Weisung bestimmte Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung aus.¹⁸⁴ Private Verwaltungshelfer sind daher keine Behörden im Außenverhältnis, vielmehr werden ihre Tätigkeiten

¹⁷⁶ Vgl. Mendler, Speyerer ÖPP-Tage 2006

¹⁷⁷ Z.B. die Ingenieure der technischen Überwachungsvereine (TÜV) oder die Ingenieure anderer Prüfungsgesellschaften bei der regelmäßigen Hauptuntersuchung von Kraftfahrzeugen sowie die Prüfschaffmeister für Baustatik, Bezirksschornsteinfeger, (Amts-)Notare und Fleischbeschauer (beliehene, natürliche Rechtspersonen). Sie treffen auf Grund der Beleihung eigenständig die Entscheidungen über öffentliche (auch hoheitliche) Maßnahmen.

¹⁷⁸ Vgl. Stober, Verwaltungsrecht, § 90, I, Rn. 2

¹⁷⁹ Vgl. Theobald/Michaels, in: Koenig/Kühling/Theobald, a.a.O., 3. Kapitel, C, Rn. 205

¹⁸⁰ Vgl. Erbguth, Die Zulässigkeit der funktionalen Privatisierung im Genehmigungsrecht, in: UPR 1995, 369, (370); Maurer, a.a.O., § 23, Rn. 56

¹⁸¹ Vgl. Erbguth, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 6, Rn. 22

¹⁸² Vgl. Stober, a.a.O., § 90, I, Rn. 3

¹⁸³ Z.B. Abschleppunternehmen, Schülerlotsen etc.

¹⁸⁴ Vgl. u.a. Peine, in: DÖV 1997, 353, (357)

unmittelbar dem öffentlichen Verwaltungsträger zugerechnet.¹⁸⁵ Wie bei der Beleihung stellt sich auch bei der Auswahl des Verwaltungshelfers die Frage, ob er die öffentlichen Tätigkeiten qualifiziert und zuverlässig durchführen kann.

2.3.3. Abgrenzung zur Public Private Partnership

Bei der Beleihung und der Verwaltungshilfe wird die Aufgabendurchführung, ggf. mit bestimmten Rechtsbefugnissen, auf Dritte übertragen.

Die Verwaltungshelfer werden auf Grund einer zivilrechtlichen Vereinbarung mit der Erledigung bestimmter öffentlicher Aufgaben beauftragt. Dabei wird nur die Aufgabendurchführung privatisiert, während die Aufgabenverantwortung beim öffentlichen Träger verbleibt. Weil sich hier weder der Träger der öffentlichen Aufgabe noch die Art der Beziehung zum Bürger verändern,¹⁸⁶ stellt die Verwaltungshilfe keinen einschneidenden Privatisierungsvorgang dar.¹⁸⁷ Anders verhält es sich bei einer PPP: Hier beteiligt sich der öffentlich-rechtliche Verwaltungsträger an einem privatrechtlichen Kooperationsmodell¹⁸⁸ und überträgt der PPP die Durchführung der öffentlichen Aufgabe in eigener Verantwortung,¹⁸⁹ wobei er die Gewährleistungsverantwortung für die Aufgabenerfüllung behält.¹⁹⁰

Schwieriger ist die Abgrenzung einer PPP von der Beleihung, weil letztere bereits als formelle Organisationsprivatisierung angesehen werden kann. Während bei der PPP die öffentliche Aufgabe dem Privaten in eigener Verantwortung zumindest im Sinne einer Teilprivatisierung übertragen wird,¹⁹¹ nehmen die beliebigen Unternehmer als Behörden der öffentlichen Verwaltung die ihnen durch Verwaltungsakt übertragenen (hoheitlichen) Befugnisse im eigenen Namen selbständig wahr.¹⁹² Entscheidend ist, dass bei der Beleihung die Aufgabenübertragung durch Hoheitsakt und nicht wie bei der kooperativen PPP im Vertragswege erfolgt.¹⁹³

Die Abgrenzung der PPP von der Verwaltungshilfe und der Beleihung ist insoweit schwierig, weil auch diese Instrumente Komponenten der funktionalen Aufgabenprivatisierung beinhalten und deshalb dem Privatisierungsbegriff im weitesten Sinne zugerechnet werden können. Deshalb muss die PPP als Fortentwicklung der herkömmlichen Privatisierungsinstrumente im

¹⁸⁵ Vgl. Erbguth, a.a.O., § 6, Rn. 23

¹⁸⁶ Vgl. Bell/Rehak, Vergaberecht und kommunale Privatisierung der Abfallentsorgung, in: LKV 2001, 185

¹⁸⁷ Die Verwaltungshilfe beinhaltet den Gedanken der funktionalen Aufgabenprivatisierung.

¹⁸⁸ Vgl. Bell/Rehak, in: LKV 2001, 185

¹⁸⁹ Vgl. Schoch, Der Beitrag des kommunalen Unternehmensrechts zur Privatisierung öffentlicher Aufgaben, in: DÖV 1993, 377, (378)

¹⁹⁰ Vgl. dazu auch Kapitel 3, I. 3.

¹⁹¹ Vgl. Theobald/Michaels, in: Koenig/Kühling/Theobald, a.a.O., 3. Kapitel, C, Rn. 205; auch Peine, in: DÖV 1997, 353, (357)

¹⁹² Vgl. Bell/Rehak, in LKV 2001, 185; Kummer/Giesberts, Rechtsfragen der Privatisierung kommunaler Abfallentsorgung und Abwasserbeseitigung, in: NVwZ 1996, 1166, (1167)

¹⁹³ Vgl. Becker, Rechtsrahmen für Public Private Partnership - Regelungsbedarf für neue Kooperationsformen zwischen Verwaltung und Privaten, in: ZRP 2002, 303, (305)

Hinblick auf die Verantwortlichkeit bei der Aufgabendurchführung verstanden werden: Während im Rahmen der Beleihung und der Verwaltungshilfe die ausführenden Beteiligten noch unmittelbar an die Träger der öffentlichen Verwaltung gebunden sind, erledigt die PPP die ihr übertragenen Aufgabenstellungen eigenständig.

3. Zulässigkeit der Übertragung öffentlicher Aufgaben auf private Unternehmen

Bei der Umsetzung eines kommunalen eGovernment-Projekts im Rahmen eines PPP-Modells stellt sich als zentrale Frage, ob und inwieweit öffentliche Aufgaben auf private Kooperationspartner übertragen werden können.

Einigkeit besteht darüber, dass eine vollständige Privatisierung öffentlicher Pflichtaufgaben im eigenen Wirkungskreis (Art. 7, 57 Abs. 1 BayGO) nicht zulässig ist.¹⁹⁴ Entsprechendes gilt auch für die Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises (Art. 8, 58 BayGO), soweit das Gesetz hier nicht ausdrücklich eine Wahlfreiheit einräumt.¹⁹⁵ Deshalb ist vorrangig zu prüfen, ob kommunales eGovernment eine privatisierungsfähige öffentliche Aufgabe darstellt.

Öffentliches Recht und Privatrecht unterscheiden sich prinzipiell durch ihre Funktionen und Aufgabenstellungen. Während das Privatrecht die Autonomie des einzelnen Bürgers oder privaten Unternehmens in den Vordergrund stellt und die Aufgabe hat, Regelungen für den allgemeinen (bürgerlichen) Rechtsverkehr aufzustellen, um dort die Interessenskonflikte unter gleichrangigen Beteiligten zu lösen, obliegt dem öffentlichen Recht die Begründung und Begrenzung hoheitlicher Befugnisse und Maßnahmen im Über- und Unterverhältnis.¹⁹⁶ Dahinter steht der Rechtsgedanke, dass die Kernaufgaben eines funktionierenden Staatswesens von einer neutralen, der Gesamtheit aller Bürger gleichermaßen verpflichteten öffentlichen Verwaltung vollzogen werden müssen, um auf diese Weise einen gerechten Interessenausgleich und - soweit die Daseinsvorsorge betroffen ist - die gleichmäßige Versorgung aller Bürger unter Berücksichtigung ihres unterschiedlichen individuellen Leistungsvermögens zu gewährleisten.¹⁹⁷ Dabei sollen - soweit möglich und nötig - die Vorteile des freien Wettbewerbs durchaus der öffentlichen Hand zugute kommen, jedoch darf sich diese über die Wahl privatrechtlicher Rechtsformen nicht dem geltenden öffentlichen Recht und der strikten Bindung an Gesetz und Recht entziehen (Art. 20 Abs. 3 GG).¹⁹⁸

¹⁹⁴ Vgl. Hölzl/Hien/Huber, Gemeindeordnung mit Verwaltungsgemeinschaftsordnung, Landkreisordnung und Bezirksordnung, Kommentar, Art. 92 BayGO, Erl. 3.1.

¹⁹⁵ Vgl. Hölzl/Hien/Huber, a.a.O., Art. 92 BayGO, Erl. 3.1.

¹⁹⁶ Vgl. Maurer, a.a.O., § 3, Rn. 12 ff.

¹⁹⁷ Die Abgrenzung erfolgt anhand der Interessentheorie, der Subordinationstheorie und der überwiegend angewandten modifizierten Subjektstheorie bzw. Sonderrechtstheorie (vgl. Maurer, a.a.O., § 3, Rn. 14 f.).

¹⁹⁸ Vgl. Maurer, a.a.O., § 3, Rn. 9

3.1. Definition der öffentlichen Aufgabe

Bei der Beantwortung der Frage, ob Installierung und Betrieb von eGovernment gemeinsam mit einem privaten Kooperationspartner eine privatisierungsfähige öffentliche Aufgabe ist, muss zwischen den Begriffen Staatsaufgabe und öffentliche Aufgabe unterschieden werden:

Unter den Begriff „Staatsaufgabe“ fallen diejenigen Aufgabenstellungen, die der Gesetzgeber den staatlichen Hoheitsträgern zur ausschließlichen Erledigung zugewiesen hat, und die deshalb für Privatisierungsüberlegungen von vornherein nicht zur Disposition stehen.¹⁹⁹ Es handelt sich hier um jene Staatsaufgaben, die unbedingt in staatlicher Hand verbleiben müssen, weil von ihnen das Wesen der hoheitlichen Staatsfunktion ausgeht.²⁰⁰ Als derartige Staatsaufgaben sind grundsätzlich alle hoheitlichen Maßnahmen mit Sicherheitsfunktion und Sanktionscharakter zu qualifizieren, insbesondere die Aktivitäten der Justiz, der Polizei, der Finanzverwaltung oder des Militärs.²⁰¹

Das beruht auf dem Grundverständnis, dass der Staat kraft Verfassung seinen Bürgern primär Sicherheit und Frieden sowie soziale Mindeststandards und die erforderliche Infrastruktur zu gewährleisten hat. Der Staat ist vom Staatsvolk dazu legitimiert, die ihm immanente Staatsgewalt zur Selbstbehauptung, zur Bewahrung der kulturellen Identität und zur Einhaltung von Gesetz und Recht auszuüben. Soweit innerhalb dieser Aufgabenstellung die staatlichen Organe mit ihren Beamten den Staatsapparat verwalten und Zwangsbefugnisse ausüben, garantiert die Verfassung den Schutz der bürgerlichen Grundrechte gegenüber der staatlichen Hoheitsgewalt. Aus dem Verfassungsverständnis folgt, dass die staatlichen Kernaufgaben vom Staat nur in eigener Regie mit eigenen Bediensteten (z.B. Beamten) ausgeführt und prinzipiell nicht privaten Dritten übertragen werden dürfen.

Den primären Staatsaufgaben stehen die sonstigen öffentlichen Aufgaben gegenüber, deren Erfüllung zwar im öffentlichen Interesse liegt, bei denen es aber im Sinne des beschriebenen Staatsverständnisses keinesfalls unabdingbar erscheint, dass sie unmittelbar von der staatlichen Administration wahrgenommen werden müssen, wenn nur die öffentliche Verwaltung im öffentlichen Interesse die Erfüllung dieser Aufgaben gewährleistet.

Es existiert also in der nationalen Rechtsordnung kein Rechtsgrundsatz, dass jede öffentliche Aufgabe stets von der öffentlichen Verwaltung selbst zu erledigen ist.²⁰² Abgesehen von den bereits genannten staatlichen Kernaufgaben besteht also kein stringentes Zuordnungssystem für die öffentliche Aufgabenerfüllung.

¹⁹⁹ Vgl. Ronellenfitsch, Staat und Markt: Rechtliche Grenzen einer Privatisierung kommunaler Aufgaben, in: DÖV 1999, 705, (708)

²⁰⁰ Vgl. Ronellenfitsch, in: DÖV 1999, 705, (709)

²⁰¹ Vgl. auch: „Rahmenbedingungen für Öffentlich-Private-Partnerschaften“, Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage – Drucksache 16/4890, in: BayVBl. 16/2007, V, (VI), Nr. 8

²⁰² Vgl. Müller, Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 15

Verwendet man die Definition von Hartmut Bauer, dann sind unter „öffentlichen Aufgaben“ alle diejenigen Verwaltungsangelegenheiten zu verstehen, die den Verwaltungsträgern entweder kraft Gesetzes aufgetragen sind oder von ihnen in rechtlich zulässiger Weise wahrgenommen werden.²⁰³ Das bedeutet, dass es im Lichte des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips für die Annahme einer öffentlichen Aufgabe neben den Merkmalen des allgemeinen Interesses und des Gemeinwohls einer rechtsverbindlichen Normierung durch den Gesetzgeber bedarf. Die Einordnung einer Maßnahme als öffentliche Aufgabe ist somit von der jeweils aktuellen Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers abhängig,²⁰⁴ der die öffentlichen Aufgaben festlegen muss,²⁰⁵ weil diese dem gesellschaftlichen Wandel unterliegen.²⁰⁶ Bei vielen staatlichen Dienstleistungen oder Maßnahmen der Infrastruktur handelt es sich damit nicht um „geborene“, sondern um „gekorene“ öffentliche Aufgaben.²⁰⁷

Diese Auffassung vertritt auch das Bundesverfassungsgericht, wenn es ausführt, dass es „Sache des Gesetzgebers ist, auf der Grundlage seiner wirtschaftspolitischen Vorstellungen und Ziele und unter Beachtung der Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Gebietes zu entscheiden, welche Maßnahme er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will.“²⁰⁸ Deshalb bestimmt sich die Qualität dieser „weiteren“ öffentlichen Aufgaben jeweils nach dem geltenden Recht.²⁰⁹ Auch wenn gewisse Schwierigkeiten bei der präzisen Abgrenzung der Begriffe staatliche Aufgabe, Staatsaufgabe oder öffentliche (Verwaltungs-) Aufgabe bleiben, so bringen sie stets die gleiche Intention zum Ausdruck, dass es sich um Aufgabenstellungen handeln muss, an deren Erfüllung die Allgemeinheit ein nicht nur nebensächliches Interesse hat bzw. an deren Erfüllung ein Gemeinwohlinteresse besteht.²¹⁰

3.2. eGovernment als öffentliche Aufgabe

Das im Kapitel 2 beschriebene eGovernment verkörpert die Idee der elektronischen Darstellung öffentlicher Verwaltungstätigkeiten über eine im Internet allgemein zugängliche Verwaltungsplattform. Soweit dadurch der Kernbereich der öffentlich-rechtlichen Aufgabenstellungen mit Außenwirkung betroffen ist, muss dieser Anwendungsbereich als originäre Aufgabe der öffentlichen Verwaltung angesehen werden,²¹¹ die hier auf elektronischem Wege im Ge-

²⁰³ Vgl. Bauer, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: VVDStRI 1995, 245, (249)

²⁰⁴ Vgl. Sterzel, Verfassungs-, europa- und kommunalrechtliche Rahmenbedingungen, in: Blanke/Trümmer, Handbuch der Privatisierung, S. 125

²⁰⁵ Vgl. Osterloh, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: VVDStRI 1994, 204, (207)

²⁰⁶ Vgl. Grimm, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung, in: Grimm, Staatsaufgaben, S. 613 ff.

²⁰⁷ Vgl. Sterzel, in: Blanke/Trümmer, a.a.O., S. 126

²⁰⁸ Vgl. BVerfGE 30, 292, 317

²⁰⁹ Vgl. Schoch, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: DVBl. 1994, 962

²¹⁰ Vgl. Becker, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch gemischtwirtschaftliche Unternehmen, S. 17

²¹¹ Vgl. Ulmer, IT-Outsourcing und Datenschutz bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, in: CR 2003, 701, (704)

meinwohlinteresse handelt.²¹² Dagegen stellt die bloße Datenverarbeitung in Rechenzentren oder Datennetzen keine Maßnahme dar, die dem Kernbereich der öffentlichen Verwaltung zuzurechnen wäre. Weil von letzteren keine Rechtswirkung auf Dritte ausgeht, kann auch keine Funktionsübertragung von öffentlichen Aufgaben vorliegen.²¹³ Hier handelt es sich um die rein technische Durchführung des eGovernment-Projekts.²¹⁴

Fraglich wird aber die öffentliche Aufgabenstellung dann, wenn über die Verwaltungsplattform auch private Mehrwertdienste angeboten werden, die als solche nicht den originären öffentlichen Verwaltungsaufgaben zuzurechnen sind.²¹⁵ Zwar würde nach h.M. die Plattform ihren öffentlichen Charakter solange nicht verlieren, wie die privaten Mehrwertdienste dort lediglich eine untergeordnete Rolle einnehmen und sie nur der Kapazitätsauslastung dienen.²¹⁶ Der öffentliche Aufgabencharakter wäre jedoch dann in Frage gestellt, wenn diese privaten Mehrwertdienste den Schwerpunkt der virtuellen Leistungen auf der Verwaltungsplattform darstellen.

3.3. Privatisierung öffentlicher Aufgaben im Lichte des Grundgesetzes

Die öffentliche Hand ist auch bei ihren Privatisierungsvorhaben der Grundrechtsbindung aus Art. 1 Abs. 3 GG unterworfen.²¹⁷ Beabsichtigt also eine Kommune eGovernment als öffentliche Aufgabenstellung in Kooperation mit privaten Unternehmen zu realisieren, muss die Aufgabenübertragung verfassungskonform sein.

Hier ist zunächst Art. 33 Abs. 4 i.V.m. Abs. 5 GG zu prüfen, der die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben grundsätzlich den Beamten und damit öffentlich-rechtlichen Verwaltungsträgern mit Dienstherreneigenschaft zuweist. Dieser Funktionsvorbehalt verbietet jedoch nur die ständige Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf privatrechtlich organisierte Unternehmen. Art. 33 Abs. 4 GG trifft weder eine Aussage über die organisationsrechtliche Ausgestaltung der Leistungserbringung der öffentlichen Hand noch garantiert er den Bestand derjenigen Aufgaben, die ein Beamter tatsächlich ausübt.²¹⁸ Diese Norm bezieht sich nur auf den Kernbereich der klassischen Eingriffsverwaltung und schließt die Übertragung sonstiger Aufgaben der öffentlichen Verwaltung auf private Dritte nicht aus. Nur soweit Aufgaben des Kernbereichs betroffen sind, besteht das verfassungsrechtliche Verbot.

²¹² Dafür spricht auch, dass die Errichtung einer eGovernment-Plattform zur Umsetzung von Verwaltungshandlungen in die Kompetenz der Länder gem. Art. 83, 84 Abs. 1 GG fällt.

²¹³ Vgl. Ulmer, in: CR 2003, 701, (704)

²¹⁴ Vgl. Lensdorf/Steger, Auslagerung von IT-Leistungen auf Public Private Partnerships, in: CR 2005, 161, (166)

²¹⁵ Vgl. auch Kapitel 4, I. 4.

²¹⁶ Vgl. Köhler, Das neue kommunale Unternehmensrecht in Bayern, in: BayVBl. 2000, 1, (7)

²¹⁷ Vgl. Maurer, a.a.O., § 3, Rn. 10

²¹⁸ Vgl. Peine, in: DÖV 1997, 353, (356)

Des Weiteren sind die Art. 83 ff. GG zu beachten. Dort ist die bundesstaatliche Organisationshoheit zwischen Bund und Ländern aufgeteilt.²¹⁹ Zwar werden in Art. 87 Abs. 2 und Abs. 3 GG Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts genannt, jedoch beinhalten diese Normen keine abschließende Aufzählung der für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben zulässigen Organisationsformen.²²⁰

Fraglich könnte noch sein, ob aus dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG eine Rechtsformbindung bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben abzuleiten ist, soweit die Ausübung der Staatsgewalt mit der Erfüllung der öffentlichen Verwaltungsaufgaben gleich steht.²²¹ Unter dieser Prämisse darf die Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf private Rechtspersonen nicht den Grundsätzen der Gewaltenteilung und der demokratischen Legitimation widersprechen.²²²

Das trifft aber hier nicht zu, weil diese Verfassungsnorm nur besagt, dass die vollziehende Gewalt über besondere Organe ausgeübt werden muss, aber nicht, dass die öffentliche Hand zu einer ganz bestimmten Organisations- oder Rechtsform angehalten wäre.²²³ Art. 20 Abs. 2 S.2 GG lässt vielmehr die Organisationsstruktur und die Rechtsformen für die Umsetzung von öffentlichen Aufgaben unberührt.²²⁴

Des Weiteren ist im Rahmen einer Privatisierung öffentlicher Aufgaben das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG zu beachten, und zwar der Verfassungsgrundsatz der Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung bzw. der Bindung an Gesetz und Recht. Im Kontext mit Art. 3 Abs. 1 GG dürfen daher neue (Verwaltungs-)Organisationen nicht willkürlich entstehen, sondern sie müssen sich aus dem geltenden Recht ableiten.²²⁵

Auch dieser verfassungsrechtliche Grundsatz steht einer Übertragung von kommunalen Aufgaben auf private Dritte nicht entgegen, weil das (bayerische) kommunale Unternehmensrecht in Art. 86 ff. BayGO den Rechtsrahmen für Privatisierungen bestimmt und insoweit die Anforderungen des Art. 20 Abs. 3 GG erfüllt hat.²²⁶

Möglicherweise könnte sich eine Rechtsformbindung auch aus dem Sozialstaatsprinzip ableiten. Dieses Prinzip kommt in den Art. 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 GG zum Ausdruck und stellt unmittelbar geltendes Recht dar.²²⁷

²¹⁹ Die Neuregelung des Grundgesetzes im Zuge der sog. Föderalismusreform gem. Art. 1 ÄnderG vom 28.8.2006 (BGBl. I S. 2034) berührt nicht die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf private Dritte.

²²⁰ Vgl. Peine, in: DÖV 1997, 353, (356)

²²¹ Vgl. Erbguth, in: UPR 1995, 369, (372)

²²² Vgl. Erbguth, in: UPR 1995, 369, (372)

²²³ Vgl. Peine, in: DÖV 1997, 353, (356)

²²⁴ Vgl. Erbguth/Stollmann, Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Rechtssubjekte, in: DÖV 1993, 796, (800); so auch Erbguth, in: UPR 1995, 369, (372)

²²⁵ Deshalb bedarf z.B. die hoheitliche Beleihung als Übertragung öffentlicher Aufgaben auf private Dritte einer gesetzlichen Regelung (vgl. Schoch, a.a.O., in: DVBl. 1994, 962, (970)).

²²⁶ Vgl. Peine, in: DÖV 1997, 354, (356)

²²⁷ Vgl. Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, Art. 20, Rn. 72

Unabhängig davon, dass das Sozialstaatsprinzip ohnehin in besonderer Weise dort auslegungsbedürftig ist, wo es die öffentlichen Verwaltungsträger zur Wahrnehmung von Ver- und Entsorgungsaufgaben verpflichtet, enthält es keinen ausdrücklichen gesetzlichen Vorbehalt, in welcher Organisationsform - sei es des öffentlichen oder des privaten Rechts - die Erfüllung dieser Verpflichtung zu geschehen hat, solange nur die öffentliche Sozialaufgabe sichergestellt ist.²²⁸

Wendet man sich abschließend dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht zu, eröffnet Art. 28 Abs. 2 GG den kommunalen Rechtspersonen zwar das Recht, ihre öffentlichen Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen, daraus lässt sich aber nur die Planungs- und Organisationsfreiheit ableiten und keine Rechtsformbindung für den Vollzug kommunaler Aufgaben.

Abgesehen von den staatlichen Kernaufgaben steht also das Grundgesetz einer Privatisierung öffentlicher Aufgaben prinzipiell nicht entgegen,²²⁹ vielmehr eröffnet es der öffentlichen Hand die Wahlfreiheit, ihre sonstigen öffentlichen Aufgabenstellungen, insbesondere die Einrichtungen der Daseinsvorsorge, entweder öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich zu organisieren.²³⁰ Damit obliegt die Entscheidung über eine Privatisierung prinzipiell dem öffentlichen Verwaltungsträger selbst nach Maßgabe des ihm vom Gesetzgeber vorgegebenen Rechtsrahmens.²³¹ Das gilt auch für die Installierung des eGovernment in Form einer PPP durch die Kommunalverwaltung.

3.4. Privatisierung öffentlicher Aufgaben im Lichte der Bayerischen Verfassung i.V.m. dem Landesrecht

Die Bayerische Verfassung (BV) enthält weder in ihren allgemeinen Bestimmungen noch in den speziellen Regelungen zur Wirtschaft und Arbeit ein ausdrückliches Verbot der Privatisierung öffentlicher Aufgaben.²³² Sie befasst sich aber in Art. 83 BV mit den Wirkungskreisen der Kommunen. Es handelt sich um jene kommunalen Aufgaben, die bereits im kommunalen Selbstverwaltungsrecht des Art. 28 Abs. 2 GG beinhaltet sind. Im Unterschied zu den einfachgesetzlichen Vorschriften der Bayerischen Gemeindeordnung (z.B. Art. 57 Abs. 2 S. 1 Bay-GO) zeigt Art. 83 BV die Betätigungsmöglichkeiten der Kommunen auf, enthält aber keine Verpflichtung, den existierenden kommunalen Aufgabenbestand zu sichern und zu erhalten.²³³ Auch für die Aufgabenerledigung - ob in Eigenregie oder durch Dritte - gibt Art. 83 BV keine

²²⁸ Vgl. Schoch, in: DVBl. 1994, 962, (970)

²²⁹ Vgl. Lecheler, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: BayVBl. 1994, 555, (558)

²³⁰ Vgl. Tettinger, Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership, in: DÖV 1996, 764, (768)

²³¹ Vgl. Schoch, in: DVBl. 1994, 962, (969)

²³² Im Übrigen wäre die Bayerische Verfassung gem. Art. 31 GG nachrangig gegenüber dem Grundgesetz, das - wie ausgeführt - die Privatisierung öffentlicher Aufgaben zulässt (vgl. Kapitel 3, II, 3.3.)

²³³ BayVerfGH 4, 251

Vorgaben, so dass die Erfüllung außerhalb der allgemeinen Verwaltung in privaten Rechtsformen von der bayerischen Verfassung nicht ausgeschlossen wird.

Mit Art. 83 BV korrespondiert Art. 57 BayGO, der die kommunalen Pflichtaufgaben aufzählt. Auch Art. 57 BayGO lässt den Kommunen die Möglichkeit, ihre Pflichtaufgaben²³⁴ und die freiwillig übernommenen Aufgaben sowohl innerhalb der eigenen Verwaltung durch öffentliche Einrichtungen als auch außerhalb der allgemeinen Verwaltung in anderen Rechtsformen durchzuführen, wenn dies dem Gemeinwohl dient und finanziell tragbar ist.²³⁵

Gemäß Art. 86 Nr. 3 BayGO können sich die Kommunen außerhalb der allgemeinen Verwaltung ausdrücklich der Rechtsformen des Privatrechts bedienen.²³⁶ Das führt zu dem Ergebnis, dass die Privatisierung öffentlicher Aufgaben in der bayerischen Kommunalverwaltung vor allem von den öffentlichen Haushaltsgrundsätzen bestimmt ist, die gem. Art. 12 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 74 ff. BayGO und der BayKommHV im Rahmen der kommunalen Vermögenswirtschaft zur Anwendung kommen.²³⁷

Dass die Privatisierung kommunaler Aufgaben in Bayern ein zulässiges Organisationsmittel darstellt, ist nicht nur im kommunalen Unternehmensrecht der Art. 86 bis 96 BayGO²³⁸ und Art. 1 Abs. 1 S. 3, Abs. 3 S. 1 BayKommZG zum Ausdruck gebracht,²³⁹ sondern wird in Art. 61 Abs. 2 S. 2 BayGO besonders hervorgehoben. Demnach sollen „Aufgaben in geeigneten Fällen daraufhin untersucht werden, ob und in welchem Umfang sie auch durch nichtkommunale Stellen, insbesondere durch private Dritte oder unter Heranziehung Dritter mindestens ebenso gut erledigt werden können.“²⁴⁰ Der bayerische Gesetzgeber verfolgt dabei das Ziel, durch Privatisierungen größere Handlungsfreiheiten sowie Gestaltungsspielräume bei der Erfüllung kommunaler Aufgaben zu schaffen.²⁴¹

²³⁴ Vgl. Hölzl/Hien/Huber, a.a.O., Art. 57 BayGO, Erl. 3

²³⁵ Vgl. Paptistella, Erläuterungen zur bayerischen Verfassung, in: Praxis der Kommunalverwaltung, zu Art. 87 BV

²³⁶ Vgl. NJW 1985, 1892; BGH, DVBl. 1984, 1118-1119

²³⁷ Da die PPP i.d.R. ein Finanzierungselement beinhaltet (vgl. Kapitel 5, I.), ist die Privatisierung im Sinne des kommunalen Unternehmensrechts immer nur dann zulässig, wenn nicht gegen Art. 71 ff. BayGO verstoßen wird.

²³⁸ Vgl. dazu das kommunale Unternehmensrecht in der BayLKrO (Art. 74 ff.) und BayBezO (Art. 72 ff.)

²³⁹ Auch in der BV gilt das sog. Spontanitätsrecht (bzw. Allzuständigkeitsprinzip) der Kommunen. Sie reagieren auf den Wandel der kommunalen Verhältnisse mit der Wahrnehmung neuer öffentlichen Aufgaben (i.d.S. BVerfGE 79, 127 f.). Die kommunalrechtlich vorgegebenen Grenzen aus Art. 87 ff. BayGO sind entsprechend dem Universalitäts- bzw. Allzuständigkeitsprinzips auch bei neuen innovativen Vorhaben, also auch bei der Implementierung eines kommunalen eGovernment, zu beachten.

²⁴⁰ Vgl. Knemeyer, Bayerisches Kommunalrecht, Kapitel IV, Rn. 175; Hölzl/Hien/Huber, a.a.O., Art. 61 BayGO, Erl. 3.

²⁴¹ Vgl. Knemeyer, a.a.O., Kapitel IV, Rn. 176

III. Public Private Partnership in der Kommunalverwaltung

Zwischenzeitlich sind in Deutschland die PPP-Projekte in den unterschiedlichsten Bereichen der öffentlichen Verwaltung etabliert.²⁴² Insbesondere im Kommunalbereich gilt PPP als geeignetes Instrument der Stadtentwicklung und erfreut sich großer Akzeptanz bei öffentlichen Ver- und Entsorgungsmaßnahmen, in der Wirtschaftsförderung, bei der Entwicklung der Infrastruktur²⁴³ sowie zunehmend im Sozial-, Kultur- und Umweltbereich.²⁴⁴ Neben diesen Einsatzfeldern sind auch innovative Projekte im Kommen, worunter das kommunale eGovernment fällt.²⁴⁵

1. Rechtsrahmen

Angesichts zunehmender PPP-Kooperationen in der öffentlichen Verwaltung wird die Frage aufgeworfen, ob aus Gründen der Rechtssicherheit eine gesetzliche Grundlage²⁴⁶ für Gründung, Betrieb und Beendigung von Partnerschaften zwischen öffentlicher Verwaltung und privaten Dritten geschaffen werden sollte.²⁴⁷ Es sprechen durchaus gewichtige Gründe für eine Kodifizierung der PPP in den geltenden Verwaltungsgesetzen. Eine solche Regelung würde der öffentlichen Verwaltung rechtliche Standards an die Hand geben (Bereitstellungsfunktion) und das Risiko ungenügender Vertragsgestaltungen minimieren (Grenzziehungsfunktion).²⁴⁸ Zudem könnten Rahmenbestimmungen die Gründung eines PPP-Projekts beschleunigen und nachfolgende Vollzugsprobleme reduzieren.²⁴⁹

Weil es sich bei der PPP um eine kooperative Verwaltungstätigkeit öffentlicher Rechtspersonen handelt, wird diese nach allgemeiner Meinung dem öffentlichen Recht zugeordnet. Als neues Verwaltungsinstrument müsste dann die PPP in die Vorschriften des öffentlich-

²⁴² Vgl. Proll/Drey, Die 20 Besten: PPP-Beispiele aus Deutschland

²⁴³ Beispielsweise für den Bau von Straßen, Brücken, Tunnels, Krankenhäuser, Schulen, Polizeigebäude oder Justizvollzugsanstalten.

²⁴⁴ Für diese Einsatzfelder hat das Deutsche Institut für Urbanistik allein bei den Kommunen im Zeitraum von 2000 bis 2009 einem Investitionsbedarf von über 680 Milliarden € errechnet, der angesichts der defizitären kommunalen Haushaltslage allenfalls durch den Kapitaleinsatz privater Investoren abgebaut werden könnte (vgl. Schäfer/Karthaus, in: Weber/Schäfer/Hausmann, Praxishandbuch Public Private Partnership, § 5, S. 193; Bitkom - Public Private Partnerships bei E-Government Projekten, a.a.O., S. 6).

²⁴⁵ Vgl. Fellberg/Weigel, Mehr Effizienz und Innovation, in: Proll/Drey, Die 20 Besten: PPP-Beispiele aus Deutschland, S. 187 f.

²⁴⁶ entsprechend dem GmbHG oder dem AktG

²⁴⁷ Zu dieser Rechtsfrage ist insbesondere auf zwei Rechtsgutachten zu verweisen, die sich ausführlich mit dieser Thematik befassen. Insbesondere wird eine Fortentwicklung des öffentlich-rechtlichen Vertrags im Zuge der PPP-Problematik diskutiert (vgl. Schuppert, Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts – Regelungsbedarf und Handlungsoptionen eines Rechtsrahmens für Public Private Partnership, Rechts- und verwaltungswissenschaftliches Gutachten erstellt im Auftrag des Bundesministeriums des Inneren, Juni 2001 sowie Ziekow, Verwaltungskooperationsrecht (Public Private Partnership) – Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz, Wissenschaftliches Gutachten erstattet für das Bundesministerium des Inneren, Juni 2001).

²⁴⁸ Vgl. Schuppert, Rechts- und verwaltungswissenschaftliches Gutachten erstellt im Auftrag des Bundesministeriums des Inneren, S. 66 ff.

²⁴⁹ Vgl. Häfner, Aspekte einer Normierung von Public Private Partnerships (PPP), in: LKV 2005, 340, (341)

rechtlichen Vertrags (Art. 54 ff. BayVwVfG) eingefügt werden. Entsprechende Vorschläge hat bereits der beim Bundesinnenministerium angesiedelte Beirat „Verwaltungsverfahrenrecht“ erarbeitet.²⁵⁰ Er fordert eine gewisse Modifizierung der Art. 54 ff. (Bay)VwVfG,²⁵¹ weil bei diesen Normen traditionell die Ersetzung eines (hoheitlichen) Verwaltungsakts durch den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags im Vordergrund steht und nicht die (vertragliche) Kooperation zwischen öffentlicher Verwaltung und privatem Dritten.²⁵² Gleichwohl steht das Verwaltungsverfahrensgesetz einer normativen Abbildung des partnerschaftlichen Verwaltungshandelns nicht im Wege, weil in der so genannten Insbesondere-Klausel des Art. 54 S. 2 (Bay)VwVfG die Ersetzung eines Verwaltungsakts durch einen Vertrag nur als Beispiel genannt ist. Eine Begrenzung auf bestimmte Vertragsarten kann bei diesem Wortlaut nicht gewollt sein, so dass auch Kooperationsverträge darunter fallen.²⁵³ Deshalb können die Art. 54 ff. (Bay)VwVfG auch auf die PPP-Verträge angewandt werden.²⁵⁴

Derzeit hat der Gesetzgeber noch kein spezielles Gesetz über die Kooperationsform PPP in Vorbereitung, er hat lediglich bestimmte Vorschriften im so genannten ÖPP-Beschleunigungsgesetz erlassen.²⁵⁵ Dieses Artikelgesetz hat die schnelle Realisierung von öffentlichen und privaten Partnerschaften (entspricht dem Begriff der Public Private Partnership) zum Ziel,²⁵⁶ ferner den Abbau regulatorischer Hemmnisse, die die zügige Umsetzung von PPP-Projekten erschweren.²⁵⁷

Daraus ist abzuleiten, dass der Gesetzgeber die bestehenden öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Rechtsgrundlagen (noch) für ausreichend hält, so dass die aktuell beabsichtigten PPP-Projekte nach den jeweiligen Bedürfnissen der Kooperationspartner individuell durch Einzelverträge geregelt werden müssen.

Meiner Ansicht nach ist diese Haltung des Gesetzgebers schon deshalb zum jetzigen Zeitpunkt sinnvoll, weil es noch zu geringe Erfahrungen aus gleichartigen PPP-Referenzprojekten gibt und die im Einzelfall auftretenden Rechtsfragen sehr vielschichtig sind. Es erscheint (noch) nicht zweckmäßig, die diversen PPP-Gestaltungsmodelle in Gesetzesform abzubilden, weil die

²⁵⁰ Vgl. Reicherzer, Reform des öffentlich-rechtlichen Vertrags, in: ZRP 2004, 112 f.

²⁵¹ Entsprechend wäre dann auch das BayVwVfG zu modifizieren.

²⁵² Vgl. Häfner, in: LKV 2005, 340, (341)

²⁵³ Vgl. Bonk, in Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 54, Rn. 3

²⁵⁴ Vgl. Bonk, in Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 54, Rn. 3. Anderenfalls wären die Regelungen der §§ 54 ff. (Bay)VwVfG hinfällig.

²⁵⁵ Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von öffentlichen privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für öffentlich private Partnerschaften, BGBl. I 2005 S. 2676 vom 07.09.2005

²⁵⁶ Vgl. Uechtritz/Otting, Das „ÖPP-Beschleunigungsgesetz“: Neuer Name, neuer Schwung für „öffentlich-private Partnerschaften?“, in: NVwZ 2005, 1105, (1106); Knauff, Die vergaberechtlichen Regelungen des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes, in: NZBau 2005, 433 f.

²⁵⁷ Vgl. Bischof/Stoye, Vergaberechtliche Neuerungen für IT/TK-Beschaffungen der öffentlichen Hand – Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz als erste Umsetzung des EU-Richtlinienpakets, in: MMR 2006, 138. Mithin handelt es sich hier um Änderungen u.a. im Vergaberecht, im Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz, in der Bundeshaushaltsordnung, im Steuerrecht sowie im Investmentgesetz. Eine wesentliche Erleichterung für die Umsetzung einer PPP erwartet man sich dabei vor allem durch die Verbesserung der vergaberechtlichen Bedingungen.

PPP keine eigenständige Rechtsform ist, sondern begrifflich ein komplexes Rechtsgebilde darstellt, dem die jeweils passenden Regelungen aus den verschiedenen Bereichen des öffentlichen Rechts, des bürgerlichen Rechts, des Handels- und Gesellschaftsrechts sowie des Kommunal-, Haushalts- und Steuerrechts zugrunde liegen. Soweit diese Vorschriften keine Regelungen vorsehen, müssen die jeweiligen Zielvorstellungen der Partner vertraglich festgelegt bzw. abgesichert werden.²⁵⁸

Erst wenn sich allgemein anerkannte Regelungen zu den Grundstrukturen einer PPP herausgebildet haben, die auch die individuellen Gestaltungsbedürfnisse der Kooperationspartner berücksichtigen, sollte die PPP im geltenden Verwaltungsverfahrensrecht (Art. 54 ff. (Bay)VwVfG) förmlich kodifiziert werden, damit – im Sinne des Rechtsstaatsprinzips - die öffentliche Verwaltung als vollziehende Gewalt unmittelbar an Recht und Gesetz gemessen werden kann (Art. 20 Abs. 3 GG). Erst dann erscheint es zweckmäßig, Verfahrensregelungen zu entwickeln, die den Rechtsrahmen bei Gründung, Betrieb und Beendigung der PPP festschreiben.²⁵⁹ Dabei sollte eine Typisierung unbedingt vermieden werden, um nicht eine flexible Ausgestaltung der PPP-Modelle im konkreten Einzelfall zu beeinträchtigen.²⁶⁰

2. Das (bayerische) kommunale Unternehmensrecht zwischen Eigenregie und Privatisierung²⁶¹

Die bayerische Kommunalverwaltung hat zunächst zu prüfen, ob das angestrebte PPP-Projekt mit dem geltenden kommunalen Unternehmensrecht gem. Art. 86 ff. BayGO in Einklang steht.²⁶² Sie hat neben der so genannten kommunalrechtlichen Schrankenquadrige des Art. 87 BayGO auf einer zweiten Prüfungsebene die Sonderregelungen der Art. 86 Nr. 3 i.V.m. Art. 92 BayGO zu beachten, wenn sie ein kommunales Vorhaben als PPP-(Gesellschafts-) Modell einrichten und in privater Rechtsform betreiben will.²⁶³

²⁵⁸ Damit man de lege lata flexibel auf die Bedürfnisse der jeweiligen Projekte und ihrer Kooperationspartner reagieren kann.

²⁵⁹ Vgl. Häfner, in: LKV 2005, 340, (342)

²⁶⁰ Vgl. auch Leitfaden „Public Private Partnership zur Realisierung öffentlicher Baumaßnahmen in Bayern Teil 2 Rechtliche Rahmenbedingungen und Finanzierung“, Juli 2007 (www.ppp.bayern.de). In dieser Handreichung Teil 2 sind insbesondere rechtliche Ausführungen zum Vollzug des kommunalen Vermögensrechts (vgl. Art 75 BayGO), des kommunalen Haushaltsrechts (vgl. Art. 61 Abs. 2 S. 2 BayGO, Art. 61 Abs. 2, Abs. 3 BayGO i.V.m. § 10 BayKommHV), zur Veranschlagung der PPP-Modelle im Haushalt, zu den Vorgaben für Kreditaufnahmen (Art. 71 BayGO) und für kreditähnliche Rechtsgeschäfte nach Art. 72 BayGO (sehr ausführlich zur kommunalen Forfaitierung), zu den Verpflichtungsermächtigungen (vgl. Art. 67 Abs. 1 Abs. 4 BayGO), zum Gebührenrecht (vgl. Art. 8 Abs. 2 S. 2 KAG), zum staatlichen (vgl. Art. 10 FAG) und zum europäischen Förderrecht, zum Steuerrecht (Gründerwerbssteuer – GrEStG – Grundsteuer – GrStG – Gewerbesteuer – GewStG -) und v.a. zum Vollzug der VOB/VOL.

²⁶¹ Nach der Gesetzesänderung vom 24. Juli 1998 stellt das frühere kommunale Wirtschaftsrecht in Bayern jetzt ein kommunales Unternehmensrecht dar.

²⁶² Vgl. auch Püttner, Ökonomisierung aus der Sicht des Juristen – inwieweit begünstigt oder behindert das Recht die Ökonomisierung des Staates?, in: Die Ökonomisierung des öffentlichen Sektors: Instrumente und Trends, S. 164

²⁶³ Vgl. Schäfer/Karthauss, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 5, S. 217

Zwar können die Kommunen im Rahmen ihrer gem. Art. 28 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich geschützten Organisationsfreiheit ihre Aufgabenstellungen eigenverantwortlich sowohl innerhalb ihrer allgemeinen Verwaltung als Regiebetrieb²⁶⁴ organisieren²⁶⁵ als auch außerhalb der allgemeinen Verwaltung in den Rechtsformen²⁶⁶ des Eigenbetriebs (Art. 86 Nr. 1 i.V.m. Art. 88 BayGO), des selbständigen Kommunalunternehmens als Anstalt des öffentlichen Rechts (Art. 86 Nr. 2 i.V.m. Art. 89 BayGO) oder auch in Rechtsformen des Privatrechts betreiben und sie können sich auch an einem Privatunternehmen beteiligen (Art. 86 Nr. 3 BayGO, Art. 87 BayGO i.V.m. Art. 92 BayGO).²⁶⁷ Jedoch dürfen sich die Kommunen durch eine Unternehmensgründung außerhalb ihrer allgemeinen Verwaltung nicht der Bindung an das Kommunalrecht entziehen. Aus Art. 87 Abs. 1 BayGO ergibt sich nämlich der Grundsatz: „Keine Flucht der Kommune in das Privatrecht.“ Daraus folgt, dass die Kommune ein nach dieser Vorschrift unzulässiges Unternehmen weder als Eigenbetrieb noch als Kommunalunternehmen noch in Privatrechtsform betreiben darf. Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 87 BayGO nicht vor, muss sie von diesem Unternehmensgegenstand Abstand nehmen.

Das geltende bayerische kommunale Unternehmensrecht unterscheidet nicht mehr (wie früher) zwischen einem wirtschaftlichen und einem nichtwirtschaftlichen Unternehmensgegenstand.²⁶⁸ Nachdem in der Gemeindeordnung der Vorrang der öffentlich-rechtlichen Unternehmensformen entfallen ist, können die Kommunen bei der Wahl der Rechtsform prinzipiell ihr freies Ermessen ausüben.²⁶⁹ Sie sollten aber bei der Auswahl der Rechtsform deren Effizienz für die konkrete Aufgabenerfüllung insbesondere im Hinblick auf die zur Verfügung

²⁶⁴ Die kommunalen Aufgaben werden hier organisatorisch, personell, leitungsmäßig, haushalts- und rechnungstechnisch im Rahmen der Gemeindeverwaltung v.a. für den Eigenbedarf erfüllt (vgl. Lissack, Bayerisches Kommunalrecht, § 7, Rn. 2).

²⁶⁵ Vgl. Badura, Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze, in: DÖV 1998, 818, (820). Art. 28 Abs. 2 GG schützt und begrenzt gleichermaßen die Inhalte und die Form der Umsetzung der kommunalen Selbstverwaltung sowie die Zuständigkeiten der Gemeinden und Gemeindeverbände als Organisationseinheiten. Daneben beschränkt das kommunale Unternehmensrecht die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Gemeinden, weil dazu nur ganz bestimmte Organisationsformen angeboten werden oder Zulassungsbeschränkungen wie Art. 87 Abs. 1 BayGO existieren. Die Kommunen müssen daher ihre (wirtschaftliche) Betätigung bestimmen und kommunalrechtlich prüfen, „wieweit ihnen eine gewerbliche, unternehmerische oder sonstige Betätigung offen steht“.

²⁶⁶ Begrifflich versteht man unter einem kommunalrechtlichen Unternehmen jeden aus der Verwaltung ausgegliederten Bereich, den die Gemeinde unter den in Art. 86 BayGO aufgeführten Rechtsformen betreibt (sog. formaler Unternehmensbegriff). Die Unternehmenseigenschaft hängt dabei nur von der Ausgliederung in eine bestimmte Rechtsform ab, nicht dagegen von der Art der übertragenen Aufgaben. Letzteres spielt erst bei der Zulässigkeitsfrage des Unternehmens i.S.d. Art. 87 BayGO eine Rolle.

²⁶⁷ Die kommunalen Unternehmensformen sind in Bayern in Art. 86 ff. BayGO für die gemeindlichen Unternehmen, in Art. 74 ff. BayLkrO für die Unternehmen des Landkreises und in Art. 72 ff. BayBezO für die Unternehmen des Bezirks geregelt. Die Rechtsordnungen für die Gemeinden, Landkreise und Bezirke sind dem Grunde nach gleich aufgebaut, wobei die Unternehmensformen identisch sind. In dieser Arbeit sollen die einzelnen Rechtsfragen anhand der BayGO gelöst werden. Die Ergebnisse sind entsprechend auf die anderen Kommunalordnungen - BayLkrO und BayBezO - zu übertragen.

²⁶⁸ Vgl. Lissack, a.a.O., § 7, Rn. 1

²⁶⁹ Vgl. Prandl/Zimmermann/Büchner, Kommunalrecht in Bayern, Kommentar zur Gemeindeordnung, Verwaltungsgemeinschaftsordnung und Bezirksordnung mit ergänzenden Vorschriften, Art. 92, Rn. 1; Lissack, a.a.O., § 7, Rn. 1

stehenden finanziellen Mittel prüfen. Dabei spielen nicht nur die Flexibilität der jeweiligen Organisationsform und ihrer Entscheidungsorgane, sondern auch die kommunale Verantwortlichkeit und die Außenwirkung auf die Bürger eine wichtige Rolle.²⁷⁰

3. Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen und Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung gem. Art. 87 BayGO

Art. 87 BayGO entspricht im Wesentlichen dem § 67 Abs. 1 der Deutschen Gemeindeordnung von 1935,²⁷¹ dessen Intention es war, die Gemeinden vor wirtschaftlichen Risiken zu schützen und eine Grenze zu ziehen zwischen der gemeindlichen Betätigung und der freien Privatwirtschaft. Diese doppelte Zielsetzung ist heute noch aktuell.²⁷²

Zweck des Art. 87 BayGO ist, dass eine Kommune die ordnungspolitische Balance zwischen kommunaler und privater Wirtschaft wahrt. Das wird über die Schrankenquadriga erreicht.²⁷³

Zunächst muss die Kommune gem. Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BayGO sicherstellen, dass die dem Unternehmen i.S.d. Art. 86 BayGO zu übertragenden Aufgaben überhaupt für die Erledigung außerhalb der allgemeinen Verwaltung geeignet sind. Dann darf die Kommune ein Unternehmen i.S.d. Art. 86 BayGO im Zusammenhang mit Tätigkeiten, die außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge liegen, nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern,²⁷⁴ wenn - kumulativ - ein öffentlicher Zweck das Unternehmen erfordert (Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayGO), die Art und der Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum Bedarf der Gemeinde stehen (Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BayGO) und wenn die Subsidiarität gegenüber der Privatwirtschaft gewährleistet ist (Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO).²⁷⁵

3.1. Öffentlicher Zweck und Gewinnerzielungsabsicht

Ein öffentlicher Zweck gem. Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayGO ist grundsätzlich gegeben, wenn das Unternehmen unmittelbar durch seine Leistung und nicht nur mittelbar über Gewinne und Erträge dem Wohl der Gemeindebürger dient.²⁷⁶ Daher entsprechen gem. Art. 87 Abs. 1 S. 2 BayGO alle Tätigkeiten oder Tätigkeitsbereiche, mit denen eine Kommune oder ihre Unternehmen an dem vom freien Wettbewerb beherrschten Wirtschaftsleben teilnehmen, um aus-

²⁷⁰ Dazu kommen weitere Gesichtspunkte wie steuerliche Vorteilhaftigkeit und Ausgestaltung der staatlichen Aufsicht (vgl. Zugmaier, Gemeindliche Unternehmen in Privatrechtsform, in: BayVBl. 2001, 233, (234)).

²⁷¹ Art. 67

legte nach dem Muster des preußischen Gemeindeverfassungsrechts im Rahmen der Deutschen Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935 nach Art und Maß die wirtschaftliche Betätigung einer Gemeinde fest.

²⁷² Vgl. Badura, in: DÖV 1998, 81

²⁷³ Vgl. Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, Öffentliches Recht in Bayern, S. 197 ff.; Lissack, a.a.O., § 7, Rn. 15 ff.

²⁷⁴ Vgl. Zugmaier, in: BayVBl. 2001, 233, (235)

²⁷⁵ Gemäß Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BayGO müssen die dem Unternehmen zu übertragenden Aufgaben für die Wahrnehmung außerhalb der allgemeinen Verwaltung geeignet sein.

²⁷⁶ BVerfGE 61, 82 (107); NVwZ 2000, 801, (803)

schließlich oder überwiegend Gewinn zu erzielen, nicht dem öffentlichen Zweck i.S.d. Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayGO.²⁷⁷ Unschädlich ist dagegen, wenn neben der Zweckerfüllung auch versucht wird, einen Ertrag zu erwirtschaften.²⁷⁸ Das Verbot der ausschließlichen oder überwiegend gewinnorientierten Tätigkeit hindert die Kommune nicht an einer wirtschaftlichen Vermögensnutzung unter Rentabilitätsgesichtspunkten (vgl. Art. 95 BayGO). Unausgelastete Kapazitäten vorhandener Einrichtungen können daher durch Annexleistungen ausgefüllt werden, die nicht zu den originären Aufgaben gehören oder im Vergleich zum Hauptzweck nur eine untergeordnete Rolle spielen.²⁷⁹ Derartige Nebentätigkeiten können und dürfen also im Zusammenhang mit der eigentlichen Aufgabenerfüllung wahrgenommen werden.²⁸⁰

Der Begriff des öffentlichen Zwecks umfasst die Gemeinnützigkeit der kommunalen Einrichtung, so dass Pflichtaufgaben, etwa aus dem Bereich der Daseinsvorsorge, stets einen öffentlichen Zweck erfüllen. Dies trifft „insbesondere“ (siehe Art. 87 Abs. 1 S. 1 BayGO) dann zu, wenn die Gemeinde die ihr obliegenden gesetzlichen Verpflichtungen und Aufgaben des eigenen Wirkungskreises gem. Art. 83 Abs. 1 BV und Art. 57 BayGO erfüllen will.²⁸¹ Aber auch die Schaffung, Zurverfügungstellung und Erhaltung wettbewerblicher Strukturen stellen einen öffentlichen Zweck dar, wenn sie dem Wohle der Kommune dienen.

Dabei ist zu beachten, dass die Errichtung eines Unternehmens bzw. die Beteiligung der Kommune an einem Unternehmen gem. Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1; Abs. 3 BayGO nicht nur einen öffentlichen Zweck „haben“, sondern diesen „erfordern“ muss. Ausreichend ist aber, wenn nur ein Teil der Unternehmensgegenstände den öffentlichen Zweck erfordert. Darüber hinaus können auch private Interessen Berücksichtigung finden, wodurch es ermöglicht wird, dass sich private Investoren am Unternehmen beteiligen.

Der Kommune obliegt im Rahmen des Art. 87 BayGO die Einschätzungsprärogative über alle Tatbestandsmerkmale, insbesondere über den öffentlichen Zweck. Ob und inwieweit eine Kommune die Errichtung eines gemeindlichen Unternehmens für erforderlich hält, ist nach der Rechtsauffassung des Bundesverwaltungsgerichts hauptsächlich den Anschauungen und Entschlüssen ihrer maßgebenden Organe überlassen und hängt von den örtlichen Verhältnissen und finanziellen Möglichkeiten der Gemeinde, von den Bedürfnissen der Einwohnerschaft

²⁷⁷ Vgl. BVerfGE 61, 82, (107); nur gem. Art. 87 Abs. 1 S. 3 BayGO dürfen gemeindliche Unternehmen mit dem ausschließlichen Ziel der Gewinnerzielungsabsicht weitergeführt werden.

²⁷⁸ Aus Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO lässt sich entnehmen, dass ein öffentlicher Zweck auch vorliegen kann, wenn die Gemeinde oder das gemeindliche Unternehmen außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge tätig wird und dabei Gewinn erzielen möchte (vgl. Lissack, a.a.O., § 7, Rn. 16; Schäfer/Karthaus, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 5, S. 215).

²⁷⁹ Abzustellen ist dann auf den wirtschaftlichen Schwerpunkt der Gesamtleistung.

²⁸⁰ Vgl. Schäfer/Karthaus, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 5, S. 215

²⁸¹ Vgl. Widtmann/Grasser, Bayerische Gemeindeordnung – Kommentar, Art. 87, Rn. 12; Schäfer/Karthaus, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 5, S. 215

und von anderen Faktoren ab.²⁸² Die Beurteilung des öffentlichen Zwecks für die Errichtung und Fortführung eines Gemeindeunternehmens ist deshalb der richterlichen Beurteilung weitgehend entzogen, das heißt, dass das wirtschaftliche Handeln weitgehend von kommunalen Zweckmäßigkeitserlegungen bestimmt wird.²⁸³

Allerdings sieht Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BayGO vor, dass die kommunale Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf stehen muss. Demzufolge darf eine Kommune kein Unternehmen errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, das ihre personellen, sachlichen oder finanziellen Kräfte überfordern würde. Die erzielbaren Vorteile müssen sich zumindest mit den finanziellen Verpflichtungen decken.²⁸⁴ Dies ergibt sich bereits aus den allgemeinen Haushaltsgrundsätzen der Art. 61 ff. BayGO.

3.2. Subsidiaritätsklausel

Schließlich ist die Subsidiaritätsklausel des Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO zu beachten,²⁸⁵ deren Fragestellung dahin geht, ob der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden könnte.²⁸⁶ Der Private muss objektiv in der Lage sein, die entsprechende kommunale Aufgabe zu übernehmen, und er muss subjektiv diese Aufgabe auch tatsächlich ausführen wollen. Allein das Bestehen der abstrakten Möglichkeit der Aufgabenerfüllung durch einen privaten Dritten reicht dagegen nicht aus, da andernfalls die Gefahr bestünde, dass eine kommunale öffentliche Aufgabe überhaupt nicht ausgeführt wird.²⁸⁷ Stets ist zu beachten, dass die Subsidiaritätsklausel dann nicht einschlägig ist, wenn es sich um Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge gem. Art. 83 BV i.V.m. Art. 57 BayGO handelt. Da jedoch der Begriff der kommunalen Daseinsvorsorge vom Gesetzgeber nicht klar definiert ist, ergeben sich Schwierigkeiten bei der Beantwortung, welche Aufgaben außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge effizienter und ökonomischer durch einen privaten Dritten erfüllt werden können.²⁸⁸ In der Regel wird darauf abgestellt, ob der Marktauftritt der kommunalen Unternehmung zu Lasten eines effektiven und funktionsfähigen Wettbewerbs geht.²⁸⁹ Deshalb soll die Subsidiaritätsklausel nur dann wirken, wenn und soweit durch den

²⁸² BVerwGE 39,329, (334)

²⁸³ Vgl. Hölzl/Hien/Huber, a.a.O., Art. 87 BayGO, Erl. 2.2.

²⁸⁴ Vgl. Schäfer/Karthaus, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 5, S. 216

²⁸⁵ Ferner ist Art. 61 Abs. 2 S. 2 BayGO zu berücksichtigen, wonach grundsätzlich die Gemeinde Aufgaben an private Dritte übertragen soll, soweit diese von den Dritten mindestens ebenso gut erledigt werden können.

²⁸⁶ Im Gegensatz zu § 67 DGO greift die Subsidiaritätsklausel des Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO bereits bei gleich guter Erfüllung ein (vgl. Hölzl/Hien/Huber, a.a.O., Art. 87 BayGO, Erl. 2.5.).

²⁸⁷ Vgl. Hölzl/Hien/Huber, a.a.O., Art. 87 BayGO, Erl. 2.2.

²⁸⁸ Vgl. Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen, a.a.O., S. 198, Rn. 504

²⁸⁹ Vgl. Köhler, in: BayVBl. 2000, 1, (7/8)

kommunalen Eintritt private Mitbewerber oder ein bereits funktionsfähiger Wettbewerb beeinträchtigt werden.²⁹⁰

Durch die Normierung des Subsidiaritätsprinzips will also der Gesetzgeber die Kommunen zwingen, gegebene Privatisierungspotentiale in der Weise auszuschöpfen, dass sie kommunale Leistungen von Privaten ausführen lassen, wenn und soweit dies sinnvoll und zweckmäßig ist. Dadurch soll eine ungehemmte wirtschaftliche Betätigung kommunaler Rechtspersonen zu Lasten der Privatwirtschaft verhindert werden. Die Kommunen sollen sich nämlich auf ihre originären Aufgaben konzentrieren und keine unnötigen Unternehmerrisiken am freien Markt eingehen.²⁹¹

IV. Zwischenergebnis

Public Private Partnership verkörpert die Weiterentwicklung der traditionellen Verwaltungsinstrumente der Beleihung und Verwaltungshilfe hin zur partnerschaftlichen Erfüllung öffentlicher Aufgaben unter Einbeziehung privater Dritter.

Bietet eine kommunale Rechtsperson ihre öffentlichen Dienstleistungen, die auch originäre und damit nicht materiell privatisierbare Staatsaufgaben zum Inhalt haben,²⁹² über das eGovernment an, stehen der Umsetzung des kommunalen eGovernment über eine PPP als formale bzw. funktionale (Teil-) Privatisierung keine verfassungs- und kommunalunternehmensrechtlichen Hürden entgegen, wenn dabei die Aufgabenverantwortung für diese Form der Verwaltungstätigkeit beim öffentlichen (kommunalen) Verwaltungsträger verbleibt.

Kapitel 4: Kommunales eGovernment als erweiterter Unternehmensgegenstand einer PPP

I. Zulässigkeitsschranken im kommunalen Unternehmensrecht

Über ein kommunales Verwaltungsportal lassen sich neben den rein öffentlich-rechtlichen Dienstleistungen technisch ohne Weiteres noch zusätzliche, insbesondere auch private Mehrwertdienste anbieten.²⁹³ Für eine kommunale Rechtsperson, die im Rahmen einer PPP kommunales eGovernment umsetzen will, stellt sich hier die Frage, ob die Abbildung dieser zusätzlichen Angebote kommunalrechtlichen Beschränkungen unterliegt.²⁹⁴ Im Wesentlichen geht es dabei um folgende Mehrwertdienste auf dem Verwaltungsportal:

²⁹⁰ Vgl. Lissack, a.a.O., § 7, Rn. 19; v.a. bei der Gefahr der Monopolisierung zugunsten des kommunalen Unternehmens

²⁹¹ Auch im Fall des Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO wird bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit und der Güte der Leistung im Vergleich zu einem privaten Dritten der Kommune die Einschätzungsprärogative zuerkannt.

²⁹² Vgl. Ulmer, in: CR 2003, 701, (704); siehe auch Kapitel 3, II. 3.2.

²⁹³ Vgl. Eifert, in: Bär/Hohl/Möstl/Müller, a.a.O., S. 117

²⁹⁴ Vgl. auch Eifert, in: Bär/Hohl/Möstl/Müller, a.a.O., S. 118; Eifert, in: VerwArch 2002, 561, (567)

1. Zulässigkeit von Informationsangeboten

Das Informationsleistungsangebot der kommunalen Verwaltung kann aus der nutzer- und mehrwertorientierten zentralen Bündelung von regionalen Informationsdiensten i.V.m. mit technischen und inhaltlichen Hilfsfunktionen bestehen.²⁹⁵

Regelmäßig erfüllen alle Formen öffentlich-rechtlicher Informationsangebote mitsamt ihren technischen Hilfsfunktionen einen öffentlichen Zweck, weil sie unmittelbar die öffentliche Verwaltungstätigkeit unterstützen. Hier wird die Kommunalverwaltung nicht außerhalb ihres Wirkungskreises tätig. Vielmehr orientieren sich ihre Leistungen am Eigenbedarf und sind insoweit nicht als Tätigkeiten auf dem freien Markt anzusehen. Weil es an der Fremdbedarfsdeckung fehlt, unterliegen derartige elektronische Dienst- und Verwaltungsleistungen wie z.B. Behördeninformationen oder Diskussionsforen von vornherein nicht den Zulässigkeitschranken des kommunalen Unternehmensrechts.²⁹⁶ Dabei ist es unerheblich, ob die Kommunalverwaltung diese Informationsangebote in Eigenregie oder über ein eigenständiges Unternehmen in Form einer PPP anbietet.

Werden darüber hinaus, z.B. im Rahmen von Rubriken, private Informationsangebote in das Verwaltungsportal integriert, die zur traditionellen kommunalen Daseinsvorsorge aus den Bereichen Kultur, Sport oder Soziales gehören, ist auch bei diesen Aktivitäten regelmäßig ein öffentlicher Zweck i.S.d. Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayGO gegeben. Wenn sich jedoch die Angebote außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge bewegen, hat die Kommunalverwaltung im Hinblick auf die Subsidiaritätsklausel des Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO zu prüfen, ob diese Leistungen von privaten Dritten nicht ebenso gut und wirtschaftlich erbracht werden können wie von der Kommune. Bei der Beurteilung des Subsidiaritätsprinzips sind die strukturellen Rahmenbedingungen, die eine Kommune vorweisen kann, die vergleichbaren Angebote auf dem Markt sowie die Dauerhaftigkeit und Zuverlässigkeit der Leistungserbringung von Bedeutung.²⁹⁷

Wenn jedoch Informationsangebote nicht unter die kommunale Daseinsvorsorge fallen, bspw. Branchen-, Hotel- und Gaststättenverzeichnisse, liegt grundsätzlich eine wirtschaftliche Tätigkeit vor. Aber auch in diesen Fällen spricht zugunsten einer kommunalrechtlich zulässigen Integration in das Verwaltungsportal, dass es sich hier inhaltlich um eine Wirtschafts- und Standortförderung bzw. um eine kommunale Bestandspflege handelt. Auch dies erfüllt den öffentlichen Zweck i.S.d. Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayGO, weil gerade in der heutigen Zeit die Internetpräsenz bereits für regionale Unternehmen existenzielle Bedeutung erlangen kann. Schwieriger ist es hier, die Hürde des Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO zu überwinden. Für die

²⁹⁵ als technischer Intermediär

²⁹⁶ Vgl. hierzu auch Boehme-Neßler, in: NVwZ 2001, 374, (378/379)

²⁹⁷ Vgl. Eifert/Püschel/Stapel-Schulz, a.a.O., S. 17

Zulässigkeit spricht insbesondere die dauerhafte Leistungserbringung in strukturschwachen Wirtschaftsräumen, wo keine vergleichbaren Angebote auf dem Markt bestehen und ein solcher Markt auch nicht zu erwarten ist.²⁹⁸ Probleme könnten aber dann auftreten, wenn alle regionalen Informationsdienstleistungen über die (zentrale) Verwaltungsplattform gebündelt werden sollen. Doch auch in einer solchen Bündelung kann ein öffentlicher Zweck dann gesehen werden, wenn im konkreten Fall die Unübersichtlichkeit virtueller Angebote und Online-Plattformen ein ordnendes Medium erfordert, um die Teilhabe der Bürger an diesen Angeboten sicherzustellen und einen diskriminierungsfreien Zugang zu diesen Informationen zu gewährleisten.

2. Zulässigkeit von Kommunikationsangeboten

Wie bereits ausgeführt, sind gem. Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 4 BayGO prinzipiell solche Kommunikationsangebote zulässig, die unmittelbar auf die öffentlich-rechtliche Aufgabenerfüllung der Kommunen abstellen, z.B. bei der Beteiligung der Bürger in umfangreichen Verwaltungsverfahren wie bei der Aufstellung von Bebauungsplänen oder bei Planfeststellungen. Soweit jedoch diese Kommunikationsformen - ähnlich den allgemeinen Chatforen - keinen unmittelbaren öffentlich-rechtlichen Bezug aufweisen, kann von einem öffentlichen Zweck nur dann gesprochen werden, wenn wenigstens eine Bindung an die kommunale Daseinsvorsorge oder zu den Sparten Kultur, Bildung oder Soziales besteht oder wenn der öffentliche Zweck generell in der strukturellen Förderung des kommunalen Standorts gesehen werden kann (vgl. Art. 57 Abs. 1 BayGO).

3. Zulässigkeit von Transaktionsangeboten

Die gleichen Grundsätze gelten bei Transaktionsangeboten auf der Verwaltungsplattform.²⁹⁹ Sofern diese die öffentlichen Aufgabenstellungen der Kommunalverwaltung unterstützen,³⁰⁰ erfüllen sie einen öffentlichen Zweck i.S.d. Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayGO und verstoßen nicht gegen das kommunale Unternehmensrecht. Anderenfalls sind Transaktionsangebote nur dann zulässig, wenn sie die Hürde der Subsidiaritätsklausel gem. Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO überwinden können.

²⁹⁸ Naturgemäß fällt in Ballungsräumen mit hoher technologischer Firmenpräsenz die Begründung eher schwer.

²⁹⁹ Es handelt sich hier um (auf dem Verwaltungsportal angebotenes) rechtsverbindliches Verwaltungshandeln, das bestimmte Formerfordernisse erfüllen muss. Vgl. auch Kapitel 2, IV. 3.

³⁰⁰ Die elektronische Kommunikation ist gem. § 3a Abs. 2 BayVwVfG im Falle einer gesetzlich vorgeschriebenen Schriftform unter der Verwendung der elektronischen Signatur zulässig.

4. Zulässigkeit von Mehrwertdiensten

Soweit Mehrwertdienste nur von der Kommunalverwaltung und den ihr gehörenden oder mit ihr verbundenen Einrichtungen zur Verfügung gestellt werden können, sind sie zulässig, weil hier regelmäßig der öffentliche Zweck i.S.v. Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayGO zu bejahen ist.³⁰¹ Können diese Dienste aber auch von privaten Dritten angeboten werden, muss ihre Zulässigkeit auf der Verwaltungsplattform anhand des öffentlichen Zwecks und der Subsidiaritätsklausel geprüft werden.³⁰² Mehrwertdienste haben regelmäßig Entgeltcharakter, weil für jede dieser elektronischen Leistungen vom Nutzer ein Transaktionsentgelt zu zahlen ist. Dann ist der öffentliche Zweck nicht immer eindeutig zu bejahen, weil gem. Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayGO die Gewinnerzielungsabsicht entgegensteht. Wenn diese Dienstleistungen nicht nur vorhandene, sondern darüber hinaus zusätzliche Online-Kapazitäten binden, können sie auch nicht mehr als zulässige Randnutzungen qualifiziert werden. Jedoch ist der öffentliche Zweck dann zu bejahen, wenn das Angebot von Mehrwertdiensten der kommunalen Wirtschaftsförderung dient und den Wettbewerb und die kommunale Infrastruktur fördert.³⁰³ Dagegen fällt regelmäßig die Rechtfertigung von eMail-Diensten im Hinblick auf die Subsidiaritätsklausel schwer. eMail-Accounts, Link-Verbindungen und Werbeplattformen unterliegen nämlich bereits einem starken Wettbewerb durch private Anbieter. Sie sind allenfalls dort gerechtfertigt, wo in strukturschwachen Wirtschaftsräumen wegen mangelnder Angebote eine entsprechende Aktivität der Kommunalverwaltung gefordert ist.

5. Zulässigkeit von Werbung

Soweit die kommunale Verwaltungsplattform als Werbeträger für private Dritte durch den Verkauf von Werbeflächen gegen Entgelt fungieren soll, erscheint dies nach dem kommunalen Unternehmensrecht fraglich. Diese Leistungen würden gem. Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayGO keinen öffentlichen Zweck erfüllen, weil sie Einnahmen generieren sollen. Jedoch stellt der Verkauf von Werbeflächen dann eine zulässige Randnutzung dar, wenn die Kommunalverwaltung dazu bereits vorhandene (elektronische) Kapazitäten heranzieht und keine zusätzlichen aufbauen muss. Soweit in diesem Zusammenhang von einer untergeordneten Nebenfunktion gesprochen werden kann, ist die Werbung nach Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 4 BayGO erlaubt.³⁰⁴ Die Grundsätze der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung gestatten es,

³⁰¹ Vgl. Ausführungen zu Kapitel 3, III 3 und Kapitel 4, I. 4.

³⁰² Vgl. Eifert/Püschel/Stapel-Schulz, a.a.O., S. 18

³⁰³ Vgl. Köhler, in: BayVBl. 2000, 1, (6). So entsprechen auch eMail-Dienste einem öffentlichen Zweck, wenn sie bspw. bildungspolitische Ziele verfolgen.

³⁰⁴ Dies gilt auch dann, wenn die Kapazitätsauslastung nicht unmittelbar der öffentlichen Zweckerfüllung dienen sollte.

brachliegende Kapazitäten zur Einnahmeerzielung - auch mittels elektronischer Werbung auf öffentlichen Verwaltungsportalen - zu nutzen.

6. Zulässigkeit von grenzüberschreitenden elektronischen Dienstleistungen

Technisch ermöglicht das Internet ohne Weiteres die Verbreitung von Angeboten über das jeweilige Gemeindegebiet hinaus, da über das elektronische Netz von jedem beliebigen Ort Zugriff auf das Verwaltungsportal der kommunalen Rechtsperson genommen werden kann. Umgekehrt können überregionale Angebote fremder Dienstleister auf dem eigenen Verwaltungsportal erscheinen.

Das originäre Wirkungsfeld der Kommunalverwaltungen ist jedoch gem. Art. 28 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 11 BV räumlich auf das Gemeindegebiet und dabei auf die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft beschränkt.³⁰⁵ Weil die originäre kommunale Aufgabe in der Bedürfniserfüllung der eigenen Gemeindebürger besteht, soll die kommunale Rechtsperson prinzipiell keine unternehmerischen Tätigkeiten ausüben, die über ihr Gemeindegebiet hinausreichen, zumal sie dabei auch ihre Leistungsfähigkeit überschreiten könnte.

Diese Tätigkeiten beschränken sich aber dann auf das Gemeindegebiet, wenn die Aufgabewahrnehmung einen direkten Bezug zum örtlichen Gemeinschaftsleben aufweist. Erfolgt nämlich die Wertschöpfung primär auf dem Gemeindegebiet und dort zugunsten der Gemeindebürger, liegt keine unzulässige Grenzüberschreitung i.S.d. Art. 28 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 11 BV vor.³⁰⁶ Deshalb ist bei der Prüfung des Ortsbezuges des kommunalen Verwaltungsportals weniger auf die Größe der Einrichtung oder auf die Möglichkeit der Leistungserbringung über die Gemeindegrenzen hinaus abzustellen, sondern darauf, dass die Leistungen innerhalb der Gemeindegrenzen erbracht werden.

Die Prüfung der zulässigen Betätigung eines gebietsunabhängigen kommunalen Verwaltungsportals ist vom Angebot der elektronischen Dienstleistungen abhängig. Bietet das kommunale Verwaltungsportal originäre Verwaltungsleistungen des eigenen und übertragenen Wirkungskreises i.S.d. Art. 7, 8, 9, 57, 58 BayGO an, ist der Bezug zum Gemeindegebiet gewahrt. Ein Zugriff auf die elektronischen Verwaltungsleistungen durch ortsfremde Nutzer kann dann keine unzulässige Grenzüberschreitung begründen.³⁰⁷

Jedoch verstößt die Einbindung von Anbietern fremder Kommunen auf dem Verwaltungsportal gegen die Beschränkung auf die örtliche Gemeinschaft des Art. 28 Abs. 2 GG, wenn dies in

³⁰⁵ BVerfGE 8, 122, (134) = NJW 1958, 1341; BVerfGE 50, 195, (201) = NJW 1979, 1347

³⁰⁶ Vgl. Kühling, Verfassungs- und kommunalrechtliche Probleme grenzüberschreitender Wirtschaftsbetätigung der Gemeinden, in: NJW 2001, 177, (178)

³⁰⁷ Im Gegensatz dazu ist die Verlinkung privater Dienstleistungsangebote über das kommunale Verwaltungsportal keine Frage der Grenzüberschreitung i.S.v. Art. 28 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 11 BV, sondern der kommunalrechtlichen Zulässigkeit nach Art. 87 Abs. 1 BayGO. Der Schwerpunkt der Betätigung liegt auch in diesem Fall innerhalb der kommunalen Einrichtung des Verwaltungsportals.

der Absicht geschieht, den gemeindlichen Wirkungskreis über das Gemeindegebiet hinaus zu erweitern.³⁰⁸ Ein "virtuellen Rathauses" oder eine "virtuellen Stadt" im Sinne eines überregionalen, a priori das Gemeindegebiet überschreitenden Marktplatzes sind nach geltendem Recht nicht statthaft.³⁰⁹ Zulässig ist lediglich die punktuelle und untergeordnete Einbeziehung einzelner Angebote benachbarter Gemeinden und privater Anbieter.³¹⁰

Schließlich muss das elektronische Dienstleistungsangebot einer Kommune auch dem Art. 87 Abs. 2 BayGO entsprechen,³¹¹ der einschlägig ist, wenn die Wertschöpfung der Dienstleistung außerhalb des Gemeindegebietes eintritt.³¹² Dies lässt sich bei virtuellen Dienstleistungen, insbesondere bei privaten Mehrwertdienstleistungen, nicht von vornherein ausschließen.

Solche gebietsüberschreitenden Aktivitäten müssen gem. Art. 87 Abs. 2 S. 1 BayGO die berechtigten Interessen der anderen Kommunen wahren.³¹³ Berechtigte Interessen bestehen aber nur dann, wenn durch den Markteintritt die Existenz bzw. der Unternehmensbestand der fremden Kommune bedroht wäre,³¹⁴ wobei etwaige Monopolstellungen nicht geschützt sind.³¹⁵

Weil es aber jeder Kommune freisteht, selbst ein eigenes Verwaltungsportal mit entsprechenden (Mehrwert-) Dienstleistungen einzurichten, können berechtigte Interessen anderer Gemeinden prinzipiell nicht betroffen sein, wenn eine (kommunale) Verwaltungsplattform neben ihren originären (eGovernment-) Dienstleistungen auch zulässige Mehrwertdienste anbietet, die außerhalb ihres Gemeindegebiets in Anspruch genommen werden. Nachdem Art. 87 Abs. 2 BayGO keinen Schutz vor fremder Konkurrenz gewährt, sind die nach Art. 87 Abs. 1 BayGO zulässigen Informations-, Kommunikations- und Transaktionsangebote auch nach Art. 87

³⁰⁸ Vgl. Eifert/Püschel/Stapel-Schulz, a.a.O., S. 19

³⁰⁹ Vgl. dazu auch Kapitel 2, V.

³¹⁰ Anders verhält es sich, wenn mehrere Kommunen zur Umsetzung eines funktionsfähigen eGovernment miteinander kooperieren. Die Wahrnehmung „mehr-örtlicher“ Betätigung in kommunaler Zusammenarbeit steht im Gegensatz zur „überörtlichen“ Betätigung nicht den Erfordernissen der Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 11 BV entgegen (BVerwGE 87, 237, (238f.) = NVwZ 1991, 685 = NJW 1991, 2718).

³¹¹ Eine grenzüberschreitende Tätigkeit ist zulässig, wenn alle Voraussetzungen des Art. 87 Abs. 1 BayGO und ggf. des Art. 96 BayGO vorliegen und unter Wahrung der Grundsätze der Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 11 BV erfüllt werden. Allerdings stellen die Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 11 BV als verfassungsrechtliche Kompetenzverteilungsnormen keine unumstößlichen Kompetenzübertragungsgrenzen für den Landesgesetzgeber dar. Denn sobald eine Aufgabe keinen oder keinen relevanten örtlichen Charakter besitzt, fällt sie aus dem Gewährleistungsbereich der Art. 28 Abs. 2 GG, Art. 11 BV heraus (BVerfGE 79, 127, (152) = NVwZ 1989, 347 = NJW 1989, 1790). Grenzüberschreitende Aktivitäten können dann wahrgenommen und auch auf eine PPP übertragen werden (vgl. Kühling, in: NJW 2001, 177, (179)).

³¹² Vgl. Hölzl/Hien/Huber, a.a.O., Art. 87 BayGO, Erl. 3.

³¹³ Vgl. Gern, Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden außerhalb des Gemeindegebiets, in: NJW 2002, 2593; Köhler, in: BayVBl. 2000, 1, (9)

³¹⁴ Dies gilt nur für den Fall, dass wettbewerbs- oder kartellrechtliche Mittel im Konkurrenzkampf eingesetzt werden (vgl. Köhler, in: BayVBl. 2000, 1, (9)).

³¹⁵ Bayern erlaubt unter bestimmten Voraussetzungen in Art. 87 Abs. 2 BayGO ausdrücklich die grenzüberschreitende Tätigkeit einer Kommune. Die Verfassungsmäßigkeit wird indes zum Teil bezweifelt (vgl. dazu: Schäfer/Karthaus, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 5, S. 221).

Abs. 2 BayGO zulässig.³¹⁶ Diese Grundsätze gelten auch für eine PPP, weil hier die Aufgabenverantwortung bei der kommunalen Rechtsperson verbleibt.³¹⁷

II. Zwischenergebnis: Zulässigkeit eines umfassenden IT-Dienstleistungsangebots

Es ist zunächst festzuhalten, dass ein eGovernment-Projekt in Kooperation mit privaten Dritten in Form einer PPP kommunalrechtlich immer dann zulässig ist, wenn auf dem Verwaltungsportal Angebote und technische Dienste abgebildet werden, die eine originäre Aufgabe der kommunalen Rechtsperson darstellen. In diesen Fällen ist der öffentliche Zweck stets zu bejahen. Entsprechend einzuwerten sind die verselbständigten und unterstützenden Hilfsdienste, die den Eigenbedarf der Kommunalverwaltung abdecken,³¹⁸ sowie die Angebote und Vermittlungstätigkeiten insbesondere für Vereine, nichtkommerzielle oder kulturelle Einrichtungen, die als kommunale Einrichtungen des Bildungswesens, der Kunstpflege oder der körperlichen Ertüchtigung und damit als nichtwirtschaftliche Unternehmen fungieren. Hier kommt das Subsidiaritätsprinzip nicht zum Tragen.

Werden aber darüber hinaus weitere eigene oder fremde Angebote in das kommunale Verwaltungsportal eingestellt, muss eine Einzelfallprüfung anhand Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nrn. 1 bis 4 BayGO vorgenommen werden.³¹⁹

Zunächst bestehen aus kommunalrechtlicher Sicht keine Bedenken, wenn auf dem Verwaltungsportal private Angebote einen öffentlichen Zweck verfolgen, nicht überwiegend auf Gewinnerzielung abstellen und auch nicht der Subsidiaritätsklausel zuwider laufen. Weil die Einrichtung eines öffentlichen Verwaltungsportals im Zuge eines funktionsfähigen eGovernments eine öffentliche Aufgabe darstellt³²⁰ und weil das kommunale Unternehmensrecht keinesfalls die Erfüllung öffentlicher Aufgabenstellungen erschweren will, kann die Bündelung der privaten Angebote auf dem Verwaltungsportal und die damit verbundene Vernetzungs- und Orientierungsfunktion ebenso wie die Förderung der im gemeindlichen Hoheitsgebiet ansässigen Wirtschaftsunternehmen³²¹ als öffentlicher Zweck angesehen werden.³²²

Jedoch fällt diese Argumentation im Hinblick auf die Subsidiaritätsklausel dann schwer, wenn der freie Wettbewerb bereits zahlreiche private Anbieter von entsprechenden Online-Angeboten bzw. Online-Diensten hervorgebracht hat und die Kommunalverwaltung mit ihrem Verwaltungsportal dazu in Konkurrenz tritt.³²³ Ein Gemeinwohlinteresse an der Herstellung

³¹⁶ Das gilt v.a. dann, wenn das gemeindliche Unternehmen als eMail-Provider am Markt auftritt.

³¹⁷ Vgl. Kühling, in: NJW 2001, 177, (180); Gern, in: NJW 2002, 2593, (2597 f.)

³¹⁸ Vgl. Ulmer, in: CR 2003, 701, (703)

³¹⁹ Vgl. Eifert/Püschel/Stapel-Schulz, a.a.O., S. 14-20

³²⁰ Vgl. Eifert, in: Bär/Hohl/Möstl/Müller, a.a.O., S. 119/120

³²¹ Sog. Nursing

³²² Vgl. Eifert, in: VerwArch 2002, 561, (569); Köhler, in: BayVBl. 2000, 1, (5 f.)

³²³ Vgl. Köhler, in: BayVBl. 2000, 1, (6)

und am Erhalt wettbewerblicher Strukturen legitimiert noch nicht automatisch die Teilnahme der Kommune am Wettbewerb. Vielmehr muss im Vordergrund stehen, dass ohne den Markteintritt der Kommune ein Wettbewerb erst gar nicht entstehen oder fortbestehen könnte.³²⁴ Auch ist zu beachten, dass mit der Installierung eines öffentlichen Verwaltungsportals Strukturen geschaffen werden, die sich prinzipiell auf alle in der Kommune ansässigen Bürger und Unternehmen beziehen. Dann kann es im Sinne der kommunalen Wirtschaftsförderung einen öffentlichen Zweck darstellen, wenn die Kommunalverwaltung Informationen und Dienstleistungen privater Dritter auf ihrem Portal anbietet, die das private Unternehmen selbst zu erbringen nicht in der Lage wäre.

Ansonsten wird die Zulässigkeit von privaten Dienstleistungsangeboten auf dem kommunalen Verwaltungsportal über die so genannte Subsidiaritätsklausel des Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO geregelt.

Demnach darf die Kommune ein Unternehmen nur dann errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn bei ihren Aktivitäten außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann. In diesem Fall ist für jede einzelne von der Kommunalverwaltung auf dem Portal angebotene Leistung abzuklären, ob deren Ausführung nicht einem privaten Dritten überlassen werden muss.

Zu beachten ist, dass nach herrschender Meinung³²⁵ die wirtschaftliche Ausnutzung freier Kapazitäten bei so genannten Randnutzungen selbst dann gestattet ist, wenn sie nicht unmittelbar einem öffentlichen Zweck dient.³²⁶ Dies soll aber nur gelten, wenn es sich um kapazitätsauslastende Tätigkeitserweiterungen aus ökonomischen Gründen handelt, denen lediglich eine untergeordnete Nebenfunktion zukommt. Nutzt daher eine Kommune vorhandene Kapazitäten des kommunalen Servers für Angebote privater Dienstleistungen, verstößt sie nicht gegen das kommunale Unternehmensrecht, sondern entspricht dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, wenn sie auf diese Weise zusätzliche Einnahmen erzielen kann.³²⁷ Unzulässige Randnutzungen liegen dagegen immer dann vor, wenn dafür weitere Kapazitäten aufgebaut werden müssen.³²⁸

Jedoch kann die Quantifizierung und Qualifizierung kommunalrechtlich zulässiger Randnutzungen im Verwaltungsportal schwer fallen, weil es noch keine allgemeingültigen Kriterien gibt, anhand derer solche Nebennutzungen exakt bestimmbar sind. Man wird insoweit auf das

³²⁴ Vgl. Köhler, in: BayVBl. 2000, 1, (6)

³²⁵ Vgl. Köhler, in: BayVBl. 2000, 1, (7)

³²⁶ Vgl. Eifert, in: VerwArch 2002, 561, (569); Ehlers, Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft, in: DVBl. 1998, 497, (500 f.)

³²⁷ Vgl. Köhler, in: BayVBl. 2000, 1, (6)

³²⁸ Die Frage der zulässigen Randnutzungen darf jedoch nicht mit dem Abbau nicht (mehr) benötigter Ressourcen gleichgestellt werden (vgl. Köhler, in: BayVBl. 2000, 1, (6)).

Verhältnis der abgebildeten öffentlich-rechtlichen Verwaltungsangebote zu den privaten Angeboten abstellen müssen und die Zulässigkeit von Randnutzungen jedenfalls dann bejahen, wenn auf dem Portal private Angebote lediglich in einem untergeordneten Umfang eingestellt werden.³²⁹ Auf jeden Fall muss die Kommunalverwaltung an die Zulässigkeit von Randnutzungen dann strenge Anforderungen stellen, wenn diese über den Funktionsbereich ihrer eigenen Verwaltung hinausgehen, sie mit dem Zweck der öffentlichen Verwaltungstätigkeit nicht mehr vereinbar sind oder wenn sie die sachgerechte Aufgabenerledigung der öffentlichen Verwaltung beeinträchtigen.³³⁰

Nach diesen Maßgaben steht das (bayerische) kommunale Unternehmensrecht den durch Mehrwertdienste erweiterten Portalangeboten der Kommunalverwaltung nicht entgegen. Das gilt auch für die Umsetzung des kommunalen eGovernment im Wege der PPP.³³¹

Kapitel 5: Umsetzungsmodelle der Public Private Partnership in der Kommunalverwaltung

Bei der Umsetzung eines eGovernment-Projekts bestimmt die kommunale Rechtsperson im Rahmen der Selbstverwaltung die nach Maßgabe ihrer strategischen Ausrichtung geeignete Rechts- und Organisationsform für die Installierung und den Betrieb des elektronischen Verwaltungsportals mitsamt der technischen Infrastruktur. Soweit dies in Form einer PPP geschehen soll, kann sie unter verschiedenen Kooperationsmodellen wählen:

I. Finanzierungsmodelle

Die Kommunalverwaltung kann ein PPP-Modell präferieren, wenn das eGovernment-Projekt vorfinanziert werden muss, bis die Finanzierung mit öffentlichen Mitteln steht. Hier übernimmt der private Partner die Finanzierung, während der kommunale Partner das eGovernment als eigene Aufgabe erfüllt. Man spricht von einer „Finanzierungsprivatisierung“, wenn die Kommunalverwaltung die Online-Plattform betreibt und zur Finanzierung private Dritte einschaltet.

Strittig ist allerdings, ob ein derartiges Modell überhaupt eine PPP darstellt.³³² Übernimmt der private Partner lediglich die Finanzierung, könnte es an einem Wesensmerkmal der PPP fehlen, nämlich an der Zusammenarbeit zweier Kooperationspartner im Rahmen einer Risikoteilung.

³²⁹ Vgl. Tomerius, Örtliche und überörtliche wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen – Zum aktuellen Diskussionsstand über die rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen in Literatur und Rechtsprechung, in: net-Work-Papers, Heft 6; S. 15

³³⁰ Vgl. Köhler, in: BayVBl. 2000, 1, (7)

³³¹ Vgl. Eifert, in: VerwArch 2002, 561, (568/569)

³³² Zustimmung: Tettinger, in: DÖV 1996, 764; ablehnend: Höftmann, Public Private Partnership als Instrument der kooperativen und sektorübergreifenden Leistungsbereitstellung – dargestellt an der neu strukturierten kommunalen Abfallwirtschaft, S. 173

Meiner Ansicht nach fallen die Finanzierungsmodelle unter die PPPs, da auch dieser Kooperationsform eine Risikoteilung zugrunde liegt: Der private Partner übernimmt das Risiko der Finanzierung und der kommunale Partner das Risiko der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe.

Zu den Finanzierungsmodellen können alle PPP-Kooperationsformen gerechnet werden, bei denen sich die Kommunalverwaltung privates Kapital zur Errichtung, Modernisierung oder Erhaltung ihrer öffentlichen Einrichtungen beschafft.³³³ Im Gegensatz zur reinen Kreditfinanzierung lässt hier die kommunale Rechtsperson das öffentliche Projekt durch einen privaten Dritten finanzieren und errichten und mietet dann die Einrichtung zur Nutzung wieder zurück.³³⁴ Auf diese Weise lassen sich die Kosten für Errichtung und Betrieb eines eGovernment in die Zukunft strecken.³³⁵

Die Bandbreite der Finanzierungsmodelle zur Umsetzung eines PPP-Projekts reicht von Leasing-, Miet- und Ratenkaufmodellen über Fondsmodelle bis hin zu „Sale-and-Lease Back“ und „Cross Border Leasing“.³³⁶ Ferner bestehen neben der stillen Beteiligung³³⁷ die Finanzierungsmöglichkeiten des „Factoring“³³⁸ bzw. der „Forfaitierung“ oder der Inanspruchnahme von Bürgschaften oder öffentlichen Finanzmitteln. Zu erwähnen bleiben noch die so genannten „contracting - Modelle“,³³⁹ die auf der Grenze zwischen Finanzierungs- und Organisationsmodellen anzusiedeln sind.³⁴⁰

Zur Finanzierungsprivatisierung kann auch das so genannte Sponsoring in Form einer PPP (im weiteren Sinne) gerechnet werden. Hier überlässt die kommunale Rechtsperson dem privaten Kooperationspartner gegen Entgelt das Recht zur Nutzung von Werbeflächen auf seinen öffentlichen Einrichtungen (Art. 21 BayGO). Das kommunale Verwaltungsportal als Werbe-

³³³ Vgl. Hummel, in: Koenig/Kühling/Theobald, a.a.O., 4. Kapitel, A

³³⁴ Daneben können weitere vertragliche Regelungen getroffen werden, z.B. dass der Investor auch die neue Einrichtung im Auftrag der öffentlichen Verwaltung betreibt (vgl. Hummel, in: Koenig/Kühling/Theobald, a.a.O., 4. Kapitel, B; Rn. 4).

³³⁵ Vgl. Theobald/Michaels, in: Koenig/Kühling/Theobald, a.a.O., 3. Kapitel, D, Rn. 57

³³⁶ Beim „Cross Border Leasing“ kommt es nicht zur Veräußerung der Anlage. Sie bleibt im Eigentum der öffentlichen Rechtsperson. Durch wechselseitiges Leasing wird lediglich ein im US-amerikanischen Steuerrecht beheimateter Steuerspareffekt ausgenutzt (vgl. Theobald/Michaels, in: Koenig/Kühling/Theobald, a.a.O., 3. Kapitel, D, Rn. 59).

³³⁷ Das Modell der stillen Gesellschaft findet Anwendung, wenn ein renditeorientierter Investor gewonnen werden soll, der an der Durchführung des Projekts nicht teilhaben soll oder will. Der stille Gesellschafter ist dabei mit seiner Vermögenseinlage zwar am Ergebnis in der Form einer Mindestvergütung, jedoch nicht an dem Projekt und seinen langfristigen Nutzungen beteiligt. Diese Form eignet sich nur dann für das Betreiben einer Online-Plattform, wenn die kommunale Rechtsperson das Portal mit eigenen Anlagen und Mitteln betreiben kann. Zumeist fehlt es aber an den nötigen Erfahrungen bzw. am qualifizierten Sachverstand. Hinzu kommt, dass der private Dritte in der Regel die Plattform auch als Kommunikationsmedium nützen will. Die stille Beteiligung eignet sich daher vorwiegend zur Überbrückung kurzfristiger Eigenkapitalengpässe.

³³⁸ Der private Partner übernimmt eine öffentliche (Teil-) Leistung und erhält dafür im Gegenzug eine finanzielle Entschädigung. Die aus dem Vertragsverhältnissen resultierenden zukünftigen Entgeltforderungen gegenüber der Kommune veräußert die private Betreiber- oder Objektgesellschaft zum Barwert an ein Factoringinstitut und verwendet den zugeflossenen Erlös zur Finanzierung der Anlagen oder Projekte (vgl. Tettinger, in: DÖV 1996, 764, (766); Höftmann, a.a.O., S. 174).

³³⁹ Nähere Ausführungen in Kapitel 5, II. 2.2.

³⁴⁰ Vgl. Theobald/Michaels, in: Koenig/Kühling/Theobald, a.a.O., 3. Kapitel, D, Rn. 61

plattform stellt eine solche Einrichtung dar, worüber der private Kooperationspartner seine Leistungen bewerben kann.³⁴¹

Bleibt noch zu untersuchen, inwieweit diese Finanzierungsmodelle für die Umsetzung kommunaler eGovernment-Projekte geeignet sind:

Der wesentliche Vorteil dieser Finanzierungsmodelle liegt darin, dass die Kommunalverwaltung keine hohen Anfangsinvestitionen zur Errichtung der Verwaltungsplattform (mitsamt Infrastruktur) tätigen muss. Sie kann ihre eigenen finanziellen Mittel anderweitig verwenden und sich nach Beendigung der Vertragslaufzeit wiederum eine neuwertige Einrichtung anmieten. Diese Vorgehensweise ist insbesondere für Soft- und Hardwarebeschaffungen von Vorteil, deren technische Weiterentwicklung bekanntlich in sehr kurzen Zyklen verläuft. Freilich wird hier dem privaten Investor ein erhebliches Finanzierungsrisiko aufgebürdet, weil er nach Ablauf der vereinbarten Partnerschaft die Weitervermietung gewährleisten muss, auch wenn sich das Projekt noch nicht refinanziert haben sollte.³⁴²

Andererseits sind damit auch Nachteile für die Kommunalverwaltung verbunden. Zunächst wird der Private an einer langfristigen Vertragslaufzeit interessiert sein, damit sich seine Investitionen amortisieren können. Wenn dann vor Vertragsablauf die Nutzung der Verwaltungsplattform zurückgeht, ist eine kurzfristige Beendigung des Vertrags rechtlich kaum möglich.³⁴³ Noch gravierender wirkt sich aus, wenn sich die öffentliche Einrichtung nach Beendigung der Vertragslaufzeit im Eigentum des privaten Finanzierungspartners befindet. Will bzw. muss dann die kommunale Rechtsperson „ihre“ Dienstleistungen selbst erbringen, müsste der Kooperationsvertrag so ausgestaltet sein, dass die Kommune die Einrichtung erwerben oder zumindest weiter anmieten bzw. nutzen kann.³⁴⁴ Somit hat auch die Kommunalverwaltung ein Finanzierungsrisiko, weil sie im Hinblick auf die langfristige Gewährleistung ihrer öffentlichen Aufgabenstellung unter Umständen finanziell belastende Konditionen eingehen muss.

Im Übrigen darf nicht außer Acht bleiben, dass für die Installierung und den Betrieb des eGovernment neben Finanzierungsmitteln v.a. auch spezifischer Sachverstand (Know-how) notwendig ist, weil sich die Kommunalverwaltungen beim Einsatz elektronischer Medien regelmäßig noch auf Neuland bewegen. Deshalb erscheint es sinnvoll, bei der Realisierung eines eGovernment-Projekts die Finanzierungsprivatisierung nur als zusätzlichen Bestandteil in ein allgemeines PPP-Organisationsmodell zu integrieren.³⁴⁵

³⁴¹ Die Zulässigkeitsprüfung dieser PPP nach dem kommunalen Wirtschaftsrecht bleibt unberührt. Vgl. Kapitel 3, III. und Kapitel 4, I. 5.

³⁴² Insoweit hat die öffentliche Verwaltung einen Dispositions Vorteil.

³⁴³ Vgl. Hummel, in: Koenig/Kühling/Theobald, a.a.O., 4. Kapitel, B, Rn. 11

³⁴⁴ Vgl. Hummel, in: Koenig/Kühling/Theobald, a.a.O., 4. Kapitel, B, Rn. 42

³⁴⁵ Vgl. Sester/Bunsen, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 10, S. 439; Tettinger, in: DÖV 1996, 764, (766)

II. Public Private Partnership -Vertragsmodelle

Die (reinen) PPP-Vertragsmodelle beruhen auf Vereinbarungen,³⁴⁶ die noch nicht zu einer juristischen Person des privaten Rechts im Sinne des Handels- und Gesellschaftsrechts führen. Grundlage für die Zusammenarbeit ist hier der Vertragsinhalt.³⁴⁷ Dieser bezieht sich regelmäßig auf zeitlich begrenzte öffentliche Aufgabenstellungen, die sich für eine private Durchführung eignen.³⁴⁸ Für das eGovernment bieten sich solche PPP-Vertragsmodelle dann an, wenn die Kommunalverwaltung selbst die Konzeption für das Vorhaben erarbeitet kann, aber für die Umsetzung einen technisch versierten Partner benötigt.³⁴⁹

1. Public Private Partnership als Vertragsgegenstand des öffentlichen oder privaten Rechts

Weil eine PPP sowohl Vertragselemente des privaten als auch des öffentlichen Rechts beinhalten kann, ist zunächst zu klären, ob es sich beim PPP-Vertragsmodell um ein privatrechtliches Vertragsverhältnis im Sinne des BGB oder um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag nach Art. 54 ff. BayVwVfG handelt.

Im Schrifttum findet sich dazu keine einhellige Meinung. Die kurz- oder langfristig angelegten PPP-Kooperationsverträge werden dort als Unternehmens-, Werk-, Leasing- oder Factoringverträge entweder dem öffentlichen oder dem privaten Recht zugerechnet.³⁵⁰ Je nach Zuordnung kommen öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Verfahrensvorschriften sowie unterschiedliche Formvorschriften zur Anwendung (Art. 57 BayVwVfG). Darüber hinaus berührt die Zuordnungsfrage auch die materielle Gestaltungsfreiheit der PPP-Vertragspartner.

Handelt es sich nämlich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, wäre gem. Art. 54 ff. BayVwVfG die Gestaltungsfreiheit der Vertragspartner eingeschränkt, die aber für eine sachgerechte individuelle Ausgestaltung der PPP-Verträge von großer Bedeutung ist.³⁵¹

Die Abgrenzung hat anhand der Definition des öffentlichen Vertrages gem. Art. 54 S. 1 BayVwVfG zu erfolgen, wonach „ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden kann, soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen.“ Dabei ist nicht allein auf den Willen der Vertragsparteien abzustellen, sondern auch auf den Vertragsgegenstand bzw. auf den Gesamtcharakter des Vertrages unter Würdigung des Vertragszwecks.³⁵²

³⁴⁶ Vgl. Bauer, in: DÖV 1998, 89, (90)

³⁴⁷ Vgl. Bauer, in: DÖV 1998, 89, (90)

³⁴⁸ Vgl. Tettinger, in: NWVBl. 2005, 1, (2 f.); Tettinger, in: DÖV 1996, 764, (765)

³⁴⁹ Vgl. Public Private Partnership im E-Government, a.a.O., S. 14

³⁵⁰ Vgl. Tettinger, in: DÖV 1996, 764, (765); Kiethe, in: NZG 2004, 993

³⁵¹ Vgl. Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, a.a.O., § 54, Rn. 73. Diese Dispositionsfreiheit entsteht auch nicht über § 62 S. 2 BayVwVfG i.V.m. dem BGB.

³⁵² Vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG Verwaltungsverfahrensgesetz - Kommentar, § 54, Rn. 27; auch BVerwG, Urt. v. 11.02.1993 – 4 C 18/91 (München), in: BVerwG NJW 1993, 2695, (2696)

Eine Rechtsansicht ordnet die PPP-Kooperationsvereinbarung als privatrechtlichen Vertrag ein, weil unmittelbarer Vertragsgegenstand die Leistungserbringung durch den Privaten sei, während die öffentliche Aufgabenstellung mittelbar in der Verantwortlichkeit der öffentlichen Verwaltung verbleibe.³⁵³ Diese Meinung kommt zu dem Schluss, dass Vertragsgegenstand nicht die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe ist wie z.B. beim beliebigen Unternehmer, sondern eine Leistung des Privaten für die öffentliche Rechtsperson, die die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe zu gewährleisten hat. Das private Unternehmen habe aber gar kein unmittelbares Interesse an der öffentlichen Aufgabe, vielmehr erschöpfe sich sein Interesse in der Gewinnerzielungsabsicht. Deshalb bestünde im Hinblick auf die öffentliche Aufgabe keine gemeinsame Zweckerfüllung, welche erst einen öffentlich-rechtlichen Vertrag gem. Art. 54 ff. BayVwVfG qualifizieren könnte. Derartige Kooperationsverträge seien mit privatrechtlichen Verträgen zu vergleichen, die den Fiskalgeschäften der öffentlichen Verwaltung zugrunde liegen, wenn diese sich einzelne Güter oder Dienstleistungen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben beschaffen.³⁵⁴

Eine andere Rechtsmeinung hält die PPP-Kooperationen für Verträge *sui generis*,³⁵⁵ weil eine exakte Abgrenzung zwischen dem rein fiskalischen Handeln und der öffentlichen Aufgabenerfüllung praktisch nicht möglich sei.³⁵⁶ Jedoch bleibt bei dieser Auffassung schon die Frage nach dem zuständigen Rechtsweg im Ungewissen.

Meiner Ansicht nach ist bei der Beantwortung dieser Fragestellung auf den Kern des Vertragsinhalts abzustellen. Bei einer PPP handelt es sich um eine öffentliche Aufgabenstellung, auch wenn diese im privatrechtlichen Gewande erledigt wird. Solange die öffentliche Verwaltung keine materielle Privatisierung vornimmt, hat sie ihre Aufgaben nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechts zu erfüllen.³⁵⁷ Damit diese Bindung an das öffentliche Recht nicht durch eine Flucht ins Privatrecht unterlaufen werden kann,³⁵⁸ ist der Qualifizierung des PPP-Kooperationsvertrags als öffentlich-rechtlicher Vertrag der Vorzug zu geben.³⁵⁹ Etwaige Rechtsstreitigkeiten fallen dann in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte.

Aber selbst wenn man die PPP-Kooperationsverträge dem Privatrecht zurechnet,³⁶⁰ werden sie über die zivilrechtlichen Generalklauseln (z.B. § 242 BGB) vom öffentlichen Recht beein-

³⁵³ Vgl. Becker, in: ZRP 2002, 303, (306)

³⁵⁴ Vgl. Becker, in: ZRP 2002, 303, (306)

³⁵⁵ Vgl. Bauer, in: DÖV 1998, 89, (90); zu den entsprechenden Tendenzen der Vereinheitlichung auch BVerfG, NJW 1993, 2695, (2697) und BGH NJW, 208

³⁵⁶ Vgl. dazu Röhl, Verwaltung und Privatrecht – Verwaltungsprivatrecht?, in: VerwArch 1995, 531, (577)

³⁵⁷ Vgl. Kapitel 3, II. 2.1.

³⁵⁸ Vgl. Kiethe, in: NZG 2004, 993, (995)

³⁵⁹ Davon unberührt bleibt, dass gem. Art. 62 S. 2 BayVwVfG ohnehin die Vorschriften des BGB entsprechend Anwendung finden (vgl. auch Kiethe, in: NZG 2004, 993, (993)).

³⁶⁰ Vgl. Becker, in: ZRP 2002, 303 ff.; Roth, Erstes Betreibermodell für den privaten Ausbau und Betrieb von Autobahnen in Deutschland, in: NVwZ 2003, 1056 f.

flusst, da die öffentliche Verwaltung, wenn sie nach außen in Erscheinung tritt, immer den Bindungen bzw. Beschränkungen des Rechts- und Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 und Abs. 3, Art 28 Abs. 1 GG) unterworfen ist.³⁶¹ Diese Verfassungsgrundsätze postulieren Rechtssicherheit und sozialen Ausgleich.³⁶² Daraus erwächst das Erfordernis, dass sich die öffentliche Kommunalverwaltung - auch bei Annahme eines privatrechtlichen Kooperationsvertrages - die notwendigen Einwirkungs- und Kontrollrechte vertraglich vorbehalten muss, um die öffentlich-rechtliche Aufgabenerfüllung gewährleisten zu können.³⁶³

2. Vertragliche Kooperationsmodelle

In der Praxis haben sich bestimmte Vertragsmodelle herausgebildet, die im Laufe der Zeit diverse Modifikationen erfahren haben. Nachfolgend sollen die wichtigsten beschrieben werden:³⁶⁴

2.1. Betreibermodell

Bei den Kooperationsverträgen steht das so genannte Betreibermodell im Vordergrund.³⁶⁵ Es überträgt dem privaten Vertragspartner als Betreiber einer öffentlichen Aufgabenstellung weitreichende Kompetenzen. Der Betreiber übernimmt die Planung, die Ausführung, den Betrieb und regelmäßig auch die Finanzierung des Projekts und trägt dabei im Wesentlichen das wirtschaftliche Risiko.³⁶⁶ Als Gegenleistung erhält er vom öffentlichen Verwaltungsträger, bei dem weiterhin die öffentliche Aufgabenverantwortung verbleibt, ein entsprechendes Entgelt, das regelmäßig über Gebühren umgelegt wird, die die öffentliche Verwaltung von den jeweiligen Benutzern einfordert.³⁶⁷

Als häufigste Variante des Betreibermodells hat sich das Betriebsführungsmodell herausgebildet.³⁶⁸ Hier betreibt die öffentliche Verwaltung selbst die Anlage bzw. das Projekt und überträgt vertraglich lediglich die Betriebsführung gegen Entgelt auf einen privaten Unternehmer, der im Namen, auf Rechnung und Risiko der öffentlichen Verwaltung handelt. Der private Kooperationspartner geht dabei keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen zu den Nutzern ein, sondern erbringt - auf ein eGovernment-Projekt bezogen - lediglich die Verwaltungs- und

³⁶¹ Vgl. Kiethe, in: NZG 2004, 993, (996)

³⁶² Vgl. Sommermann, in: Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Art. 20, Rn. 98

³⁶³ Vgl. Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 242, Rn. 8

³⁶⁴ Einen kurzen, aber detaillierten Überblick über die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten gibt Tettinger, in: DÖV 1996, 764 ff.

³⁶⁵ Weder im Zivilrecht noch im öffentlichen Recht ist der Betreibervertrag als selbständiger Vertragstyp genannt. Es handelt sich hier um einen typengemischten Vertrag.

³⁶⁶ Der private Unternehmer übernimmt den Betrieb, die Instandhaltung, Wartung oder das sonstige Facility-Management (vgl. Prozessleitfaden Public Private Partnerships und E Government, a.a.O., S. 15).

³⁶⁷ Vgl. Bauer, in: DÖV 1998, 89, (91) und Tettinger, in: DÖV 1996, 764, (765)

³⁶⁸ Vgl. Tettinger, in: DÖV 1996, 764, (765); Höftmann, a.a.O., S. 212 f. bzw. Prozessleitfaden Public Private Partnerships und E Government, a.a.O., S. 16

Dienstleistungen gegenüber den Nutzern der Verwaltungsplattform. Charakteristisch für das Betriebsführungsmodell ist die reine Übertragung der Aufgabendurchführung, wobei die betrieblichen Anlagen bzw. Einrichtungen im Eigentum der öffentlichen Hand verbleiben. Auf diese Weise werden aufwändige Übertragungsvorgänge sowie spätere Heimfallproblematiken vermieden. Die rechtliche Bindung der öffentlichen Verwaltung an den privaten Vertragspartner ist relativ gering, so dass aus wichtigem Grund auch eine Vertragsbeendigung herbeigeführt werden kann.

Im internationalen Vergleich wird als eine weitere Variante des Betreibermodells das so genannte BOT-Modell (Build-Operate-Transfer) genannt.³⁶⁹ Dieses Modell stellt eine kurzfristige Variante des Betreibermodells mit einer durchschnittlichen Laufzeit von drei bis zehn Jahren dar. Im Gegensatz zu den ansonsten konzeptionell identischen Betreibermodellen erfolgt am Ende der Vertragslaufzeit der Eigentumstransfer auf die öffentliche Hand, so dass es sich bei diesem Vertrag um die Rechtsform eines Mietkaufvertrages mit integrierten Planungs-, Betriebs- und Instandhaltungsdienstleistungen handelt.³⁷⁰

2.2. Contracting out

Im Zusammenhang mit PPP-Vertragsmodellen wird auch vom „contracting out“ oder von PPP-Contractingmodellen gesprochen. Allgemein wird darunter verstanden, dass der öffentliche Verwaltungsträger seine öffentlichen Aufgaben nicht zur Gänze in Eigenregie erledigt, sondern Teilleistungen³⁷¹ aus der öffentlichen Aufgabenstellung über Fremdbezug oder durch Ausgliederung bzw. Auslagerung an private Unternehmen mittels eines Typenkombinationsvertrages vergibt.³⁷² Die öffentliche Hand betreibt hier eine öffentlich-rechtliche Form des in der Privatwirtschaft gängigen „outsourcing“.³⁷³ Diese Rechtsform gründet sich auf dem traditionellen Konzept der „make-or-buy“ Entscheidungen, d.h., das Unternehmen entscheidet, ob es bestimmte Leistungen selbst produzieren oder von externen Dritten erledigen lassen will.³⁷⁴ Auf diese Weise kann die Aufgabenerfüllung an Dritte mit entsprechender Sachkompetenz vergeben werden,³⁷⁵ wobei sich die auslagernde öffentliche Rechtsperson auf ihre Kernkompetenzen konzentriert. Sinn dieser Auslagerung ist die Erzielung von Synergieeffekten, Effizienzsteigerungen sowie Einsparpotenzialen.

³⁶⁹ Vgl. Prozessleitfaden Public Private Partnerships und E Government, a.a.O., S. 17

³⁷⁰ Vgl. Prozessleitfaden Public Private Partnerships und E Government, a.a.O., S. 17

³⁷¹ Vgl. Stember, a.a.O., S. 126/127

³⁷² Vgl. Schede/Pohlmann, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 3, S. 138

³⁷³ Vgl. zum Begriff u.a. Stember, a.a.O., S. 124. Eine Organisation entscheidet sich, bestimmte Güter nicht mehr selbst zu produzieren. Sie verzichtet nicht darauf, diese Güter weiterhin zu nutzen oder bereitzustellen, sondern verlagert lediglich die Erstellung auf externe Dritte („outside source“).

³⁷⁴ Vgl. Stember, a.a.O., S. 124

³⁷⁵ Vgl. Public Private Partnership im E-Government, a.a.O., S. 14

Eine PPP in Form des „contracting out“ ist also dadurch gekennzeichnet, dass der öffentliche Verwaltungsträger mit dem Kooperationspartner eine längerfristige Zusammenarbeit eingeht.³⁷⁶ Die technischen Anlagen und Betriebsmittel verbleiben, soweit sie vorhanden sind, im Eigentum der auslagernden öffentlichen Rechtsperson, so dass ein etwaiges Verwertungsrisiko von Sachanlagen nach Beendigung des PPP-Projekts regelmäßig nicht gegeben ist.³⁷⁷

In diesem Zusammenhang bleibt anzumerken, dass sich nicht jedes Verwaltungshandeln mit Dritten als PPP-Contractingmodell abbilden lässt: Da es sich bei einer PPP um eine arbeitsteilige Kooperation handeln muss, werden bspw. die laufenden Geschäftsbeziehungen öffentlicher Rechtspersonen mit privaten Dritten davon nicht erfasst.³⁷⁸

2.3. Konzessionsmodell

Beim Konzessionsmodell werden bestimmte Planungs-, Herstellungs-, Betriebs- sowie Finanzierungsleistungen für eine bestimmte Vertragsdauer auf einen privaten Dritten übertragen,³⁷⁹ der sich als Auftragnehmer verpflichtet, die vereinbarte Leistung unmittelbar gegenüber dem Nutzer zu erbringen. Konzessionsmodelle unterscheiden sich von den oben beschriebenen Betreibermodellen dadurch,³⁸⁰ dass der öffentliche Verwaltungsträger nicht selbst den Projektgegenstand und die Projektleistungen in Anspruch nimmt, sondern dem privaten Kooperationspartner das Recht bzw. die Konzession einräumt, seine Gesamtinvestitionskosten durch die selbständige Erhebung von Nutzungsentgelten (Entgelte oder Gebühren) zu finanzieren, die Dritte für die Benutzung der Einrichtung zu entrichten haben.³⁸¹ Dabei bleibt die Aufgabenverantwortung der öffentlichen Rechtsperson weiterhin erhalten.³⁸² Das Recht zur Erhebung von Gebühren oder eines privaten Entgeltes wird durch eine Genehmigung im Sinne eines öffentlich-rechtlichen Hoheitsakts oder einen öffentlich-rechtlichen Vertrag gem. Art. 54

³⁷⁶ Der Vertrag läuft in der Regel bis zu 15 Jahre.

³⁷⁷ Vgl. Schede/Pohlmann, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 3, S. 138. Der private Auftragnehmer garantiert in der Regel die Verbesserung bestimmter Qualitäts- und Verbrauchskriterien, die in einer funktionalen Leistungsbeschreibung festgelegt sind. So könnte sich bei entsprechender Anwendung des Contracting-Modells der Auftragnehmer im Rahmen von eGovernment verpflichten, innerhalb eines bestimmten Zeitrahmens Soft- und Hardwareprobleme des Auftraggebers durch Servicepersonal des Auftragnehmers zu lösen. Die Risikoverteilung liegt beim PPP-Contracting - Modell prinzipiell auf Seiten des privaten Auftragnehmers, der nur durch Effizienzsteigerung und Realisierung von Einsparpotenzialen Gewinn erzielen kann. Der private Auftragnehmer muss sich nach Vertragsablauf ggf. mit einem guten Vertragsangebot neu andienen, wenn die öffentliche Aufgabenerfüllung im Wege der Kooperation weiter fortgesetzt werden soll.

³⁷⁸ Vgl. Höftmann, a.a.O., S. 180 f.. Höftmann beschränkt contracting out in Form einer PPP auf den Dienstleistungssektor, da jeder Fremdbezug von Gütern aus dem Anwendungsbereich herausfällt.

³⁷⁹ Vgl. Schede/Pohlmann, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 3, S. 143

³⁸⁰ Vgl. Theobald/Siebeck, in: Koenig/Kühling/Theobald, a.a.O., 5. Kapitel, D, Rn. 199

³⁸¹ Der Auftragnehmer darf die Nutzungsentgelte entweder direkt von den Drittnutzern einfordern, oder aber die öffentliche Hand zieht die Nutzungsentgelte selbst von den Drittnutzern ein und leitet einen entsprechenden Anteil an den Auftragnehmer weiter.

³⁸² Vgl. Endler, Privatisierungen und Vergaberecht, in: NZBau 2002, 125, (126)

ff. BayVwVfG übertragen.³⁸³ Im Ergebnis liegt hier eine Form der so genannten Drittnutzerfinanzierung vor.

Wendet man die Grundsätze des Konzessionskooperationsmodells bei der Umsetzung eines eGovernment-Projekts an, dann refinanziert sich hier der private Partner über diejenigen Entgelte, die für die elektronischen Verwaltungsleistungen und Mehrwertdienste von den Drittnutzern entrichtet werden müssen. Sind daneben keine weiteren feststehenden Zahlungen der öffentlichen Rechtsperson an den privaten Auftragnehmer vereinbart,³⁸⁴ trägt letzterer regelmäßig während der gesamten Vertragslaufzeit das Risiko der Nutzungsauslastung des öffentlichen Verwaltungsportals und der damit verbundenen Refinanzierung der Gesamtinvestitionskosten.³⁸⁵

3. Vertragsgestaltung bei eGovernment-Projekten

Jedes PPP-Vertragsmodell bedarf eines umfangreichen Vertragswerks. Der Erfolg eines eGovernment-Projekts hängt maßgeblich von der Ausgestaltung der Vertragsinhalte unter Beachtung der rechtlichen Rahmenbedingungen ab.³⁸⁶ Da wegen der differenzierten Fallgestaltungen derzeit noch keine Musterverträge existieren, sollten m. E. über Arbeitskreise aus Verwaltung und Wirtschaft für die diversen PPP-Modelle allgemein gehaltene Vertragsgerüste³⁸⁷ mit typengerechten Klauseln erarbeitet werden, die von den Vertragspartnern im konkreten Einzelfall den jeweiligen Erfordernissen angepasst werden können.³⁸⁸

Ein PPP-Vertrag zur Umsetzung von eGovernment-Projekten sollte auf jeden Fall die nachfolgenden wesentlichen Punkte regeln:³⁸⁹

3.1. Absicherung der Aufgabenerfüllung

Nachdem bei funktionalen Privatisierungen die Aufgabenverantwortung beim öffentlichen Verwaltungsträger verbleibt, ist bei allen PPP-Vertragsmodellen diese Verantwortlichkeit im Kooperationsvertrag besonders abzusichern.³⁹⁰

³⁸³ Vgl. Theobald/Siebeck, in: Koenig/Kühling/Theobald, a.a.O., 5. Kapitel, D, Rn. 201

³⁸⁴ Vgl. Stember, a.a.O., S. 128 und Prozessleitfaden Public Private Partnerships und E Government, a.a.O., S. 16

³⁸⁵ Vgl. Schede/Pohlmann, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 3, S. 144/145

³⁸⁶ In Betracht kommen insb. die (z.T. ineinander greifenden) Normen aus dem Europarecht und dem nationalen Verfassungs-, Haushalts-, Kommunal- und allgemeinen Verwaltungsrecht, sowie aus dem Zivil- und Steuerrecht

³⁸⁷ Vgl. statt vieler: Höftmann, a.a.O., S. 209

³⁸⁸ Vgl. Bauer, in: DÖV 1998, 89, (92). Vgl. auch Leitfaden „Public Private Partnership zur Realisierung öffentlicher Baumaßnahmen in Bayern, Teil 2, Rechtliche Rahmenbedingungen und Finanzierung“

³⁸⁹ Die folgenden Ausführungen gelten auch für die Gestaltung eines Konsortialvertrages zur Gründung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens.

³⁹⁰ Vgl. Bauer, in: DÖV 1998, 89, (92). Im Schrifttum wird diese Erfüllungsverantwortung häufig am Beispiel der Entsorgungsgewährleistung im Rahmen des Abfallrechts verdeutlicht (vgl. Höftmann, a.a.O., S. 208 ff.).

Der Vertrag sollte deshalb Sicherungsklauseln beinhalten, die den privaten Vertragspartner dezidiert zur Einhaltung des Vertragszwecks im Rahmen der geltenden gesetzlichen Bestimmungen anhalten. Sie müssen den privaten Dritten verpflichten, die öffentliche Aufgabe nach den gleichen rechtlichen und technischen Standards zu erfüllen, wie es der öffentliche Verwaltungsträger bei eigener Aufgabenerledigung hätte tun müssen.³⁹¹ Wenn der private Dritte bspw. zur Instandhaltung, Wartung und ggf. zur Aktualisierung und Installierung neuer Betriebskomponenten ausdrücklich verpflichtet wird, lassen sich Betriebsfähigkeit und Betriebssicherheit des eGovernment-Projekts gewährleisten. Weil häufig die Vertragsinhalte im Rahmen längerfristiger IT-Projekte wegen der technischen oder wirtschaftlichen Entwicklung angepasst oder ergänzt werden müssen, empfiehlt es sich, dass sich der öffentliche Verwaltungsträger eine notwendig werdende Nachrüstung durch den privaten Kooperationspartner garantieren lässt. Zumindest sollten entsprechende Nachverhandlungsklauseln in die Verträge aufgenommen werden.³⁹²

3.2. Leistungsbeschreibung

Die Grundlage einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung ist eine detaillierte Leistungsbeschreibung des gemeinsamen Projekts,³⁹³ wobei der konkrete Inhalt selbstverständlich vom jeweiligen Einzelfall abhängig ist.³⁹⁴ Dort werden insbesondere Laufzeit, Vergütung, Nutzungsrechte oder Finanzierungsmodalitäten geregelt.³⁹⁵ Erst die exakte Leistungsbeschreibung ermöglicht die richtige Auswahl des Kooperationspartners und reduziert die Gefahr rechtlicher Auseinandersetzungen (z.B. im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren).³⁹⁶ Neben der Ist- und Sollsituation der IT-Landschaft müssen im Leistungsverzeichnis die zu erbringenden IT-Services aus der IT und der TK-Infrastruktur wie bspw. die Massenspeicher, Netzwerke, Endgeräte, Hotlines oder Telekommunikationsanlagen dargestellt sein.³⁹⁷ Für die jeweiligen Komponenten sind Inhalt und Vergütung der Dienstleistungen sowie die Parameter der Leistungs-

³⁹¹ Vgl. Bauer, in: DÖV 1998, 89, (93). So regelt der PPP-Vertrag bspw. die vertraglichen Rechtsfolgen bei Kündigung wegen Nichterfüllung der vertraglichen Pflichten.

³⁹² Vgl. Höftmann, a.a.O., S. 209. Ändert sich nach Durchführung eines Vergabeverfahrens im Rahmen der Nachverhandlung der wesentliche Inhalt, ist i.d.R. ein neues Vergabeverfahren durchzuführen (vgl. Kapitel 10, II.).

³⁹³ Die Leistungsbeschreibung ist Bestandteil des Kooperationsvertrages, der im Rahmen des Vergabeverfahrens dokumentationspflichtig ist. Die Dokumentation dient der Begründung und Transparenz einzelner Maßnahmen im Vergabeverfahren und sichert die Ausnutzung der Gestaltungsspielräume, insbesondere im Nachprüfungsverfahren (siehe Vergabevermerke gem. §§ 30 VOL/A, 30 VOB/A, 18,19 VOF, Art. 43 RL 2004/18/EG).

³⁹⁴ Vgl. Heimlich, in: Weber/Schäfer/Hausmann, Praxishandbuch Public Private Partnership, § 20, S. 711

³⁹⁵ Insbesondere sollten berücksichtigt werden: Investitions-, Finanzierungs-, Vergütungs-, Preisgestaltungs-, Preisanpassungs-, allgemeine Vertragsanpassungs-, Neu- und Nachverhandlungsklauseln, Laufzeitklauseln, salvatorische Klauseln, Vertragsstrafen und Vollstreckungsklauseln.

³⁹⁶ Vgl. Stember, a.a.O., S. 43/44. Es gilt zu beachten, dass nicht beschriebene bzw. nicht ausgeschriebene Leistungen im Zweifelsfall später vergaberechtlich erneut ausgeschrieben werden müssen (vgl. Heimlich, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 20, S. 714/715).

³⁹⁷ Vgl. Schwaiger/Oesterreich, Vertragsgestaltung und Umsetzungserfordernisse einer ÖPP, Speyerer ÖPP-Tage 2006

erbringung (so genannte Service Level Agreements/SLA mit Bonus-Malusregelungen) zu benennen.³⁹⁸ Jedenfalls müssen in der funktionalen Leistungsbeschreibung alle spezifischen Fragen zur Hard- und Software und zum technischen Support angesprochen werden.³⁹⁹

3.3. Datenschutz

Selbstverständlich muss im Rahmen eines eGovernment-Projekts auch der private Plattform-Betreiber die geltenden Datenschutzbestimmungen beachten. Soweit er im Auftrag einer öffentlichen Rechtsperson als Provider die Plattform betreibt und von dort Online-Leistungsangebote abgerufen werden,⁴⁰⁰ erhält der private PPP-Partner unweigerlich Einblick in sensible Daten der Bürger. Das bedeutet, dass der Private die Datenschutzbestimmungen stringent zu beachten hat, damit die persönlichen Daten der Online-Nutzer vor rechtswidrigen Zugriffen nicht autorisierter Personen (so genannte Hacker bzw. Datenpiraten) geschützt sind. Der Online-Betreiber in Form eines PPP-Vertragsmodells muss deshalb durch die Anwendung der jeweils neuesten Software (update) sicherstellen, dass kein unbefugter Zugriff auf die Daten erfolgen kann.⁴⁰¹ Weil die öffentliche (kommunale) Verwaltung im Rahmen der formellen/funktionalen Privatisierung für die ordnungsgemäße Aufgabendurchführung verantwortlich bleibt,⁴⁰² müssen ihr im PPP-Vertrag auch hinreichende Rechte zur Kontrolle und Gewährleistung der Datensicherheit eingeräumt werden.⁴⁰³

3.4. Informationspflichten

Die öffentliche Verwaltung darf nicht durch mangelhafte Kontrolle in ein rechtliches oder faktisches Abhängigkeitsverhältnis zum privaten Kooperationspartner geraten. Ohne ausreichende Kenntnisse über die aktuellen Umstände können beide Vertragspartner nicht angemessen und rechtzeitig reagieren. Deshalb müssen im PPP-Vertrag Informationspflichten (bspw. über Betriebsabläufe und Betriebsstörungen) vereinbart werden, bei deren Verletzung vertrags- und haftungsrechtliche Konsequenzen angedroht sind oder die wenigstens ein Bonus-Malus-System beinhalten. Auch müssen regelmäßige Prüfungs-, Kontroll-, Überwachungs- und ggf. Betretungsrechte, verbunden mit dem Recht auf Einsichtnahme in die betriebliche

³⁹⁸ Vgl. Rath, Optimale Gestaltung von Service Level Agreements (SLA) in: DSRI 2006, 125 ff.; Heimlich, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 20, S. 717

³⁹⁹ Vgl. Heimlich, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 20, S. 717

⁴⁰⁰ Vgl. BVerfGE 65, 1 ff. - Volkszählurteil

⁴⁰¹ Sog. Firewall

⁴⁰² Vgl. Ulmer, in: CR 2003, 701, (707)

⁴⁰³ Vgl. Eifert/Püschel/Stapel-Schulz, a.a.O., S. 45 ff.; Heimlich, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 20, S. 726/727

Unterlagen, vereinbart werden, die es der öffentlichen Verwaltung ermöglichen, auf die ordnungsgemäße Aufgabenerledigung hinzuwirken.⁴⁰⁴

3.5. Ingerenzpflichten

Für eine kommunale Rechtsperson ist es wegen Art. 92 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BayGO unabdingbar, im Rahmen eines PPP-Vertrags Kontroll- und Einwirkungsrechte wie z.B. das Recht auf Ersatzvornahme zu vereinbaren, damit sie rasch reagieren kann, wenn der private Kooperationspartner bei der Erledigung der öffentlichen Aufgabe Pflichtverletzungen begeht oder gegen gesetzliche Vorschriften verstößt.⁴⁰⁵

3.6. Personalrechtliche Maßnahmen

Von besonderer Bedeutung ist die Klärung der Personalfragen⁴⁰⁶ im Rahmen eines Personalüberleitungsvertrags.⁴⁰⁷ Weil innerhalb einer PPP regelmäßig Mitarbeiter aus dem privaten und dem öffentlichen Bereich gemeinsam miteinander arbeiten, sind im Hinblick auf eine einheitliche Personalführung und aus Gründen der Personalgerechtigkeit die wesentlichen Arbeitsbedingungen wie Entgelt, Urlaub und Arbeitsplatzsicherheit, bei Beamten auch der amtsangemessene Arbeitsbereich, zu regeln.⁴⁰⁸

3.7. Schlichtungsreinrichtungen - Beirat

Im Schrifttum wird die vertragliche Installierung eines Schlichtungsgremiums bzw. eines Beirates aus Vertretern der öffentlichen Hand und des Privatunternehmens im Sinne eines Schlichtungsmanagements vorgeschlagen.⁴⁰⁹ Dieses Gremium hat eine beratende und eine schlichtende Funktion. Der Erlass einer Beiratsordnung erscheint hilfreich, wenn es zu Streitigkeiten zwischen den Kooperationspartnern kommt.

3.8. Vertragsbeendigung

Von besonderer Bedeutung sind Regelungen für die Beendigung der Kooperation. Das gilt insbesondere für eine Kündigung der Zusammenarbeit aus wichtigem Grund. Ferner sind die Konsequenzen bei Vertragsverletzung oder Insolvenz des privaten Partners im Vertrag zu re-

⁴⁰⁴ Vgl. Bauer, in: DÖV 1998, 89, (94)

⁴⁰⁵ Vgl. Weber, Public Private Partnership – Einbeziehung wirtschaftlicher Gesichtspunkte in die Vertragsgestaltung, Speyerer ÖPP-Tage 2006; Bauer, in: DÖV 1998, 89, (94)

⁴⁰⁶ Übernahme und Zuweisung von Arbeitnehmern und Beamten in die PPP-Gesellschaft (§ 613a BGB, § 123a BRRG); Änderung der Arbeitsbedingungen (Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung), Gestaltung der betrieblichen Altersversorgung, Einfluss der Personalvertretung

⁴⁰⁷ Dies gilt vor allem in den Fällen der Gründung eines (gemeinschaftlichen) PPP-Gesellschaftsmodells.

⁴⁰⁸ Vgl. Fellberg/Weigel, in: Proll/Drey, a.a.O., S. 192 f.; Heimlich, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 20, S. 724/725; Schwaiger/Oesterreich, Speyerer ÖPP-Tage 2006; Bundesverwaltungsamt, a.a.O., S. 5

⁴⁰⁹ Vgl. Höftmann, a.a.O., S. 209 sowie Bauer, in: DÖV 1998, 89, (95)

geln. Auch sollten in so genannten Heimfallklauseln Festlegungen für die Vertragsbeendigung dahingehend getroffen werden, welchem Kooperationspartner welche Nutzungsrechte an den (neu geschaffenen) materiellen und immateriellen Gütern (z.B. Software) zustehen. Es muss auch vertraglich gewährleistet sein, dass im Falle der Vertragsbeendigung die öffentliche Aufgabe ohne größere Schwierigkeiten durch den öffentlichen (kommunalen) Verwaltungsträger selbständig weitergeführt werden kann.

4. Auslagerung von eGovernment

Die traditionelle Form der vertraglichen Auslagerung elektronischer Leistungen besteht in der Beauftragung eines Rechenzentrums oder in der Erledigung bestimmter IT-Anwendungen durch ein privates Dienstleistungsunternehmen über eine definierte Schnittstelle (so genanntes Mainframe-Outsourcing).⁴¹⁰ Die öffentliche Verwaltung nutzt hier mittels eines Gebrauchsüberlassungsvertrages die angebotenen IT-Leistungen.⁴¹¹

Mit der Einführung der PCs und der Installierung von Netzwerken hat sich das so genannte Client-server-outsourcing etabliert. Gegenstand dieses Modells ist die Beschaffung bzw. der Betrieb von Hard- und Software und die Übernahme der hierfür erforderlichen Komponenten in das Eigentum des Dienstleistungsunternehmens.⁴¹² Die client-server Verträge umfassen im Gegensatz zu den klassischen Mainframe Verträgen ein wesentlich breiteres Aufgaben- und Leistungsspektrum.⁴¹³

Dem steht das „standard-business-process-outsourcing“ gegenüber, das komplette Geschäftsprozesse von der Lohnbuchhaltung über die Personalabwicklung bis hin zum Zahlungsverkehr auf Dritte auslagert.⁴¹⁴ Im Rahmen dieses „outsourcing“ können auch nicht-standardisierte Geschäftsprozesse auf Individualplattformen implementiert werden.⁴¹⁵

Eine neue und sehr moderne Form der Kooperation im Bereich der Informationstechnologie ist das so genannte Application Service Providing (ASP).⁴¹⁶ Es handelt sich dabei um ein Dienstleistungskonzept, das über das Internet angemietete Datenleistungen wie z.B. Softwareanwendungen vertraglich zur Verfügung stellt, ohne dass der Kunde lokale Hard- oder Softwareeinstellungen benötigt.⁴¹⁷

⁴¹⁰ Vgl. Heymann, in: CR 2005, 706 f.

⁴¹¹ BGH vom 23.6.1992 – X ZR 92/90 - NJW-RR 1993, 178; Heymann, Outsourcing als Form der Kooperation, in: CR 2000, 23 ff.

⁴¹² Vgl. Heymann, in: CR 2005, 706

⁴¹³ Diesen Geschäftsbeziehungen liegen sehr komplexe Vertragsgestaltungen zu Grunde, die bspw. bei großen Aufträgen auch den Personalübergang regeln. Vgl. auch Kapitel 5, II. 3.6.

⁴¹⁴ Vgl. Söbbing, Handbuch IT-Outsourcing, S. 49, m.w.N.

⁴¹⁵ Vgl. Heymann, in: CR 2005, 706, (708)

⁴¹⁶ Vgl. Daum, Die Rolle öffentlicher Unternehmen im Application Service Providing, in: ZöGU 2002, 261 f.

⁴¹⁷ Sog. Virtual Private Networks (VPN): der Zugriff erfolgt i.d.R. über einen Web-Browser.

III. Das Public Private Partnership - Gesellschaftsmodell

Wenn der öffentliche Verwaltungsträger alternativ zu den vorstehenden Vertragsmodellen einen Personenzusammenschluss zum gemeinsamen Zweck der Umsetzung einer öffentlichen Aufgabe präferiert, kann er mit dem privaten Dritten in Form eines so genannten gemischt-wirtschaftlichen PPP-Gesellschaftsmodells kooperieren.

Art. 86 i.V.m. 92 BayGO gestattet den Kommunen den Betrieb eines Unternehmens außerhalb der allgemeinen öffentlichen Verwaltung in den Rechtsformen des Privatrechts, insbesondere als GmbH, AG oder KG.⁴¹⁸ Daneben ist auch die reine Gesellschaftsbeteiligung an einem privaten Unternehmen möglich, wenn sie nicht lediglich der Kapitalanlage dient.⁴¹⁹

Im Falle eines PPP-Gesellschaftsmodells überträgt die kommunale Rechtsperson dieser privatrechtlichen Gesellschaft bestimmte (öffentliche) Planungs-, Herstellungs-, Sanierungs-, Betriebs- bzw. Finanzierungsaufgaben für eine bestimmte Vertragsdauer zur Erledigung, wobei die Aufgabenverantwortung für den öffentlichen Unternehmensgegenstand weiterhin bei der Kommunalverwaltung verbleibt. Die Besonderheit dieser PPP-Geschäftsmodelle besteht also im Wesentlichen in der direkten oder indirekten Beteiligung der kommunalen Rechtsperson als Gesellschafterin dieses (neuen) Kooperationsunternehmens.⁴²⁰

Ein derartiges PPP-Gesellschaftsmodell kann selbstverständlich auch bei der Umsetzung eines eGovernment-Projekts zur Anwendung kommen, so dass sich die Kooperationspartner darüber im Klaren sein müssen, ob sie diese Rechtsform alternativ zum Vertragsmodell den Vorzug geben.

1. Die einschränkenden Sonderregelungen des Art. 92 BayGO

Zur Sicherung der öffentlichen Aufgabenerfüllung und zur Gewährleistung des Grundsatzes der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit schränkt Art. 92 BayGO - über die bereits erörterten allgemeinen Zulässigkeitschranken des Art. 87 BayGO hinaus - auf einer zweiten Prüfebene die Wahlfreiheit der privaten Rechtsformen ein.

Wichtigste Voraussetzung ist, dass das kommunale Unternehmen in der beabsichtigten Privatrechtsform einen öffentlichen Zweck - hier das kommunale eGovernment als Unternehmensgegenstand⁴²¹ - i.S.d. Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayGO i.V.m. Art. 92 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayGO erfüllt und dass diese Zweckbindung auch in einem möglichen Konfliktfall sichergestellt

⁴¹⁸ Vgl. Prandl/Zimmermann/Büchner, a.a.O., Art. 92, Rn. 1. Der Gesetzgeber lässt gem. § 168 UmwG lediglich die Ausgliederung von Eigen- bzw. Regiebetrieben durch Vermögensübertragung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten zu. Verschmelzung, Vermögensübertragung oder formwechselnde Umwandlung eines Regie – bzw. Eigenbetriebes in Kapital- bzw. Personengesellschaften sind nicht möglich.

⁴¹⁹ Dagegen bezieht sich Art. 92 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayGO nicht auf Unternehmen in öffentlich-rechtlicher Form wie bspw. Anstalten des öffentlichen Rechts oder Zweckverbände, die von dieser Regelung ausdrücklich ausgenommen sind (vgl. Widmann/Grasser, a.a.O., Art. 92, Rn. 2)

⁴²⁰ Vgl. Schede/Pohlmann, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 3, S. 146

⁴²¹ Vgl. Kapitel 4

bleibt. Deshalb kommen ausschließlich erwerbswirtschaftlich tätige und gewinnorientierte Unternehmungen für eine PPP nicht in Betracht.⁴²² Auch spätere Änderungen des Unternehmenszwecks dürfen den öffentlichen Zweck i.S.d. Art. 87 und 92 BayGO nicht gefährden.⁴²³

2. Die Auswahl der Public Privat Partnership - Gesellschaftsrechtsform

Das in Art. 28 Abs. 2 GG verankerte kommunale Selbstverwaltungsrecht räumt den Kommunen zwar prinzipiell die freie Rechtsformwahl für ihre privatrechtlichen Gesellschaftsformen ein, jedoch kann der Gesetzgeber über die Vorschriften des kommunalen Unternehmensrechts diese Auswahlmöglichkeit wiederum eingrenzen (Art. 86 ff. BayGO).

2.1. Haftungsbegrenzung

So schließt das gesetzliche Erfordernis der Haftungsbegrenzung in Art. 92 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BayGO eine kommunale Beteiligung an Gesellschaften bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB), an eingetragenen Genossenschaften mit unbeschränkter Nachschusspflicht (§ 105 GenG), an offenen Handelsgesellschaften (§ 105 Abs. 1 und 3 HGB) oder als Komplementär einer Kommanditgesellschaft (§§ 161 Abs.1 und 2, 105 HGB) aus, weil diese Gesellschaftsformen von Gesetzes wegen unbegrenzt haften. Eine Ausnahme besteht nur, wenn die Rechtsaufsichtsbehörde eine Befreiung von der Haftungsbegrenzung erteilt.⁴²⁴ Deshalb ist ein PPP-Gesellschaftsmodell prinzipiell nur als Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), als Aktiengesellschaft (AG)⁴²⁵ oder über eine Beteiligung der kommunalen Rechtsperson als Kommanditist einer Kommanditgesellschaft möglich, weil bei diesen Gesellschaftsformen die Haftung kraft Gesellschaftsrechts begrenzt ist.⁴²⁶

2.2. Unternehmenszweck

Die Rechtsform wird durch den öffentlichen Zweck des neu zu gründenden Unternehmens bestimmt, den Art. 92 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i.V.m. Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayGO erfordert.⁴²⁷ Dabei verdeutlicht die Bezugnahme auf Art. 83 Abs. 1 BV und Art. 57 BayGO, dass alle in

⁴²² Vgl. Prandl/Zimmermann/Büchner, a.a.O., Art. 92, Rn. 4,

⁴²³ Vgl. Bauer/Böhle/Masson/Samper, Bayerische Kommunalgesetze – Kommentar, Art. 92, Rn. 8

⁴²⁴ Vgl. Bauer/Böhle/Masson/Samper, a.a.O., Art. 92, Rn. 4. Eine Haftungsbegrenzung zugunsten des öffentlichen Auftraggebers ist möglich, wenn sie über eine Beteiligung an einer GmbH erfolgt oder eine GmbH als Komplementär an einer GmbH & Co KG eingesetzt wird (vgl. Schede/Pohlmann, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 3, S. 151).

⁴²⁵ bzw. kleine Aktiengesellschaft

⁴²⁶ Vgl. Bauer/Böhle/Masson/Samper, a.a.O., Art. 92, Rn. 4/5; Schede/Pohlmann, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 3, S. 151

⁴²⁷ Neben dem Projektrisikopotential, den fachlichen Synergieeffekten, der Zuverlässigkeit der Kooperationspartner und weiteren Steuerungsinstrumenten

den eigenen Wirkungskreis der Gemeinde fallenden Aufgaben, unabhängig von einer etwaigen Gewinnerzielungsabsicht, einem öffentlichen Zweck unterliegen.⁴²⁸

Weil - wie ausgeführt - über das Verwaltungsportal nicht nur eine formale Abwicklung der gemeindlichen Verwaltungs- und Dienstleistungen erfolgt, sondern auch das wirtschaftliche, soziale und kulturelle Wohl der kommunalen Rechtsperson gefördert wird, ist das kommunale eGovernment als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft dem eigenen Wirkungskreis i.S.v. Art. 6, 7 Abs. 1 i.V.m. 57 Abs. 1 BayGO zuzurechnen. Das bedeutet, dass dieser Unternehmensgegenstand im Gesellschaftsvertrag als öffentlicher Zweck ausgewiesen sein muss, damit - z.B. im Wege der gerichtlichen Kontrolle - die Einhaltung der Vorschriften des kommunalen Unternehmensrechts gewährleistet ist.⁴²⁹ Für den Fall, dass später die kommunale Unternehmung veräußert wird oder dass Unternehmensbeteiligungen erworben werden, muss der Gesellschaftsvertrag sicher stellen, dass die öffentliche Aufgabe nicht durch kommunalfremde oder rein ökonomische Zielsetzungen unterlaufen wird (vgl. Art. 92 Abs. 1 S. 2 BayGO).⁴³⁰ Dabei ist zu beachten, dass die Rechtsformen der OHG und der KG gewisse Beschränkungen im Hinblick auf den Gesellschaftszweck beinhalten. In diesen Fällen muss der Gesellschaftszweck auf einen nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb gerichtet sein. Das ist bei einem PPP-Gesellschaftsmodell regelmäßig der Fall.⁴³¹

2.3. Steuerungs- und Einwirkungspflichten

Art. 92 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BayGO verlangt, dass sich eine kommunale Rechtsperson bei der Beteiligung an einem privaten Unternehmen im Gesellschaftsvertrag bzw. in der zugrunde liegenden Satzung Einwirkungsmöglichkeiten im Aufsichtsrat oder in einem entsprechendem Gremium vorbehält, um die öffentliche Aufgabenerfüllung gewährleisten zu können.⁴³² Auch Art. 92 Abs. 1 S. 2 und 3 BayGO wollen verhindern, dass die Bindung des kommunalen Unternehmens an den öffentlichen Zweck bspw. durch Unterbeteiligungen oder durch den Erwerb weiterer Unternehmen unterlaufen wird.⁴³³

⁴²⁸ Vgl. Bauer/Böhle/Masson/Samper, a.a.O., Art. 87, Rn. 21. Soweit ein Online-Portal schwerpunktmäßig die allgemeinen Verwaltungshandlungen und die Leistungsangebote der Verwaltung anbietet, ist der öffentliche Zweck gegeben.

⁴²⁹ Vgl. Grziwotz, in: NZG 1999, 55, (56)

⁴³⁰ Vgl. Grziwotz, in: NZG 1999, 55, (57)

⁴³¹ Vgl. Schede/Pohlmann, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 3, S. 150

⁴³² Gesetzliche Vorgaben über die Höhe der kommunalen Beteiligung am Kooperationsunternehmen bestehen nicht. Die Beteiligungshöhe hat nur Bedeutung für die Pflicht zur Berichterstattung (Art. 93 Abs. 3 BayGO) und die Durchsetzung der Grundsätze zur Führung gemeindlicher Unternehmen gem. Art. 95 Abs. 1 S. 2 BayGO (vgl. Grziwotz, in: NZG 1999, 55, (56/57)).

⁴³³ Schließlich muss nach Art. 92 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BayGO die Haftung der Kommune auf einen bestimmten, ihrer Leistungsfähigkeit entsprechenden angemessenen Betrag begrenzt werden. Im Gegensatz dazu können die Kommunen die Haftung für Eigenbetriebe und Kommunalunternehmen nicht beschränken; auch für Kommunalunternehmen haften sie als Gewährsträger gem. Art. 89 Abs. 4 BayGO.

Die Aufgabenverantwortung für die ordnungsgemäße Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Aufgabenstellung ergibt sich aus dem Rechtsstaats- (Art. 20 Abs. 3 GG) und Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG). Daraus leitet sich die Einwirkungsbefugnis auf die Entscheidungsprozesse der (ausgegründeten) PPP-Gesellschaft ab.⁴³⁴ Die Wahrnehmung dieser Ingerenzpflicht haben die staatlichen Aufsichtsbehörden zu überwachen,⁴³⁵ die ebenfalls die öffentlich-rechtliche Aufgabenverantwortung sicherstellen müssen.⁴³⁶

Die Durchsetzung dieser Einwirkungspflichten bereitet jedoch in der Praxis Schwierigkeiten, wenn der private Partner das Projekt überwiegend finanziert und (regelmäßig) das finanzielle Risiko trägt und deshalb auch die Aktivitäten des Unternehmens in seinem Interesse beeinflussen will.

Im Hinblick auf eine nachhaltige Gewährleistung der öffentlichen Aufgabenstellung sollen in diesem Zusammenhang die privaten Kooperationspartner Kompromissbereitschaft zeigen. Sie haben der kommunalen Rechtsperson qualifizierte (Minderheits-)rechte einzuräumen, damit die PPP-Kooperation nicht wegen eines Verstoßes gegen das Kommunalrecht scheitert.⁴³⁷ Diese Rechte können dergestalt vereinbart werden, dass z.B. Satzungsänderungen ohne die Zustimmung der kommunalen Rechtsperson nicht zulässig sind oder dass bestimmte Beschlüsse der Gesellschafterversammlung ohne deren Zustimmung nicht gefasst werden dürfen, wobei sich die kommunale Rechtsperson auch ein Vetorecht vorbehalten sollte, wenn über den Eintritt neuer Gesellschafter entschieden wird. Selbstverständlich sind die hier möglichen Vertragsmodalitäten vielschichtig und müssen dem konkreten Einzelfall angepasst werden.⁴³⁸

2.3.1. Reichweite der Einwirkungsrechte

Die Einwirkungsrechte basieren in der Regel auf den Mehrheitsverhältnissen und der kommunalen Eigenkapitalbeteiligung am Unternehmen.⁴³⁹ Konkrete Aussagen über deren Reichweite lassen sich nicht unmittelbar aus den verfassungsrechtlichen Normen (Art 20 Abs. 3 GG, Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) bzw. aus der Tatsache, dass die kommunale Rechtsperson eine öffentliche Aufgabe wahrzunehmen hat, ableiten. Vielmehr muss die Kommune auf das vorgegebene gesellschaftsrechtliche Instrumentarium zurückgreifen, um den notwendigen Einfluss auf das nun zivilrechtlich betriebene Unternehmen ausüben zu können. Weil dem zivilen Gesellschaftsrecht als Bundesrecht wegen Art. 31 GG der Vorrang vor dem landesgesetzlich geregelt

⁴³⁴ Vgl. Spannowsky, Die Verantwortung der öffentlichen Hand für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Reichweite ihrer Einwirkungspflicht auf die Beteiligungsunternehmen, in: DVBl. 1992, 1072, (1075)

⁴³⁵ Vgl. Spannowsky, in: DVBl. 1992, 1072, (1073)

⁴³⁶ Vgl. Spannowsky, in: DVBl. 1992, 1072, (1074)

⁴³⁷ Im Fall der Beteiligung ist das Vergaberecht und die Inhouse-Rechtsprechung zu beachten (vgl. Kapitel 9, I.).

⁴³⁸ Vgl. Schellenberg, Die vertragliche Gestaltung einer Public Private Partnership zum Aufbau eines öffentlichen Portals, in: Kröger, Internetstrategien für Kommunen, S. 414/415 mit weiteren Beispielen

⁴³⁹ Vgl. Grziwotz, in: NZG 1999, 55, (57)

ten Kommunalrecht zukommt,⁴⁴⁰ ist die kommunale Rechtsperson bei der Umsetzung einer PPP-Gesellschaft im Zweifel auf die ihr gesellschaftsrechtlich zustehenden Einwirkungsmöglichkeiten beschränkt.⁴⁴¹

2.3.2. Rechtsausübung

Die kommunale Rechtsperson kann nur über ihre Vertreter im Aufsichtsrat (mittelbaren) Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft nehmen.⁴⁴² Dies geschieht nach den Bestimmungen des GmbHG oder des AktG. Für die kommunale Rechtsperson handeln deren dorthin entsandte gesetzlichen Vertreter, regelmäßig der erste Bürgermeister aufgrund von Gemeinderatsbeschlüssen (Art. 93 BayGO i.V.m. Art. 29, 30 Abs. 2, 36, 37 BayGO).⁴⁴³

Bei der Wahl der Rechtsform der Gesellschaft spielt der Aspekt der Vertretungsmacht eine große Rolle. So schränkt insbesondere das Aktiengesetz i.V.m. Art. 92 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BayGO die Auswahl der möglichen Rechtsformen zur Begründung eines PPP-Gesellschaftsmodells ein, weil dort Vorstand (vgl. § 76 Abs. 1 AktG) und Aufsichtsrat (vgl. §§ 111, 112 AktG) weitgehend unabhängig handeln.⁴⁴⁴ § 76 Abs. 1 AktG sowie § 111 Abs. 5 AktG legen die Weisungsunabhängigkeit des Vorstands und der Aufsichtsratsmitglieder fest, die - entsprechend dem Vorrang des Gesellschaftsrechts - der Weisungsabhängigkeit der kommunalen Vertreter nach dem Kommunalrecht vorgeht.⁴⁴⁵ Folglich kann ein „vereinbartes“ unmittelbares Weisungsrecht des kommunalen Mehrheitsgesellschafters nicht gegenüber dem Vorstand und dem Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft ausgeübt werden.⁴⁴⁶

Dieselben Grundsätze gelten wegen § 52 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich auch für die Aufsichtsratsmitglieder einer GmbH. Jedoch ist die Handlungsfähigkeit des Geschäftsführers einer

⁴⁴⁰ Aus §§ 53, 54 HGrG i.V.m. 44 HGrG sowie aus §§ 92, 104 BHO als öffentlich-rechtliche Grenznormen zum privaten Gesellschaftsrecht lässt sich kein Vorrang der öffentlich-rechtlichen Organisationsform entnehmen, weil diese Vorschriften lediglich ergänzende rechtliche Schranken beinhalten. Das gilt auch auf kommunaler Ebene, da BayHO und BayKommHV nichts anderes sagen. Auch aus Art. 94 BayGO, der den Gemeinden Informations- und Kontrollrechte zubilligt und zum Ausdruck bringt, dass neben dem allgemeinen Gesellschaftsrecht noch zusätzliche Rechte gelten, ist abzuleiten, dass der Gesetzgeber das allgemeine Gesellschaftsrecht vorrangig gelten lassen wollte, dessen Vorschriften durch das öffentliche Recht lediglich punktuell ergänzt werden sollten (vgl. Püttner, Die Vertretung der Gemeinden in wirtschaftlichen Unternehmen, in: DVBl. 1986, 748, (751)).

⁴⁴¹ Vgl. Spannowsky, in: DVBl. 1992, 1072, (1074); ähnlich auch BGHZ 36, 296, (305 ff.) und Püttner, in: DVBl. 1986, 748, (751)

⁴⁴² Vgl. Schede/Pohlmann, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 3, S. 150/151

⁴⁴³ Vgl. Schützenmeister, Rechtsformen und Rechtsstellung von kommunalen Unternehmen in der Gemeindeordnung, in: LKV 1991, 213, (217). Der Bürgermeister repräsentiert die Kommune in der GmbH. Ob es sich bei den Entscheidungen in den Aufsichtsgremien um laufende Angelegenheiten handelt, ist nicht aus der Sicht der Gesellschaft, sondern aus der Sicht der Gemeinde zu beurteilen. Soweit es sich um Routineangelegenheiten der Gemeinde handelt, kann der Bürgermeister alleine entscheiden. Im Übrigen können Handlungsbefugnisse per Gesellschaftssatzung bzw. durch Gemeinderatsbeschluss auf den Bürgermeister übertragen werden (vgl. dazu: Altmeppen, in: NJW 2003, 2561, (2562 f.)).

⁴⁴⁴ Vgl. Mayen, Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Rechtliche Grenzen und rechtliche Möglichkeiten, in: DÖV 2001, 110, (113)

⁴⁴⁵ Vgl. dazu grundlegend BGHZ 36, 296, (306)

⁴⁴⁶ Vgl. Mayen, in: DÖV 2001, 110, (113); Schäfer/Karthaus, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 5, S. 218

GmbH wesentlich mehr eingeschränkt. Zwar kann er die laufende Geschäftsführung ohne Rücksprache mit den Gesellschaftern ausüben, jedoch endet seine Handlungsfähigkeit im Innenverhältnis dort, wo Angelegenheiten wegen ihrer grundlegenden Bedeutung für die GmbH durch Gesellschafterbeschluss entschieden werden müssen.⁴⁴⁷ Zudem kann die Gesellschafterversammlung grundsätzlich zu jeder Zeit und in allen Bereichen allgemeine oder Einzelweisungen erteilen.⁴⁴⁸

Aus diesen Überlegungen ist bei der Gründung einer PPP-Gesellschaft die GmbH der Aktiengesellschaft vorzuziehen, weil die GmbH zur Wahrung der öffentlichen Aufgabenstellung eine deutlich höhere Steuerungsintensität ermöglicht. Über die Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsvertrag gem. §§ 37 Abs. 1, 38 Abs. 1, 45 Abs. 1 GmbHG ist eine Weisungskette von der Gesellschafterversammlung über den Aufsichtsrat zur Geschäftsführung möglich, so dass sich die kommunale Rechtsperson weitgehende Einwirkungsrechte auf die Geschäftsführung der GmbH einräumen lassen kann.⁴⁴⁹

Deshalb sollen der kommunalen Rechtsperson bei Gründung des PPP-Gesellschaftsmodells (i.d.R. als GmbH) angemessene Ingerenzrechte eingeräumt werden, die nicht nur von der betragsmäßigen Beteiligung bestimmt sind, sondern auch etwaige Entsenderechte, Abstimmungsmodalitäten wie bspw. Vetorechte, Mehrfachstimmrechte oder Sperrminoritäten, Kündigungs- und Heimfallrechte oder Auseinandersetzungsregelungen zum Inhalt haben, damit die öffentlich-rechtliche Aufgabenstellung gewährleistet bleibt.

2.4. Die Regelungsinhalte von PPP-Gesellschaftsmodellen bei der Umsetzung des eGovernment

Nach den Vorgaben des Gesellschaftsrechts müssen die wesentlichen vertraglichen Grundlagen eines PPP-Gesellschaftsprojekts in einem so genannten Betreibervertrag⁴⁵⁰ individuell festgelegt werden,⁴⁵¹ wobei es in der Praxis erst wenige Referenzmodelle gibt, auf die zurückgegriffen werden könnte.⁴⁵² Dieser Betreibervertrag darf nicht verwechselt werden mit dem Betreibermodell einer vertraglichen PPP.⁴⁵³ Während es beim Betreibermodell um die vertragliche Auslagerung öffentlicher Aufgaben geht und der private Unternehmer unter Beibehaltung der Verantwortung des öffentlichen Verwaltungsträgers den tatsächlichen Betrieb übernimmt, stellt der Betreibervertrag einen schuldrechtlichen (Gesellschafts-)Vertrag dar, der die

⁴⁴⁷ Vgl. Gesellschaftsrecht für die Praxis, Alle Gesellschaftsformen mit Nebengebieten, Grundlagen der Besteuerung und Bilanzierung, Kapitel 5 Teil 3 I, Rn. 2544

⁴⁴⁸ Vgl. Gesellschaftsrecht für die Praxis, a.a.O., Kapitel 5 Teil 3 I, Rn. 2550

⁴⁴⁹ Vgl. Eifert, in: VerwArch 2002, 561, (578)

⁴⁵⁰ Als Rahmenvereinbarung nach § 3a Abs. 4 VOL/A Abschnitt 2 möglich.

⁴⁵¹ Ggf. nach § 9 VOL/A bzw. § 1 Nr. 2 VOL/B unter Verwendung allgemeiner, ergänzender, besonderer und zusätzlicher Vertragsbedingungen (AGB, EVB-IT, BVB, ZVB).

⁴⁵² Z.B.: ID Bremen GmbH; zu den Regelungsinhalten siehe auch: Kapitel 5, II. 3.

⁴⁵³ Vgl. Kapitel 5, II. 2.1.

Zusammenarbeit zwischen dem öffentlichen Verwaltungsträger und dem eigenverantwortlich handelnden Privaten regelt.⁴⁵⁴ Dieser Gesellschaftsvertrag beinhaltet die speziellen Vereinbarungen über die Gesellschaftsgründung, -beendigung und Kooperationsdauer sowie zum Satzungsinhalt, zur Finanzierung und zur Gewinnverteilung.⁴⁵⁵

Neben diesen Aspekten ist vor allem die Haftung der PPP-Gesellschaft in Schadensfällen bei der Umsetzung und im Betrieb des eGovernment zu regeln. Hierzu sieht das Telemediengesetz besondere Haftungsregelungen für die Internetangebote vor.⁴⁵⁶ Demnach muss der Anbieter nach allgemeinem Haftungsrecht für den von ihm angebotenen Inhalt auf dem Online-Portal einstehen, während der Zugangsvermittler lediglich bei Kenntnis rechtswidriger Inhalte haftet.⁴⁵⁷ Wird jedoch der Zugangsvermittler von dem betreffenden Inhalt in Kenntnis gesetzt, dann haftet auch er ab diesem Zeitpunkt.⁴⁵⁸ Daher haftet jeder Kooperationspartner für diejenigen Inhalte, die er über das Verwaltungsportal verbreiten will. Die kommunale Rechtsperson stellt im Gesellschaftsvertrag die PPP-Betreibergesellschaft von denjenigen Haftungsfällen frei, die im Zusammenhang mit den öffentlich-rechtlichen Verwaltungsleistungen auftreten, während die PPP-Betreibergesellschaft die kommunale Rechtsperson von allen Haftungsfällen freistellt, die mit den privat angebotenen Leistungen im Zusammenhang stehen. Ferner ist zu regeln, welche haftungsrechtlichen Konsequenzen eintreten, wenn die Partnerschaft beendet ist. Schlussendlich trägt die kommunale Rechtsperson die Verantwortung über die öffentliche Aufgabenerfüllung im Falle der Aufgabenbeendigung des privaten PPP-Gesellschaftsmodells bzw. bei einer Insolvenz. Bestehen keine Regelungen, hat die öffentliche Rechtsperson als Gewährsträger das Ausfall- und Finanzierungsrisiko zu übernehmen.

Ferner sind im Betreibervertrag die Rechte und Pflichten des privaten Dritten festzulegen. Wesentlich ist die (befristete oder bedingte) Übertragung der Nutzungsrechte der Portal-Domain (stadtname.de) an die PPP-Gesellschaft als Portalbetreiber. Dieser obliegt auch die Verpflichtung, die öffentlichen Dienst- und Verwaltungsleistungen über die Domain zur Verfügung zu stellen, sie, soweit erforderlich, urheberrechtlich zu lizenzieren und detaillierte Regelungen zur Einhaltung des Datenschutzes aufzustellen.⁴⁵⁹ In diesem Zusammenhang ist auch die Frage zu

⁴⁵⁴ Vgl. Eifert, in: VerwArch 2002, 561, (580)

⁴⁵⁵ Auch in einem Gesellschaftsvertrag müssen dieselben wesentlichen Inhalte geregelt sein wie bei den Vertragsmodellen (vgl. Kapitel 5, II. 3.).

⁴⁵⁶ Telemediengesetz vom 26. Februar 2007 (BGBl. I. S. 179). Das Telemediengesetz (TMG) löst das Teledienstgesetz (TDG), das Teledienstschutzgesetz (TDDSG) sowie den Mediendienste-Staatsvertrag (MDStV) ab, die zeitgleich mit dem Inkrafttreten des TMG außer Kraft getreten sind. Die bisherigen Regelungen des Teledienstgesetzes zur Haftung sind identisch übernommen worden (vgl. dazu auch Hoeren, Das Telemediengesetz, in: NJW 2007, 801 ff.)

⁴⁵⁷ Vgl. § 5 MDStV a.F.; nunmehr geregelt in den §§ 7 bis 9 des TMG.

⁴⁵⁸ Vgl. § 5 Abs. 3 MDStV a.F., vgl. nunmehr §§ 8 und 9 TMG.

⁴⁵⁹ Vgl. Schellenberg, in: Kröger, a.a.O., S. 417/419

behandeln, welchem Partner die Nutzungs- und Softwarerechte bei Beendigung der Gesellschaft verbleiben.

Die PPP-Gesellschaft hat also neben den technischen und kooperationsunterstützenden Maßnahmen auch die gemeinwohlorientierten öffentlichen Aufgaben des eGovernment sicherzustellen. Sie muss im Rahmen ihrer Durchführungsverantwortung die öffentlichen Dienst- und Verwaltungsleistungen angemessen und benutzerfreundlich darstellen und den potentiellen Nutzern des Portals den diskriminierungsfreien Zugang zu diesen Leistungsangeboten auf Dauer gewähren. Deshalb ist im Betreibervertrag festzulegen, in welcher Höhe und für welche Zeitdauer der jeweilige Kooperationspartner Investitionen zu tätigen hat.

Gegebenenfalls ist auch der Personalüberleitungs- bzw. Dienstüberlassungsvertrag von Bedeutung, der im Interesse des dem PPP-Projekt zugewiesenen Personals Regelungen über die Beschäftigungssicherung, Besitzstandswahrung, Zusatzversorgung usw. trifft. Er beinhaltet alle Weisungsbefugnisse, Aufwandserstattungen oder Qualifizierungsmaßnahmen anlässlich der Umsetzung des eGovernment.

Zusammenfassend hat der Betreibervertrag die IT- und TK-Leistungen zu beschreiben sowie Aussagen über die einzelnen Dienst- und Verwaltungsleistungen, die Laufzeit und etwaige Kündigungsrechte, die Haftung und Gewährleistung sowie über die Personalangelegenheiten zu treffen.⁴⁶⁰

Wegen der Komplexität eines eGovernment-Projekts können nicht alle Eventualitäten in diesem (Rahmen-)Vertrag von vornherein Berücksichtigung finden, insbesondere wenn die wirtschaftlichen und technischen Entwicklungen oder die Dynamik des Internetmarktes zu Abweichungen vom ursprünglichen Vertragskonzept führen und deshalb Nachverhandlungen notwendig werden.⁴⁶¹ Insoweit sollte der Betreibervertrag Anpassungsklauseln enthalten, die Nachverhandlungen zulassen, soweit nicht vorrangige Rechtsvorschriften, wie z.B. das öffentliche Vergaberecht, dem entgegenstehen.⁴⁶²

IV. Zwischenergebnis

Wenn das öffentliche Verwaltungsportal (Verwaltungsplattform) mittels Informations-, Kommunikations- und Transaktionsangeboten lediglich die originären kommunalen Verwaltungs- und Dienstleistungen als öffentliche Aufgabenstellungen abbilden soll, bieten sich für die Umsetzung die klassischen öffentlich-rechtlichen Unternehmensformen wie Regiebetriebe, Eigenbetriebe, selbständige Kommunalunternehmen (als Anstalten des öffentlichen Rechts) oder

⁴⁶⁰ Im Einzelnen ist auf Kapitel 5, II. 3. ff. zu verweisen.

⁴⁶¹ Vgl. Eifert, in: VerwArch 2002, 561, (581/582)

⁴⁶² Nötigenfalls ist ein außerordentliches Kündigungsrecht zu vereinbaren, wenn bspw. die vertraglichen Investitionspflichten nicht eingehalten werden können.

Zweckverbände (als Form der interkommunalen Zusammenarbeit), aber auch bestimmte Rechtsformen des Privatrechts (z.B. die Eigengesellschaft) an. Wenn darüber hinaus auch private Mehrwertdienste in das Portalangebot integriert werden sollen, sind PPP-Vertragsmodelle und im besonderen PPP-Gesellschaftsmodelle nach Maßgabe des zivilen Gesellschaftsrechts (z.B. als GmbH) das Mittel der Wahl.⁴⁶³

Im Gegensatz zu den reinen PPP-Vertragsmodellen weisen die PPP-Gesellschaftsmodelle eine wesentlich höhere Rechtssicherheit für den Fortbestand der Kooperation auf, weil für die Errichtung, den Betrieb und die Beendigung der jeweiligen Gesellschaftsform gesetzliche Vorschriften und formale Verfahrensweisen existieren.⁴⁶⁴ So bestehen im Gesellschaftsrecht Aufsichts- und Entscheidungsgremien (Aufsichtsrat, Gesellschafterversammlung), deren gesetzliche Eingriffsrechte und Befugnisse im Rahmen von PPP-Vertragsmodellen erst vereinbart werden müssten. Anders als beim Vertragsmodell sind Kapital- (bzw. Sach-)Einlagen in die Gesellschaft einzubringen, die die Grundsicherung der Gesellschaft gewährleisten. Zudem sind hier die materiellen und personellen Verflechtungen wesentlich intensiver ausgestaltet als beim Vertragsmodell,⁴⁶⁵ so dass alle Gesellschafter ein eigenes Interesse am langfristigen betriebswirtschaftlichen Gelingen der Kooperation entwickeln, während rein vertragliche Bindungen eher auf eine kurzfristige Gewinnoptimierung abzielen und sich (in der Praxis) auch schneller wieder trennen können. Für das Gesellschaftsmodell sprechen zudem die Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung und der individuellen Gestaltbarkeit der Weisungsbefugnisse⁴⁶⁶ gegenüber dem Privaten.⁴⁶⁷

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass für die Umsetzung von eGovernment über eine Verwaltungsplattform die PPP-Gesellschaftsform die bevorzugte Kooperationsform darstellt.⁴⁶⁸ Sie realisiert nämlich, dass dem privaten Kooperationspartner regelmäßig die unternehmerische Führerschaft im Sinne der ökonomischen Kompetenz - je nach Ausgestaltung auch bei gleichzeitiger Tragung des finanziellen Risikos - zukommt, während die kommunale Rechtsperson als öffentlicher Kooperationspartner weiterhin für die öffentliche Aufgabenerfüllung verantwortlich bleibt.⁴⁶⁹

⁴⁶³ Vgl. Tettinger, in: DÖV 1996, 764, (765); Tettinger, in: NWVBl. 2005, 1, (3 f.)

⁴⁶⁴ Vgl. Schuppert, Rechts- und verwaltungswissenschaftliches Gutachten erstellt im Auftrag des Bundesministeriums des Inneren, S. 18

⁴⁶⁵ Bspw. Einblick in und ggf. Einflussnahme auf die Betriebs- und Kalkulationsgrundlagen über gesetzlich kodifizierte Informations- und Kontrollrechte des Gesellschafters; gemeinsames Eigentum an Gebäuden.

⁴⁶⁶ gegenüber der Geschäftsführung und der Vertretung nach außen

⁴⁶⁷ Vgl. Eifert, in: VerwArch 2002, 561, (578/579); Schellenberg, in: Kröger, a.a.O., S. 411

⁴⁶⁸ Allerdings ist die Gründung von PPP-Gesellschaftsformen für kleinere kommunale Rechtspersonen deshalb nur bedingt geeignet, weil häufig der Verwaltungsaufwand für die Gründung der Gesellschaft die beabsichtigten Einsparpotentiale aufhebt (vgl. Fellberg/Weigel, in: Proll/Drey, a.a.O., S. 194).

⁴⁶⁹ Vgl. Heimlich, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 20, S. 711; Schwaiger/Oesterreich, Speyerer ÖPP-Tage 2006

Kapitel 6: Das öffentliche Vergabewesen

Will ein öffentlicher Verwaltungsträger eGovernment mittels eines PPP-Vertrags- oder Gesellschaftsmodells realisieren und betreiben, führt dies zu Auswahlentscheidungen und Auftragsvergaben, die dem öffentlichen Vergaberecht unterliegen können.⁴⁷⁰

Das BVerfG versteht unter dem öffentlichen Vergaberecht die Gesamtheit der Normen über die Vergabe öffentlicher Aufträge durch einen öffentlichen Verwaltungsträger.⁴⁷¹ Zum Verständnis des öffentlichen Vergaberechts und seines Einflusses auf die Abwicklung eines PPP-Modells werden nachfolgend die allgemeinen Grundsätze des öffentlichen Vergaberechts mit dessen Intentionen im Verlauf der historischen Entwicklung dargestellt,⁴⁷² um anschließend die für ein PPP-Gesellschaftsmodell speziell zu beachtenden vergaberechtlichen Grundlagen zu erörtern.

I. Allgemeine Rechtsgrundlagen und Grundsätze

In gleicher Weise wie die privaten Unternehmen (Industrie, Handel und Handwerk) muss auch die öffentliche Hand ihren Bedarf an Gütern und Dienstleistungen am freien Markt decken. Dies geschieht grundsätzlich mit dem Instrument des Privatrechts, also durch Abschluss privatrechtlicher Verträge nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB). Weil die öffentlichen Auftraggeber öffentliche Haushaltsmittel einsetzen, die sich aus den Abgaben der Bürger und Unternehmen zusammensetzen, muss gewährleistet sein, dass diese Mittel sparsam und wirtschaftlich verwendet werden. Deshalb kann für das öffentliche Vergabewesen die zivilrechtliche Privatautonomie nicht uneingeschränkt gelten, vielmehr ist es von öffentlich-rechtlichen Regelungen überlagert. Dazu gehören im Wesentlichen das öffentliche Haushaltsrecht⁴⁷³ i.V.m. mit dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 97 ff. GWB⁴⁷⁴) sowie die so genannten Verdingungsordnungen⁴⁷⁵, die im vorvertraglichen Bereich den Vollzug des öffentlichen Vergabeverfahrens sowohl für die öffentlichen Auftraggeber als auch für die privaten Unternehmen detailliert regeln. Dabei kommt dem öffentlichen Vergaberecht die Aufgabe zu, durch objektive Kriterien eine unkontrollierte Verwendung oder gar Verschwendung der öffentlichen Mittel zu unterbinden, indem es die Diskriminierung von

⁴⁷⁰ Vgl. Burgi, Kommunales Privatisierungsfolgerecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung, in: NVwZ 2001, 601

⁴⁷¹ BVerfG-Beschluss vom 13.06.2006 - 1 BvR 1160/03-, in: NJW 2006, 3701

⁴⁷² Vgl. zum Einstieg in die Grundzüge des Vergaberechts: Koenig/Haratsch, Grundzüge des deutschen und des europäischen Vergaberechts, in: NJW 2003, 2637 ff.

⁴⁷³ Siehe Fn. 477

⁴⁷⁴ I.d.F. der Bekanntmachung vom 15.7.2005 (BGBl. I S. 2114), geändert durch Art. 1 G vom 1.9.2005 (BGBl. I S. 2676)

⁴⁷⁵ Siehe Fn. 477

Bietern verhindert, deren Chancengleichheit fördert und die Liberalisierung der Wirtschaftsmärkte im nationalen und europäischen Gemeinschaftsraum herbeiführt.⁴⁷⁶

Die Besonderheit des geltenden nationalen öffentlichen Vergaberechts besteht darin, dass es maßgeblich von den Vorschriften der EU/EG über die öffentliche Auftragsvergabe bestimmt wird, insbesondere von den gemeinschaftsrechtlichen Regelungen des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs (Art. 28 EG bzw. Art. 43 EG und Art. 49 EG), der Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 39 EG) und des Diskriminierungsverbots (Art. 12 EG).⁴⁷⁷ Mit diesen Intentionen wendet sich das europäische Vergaberecht nach der Umsetzung in das nationale Recht an alle öffentlichen Verwaltungsträger als Auftraggeber, verbunden mit Reflexwirkungen auf alle privaten Unternehmen, die sich als Bieter dem Wettbewerb um einen öffentlichen Auftrag stellen wollen. Damit ist das kodifizierte deutsche Vergaberecht teils dem privaten, teils dem öffentlichen Recht zuzurechnen.⁴⁷⁸

1. Nationales (deutsches) Vergaberecht

1.1. Haushaltsrecht

Der Wettbewerb um öffentliche Aufträge wurde in Deutschland bis in die jüngere Vergangenheit als rein nationale Angelegenheit und hier als Gegenstand haushaltsrechtlicher Vorschriften der öffentlichen Hand verstanden. Nach wie vor ist auch für die öffentlichen Verwaltungsträger das jeweilige Haushaltsrecht die maßgebliche Rechtsquelle für die Vergabe von Aufträgen.

§ 30 HGrG bestimmt, dass dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen eine öffentliche Ausschreibung vorauszugehen hat, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen.⁴⁷⁹ Dieses Gesetz enthält auch die für Bund und Länder verbindlichen Grundsätze zur Regelung ihres jeweiligen Haushaltsrechts. Die in § 30 HGrG statuierte Ausschreibungspflicht auf Bundesebene hat wortgleich in § 55 BHO Eingang gefunden, und die Landesgesetzgeber haben entsprechende Regelungen in ihren landeseigenen Haushaltsordnungen (z.B. Art. 55 BayHO) bzw. in den Kommunalhaushaltsver-

⁴⁷⁶ Vgl. Kapitel 6, II.

⁴⁷⁷ EG-Vertrag in der Fassung des Vertrags von Amsterdam vom 02.10.1997, BGBl. 1998 II S. 386, BGBl. 1999 II S. 416

⁴⁷⁸ Die grundsätzlichen internationalen und nationalen Vergabevorschriften lassen sich in Form einer Kaskade veranschaulichen (sog. Kaskadenlösung): Die oberste Stufe ist das WTO/Government Procurement Agreement (GPA). Darunter stehen die internationalen Vergaberichtlinien der EU/EG. Erst dann folgen die nationalen (deutschen) Vergabevorschriften, und zwar das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), die Vergabeverordnung (VgV), das Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG), die Bundes-/ Landes-/ Gemeindehaushaltsordnungen (BHO, BayHO, KommHV), die Verdingungsordnung für Leistungen (VOL), die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) sowie die Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF).

⁴⁷⁹ Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsätzegesetz - HGrG) vom 19. August 1969; geändert durch Art. 123, Neunte ZuständigkeitsanpassungsVO vom 31.10.2006 (BGBl. I S. 2407)

ordnungen (z.B. Art. 29 ff. BayKommHV) getroffen.⁴⁸⁰ Deshalb muss auch der Vergabe von Aufträgen für Liefer- und Dienstleistungen durch die Kommunalverwaltung gem. Art. 31 Abs. 1 BayKommHV eine öffentliche Ausschreibung (ggf. ein offenes Verfahren) vorausgehen, es sei denn, dass im Einzelfall besondere Umstände eine beschränkte Vergabe (ggf. ein nicht offenes Verfahren), eine freihändige Vergabe (ggf. ein Verhandlungsverfahren) oder einen wettbewerblichen Dialog rechtfertigen.⁴⁸¹

1.2. Verdingungsordnungen

Um eine allgemein verbindliche Vorgehensweise der öffentlichen Verwaltungsträger bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sicher zu stellen, verweisen die jeweiligen Haushaltsordnungen (vgl. § 55 Abs. 2 BHO, Art. 55 Abs. 2 BayHO, Art. 31 Abs. 2 BayKommHV) auf einheitliche Richtlinien, die von den zuständigen Ministerien als so genannte Verdingungsordnungen bekannt gemacht werden.⁴⁸² Rechtlich handelt es sich hier um Verwaltungsvorschriften im vorvertraglichen Raum im Sinne von Anweisungen an die öffentlichen Auftraggeber im Vollzug der jeweils geltenden Haushaltsordnung und der Vorschriften des Vierten Teils des GWB.⁴⁸³

2. Internationales (europäisches) Vergaberecht

Nachdem im europäischen Wirtschaftsraum mit der fortschreitenden Vernetzung der Beschaffungsmärkte die Abschottung der nationalen Märkte sukzessive aufgebrochen wurde, wird seit den 70er Jahren (des vergangenen Jahrhunderts) der Inhalt der deutschen Verdingungsordnungen im Wesentlichen durch die so genannten EG-Vergaberichtlinien bestimmt.

2.1. EG-Richtlinien

Die Grundlagen für das öffentliche Vergabewesen im Bereich der Europäischen Union finden sich im EG-Vertrag,⁴⁸⁴ und dort namentlich in den Bestimmungen, die den freien Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr garantieren und bestimmte Grundsätze wie Gleichbe-

⁴⁸⁰ Vgl. Marx/Prieß, in: Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, Das Recht der Auftragsvergabe, Ziff. 2.1, S. 16

⁴⁸¹ Vgl. Stemmer/Aschl, Gründung und Handeln kommunaler Gesellschaften und kommunale Zusammenarbeit unter dem Blickwinkel des Vergaberechts, in: VergabeR 2005, 287, (288/289)

⁴⁸² Solche sind die Verdingungsordnung für Leistungen - ausgenommen Bauleistungen (VOL), die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) sowie die Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF).

⁴⁸³ Diese Verdingungsordnungen werden von sog. Verdingungsausschüssen erarbeitet. In diesen privatrechtlich organisierten Gremien sind neben Bund, Ländern und Kommunen auch die wichtigsten Wirtschaftsverbände (z.B. BDI) sowie der DGB vertreten. Weil die Verdingungsordnungen mithin von nichtstaatlichen Organen erarbeitet werden, sind sie zunächst als private Verfahrensregelungen zu qualifizieren, die jedoch über die jeweiligen Haushaltsordnungen als „einheitliche Richtlinien“ in die öffentliche Verwaltung eingeführt werden.

⁴⁸⁴ Jetzt in der Fassung des Vertrags von Amsterdam vom 02.10.1997, BGBl. 1998 II S. 386, BGBl. 1999 II S. 416

handlung, Transparenz, gegenseitige Anerkennung sowie das Diskriminierungsverbot postulieren.⁴⁸⁵

In der Absicht, die wirtschaftliche Verwendung der öffentlichen Finanzmittel durch die Wahl des besten Angebots zu gewährleisten, legten die EG-Vergaberichtlinien die Wettbewerbsbedingungen, insbesondere die Ausschreibungskonditionen, in Form von Basisrichtlinien fest, und zwar zunächst als Baukoordinierungsrichtlinie (BKR - 1971), Lieferkoordinierungsrichtlinie (LKR - 1976) und Dienstleistungsrichtlinie (DKR - 1992). Mit der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 hat der Gesetzgeber die vorstehenden Richtlinien zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge zusammen- bzw. neu gefasst.⁴⁸⁶

Der Auftragsgegenstand bestimmt den Anwendungsbereich dieser (Basis)-Vergaberichtlinien. Sie wenden sich sowohl an die klassischen staatlichen Auftraggeber als auch an staatsnahe Einrichtungen, die im Allgemeininteresse genuin staatliche Aufgaben nicht gewerblicher Art erfüllen (so genannte Auftraggeber im funktionalen Sinn).⁴⁸⁷ Besonders geregelt ist die Vergabe von Aufträgen in den Bereichen (Sektoren) Wasser, Energie- und Verkehrsversorgung. Für Auftraggeber, die in diesen Sektoren tätig sind, findet die so genannte Sektorenrichtlinie (SKR) Anwendung.⁴⁸⁸ Hintergrund dieser Differenzierung zwischen Basis- und Sektorenrichtlinien ist die Tatsache, dass die Strukturen der genannten Sektoren in den einzelnen Mitgliedstaaten sehr heterogen sind. Während in manchen Ländern der EU der notwendige Versorgungsbedarf von einer staatlichen Behörde gedeckt wird, sind es in anderen Ländern rein privatrechtlich orientierte und entsprechend organisierte Unternehmen. Um bei der Vergabe öffentlicher Aufträge innerhalb der EU eine Ungleichbehandlung auszuschließen, stellt die Sektorenrichtlinie beim Auftraggeberbegriff nicht vorrangig auf die rechtliche Organisationsform einer öffentlichen Behörde oder eines Privatunternehmens ab, vielmehr ist entscheidend, ob die in den Sektoren tätige Einrichtung einen staatlichen Bezug aufweist, sei es durch staatliche Beherrschung oder durch Verleihung besonderer oder ausschließlicher Rechte.

⁴⁸⁵ insbesondere Art. 28 EG, Art. 43, 49 EG, Art. 39 EG, Art. 12 EG, Art. 14 EG

⁴⁸⁶ Vgl. auch Kapitel 6. III.

⁴⁸⁷ Eine besonders wichtige Eigenschaft der europäischen Vergaberichtlinien ist es, subjektive Rechte der Bieter zu begründen. Insoweit haben die Mitgliedstaaten zur Durchsetzung dieser Rechte ein formelles (gerichtliches) Nachprüfungsverfahren eingerichtet.

⁴⁸⁸ RL 93/38 EWG des Rates vom 14.6.1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (ABl. Nr. L 199 v. 9.8.1993, S. 84-138); aufgehoben nach Maßgabe des Art. 73 der RL 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. Nr. L 134 v. 30.4.2004, S. 1-113). Die Mitgliedstaaten waren gehalten, die RL 2004/17/EG bis zum 31.1.2006 in das nationale Recht umzusetzen

2.2. Umsetzung der EG-Richtlinien in nationales (deutsches) Recht

Die EG-Richtlinien wenden sich unmittelbar und verbindlich an die einzelnen Mitgliedstaaten der EU und müssen von diesen innerhalb bestimmter Fristen in das nationale Recht transformiert werden (Art. 249 EG). Wenn jedoch ein Mitgliedstaat eine Richtlinie verspätet oder fehlerhaft umsetzt, entfaltet sie nach der Rechtsprechung des EuGH⁴⁸⁹ bei hinreichender Bestimmtheit unmittelbare Wirkung für den betroffenen öffentlichen Verwaltungsträger.⁴⁹⁰

2.2.1. Umsetzung in Verwaltungsvorschriften

Anfänglich integrierte der deutsche Gesetzgeber die EG-Liefer- und Baukoordinierungsrichtlinien in die A-Teile (Basisparagrafen) der bereits existierenden VOL und VOB in Form von zusätzlichen „a-Paragrafen“, die - wie schon die Basisparagrafen - als reine Verwaltungsvorschriften und somit als Dienstanweisungen für die öffentlichen Auftraggeber gedacht waren. Nachdem jedoch der EuGH mit Urteil vom 11.08.1995 die Umsetzung der EG-Vergaberichtlinien in reine Verwaltungsvorschriften für unzureichend erklärt hatte, war der deutsche Gesetzgeber gehalten, eine Regelung im Range von Rechtsnormen zu schaffen.⁴⁹¹

2.2.2. Umsetzung als haushaltsrechtliche Lösung

Als Reaktion auf diese EuGH-Rechtsprechung hatte sich der deutsche Gesetzgeber für eine gesetzliche Integration der EG-Richtlinien in das staatliche Haushaltsrecht entschieden. So dann hat das novellierte HGrG⁴⁹² in § 57a Nr. 1 bis 8 HGrG die öffentlichen Auftraggeber benannt und in die später erlassene VgV⁴⁹³ den materiellen Inhalt der einzelnen EG-Bestimmungen integriert. In der VgV wurde geregelt, welche Verdingungsordnung bzw. welche Teile daraus die in § 57a HGrG genannten Auftraggeber anzuwenden hatten. Auf diese Weise wollte der deutsche Gesetzgeber den Forderungen der EG nach Rechtsklarheit und Rechtssicherheit nachkommen.

⁴⁸⁹ Laut EuGH ist das der Fall, wenn die Richtlinie hinreichend bestimmt ist und wenn das Mitglied seiner europäischen Pflicht aus Art. 189 Abs. 3 EG nicht rechtzeitig nachkommt (so Marx/Prieß, in: Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, a.a.O., Ziff. 2.2.3.2.1, S. 26 unter Bezugnahme auf EuGH, Urteil vom 12.7.1990, Rs. C-188/89, (Foster/British Gas), NJW 1991, 3086 f.

⁴⁹⁰ Das war z.B. bei der Richtlinie 2004/18/EG (Vergabekoordinierungsrichtlinie) der Fall, die von Deutschland nicht bis zum 31.01.2006 in das deutsche Recht umgesetzt worden war. Sie hat gegenüber den staatlichen und kommunalen Rechtspersonen unmittelbare Wirkung entfaltet, so dass diese öffentlichen Auftraggeber seit dem 01.02.2006 ein EG-richtlinienkonformes Vergabeverfahren durchzuführen hatten (siehe auch BMWi vom 26.02.2006 – IB -3 – 265000/20).

⁴⁹¹ EuGH, Urteil vom 11.08.1995, Rs. C-433/93, (Kommission ./ Deutschland), NVwZ 1996, 367 f.

⁴⁹² durch das zweite Änderungsgesetz vom 26.11.1993 (BGBl. I S. 1928)

⁴⁹³ Verordnung über die Vergabebestimmungen für öffentliche Aufträge (Vergabeverordnung) vom 22.02.1994 (BGBl. I S. 321)

2.2.3. Umsetzung als kartellrechtliche Lösung

Jedoch stand auch die haushaltsrechtliche Lösung von Anfang an unter starker Kritik der EU/EG.⁴⁹⁴ Als die Europäische Kommission die Umsetzung der EG-Rechtsmittelrichtlinie⁴⁹⁵ als ungenügend ansah, musste der deutsche Gesetzgeber reagieren. Sie hat sich für die so genannte kartellrechtliche Lösung entschieden, um die wettbewerbliche Bedeutung des Vergaberechts zu betonen. In der Folge hat das Vergaberechtsänderungsgesetz (VgRÄG)⁴⁹⁶ die „Vergabe öffentlicher Aufträge“ als Vierten Teil des GWB kodifiziert, der mit der Neubekanntmachung des GWB zum 01.01.1999 in Kraft getreten ist.⁴⁹⁷ Gleichzeitig wurden die §§ 57a bis 57c HGrG aufgehoben.

Von zentraler Bedeutung im Rahmen dieser Kodifizierung ist § 100 GWB, der den Anwendungsbereich des Vierten Teils des GWB auf diejenigen öffentlichen Aufträge beschränkt, die ein von der EG vorgegebenes Auftragsvolumen erreichen oder übersteigen. Deshalb kann § 97 Abs. 7 GWB, der den Anspruch postuliert, „dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält“, das Nachprüfungsverfahren der §§ 102 ff. GWB erst mit Erreichen bzw. Überschreiten dieser so genannten Schwellenwerte gewährleisten.⁴⁹⁸ Allerdings ist ein wesentlicher Fortschritt der Kodifizierung im GWB darin zu sehen, dass in § 98 GWB der Begriff des öffentlichen Auftraggebers definiert ist.

II. Die Prinzipien des Vergaberechts

§ 97 GWB fasst die wesentlichen Prinzipien des geltenden Vergaberechts zusammen,⁴⁹⁹ die bei jeder öffentlichen Vergabe zu beachten sind.⁵⁰⁰ Diese kommen auch bei der Umsetzung des eGovernment über PPP-(Gesellschafts-) Modelle zur Anwendung, wenn und soweit ein derartiges Vorhaben als Beschaffungsvorgang anzusehen ist.

Es handelt sich hier im Wesentlichen um die eng miteinander verknüpften Grundsätze der Wettbewerbsfreiheit, der Transparenz und der Gleichbehandlung.⁵⁰¹ Sie sollen den Wettbewerb vor Einschränkungen oder Behinderungen in der Weise schützen, dass die öffentliche

⁴⁹⁴ Das Mahnschreiben der Kommission vom 31.10.1995 ist abgedruckt in: ZIP 1995, 1940 ff.

⁴⁹⁵ Richtlinie 89/665/EWG des Rats vom 21.12.1989, ABl. L 395 v. 30. 12. 1989, S. 33.

⁴⁹⁶ Vom 26.08.1998 (BGBl. I S. 2512)

⁴⁹⁷ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26.08.1998 (BGBl. I S. 2546); jetzt i.d.F. der Bek. vom 15.07.2005 (BGBl. I S. 2114), zuletzt geändert durch Gesetz vom 01.09.2005 (BGBl. I S. 2676)

⁴⁹⁸ Diese Einschränkung ist zwar laut BVerfG-Beschluss vom 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03 – (in: NJW 2006, 3701) verfassungskonform, erscheint aber der Europäischen Kommission als ungenügend.

⁴⁹⁹ Vgl. Koenig/Kühling, in: NVwZ 2003, 779, (780). Diese allgemeinen Vergabegrundsätze sind in den EG-Vergaberichtlinien nur zum Teil festgeschrieben. Deutlicher kommen sie im nationalen (deutschen) Vergaberecht zum Ausdruck, das in § 97 Abs. 1 und 2 GWB die sog. Prinzipientrias mit Gesetzesrang normiert. Dieser Katalog ist vom EuGH im sog. Teleaustria-Urteil mit dem Grundtenor umrissen worden, dass diese Prinzipien auch außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereichs des EG-Vergaberechts bei öffentlichen Aufträgen greifen.

⁵⁰⁰ Auch dann, wenn dem PPP-Gesellschaftsmodell eine grundsätzlich vergaberechtsfreie Dienstleistungskonzession übertragen werden soll (vgl. Kapitel 9, III.).

⁵⁰¹ Vgl. Vetter, Das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge 1999 und 2000, in: NVwZ 2001, 745, (750)

Verwaltung bei der Beschaffung von Gütern oder Dienstleistungen einzelne Bewerber weder bevorzugen noch benachteiligen darf.⁵⁰² Diese Prinzipien sind gleichermaßen auf der europäischen Gemeinschafts- wie auf der nationalen Ebene zu beachten.⁵⁰³ Sie werden über die Vergabungsordnungen konkretisiert⁵⁰⁴ und dürfen durch den einzelnen Beschaffungsvorgang nicht verletzt werden.⁵⁰⁵ Diese Prinzipien können als Rückgrat des öffentlichen Vergaberechts bezeichnet werden.

Über die in § 97 Abs. 1 GWB ausgesprochene Verpflichtung ist klargestellt, dass diese Vergabegrundsätze von allen Auftraggebern i.S.d. § 98 GWB zu beachten sind.⁵⁰⁶

1. Der Wettbewerbsgrundsatz in § 97 Abs. 1, 1. Hs. GWB

Ziel des gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbs ist die Öffnung der nationalen staatlichen Beschaffungsmärkte für alle Anbieter aus den Mitgliedstaaten.⁵⁰⁷ Im Einklang mit den Europäischen Vergaberichtlinien ist deshalb in § 97 Abs. 1, 1. Hs. GWB der freie Wettbewerb als materielles Gesetzesrecht normiert worden, auf das sich im Vergabeverfahren alle Bieter berufen können.⁵⁰⁸ Dieses Prinzip beinhaltet den Grundgedanken, dass die Dynamik des freien Marktes die öffentliche Hand zu ökonomischer Haushaltsführung zwingt. Der Bieterwettbewerb soll dafür sorgen, dass die öffentlichen Verwaltungsträger die gewünschten Waren, Bau- und Dienstleistungen zu den günstigsten Konditionen (Qualität/Preis) erhalten.⁵⁰⁹ Eine Einschränkung dieses Wettbewerbsprinzips ist nur im Rahmen eines Gesetzes möglich.⁵¹⁰

Das Wettbewerbsprinzip findet sich im Europäischen Gemeinschaftsrecht in den Grundsätzen der Art. 1 ff. des EG-Vertrags (z.B. Art. 3 Abs. 1 lit. g, Art. 4 EG), die das Entstehen eines Wettbewerbs vor der Auftragsvergabe als Ziel festlegen.⁵¹¹

Aus dem Wettbewerbsprinzip leitet sich der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit ab. Gem. § 97 Abs. 5 GWB soll das wirtschaftlichste Angebot den Zuschlag erhalten, damit sich die öffentlichen Verwaltungsträger die benötigten Güter und Dienstleistungen zu den günstigsten Kondi-

⁵⁰² Vgl. Niebuhr, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, 4. Teil des GWB, Vergabeverfahren, Nachprüfungsverfahren und Schadensersatz, § 97, Rn. 8

⁵⁰³ Das Vergaberecht beinhaltet noch weitere Grundsätze (vgl. Leitfaden zur Vergabe öffentlicher Aufträge nach dem GWB des bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft und Recht, S. 2; unter: www.stmwvt.bayern.de/Publikationen; zuletzt abgerufen am 25.05.2007).

⁵⁰⁴ Vgl. Stickler, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht - Kommentar; § 97, Rn. 1a

⁵⁰⁵ Vgl. Koenig/Kühling, Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Wettbewerbsoffenheit des Ausschreibungsverfahrens – Konvergenz von EG-Beihilferecht und Vergaberecht, in: NVwZ 2003, 779

⁵⁰⁶ Vgl. Niebuhr, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 97, Rn. 1 u. 6

⁵⁰⁷ Vgl. Koenig/Haratsch, in: NJW 2003, 2637, (2638)

⁵⁰⁸ Vgl. Niebuhr, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 97, Rn. 2

⁵⁰⁹ Vgl. den Definitionsansatz nach Fikentscher, Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung des § 1 GWB, in: WuW 1961, 788, (798)

⁵¹⁰ Vgl. Niebuhr, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 97, Rn. 4

⁵¹¹ Vgl. Koenig/Kühling, in: NVwZ 2003, 779, (785)

tionen beschaffen können.⁵¹² Keinesfalls dürfen Preisabsprachen unter den Bietern den freien Wettbewerb einschränken.

2. Der Transparenzgrundsatz

Der EuGH hat in den Urteilen „Unitron Scandinavia“⁵¹³, „3-S“⁵¹⁴ sowie „Teleaustria“⁵¹⁵ die Transparenzpflicht in allen Phasen des Vergabeverfahrens aus dem Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG abgeleitet.⁵¹⁶ Diese Pflicht steht in enger Beziehung zum Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatz und verfolgt das Ziel, die Nachprüfbarkeit der Auftragsvergaben durch umfassende Bieterinformation zu gewährleisten.⁵¹⁷ Deshalb ist aus § 97 Abs. 1, 2. Hs. GWB die Pflicht des öffentlichen Auftraggebers abzuleiten, im Vergabeverfahren allen potenziellen Bietern den freien Zugang zu den relevanten Informationen über den Beschaffungsvorgang in allen Verfahrensstadien hinsichtlich des Verfahrensablaufes, der Fristen sowie der Auswahl- und Zuschlagskriterien zu gewährleisten.⁵¹⁸

3. Der Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 Abs. 2 GWB

Hatte der EuGH lange Zeit auf die primärrechtlichen Grundfreiheiten der Art. 28, 43 und 49 EG abgestellt, spricht er im „Teleaustria - Urteil“ unmittelbar vom Verbot der Diskriminierung, um alle nationalen Vergaberechts-handlungen zu unterbinden, die ausländische Unternehmen benachteiligen.⁵¹⁹ Der Gleichbehandlungsgrundsatz als zentrales Steuerungsinstrument des Vergaberechts fordert daher in allen Phasen eines Beschaffungsvorganges die Gleichbehandlung von Inländern und Ausländern.⁵²⁰ Insbesondere die klassischen Diskriminierungstatbestände wie die verdeckt bewerberbezogenen Ausschreibungen und die so genannten Insiderfälle sollen durch das Vergabeverfahren verhindert werden.⁵²¹

III. Die aktuellen Entwicklungen im öffentlichen Vergaberecht

Die Europäische Union will für ihre Mitgliedsländer einen einheitlichen, offenen und dem Gleichheitsgedanken verpflichteten Wirtschafts- und Rechtsraum schaffen. Deshalb hat das nationale (deutsche) öffentliche Vergaberecht im Laufe der Zeit wesentliche Veränderungen

⁵¹² Vgl. Koenig/Haratsch, in: NJW 2003, 2637, (2638)

⁵¹³ EuGH, Urteil vom 18.11.1999, Rs. C-275/98, (Unitron Scandinavia und 3-S), NVwZ 2000, 181

⁵¹⁴ EuGH, Urteil vom 18.11.1999, Rs. C-275/98, (Unitron Scandinavia und 3-S), NVwZ 2000, 181

⁵¹⁵ EuGH, Urteil vom 7.12.2000, Rs. C-324/98, (Teleaustria Verlags GmbH u.a.), NZBau 2001, 148, Rn. 61 f.

⁵¹⁶ Vgl. Koenig/Kühling, in: NVwZ 2003, 779, (783); Koenig/Haratsch, in: NJW 2003, 2637, (2638); bestätigt durch EuGH, Urteil vom 13.10.2005, Rs. C-458/03, (Parking Brixen), NZBau 2005, 644 ff.

⁵¹⁷ Vgl. Boesen, Das neue Vergaberecht, § 97, Rn. 20 f.

⁵¹⁸ Vgl. Koenig/Kühling, in: NVwZ 2003, 779, (783)

⁵¹⁹ EuGH, Urteil vom 7.12.2000, Rs. C-324/98, (Teleaustria Verlags GmbH u.a.), NZBau 2001, 148, Rn. 60

⁵²⁰ Vgl. Koenig/Kühling, in: NVwZ 2003, 779, (781); dort zur sog. Inländergleichbehandlung Fn. 12

⁵²¹ Vgl. auch Art. 3 der Richtlinie 2004/18/EG

erfahren. So ist - wie bereits ausgeführt - die Vergabe der öffentlichen Aufträge in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)⁵²² aufgenommen, die Vergabeverordnung (VgV) erlassen⁵²³ und die Verdingungsordnungen sind mehrfach novelliert worden.⁵²⁴

Diese Entwicklung ist längst noch nicht abgeschlossen. Am 30.04.2004 haben die Europäische Kommission, das Europäische Parlament und der EU-Rat nach vierjähriger gesetzgeberischer Arbeit das so genannte EU-Legislativpaket beschlossen und dabei zwei neue EG-Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft in Kraft gesetzt.⁵²⁵ Es handelt sich hier zum einen um die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG, die einen neuen europäischen Rechtsrahmen für die Vergabe öffentlicher Aufträge vorgibt,⁵²⁶ der im Wesentlichen die bestehenden Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge zu einer Richtlinie zusammenfasst⁵²⁷ mit dem Ziel der Vereinheitlichung, Flexibilisierung und Vereinfachung der Vergabe öffentlicher Aufträge innerhalb des Gemeinschaftsgebiets.⁵²⁸ Zum anderen geht es um die Sektorenrichtlinie 2004/17/EG⁵²⁹, betreffend die Sektorenauftraggeber ohne den Telekommunikationssektor.⁵³⁰ Zeitgleich wurde mit der Veröffentlichung dieser neuen Vergabekoordinierungsrichtlinien ein Grünbuch über öffentlich-private Partnerschaften (ÖPP)⁵³¹ vorgelegt.⁵³² Dabei haben die Mitgliedstaaten in einer Konsultationsphase bis zum 31.07.2004 die Gelegenheit erhalten, ihre Erfahrungen und Erkenntnisse über private Partnerschaften und ihre Einbettung in das jeweilige nationale Vergabe- und Vertragsrecht vorzutragen. Diese Erfahrungsberichte sind jedoch noch nicht zur Gänze ausgewertet, so dass (zu gegebener Zeit) mit weiteren legislativen Maß-

⁵²² BGBl. I 1998 S. 2512, zum 1.1.1999 in Kraft getreten

⁵²³ Im Jahre 2001 und zum 15.2.2003 neu gefasst.

⁵²⁴ Z.B. im Jahre 2003; vgl. auch Müller/Ernst, Elektronische Vergabe ante portas – Übersicht über aktuelle und zukünftige Rechtsfragen, in: NJW 2004, 1768

⁵²⁵ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge vom 30.4.2004, ABIEG Nr. L 134, 114 (Vergabekoordinierungsrichtlinie/VKR) und Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABIEG Nr. L 134 vom 30.4.2004, 1 (Sektorenkoordinierungsrichtlinie: SKR). Ziel der neuen Vergaberichtlinien ist auch die Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel bei den Vergabeverfahren. Diese Grundsätze sind bereits in den Abschnitt 1 (§§ 16 und 21) der VOL/A 2006 für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte aufgenommen worden.

⁵²⁶ Vgl. Rechten, Die Novelle des EU-Vergaberechts, in: NZBau 2004, 366 f.; Steinberg, Die Flexibilisierung des neuen europäischen Vergaberechts, in: NZBau 2005, 85 f.; Knauff, Die Reform des europäischen Vergaberechts, in: EuZW 2004, 141 f.; Mader, Das neue EG-Vergaberecht, in: EuZW 2004, 425 f.

⁵²⁷ Vgl. Meißner, Der wettbewerbliche Dialog, Speyerer ÖPP-Tage 2006

⁵²⁸ Vgl. Steinberg, Die Entwicklung des Europäischen Vergaberechts seit 2004 – Teil 2, in: NZBau 2007, 150, (151); Knauff, in: EuZW 2004, 141. Für die Themenstellung dieser Arbeit sind insbesondere von Bedeutung die Einführung eines neuen Vergabeverfahrens für besonders komplexe Aufträge („wettbewerblicher Dialog“) und die Regelung von „Rahmenvereinbarungen“ für wiederkehrende Beschaffungen während eines bestimmten Zeitraums.

⁵²⁹ Sektorenrichtlinie 2004/17/EG vom 31.03.2004 ABl. EU Nr. 1 257. S. 127

⁵³⁰ Die bestehenden EG-Rechtsmittelrichtlinien wurden durch das Legislativpaket grundsätzlich nicht geändert.

⁵³¹ ÖPP steht synonym für PPP

⁵³² Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endgültig vom 30.4.2004

nahmen der EG - speziell auch für den Bereich der Public Private Partnership (PPP) - zu rechnen ist.⁵³³

Die neuen EG-Richtlinien sind Ausdruck der fortschreitenden Europäisierung des nationalen Vergaberechts.⁵³⁴ Mit deren Umsetzung war allerdings der deutsche Gesetzgeber in Verzug geraten, weil die damalige Bundesregierung wegen der Bundestags-Neuwahl 2005 die Anpassung des deutschen Rechts nicht mehr realisieren konnte und den Gesetzesentwurf mit Stand vom 18. und 29. März 2005 nicht weiter verfolgt hat. Deshalb ist trotz des Umsetzungsgebotes zum 31.01.2006 das deutsche Vergaberecht nicht rechtzeitig der Richtlinie 2004/18/EG angepasst worden.⁵³⁵

Zwischenzeitlich hat sich die politische Richtung der (jetzigen) Bundesregierung zur Weiterentwicklung des öffentlichen Vergaberechts herauskristallisiert.

In einem ersten Schritt hatte das Bundeswirtschaftsministerium durch zwei Rundschreiben vom 26.01.2006⁵³⁶ und 30.01.2006⁵³⁷ auf die zwingenden Vorgaben der beiden neuen EG-Richtlinien hingewiesen. Sie sollten den öffentlichen Vergabestellen ab dem 01.02.2006 die Anwendung der neuen europäischen Vergaberegeln bei Aufträgen oberhalb der EG-Schwellenwerte erleichtern.

In einem zweiten Schritt sind sowohl die Verdingungsordnungen (VOL 2006, VOF 2006 und VOB 2006) als auch die Vergabeverordnung an die Vorgaben des EG-Rechts angepasst worden. So ist bspw. am 30.05.2006 die VOL/Ausgabe 2006 vom 06.04.2006 im Bundesanzeiger Nr. 100a bekannt gemacht worden. Damit sind die Richtlinien 2004/17/18 EG in deutsches Recht umgesetzt.

In einem dritten Schritt soll künftig die Vereinfachung bzw. Modernisierung des deutschen Vergaberechts erfolgen, und zwar im bestehenden dreistufigen (Kaskaden-) System. Mit Beschluss der Bundesregierung vom 28.06.2006 ist deshalb das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie beauftragt worden, einen Gesetzesentwurf zur Vereinfachung und Modernisierung des deutschen Vergaberechts im bestehenden Rechtssystem (GWB, VgV, VOL, VOB, VOF) vorzulegen. Dabei ist die Erwartung verbunden, dass die Verdingungs-/Vergabeordnungen substantiell vereinfacht werden.

Den gegenwärtigen Stand der Umsetzung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG verkörpert der Einführungserlass zur Dritten Änderungsverordnung der Vergabeverordnung (VgV) und der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), der Verdingungs-

⁵³³ Vgl. Rechten, in NZBau 2004, 366, (375)

⁵³⁴ Vgl. Müller/Ernst, in: NJW 2004, 1768. Dazu sind insbesondere zahlreiche Änderungen für die elektronische Vergabe öffentlicher Aufträge geschaffen worden.

⁵³⁵ Vgl. Meißner, Speyerer ÖPP-Tage 2006. Das hatte zur Folge, dass im bestehenden nationalen Vergaberecht die EG-Richtlinien unmittelbare Anwendung fanden.

⁵³⁶ Rundschreiben des BMWi vom 26.1.2006 – IB/ B 3-26 50 00/20 zur Anwendung der Richtlinie 2004/18/EG

⁵³⁷ Rundschreiben des BMWi vom 31.1.2006 – IB/ B 3-26 50 00/20 zur Anwendung der Richtlinie 2004/17/EG

ordnung für Leistungen (VOL) und der Verdingungsordnung für Freiberufliche Leistungen (VOF) vom 30.10.2006 - B15 - O 1095- 524.⁵³⁸

Weil (möglicherweise noch) im Jahre 2007 das öffentliche Vergaberecht in diesem Sinne vereinfacht werden soll, stellen die genannten Neuregelungen nur eine Zwischentappe auf dem Weg zu einer umfassenden nationalen Vergaberechtsreform dar.⁵³⁹

Kapitel 7: Die Anwendung des Vergaberechts bei der Umsetzung eines eGovernment-Projekts über ein Public Private Partnership-(Gesellschafts-) Modell⁵⁴⁰

Public Private Partnership ist als neues, zukunftsorientiertes Instrumentarium der öffentlichen Verwaltung bei der Finanzierung und Erfüllung öffentlicher Aufgabenstellungen zu verstehen. Sollte sich die PPP als eine Beschaffungsvariante des öffentlichen Vergabewesens erweisen, muss sie sich - über ihren gesamten Lebenszyklus - mit den allgemeinen Beschaffungsvorgängen vergleichen lassen.⁵⁴¹ Will deshalb eine kommunale Rechtsperson ein eGovernment-Projekt als öffentliche Aufgabe über ein PPP-(Gesellschafts-) Modell umsetzen, hat sie auch zu prüfen, ob und zu welchem Zeitpunkt das geltende öffentliche Vergaberecht zur Anwendung kommt.⁵⁴²

I. Die allgemeinen tatbestandlichen Voraussetzungen des öffentlichen Vergaberechts

Auch wenn § 100 GWB pauschal mit „Anwendungsbereich“ überschrieben ist, stellt sich das öffentliche Vergaberecht in Deutschland wegen seiner zweigliedrigen Struktur⁵⁴³ höchst differenziert dar.⁵⁴⁴ Es kommt nämlich im Sinne des EG-Vergaberechts nur dann zur Anwendung, wenn (kumulativ) ein öffentlicher Auftraggeber gem. § 98 GWB einen Beschaffungsvorgang

⁵³⁸ Vgl. www.bmwbw.de. Z.B. enthält nunmehr die Vergabeverordnung neue bzw. geänderte Vorschriften zur Schätzung des Auftragswertes. Es ist auch zulässig, dass sich der Auftragnehmer bei der Leistungserfüllung anderer Unternehmer bedient.

⁵³⁹ Vgl. auch: „Rahmenbedingungen für Öffentlich-Private-Partnerschaften“, Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage – Drucksache 16/4890, in: BayVBl. 16/2007, V-VII

⁵⁴⁰ Im Lichte der am 01.02.2006 in Kraft getretenen EG-Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG

⁵⁴¹ Auf dieser ganzheitlichen Prozessanalyse beruht im Wesentlichen die Vorteilhaftigkeit der PPP gegenüber der Eigenregie bzw. dem Eigenbetrieb des öffentlichen Verwaltungsträgers.

⁵⁴² Vgl. u.a. Schröder, Vergaberechtliche Probleme bei der Public-Private-Partnership in Form der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung, in: NJW 2002, 1831 f.; Dreher, a.a.O., in: NZBau 2002, 245, (247 ff.). Die „kommunale Leistungsverwaltung“ wandelt sich in eine Gewährleistungsverwaltung um, wo sich die kommunalen Rechtspersonen hinsichtlich des Vergaberechts zunehmend in der Rolle einer „Ausschreibungsverwaltung“ wieder finden (vgl. Hattig/Ruhland, Kooperationen der Kommunen mit öffentlichen und privaten Partnern und ihr Verhältnis zum Vergaberecht, in: VergabeR 2005, 425; Burgi, in: DVBl. 2003, 949 ff.).

⁵⁴³ Das BVerfG hat die Zweiteilung des Vergaberechts mit Beschluss vom 13.06.2006 - 1 BvR 1160/03 - NJW 2006, 3701 und damit die Beschränkung des Primärrechtsschutzes im Vergaberecht oberhalb der genannten Schwellenwerte für verfassungsmäßig erklärt (vgl. Sauer/Hollands, Mangelnder Rechtsschutz im Unterschwellenbereich – Verfassungsrechtliche Zweifel und politischer Handlungsbedarf, in: NZBau 2006, 763; Niestedt/Hölzl, Zurück aus der Zukunft? Verfassungsmäßigkeit der Primärrechtsbeschränkung im Vergaberecht oberhalb bestimmter Schwellenwerte, in: NJW 2006, 3680, (3681)).

⁵⁴⁴ Vgl. Noelle/Rogmans, Öffentliches Auftragswesen – Leitfaden für die Vergabe und Abwicklung von öffentlichen Aufträgen, Ziff. 21, S. 30

tätigt, ein öffentlicher Auftrag i.S.d. § 99 GWB vorliegt, die gültigen EG-Schwellenwerte gem. § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 VgV erreicht bzw. überschritten sind und wenn kein Ausnahmetatbestand des § 100 Abs. 2 GWB oder nach sonstigen Rechtsbestimmungen vorliegt. Unterhalb dieser Schwellenwerte ist ein öffentlicher Verwaltungsträger prinzipiell nur nach Maßgabe des für ihn geltenden Haushaltsrechts oder der innerdienstlichen Anweisungen (so genanntes Innenrecht) zur Anwendung des nationalen Vergaberechts verpflichtet.⁵⁴⁵ Deshalb hat die Kommunalverwaltung jede Beschaffungsmaßnahme (bzw. jede öffentliche Auftragsvergabe) dahingehend zu überprüfen, ob die §§ 97 ff. GWB, die auf der Grundlage der geltenden EG-Richtlinien normiert sind, verpflichtend zur Anwendung kommen oder ob es nur bei den nationalen Vergaberegeln bleibt.

In der Praxis sind - unabhängig vom tatbestandlichen Vorliegen eines öffentlichen Auftrags bzw. öffentlichen Auftraggebers - die in § 100 Abs. 1 GWB, § 97 Abs. 6 GWB i.V.m. und § 2 VgV festgelegten Schwellenwerte zu beachten, weil diese nicht zur Disposition des öffentlichen Auftraggebers stehen. Sie haben sich als Wegweiser in der zweigliedrigen Struktur des deutschen Vergaberechts manifestiert, denn nur sobald die §§ 97 ff. GWB gelten, muss zwingend ein europaweites Vergabeverfahren gem. §§ 127, 97 Abs. 6 GWB i.V.m. § 4 Abs. 1 VgV durchgeführt werden.⁵⁴⁶

1. Oberhalb der Schwellenwerte des § 100 GWB i.V.m. § 2 VgV

Der Anwendungsbereich der § 97 ff. GWB ist auf öffentliche Aufträge beschränkt, deren Werte die von der EG festgesetzten Schwellenwerte erreichen oder überschreiten (§ 100 GWB i.V.m. §§ 2, 3 VgV).⁵⁴⁷ In diesen Fällen hat der öffentliche Auftraggeber europaweit aususchreiben.⁵⁴⁸

Die wesentlichen derzeit gültigen Schwellenwerte sind:⁵⁴⁹

für Bauaufträge 5.278.000 € (§ 2 Nr. 4 VgV), für Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Sektorenbereich 422.000 € (§ 2 Nr. 1 VgV) und für freiberufliche Dienstleistungen allgemein 211.000 € (§ 2 Nr. 3 VgV). Bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen der

⁵⁴⁵ Vgl. Wagner/Steinkemper, Zum Zusammenspiel von Kartellvergaberecht und Haushaltsvergaberecht - Insbesondere: Die subsidiäre Anwendbarkeit des Haushalts-Vergaberechts auf Vorgaben oberhalb der Schwellenwerte, in: NZBau 2006, 550/551

⁵⁴⁶ Vgl. Koenig/Haratsch, in: NJW 2003, 2637, (2638). In diesem Fall kommt der Primärrechtsschutz der §§ 102 ff. GWB zur Anwendung. Dagegen kennt das nationale Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte prinzipiell nur einen Sekundärrechtsschutz (Schadensersatz). In letzter Zeit ist jedoch streitig geworden, ob und inwieweit die Vergabe von öffentlichen Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte überprüft werden kann. Das OVG Rheinland-Pfalz hat dies mit Beschluss vom 25.05.2005 - 7 B 10356/05 - bejaht. Mit Beschluss vom 02.05.2007 - BVerwG 6 B 10.07 - hat das BVerwG entschieden, dass für die gerichtliche Kontrolle „unterschwelliger“ Aufträge die ordentlichen Gerichte zuständig sind (Pressemitteilung Nr. 33/2007 BVerwG B 10.07 vom 21.05.2007).

⁵⁴⁷ Vgl. Häfner, in: Ax/Schneider/Bischoff, Vergaberecht 2006 – Kommentar zu den Regierungsentwürfen vom 18. und 29. März 2005, § 100, Rn. 2

⁵⁴⁸ Vgl. Hausmann/Mutschler-Siebert, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 6, S. 243

⁵⁴⁹ Vor dem Hintergrund des Beschaffungsübereinkommens der Welthandelsorganisation (WTO)

obersten und oberen Baubehörden gilt dagegen ein Schwellenwert von 137.000 € (§ 2 Nr. 2 VgV).⁵⁵⁰

Hintergrund der Beschränkung auf diese Schwellenwerte ist, dass die Mitgliedsländer der EU mehrheitlich wegen der ansonsten befürchteten großen Anzahl von Nachprüfungsverfahren die Vergaben unterhalb der genannten Schwellenwerte vom EG-Recht nicht erfasst haben wollten.⁵⁵¹

An dieser Grenzziehung wird häufig Kritik geübt.⁵⁵² Weil nach geltendem Recht nur Vergaben, die die Schwellenwerte erreichen oder übersteigen, nach § 100 Abs. 1 GWB im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens gem. § 107 ff. GWB überprüft werden können,⁵⁵³ fordert eine Interessengruppe die Senkung bzw. die Abschaffung der Schwellenwerte, um die Ausdehnung des Nachprüfungsverfahrens auf die gerade für die mittelständische Wirtschaft bedeutsamen Aufträge unterhalb der Schwellenwerte zu erreichen.⁵⁵⁴ Dies würde einerseits mehr Transparenz bei den lokal verankerten Ausschreibungsvorhaben (unterhalb der Schwellenwerte) bedeuten, andererseits aber auch zu einem erhöhtem Verwaltungsaufwand führen, der den aktuellen politischen Deregulierungsbemühungen zuwider liefe.⁵⁵⁵

Die Gegenposition zielt auf eine Erhöhung der Schwellenwerte ab, weil sich die Zahl der tatsächlich europaweit, also grenzüberschreitend vergebenen Aufträge durchschnittlich bei 2 % bewege und deshalb der bisherige Vergabeaufwand höchst unwirtschaftlich sei.⁵⁵⁶

Dieser Streit wird nun etwas entschärft, dass fortan die Schwellenwertfestsetzung in einem so genannten Komitologieverfahren durchgeführt wird.⁵⁵⁷ Dabei setzt ein beratender Ausschuss alle zwei Jahre die Schwellenwerte neu fest, so dass es - anders als bisher - keine starren Schwellenwerte mehr gibt, weil diese jetzt den aktuellen Erfordernissen angepasst werden können.⁵⁵⁸

2. Unterhalb der Schwellenwerte des § 100 GWB i.V.m. § 2 VgV

Die öffentlichen Verwaltungsträger müssen sich als klassische öffentliche Auftraggeber (i.S.d. § 98 Nr. 1 GWB) nach den jeweils geltenden Vorschriften des Haushaltsrechts prinzipiell auch unterhalb der Schwellenwerte an die nationalen Vergaberegeln, insbesondere an die Basisvor-

⁵⁵⁰ Einführungserlass zur Dritten Änderungsverordnung der Vergabeverordnung (VgV) vom 30.10.1006 – B 15 – O 1095-524

⁵⁵¹ Vgl. Amtliche Begründung, Bundestagsdrucksache, BT-DS 13/9340, S. 15

⁵⁵² Vgl. Noch, Vergaberecht kompakt – Verfahrensablauf und Entscheidungspraxis (2005), B I 5. f, S. 218

⁵⁵³ Vgl. Hausmann/Mutschler-Siebert, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 6, S. 243; dazu auch Beschluss des BVerfG vom 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03 - NJW 2006, 3701

⁵⁵⁴ Vgl. Byok, Das neue Vergaberecht, in: NJW 1998, 2774 ff.

⁵⁵⁵ Vgl. Noch, Vergaberecht kompakt – Verfahrensablauf und Entscheidungspraxis, (2002), A I 3., S. 25

⁵⁵⁶ Vgl. Noch, a.a.O., (2002), A I 3., S. 25

⁵⁵⁷ Art. 78 i.V.m. Art 77 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG; sog. Floatingverfahren.

⁵⁵⁸ Vgl. Steinberg, in: NZBau 2007, 150, (152)

schriften des Abschnitts 1 der VOL/A und VOB/A halten und auf nationaler Ebene öffentlich ausschreiben.⁵⁵⁹ Nur soweit die Vergabevorschriften, wie z.B. in Art. 31 Abs. 1 (Bay)KommHV, nicht zwingend für anwendbar erklärt werden,⁵⁶⁰ ist der öffentliche Verwaltungsträger, hier die bayerische Kommunalverwaltung als öffentlicher Auftraggeber, unterhalb der Schwellenwerte nicht zur Anwendung der nationalen Vergabebestimmungen (VOL) verpflichtet.⁵⁶¹ In diesen Fällen können bisher die öffentlichen Aufträge (prinzipiell) frei vergeben werden.

3. Schwellenwertermittlung bei IT-Vergaben nach §§ 2, 3 VgV

Die Schwellenwertermittlung darf nicht zu einer Umgehung des Vergaberechts durch eine absichtliche oder zeitliche Aufteilung der Aufträge führen (§ 3 Abs. 2 VgV). Bei der Umsetzung von eGovernment ist daher der Marktpreis der Hard- und Software, der Wartung und (System-) Pflegeleistungen sowie aller zusätzlich vereinbarten Dienstleistungen einschließlich aller Lose und Optionsrechte (§ 3 Abs. 5 und 6 VgV) anzusetzen. Handelt es sich um Dauer-schuldverhältnisse, ist der Gesamtauftragswert für die Laufzeit der Schwellenwertermittlung zu Grunde zu legen.⁵⁶²

II. Die besonderen tatbestandlichen Voraussetzungen des öffentlichen Vergaberechts

Werden im Zusammenhang mit einem PPP-Gesellschaftsmodell die Schwellenwerte überschritten, muss die vergaberechtliche Prüfung gem. § 97 ff. GWB unter drei Fragestellungen stattfinden.⁵⁶³

- a) Ist bereits der Organisationsakt der Gründung einer PPP vergaberechtlich als öffentlicher Auftrag i.S.d. § 99 GWB zu bewerten (siehe Kapitel 7 II. 2) ?⁵⁶⁴
- b) Kommt das Vergaberecht dann zur Anwendung, wenn im Zusammenhang mit der Gründung der PPP eine Übertragung einer öffentlichen Aufgabenstellung an diese PPP vorgesehen ist (siehe Kapitel 7 II.3) ?
- c) Inwieweit besteht eine vergaberechtliche Ausschreibungspflichtigkeit bei den Nachfolgeschäften im Betrieb der PPP (siehe Kapitel 8) ?⁵⁶⁵

⁵⁵⁹ Vgl. Willenbruch, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 127, Rn. 944

⁵⁶⁰ Z.B. ist in der KommHV (Bayern) für die Kommunen die Anwendung der VOB verbindlich, nicht aber die Anwendung der VOL. Allerdings haben die Gemeinden i.d.R. durch innerdienstliche Weisung (Innenrecht) die Anwendung der VOL sichergestellt.

⁵⁶¹ Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 208

⁵⁶² Vgl. Renner, Vergabe von IT-Dienstleistungen – Vorbereitung und Durchführung von Vergabeverfahren, Vergabe – Intensivseminar am 27. Oktober 2006 in Frankfurt am Main

⁵⁶³ Vgl. Jaeger, Public Private Partnership und Vergaberecht, in: NZBau 2001, 6, (7)

⁵⁶⁴ Vgl. Jaeger, in: NZBau 2001, 6, (7); Lensdorf/Steger, in: CR 2005, 161, (162)

⁵⁶⁵ Vgl. Jaeger, in: NZBau 2001, 6, (7); Lensdorf/Steger, in: CR 2005, 161, (162)

1. Der öffentliche Auftrag

Die Kommune als öffentlicher Auftraggeber gem. § 98 Nr. 1 GWB⁵⁶⁶ hat zunächst zu prüfen, ob bereits die Gründung eines PPP-Gesellschaftsmodells als öffentlicher Auftrag i.S.d. § 99 GWB zu bewerten ist.⁵⁶⁷

Unter öffentlichen Aufträgen i.S.d. § 99 Abs. 1 GWB versteht man entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Dritten zum Zwecke der Beschaffung von Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen.⁵⁶⁸

1.1. Vertrag zwischen öffentlichen Auftraggebern und privaten Dritten

Der öffentliche Auftrag gem. § 99 GWB setzt einen Beschaffungsvorgang voraus, der auf vertraglicher Grundlage zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem privaten Dritten abgewickelt wird. Hoheitliche Maßnahmen einer öffentlichen Rechtsperson oder öffentliche Leistungen, die kraft Gesetzes erfolgen bzw. unmittelbar aus öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen erwachsen oder die im Zuge behördeninterner Aufgabenerledigung geschehen, sind von vornherein keine vertraglichen Beschaffungsvorgänge und unterliegen nicht dem öffentlichen Vergaberecht.⁵⁶⁹ Damit ist der Anwendungsbereich des § 99 GWB prinzipiell nur dann eröffnet, wenn der Partner des öffentlichen Auftraggebers mit seinem Leistungsangebot auf dem freien Markt am Wettbewerb teilnimmt.⁵⁷⁰

1.2. Der Entgeltlichkeitscharakter

Weitere Voraussetzung ist die Entgeltlichkeit des Beschaffungsvorgangs. Dieser Begriff ist weit auszulegen. Nach h.M. braucht die Gegenleistung nicht in Geld (im Sinne einer finanziellen Zuwendung) zu bestehen, sondern es genügt jede Art von Vergütung, die einen Geldwert darstellen kann.⁵⁷¹ Erfasst werden alle geldwerten Gegenleistungen, ohne dass die Verpflichtungen notwendigerweise wechselseitig voneinander abhängen.⁵⁷²

⁵⁶⁶ Nach dem funktionalen Verständnis des Vergaberechts gilt der Begriff des öffentlichen Auftraggebers gleichermaßen für öffentlich-rechtliche wie privatrechtliche Personen. Es wird hier also nicht formal auf die Rechtsform abgestellt, vielmehr wird der Auftraggeber gem. § 98 Nr. 1 GWB nach seiner Funktion klassifiziert, die er im Rahmen eines Beschaffungsvorganges ausübt. Vgl. auch Kapitel 8

⁵⁶⁷ Vgl. Lensdorf/Steger, in: CR 2005, 161, (162); Krutisch, Materielle Privatisierung, in: NZBau 2003, 650; Hattig/Ruhland, in: VergabeR 2005, 425

⁵⁶⁸ einschließlich Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen.

⁵⁶⁹ Vgl. Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, 4. Teil des GWB Vergabeverfahren, Nachprüfungsverfahren und Schadensersatz, § 99, Rn. 12

⁵⁷⁰ Vgl. Häfner, in: Ax/Schneider/Bischoff, a.a.O., § 99, Rn. 5

⁵⁷¹ Vgl. Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 99, Rn. 39 m.w.N.; so auch: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5.5.2004 – VII Verg.78-03

⁵⁷² BayOblG, Beschluss vom 27.2.2003 – Verg-01/03

1.3. Der Beschaffungscharakter

Voraussetzung ist, dass der öffentliche Auftraggeber nach Gütern und/oder Dienstleistungen nachfragt, wobei der abzuschließende Vertrag Beschaffungszwecken dienen muss.⁵⁷³ Dies bedeutet, dass die vertragstypischen Leistungen an den Auftraggeber zu erbringen sind. Somit liegt eine Beschaffung immer dann vor, wenn sich der öffentliche Auftraggeber mit dem Vertragsabschluss eine Leistung gegen Entgelt versprechen lässt.⁵⁷⁴

Hingegen bleiben Verträge, die nicht auf eine entgeltliche Beschaffung abzielen, vom öffentlichen Vergaberecht ausgenommen.⁵⁷⁵ So unterliegen bspw. die Veräußerung, Vermietung oder Verpachtung (Überlassung) von beweglichen und unbeweglichen Sachen der öffentlichen Hand im Rahmen ihrer Vermögensverwaltung nicht den vergaberechtlichen Bestimmungen.⁵⁷⁶ Nur ausnahmsweise kann dies der Fall sein, wenn diese Vorgänge im Rahmen eines Gesamtvorgangs erfolgen, der materiell einer Nachfrage bzw. Beschaffung von Gütern- oder Dienstleistungen gleichkommt.⁵⁷⁷ In diesen Fällen besteht die Verpflichtung zur Durchführung eines Vergabeverfahrens.

2. Der Gründungsvorgang

Nach dem überkommenen Organisationsverständnis erledigen Kommunen ihre IT-Aufgaben, worunter das eGovernment zählt, innerhalb ihrer allgemeinen Verwaltung als Regiebetrieb (IT-Abteilung) oder außerhalb der allgemeinen Verwaltung als Eigenbetrieb (Sondervermögen). Soll nun diese öffentliche Aufgabe über eine PPP realisiert werden, wird regelmäßig in einem ersten Rechtsschritt eine kommunale Eigengesellschaft in privater Rechtsform gegründet. Auf diese überträgt die kommunale Rechtsperson die Aufgabenstellung des eGovernment. In einem zweiten Schritt beteiligt sich dann ein privater Partner an dieser Gesellschaft.

2.1. Übertragung auf kommunale Eigen- oder Regiebetriebe

Ein öffentlicher Auftrag i.S.d. § 99 Abs. 1 GWB setzt einen entgeltlichen Vertrag voraus, bei dem sich zwei eigenständige Rechtssubjekte gegenüber stehen.

Dies ist nicht der Fall, wenn eine Kommune das eGovernment als Regie- oder Eigenbetrieb umsetzt.⁵⁷⁸ Hier findet das öffentliche Vergaberecht keine Anwendung.⁵⁷⁹

⁵⁷³ BayObIG, Beschluss vom 27.2.2003 – Verg-01/03; Stickler, in: Reidt/Stickler/Glahs, a.a.O., § 99, Rn. 4

⁵⁷⁴ Vgl. Eschenbruch, in: Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB - Vergaberecht, § 99, Rn. 268

⁵⁷⁵ Vgl. Eschenbruch, in: Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 99, Rn. 16

⁵⁷⁶ Vgl. Eschenbruch, in: Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 99, Rn. 268

⁵⁷⁷ Vgl. Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 99, Rn. 24

⁵⁷⁸ Vgl. dazu Art. 88 Abs. 1 und 6 BayGO bzw. Art. 21 BayGO

⁵⁷⁹ Dieselben Grundsätze müssen auch für die Gründung von Zweckverbänden oder Kommunalunternehmen gelten.

Beim Regiebetrieb wird die öffentliche Aufgabenstellung durch eine Abteilung innerhalb der allgemeinen Kommunalverwaltung erledigt.⁵⁸⁰ Die Kommune richtet hier lediglich eine (neue) Behörde ein, die die öffentliche Aufgabe durchführt. Es handelt sich dann um eine interne Verteilung von Dienstaufgaben innerhalb der öffentlichen Verwaltung, die von vornherein keinen ausschreibungspflichtigen Beschaffungsvorgang darstellt.⁵⁸¹

Kommunale Eigenbetriebe sind gem. Art. 86 Nr. 1, 88 Abs. 1 BayGO Sondervermögen von Kommunen und stellen im organisatorischen Sinn verselbständigte Einheiten kommunaler Rechtspersonen dar. Eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen diese Sondervermögen jedoch nicht.⁵⁸² Zwar findet bei der Gründung eines kommunalen Eigenbetriebs eine Organisationsänderung außerhalb der allgemeinen Kommunalverwaltung statt, jedoch bleibt der (neue) Eigenbetrieb kommunalrechtlich stets ein Teil der kommunalen Rechtsperson und ist kein Dritter im Sinne des Vergaberechts.⁵⁸³ Weil hier kein sich nach außen verlagernder Privatisierungs- oder Beschaffungsvorgang stattfindet, nehmen kommunale Eigenbetriebe nicht an einem Leistungsaustausch zwischen unabhängigen Rechtspersonen teil und es fehlt an der sogenannten Drittbetroffenheit. Im Hinblick auf die Personenidentität⁵⁸⁴ mit der Kommune hat die Realisierung eines eGovernment-Projekts über einen kommunalen Eigenbetrieb keine vergaberechtliche Relevanz.⁵⁸⁵

2.2. Gründung einer Eigengesellschaft des bürgerlichen Rechts

Ein öffentlicher Auftrag i.S.d. § 99 GWB könnte jedoch in Betracht kommen, wenn das eGovernment auf eine Eigengesellschaft des privaten Rechts außerhalb der allgemeinen Verwaltung übertragen werden soll, an der sich ein privater Dritter als Kooperationspartner beteiligt.⁵⁸⁶

⁵⁸⁰ Siehe Art. 88 Abs. 6 S. 1 BayGO, Art. 21 BayGO

⁵⁸¹ Vgl. Kleine/Flöther/Bräuer, Die Reorganisation der kommunalen Immobilienwirtschaft – Privatisierung aus vergaberechtlicher Sicht, in: NVwZ 2002, 1046, (1052)

⁵⁸² Vgl. Kleine/Flöther/Bräuer, in: NVwZ 2002, 1046, (1052)

⁵⁸³ Vgl. Tomerius, Kommunale Abfallwirtschaft und Vergaberecht, in: NVwZ 2000, 727, (732); Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 99, Rn. 54

⁵⁸⁴ Vgl. Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 99, Rn. 54

⁵⁸⁵ Vgl. Faber, Öffentliche Aufträge an kommunalbeherrschten Unternehmen – In-house Geschäfte oder Vergabe im Wettbewerb?, in: DVBl. 2001, 248, (250)

⁵⁸⁶ Unter einer kommunalen Eigengesellschaft versteht man i.d.R. die Privatrechtsformen der GmbH und der AG. Dagegen ist ein selbständiges Kommunalunternehmen eine Anstalt des öffentlichen Rechts (Art 89 BayGO). Eine unmittelbare Beteiligung privater Dritter an einem Kommunalunternehmen ist nicht möglich, weil dieses nur in der Trägerschaft von kommunalen Körperschaften wie einer Gemeinde (Art. 89 Abs. 1 S. 1 BayGO), eines Landkreises (Art. 77 Abs. 1 S. 1 BayLKrO), eines Bezirkes (Art. 75 Abs. 1 S. 1 BayBezO) oder im Rahmen der kommunalen Zusammenarbeit von einem Zweckverband bzw. einer Verwaltungsgemeinschaft (Art. 40 BayKommZG) oder als gemeinsames Kommunalunternehmen (Art. 49 BayKommZG) errichtet werden kann.

2.2.1. Die Gründung einer 100%igen Eigengesellschaft als öffentlicher Auftrag

Zunächst stellt sich die Frage, ob bereits die Gründung einer Gesellschaft des privaten Rechts, die sich zu 100 % in der Hand der kommunalen Rechtsperson befindet, dem öffentlichen Vergaberegime unterworfen sein könnte.

Die Selbstverwaltungsgarantie in Art. 28 Abs. 2 GG würde der Anwendung des Vergaberechts nicht entgegenstehen, weil diese der Gemeinde kein schrankenloses Recht gewährt, so dass eine Einschränkung der kommunalen Organisationsfreiheit durchaus möglich wäre.⁵⁸⁷ Jedoch ist es nicht die Intention des Vergaberechts, die Ausgliederung von öffentlichen Aufgaben in eine kommunale Eigengesellschaft zu erschweren, weil diese Thematik Gegenstand des kommunalen Unternehmensrecht gem. Art 86 ff BayGO ist. Sinn und Zweck des Vergaberechts liegen vielmehr in der Reglementierung der Auswahl eines Vertragspartners zur Herstellung der Wettbewerbsgerechtigkeit.⁵⁸⁸ Indes könnte der Gesichtspunkt, dass mit dem Gründungsvorgang der PPP dem privaten Dritten die Teilhabe an der öffentlichen Aufgabenerfüllung ermöglicht wird, für die Anwendung des Vergaberechts sprechen.⁵⁸⁹ Die Annahme eines öffentlichen Auftrags i.S.d. § 99 Abs. 1 GWB würde nämlich nicht an der Personenidentität scheitern, weil im Falle der Ausgründung der Eigengesellschaft zwei rechtlich selbständige und voneinander unabhängige Unternehmensträger entstehen.⁵⁹⁰

Gleichwohl kann der reine Gründungsakt einer 100%igen Eigengesellschaft in Form des privaten Rechts noch keine öffentliche Auftragsvergabe i.S.d. § 99 Abs. 1 GWB indizieren,⁵⁹¹ weil ein derartiges organisatorisches „Inhouse-Geschäft“ keine Beschaffungsmaßnahme darstellt.⁵⁹² Bei diesem Gründungsvorgang wird nämlich weder auf dem freien Markt agiert noch findet ein Leistungsaustausch mit Dritten statt, so dass es hier an der Drittbetroffenheit fehlt. Wenn aber die kommunale Rechtsperson beim Gründungsvorgang nicht auf dem freien Markt auftritt, ist keine Reglementierung des Wettbewerbs durch den Gesetzgeber erforderlich und für die Anwendung des Vergaberechts besteht kein Raum.⁵⁹³

Dieses Ergebnis wird durch die dem öffentlichen Vergaberecht innewohnende funktionale Betrachtungsweise gestützt. Während das Vergaberecht auf das Erfordernis eines entgeltlichen Beschaffungsvorgangs abstellt, bleibt der Gründungsvorgang funktional eine reine Organisa-

⁵⁸⁷ Vgl. BVerfGE 91, 228, (240)

⁵⁸⁸ Vgl. Vergabekammer Düsseldorf, Beschluss vom 07.07.2000 – VK 12/2000 – L, in: NZBau 2001, 46, (47)

⁵⁸⁹ Vgl. Kapitel 6, II.

⁵⁹⁰ Vgl. Faber, in: DVBl. 2001, 248, (250)

⁵⁹¹ Vgl. Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 99, Rn. 54; vgl. dazu insbesondere Kapitel 9, I.

⁵⁹² Vgl. Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 99, Rn. 54

⁵⁹³ Vgl. Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 99, Rn. 55. Diese Meinung sieht einen Widerspruch darin, dass es einerseits gesetzlich erlaubt und gewollt ist, wenn sich die öffentliche Hand selbständiger Rechtsformen bedient, dass sie sich andererseits aber dem Vergaberecht unterwerfen muss (vgl. Faber, in: DVBl. 2001, 248, (251)).

tionsmaßnahme, so dass hier kein entgeltlicher Beschaffungsvorgang vorliegt und damit auch kein öffentlicher Auftrag i.S.d. § 99 Abs.1 GWB gegeben ist.

2.2.2. Die Beteiligung des privaten Dritten an der Eigengesellschaft als öffentlicher Auftrag

Der reine Gründungsvorgang kann prinzipiell auch nicht dadurch zu einem Beschaffungsvorgang im Sinne des Vergaberechts werden, weil sich bei der PPP ein privater Dritter als Mitgesellschafter beteiligt. Entsprechendes gilt für einen sich an die Gründung einer Eigengesellschaft anschließenden Verkauf kommunaler Gesellschaftsanteile an den Kooperationspartner. Zwar sollen durch die Beteiligung dieses privaten Dritten an der Gesellschaft v.a. die unternehmerischen Funktionen Sachverstand und Finanzkraft gewonnen werden, jedoch entrichtet die kommunale Rechtsperson als öffentlicher Auftraggeber für diese Beteiligung kein Entgelt. Deshalb fehlt es auch hier am entgeltlichen Beschaffungscharakter i.S.v. § 99 GWB als Voraussetzung für die Anwendung des öffentlichen Vergaberechts.

Im Übrigen wäre eine etwaige Veräußerung von Gesellschaftsanteilen an einer PPP-Gesellschaft als Kapitalbeteiligung bzw. Kapitalbeschaffung zu bewerten.⁵⁹⁴ Hier tritt die Kommune nicht als Nachfrager einer Leistung auf dem Markt auf, sondern als Anbieter einer Kapitalbeteiligung. Weil es dann wiederum am entgeltlichen Beschaffungsvorgang fehlt, kann diese Beteiligung nicht die Kriterien eines öffentlichen Auftrags i.S.d. § 99 GWB erfüllen und das Vergaberecht findet keine Anwendung.⁵⁹⁵

Als weiteres Argument kommt hinzu, dass Geschäftsanteile nicht Gegenstand von Lieferaufträgen gem. § 99 Abs. 2 GWB sein können.⁵⁹⁶ Bei diesen müsste es sich nämlich um Verträge über eine Warenbeschaffung handeln, z.B. in den Rechtsformen des Kaufs bzw. Ratenkaufs, des Leasings oder des Miet- oder Pachtvertrages mit oder ohne Kaufoption. Bei der Veräußerung von Geschäftsanteilen geht es hingegen um den Verkauf von Rechten i.S.d. § 453 BGB (share deal). Zwar wird der jeweilige Geschäftsanteil gem. § 413 BGB i.V.m. § 398 BGB übertragen und führt zu einer gesellschaftlichen Beteiligung des Käufers. Ein solches Beteiligungsrecht weist aber nicht die Rechtsqualität eines Sachgegenstandes auf, der allein den Warenbegriff im Sinne eines Beschaffungsvorgangs ausfüllen könnte.

Allenfalls wenn das Unternehmen als Ganzes im Wege des so genannten asset deals veräußert werden soll, würde ein Sachkauf gem. § 433 BGB vorliegen, der sich auf die Übertragung des Anlage- und Umlaufvermögens des Unternehmens bezieht, das im Wege der Singularsukzession als Sachgesamtheit übertragen wird und als Lieferauftrag i.S.d. § 99 Abs. 2 GWB gelten

⁵⁹⁴ Vgl. Jaeger, in: NZBau 2001, 6, (7)

⁵⁹⁵ Vgl. Schröder, in: NJW 2002, 1831; Krutisch, in: NZBau 2003, 650; Lensdorf/Steger, in: CR 2005, 161, (163)

⁵⁹⁶ Vgl. Frenz, Ausschreibungspflicht einer Übertragung von Gesellschaftsanteilen, in: DÖV 2002, 186, (188)

könnte.⁵⁹⁷ Andererseits würde der Verkauf des Unternehmens als Ganzes einer materiellen Privatisierung gleichkommen, die wiederum keinen entgeltlichen Beschaffungsvorgang im Sinn des § 99 GWB darstellt, weil hier der öffentliche Verwaltungsträger für die vollständige Aufgabenübertragung⁵⁹⁸ einen Verkaufserlös erhält und kein Entgelt für eine fremde Leistungserbringung zahlt.⁵⁹⁹ Die materielle Privatisierung begründet nämlich kein Kooperationsverhältnis⁶⁰⁰ und kommt deshalb als PPP-Modell nicht in Betracht.

3. Die Übertragung der öffentlichen Aufgabe im zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der Gründung des PPP-Gesellschaftsmodells als öffentlicher Auftrag

Gleichwohl stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit des öffentlichen Vergaberechts, wenn die Kommune mit der Gesellschaftsgründung unter privater Beteiligung (bzw. bei der Veräußerung der gesellschaftsrechtlichen Anteile) beabsichtigt, öffentliche Aufträge⁶⁰¹ an diese PPP-Gesellschaft zu vergeben,⁶⁰² oder wenn neue Mitgesellschafter in ein bestehendes Tochterunternehmen des kommunalen Auftraggebers aufgenommen werden sollen, die von diesem bereits zu einem früheren Zeitpunkt langfristige öffentliche Aufträge erhalten haben.⁶⁰³ Bei diesen Konstellationen wird nämlich die Problematik der Umgehung des öffentlichen Vergaberechts aktuell.

3.1. Umgehungsabsicht

Die Umgehungsabsicht gewinnt immer dann an Bedeutung, wenn die Kommune über die funktionale Organisationsprivatisierung unter Beteiligung eines privaten Partners das Ziel verfolgen könnte, das öffentliche Vergaberecht, zu deren Anwendung sie bei ihren Beschaffungsmaßnahmen verpflichtet wäre, künftig zu umgehen.⁶⁰⁴ Dies lässt sich anhand der folgenden Fallkonstellation verdeutlichen:

Die kommunale Rechtsperson gründet eine Eigengesellschaft, bei der sie zu 100 % die Anteile hält, führt diese wie eine eigene Dienststelle (Behörde) und beauftragt sie mit der Erfüllung einer ihr obliegenden öffentlichen Aufgabe. Nachdem - wie vorstehend ausgeführt - für diesen reinen Organisationsakt das Vergaberecht nicht zur Anwendung kommt, nimmt die Kommune (zeitlich versetzt) eine Anteilsübertragung an einen privaten Investor vor, die - für sich betrachtet - als Umwandlungs- bzw. Organisationsmaßnahme ebenfalls vergaberechtsfrei ist,

⁵⁹⁷ Vgl. Kleine/Flöther/Bräuer, in: NVwZ 2002, 1046, (1047)

⁵⁹⁸ Vgl. u.a. Jaeger, in: NZBau 2001, 6, (7)

⁵⁹⁹ Vgl. Schröder, in: NJW 2002, 1831

⁶⁰⁰ Vgl. Dreher, in: NZBau 2002, 245, (246)

⁶⁰¹ Z.B. die Übertragung der öffentlichen Aufgabenerfüllung des eGovernment

⁶⁰² Vgl. Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 99, Rn. 42; Jennert, Public Private Partnership in der Wasserversorgung und Vergaberecht, in: WRP 2004, 1011, (1012); Lensdorf/Steger, in: CR 2005, 161, (163)

⁶⁰³ Vgl. Häfner, in: Ax/Schneider/Bischoff, a.a.O., § 99, Rn. 41; Dreher, in: NZBau 2002, 245, (246)

⁶⁰⁴ Vgl. Krutisch, in: NZBau 2003, 650

weil in einem solchen Organisationsakt noch kein entgeltlicher öffentlicher Beschaffungsauftrag i.S.d. § 99 GWB zu sehen ist. Im Ergebnis würde dann die Kombination dieser Schritte dazu führen, dass über den Privatisierungsvorgang im Zuge der Gründung eines PPP-Gesellschaftsmodells das Vergaberecht bei der Auswahl des geeigneten privaten Partners nicht zur Anwendung kommt, obwohl der später ausgewählte Partner an der künftigen Aufgabenerfüllung durch die PPP ständig teilnimmt. Auf diese Weise würde sich der private Partner tatsächlich dem künftigen Wettbewerb auf dem freien Markt entziehen können, sobald der PPP-Gesellschaft eine öffentliche Aufgabe übertragen ist, in deren Folge die Kommune bei ihr Lieferungen und Leistungen bestellt, Bauwerke errichten lässt oder Beschaffungsvorgänge finanziert.⁶⁰⁵ Dadurch würde diese PPP - ohne dass sie sich künftig noch dem Wettbewerb zu stellen bräuchte - auf dem Markt eine derartige Marktstellung erwerben, dass sich die Thematik der Umgehung des Vergaberechts geradezu aufdrängen muss.

Ein solcher ursächlicher Zusammenhang ist selbstverständlich auch bei der Umsetzung von eGovernment über ein PPP-Gesellschaftsmodell möglich, weil hier im Rahmen einer kommunalen Monopolstellung künftig öffentliche Verwaltungsleistungen und Mehrwertdienste angeboten werden sollen.

Damit jedoch die vorstehend beschriebene Umgehung des Vergaberechts von vornherein ausgeschlossen bleibt, liegt es nahe, dass unabhängig von den Organisationsmaßnahmen bereits bei der Auswahl des PPP-Partners das öffentliche Vergaberecht zur Anwendung kommen sollte.⁶⁰⁶

3.2. Übertragung der öffentlichen Aufgabe im unmittelbar zeitlichen und sachlichen Zusammenhang

Die Umgehung des Vergaberechts im Zusammenhang mit der Auswahl des Kooperationspartners drängt sich besonders dann auf, wenn die Auswahl des privaten Partners in einem unmittelbar zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der Vergabe einer öffentlichen Aufgabenstellung erfolgt. Entsprechendes gilt beim Anteilsverkauf (so genannte Infizierung der Geschäftsanteilsveräußerung).⁶⁰⁷ In diesen Fällen könnte die Nichtbeachtung des öffentlichen Vergaberechts die von der EU in den Mitgliedstaaten angestrebte Leistungsbeschaffung auf dem freien Markt und im freien Wettbewerb unterlaufen.⁶⁰⁸ Die Stellung der öffentlichen Rechtsperson als Anteilseigner darf nämlich nicht zu Verzerrungen des ausschreibungspflichtigen Leistungsaustausches bzw. des Wettbewerbs zwischen der öffentlichen Hand und den

⁶⁰⁵ Vgl. Häfner, in: Ax/Schneider/Bischoff, a.a.O., § 99, Rn. 37

⁶⁰⁶ Vgl. Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 99, Rn. 42

⁶⁰⁷ Vgl. Stemmer/Aschl, in: VergabeR 2005, 287, (294)

⁶⁰⁸ Vgl. Endler, in: NZBau 2002, 125, (133)

privaten Dritten als Wettbewerber führen. Wenn sich daher auf diese Weise der private Kooperationspartner vom öffentlichen Verwaltungsträger die künftige öffentliche Aufgabenerfüllung „beschafft“, erweist sich die Übertragung der öffentlichen Aufgabe bzw. ein Anteilsverkauf im Rahmen einer Gesamtbetrachtung als ein einheitlicher ausschreibungspflichtiger Vorgang.⁶⁰⁹

3.3. Auftragsvergaben ohne unmittelbaren zeitlichen und sachlichen Zusammenhang

Wenn aber der Gründungsvorgang nicht unmittelbar zeitlich und sachlich mit der Übertragung der öffentlichen Aufgabe zusammenfällt, liegt eine Umgehung des Vergaberechts nicht ohne Weiteres auf der Hand. Deshalb vertritt Gröning die Auffassung, dass man nicht in jeder zeitversetzten Auftragsvergabe eine Umgehungsabsicht sehen könne,⁶¹⁰ und meint, dass in den gestuften Organisationsschritten nicht in jedem Fall ein unselbständiges Durchgangsgeschäft liege, das dem Vergaberecht unterworfen sei.⁶¹¹ Er übt Kritik an einer Entscheidung der Vergabekammer Düsseldorf vom 07.07.2000, die einen Fall zu beurteilen hatte, wo ein öffentlicher Auftraggeber (Stadt M) zunächst eine private Gesellschaft gegründet und sie mit der Erledigung einer öffentlichen Aufgabe beauftragt hat, wobei die Stadt M - entsprechend den Kriterien des so genannten Teckal-Urteils - diese Gesellschaft wie eine eigene Dienststelle kontrollieren konnte, weil ihr zunächst 100 % der Gesellschaftsanteile gehörten.⁶¹²

Die Vergabekammer Düsseldorf hatte in der (später erfolgten) Aufnahme des Kooperationspartners ein vergabepflichtiges Durchgangsgeschäft gesehen. Sie hat nicht auf die spätere Beauftragung des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens abgestellt, sondern den Standpunkt vertreten, dass dieses Unternehmen sich so behandeln lassen müsse, als ob es bereits von vornherein beauftragt worden wäre.⁶¹³ Nach Meinung der Vergabekammer zielte die Stadt M von Anbeginn an darauf ab, dass später Kooperationspartner hinzukommen, die dann als gemischtwirtschaftliches Unternehmen die bisher vom öffentlichen Vergaberecht erfassten Leistungen der Stadt M erbringen sollten.

Gröning zweifelt die Entscheidung der Vergabekammer Düsseldorf an. Sie berücksichtige nicht, dass die Stadt M zunächst nur die Eigengesellschaft mit der Aufgabenerledigung beauftragt habe und erst Jahre später die Notwendigkeit sah, mit einem privaten Partner zu kooperieren. Er stellt in seiner Kritik heraus, dass die zeitversetzte Auftragsvergabe nicht in je-

⁶⁰⁹ Vgl. Endler, in: NZBau 2002, 125, (133); Stemmer/Aschl, in: VergabeR 2005, 287, (294)

⁶¹⁰ Vgl. auch Lensdorf/Steger, in: CR 2005, 161, (163)

⁶¹¹ Vgl. Gröning, Public Private Partnerships unter den Zwängen des Vergabe-, Gemeindefirtschafts- und Wettbewerbsrechts, in: ZIP 2001, 497, (503)

⁶¹² Vgl. EuGH, Urteil vom 18.11.1999, Rs. C-107/98, (Teckal), NZBau 2000, 90 f.

⁶¹³ Die Kammer hat dabei auch geprüft, ob die Stadt M als Minderheitsgesellschafter mit 49 % der Anteile die Gesellschaft wie eine eigene Dienststelle kontrollieren könne, und hat dies im Hinblick auf die bestehenden Rechte des Mehrheitsgesellschafters verneint.

dem Fall zu einem Umweggeschäft führe und dass deshalb strikt zwischen den einzelnen Handlungsabläufen unterschieden werden müsse. Nach seiner Meinung stellt die Beauftragung der Eigengesellschaft ein vergaberechtsfreies Inhouse-Geschäft dar, und die später folgende Anteilsveräußerung könne nicht als Durchgangserwerb bewertet werden. Das Angebot eines Geschäftsanteils sei nicht mit der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes für einen Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrag vergleichbar, das dem Vergaberecht unterliegt.⁶¹⁴

Dieser Rechtsansicht von Gröning kann nur insoweit zugestimmt werden, dass die Organisationsprivatisierung (bzw. der Anteilsverkauf) sowie die nachfolgende Übertragung der öffentlichen Aufgabe an den privaten Kooperationspartner als solche noch nicht dem Vergaberecht unterliegen. Gröning gibt aber keine Antwort darauf, dass - wie bereits dargelegt - mit dieser formalen Sichtweise das öffentliche Vergaberecht umgangen werden kann, und gerade in dieser Problematik liegt der Widerstreit zwischen den Positionen des öffentlichen Organisationsrechts und des öffentlichen Vergaberechts, den es zu lösen gilt.

3.4. Anwendung des funktionalen Auftraggeberbegriffs i.S.d. § 98 GWB

Eine Ansicht im Schrifttum legt Begriff und Anwendungsbereich des öffentlichen Auftrags (§ 99 GWB) im Hinblick auf den öffentlichen Auftraggeberbegriff (§ 98 GWB) von vornherein im funktionalen Sinne aus und rechtfertigt die Anwendung des Vergaberechts nicht nur bei den im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang erfolgenden, sondern auch bei zeitlich verzögerten Beteiligungen privater Kooperationspartner bzw. bei Anteilsverkäufen.⁶¹⁵

In Anlehnung an den vom EuGH entwickelten funktionalen Auftraggeberbegriff hat diese Meinung keine Zweifel an der Anwendungspflichtigkeit des öffentlichen Vergaberechts, wenn die Auswahl des Partners (auch im Falle des Anteilsverkaufes) im zeitlichen Zusammenhang mit der Gesellschaftsgründung geschieht und die gestufte Organisationsprivatisierung ursächlich die Vergabe künftiger Aufträgen bezweckt. Andernfalls wäre ein Verstoß gegen die Prinzipien des freien Wettbewerbs vorprogrammiert.⁶¹⁶ Diese Überlegungen müssten auch gelten, wenn die Beauftragung der Eigengesellschaft und die Veräußerung der Geschäftsanteile zeitlich nicht unmittelbar zusammenfallen. Zwar mag die zeitliche Zäsur für eine getrennte Beurteilung der einzelnen Handlungen sprechen, so dass z.B. der spätere Verkauf der Geschäftsanteile wegen der fehlenden Ursächlichkeit für die Annahme eines Beschaffungsvorganges nicht vergabepflichtig wäre.⁶¹⁷ Dies könne aber nur für den Fall gelten, dass der öffentliche Verwaltungsträger zum Zeitpunkt der Gründung der Eigengesellschaft zweifelsfrei eine späte-

⁶¹⁴ Vgl. Gröning, in: ZIP 2001, 497, (503)

⁶¹⁵ Vgl. Lensdorf/Steger, in: CR 2005, 161, (163)

⁶¹⁶ Vgl. Endler, in: NZBau 2002, 125, (132/133); Lensdorf/Steger, in: CR 2005, 161, (163); Krutisch, in: NZBau 2003, 650 f.; Stemmer/Aschl, in: VergabeR 2005, 287, (294); siehe auch Kapitel 7, II. 3.1.

⁶¹⁷ Vgl. Gröning, in: ZIP 2001, 497, (503)

re Kooperation mit einem Privaten ausschließen wollte. Das entscheidende Abgrenzungskriterium zwischen einem Eigenauftrag (Inhouse-Geschäft) und einem vergaberechtlich relevanten Drittauftrag dürfe deshalb nicht lediglich auf einer subjektiven Einschätzung des öffentlichen Verwaltungsträgers beruhen.⁶¹⁸ Vielmehr müsse die vergaberechtliche Einwertung einer öffentlichen Maßnahme nach objektiven Verfahrensgrundsätzen erfolgen, weil andernfalls die Transparenz, die Gleichbehandlung und der freie Wettbewerb als verbindliche Zielvorgaben des europäischen und nationalen Vergaberechts umgangen würden.⁶¹⁹ Vor allem wäre der Gleichbehandlungsgrundsatz entwertet, wenn eine Privilegierung deswegen erfolgt, weil ein öffentlicher Verwaltungsträger sich bei der Auftragsvergabe noch keine Gedanken über eine spätere Kooperation gemacht hat. Außerdem würde die Heranziehung subjektiver Absichten und Erwägungen dazu führen, dass man von vornherein der öffentlichen Rechtsperson unterstellen müsste, sie wolle - später - das Vergaberecht unterlaufen. Es gäbe dann keine Abgrenzungskriterien, die die vergaberechtliche Bewertung des zeitlichen Auseinanderfallens zwischen Auftragsvergabe und späterer Kooperation möglich machten. Selbst wenn eine öffentliche (kommunale) Rechtsperson zum Zeitpunkt der Gesellschaftsgründung tatsächlich nicht an eine spätere Kooperation gedacht haben sollte, würde sie sich im Zeitpunkt der Kooperation schon aus finanziellen Erwägungen auf dieses Argument berufen, damit das öffentliche Vergaberecht nicht zur Anwendung kommt. Jedenfalls würde in der Praxis die Beurteilung, ab wann eine zeitliche Zäsur zwischen Gründung bzw. Anteilsverkauf und Auftragsvergabe an diese Gesellschaft es rechtfertigt, von einer Ausschreibung abzusehen, zu kaum überwindbaren Schwierigkeiten führen.⁶²⁰

3.5. Gesamtbetrachtungstheorie (beschaffungsnaher Vorgang)

Ausgehend von diesen Überlegungen hat sich mittlerweile in Schrifttum und Rechtsprechung die so genannte Gesamtbetrachtungstheorie entwickelt, derzufolge ein gestuftes Organisationsverhalten als einheitlicher Gesamtvorgang bewertet wird, der ausschreibungspflichtig ist, wenn die neue Organisation auf die Umgehung des Vergaberechts abzielt.⁶²¹ Erscheint im Zuge dieser Gesamtbetrachtung die langfristige Auftragsvergabe und die spätere Privatisierung durch eine Kooperation mit privaten Dritten wirtschaftlich, rechtlich, zeitlich und sachlich miteinander verbunden,⁶²² bzw. hat die Auftragsvergabe im Rahmen der Veräußerung der Geschäftsanteile keine untergeordnete Bedeutung, dann ist diese gestufte Organisationsprivatisie-

⁶¹⁸ Vgl. auch Säcker/Wolf, in: WRP 2007, 282, (292)

⁶¹⁹ Vgl. Eggers/Malmendier, Strukturierte Bieterverfahren der öffentlichen Hand – Rechtliche Grundlagen, Vorgaben an Verfahren und Zuschlag, Rechtsschutz, in: NJW 2003, 780, (781)

⁶²⁰ Vgl. Endler, in: NZBau 2002, 125, (133)

⁶²¹ Vgl. Krutisch, in: NZBau 2003, 650

⁶²² Vgl. Frenz, in: DÖV 2002, 186, (194); Eggers/Malmendier, in: NJW 2003, 780, (781)

rung im Sinne einer Neugründung unter Veräußerung von Geschäftsanteilen von Anbeginn beabsichtigt und das öffentliche Vergaberecht muss bereits im Zuge der Partnerauswahl Anwendung finden. Freilich ist nach dieser Ansicht wegen der Vielfalt der Einzelfälle eine genaue Grenzziehung grundsätzlich nicht möglich. Es kommt insoweit auf die individuelle Betrachtung und auf die Abwägung der subjektiven und objektiven Merkmale an. Aus den Umständen muss sich ergeben, ob Gründung, Beteiligung und Aufgabenübertragung sachlich und zeitlich zusammenhängen. Ein Anhaltspunkt hierfür ist z.B. die Aufnahme einer Öffnungsklausel für privates Kapital in der Satzung der zu gründenden Eigengesellschaft.⁶²³

Mittlerweile machen einige Vergabekammern keinen sachlichen und zeitlichen Unterschied mehr zwischen der langfristigen Auftragsvergabe und der Anteilsveräußerung und verzichten ganz auf die genannten Kriterien.⁶²⁴ Sie sehen wegen des allgemeinen Diskriminierungsverbots des Art. 12 EG in der Auswahl des Mitgesellschafters die Notwendigkeit der Anwendung des Vergaberechts, insbesondere dann, wenn die Suche des Mitgesellschafters mit der Vergabe der künftigen Betriebsführung verknüpft ist.⁶²⁵ In diesen Fällen unterwerfen sie die gestufte Organisationsprivatisierung dem Vergaberechtsregime.

3.6. Die Rechtsfigur des Inhouse-Geschäfts als Wertungsmaßstab

Soweit in den beschriebenen Fällen die Anwendung des Vergaberechts Schwierigkeiten bereitet, ist bei der Beurteilung eines ausschreibungspflichtigen Vorganges auf die Kriterien des sogenannten Inhouse-Geschäfts zurückzugreifen.⁶²⁶ Ohne bereits in diesem Abschnitt die rechtliche Diskussion über die Kriterien des ausschreibungsfreien Inhouse-Geschäfts vorwegzunehmen,⁶²⁷ muss der Grundsatz gelten, dass Aufträge nur dann nicht dem Vergaberecht unterliegen, wenn der öffentliche Auftraggeber über den Auftragnehmer die Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben kann und der Auftragnehmer seine Tätigkeiten im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber verrichtet.⁶²⁸ Wäre deshalb hypothetisch nach der Anteilsveräußerung die Beauftragung der PPP-Gesellschaft nach den Grundsätzen der Inhouse-Vergabe nicht ausschreibungspflichtig, dann wäre im Sinne einer Gesamtbetrachtung auch die Veräußerung der Gesellschaftsanteile bei der Privatisierung nicht dem Vergaberecht unterwor-

⁶²³ Vgl. Frenz, Ausschreibungspflicht bei Anteilsveräußerungen und Einzelgesellschaften – In-House-Geschäfte nach den Urteilen Bari und Carbotermo, in: NJW 2006, 2665, (2666)

⁶²⁴ Vgl. VK Lüneburg, NZBau 2001, 51, (52)

⁶²⁵ Gerade bei der Auswahl des PPP-Partners im Bereich des eGovernment will der private Kooperationspartner auch die spätere Betriebsführung komplett abwickeln. Andernfalls würde sich ihm keine Refinanzierungsmöglichkeit seiner Investitionen bieten. Es geht daher um die Würdigung des Gesamtvertrages, da die PPP sonst ihren Sinn verlieren würde (vgl. OLG München, NZBau 2001, 340, (342)).

⁶²⁶ Vgl. Dreher, in: NZBau 2002, 245, (249 f.)

⁶²⁷ Vgl. Kapitel 9, I.

⁶²⁸ Vgl. u.a.: Schröder, Inhouse-Vergabe zwischen Beteiligungsunternehmen der öffentlichen Hand?, in: NZBau 2005, 127; EuGH, Urteil vom 11.1.2005, Rs. C-26/03, (Stadt Halle), NZBau 2005, 111, (114); Krohn, „Aus“ für In-house-Vergaben an gemischtwirtschaftliche Unternehmen, in: NZBau 2005, 92 f.

fen. Jedoch ist diese Problematik nach der EuGH-Entscheidung vom 11.01.2005⁶²⁹ rechtlich weitgehend geklärt. Nach Ansicht des EuGH schließt nämlich jede Form einer Minderheitsbeteiligung das Kriterium der „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ aus⁶³⁰, so dass es sich bei der Kooperation im Wege einer Public Private Partnership von vornherein nicht um ein Inhouse-Geschäft handeln kann und das Vergaberecht aus diesem Gesichtspunkt nicht entfällt.

Meiner Ansicht nach muss jeweils im Einzelfall die Ausgestaltung der Beziehung zwischen den Beteiligten anhand einer Gesamtbetrachtung bewertet werden. Wenn die PPP-Gesellschaft unter Beachtung des zivilen Gesellschaftsrechts selbstständig und unabhängig ihre Rechte ausübt, kann nicht mehr von einer Kontrollmöglichkeit wie über eine eigene Dienststelle gesprochen werden. Dann ist die Auswahl bzw. die Beteiligung eines privaten Kooperationspartners ausschreibungspflichtig.⁶³¹

III. Zwischenergebnis

Gründet die kommunale Rechtsperson eine Eigengesellschaft des privaten Rechts und überträgt sie an diese eine öffentliche Aufgabe, unterliegt der Gründungsakt als solcher noch nicht dem Vergaberecht.⁶³² Auch der nachträgliche Beteiligungsvorgang zur Errichtung eines PPP-Gesellschaftsmodells ist nicht gem. §§ 97 ff. GWB ausschreibungspflichtig, weil er für sich allein betrachtet ebenfalls keinen entgeltlichen Beschaffungsvorgang darstellt. Aus dem gleichen Grund würde auch die Gründung einer Gesellschaft unter zeitgleicher Beteiligung eines privaten Dritten nicht unter das Vergaberegime fallen. Im Prinzip kann sich die kommunale Rechtsperson ihren privaten Partner zur Gründung einer Gesellschaft freihändig aussuchen.

Soweit aber der Gründungs- bzw. Beteiligungsvorgang in einem sachlichen und zeitlichem Zusammenhang mit der Aufgabenerfüllung oder Auftragsvergabe an diese PPP-Gesellschaft erfolgt, kann die Auswahl und Beteiligung dem Vergaberecht unterliegen, weil mit der Aufnahme des privaten Dritten diesem auch ein Teil der Aufgabenerfüllung zugewiesen wird.

Dabei wird die Beurteilung, ob in der Auswahl und Beteiligung eines privaten Dritten eine ausschreibungspflichtige Auftragsvergabe vorliegt, nicht allein vom Zeitpunkt der Beteiligung bzw. der formalen Personenverschiedenheit bestimmt, sondern auch von der beabsichtigten

⁶²⁹ EuGH, Urteil vom 11.1.2005, C-26/03, (Stadt Halle), NZBau 2005, 111 ff., auch Hausmann/Bultmann, Die Entscheidung des EuGH in der Rechtsache „Stadt Halle“, in: NVwZ 2005, 377 f.

⁶³⁰ Vgl. Schimanek, Die Ausschreibungspflicht von Privatisierungen, in: NZBau 2005, 304, (307)

⁶³¹ Vgl. Frenz, Die Abgrenzung von ausschreibungsfreien In-House-Geschäften am Scheideweg – Vor dem Urteil „Carbotermo“, in: WRP 2006, 874, (877/878)

⁶³² Vgl. Kapitel 9, I.

Abwicklung des Gesellschaftsmodells in Verbindung mit den damit im Zusammenhang stehenden, auch zeitversetzten Auftragsvergaben.⁶³³

Meiner Ansicht nach ist entscheidend, dass die öffentliche Auftragsvergabe umfassend und stringent vom europäischen Vergaberecht bestimmt wird. Im Sinne einer funktionalen Gesamtbetrachtung ist der in Art. 10 EG festgeschriebene Grundsatz des „effet utile“ zu beachten, der zum Ausdruck bringt, dass das Vergaberecht immer dann zur Anwendung kommt, wenn Sachverhalte konstruiert werden, die die Europäischen Vergaberichtlinien umgehen würden. Die §§ 97 ff. GWB sind deshalb konsequent EG-richtlinienkonform auszulegen.⁶³⁴

Folglich muss sich auch die Auswahl und Beteiligung eines privaten Dritten im Rahmen der gestuften Organisationsprivatisierung als öffentlicher Auftrag i.S.d. § 99 GWB entsprechend dem funktionalen Auftraggeberbegriff des § 98 GWB beurteilen lassen, demzufolge formal selbständige private Rechtspersonen als öffentliche Auftraggeber gelten, wenn und sobald sie im Kern staatliche (öffentliche) Aufgaben - z.B. auch die Umsetzung von eGovernment - wahrnehmen.⁶³⁵ Eine bloße Organisationsprivatisierung - also die Überführung von vormals öffentlich-rechtlichen Einrichtungen in private Rechtsformen - kann nicht ausreichen, um den vergaberechtlichen Status eines öffentlichen Auftraggebers abzulegen.⁶³⁶

Die Beteiligung eines privaten Dritten im Rahmen einer gestuften Organisationsprivatisierung ändert deren Rechtscharakter, wenn der Kooperation eine wesensgleiche Beschaffungsfunktion zukommt, die bei Vorliegen der Tatbestände des GWB eine Ausschreibungspflicht auslösen würde.⁶³⁷ Andernfalls würde man den offenen Wettbewerb ausschalten, wenn dem ausgewählten privaten Kooperationspartner (auch nur teilweise) die Aufgabenerfüllung übertragen wird.⁶³⁸

Ein Beschaffungsvorgang liegt objektiv dann vor, wenn sich z.B. aus den Beschlüssen der kommunalen Entscheidungsgremien ergibt, dass die Organisationsprivatisierung (Neugründung) und die Auftragserteilung im ursächlichen Zusammenhang stehen.⁶³⁹ Neben einer relativen Zeitspanne zwischen Auftragsvergabe und Organisationsprivatisierung spricht für den Beschaffungscharakter, wenn die kommunale Rechtsperson auf das Verfahren bis zum Abschluss der Privatisierung kontrollierend und beherrschend einwirkt.⁶⁴⁰

Dem in diesem Zusammenhang immer wieder vorgetragenen Einwand, dass zum Zeitpunkt der Aufgabenübertragung auf die kommunale Eigengesellschaft häufig noch nicht feststehe,

⁶³³ EuGH, Urteil vom 10.11.2005, Rs. C 29/04, (Mödling), NVwZ 2006, 70, (72)

⁶³⁴ Vgl. Schimanek, in: NZBau 2005, 304, (306)

⁶³⁵ Solange das noch im Rahmen der Daseinsvorsorge erfolgt.

⁶³⁶ Vgl. Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 29; Marx/Prieß, in: Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, a.a.O., Ziff. 2.2, S. 17

⁶³⁷ Vgl. Schimanek, in: NZBau 2005, 304, (306); Stickler, in: Reidt/Stickler/Glahs, a.a.O., § 99, Rn. 44; Kleine/Flöther/Bräuer, in: NVwZ 2002, 1046, (1048); Endler, in: NZBau 2002, 125, (133)

⁶³⁸ Vgl. Lensdorf/Steger, in: CR 2005, 161, (163)

⁶³⁹ Vgl. Schröder, in: NJW 2002, 1831, (1832 f.); Eggert/Malmendier, in: NJW 2003, 780, (781)

⁶⁴⁰ Vgl. Schimanek, in: NZBau 2005, 304, (307)

ob ein privater Kooperationspartner zu einem späteren Zeitpunkt beteiligt werden sollte, ist entgegen zu halten, dass die öffentliche Rechtsperson bereits mit der Gründung einer Eigengesellschaft unter gleichzeitiger Aufgabenübertragung dokumentiert, dass die öffentliche Aufgabenerfüllung in die privatwirtschaftliche Sphäre wechseln soll. Dadurch ist von Anfang an kundgetan, dass die Eigengesellschaft wie ein privater Wettbewerber auftreten will. Bereits mit dieser funktionalen Privatisierung öffnet sich der öffentlichen (kommunalen) Rechtsperson die reelle Möglichkeit der Eigen- und Fremdfinanzierung durch die künftige Aufnahme von Gesellschaftern in die Eigengesellschaft. Zwar ist nicht in jedem Fall anzunehmen, dass zukünftig private Dritte an der Eigengesellschaft beteiligt sind. Weil aber aus haushaltsrechtlichen Gründen der Privatisierung öffentlicher Aufgaben eine fundierte betriebswirtschaftliche und strategische Planung vorausgehen sollte, besteht schon zu diesem Zeitpunkt die Möglichkeit, zu künftigen Partnerschaften mit privaten Dritten Stellung zu beziehen. Entscheidet sich die öffentliche Rechtsperson gegen eine Partnerschaft, müssen die eine freihändige Vergabe ermöglichenden Umstände jedenfalls solange vorliegen, bis der öffentliche Auftrag beendet bzw. die öffentliche Aufgabe erfüllt ist.⁶⁴¹ Wird in dieser Zeit dennoch ein privater Dritter aufgenommen, ist die Aufgabenübertragung auf diesen vergabepflichtig, sofern nicht durch die öffentliche (kommunale) Rechtsperson nachgewiesen wird, dass die Übertragung weder zeitlich noch sachlich mit der Beteiligung zusammenhängt. Daher sollte die kooperative Beteiligung, wie sie bei einem PPP-Gesellschaftsmodell vorliegt - insbesondere bei einer zeitversetzten Übertragung öffentlicher Aufgaben - aus Gleichheits- und Wettbewerbsgründen generell dem Vergaberecht unterliegen, mit der Möglichkeit, sich in bestimmten Fällen, z.B. zur Vermeidung von Insolvenzen, exkulpiert zu können.

Wenn es sich also im Sinne der funktionalen Betrachtungsweise bei der gestuften Organisationsprivatisierung in Wirklichkeit um ein Beschaffungsgeschäft handelt, das umgangen werden soll,⁶⁴² ist das öffentliche Vergaberecht anzuwenden, unabhängig davon, ob der Auftrag im Sinne einer Übertragung der Aufgabenerledigung vor oder nach der Privatisierung erteilt wird.⁶⁴³

⁶⁴¹ Vgl. Frenz, in: NJW 2006, 2665, (2666/2668)

⁶⁴² Vgl. Stemmer/Aschl, in: VergabeR 2005, 287, (294)

⁶⁴³ Vgl. Schimanek, in: NZBau 2005, 304, (307); Jaeger, in: NZBau 2001, 6, (10/11); Krutisch, in: NZBau 2003, 650, (651); Schröder, in: NJW 2002, 1831 f.

Kapitel 8: Die Ausschreibungspflichtigkeit nach der Gründung des Public Private Partnership-Gesellschaftsmodells in der laufenden Betriebsphase

Es stellt sich nun die Frage, ob die künftigen in der Betriebsphase des PPP-Gesellschaftsmodells zu vergebenden Aufträge dem öffentlichen Vergaberecht unterliegen.⁶⁴⁴

Solche Auftragsvergaben an private Dritte sind bei umfangreichen und komplexen Projekten der Infrastrukturentwicklung wie beim eGovernment zwangsläufig. Die Kundenbedürfnisse verlangen eine ständige Anpassung der zum Betrieb der Verwaltungsplattform notwendigen Informations- und Kommunikationssysteme, die oftmals mit hohem Kapitaleinsatz für neue Softwarelizenzen, Datennetze und Anlagentechnik (Hardware) verbunden ist.⁶⁴⁵ Im Hinblick auf die fortschreitende technische Entwicklung wird die jeweils erforderliche Soft- und Hardware regelmäßig von privaten Dritten dazugekauft.

Zu Beginn dieses Kapitels sollen zum einen der Rechtsbegriff des öffentlichen Auftraggebers anhand seiner historischen Entwicklung definiert und zum anderen die Voraussetzungen des § 98 GWB erörtert werden, um dann abzuklären, ob es sich beim PPP-Gesellschaftsmodell zur Umsetzung von eGovernment um einen Auftraggeber im Sinne des öffentlichen Vergaberechts handelt.⁶⁴⁶ Über diesen Begriff wird nämlich der subjektive (persönliche) Anwendungsbereich der Vergabevorschriften bestimmt.⁶⁴⁷

I. Die Entwicklung des Auftraggeberbegriffs

1. Entstehungsgeschichte

Der Begriff des Auftraggebers findet bereits in den Verdingungsordnungen der Königreiche Bayern (1833) und Preußen (1834) Erwähnung.⁶⁴⁸ Im deutschen Reich wurden in den Erstfassungen der VOB aus dem Jahre 1926 und der VOL aus dem Jahre 1933 unter Auftraggeber diejenigen Institutionen verstanden, die das öffentliche Haushaltsrecht zu beachten und dabei die so genannten Verdingungsordnungen anzuwenden hatten, also im Wesentlichen der Staat und die sonstigen öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften.⁶⁴⁹ Aufgrund dieser klassischen Definition des Auftraggebers waren private Unternehmen vom Vergaberecht nicht erfasst. Deshalb kam es hinsichtlich des subjektiven Anwendungsbereichs des nationalen Vergaberechts bis weit in die sechziger Jahre (des vergangenen Jahrhunderts) auch zu keinen nennenswerten Abgrenzungsproblemen.⁶⁵⁰ Als dann Anfang der siebziger Jahre die Europäische

⁶⁴⁴ Vgl. u.a. Jaeger, in: NZBau 2001, 6, (7)

⁶⁴⁵ Die Eigenerledigung würde in vielen Fällen nicht nur den finanziellen Rahmen der PPP sprengen, sondern auch am fehlenden Know-how scheitern.

⁶⁴⁶ Vgl. Lensdorf/Steger, in: CR 2005, 161, (162); Noch, a.a.O., (2002); B.I.1., S. 94

⁶⁴⁷ Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 210

⁶⁴⁸ Vgl. Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 4

⁶⁴⁹ Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 199

⁶⁵⁰ Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 202

Gemeinschaft aufgrund des EG-Vertrags begann, Regelungen auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens zu erlassen, wurde in den Definitionen der ersten EG-Vergaberichtlinien (LKR, BKR) jeweils in Art. 1 lit. b der Begriff des Auftraggebers zwar mit dem Attribut „öffentlicher“ versehen, dieser Auftraggeberbegriff orientierte sich aber noch ausschließlich am traditionellen klassischen Verständnis und war deshalb prinzipiell auf den Adressatenkreis mit öffentlichen Haushaltsordnungen beschränkt.⁶⁵¹ Auftraggeber im institutionellen Sinn (klassische Auftraggeber) waren demnach im Wesentlichen die Gebietskörperschaften Bund, Länder und Gemeinden sowie deren Sondervermögen und Regiebetriebe. Sämtliche formalprivatrechtlichen Auftraggeber, unabhängig von ihrer Aufgabe im Staat, also auch die in Privatrechtsform geführten staatlichen bzw. kommunalen Unternehmen, sollten nach dem ursprünglichen Willen der EG nicht unter den Begriff des öffentlichen Auftraggebers fallen.⁶⁵²

2. Vom institutionellen zum funktionalen Auftraggeberbegriff

Im Hinblick auf die angestrebte Liberalisierung des europäischen Binnenmarktes wollte die Europäische Gemeinschaft das große Nachfragevolumen der öffentlichen Hand in das öffentliche Vergaberecht einbeziehen, weil dort aufgrund des nationalen Protektionismus erhebliche Defizite bei der Gewährleistung eines transparenten, marktorientierten Auftragswesens bestanden.⁶⁵³ In einigen Staaten der Gemeinschaft war die gesamte Infrastruktur öffentlich-rechtlich strukturiert, während in anderen EG-Staaten nur die Kernbereiche öffentlich organisiert waren und weite Teile der Daseinsvorsorge durch private Unternehmen wahrgenommen wurden.⁶⁵⁴ Wegen dieses unterschiedlichen Verständnisses über die Einordnung des Vergaberichts,⁶⁵⁵ war im Hinblick auf die angestrebte Wettbewerbsgleichheit ein grundsätzlicher Wandel des öffentlichen Auftraggeberbegriffs vonnöten. Dieser wurde beschleunigt durch die gegen Ende der achtziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts einsetzende Tendenz der öffentlichen Hand, sich aus der Eigenregie zurückzuziehen und immer mehr Aufgaben über private Rechtsformen selbst zu erledigen oder durch private Dritte erledigen zu lassen. Da diese „Flucht ins Privatrecht“ auch mit einem Ausbrechen aus dem Anwendungsbereich der geltenden EG-Richtlinien verbunden war, lief diese Tendenz dem erklärten Gemeinschaftsziel der EG zuwider, die bisher voneinander abgeschotteten nationalen Beschaffungsmärkte dem freien Wettbewerb zu öffnen, um auf diese Weise einen europäischen Binnenmarkt ohne Diskriminierung zu verwirklichen (Art. 14 EG).

⁶⁵¹ Vgl. Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 4

⁶⁵² Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 19 und 202

⁶⁵³ Vgl. Art. 12 EG (Diskriminierungsverbot), Art. 14 EG (Verwirklichung des Binnenmarktes), Art. 28 EG (Freier Warenverkehr), Art. 43 EG (Niederlassungsfreiheit), Art. 49 EG (Dienstleistungsfreiheit), Art. 39 EG (Freizügigkeit der Arbeitnehmer)

⁶⁵⁴ Vgl. Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 10

⁶⁵⁵ Z.B. in Frankreich öffentlich-rechtliche, in Deutschland zivilrechtliche Betrachtungsweise.

Bestärkt durch die ständige Rechtsprechung des EuGH, dass bei der öffentlichen Auftragsvergabe allen Anbietern die gleichen Chancen einzuräumen sind,⁶⁵⁶ war es notwendig geworden, die Anwendung des Vergaberechts, soweit diese formal auf „staatliche“ Stellen bezogen war, dahingehend zu erweitern, dass auch solche Unternehmen in das Vergaberecht eingebunden werden, die hinsichtlich ihrer Funktion zwar materiell staatliche Aufgaben wahrnehmen, im formalen Sinne aber keine staatlichen Stellen sind.⁶⁵⁷ Dies erfolgte dann in den jeweiligen Neufassungen der BKR, der LKR und der DKR, die den heute gültigen „funktionalen“ Begriff des öffentlichen Auftraggebers nach europäischem Rechtsverständnis geprägt haben.⁶⁵⁸ Damit wollte die EG keinesfalls einer „bürokratischen Regulierungswut“ Vorschub leisten, sondern es sollte sichergestellt sein, dass durch die Anwendung der EG-Vergaberichtlinien seitens der öffentlichen Hand und durch die Bindung aller Unternehmen, die genuin staatliche Aufgaben wahrnehmen, an die (grundsätzlich) europaweite Ausschreibungspflicht mehr Wettbewerb in der Gemeinschaft entsteht. Es sollte in der Gemeinschaft nicht diejenige öffentliche Einrichtung begünstigt werden, die die Erfüllung ihrer staatlichen Aufgaben in die Rechtsform des Privatrechts kleidet, um auf diese Weise das öffentliche Vergaberecht umgehen zu können, sondern die öffentliche Hand sollte die „Vorreiterrolle“ bei der Liberalisierung der europaweiten Beschaffungs- und Dienstleistungsmärkte übernehmen, um das vielerorts herrschende „regionale Hoflieferantentum“ einzudämmen.

3. Die Umsetzung des EG-Auftraggeberbegriffs

Der deutsche Gesetzgeber hatte zunächst in der so genannten haushaltsrechtlichen Lösung von 1993 in § 57a Abs. 1 Nr. 1 bis 8 HGrG den funktionalen Begriff des öffentlichen Auftraggebers, wie in den BKR 93/37/EWG, LKR 93/36/EWG und DKR 92/50/EWG vorgegeben, weitgehend wortidentisch übernommen.⁶⁵⁹ Der ab 1999 in der so genannten kartellrechtlichen Lösung des § 98 GWB erfasste Kreis der öffentlichen Auftraggeber hat sich gegenüber der früher maßgeblichen Aufzählung in § 57a Abs. 1 HGrG nicht geändert.⁶⁶⁰ Der deutsche Gesetzgeber hat also die europarechtlichen Vorgaben in Bezug auf die Auftraggebereigenschaft uneingeschränkt in das nationale Vergaberecht umgesetzt, so dass bei der Auslegung des nationalen Vergaberechts auf die europäischen Regelungen zurückzugreifen ist.⁶⁶¹

⁶⁵⁶ EuGH, Urteil vom 20.09.1988, Rs. C-31/87, (Gebroeders Beentjes), NVwZ 1990, 353; siehe auch Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 8 mit weiteren Nachweisen

⁶⁵⁷ Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 204

⁶⁵⁸ Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 206

⁶⁵⁹ Kapitel 6, I. 2.2.2.

⁶⁶⁰ Kapitel 6, I. 2.2.3.

⁶⁶¹ EuGH WuW/E, Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, Verg. 139,144 (1998); so auch Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 98, Rn. 2

II. Der Auftraggeberbegriff in § 98 Nr. 1 bis 6 GWB

§ 98 GWB enthält eine enumerative und abschließende Aufzählung der von den EG-Vergaberichtlinien erfassten Auftraggeber, die zur Anwendung des Vergaberechts des GWB verpflichtet sind.⁶⁶² Sie lassen sich in zwei Gruppen einteilen:

Die erste Gruppe bildet die öffentliche Hand, bestehend aus Gebietskörperschaften und staatsnahen juristischen Personen.⁶⁶³ Die zweite Gruppe bilden private Sektorenauftraggeber und weitere private Auftraggeber.⁶⁶⁴ Fällt ein Auftraggeber nicht unter eine der in § 98 GWB vorgegebenen Kategorien, besteht bei diesen Unternehmen keine Verpflichtung zur Anwendung des öffentlichen Vergaberechts.⁶⁶⁵

1. Der institutionelle Auftraggeberbegriff des § 98 Nr. 1 GWB

§ 98 Nr. 1 GWB erfasst die rechtsfähigen (hoheitlichen) Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen, also die klassischen öffentlichen Auftraggeber, deren Pflicht zur Anwendung des Vergaberechts sich bereits aus ihrer institutionellen Zugehörigkeit zum Staat ergibt,⁶⁶⁶ und diejenigen Auftraggeber, die ihre öffentlichen Aufgaben mit staatlichen Mitteln unter staatlicher Aufsicht wahrnehmen.⁶⁶⁷ Es handelt sich hier um die Gebietskörperschaften Bund, Länder und Gemeinden sowie um deren Sondervermögen, die nach nationalem Recht, also haushaltsrechtlich bzw. im Innenrecht (z.B. gem. § 55 BHO, Art. 55 BayHO, § 105 BHO, Art. 105 BayHO, §113 BHO, Art. 113 BayHO oder Art. 29 ff (Art. 31) BayKommHV), zur Einhaltung der Verdingungsordnungen bei der Beschaffung von Waren und Leistungen oder bei Bauvergaben verpflichtet sind.⁶⁶⁸ In Bayern gehören auch die Bezirke und Landkreise dazu.⁶⁶⁹ Körperschaften hingegen, die ihre Hoheitsrechte von den Mitgliedern ableiten, wie z.B. die Zweckverbände, finden in § 98 Nr. 3 GWB Berücksichtigung.⁶⁷⁰ Sondervermögen wiederum sind solche Vermögen, denen per Gesetz eine rechtliche Sonderstellung für die Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben eingeräumt ist.⁶⁷¹ Darunter werden dezentrierte, nicht-rechtsfähige Verwaltungseinheiten verstanden, die haushaltsrechtlich und organisatorisch öffentlich-rechtliche Verselbständigungsformen von Gebietskörperschaften sind und als haushaltsrechtliche Sondereinheiten über einen eigenen Wirtschaftsplan verfügen.⁶⁷² Solche Son-

⁶⁶² Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 211

⁶⁶³ Vgl. Stickler, in: Reidt/Stickler/Glahs, a.a.O., § 98, Rn. 3

⁶⁶⁴ Vgl. Noelle/Rogmans, a.a.O., Ziff. 210, S. 30

⁶⁶⁵ Vgl. Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 1

⁶⁶⁶ Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 213

⁶⁶⁷ Vgl. Maurer, a.a.O., § 23, Rn. 37 ff.

⁶⁶⁸ Vgl. Noch, a.a.O., (2002), A.III.3.a) bb, S. 37; Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 5-7

⁶⁶⁹ Gem. Art. 10 BV i.V.m. BezO bzw. LKrO

⁶⁷⁰ Vgl. Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 23

⁶⁷¹ Vgl. Häfner, in: Ax/Schneider/Bischoff, Vergaberecht 2006 – Kommentar zu den Regierungsentwürfen vom 18. und 29. März 2005, § 98, Rn. 4

⁶⁷² Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 218; Noelle/Rogmans, a.a.O., Ziff. 2100, S. 30 f

dervermögen sind z.B. die Eigenbetriebe von Gebietskörperschaften (bspw. die Stadtwerke) sowie kommunale, nichtrechtsfähige Stiftungen.⁶⁷³ Hier ist nicht der rechtlich unselbständige Eigenbetrieb, sondern die hinter dem Betrieb stehende Gebietskörperschaft, denen das Handeln rechtlich zuzuordnen ist, der öffentliche Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 1 GWB.⁶⁷⁴

2. Der funktionale Auftraggeberbegriff des § 98 Nr. 2 GWB

Auf der Grundlage des Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie 2004/18/EG gelten über die klassischen Auftraggeber des § 98 Nr. 1 GWB hinaus gem. § 98 Nr. 2 GWB auch jene juristischen Personen des öffentlichen und des privaten Rechts als öffentliche Auftraggeber, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wobei sie durch den Träger der öffentlichen Verwaltung über Beteiligungen und Aufsichtsfunktionen beherrscht werden.⁶⁷⁵ Diese Kategorie ist Ausdruck des heute gültigen funktionalen Auftraggeberbegriffs. Er verhindert, dass sich die öffentliche Hand durch formale Aufgaben- oder Organisationsprivatisierungen öffentlicher Aufgabengebiete dem Vergaberecht entzieht.⁶⁷⁶

Öffentlicher Auftraggeber sind demnach auch privatrechtlich organisierte Rechtsformen, soweit sie gleich der öffentlichen Hand öffentliche Aufgaben erfüllen.

Die öffentliche Auftraggebereigenschaft nach § 98 Nr. 2 GWB ist also dann gegeben, wenn kumulativ⁶⁷⁷ das Unternehmen⁶⁷⁸

- eine eigene Rechtspersönlichkeit in der Form einer juristischen Person des öffentlichen oder des privaten Rechts aufweist, und
- zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende öffentliche Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, und
- eine besondere Staatsnähe aufweist, die aus einer überwiegenden Finanzierung seitens der öffentlichen Hand oder aus der Aufsicht des Staates bzw. einer seiner Gliederungen i.S.d. § 98 Nr. 1 und Nr. 3 GWB resultiert.⁶⁷⁹

⁶⁷³ Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 218

⁶⁷⁴ Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 219

⁶⁷⁵ Vgl. Noch, a.a.O., (2002), B.I.1. b, S. 96

⁶⁷⁶ Vgl. Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 29; Möschel, Privatisierung und Vergaberecht, in: WuW 1997, 121, (123)

⁶⁷⁷ Vgl. Dreher, Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts, in: DB 1998, 2579, (2581)

⁶⁷⁸ Vgl. u.a. Wirner, Kommunale Gesellschaften mit beschränkter Haftung und kommunale Aktiengesellschaften als öffentliche Auftraggeber gem. § 98 GWB, in: LKV 2003, 145, (146)

⁶⁷⁹ Vgl. Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 98, Rn. 24; Lensdorf/Steger, in: CR 2005, 161, (164)

2.1. Bedeutung des Anhang III der Richtlinie 2004/18/EG⁶⁸⁰

Die zu Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie 2004/18/EG genannten Einrichtungen des öffentlichen Rechts liefern lediglich eine im Einzelfall widerlegbare Vermutung dafür, dass die im deutschen Teil des Richtlinienanhangs III ausgewiesenen juristischen Personen i.S.v. § 98 Nr. 2 GWB als öffentliche Auftraggeber einzustufen sind.⁶⁸¹ Es muss deshalb stets am konkreten Einzelfall geprüft werden, ob der jeweilige Auftraggeber die in § 98 Nr. 2 GWB genannten Merkmale tatsächlich erfüllt. Dabei kann im Zweifel auf die Auflistungen der übrigen Mitgliedstaaten als Auslegungshilfe zurückgegriffen werden.⁶⁸² Hier zeigt ein Vergleich der Verzeichnisse der einzelnen Mitgliedstaaten, dass diese sehr unterschiedliche Inhalte aufweisen. Während bei einigen Staaten alle öffentlich geprägten Einrichtungen erschöpfend aufgelistet sind, begnügen sich andere Staaten mit pauschalen Verweisungen. Diese unterschiedlichen Auflistungen in den einzelnen Mitgliedsstaaten haben zur Folge, dass der Anhang III keinen konstitutiven, sondern nur einen deklaratorischen Charakter mit Leitlinienfunktion haben kann, da ansonsten das öffentliche Vergaberecht in den einzelnen Mitgliedsstaaten einen unterschiedlich breiten Anwendungskorridor aufweisen und damit gegen das Prinzip des einheitlichen Wirtschaftsgebietes verstoßen würde.⁶⁸³

Der deutsche Gesetzgeber hat als derartige öffentlich geprägte Einrichtungen sowohl juristische Personen des öffentlichen Rechts als auch des Privatrechts benannt.⁶⁸⁴ Neben vielen Einrichtungen aus dem Gesundheitswesen, dem Kulturwesen und anderen Bereichen hat sie im Anhang III der Richtlinie 2004/18/EG auch Einrichtungen zur Förderung der Wirtschaft aufgelistet, denen sie die Eigenschaft eines öffentlichen Auftraggebers im Sinn des § 98 Nr. 2 GWB zugeschrieben hat.⁶⁸⁵

3. Verbände, deren Mitglieder unter Nr. 1 oder 2 fallen (§ 98 Nr. 3 GWB)

Die Zusammenschlüsse von öffentlichen Auftraggebern der Kategorie des § 98 Nr. 1 GWB (klassische öffentliche Auftraggeber) und/oder der Kategorie des § 98 Nr. 2 GWB (funktionale öffentliche Auftraggeber) sind unter § 98 Nr. 3 GWB einzuordnen.⁶⁸⁶ Dabei handelt es sich um Verbände von Gebietskörperschaften sowie juristischen Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, bspw. um Zweckverbände, Landschaftsverbände, Schulverbände, Caritasver-

⁶⁸⁰ Verzeichnis der Einrichtungen des öffentlichen Rechts und der Kategorien von Einrichtungen des öffentlichen Rechts nach Art. 1 Abs. 9 UA 2 der Richtlinie 2004/18/EG

⁶⁸¹ Vgl. Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 31

⁶⁸² Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 227

⁶⁸³ Vgl. Wirner, in: LKV 2004, 145, (147)

⁶⁸⁴ Vgl. Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 30; Wirner, in: LKV 2004, 145, (146)

⁶⁸⁵ Vgl. Anhang III, Abschnitt III. Deutschland, Punkt 2. Juristische Personen des Privatrechts

⁶⁸⁶ Vgl. Noch, a.a.O., (2002), A.III.3 a) bb), S. 37; Häfner, in: Ax/Schneider/Bischoff, a.a.O., § 98, Rn. 22

bände, Arbeitgeberverbände, Abfallwirtschaftsverbände,⁶⁸⁷ und Verkehrszweckverbände⁶⁸⁸. Da sie alle Aufgaben erfüllen, die ihre Mitglieder als öffentliche Auftraggeber wahrzunehmen haben, sind auch sie öffentliche Auftraggeber. Auf eine bestimmte Rechtsform kommt es dabei nicht an.⁶⁸⁹

Besteht ein Verband sowohl aus Mitgliedern, die unter Nr. 1 oder 2 fallen, als auch aus anderen privaten Mitgliedern, so bestimmt sich sein vergaberechtlicher Status nach den Voraussetzungen der Nr. 2. Entscheidend ist, inwieweit die Mitglieder mit öffentlichen Auftraggeberstatus die Mehrheit an dem Verband besitzen, um insoweit das Kriterium der finanziellen oder personellen Beherrschung zu erfüllen.⁶⁹⁰ § 98 Nr. 3 GWB ist somit ein Auffangtatbestand, soweit ein Verband nicht bereits selbst Auftraggeberqualität hat.⁶⁹¹

4. Sektorauftraggeber (§ 98 Nr. 4 GWB)

4.1. Die Sektorenbereiche

§ 98 Nr. 4 GWB unterwirft Unternehmen, die in den Sektoren (Gebieten) der Trinkwasser-, Energie - und Verkehrsversorgung tätig sind, dem Vergaberecht, wenn sie staatlich beherrscht sind oder - soweit private Unternehmen - ihre Tätigkeit auf der Basis besonderer oder ausschließlicher Rechte ausüben. Grundlage für den Sektorenbegriff bildeten die Art. 1 Nr. 2 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. a und b der SKR 93/38 EWG, die durch die Novellierung dieser Richtlinie vom 16.02.1998 (98/4/EG) fortgeführt worden ist.⁶⁹² Als Grund für die vergaberechtliche Erfassung dieser Unternehmen nennt die Sektorenrichtlinie die Abschottung der Märkte in den genannten Sektoren, die darauf zurückzuführen ist, dass es hier prinzipiell um staatlich berufene private Monopolisten geht. Alle diese Unternehmen sollten deshalb einer vergaberechtlichen Kontrolle unterworfen werden.⁶⁹³ Zur praktischen Arbeitserleichterung enthalten die Anhänge der nunmehr geltenden Sektorenrichtlinie (SKR) 2004/17/EG vom 31. März 2004 deklaratorische Auftraggeberverzeichnisse.⁶⁹⁴ Die in der SKR vorgegebenen Bereiche werden in §§ 7 bis 9 VgV⁶⁹⁵ spezifiziert. Der Auftraggeberbegriff der SKR ist unternehmensbezogen zu verstehen.⁶⁹⁶ Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 4 GWB sind deshalb natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die in den genannten Sektoren tätig sind, wenn diese Tätigkeiten

⁶⁸⁷ VK Thüringen, Beschluss vom 31.7.2002 – 216-4003.20-031/02-SLZ

⁶⁸⁸ VK Düsseldorf, Beschluss vom 18.4.2002 – VK-5/2002-L

⁶⁸⁹ Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 269

⁶⁹⁰ Vgl. Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 98

⁶⁹¹ VK Düsseldorf, Beschluss vom 18.4.2002 – VK-5/2002-L. So können bspw. sog. Public Public Partnerships in der Rechtsform eines Zweckverbandes geführt werden.

⁶⁹² Text des Art. 2 Abs. 2 SKR a.F.

⁶⁹³ Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 271; Noelle/Rogmans, a.a.O., Ziff. 2102, S. 45

⁶⁹⁴ Vgl. Noelle/Rogmans, a.a.O., Ziff. 2102, S. 45

⁶⁹⁵ I.d.F. der Bekanntmachung vom 11.2.2003 (BGBl. I S. 169), zuletzt geändert durch V vom 23.10.2006 (BGBl. I S. 2334)

⁶⁹⁶ Vgl. Noelle/Rogmans, a.a.O., Ziff. 2102, S. 46

auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgeübt werden, die von einer zuständigen Behörde gewährt wurden (1. Alt.), oder wenn Auftraggeber, die unter § 98 Nr. 1 bis 3 GWB fallen, auf diese Personen einzeln oder gemeinsam einen beherrschenden Einfluss ausüben können (2. Alt.).

4.2. Verhältnis von § 98 Nr. 4, 2. Alt. zu § 98 Nr. 2 GWB

Die Frage der Zuordnung von Sektorenauftraggebern, die nicht nur die Merkmale des § 98 Nr. 4, 2. Alt. GWB, sondern auch des § 98 Nr. 2 erfüllen, hat deshalb besondere Bedeutung, weil nur die Sektorenauftraggeber nach Nr. 4 die Verfahrenswahlfreiheit nach § 101 Abs. 6 S. 2 GWB haben, während für die Auftraggeber nach Nr. 2 der Vorrang der öffentlichen Ausschreibung normiert ist. Nach h.M. ist Nr. 2 im Verhältnis zu Nr. 4, 2. Alt. *lex specialis* und somit vorrangig.⁶⁹⁷ Die Abgrenzung ist im Einzelfall jedoch schwierig, weil in beiden Fällen eine Beherrschung durch die öffentliche Hand besteht und die Unternehmen zur Erfüllung von Aufgaben im Allgemeininteresse tätig sind. Das entscheidende Kriterium für die Abgrenzung ist daher die Gewerblichkeit der ausgeübten Tätigkeit.⁶⁹⁸ Diejenigen Unternehmen, die eine Tätigkeit nichtgewerblicher Art ausüben, fallen unter Nr. 2, während die gewerblich (wirtschaftlich) tätigen Unternehmen von Nr. 4 erfasst werden.⁶⁹⁹

5. Staatlich subventionierte Auftraggeber (§ 98 Nr. 5 GWB)

Öffentliche Auftraggeber und damit vom Vergaberecht erfasst sind gem. § 98 Nr. 5 GWB solche natürlichen oder juristischen Personen des privaten Rechts, die für Tiefbaumaßnahmen, für die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden oder für damit in Verbindung stehende Dienstleistungen und Auslobungsverfahren von Stellen, die unter die Nrn. 1 bis 3 fallen, Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50 % finanziert werden.⁷⁰⁰ Es handelt sich hier um so genannte Drittvergaben. Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist zu verhindern, dass sich die öffentliche Hand ihren Verpflichtungen durch Zwischenschalten von subventionierten Auftraggebern entzieht.⁷⁰¹ Der in Nr. 5 gebrauchte Begriff „finanzieren“ ist bei richtlinienkonformer Auslegung im Sinne von „subventionieren“ zu verstehen.⁷⁰²

⁶⁹⁷ Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 282

⁶⁹⁸ Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 284

⁶⁹⁹ Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 284

⁷⁰⁰ Vgl. Noch, a.a.O., (2002), A.III.3.a) bb), S. 37

⁷⁰¹ In der EG-Richtlinie heißt es „subventionieren“.

⁷⁰² Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 286 bis 288

6. Baukonzessionäre (§ 98 Nr. 6 GWB)

Ebenso unterliegen die Baukonzessionäre der Ausschreibungspflicht gem. § 98 Nr. 6 GWB. Es handelt sich hier um solche natürlichen oder juristischen Personen des privaten Rechts, die mit Auftraggebern, die unter die Nr. 1 bis 3 fallen, einen Vertrag über die Erbringung von Bauleistungen abgeschlossen haben, bei dem die Gegenleistung anstelle der üblichen Vergütung in dem Recht auf Nutzung der baulichen Anlage (z.B. in dem Recht, eine Autobahnmaut vom Benutzer zu erheben), besteht (Baukonzession).⁷⁰³ Dabei gilt das Vergaberecht nicht für jede Baukonzessionsvergabe und deren Durchführung, sondern nur für Baukonzessionäre, die selbst öffentliche Auftraggeber sind.⁷⁰⁴ Bei der Beurteilung der Konzessionen ist zwischen Bau- und Dienstleistungskonzessionen sowie deren Mischformen zu unterscheiden. Dienstleistungskonzessionen fallen nämlich nicht unter Art. 17 die Richtlinie 2004/18/EG und unterliegen nicht den §§ 97 ff. GWB.⁷⁰⁵

III. Das PPP-Gesellschaftsmodell als Auftraggeber

Zu klären ist nun, ob ein privatrechtlich organisiertes PPP-Gesellschaftsmodell unter Beteiligung einer kommunalen Rechtsperson, wenn es eGovernment umsetzt, ein öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 98 GWB sein kann.

Sofern die Kommune eGovernment über ihren unselbständigen Eigenbetrieb umsetzt, bleibt sie öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 1 GWB. Wenn jedoch eine PPP in der Rechtsform einer GmbH oder AG handelt, an denen die kommunalen Rechtspersonen beteiligt sind, können sie keine öffentlichen Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 1 GWB sein. Diese Formen des Gesellschaftsrechts sind weder unselbständige Abteilungen noch Sondervermögen der kommunalen Gebietskörperschaften,⁷⁰⁶ so dass die Beteiligung der Kommune an dem rechtlich selbständigen PPP-Gesellschaftsmodell den institutionellen Auftraggeberbegriff i.S.d. § 98 Nr. 1 GWB ausschließt.⁷⁰⁷

Jedoch könnte ein PPP-Gesellschaftsmodell ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne eines Sektorenauftraggebers gem. § 94 Nr. 4 GWB sein, weil über die virtuelle Verwaltungsplattform „Telekommunikationsleistungen“ angeboten werden. Während ursprünglich alle Unternehmen vergaberechtlich als Sektorenauftraggeber angesehen wurden, die Telekommunikationsdienstleistungen angeboten haben und dabei von Gebietskörperschaften beherrscht oder aufgrund

⁷⁰³ Vgl. Noch, a.a.O., (2002), A.III.3.a) bb), S. 38

⁷⁰⁴ Vgl. Art. 3 BKR a.F. in Verbindung mit §§ 32, 32a VOB/A

⁷⁰⁵ Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 289 bis 291

⁷⁰⁶ Vgl. Wirner, in: LKV 2004, 145, (146)

⁷⁰⁷ Auch kommunale Public Public Partnership - Gesellschaften, an denen ein oder mehrere öffentliche Verwaltungsträger beteiligt sind, sind i.d.R. nicht als öffentliche Auftraggeber im Sinn des § 98 Nr. 1 GWB zu qualifizieren, da die einzelnen kommunalen Rechtspersonen als eigene Rechtspersonen keine unselbständigen Abteilungen/Eigenbetriebe innerhalb einer Gebietskörperschaft sind.

von besonderen Einwirkungsrechten tätig geworden sind,⁷⁰⁸ kann nach geltendem Recht eGovernment nicht mehr unter § 98 Nr. 4 GWB subsumiert werden, nachdem im Zuge der Liberalisierung seitens der EU die Telekommunikationsleistungen zwischenzeitlich aus dem Anwendungsbereich des § 98 Nr. 4 GWB herausgenommen worden sind.⁷⁰⁹ Dieser Bereich wird daher nicht mehr von den Vergabevorschriften (GWB, VgV und VOL/A) erfasst.⁷¹⁰ Im Übrigen könnte auch eine im Rahmen einer Kapazitätsauslastung erfolgende wirtschaftliche Betätigung wie das Angebot zusätzlicher privater Mehrwertdienste wegen ihrer untergeordneten Rolle das PPP-Gesellschaftsmodell nicht als Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 4 GWB qualifizieren.⁷¹¹

§ 98 Nr. 5 GWB könnte einschlägig sein, wenn die öffentliche (kommunale) Rechtsperson die Aufgabenstellung des privaten Unternehmens zu mehr als 50 % finanziert.⁷¹² In der Praxis wird aber eine derartige Kooperation nicht zum Tragen kommen, weil regelmäßig der öffentliche Verwaltungsträger einen privaten Investor sucht, der mit eigenen Mitteln die sonst für ihn nicht mögliche Investition tätigt.

Auch § 98 Nr. 6 GWB kommt nicht zur Anwendung, weil es bei öffentlich-rechtlichen Verwaltungsplattformen üblicherweise um die Beschaffung von Soft- und Hardware geht und nicht um Bauleistungen.⁷¹³

Schlussendlich bleibt zu prüfen, ob der öffentliche Auftraggeberbegriff i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB erfüllt ist, wenn die öffentliche Rechtsperson in Form eines Gesellschaftsmodells mit privaten Dritten kooperiert und diese PPP eigenständig am Markt private Leistungen nachfragt.⁷¹⁴

1. Der funktionale Auftraggeberbegriff des § 98 Nr. 2 GWB

Ziel dieser Vorschrift ist es, alle Einrichtungen, auch wenn sie in privatrechtlicher Form organisiert sind, dem Vergaberecht zu unterwerfen, wenn diese im Prinzip Aufgaben der öffentlichen Hand erledigen.⁷¹⁵ Bereits an dieser Stelle soll auf das „Beentjes Urteil“ des EuGH Bezug genommen werden, demzufolge formell selbständige private Stellen dann als öffentliche

⁷⁰⁸ Vgl. Crass, Der öffentliche Auftraggeber – Eine Untersuchung am Beispiel der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute und Energieversorgungsunternehmen, S. 123

⁷⁰⁹ Vgl. Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 106; Noelle/Romans, a.a.O., Ziff. 2102, S. 46. Die Herausnahme fußt auf einer Mitteilung der Kommission vom 08.05.1999, in der gem. Art. 8 Abs. 1 SKR (93/38/EWG) der Sektor Telekommunikation freigestellt worden ist (vgl. Noelle/Rogmans, a.a.O., Ziff. 2102, S. 46, Fn. 130 (ABI. 1999 Nr. C 129/11)).

⁷¹⁰ Vgl. Noch, a.a.O., (2002), A. III.3.a) bb), S. 38

⁷¹¹ Nach h.M. ist § 98 Nr. 2 GWB lex specialis zu Nr. 4 und im Anwendungsfall vorrangig heranzuziehen, weil mit der Umsetzung und Gewährleistung elektronischer Verwaltungsleistungen im eGovernment eine Tätigkeit nichtgewerblicher Art vorliegt.

⁷¹² Dann könnte jedoch das EG-Beihilferecht einschlägig sein (vgl. Kapitel 10, I.).

⁷¹³ Vgl. Eschenbruch, in: Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 98, Rn. 354

⁷¹⁴ Neben dem Erreichen der Schwellenwerte gem. § 2 VgV und dem Vorliegen des öffentlichen Auftrags nach § 99 GWB (siehe dazu auch die Ausführungen zu Kapitel 7 I. und II. 1.).

⁷¹⁵ Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 224

Auftraggeber gelten (funktionale Auftraggeberschaft), wenn und sobald sie im Kern staatliche Aufgaben wahrnehmen.⁷¹⁶ Eine reine Organisationsprivatisierung - also die Überführung vormals öffentlich-rechtlicher Bereiche in private Rechtsformen - würde als solche nicht ausreichen, um den vergaberechtlichen Status eines öffentlichen Auftraggebers abzulegen.⁷¹⁷

Gleichwohl bereitet die Einordnung des PPP-Gesellschaftsmodells unter § 98 Nr. 2 GWB wegen der tatbestandsreichen Definition dieser Vorschrift Schwierigkeiten. Die zur Erleichterung der Einordnung für jeden Mitgliedstaat im Anhang III zu Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie 2004/18/EG⁷¹⁸ geschaffenen Verzeichnisse helfen hier auch nicht entscheidend weiter,⁷¹⁹ weil dort nicht explizit auf die PPP-Gesellschaftsmodelle zur Errichtung einer eGovernment-Struktur verwiesen wird.

2. Tatbestandsmerkmale des funktionalen Auftraggeberbegriffs

Der EuGH hat sich in zwei Grundsatzurteilen mit den für eine „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ erforderlichen Kriterien befasst, und zwar in den Rechtssachen „Österreichische Staatsdruckerei“ und „Gemeinde Arnheim“.⁷²⁰ Er hat ausgeführt, dass eine öffentliche Einrichtung i.S.d. Art. 1 lit. b der Richtlinie 93/37/EWG dann gegeben ist, wenn die drei Tatbestandsmerkmale „Allgemeininteresse“, „nicht gewerblich“ und „Gründung zu dem besonderen Zweck“ kumulativ vorliegen. Im Fall der „Österreichischen Staatsdruckerei“ hat der EuGH auf die Vorschriften des österreichischen Staatsdruckereigesetzes und auf die Geheimhaltungs- und Sicherheitsvorschriften bei Druckerzeugnissen wie Reisepässen und Führerscheinen Bezug genommen und festgestellt, dass die Staatsdruckerei bei der Erfüllung der staatlichen Druckaufträge ein Ausschließlichkeitsrecht besitzt und deshalb sehr eng mit der öffentlichen Ordnung und dem institutionellen Funktionieren des Staates verbunden ist. Nicht ausschlaggebend sei hingegen, dass die Staatsdruckerei den Grundsätzen kaufmännischer Betriebsführung verpflichtet ist und sich zwischenzeitlich noch weitere Unternehmensfelder erschlossen hat. Entscheidend sei vielmehr die Tatsache, dass sie zu einem gewissen Anteil staatliche Druckaufträge erfüllt, auch wenn diese Aktivität nur einen untergeordneten Geschäftszweig darstellt.

Den Entscheidungsgründen ist zu entnehmen, dass ein Unternehmen nicht bereits dann als öffentliche Einrichtung zu qualifizieren ist, weil es von einem öffentlichen Auftraggeber gegründet wurde und von diesem finanzielle Zuwendungen erhält. Eine Projektgesellschaft, die vom öffentlichen Auftraggeber - im Gegensatz zu seinen Kerngeschäften - zur Erfüllung von Aufga-

⁷¹⁶ EuGH, Urteil vom 20.09.1988, Rs. C-31/87, (Gebroeders Beentjes), NVwZ 1990, 353

⁷¹⁷ Vgl. Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 29; Marx/Prieß, in: Jestaedt/Kemper/Marx/Prieß, a.a.O., Ziff. 2.2, S. 17

⁷¹⁸ Vgl. auch Art. 1 lit. b der BKR 93/37/EWG a.F:

⁷¹⁹ Vgl. dazu auch Kapitel 8, II. 2.1.

⁷²⁰ EuGH, Urteil vom 15.01.1998, Rs. C-44/96, (Mannesmann Anlagenbau Austria AG), NJW 1998, 3261 und EuGH, Urteil vom 12.11.1998, Rs. C-360/96, (Gemeinde Arnheim), NVwZ 1999, 397

ben gewerblicher Art gegründet wird, fällt nicht automatisch unter den Begriff der öffentlichen Einrichtung. Andererseits ändert sich aber am Geltungsanspruch der EG-Vergaberichtlinien nichts, wenn ein öffentlicher Auftraggeber Aufgaben auf ein Unternehmen überträgt, das nicht unter den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinien fällt. Für die Einordnung als öffentliche Einrichtung kommt es demnach auf eine Einzelfallprüfung im Rahmen der Gesamtumstände an.

Diese Grundsätze hat der EuGH in der Rechtssache „Gemeinde Arnheim“ bestätigt und dabei geklärt, dass die Abfallentsorgung eine im Allgemeininteresse liegende Tätigkeit nichtgewerblicher Art und somit eine Pflichtaufgabe der Gemeinden ist.

Parallel zur Entscheidung „Österreichische Staatsdruckerei“ hat die VK Bund die Deutsche Bundesdruckerei für den Bereich des Wert- und Sicherheitsdrucks als öffentliche Auftraggeberin i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB angesehen, unbeschadet der Tatsache, dass diese ihren geschäftlichen Schwerpunkt auf eine privatwirtschaftliche Tätigkeit verlagert hatte.⁷²¹

Auch in der Folgezeit hat der EuGH mehrfach über den öffentlichen Auftraggeberbegriff entschieden, wobei insbesondere die Rechtssache „Adolf Truley“ ins Auge sticht.⁷²² Hier ging es um die Frage, ob die „Bestattung Wien GmbH“ eine Einrichtung des öffentlichen Rechts i.S.d. Art. 1 lit. b BKR 93/37/EWG, DKR 92/50/EWG, LKR 93/36/EWG ist, die eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nichtgewerblicher Art ausübt.⁷²³ Der EuGH hat ausgeführt, dass der Begriff der „im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben“ dem Gemeinschaftsrecht unterliegt und deshalb unabhängig von nationalen Auslegungen zu definieren sei. Der EuGH beschreibt das Tatbestandsmerkmal des Allgemeininteresses und hebt hervor, dass das Vorhandensein eines Wettbewerbs nicht allein dafür maßgebend sei, dass keine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nichtgewerblicher Art vorliegt. Allerdings könne einem solchen Wettbewerb indizielle Wirkung für den Auftraggeberbegriff nach § 98 Nr. 2 GWB zukommen.⁷²⁴

In jüngerer Zeit wird bei der Frage der Einordnung eines PPP-Gesellschaftsmodells auf die sogenannte Kampfschuhe-Entscheidung des OLG Düsseldorf verwiesen.⁷²⁵ In dieser Rechtssache ging es um die vergaberechtliche Beurteilung der Neuorganisation der Bekleidungswirtschaft der Bundeswehr. Im Rahmen eines Privatisierungsvorganges war eine BeschaffungsgmbH gegründet worden, an der zu 25, 1 % die „g.e.b.b.“, eine zu 100% in der Hand des Bundes befindliche GmbH beteiligt war. Diese BeschaffungsgmbH sollte als privater Auftraggeber die notwendige Bundeswehrebekleidung besorgen und anschließend an die Bundes-

⁷²¹ VK Bund, Beschluss vom 18.10.1999, (VK 1-25/99)

⁷²² EuGH, Urteil vom 27.2.2003, Rs. C-373/00, (Adolf Truley GmbH), NZBau 2003, 287

⁷²³ Vgl. Wirner, Kommunale Wohnungsunternehmen als öffentliche Auftraggeber im Sinn der EG- Vergaberichtlinien, S. 80 f.

⁷²⁴ Vgl. Wirner, a.a.O., S. 80/81

⁷²⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.4.2003 – Verg. 67/02, OLGReport Düsseldorf 2003, 320 = VergR 2003, 436 = NZBau 2003, 401

wehr verkaufen, ohne dass diese Vorgänge dem öffentlichen Vergaberecht unterfallen sollten. Obgleich die Beschaffungs-GmbH einen Wettbewerb über die Bekleidungsbeschaffung durchgeführt hatte, klagte ein privater Mitbewerber erfolgreich gegen seine Nichtberücksichtigung bei der Auftragsvergabe. Das OLG Düsseldorf subsumierte die zwischengeschaltete Beschaffungs-GmbH unter den Begriff des öffentlichen Auftraggebers gem. § 98 Nr. 2 GWB, der bei der Beschaffung von Waren und Dienstleistungen das Vergaberecht zu beachten hat.⁷²⁶

Generell muss es sich nach der genannten Rechtsprechung des EuGH bei dem generalklauselartig konzipierten § 98 Nr. 2 GWB um so genannte staatsnahe juristische Personen handeln. Unter diesem Gesichtspunkt werden nachfolgend die in der (zitierten) Rechtsprechung genannten Kriterien des § 98 Nr. 2 GWB als Maßstab für ein PPP-Gesellschaftsmodell, das mit der Umsetzung und Implementierung von eGovernment beauftragt ist, geprüft:

2.1. Eigene Rechtspersönlichkeit

Der öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 2 GWB muss eine eigenständige Rechtsperson des öffentlichen oder des privaten Rechts sein.⁷²⁷

2.1.1. Juristische Personen des öffentlichen Rechts

Als rechtsfähige Personen des öffentlichen Rechts sind die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts anerkannt.⁷²⁸ Während die Gebietskörperschaften bereits vom vorrangigen § 98 Nr. 1 GWB erfasst werden, sind im (deutschen) Anhang III zur Richtlinie 2004/18/EG nahezu alle sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts aufgeführt, bspw. auch die wissenschaftlichen Hochschulen, die verfassten Studentenschaften, die Sozialversicherungen, die kassenärztlichen Vereinigungen oder die berufständischen Vereinigungen wie Rechtsanwalts-, Ärzte- und Architektenkammern.⁷²⁹ Soweit juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht in Anhang III genannt sind, ist jeweils umstritten, ob sie öffentliche Auftraggeber sein können, z.B. die Religionsgesellschaften, die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten oder die Sparkassen als öffentlich-rechtliche Kreditanstalten.⁷³⁰ Soweit nicht rechtsfähige Organisationseinheiten von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, z.B. die Fakultäten der Hochschulen, öffentlich-rechtliche Aufgaben erfüllen, würden diese bei streng wortgetreuer Auslegung unmittelbar nicht unter den personellen Anwendungsbereich

⁷²⁶ Vgl. Lensdorf/Steger, in: CR 2005, (164)

⁷²⁷ Vgl. u.a. Dietlein, Der Begriff des „funktionalen“ Auftraggebers nach § 98 Nr. 2 GWB, in: NZBau 2002, 136, (137/138); Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 32; Lensdorf/Steger, in: CR 2005, 161, (164)

⁷²⁸ Vgl. Häfner, in: Ax/Schneider/Bischoff, a.a.O., § 98, Rn. 5 f.

⁷²⁹ Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 233

⁷³⁰ Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 234

des § 98 Nr. 2 GWB fallen.⁷³¹ Das Schrifttum bejaht aber auch hier eine eigene Rechtspersönlichkeit im Sinne des Vergaberechts, wenn der Umfang der eigenen Rechte und Pflichten es dieser Organisationseinheit erlaubt, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Aufträge zu vergeben und sämtliche mit dem Vergabeverfahren in Beziehung stehenden Angelegenheiten, wie z.B. die Beteiligung an einem Vergabeprüfverfahren, im eigenen Namen wahrzunehmen. Um eine umfassende vergaberechtliche Berücksichtigung zu gewährleisten, sollen derartige teilrechtsfähige Rechtsformen des öffentlichen Rechts im Wege der Analogie in den Auftraggeberbegriff i.S.d. § 98 GWB einbezogen sein.⁷³²

2.1.2. Juristische Personen des Privatrechts

Keine Probleme ergeben sich, wenn der Auftraggeber sich eindeutig als Rechtsperson des Privatrechts erweist.⁷³³ Juristische Personen des Privatrechts sind Aktiengesellschaften (AG), Kommanditgesellschaften auf Aktien (KGaA), Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH), eingetragene Vereine (§§ 21 ff. BGB), Genossenschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit sowie rechtsfähige Stiftungen. Bei diesen Rechtssubjekten kann die rechtliche Zuordnung als öffentlicher Auftraggeber nach rein formalen Gesichtspunkten erfolgen.⁷³⁴

Fraglich könnte aber sein, ob auch die Vorstadien solcher Gesellschaften erfasst sind. Die bereits durch Gesellschaftsvertrag gegründete, aber noch nicht eingetragene Gesellschaft - vor allem die Vor-GmbH oder die Vor-AG - stellt ein Rechtsgebilde sui generis dar, das noch keine juristische Person ist. Als notwendige Vorstufe zur juristischen Person untersteht sie dem Recht der einzutragenden Gesellschaft, soweit dies mit ihrem besonderen Zweck vereinbar ist und nicht die Rechtsfähigkeit voraussetzt. Nach einhelliger Meinung ist eine solche „Vor-Gesellschaft“ zum Auftreten und Handeln im Rechts- und Geschäftsverkehr berechtigt und dabei - abgesehen von der Rechtsfähigkeit im engeren Sinn - einer juristischen Person bereits weitgehend angenähert. Im vergaberechtlichen Sinne ist somit die Vorgesellschaft so zu behandeln wie die später entstehende Gesellschaft.⁷³⁵

Anders sieht es für die Vorgründungsgesellschaft aus. Allgemein wird angenommen, dass diese in der Rechtsform einer BGB-Gesellschaft allein zum Zweck der GmbH-Gründung auftritt. Die Anwendung des funktionalen Auftraggeberbegriffs ist daher bei einer derartigen Vorgründungsgesellschaft dann möglich, wenn zur Verfolgung des Gründungszwecks öffentliche Aufträge vergeben werden sollen.⁷³⁶

⁷³¹ Vgl. Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 34

⁷³² Vgl. Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 34

⁷³³ Vgl. Dietlein, in: NZBau 2002, 136, (137)

⁷³⁴ Vgl. Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 35

⁷³⁵ Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 236

⁷³⁶ Vgl. Dietlein, in: NZBau 2002, 136, (138)

Problematischer ist die Erfassung von Personengesellschaften, die - wie die offene Handelsgesellschaft (OHG) und die Kommanditgesellschaft (KG) - zwar gem. § 124 HGB teilrechtsfähig und damit rechtlich weitgehend verselbständigt sind, jedoch nicht über die Rechtsqualität einer juristischen Person verfügen.⁷³⁷

Nach dem klaren Wortlaut des § 98 Nr. 2 GWB und der EG-Richtlinien würde dies gegen die Eingliederung von Personengesellschaften als öffentliche Auftraggeber sprechen.⁷³⁸ Deshalb hat der VÜA Brandenburg entschieden, dass eine KG kein Auftraggeber i.S.d. (damals gültigen) § 57 a Nr. 2 HGrG sei.⁷³⁹

Zweifel an dieser Entscheidung sind aber berechtigt, da die Koordinierungsrichtlinien nicht den Begriff der juristischen Person verwenden, sondern den der „Einrichtung“. Zwar müssen auch Einrichtungen eine Rechtspersönlichkeit vorweisen, die Koordinierungsrichtlinien verlangen aber nicht die formale Stellung als juristische Person.

Im Hinblick auf die Zielsetzung der EG-Richtlinien und zur Unterbindung von Umgehungsmöglichkeiten,⁷⁴⁰ hat das Schrifttum diese Auffassung für „zu begriffsjuristisch“ gehalten und die Meinung vertreten, dass - wie bei den teilrechtsfähigen Formen des öffentlichen Rechts - auch Personengesellschaften im Wege der Analogie unter § 98 Nr. 2 GWB fallen, wenn diese teilrechtsfähigen Rechtsformen des Privatrechts (OHG, KG) in der Lage sind, Aufträge im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu vergeben und sämtliche aus dem Vergabeverfahren entstehenden Rechte und Pflichten selbstständig einzugehen, wie dies bei KG und OHG der Fall ist (§§ 124, 105, 161 Abs. 2 HGB).⁷⁴¹

Auch die Rechtsprechung des EuGH fordert nicht das formale Vorliegen einer juristischen Person, sondern entsprechend seinem funktionalen Verständnis vom Auftraggeberbegriff, dass die jeweilige Rechtsform die Fähigkeit haben müsse, in eigenem Namen Rechte und Pflichten ausüben zu können.⁷⁴²

Somit sind auch jene Rechtsformen, die auf Grund ihrer Teilrechtsfähigkeit noch nicht als juristische Personen des Privatrechts gelten, richtlinienkonform auszulegen und im Wege der Analogie in den Regelungsumfang des § 98 Nr. 2 GWB einzubeziehen.⁷⁴³ Entsprechendes muss dann auch für BGB-Gesellschaften gelten, deren Rechts- und Parteifähigkeit erstmals durch den 2. Zivilsenat des BGH anerkannt wurde.⁷⁴⁴ Hinsichtlich der vergaberechtlichen Be-

⁷³⁷ Vgl. §§ 161 Abs. 2, 124 Abs.1, 105 HGB i.V.m. §§ 705 ff. BGB

⁷³⁸ Vgl. Wörner, in: LKV 2004, 145, (147)

⁷³⁹ Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 238

⁷⁴⁰ Vgl. Kleine/Flöther/Bräuer, in: NVwZ 2002, 1046, (1048)

⁷⁴¹ Vgl. Dietlein, in: NZBau 2002, 136, (137)

⁷⁴² EuGH, Urteil vom 27.2.2003, Rs. C-373/00, (Adolf Truley GmbH), NZBau 2003, 287

⁷⁴³ Vgl. Eschenbruch, in: Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 98, Rn. 97

⁷⁴⁴ BGH vom 29.1.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 = BGH, NJW 2001, 1056 ff.

rücksichtigung erfüllen auch diese Gesellschaftsformen grundsätzlich die Qualifikation eines öffentlichen Auftraggebers gem. § 98 Nr. 2 GWB, wenn sie öffentliche Aufträge vergeben.⁷⁴⁵ Gründet also eine kommunale Rechtsperson in Kooperation mit privaten Dritten ein PPP-Gesellschaftsmodell zur Umsetzung von eGovernment, so ist der Anwendungsbereich des § 98 Nr. 2 GWB gegeben, wenn diese Rechtsform im eigenen Namen Rechte und Pflichten eingehen kann. Dies gilt auch für die teilrechtsfähigen Personengesellschaften und für die BGB-Gesellschaft.⁷⁴⁶ Eine andere Auslegung würde dem gemeinschaftsrechtlichen Verständnis vom funktionalen Auftraggeberbegriff widersprechen. Deswegen ist auch die von kommunalen Rechtspersonen häufig vertretene Auffassung, die Auftragsvergabe durch eine juristische Person des Privatrechts unterliege dann nicht dem Vergaberecht, wenn eine Gebietskörperschaft Anteilseigner sei, nicht haltbar.⁷⁴⁷

2.2. Aufgaben im Allgemeininteresse nicht gewerblicher Art als besonderer Gründungszweck

Die funktionale Ausrichtung des Auftraggeberbegriffs erfolgt im Wesentlichen durch die aufgabenbezogene Definition des § 98 Nr. 2 GWB.⁷⁴⁸ Entscheidend ist, inwieweit das beabsichtigte und tatsächliche Tätigkeitsfeld der staatlichen Sphäre zuzuordnen ist. Dabei muss eine finale Verknüpfung zwischen den Kriterien Allgemeininteresse, Nichtgewerblichkeit und besonderer Gründungszweck bestehen.⁷⁴⁹

2.2.1. Merkmal Allgemeininteresse

Beim Allgemeininteresse handelt es sich um ein sehr umstrittenes Tatbestandsmerkmal des § 98 Nr. 2 GWB,⁷⁵⁰ weil sich sein Inhalt weder aus dem Europäischen Gemeinschaftsrecht noch aus der deutschen Rechtsterminologie unmittelbar ergibt.⁷⁵¹ Es existiert lediglich eine knappe Erläuterung der Europäischen Kommission aus dem Jahre 1991.⁷⁵² Zunächst könnte man unter „im Allgemeininteresse liegende Aufgaben“ alle genuin staatlichen Aufgaben verstehen und damit alle Aufgaben, die zwar nicht mehr unter die Ausübung hoheitlicher Befugnisse fallen, aber auf jeden Fall mit dem institutionellen Funktionieren des Staates verbunden

⁷⁴⁵ Vgl. VK Münster, Beschluss vom 24.6.2002 – VK-03/02; VK Südbayern, Beschluss vom 5.9.2002 –35-07/02; bzw. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 240/241; Noelle/Rogmans, a.a.O., Ziff. 2100, S. 31

⁷⁴⁶ Vgl. Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 39; Stickler, in: Reidt/Stickler/Glahs, a.a.O., § 98, Rn. 12; Dreher, in: DB 1998, 2579, (2580)

⁷⁴⁷ Vgl. Wirner, in: LKV 2004, 145, (147)

⁷⁴⁸ Art. 1 Abs. 9 lit. a – c Richtlinie 2004/18/EG

⁷⁴⁹ Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 242

⁷⁵⁰ Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 247; Dietlein, in: NZBau 2002, 136, (138)

⁷⁵¹ Vgl. Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 42

⁷⁵² Vgl. Noelle/Rogmans, a.a.O., Ziff. 2101, S. 36

sind. Diese genuin staatlichen Aufgabenstellungen können aber in den einzelnen Mitgliedsstaaten unterschiedlich sein und deshalb zu einer uneinheitlichen Rechtslage führen.⁷⁵³ Daher ist dieses Kriterium europakonform auszulegen.⁷⁵⁴ Nach Sinn und Zweck lässt sich das Allgemeininteresse am ehesten so umschreiben, dass nur solche Einrichtungen als öffentliche Auftraggeber gelten und damit der Ausschreibungspflicht unterliegen, die von ihrer rechtlichen Zweckbestimmung her Aufgaben erfüllen, die im gesamtgesellschaftlichen Interesse liegen, ohne dass es auf die formale Rechtsform der Unternehmen ankommt.⁷⁵⁵ Der EuGH hat ein solches Interesse jedenfalls dann als gegeben angesehen, wenn die Aufgaben eng mit der öffentlichen Ordnung und der Funktionsfähigkeit des Staates verknüpft sind und nach einer Versorgungsgarantie verlangen.⁷⁵⁶ Er hat zum Ausdruck gebracht, dass es sich nur um Aufgaben handeln dürfe, die keinesfalls ausschließlich privaten Anbietern überlassen werden können.⁷⁵⁷ In einem weiteren Urteil hat der EuGH unter Bezugnahme auf das Verzeichnis im Anhang I der Baukoordinierungsrichtlinie (BKR 93/37/EWG) festgestellt, dass es sich um solche Aufgaben handeln müsse, die der Staat aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte. Im konkreten Fall hat er dies für die Bereiche der öffentlichen Gesundheit und des Umweltschutzes bejaht.⁷⁵⁸ Der VÜA Bund hat Aufgaben namentlich dann als im Allgemeininteresse liegend angesehen, wenn sie genuinstaatlicher Natur sind,⁷⁵⁹ z.B. die vom Staat garantierten Gemeinwohlaufgaben.⁷⁶⁰ Das VG Koblenz stellt darauf ab, ob die kommunale Aufgabe Bestandteil der von den Gemeinden zu erbringenden Daseinsvorsorge (Pflichtaufgabe der kommunalen Selbstverwaltung) ist.⁷⁶¹ Im konkreten Fall ist dies für den Bereich der Wasserversorgung bejaht worden, da diese eine besonders wichtige Grundversorgung der Bevölkerung sicherstellt. Nach VÜA Brandenburg soll es ebenfalls genügen, wenn die Aufgaben im gesamtgesellschaftlichen Interesse liegen.⁷⁶² Die öffentlich-rechtliche Organisationsform einer Einrichtung kann Indizwirkung dafür entfalten, dass ihr Handeln einer öffentlichen Zwecksetzung und damit dem Allgemeininteresse entspricht, denn meist ist sie untrennbar mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben verbunden. So dürfen juristische Personen des öffentlichen Rechts regelmäßig nur dann gegründet werden, wenn ihre Aufgaben im Interesse der Allgemeinheit liegen, da anderenfalls ein Verstoß

⁷⁵³ Vgl. Dietlein, in: NZBau 2002, 136, (138); Lensdorf/Steger, in: CR 2005, 161, (164)

⁷⁵⁴ EuGH, Urteil vom 27.2.2003, Rs. C-373/00, (Adolf Truley GmbH), NZBau 2003, 287, (291), Rn. 45

⁷⁵⁵ Vgl. Noch, a.a.O., (2002), B.I.b) bb) (2), S. 99 mit Nachweisen

⁷⁵⁶ EuGH vom 15.01.1998, Rs. C-44/96, (Österreichische Staatsdruckerei), EuZW 1998, 120, (122)

⁷⁵⁷ Vgl. Lensdorf/Steger, in: CR 2005, 161, (165)

⁷⁵⁸ EuGH, Urteil vom 12.11.1998, Rs. C-360/96, (Gemeente Arnheim), NVwZ 1999, 397

⁷⁵⁹ VÜA Bund, Beschluss vom 12.04.1995, 1 VÜ 1/95

⁷⁶⁰ VÜA Bund, Beschluss vom 13.12.1995, 1 VÜ 6/95

⁷⁶¹ VG Koblenz in: IBR 1997, 485

⁷⁶² VÜA Brandenburg, Beschluss vom 25.05.1998, 1 VÜA 6/96-2

gegen Art. 3 Abs. 1 GG vorliegen könnte.⁷⁶³ Dies gilt insbesondere im Kommunalrecht, das kommunalen Rechtspersonen grundsätzlich nur dann die Gründung eines wirtschaftlich ausgerichteten Unternehmens gestattet, wenn dies durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt ist.⁷⁶⁴

Gemeinschaftsrechtlich lässt sich der vergaberechtliche Begriff des Allgemeininteresses nach den Grundsätzen des EG-Vertrages konkretisieren. Danach sind Aufgaben, die im Allgemeininteresse liegen, solche, die zum einen eng mit der öffentlichen Ordnung und mit dem institutionellen Funktionieren des Staates verknüpft sind und zum anderen dem öffentlichen Wohl dienen und deshalb im gesamtgesellschaftlichen Interesse liegen.⁷⁶⁵ Es handelt sich regelmäßig um Aufgaben, die der Staat selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte. Dabei steht der Anwendung des § 98 Nr. 2 GWB nicht entgegen, wenn der Auftraggeber nicht nur ausschließlich zu dem Zwecke tätig ist, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen.⁷⁶⁶

Im Schrifttum wird der Begriff des Allgemeininteresses in vergaberechtlicher Hinsicht so konkretisiert, dass es sich hier um die Bestimmung eines Bereichs handelt, der schon aufgrund der staatlichen Nähe besonderen rechtlichen Normen unterfällt und vom Bereich der rein privaten Zweckverfolgung, der lediglich den allgemein geltenden Regelungen unterliegt, abgegrenzt ist.⁷⁶⁷ Damit sind auch Aufgaben verbunden, die den staatlichen Verwaltungsträgern aufgrund ihrer Handlungs- bzw. Organisations- und Gestaltungspflichten auferlegt sind.⁷⁶⁸ Auch ist das Allgemeininteresse an einer Aufgabe zu bejahen, wenn ein Kollektivbedürfnis oder eine Vorsorgetätigkeit für den Bürger vorliegt.⁷⁶⁹

In der „Kampfschuhe-Entscheidung“ hat das OLG Düsseldorf entschieden, dass die Beschaffung von Bundeswehr-Bekleidung für den Staat gem. Art. 87b Abs. 1 S. 2 GG eine eigene und im Allgemeininteresse liegende Aufgabe darstellt. An diesem Allgemeininteresse würde sich auch dann nichts ändern, wenn im Zuge einer Organisationsprivatisierung ein privates Unternehmen die Beschaffung vornimmt.

Werden bei der Umsetzung von eGovernment über ein PPP-Gesellschaftsmodell lediglich einzelne IT-Leistungen auf das PPP-Gesellschaftsmodell übertragen, dann ist es nicht offensichtlich, inwieweit diese Auslagerung eng mit der öffentlichen Ordnung und dem institutio-

⁷⁶³ Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 249

⁷⁶⁴ Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 251; vgl. dazu auch Kapitel 3, III. 3.1.

⁷⁶⁵ So EuGH, Urteil vom 15.01.1998, Rs. C-44/96, (Mannesmann Anlagenbau Austria AG), EuZW 1998, 120

⁷⁶⁶ So EuGH, Urteil vom 15.01.1998, Rs. C-44/96, (Mannesmann Anlagenbau Austria AG), EuZW 1998, 120, das mit Urteil vom 12.11.1998, Rs. C-360/96, (Gemeente Arnheim), NVwZ 1999, 397 bestätigt wurde.

⁷⁶⁷ Vgl. Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 47; unter Bezugnahme auf Dreher, in: DB 1998, 2579, (2582)

⁷⁶⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 15.1.1998, Rs. C-44/96, (Mannesmann-Anlagenbau Austria AG), EuZW 1998, 120, Rn. 22 ff.

⁷⁶⁹ BayObLG, Beschluss vom 5.11.2002 – Verg. 22/02 – Münchener U-Bahn-Netz, BayObLGZ 2002 Nr. 60 = IBR 2003, 99; EuGH, Urteil vom 12.11.1998, Rs. C-360/96, (Gemeente Arnheim), NVwZ 1999, 397

nellen Funktionieren des Staates verbunden sein könnte. So fehlt es bereits an einer mit Art. 87b Abs. 1 S. 2 GG vergleichbaren Regelung, die den öffentlichen Verwaltungsträgern die Durchführung von IT-Leistungen als öffentliche Aufgabe zuweist. Wenn man der Meinung ist, dass eGovernment nicht lediglich als bloße Datenvermittlung über Mobil- bzw. Festnetze zu verstehen ist, ist Art. 87f GG ohnehin nicht einschlägig.

Auch aus Art. 33 Abs. 4 GG und Art. 28 Abs. 2 GG lassen sich keine im Allgemeininteresse liegende Aufgaben ableiten, wenn allein auf die Auslagerung von IT-Leistungen abgestellt wird.⁷⁷⁰ Dagegen könnten diese Normen dann herangezogen werden, wenn eGovernment die elektronische Umsetzung staatlichen Handelns darstellt. So beinhaltet Art. 33 Abs. 4 GG die Pflicht, hoheitliche Befugnisse regelmäßig durch Angehörige des öffentlichen Dienstes, die in einem öffentlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, ausführen zu lassen. Zwar betrifft Art. 33 Abs. 4 GG nicht die Bereitstellung der dazu notwendigen Mittel. Jedoch dürfen hoheitliche Maßnahmen wie elektronische Verwaltungsakte oder öffentlich-rechtliche Verträge nur von der öffentlichen Verwaltung durchgeführt werden. Dabei mag die technische Durchführung privaten Dritten überlassen werden, wenn ein IT-Unternehmen eine Internetplattform für den Verwaltungsträger betreibt. Da die eigentliche Aufgabenverantwortung bei der Person des öffentlichen Rechts verbleibt, handelt es sich um eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe, wenn der öffentliche Verwaltungsträger am PPP-Gesellschaftsmodell beteiligt ist und weiterhin die Aufgabenverantwortung trägt.⁷⁷¹

Aufgrund dieser grundsätzlichen Überlegungen lässt sich eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabenzuweisung aus Art. 28 Abs. 2 GG herleiten. Die kommunalen Körperschaften sind auf ihrem Hoheitsgebiet Träger der öffentlichen Verwaltung und für ihr Verwaltungshandeln verantwortlich. Zwar berührt auch Art. 28 Abs. 2 GG nicht die Bereitstellung der erforderlichen Mittel. Jedoch obliegt die elektronische Umsetzung der Verwaltungsleistungen zweifellos der Aufgabenverantwortung der jeweiligen Gebietskörperschaft. Damit begründet Art. 28 Abs. 2 GG eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe, sobald eGovernment in die kommunale Verwaltungsstruktur implementiert werden soll.

Stellt man darauf ab, dass eGovernment das Verwaltungshandeln elektronisch abbildet, dann sind aufgrund der originären Handlungs-, Organisations- und Gestaltungspflichten der öffentlichen Verwaltung sämtliche elektronischen Verwaltungsmaßnahmen originäre im Allgemeininteresse liegende Aufgaben des öffentlichen Verwaltungsträgers.⁷⁷² Wenn dann diese IT-Leistungen auf das PPP-Gesellschaftsmodell ausgelagert werden, handelt es sich um eine Ne-

⁷⁷⁰ Vgl. Lensdorf/Steger, in: CR 2005, 161, (165)

⁷⁷¹ Aufgabenzuweisung aus Art. 33 Abs. 4 GG.

⁷⁷² Vgl. dazu ausführlich Kapitel 3, II. 3.

benleistung, die im unmittelbaren Zusammenhang mit der öffentlichen Aufgabe der Umsetzung von eGovernment steht.

Nachdem es beim eGovernment um sehr komplexe IT-Dienstleistungen geht, kann auch die Auslagerung der technischen Durchführung nicht von der eigentlichen Verwaltungsaufgabe getrennt werden.⁷⁷³

Wenn öffentliche Verwaltungsaufgaben elektronisch umgesetzt werden, entsteht ein enger Bezug zwischen den Verwaltungs- und den IT-Dienstleistungen. Die Erfüllung der Verwaltungsaufgaben ist hier vom Funktionieren der entsprechenden IT-Systeme abhängig.⁷⁷⁴ Im Ergebnis wird dadurch neben der Betriebsverantwortung auch ein Teil der öffentlichen Aufgabenverantwortung auf das PPP-Gesellschaftsmodell übertragen. Im Sinne der EuGH Rechtsprechung ist dann die Bereitstellung der IT-Dienstleistungen so eng mit der öffentlichen Ordnung und dem institutionellen Funktionieren des Staates verbunden, dass die Erbringung der elektronischen Verwaltungsleistungen durch ein IT-Dienstleistungsunternehmen mit der Erfüllung einer Aufgabe im allgemeinen Interesse gleichzusetzen ist.

Die Bereitstellung von elektronischen Verwaltungsleistungen erweist sich schließlich in der technisierten Gesellschaft als notwendige Maßnahme zur Gewährleistung des staatlichen Infrastrukturauftrages,⁷⁷⁵ so dass auch deswegen in der Gründung eines PPP-Gesellschaftsmodells zur Umsetzung von eGovernment eine im Allgemeininteresse liegende Maßnahme zu sehen ist.⁷⁷⁶

Mit diesen Überlegungen allein weist jedoch der Begriff des Allgemeininteresses immer noch nicht die notwendige begriffliche Schärfe auf. Er soll deshalb im Kontext mit den vergaberechtlichen Begriffen bzw. Merkmalen der „nicht gewerblichen Art“ und des „besonderen Gründungszwecks“ definiert werden.⁷⁷⁷

2.2.2. Das Merkmal der „nicht gewerblichen Art“

Die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben müssen „nichtgewerblicher Art“ sein. Dieses Tatbestandsmerkmal ist identisch mit dem Begriff der „Einrichtung des öffentlichen Rechts“ in Art. 1 Abs. 9 Richtlinie 2004/18/EG. Die französische sowie die englische Version stellen an gleicher Stelle darauf ab, dass die juristische Person, um öffentlicher Auftraggeber zu sein, keinen kommerziellen oder industriellen Charakter aufweisen dürfe. Es liegt nahe, dass auch der deutsche Begriff der Nichtgewerblichkeit in diesem Sinne auszulegen ist.

⁷⁷³ Vgl. Lensdorf/Steger, in: CR 2005, 161, (166)

⁷⁷⁴ Vgl. Lensdorf/Steger, in: CR 2005, 161, (166)

⁷⁷⁵ Vgl. Dietlein, in: NZBau 2002, 136, (139)

⁷⁷⁶ Kapitel 3, II. 3.2.

⁷⁷⁷ Vgl. Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 49; Noelle/Rogmans, a.a.O., Ziff. 2101, S. 36 f.

Demnach wäre das Kriterium „nichtgewerblich“ in Anlehnung an Art. 1 Abs. 9 lit. a der Richtlinie 2004/18/EG dahingehend zu interpretieren, dass das Rechtssubjekt nicht den Charakter eines Handels- bzw. Industrieunternehmens besitzen bzw. keinen kommerziellen oder industriellen Charakter aufweisen darf.⁷⁷⁸

Allerdings ist der EuGH der Auffassung, dass das Merkmal der nichtgewerblichen Art sich nicht auf die Unternehmenseinheit, sondern auf die Aufgabenerfüllung selbst bezieht.⁷⁷⁹ Er hat das Tatbestandsmerkmal „nichtgewerblich“ erstmals im Arnheim-Urteil aufgegriffen.⁷⁸⁰ Dabei hat er die Eigenständigkeit dieses Tatbestandsmerkmals ausdrücklich hervorgehoben und den Begriff mit Inhalt ausgefüllt. Laut EuGH ist eine Aufgabenerfüllung nicht schon deshalb als gewerblich zu qualifizieren, weil sie auch von privaten Anbietern erbracht werden kann. Zwar könnten das Vorliegen eines wirtschaftlichen Wettbewerbs und der Umstand, dass die betreffende Einrichtung auf dem Markt im Wettbewerb steht, darauf hindeuten, dass es sich nicht um eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nichtgewerblicher Art handelt. Für staatlich kontrollierte Unternehmen bestünde hingegen beim Vorliegen eines Wettbewerbs gleichwohl die Möglichkeit, sich von anderen als ökonomischen Überlegungen bei der Beschaffung von Waren und Dienstleistungen leiten zu lassen.⁷⁸¹ Dies gelte erst recht, soweit die kommunale Rechtsperson aus Gründen des Allgemeininteresses die Aufgaben selbst erfüllen bzw. entscheidenden Einfluss behalten möchte oder wenn sie diesen Einfluss aufgrund der Gesetzeslage behalten muss.⁷⁸² In diesen Fällen sind die jeweiligen Unternehmen als öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren, damit durch die Anwendung des Vergaberechts eine transparente und offene Einkaufspolitik gewährleistet ist.⁷⁸³

Das Merkmal der Nichtgewerblichkeit wird nach der EuGH-Rechtsprechung unternehmensbezogen verwendet. Auf den Charakter der Aufgabe wird nicht abgestellt.⁷⁸⁴ Deshalb kommt es nach Auffassung des EuGH immer auf die Gesamtschau der Umstände an, so dass im Einzelfall geprüft werden muss, ob die juristische Person ihre Aufgaben in nichtgewerblicher Weise erfüllt.⁷⁸⁵

In der Praxis wird als wichtiges Kriterium zur Beurteilung der Nichtgewerblichkeit die Absicht der Gewinnerzielung angesehen. Tätigkeiten, die zum Zwecke der Gewinnerzielung aus-

⁷⁷⁸ Vgl. Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 52

⁷⁷⁹ EuGH, Urteil vom 12.11.1998, Rs. C-360/96, (Gemeente Arnheim), NVwZ 1999, 397

⁷⁸⁰ EuGH, Urteil vom 12.11.1998, Rs. C-360/96, (Gemeente Arnheim), NVwZ 1999, 397

⁷⁸¹ EuGH, Urteil vom 12.11.1998, Rs. C-360/96, (Gemeente Arnheim), NVwZ 1999, 397; sowie EuGH, Urteil vom 10.5.2001, Rs. C-223/99, Rs. C-260/99, (Agora/Excelsior/Ente Fiera), NZBau 2001, 403, (405), Rn. 37/41

⁷⁸² Vgl. Lensdorf/Steger, in: CR 2005, 161, (166)

⁷⁸³ Vgl. Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 53

⁷⁸⁴ Vgl. insb. EuGH, Urteil vom 10.5.2001, Rs. C-260/99, (Ente Fiera), NZBau 2001, 403, (405 f.), Rn. 37 f; so auch Dietlein/Heinemann, Public Private Partnership und Vergaberecht im Bereich der Bundeswehr, in: NVwZ 2003, 1080

⁷⁸⁵ EuGH, Urteil vom 15.01.1998, Rs. C-44/96, (Mannesmann Anlagenbau Austria AG), EuZW 1998, 120 f.

geübt werden, sind prinzipiell gewerblicher Natur. Dabei ist eine Gewinnerzielungsabsicht nicht schon dann anzunehmen, wenn das Unternehmen ebenso organisiert ist wie ein auf Gewinn ausgerichtetes Unternehmen. Auch spielt es keine Rolle, dass private Anbieter diese Leistungen erbringen können, weil in der heutigen Zeit nahezu alle Aufgabenstellungen außerhalb des hoheitlichen Tätigkeitsbereichs auch von privaten Anbietern wahrgenommen werden können.⁷⁸⁶ Die Orientierung an der Gewinnerzielungsabsicht kollidiert aber mit dem funktionalen Verständnis des Auftraggeberbegriffs. Den im Rahmen der Privatisierung bevorzugten Rechtsformen der GmbH und der AG ist wiederum die Gewinnerzielungsabsicht wesensimmanent, so dass die Heranziehung allein dieses Kriteriums dazu führen würde, § 98 Nr. 2 GWB obsolet zu machen.⁷⁸⁷

Deshalb sieht der VÜA Bund als wesentliches Kennzeichen für die Ausübung von Allgemeininteressen nichtgewerblicher Art an, dass die jeweilige Tätigkeit unabhängig vom Ziel der Kostendeckung durchgeführt wird.⁷⁸⁸ Dem steht nicht entgegen, wenn tatsächlich kostendeckend gearbeitet wird oder Gewinne erzielt werden. Entscheidend ist, dass die Aufgabenerfüllung davon unabhängig ist, ob und in welchem Umfang die Kosten gedeckt sind. Es muss also eine tendenzielle Gesamtbetrachtung erfolgen, da bereits die Erfüllung nichtgewerblicher Tätigkeiten in einem Teil des Unternehmens zu einer „Infizierung“ in der Weise führen kann, dass das gesamte Rechtssubjekt zu einem öffentlichen Auftraggeber wird (so genannte Infizierungstheorie).⁷⁸⁹ Auf den prozentualen Anteil kommt es dann nicht an. Der Grund für diese Interpretation ist, dass bei einem zu engen Verständnis sich der Auftraggeber dem Anwendungsbereich des Vergaberechts entziehen könnte. Das aber widerspricht der Intention des öffentlichen Vergaberechts.⁷⁹⁰

Meiner Ansicht nach ist für die Frage der Nichtgewerblichkeit ausschlaggebend, ob das unternehmerische Handeln einer Rechtsperson den freien Kräften des Marktes in der Weise ausgesetzt ist, dass es entscheidend von marktwirtschaftlichen Maximen bestimmt wird. Somit spricht für die Gewerblichkeit eine existierende Konkurrenzsituation mit anderen Anbietern auf dem freien Markt. Darüber hinaus sind auch der Grad und die Ausprägung einer möglichen marktunabhängigen Einflussnahme öffentlicher Stellen auf den jeweiligen Geschäftsbetrieb für eine Bewertung der Nichtgewerblichkeit von Bedeutung. Besteht z.B. die Möglichkeit staatlicher Alimentierung oder Bezuschussung im Falle unbefriedigender Geschäftsergebnisse, so ist dies als Indiz für die fehlende Gewerblichkeit zu werten. Trägt dagegen das Unternehmen sein wirtschaftliches Risiko allein und bestehen keine staatlichen Ausgleichsme-

⁷⁸⁶ Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 257

⁷⁸⁷ Vgl. Dietlein/Heinemann, in: NZBau 2002, 136, (139)

⁷⁸⁸ VÜA Bund, Beschluss vom 17.11.1998 - 1 VÜ 15798

⁷⁸⁹ Vgl. Noch, a.a.O., (2002), B. I 1 b) bb) (3), S. 99

⁷⁹⁰ Vgl. Noch, a.a.O., (2002), B. I 1 b) bb) (3), S. 99

chanismen, dann spricht dies nach Auffassung des EuGH für einen gewerblichen Charakter des Unternehmens.⁷⁹¹ Davon ist unabhängig, welchen Anteil die Erfüllung einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe nichtgewerblicher Art an der Gesamttätigkeit des PPP-Gesellschaftsmodells hat, da nach dem Infizierungsgrundsatz die öffentliche Auftraggebereigenschaft bereits dann begründet ist, wenn nur ein geringer Tätigkeitsanteil im Allgemeininteresse liegt und nichtgewerblicher Art ist.⁷⁹²

Zu prüfen ist nun, ob sich die elektronische Umsetzung öffentlich-rechtlicher Verwaltungstätigkeiten bzw. -leistungen im Zuge von eGovernment unter das Merkmal der Nichtgewerblichkeit subsumieren lässt.

Für die Gewerblichkeit spricht zunächst, dass der private Partner gewinnorientiert arbeiten will, um seine Unternehmertätigkeit refinanzieren zu können. Deshalb werden regelmäßig über die virtuelle Verwaltungsplattform Mehrwertdienste wie bspw. Informationsdienste oder Werbung gegen Entgelt angeboten. Auch die kommunale Rechtsperson gründet eine PPP u.a. mit der wirtschaftlichen Zielsetzung, im Rahmen des „outsourcing“ Kosten einzusparen.⁷⁹³ Die Abwälzung des Kostenrisikos auf das privatwirtschaftliche Unternehmen könnte ein Indiz für die Gewerblichkeit sein, sofern die öffentliche Hand keine Gewährsträgerschaft für eventuell entstehende finanzielle Einbußen übernimmt.

Andererseits dürfen PPP-Gesellschaftsmodelle als gemischtwirtschaftliche Unternehmen nach dem geltenden kommunalen Wirtschaftsrecht (Art. 87 BayGO) nur gegründet werden, wenn ein öffentlicher Zweck vorliegt und keine oder allenfalls eine minimale Gewinnerzielungsabsicht besteht. Bietet die PPP über den virtuellen Marktplatz elektronische Verwaltungsleistungen an, dürfen nach Maßgabe des kommunalen Abgabenrechts (Art. 5 bzw. Art 8 BayKAG) Entgelte hierfür nur nach dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip in Form von Gebühren oder Beiträgen gefordert werden. In diesem Fall wird das PPP-Gesellschaftsmodell nicht primär mit Gewinnerzielungsabsicht tätig. Schließlich handelt es sich bei den elektronischen Verwaltungsleistungen um Aufgaben, die die kommunale Rechtsperson aufgrund gesetzlicher Vorschriften erfüllen muss, weshalb diese als im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu qualifizieren sind.

Es ist also bei der vergaberechtlichen Beurteilung eines PPP-Gesellschaftsmodells zur Umsetzung von eGovernment von einer nichtgewerblichen Tätigkeit auszugehen.⁷⁹⁴ Die elektronische Umsetzung von öffentlichen Verwaltungsleistungen und zusätzlichen Mehrwertdiensten

⁷⁹¹ EuGH, Urteil vom 10.5.2001, Rs. C-260/99, (Ente Fiera), NZBau 2001, 403, (405), Rn. 40; vgl. Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 55; Dietlein/Heinemann, in: NVwZ 2003, 1080, (1081)

⁷⁹² Vgl. EuGH, Urteil vom 15.1.1998, Rs. C-44/96, (Mannesmann-Anlagenbau Austria AG), EuZW 1998, 120; Dietlein, in: NZBau 2002, 136, (138); Wirner, in: LKV 2004, 145, (149)

⁷⁹³ Vgl. auch Dietlein/Heinemann, in: NVwZ 2003, 1080, (1081)

⁷⁹⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.4.2003 – Verg. 67/02 = NZBau 2003, 401

sowie die technische Abwicklung des laufenden Betriebs stellen dabei eine einheitliche, nicht zu trennende öffentliche Aufgabe dar. Der Schwerpunkt liegt dabei in der Implementierung einer virtuell zugänglichen Verwaltungsstruktur mit abrufbaren öffentlichen Verwaltungsleistungen und nicht in der Bewirtschaftung zusätzlicher Mehrwertdienste, die nach Maßgabe des kommunalen Unternehmensrechts zur Kapazitätsauslastung herangezogen werden dürfen.⁷⁹⁵

Mithin erweist sich das kommunale eGovernment als eine den Kommunen zur Erfüllung ihrer Handlungs-, Organisations- und Gestaltungspflichten auferlegte öffentliche Aufgabe innerhalb eines funktionierenden Kommunalwesens, die nicht primär auf die technischen Betriebsmittel oder auf etwaige Mehrwertdienste abstellt, sondern auf die Umsetzung der öffentlichen kommunalen Verwaltungsleistungen in elektronischer Form. Aus diesem Grund ist die Durchführung von eGovernment als nichtgewerblich i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB anzusehen.

2.2.3. Der besondere Gründungszweck

Das Merkmal des besonderen Gründungszwecks ergänzt den Begriff des öffentlichen Auftraggebers um eine finale Komponente. Es erfasst alle übrigen Tatbestandsmerkmale, weil es auf die Art der Aufgabenerfüllung insgesamt Bezug nimmt. Sowohl das Allgemeininteresse als auch die Nichtgewerblichkeit der jeweiligen juristischen Person müssen im Zeitpunkt der Gründung „besonders“ gewollt sein. Dieser Umstand grenzt den Auftraggeberbegriff ein.⁷⁹⁶

Das Merkmal ist noch nicht erfüllt, wenn juristische Personen rein tatsächlich Aufgaben erfüllen, die im Allgemeininteresse liegen und nichtgewerblicher Art sind. Erforderlich ist vielmehr, dass die im Allgemeininteresse liegende Aufgabenerfüllung nichtgewerblicher Art gerade mit der Gründung der juristischen Person besonders bezweckt wurde.⁷⁹⁷ Ausreichend ist, dass vom Gründungszweck Aufgaben umfasst werden, die im Allgemeininteresse liegen und in nichtgewerblicher Art und Weise erfüllt werden sollen. Es genügt, wenn nur geringfügig Aufgaben nach § 98 Nr. 2 GWB vom Gründungszweck erfasst werden und im Übrigen gewerbliche Aufgaben überwiegen.⁷⁹⁸

Bei der Einzelfallprüfung ist der Gründungszweck genau zu analysieren. Dabei stellt sich zunächst die Frage, ob die Aufgabenzuweisung in einer bestimmten Rechtsform erfolgen muss. Der EuGH hat dies verneint, da es anderenfalls in der Hand des „Staates“ liege, über die Wahl der Rechtsform zu entscheiden, ob eine Rechtsperson öffentlicher Auftraggeber ist oder nicht.⁷⁹⁹ Gleichwohl lässt sich der Gründungszweck einer juristischen Person regelmäßig aus

⁷⁹⁵ Hinzu kommt, dass die kommunale Rechtsperson bei der elektronischen Umsetzung die Aufgabenverantwortung kraft Gesetzes behalten muss (vgl. Lendorf/Steger, in: CR 2005, 161, (167)).

⁷⁹⁶ Vgl. Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 56

⁷⁹⁷ Vgl. Lendorf/Steger, in: CR 2005, 161, (167)

⁷⁹⁸ Vgl. Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 59

⁷⁹⁹ EuGH, Urteil vom 12.11.1998, Rs. C-360/96, (Gemeente Arnheim), NVwZ 1999, 397

dem der Gründung zugrunde liegenden Rechtsakt ableiten (Gesetz, Gesellschaftsvertrag, Satzung, Statuten usw.). Die dort fixierten Aufgaben sind vom Gründungszweck umfasst und daher für eine Qualifizierung gem. § 98 Nr. 2 GWB erheblich. Es kommt darauf an, welche Aufgaben auf das Unternehmen nach Maßgabe des Rechtsakts, auf dem die Privatisierung beruht, zukommen, und wie dort der Unternehmensgegenstand und ein etwaiger Unternehmenszweck festgelegt sind.⁸⁰⁰

Auf eine Verankerung der vergaberechtlich relevanten Aufgaben im Gründungsakt kann also nicht verzichtet werden, da sonst die Möglichkeit bestünde, durch einfache Zuweisung oder Aufhebung von Leistungspflichten oder durch die kurzfristige Änderung des Tätigkeitsfeldes den vergaberechtlichen Status der juristischen Person beliebig zu verändern.

Hinsichtlich des Gründungszweckes stellt sich die weitere Frage, ob auch nach der Gründung eingetretene Zweckänderungen vergaberechtlich beachtlich sind. Erhält eine Einrichtung durch nachträgliche Zweckbestimmung einen i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB relevanten Zweck, kann dies zu einem Wechsel des vergaberechtlichen Status der juristischen Person dahingehend führen, dass diese - vom Stichtag der Aufgabenänderung an - ihre Beschaffungen als öffentlicher Auftraggeber vorzunehmen hat. Im umgekehrten Fall verliert sie ihre Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber nicht. Dies wäre nur dann der Fall, wenn der Gründungszweck förmlich geändert würde.

Der Gründungszweck soll dokumentieren, inwieweit die vormals in staatlicher Regie erfüllten Aufgaben durch die neu gegründete juristische Person tatsächlich auf dem freien Markt erbracht werden sollen und können, d.h., ob insoweit das Unternehmen mit allen Chancen und Risiken vollständig dem Wettbewerb des freien Marktes unterstellt wird. Ergibt sich diese Art der Aufgabenerfüllung aus dem Gründungszweck, so muss das Unternehmen seine Entscheidungen ohnehin allein nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten treffen. Da dies dann auch für ihre Auftragsvergaben gilt, bedarf es in diesem Falle nicht des Korrektivs des Vergaberechts, um eine transparente und marktorientierte Beschaffung zu gewährleisten.⁸⁰¹ Wird hingegen aus den Gründungsdokumenten ersichtlich, dass die juristische Person errichtet wurde, um Aufgaben, die bisher unmittelbar von der öffentlichen Verwaltung erbracht wurden, auch künftig außerhalb der Marktmechanismen zu erfüllen, so wird durch den besonderen Gründungszweck aufgezeigt, dass hier nichtgewerbliche Gemeinwohlaufgaben erfüllt werden, mit der Folge, dass im Bereich der Beschaffung weiterhin nur das Vergaberecht für die gebotene Transparenz sorgen kann. Dies ist der Fall, wenn sich aus dem Gründungszweck Hinweise ergeben, dass der „Staat“ die Aufgabenerfüllung durch die neue juristische Person auch dann

⁸⁰⁰ Vgl. Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 60

⁸⁰¹ Vgl. Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 63

aufrechterhalten will, wenn dies aus reinen Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten nicht opportun wäre. Dann ist das Allgemeininteresse an der Aufgabenerfüllung so hoch einzuschätzen, dass eine nichtgewerbliche Leistungserbringung bei der Gründung vorgesehen war. In diesem Fall soll der juristischen Person nicht der Charakter eines Handels- bzw. Industrieunternehmens zukommen. Wegen des fehlenden ökonomischen Korrektivs des Marktes unterliegt dann die neu gegründete juristische Person weiterhin dem Vergaberegime.⁸⁰²

Fraglich könnte sein, ob ein besonderer Zweck nur dann vorliegt, wenn die Einrichtung ausschließlich Aufgaben wahrnimmt, die im Allgemeininteresse liegen und nicht gewerblicher Art sind. In der Entscheidung „Mannesmann Anlagenbau Austria“ hat der EuGH bestätigt, dass eine Einrichtung neben den im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben auch andere Aufgaben wahrnehmen kann.⁸⁰³ Es kommt in einem solchen Fall der Aufgabenmischung aus Gründen der Rechtssicherheit nicht darauf an, ob der konkrete Beschaffungsvorgang dem gewerblichen oder dem nichtgewerblichen Aufgabenspektrum zuzurechnen ist. Andererseits wird eine Stelle, die ausschließlich zur Wahrnehmung gewerblicher Aufgaben gegründet worden ist, nicht dadurch zu einer öffentlichen Einrichtung, dass ein öffentlicher Auftraggeber an ihr beteiligt ist oder sie finanziert. Demnach steht es öffentlichen Auftraggebern frei, rein gewerbliche Aufgaben auf ein separates Tochterunternehmen zu übertragen, ohne dass es selbst auf diese Weise zum öffentlichen Auftraggeber wird. Der EuGH ist allerdings der Meinung, dass sich an der Geltung der EG-Vergaberichtlinien nichts ändert, wenn ein öffentlicher Auftraggeber die aus einer konkreten Ausschreibung folgenden Rechte und Pflichten auf ein solches Unternehmen überträgt, das selbst kein öffentlicher Auftraggeber ist. Etwas anderes gelte nur dann, wenn das Vorhaben von Anfang an in vollem Umfang dem Gesellschaftszweck des fraglichen Unternehmens entsprochen hat und der Auftrag für dieses Vorhaben vom öffentlichen Auftraggeber erweislich für Rechnung dieses Unternehmens vergeben worden ist.⁸⁰⁴

Letztlich kommt es darauf an, dass das Unternehmen die Aufgaben auch tatsächlich wahrnimmt, zu deren Zweckerfüllung es gegründet wurde.⁸⁰⁵ Dieses Merkmal ist erfüllt, wenn ein PPP-Gesellschaftsmodell zur (elektronischen) Umsetzung öffentlicher Verwaltungsleistungen gegründet wird. Schadlos ist, wenn neben der Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe auch Mehrwertdienste angeboten werden.

⁸⁰² Vgl. Boesen, a.a.O., § 98, Rn. 64

⁸⁰³ EuGH, Urteil vom 15.01.1998, Rs. C-44/96, (Mannesmann Anlagenbau Austria AG), EuZW 1998, 120

⁸⁰⁴ Vgl. Noelle/Rogmans, a.a.O., Ziff. 2101, S. 34 f.

⁸⁰⁵ Vgl. Lensdorf/Steger, in: CR 2005, 161, (167)

2.3. Beherrschung durch Gebietskörperschaften - besondere Staatsnähe

Eine juristische Person kann ferner nur dann als öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB klassifiziert werden, wenn sie von einer staatlichen Stelle beherrscht wird. Diese Beherrschung kann sich gem. § 98 Nr. 2 GWB durch eine überwiegende Finanzierung oder im Wege der Kontrolle ergeben.

2.3.1. Überwiegende Finanzierung

Eine überwiegende Finanzierung i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB liegt vor, wenn die betreffende Einrichtung einzeln oder gemeinsam durch einen der unter § 98 Nr. 1 und Nr. 3 GWB genannten öffentlichen Auftraggeber zu mehr als 50 % finanziert wird.⁸⁰⁶ Die Finanzierung kann durch direkte Bereitstellung von Geldern, durch mittelbare Beteiligung über Aktien oder sonstige Wertpapiere oder durch sonstige geldwerte Leistungen in Form der Bereitstellung von Materialien oder anderen Sachleistungen erfolgen.⁸⁰⁷ Die überwiegende Finanzierung muss sich dabei auf den Aufgabenträger und das ganze Unternehmen als solches beziehen, nicht auf die einzelne öffentliche Aufgabe.⁸⁰⁸

Der EuGH hat zur Frage der überwiegenden Finanzierung ausgeführt,⁸⁰⁹ dass nur diejenigen Leistungen als öffentliche Finanzierung eingestuft werden können, die als Finanzhilfe ohne spezifische Gegenleistung die Tätigkeit der Einrichtung unterstützen.⁸¹⁰ Deshalb stellen Zahlungen, die als Gegenleistung für eine Dienstleistung erbracht werden, keine Finanzierung i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB dar.⁸¹¹

„Überwiegend“ bedeutet „mehr als die Hälfte“, wobei Berechnungsgrundlage die Summe aller Mittel ist, über die eine Einrichtung verfügt, also auch alle Einkünfte aus gewerblicher Tätigkeit. Die Berechnung erfolgt dabei auf der Grundlage der zu Beginn des Haushaltsjahres verfügbaren Finanz- und Haushaltsmittel.⁸¹²

In der so genannten Kampfschuhe-Entscheidung des OLG Düsseldorf wurde eine überwiegende Finanzierung der Rechtsformgründung in Form geldwerter Leistungen bejaht, weil der Beschaffungs-GmbH zur Durchführung ihrer Tätigkeit seitens des Bundes 2.500 Mitarbeiter

⁸⁰⁶ EuGH, Urteil vom 3.10.2000, Rs. C-380/98, (University of Cambridge), NZBau 2001, 218; vgl. auch Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 98, Rn. 63

⁸⁰⁷ Vgl. Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 262; Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 98, Rn. 64; sowie OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.4.2003 – Verg. 67/02, OLGReport Düsseldorf 2003, 320 = VergabeR 2003, 436 = NZBau 2003, 401 und BayObLG, Beschluss vom 10.9.2002 – Verg. 23/02, BayOblGReport 2002, 461 = NZBau 2003, 348, (349)

⁸⁰⁸ Vgl. Lensdorf/Steger, in: CR 2005, 161, (167); Werner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 98, Rn. 263

⁸⁰⁹ EuGH, Urteil vom 03.10.2000, Rs. C-380/98, (University of Cambridge), NZBau 2001, 218

⁸¹⁰ EuGH, Urteil vom 03.10.2000, Rs. C-380/98, (University of Cambridge), NZBau 2001, 218, (220). Dies trifft z.B. im universitären Bereich für allgemeine Fördermittel und Zuwendungen zu, nicht jedoch auf Zahlungen für die Auftragsforschung und die Durchführung von Tagungsveranstaltungen.

⁸¹¹ Vgl. Dietlein, in: NZBau 2002, 136, (140)

⁸¹² Im Grundsatz ist auf die Bilanz des abgeschlossenen Geschäftsjahres abzustellen (vgl. Dietlein, in: NZBau 2002, 136, (140/141)).

unentgeltlich „beigestellt“ wurden und die GmbH selbst nur 50 eigene Mitarbeiter beschäftigt hat.⁸¹³ Zudem wurden Liegenschaften mitsamt der vorhandenen Betriebs- und Geschäftsausstattung unentgeltlich zur Verfügung gestellt.⁸¹⁴

Jedoch hat das OLG Düsseldorf in dieser Streitsache nicht eindeutig gesagt, ob die Beistellung von Mitarbeitern auch tatsächlich als Finanzierung i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB qualifiziert werden kann. So hat der EuGH ausgeführt, dass Zahlungen für eine auftragsbezogene Dienstleistung nicht in den Bereich des § 98 Nr. 2 GWB fallen, wenn sie nicht unternehmensbezogen erfolgen. Nur soweit die Finanzierung dem gesamten Unternehmen zufließt, unabhängig von der jeweils verfolgten Auftragsbearbeitung, soll § 98 Nr. 2 GWB Anwendung finden.⁸¹⁵ Merkmal einer „Beistellung“ ist, dass die (beigestellten) Produktionsmittel oder Arbeitskräfte nicht unternehmensbezogen, sondern nur auftragsbezogen und damit für einen bestimmten Zweck überlassen werden. Im Fall der Kampfschuhe-Entscheidung würde das bedeuten, dass die überlassenen Arbeitskräfte und Liegenschaften nur zur Auftragsbefriedigung im Verhältnis Bundeswehr und Beschaffungs-GmbH herangezogen werden könnten. Hingegen wäre das Tatbestandsmerkmal der überwiegende Finanzierung i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB erst erfüllt, wenn die Arbeitskräfte und Liegenschaften auch im Leistungsaustausch mit privaten Dritten zweckbezogen eingesetzt werden dürfen.⁸¹⁶

Wird nun ein PPP-Gesellschaftsmodell zum Zweck der Umsetzung von eGovernment gegründet, kommt es darauf an, welche Leistungen die kommunale Rechtsperson in die Gesellschaft einbringt. Für eine überwiegende öffentliche Finanzierung spricht, dass ein öffentlicher Verwaltungsträger IT-Systeme mitsamt selbständig erworbener oder entwickelter Softwarelizenzen, sowie andere öffentliche Einrichtungen (als Teilbetriebe) auf das PPP-Gesellschaftsmodell überträgt, ohne dafür eine Gegenleistung zu erhalten.⁸¹⁷ Ähnlich wie in der Kampfschuheentscheidung wird man dann von einer überwiegenden Finanzierung ausgehen müssen, wenn eine größere Anzahl von Angestellten, Beamten und sonstigen Arbeitskräften dem Gemeinschaftsunternehmen (PPP/eGovernment) dauerhaft zugewiesen wird. Jedoch muss sichergestellt sein, dass die Zuweisung dieser Arbeitskräfte nicht lediglich zur Bewältigung einer bestimmten Auftragsvergabe, sondern für das gesamte Unternehmen erfolgt.⁸¹⁸

Hierzu ist anzumerken, dass zum Zwecke der Umsetzung von eGovernment eine PPP prinzipiell deshalb gegründet wird, damit gerade der private Partner neben seinem Know-how auch Mittel zur Finanzierung der benötigten Hard- und Software (u.U. in erheblichem Umfang)

⁸¹³ OLG Düsseldorf NZBau 2003, 400, (401)

⁸¹⁴ Vgl. Lensdorf/Steger, in: CR 2005, 161, (168)

⁸¹⁵ EuGH, Urteil vom 03.10.2000, Rs. C-380/98, (University of Cambridge), NZBau 2001, 218 ff.

⁸¹⁶ Vgl. Dietlein/Heinemann, in: NVwZ 2003, 1080, (1081)

⁸¹⁷ Z.B. IT-Abteilungen der kommunalen Rechtsperson

⁸¹⁸ Vgl. Dietlein/Heinemann, in: NVwZ 2003, 1080, (1081)

einbringt. Auch wird das Gemeinschaftsunternehmen vorwiegend Personen mit IT - Kenntnissen anstellen, die nicht dem Personalrecht der öffentlichen Hand unterliegen. Da auch fraglich ist, ob es überhaupt genügend Mitarbeiter im öffentlichen Dienst mit ausreichenden Kenntnissen auf diesem spezifischen Gebiet gibt, wird deshalb in der Praxis die vergaberechtliche Einstufung eines PPP-Gesellschaftsmodells i.S.v. § 98 Nr. 2 GWB aufgrund des Merkmals „überwiegende Finanzierung durch Stellen, die unter Nr. 1 und 3 fallen, regelmäßig ausscheiden.

2.3.2. Die Beherrschung durch überwiegende Kontrolle und staatliche Aufsicht über die Unternehmensleitung

Die gemäß § 98 Nr. 2 S. 1 i.V.m. S. 2 GWB (alternativ zur überwiegenden Finanzierung) geforderte Beherrschung der juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts durch Stellen, die unter die Nrn. 1 oder 3 fallen, kann darin bestehen, dass die jeweilige Stelle die personelle Besetzung der Leitung oder der Aufsichtsgremien der juristischen Person sowie die Entscheidungen in Bezug auf das Unternehmen beeinflussen kann.⁸¹⁹ Dies ist dann gegeben, wenn die öffentlichen Auftraggeber nach § 98 Nr.1 oder Nr. 3 GWB die Aufsicht über die Geschäftsleitung ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder der Aufsichtsorgane bestimmt haben.⁸²⁰

Ein schematisches Abstellen allein auf den Mehrheitsbegriff genügt nicht, wie die Kampfshuhe-Entscheidung verdeutlicht. Obgleich die öffentliche Hand in dieser Rechtssache nur eine Beteiligung von 25,1 % vorweisen konnte, bejahte das OLG Düsseldorf die überwiegende Kontrolle durch den öffentlichen Verwaltungsträger und begründete seine Entscheidung damit, dass eine Gebietskörperschaft die Aufsicht über die Leitung einer juristischen Person i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB hat, wenn es die Entscheidungen des betreffenden Unternehmens vor allem im Hinblick auf die Auftragsvergabe maßgeblich beeinflussen kann. Dies soll selbst für den Fall gelten, dass die öffentliche Hand in den entsprechenden Kontrollgremien in der Minderheit ist. Das OLG Düsseldorf begründet die überwiegenden (staatlichen) Kontrollbefugnisse mit Hilfe von Rechtsnormen (Art. 87b Abs. 1 S. 2 GG), die es zur Pflicht machen, die öffentliche Aufgabenerfüllung des Kooperationsunternehmens zu kontrollieren.

Im Gegensatz dazu hat das BayObLG eine überwiegende Kontrolle durch den öffentlichen Verwaltungsträger bei einer Mehrheitsbeteiligung von 51 % verneint, weil hier der Gesellschaftsvertrag für die Grundsatzbeschlüsse der Gesellschaft eindeutige Entscheidungen vorsah und der private Kooperationspartner die Ausübung der Aufsicht durch die öffentliche Hand

⁸¹⁹ Vgl. EuGH, Urteil vom 15.5.2003, Rs. C-214/00, (Kommission/Spanien), NZBau 2003, 450, (454), Rn. 59

⁸²⁰ Vgl. Eschenbruch, in: Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 98, Rn. 178 f.

blockieren konnte.⁸²¹ Wiederum anders hat das OLG Dresden entschieden, das die beherrschende Aufsicht bereits dann als gegeben ansieht, wenn der öffentliche Verwaltungsträger in der Lage ist, die Vergabeentscheidungen mittelbar über Dritte beeinflussen zu können.⁸²²

Somit kann die quotenmäßige Beteiligung an einem Unternehmen allein noch keinen sicheren Aufschluss darüber geben, wann eine überwiegende Kontrolle durch diese öffentlichen Stellen vorliegt.⁸²³

Fraglich ist, ob dann hinsichtlich des Beherrschungsbegriffs auf §§ 17, 18 AktG zurückgegriffen werden kann.⁸²⁴ Nach Auffassung des VÜA Bund kommt es bei dem vergaberechtlichen Beherrschungsbegriff entscheidend darauf an, ob der alleinige oder gemeinsame Einfluss auf die andere Stelle die Möglichkeit gewährt, dieser gegenüber die eigenen Vorstellungen über das Unternehmensverhalten, insbesondere dessen Beschaffungsverhalten, durchzusetzen. Der VÜA Bund bezieht sich dabei auf § 17 Abs. 2 AktG, der eine entsprechende Abhängigkeitsvermutung enthält.⁸²⁵ Das Schrifttum hingegen kritisiert dies mit der Begründung, dass der Rückgriff auf das nationale Konzernrecht die Konsequenz hätte, dass der Begriff des öffentlichen Auftraggebers in den Mitgliedstaaten unterschiedlich ausgelegt werden könnte und dies der Harmonisierung des europäischen Auftragswesens widerspräche.⁸²⁶

Neben diesen zivilrechtlichen, konzernrechtlichen und einzelvertraglichen Regelungen kann auch nach Maßgabe des öffentlichen Aufsichtsrechts die Beherrschung über das auftragsvergebende Unternehmen erfolgen.⁸²⁷

Auf jeden Fall genügt die staatliche Fachaufsicht den Anforderungen des Tatbestandmerkmals der Beherrschung gem. § 98 Nr. 2 GWB. Diese kann sich im Rahmen ihrer Weisungsbefugnis sowohl von Zweckmäßigkeit- und als auch von Rechtmäßigkeitserwägungen leiten lassen und auf diese Weise die Aufsicht aktiv gestalten.⁸²⁸ Dagegen kann eine bloße Rechtsaufsicht nach herkömmlichem Verständnis nur die Rechtswirksamkeit von Handlungen prüfen, nicht jedoch deren Zweckmäßigkeit. Daher ist fraglich, ob auch die reine Rechtsaufsicht dem Herr-

⁸²¹ BayOblG, Beschluss vom 22.1.2002 – Verg. 18/01, NZBau 2002, 397

⁸²² OLG Dresden, Urteil vom 9.3.2004 – 20 U 1544/03, NZBau 2004, 404

⁸²³ So auch Lensdorf/Steger, in: CR 2005, 161, (168). Auf jeden Fall wäre wenigstens die mittelbare Beherrschung der geschäfts- und aufsichtsführenden Organe der jeweils auftragsvergebenden Unternehmen durch den öffentlichen Auftraggeber notwendig.

⁸²⁴ Vgl. u.a. Dietlein, in: NZBau 2002, 136, (141)

⁸²⁵ VÜA Bund, Beschluss vom 12.04.1995, 1 VÜ 1/95

⁸²⁶ Vgl. Noelle/Rogmans, a.a.O., Ziff. 2101, S. 44

⁸²⁷ So werden z.B. Selbstverwaltungskörperschaften nicht von Gebietskörperschaften beherrscht oder einheitlich geleitet, sie sind aber wegen der hier gebotenen funktionalen Betrachtungsweise selbst (mittelbarer) Teil der Staatsverwaltung. Insoweit fungiert hier das Aufsichtsrecht als Beherrschungsinstrument, so dass auch die Selbstverwaltungskörperschaften dem Vergaberechtsregime unterstellt sind (vgl. Noelle/Rogmans, a.a.O., Ziff. 2101, S. 44).

⁸²⁸ Vgl. Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 98, Rn. 65

schaftsbegriff des § 98 Nr. 2 GWB genügt.⁸²⁹ Obgleich eine Mindermeinung auch die Rechtsaufsicht vom Herrschaftsbegriff des § 98 Nr. 2 GWB erfasst sieht, spricht mehr dafür, dass sie nicht unter § 98 Nr. 2 GWB fällt. Der Vergleich mit den zivilrechtlichen oder konzernrechtlichen Herrschaftsrechten zeigt, dass eine aktive Gestaltung und Einwirkung auf die entscheidenden Gremien notwendig ist, um ein Unternehmen beherrschen zu können. Allein die reagierende Rechtskontrolle vermag keine derartige Beherrschung zu begründen, zumal sie nicht im Vorfeld der jeweiligen Entscheidungen wirken kann.⁸³⁰ Die Drohung einer nachträglichen Rechtsaufsicht mit ungewissem Ausgang, falls der Gerichtsweg eingeschlagen wird, rechtfertigt keine Beherrschung i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB.⁸³¹ Es ist also die aktive Beherrschung der entscheidenden Organe notwendig. Instrumente in Gestalt eines Vetorechts oder die bloße paritätische Besetzung der Organe können noch nicht den Herrschaftsbegriff des § 98 Nr. 2 GWB ausfüllen.⁸³²

Meiner Ansicht nach ist im Falle einer kommunalen PPP zur Umsetzung von eGovernment darauf abzustellen, welche Instrumente zur Kontrolle und Einflussnahme der öffentlichen Rechtsperson tatsächlich zur Verfügung stehen bzw. aufgrund welcher Rechtsgrundlage diese ihren Einfluss geltend machen kann.

Zunächst kann sich der öffentliche (kommunale) Verwaltungsträger seinen Einfluss in dem zugrunde liegenden Gesellschaftsvertrag vorbehalten, um auf diese Weise seiner gesetzlichen Verpflichtung zur Steuerung und Kontrolle der öffentlichen Verwaltungsleistungen nachzukommen. Fraglich bleibt aber, ob eine Rechtsgrundlage existiert, aus der sich die Pflicht zum Vorbehalt im Sinne einer entsprechenden Einfluss- und Kontrollmöglichkeit ergibt. In der Kampfschuhe-Entscheidung konnte eine derartige Pflicht unmittelbar aus Art. 87b Abs. 1 S. 2 GG abgeleitet werden.

Bei der Auslagerung von IT-Leistungen auf eine PPP kann sich die kommunale Rechtsperson nicht unmittelbar auf ein entsprechendes Gesetz stützen. Jedoch leitet sich in diesem Falle das Recht zur Kontrolle und Einflussnahme aus der Nichtübertragbarkeit der Verantwortung für die Implementierung und den Betrieb der entsprechenden elektronischen Verwaltungsvorgänge ab.⁸³³ Hauptgegenstand der Übertragung sind hier die kommunalen (elektronischen) Verwaltungsleistungen, die als originär öffentliche Aufgaben entsprechend der Art. 28 Abs. 2 GG (Art. 11 BV und Art. 7, 57 BayGO) und Art. 33 Abs. 4 GG im Verantwortungsbereich der

⁸²⁹ Dies betrifft v.a. berufsständische Zwangsvereinigungen des öffentlichen Rechts wie Ärzte- und Rechtsanwaltskammern (vgl. Dietlein, in: NZBau 2002, 136, (141)).

⁸³⁰ Auch der EuGH subsumiert nur solche Kooperationen unter den Anwendungsbereich des § 98 Nr. 2 GWB, bei denen die öffentliche Rechtsperson die Auftragsvergabe aktiv beeinflussen kann.

⁸³¹ So auch Dietlein, in: NZBau 2002, 136, (141)

⁸³² EuGH, Urteil vom 1.2.2001, Rs. C-237/99, (Kommission/Französische Republik), EuZW 2001, 184, (187), Rn. 48; Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, § 98, Rn. 65; Dietlein/Heinemann, in: NVwZ 2003, 1080, (1081/1082)

⁸³³ Vgl. Lensdorf/Steger, in: CR 2005, 161, (168)

kommunalen Rechtsperson verbleiben müssen. Legt man die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf in der Kampfschuheentscheidung zu Grunde, dann behält sich der öffentliche Verwaltungsträger aufgrund dieser Rechtsnormen die notwendigen Instrumente zur Kontrolle und Einflussnahme vor und kann somit auf die Auftragsvergabe maßgeblichen Einfluss nehmen.

IV. Zwischenergebnis: Das PPP-Gesellschaftsmodell als ausschreibungspflichtiger Auftraggeber gem. § 98 Nr. 2 GWB

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass bereits die enge Verknüpfung der IT-Leistungen mit der öffentlichen Ordnung und dem institutionellen Funktionieren des Staates auf eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nichtgewerblicher Art i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB hindeutet, obgleich den nationalen Gesetzen eine direkte Aufgabenzuweisung zur Umsetzung von eGovernment nicht entnommen werden kann. Die grundlegende Bedeutung der eGovernment-Aufgaben im Rahmen des öffentlichen Aufgabenkatalogs einer Kommune und die Möglichkeit einer starken Einflussnahme der Kommune auf das PPP-Gesellschaftsmodell sprechen letztlich für dessen funktionale Auftraggebereigenschaft gem. § 98 Nr. 2 GWB und damit für die Ausschreibungspflichtigkeit der Auftragsvergaben in der laufenden Betriebsphase, soweit auch die weiteren Tatbestandsmerkmale der §§ 97 ff. GWB erfüllt sind.⁸³⁴

Ein weiteres Argument ist, dass Einrichtungen zur Förderung der Wirtschaft im Anhang III der Richtlinie 2004/18/EG aufgelistet sind, denen die Eigenschaft eines öffentlichen Auftraggebers i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB zugeschrieben wird. Auch öffentliche Verwaltungsportale verfolgen das Ziel, die heimische Wirtschaft durch die Bereitstellung einer Informationsbörse mit Vermittlungsplattform zu fördern. Sofern ein kommunales PPP-Gesellschaftsmodell zur Umsetzung von eGovernment gegründet wird, wird man zwar nicht von einer „Wirtschaftsförderungsgesellschaft“ sprechen können, da das Hauptanliegen in der Kommunikation und Transaktion von öffentlichen Verwaltungsleistungen liegt. Der Gedanke der virtuellen Wirtschaftsförderung mit Hilfe einer Verwaltungsplattform ist aber ein gewichtiges Indiz für die öffentliche Auftraggebereigenschaft eines kommunalen PPP-Gesellschaftsmodells i.S.v. § 98 Nr. 2 GWB.

Kapitel 9: Ausnahmen von der vergaberechtlichen Ausschreibungspflichtigkeit

In der Praxis sträuben sich die öffentlichen Verwaltungsträger gegen die vergaberechtliche Ausschreibungspflicht, wenn sie nach der Ausgründung ihren dann privatrechtlich organisierten gemischtwirtschaftlichen PPP-Tochterunternehmen zeitgleich oder zeitversetzt die Erledi-

⁸³⁴ So auch Lensdorf/Steger, in: CR 2005, 161, (169)

gung öffentlicher Aufgaben übertragen wollen.⁸³⁵ Sie argumentieren, dass sie bei Anwendung des öffentlichen Vergaberechts gem. § 97 ff. GWB gezwungen sein könnten, den Zuschlag nicht ihren (PPP)-Tochterunternehmen, sondern (fremden) Mitbewerbern zu erteilen, obgleich sie deren Leistungskraft und Zuverlässigkeit gar nicht kennen und es doch gerade Sinn und Zweck der Ausgründung gewesen sei, ihre öffentlichen Aufgaben künftig über die (PPP)-Tochterunternehmen wirtschaftlicher „in öffentlicher Hand“ erfüllen zu können.⁸³⁶

Im Folgenden wird deshalb untersucht, ob für die Kommunen nach geltendem Recht zulässige Kooperationsalternativen existieren, die nicht dem öffentlichen Vergaberecht und nicht der Ausschreibungspflichtigkeit unterliegen.

I. Das Inhouse-Geschäft

Einigkeit besteht heute darüber, dass ein öffentlicher Auftrag im Sinne der vom EuGH entwickelten Rechtsfigur des Inhouse-Geschäfts nicht ausschreibungspflichtig ist.⁸³⁷ Das ist dann der Fall, wenn eine öffentliche Rechtsperson eine unmittelbar in ihre Organisationsstruktur eingebundene Einrichtung mit der Leistungserbringung beauftragt.⁸³⁸ Deshalb ist strittig, ob die Auftragserteilung an ein ausgegründetes PPP-Gesellschaftsmodell nach geltendem Recht ausschreibungspflichtig ist.⁸³⁹

Könnte man die Gründung der Eigen- oder Beteiligungsgesellschaft lediglich einem internen Organisationsakt gleichsetzen und würde dann diese PPP-Gesellschaft als funktionaler Bestandteil des öffentlichen Auftraggebers handeln können,⁸⁴⁰ käme es folgerichtig nicht zur Anwendung des öffentlichen Vergaberechts.⁸⁴¹ Wenn aber - wie bereits vorstehend ausgeführt - das PPP-Gesellschaftsmodell als öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB zu verstehen ist, bleibt es bei der Anwendung des öffentlichen Vergaberechts⁸⁴² und die Ausschreibungspflichtigkeit kann nur beim Vorliegen der vom EuGH in der so genannten Teckal-Entscheidung entwickelten Kriterien des Inhouse-Geschäfts entfallen.⁸⁴³

⁸³⁵ Vgl. Masing, Die Beteiligung Privater an kommunalen Gesellschaften und das öffentliche Vergaberecht, in: ZfBR 2002, 450/451

⁸³⁶ Mitunter in der Hoffnung, auf diese Weise die Anwendung des ansonsten zwingenden Vergaberechts mit all seinen „bürokratischen“ Hürden umgehen zu können.

⁸³⁷ EuGH, Urteil vom 11.1.2005, Rs. C-26/03, (Stadt Halle), NZBau 2005, 111, (114), Rn. 42 ff.; EuGH, Urteil vom 18.11.1999, Rs. C-107/98, (Teckal), NZBau 2000, 90, (91), Rn. 50; u. EuGH, Urteil vom 7.12.2000, Rs. C-94/99, (ARGE Gewässerschutz), NZBau 2001, 99, Rn. 40

⁸³⁸ Vgl. Riese/van den Eikel, Neues zum In-House-Geschäft – Das Ende für gemischtwirtschaftliche Unternehmen, in: VergabeR 2005, 590, (591)

⁸³⁹ Vgl. Endler, in: NZBau 2002, 125, (130)

⁸⁴⁰ Vgl. Boesen, a.a.O., § 100, Rn. 95

⁸⁴¹ Vgl. Harms/Schmidt-Wottrich, Zur Vergabe von Dienstleistungen an eine kommunale Gesellschaft, in: LKV 2004, 337, (349). In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass sich die Eigengesellschaft im Verhältnis zum öffentlichen Verwaltungsträger als selbständiger „Dritter“ darstellt.

⁸⁴² Vgl. Hausmann/Bultmann, in: NVwZ 2005, 377

⁸⁴³ EuGH, Urteil vom 18.11.1999, Rs. C-107/98, (Teckal), NZBau 2000, 90, (91), Rn. 50

1. Die Kriterien des Inhouse-Geschäfts⁸⁴⁴

Der EuGH hat festgestellt, dass es Ausnahmen von der grundsätzlichen Ausschreibungspflichtigkeit geben kann, wenn eine öffentliche Rechtsperson einen Auftrag an ein rechtlich selbständiges Unternehmen vergibt, an dem sie selbst beteiligt ist.⁸⁴⁵ Nach dem Verständnis des europäischen Vergaberechts kommt es nämlich nicht auf die formale Rechtsform einer Ausgründung an, sondern auf deren Funktion.⁸⁴⁶ Für den EuGH sind dann die entscheidenden Kriterien für die Ausnahme von der Ausschreibungspflichtigkeit, dass

- die öffentliche Rechtsperson als Auftraggeber ihr ausgegründetes Unternehmen wie ihre eigene Dienststelle kontrollieren kann,
- das beauftragte Unternehmen keine eigene Entscheidungsgewalt hat und
- das Unternehmen seine Tätigkeiten im Wesentlichen für die öffentliche Rechtsperson verrichtet.⁸⁴⁷

1.1. Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle

Beim PPP-Gesellschaftsmodell als gemischtwirtschaftliches Unternehmen ist im Schrifttum umstritten, welche Maßstäbe für die Kontrolle „wie über eine eigene Dienststelle“ gelten.⁸⁴⁸

Man ist sich nur darüber einig, dass die dienststellenähnliche Kontrolle dann nicht möglich sei, wenn der private Kooperationspartner (z.B. der Investor) die Mehrheit der Gesellschaftsanteile hält. Offen blieb der Fall, dass der private Partner lediglich Minderheitsgesellschafter ist.

Dazu wird die Ansicht vertreten, dass jede gesellschaftsrechtliche Beteiligung eines privaten Investors an PPP-Gesellschaftsmodellen ein Inhouse-Geschäft ausschließt.⁸⁴⁹ Eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle sei in diesem Fall nicht möglich, weil mit dem Hinzutreten

⁸⁴⁴ EuGH, Urteil vom 18.11.1999, Rs. C-107/98, (Teckal), NZBau 2000, 90, (91), Rn. 50; auch EuGH, Urteil vom 7.12.2000, Rs. C-94/99, (ARGE Gewässerschutz), NZBau 2001, 99, (101), Rn.40

⁸⁴⁵ In der Rechtssache „Teckal“ wollte eine italienische Gemeinde den Anbieter Viano di Azienda Gas-Aqua Consorziata (AGAC) ohne öffentliche Ausschreibung mit dem Betrieb der Heizungsanlagen in den öffentlichen Gebäuden der Gemeinde und mit der Lieferung der dazu notwendigen Brennstoffe beauftragen. An der AGAC waren noch weitere Gemeinden beteiligt. Aufgrund ihrer Satzung besaß die AGAC eigene Rechtsfähigkeit und war in ihren unternehmerischen Entscheidungen frei. Als ein Konkurrent das Fehlen der öffentlichen Ausschreibung gerichtlich angriff, hatte der EuGH Gelegenheit, zu den Voraussetzungen eines nicht der Ausschreibungspflicht unterliegenden Auftrags öffentlicher Rechtspersonen Stellung zu nehmen (vgl. EuGH, Urteil vom 18.11.1999, Rs. C-107/98, (Teckal), NZBau 2000, 90 f.; Endler, in: NZBau 2002, 125, (130)).

⁸⁴⁶ Vgl. auch Wirner, Einzelne Privatisierungsakte als öffentliche Aufträge im Sinne des öffentlichen Vergaberechts, in: LKV 2004; 294, (296)

⁸⁴⁷ Vgl. Dreher, Das In-house-Geschäft – Offene und neue Rechtsfragen der Anwendbarkeit der In-house-Grundsätze, in: NZBau 2004, 14 ff.; Wirner, in: LKV 2004, 294, (296); Riese/van den Eikel, in: VergabeR 2005, 590, (592). Der BGH hat diese Rechtsprechung des EuGH übernommen und begründet die Übernahme mit der richtlinienkonformen Auslegung des Vergaberechts (BGH Urt. vom 12.06.2001 - X ZB 10/01, NZBau 2001, 517 ff.).

⁸⁴⁸ Vgl. Krohn, in: NZBau 2005, 92, (94)

⁸⁴⁹ Vgl. Riese/Suermann, Kommunale Unternehmen und öffentliche Aufträge, in: LKV 2005, 289; Faber, in: DVBl. 2001, 248, (256); Endler, in: NZBau 2002, 125, (132)

eines privaten Anteilseigners automatisch die Entscheidungskompetenzen des öffentlichen Verwaltungsträgers verringert sind. Diese Meinung stützt sich vor allem darauf, dass die öffentliche Hand an die gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten gebunden sei und sie diese bei ihren Entscheidungen zwingend berücksichtigen müsse.⁸⁵⁰ Selbst wenn der Minderheitsgesellschafter eine Beteiligung von weniger als 10% auf sich vereinen würde, könne ein vergabefreies Inhouse-Geschäft nicht vorliegen, weil bestimmte Entscheidungen nach Maßgabe der satzungsrechtlichen bzw. gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen - wie z.B. die Bestellung des Geschäftsführers - nur einstimmig oder mit Zustimmung des Minderheitsgesellschafters getroffen werden dürfen.⁸⁵¹ In diesem Fall könne nicht mehr von einer Kontrolle gesprochen werden, wie sie ein öffentlicher Verwaltungsträger über seine Dienststellen ausübt.

Eine andere Meinung hat ein vergabefreies Inhouse-Geschäft dann bejaht, wenn der öffentliche Verwaltungsträger das PPP-Gesellschaftsmodell als Mehrheitsgesellschafter beherrschen und sich in allen wesentlichen Fragen der Geschäftsführung durchsetzen kann.⁸⁵² Dies folge aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber die Kooperation einer (kommunalen) Rechtsperson mit privaten Dritten im kommunalen Wirtschaftsrecht (siehe Art. 86 ff. BayGO) ausdrücklich zulässt. Dem Gesetzgeber sei durchaus bewusst gewesen, dass formelle Rechte wie Auskunfts- oder Anhörungsrechte zu gewähren sind, wenn private Dritte in ausgegründete Unternehmen eingebunden werden. Auch könnten die kommunalen Rechtspersonen über den Gesellschaftsvertrag dafür Sorge tragen, dass ihnen entsprechende Kontrollrechte wie über ihre eigenen Dienststellen eingeräumt werden. Auf die gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten komme es hier nicht an.⁸⁵³

Dieser Rechtsauffassung ist allerdings entgegenzuhalten, dass sich die angestrebte Kontrolle der Gesellschafter gem. § 37 Abs. 1 GmbHG (§§ 38 Abs. 1, 46 Nr. 5 u. 6 GmbHG) nur realisieren lässt, wenn die Kooperation in der Rechtsform einer GmbH erfolgt.⁸⁵⁴ Hier ist der Geschäftsführer der Gesellschafterversammlung gegenüber weisungsabhängig.⁸⁵⁵ Anders hingegen sieht die Kontrollmöglichkeit aus, wenn das PPP-Gesellschaftsmodell in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft gegründet wird. Hier hat der Vorstand gem. § 76 Abs. 1 AktG die Gesellschaft in eigener Verantwortung zu leiten, was wiederum die Weisungsgebundenheit ausschließt. Nur wenn es der Vorstand verlangt, kann die Hauptversammlung über Fragen der Geschäftsführung entscheiden (vgl. § 119 Abs. 2 AktG). Dagegen sind entsprechende Be-

⁸⁵⁰ VK Düsseldorf, NZBau 2001, 48; Jennert, in: WRP 2004, 1011, (1013)

⁸⁵¹ Vgl. Jaeger, in: NZBau 2001, 6, (9 f.); Wirner, in: LKV 2004, 294, (296/297)

⁸⁵² Vgl. Riese/Suermann, in: LKV 2005, 289; Endler, in: NZBau 125, (132); OLG Naumburg, NZBau 2003, 228; Hattig/Ruhland, in: VergabeR 2005, 425, (427)

⁸⁵³ Vgl. Jennert, in: WRP 2004, 1011, (1013)

⁸⁵⁴ Vgl. Endler, in: NZBau 125, (131). Allerdings bleiben hier die Geschäftsführer an die internen Gesellschafterbeschlüsse gebunden.

⁸⁵⁵ Vgl. auch Säcker/Wolf, in: WRP 2007, 282, (285)

schlüsse, die von der Hauptversammlung gefasst wurden, für den Vorstand nicht bindend. Lediglich der Aufsichtsrat kann gem. § 111 Abs. 4 AktG verlangen, dass bestimmte Geschäfte nur mit seiner Zustimmung geschlossen werden dürfen. Erfolgt also die Kooperation in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft, hat allein diese die Entscheidungsgewalt und der kommunalen Rechtsperson stehen als Anteilseigner grundsätzlich keine vergleichbaren Einflussrechte wie über ihre eigenen Dienststellen zu.⁸⁵⁶

In diesem Zusammenhang ist auch die Meinung vertreten worden, dass sich eine Kontrolle „wie über eine eigene Dienststelle“ dadurch herstellen lasse, wenn die jeweilige öffentliche Rechtsperson und die neu gegründete Aktiengesellschaft einen so genannten Vertragskonzern durch Abschluss eines Beherrschungsvertrages vereinbaren. Die Weisungsgebundenheit der Aktiengesellschaft würde dann ein (vergabefreies) Inhouse-Geschäft rechtfertigen.⁸⁵⁷ So werde bei einer Beteiligung eines privaten Partners an einem PPP-Gesellschaftsmodell die Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle aufgrund verschiedener Anknüpfungspunkte möglich, z.B. durch einen konzerninternen Vertrag im Sinne des EG-Kartellrechts oder durch die Merkmale des abhängigen (Tochter-)Unternehmens bzw. des herrschenden (Mutter-) Unternehmens i.S.d. § 17 AktG.⁸⁵⁸ Dabei komme es auf die Umstände des Einzelfalles und des Beteiligungsverhältnisses an, wobei der bloße tatsächliche Einfluss im Rahmen eines faktischen Konzernverhältnisses zwischen der öffentlichen Rechtsperson und der Aktiengesellschaft nicht ausreiche.⁸⁵⁹

Nach dieser Meinung ist eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle dann nicht gegeben, wenn sich der Minderheitsgesellschafter aufgrund eigener Kontrollrechte gegen Entscheidungen des öffentlichen Verwaltungsträgers wehren kann.⁸⁶⁰ Deshalb könne die Beteiligungsquote zwar als Indiz für die Beurteilung des Beherrschungsverhältnisses herangezogen werden, doch die Grenzziehung zu einem Beherrschungsverhältnis „wie über eine eigene Dienststelle“ bleibt unbestimmt.

Diese sehr komplexe rechtliche Thematik ist nunmehr durch die Rechtsprechung des EuGH in der so genannten Teckal-Entscheidung weitgehend einer Klärung zugeführt worden.⁸⁶¹ Dort hat das Gericht hinsichtlich der dienststellenähnlichen Kontrolle nicht auf eine „identische“, sondern auf eine „vergleichbare“ Kontrolle abgestellt,⁸⁶² wobei es im Einzelfall auf die kon-

⁸⁵⁶ Vgl. Endler, in: NZBau 125, (131); Säcker/Wolf, in: WRP 2007, 282, (285)

⁸⁵⁷ Vgl. Endler, in: NZBau 125, (131)

⁸⁵⁸ Vgl. OLG Naumburg, NZBau 2003, 228/229

⁸⁵⁹ Bejahend dagegen Faber, in: DVBl. 2001, 248, (254)

⁸⁶⁰ Vgl. Riese/Suermann, in: LKV 2005, 289

⁸⁶¹ EuGH, Urteil vom 18.11.1999, Rs. C-107/98, (Teckal), NZBau 2000, 90 f.

⁸⁶² Vgl. Faber, in: DVBl. 2001, 248, (253 f.); Endler, in: NZBau 2002, 125, (131); Jennert, in: WRP 2004, 1011, (1013)

krete Ausgestaltung und die Intensität der Kontroll- und Einflussmöglichkeiten des öffentlichen Auftraggebers auf das gemeinschaftliche Unternehmen ankommt.⁸⁶³

Der EuGH hatte in dieser Rechtsache nicht über ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen in Privatrechtsform zu befinden, sondern über ein Konsortium, das sich ausnahmslos aus kommunalen Rechtspersonen (Gemeinden) zusammensetzte. Er hat zwar dezidiert den Ausnahmecharakter des vergabefreien Inhouse-Geschäfts betont, sich aber nicht dazu geäußert, ob seine Überlegungen auch auf andere Unternehmenskonstellationen übertragbar sind.⁸⁶⁴ Daraus könnte zwar auf den ersten Blick der Schluss gezogen werden, dass die Beauftragung eines PPP-Gesellschaftsmodells keinen qualitativ vergleichbaren Sachverhalt darstellt. Gleichwohl müssen die Grundsätze der Teckal-Entscheidung auch auf die Fälle einer PPP entsprechend angewandt werden,⁸⁶⁵ weil sich der EuGH im Kern seiner Entscheidung vom funktionalen Auftragsbegriff leiten lässt. Es ist dort zum Ausdruck gebracht, dass ein Inhouse-Geschäft nur bei solchen Konstellationen anzunehmen ist, in denen sich zwar formal zwei verschiedene Rechtspersonen einander gegenüberstehen, der Auftrag aber nicht die Einflussphäre der öffentlichen Rechtsperson als Auftraggeber verlässt.⁸⁶⁶ Auf das PPP-Gesellschaftsmodell bezogen bedeutet dies, dass hier wegen der privaten Beteiligung die Sphäre des öffentlichen Auftraggebers aufgebrochen bzw. verlassen worden ist.

Weil die erklärte Intention der EU die Schaffung des freien Wettbewerbs im Gemeinschaftsgebiet ist und deswegen vergaberechtsfreie Aufträge der öffentlichen Hand nur im engsten Rahmen zugelassen werden sollen, kann sich im Übrigen die Interpretation des Kriteriums „wie über eine eigene Dienststelle“ nicht nur auf den Sachverhalt der Teckal-Entscheidung beziehen, vielmehr muss diese Entscheidung einer systematisch-teleologischen Auslegung zugänglich sein.⁸⁶⁷ Auf diesem Weg sind die Grundsätze der Teckal-Entscheidung auch für das PPP-Gesellschaftsmodell als gemischtwirtschaftliches Unternehmen entsprechend anzuwenden, damit nicht das öffentliche Vergaberecht umgangen werden kann. Das hat zur Konsequenz, dass eine vergleichbare Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle nur vorliegen kann, wenn der öffentliche Verwaltungsträger ohne jede (gesellschaftsrechtliche) Beschränkung ein absolutes Kontrollrecht über die Eigengesellschaft hat.⁸⁶⁸ Das ist aber nur bei einer Beteiligungsquote von 100 % denkbar, die wiederum bei der Kooperation zwischen öffentli-

⁸⁶³ Vgl. OLG Naumburg, NZBau 2003, 228

⁸⁶⁴ Man hatte erwartet, dass der EuGH auch hierzu Stellung beziehen würde.

⁸⁶⁵ Vgl. Endler, in: NZBau 125, (132)

⁸⁶⁶ Vgl. Müller, Langfristige Vertragsverhältnisse der Kommunen mit kommunalen Tochtergesellschaften am Beispiel von Strombezugsverträgen, in: NZBau 2001, 416, (418); Jennert, in: WRP 2004, 1011, (1014)

⁸⁶⁷ Vgl. Jennert, in: WRP 2004, 1011, (1014)

⁸⁶⁸ So auch Jennert, in: WRP 2004, 1011, (1014); nun auch: EuGH, Urteil vom 11.1.2005, Rs. C-26/03, (Stadt Halle), NZBau 2005, 111 ff.; siehe Kapitel 9, I. 1.1.

chem Verwaltungsträger und privatem Dritten in Form eines PPP-Gesellschaftsmodells von vornherein nicht gegeben sein kann.

1.2. Tätigkeit „im Wesentlichen“ für den öffentlichen Verwaltungsträger als Auftraggeber

In früherer Zeit war man der Auffassung, dass eine ausgegründete Tochtergesellschaft ihre Tätigkeit dann „im Wesentlichen“ für den öffentlichen Verwaltungsträger verrichtet, wenn dieser an ihr mehrheitlich beteiligt ist, d.h. mehr als 50 % der Anteile hält.

Zur Klärung dieser Problematik hat eine Entscheidung der VK Düsseldorf einen wesentlichen Beitrag geleistet.⁸⁶⁹ Sie hat die Ausschreibungspflicht bei Dienstleistungen für den Fall bejaht, dass die öffentliche Rechtsperson zunächst eine Eigengesellschaft gründet und an dieser durch anschließenden Verkauf von 49 % der Geschäftsanteile an ein privates Unternehmen eine knappe Mehrheit von 51 % behält.⁸⁷⁰ Die VK Düsseldorf hat ausgeführt, dass die Beauftragung der ausgegründeten Gesellschaft mit öffentlichen Aufgaben - hier mit der Hausmüllentsorgung und der Stadtreinigung - dem öffentlichen Vergaberecht unterliegt. Selbstverständlich könnten die öffentlichen Rechtspersonen im Rahmen ihrer Organisationsgewalt ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen gründen. Weil aber aufgrund der Interessenlage des privaten Partners ein solches Unternehmen allenfalls unter ganz außergewöhnlichen gesellschaftsrechtlichen Konstellationen der Kontrolle der öffentlichen Rechtsperson „wie über eine Dienststelle“ unterworfen sei, müsse im Regelfall die Beauftragung des gemischtwirtschaftlichen Tochterunternehmens mit einer entgeltlichen Leistungserbringung als ein dem Vergaberecht unterworfener öffentlicher Auftrag angesehen werden. Das bedeutet: Koppelt die öffentliche Rechtsperson die Gründung mit der Beauftragung der Tochtergesellschaft, muss sie das öffentliche Vergaberecht anwenden und sich dem Wettbewerb stellen.⁸⁷¹

Diese Rechtsauffassung genügt zwar dem in der Teckal-Entscheidung geforderten Kontrollkriterium „wie über eine eigene Dienststelle“, füllt aber noch nicht den so genannten Wesentlichkeitsbegriff aus.

Bislang hatte die h.M. bei der Bestimmung der Wesentlichkeitsgrenze auf die Schwellenwerte des § 10 Abs. 1 VgV zurückgegriffen.⁸⁷² Danach waren im Sektorenbereich konzerninterne

⁸⁶⁹ VK Düsseldorf, Beschluss vom 07.07.2000, VK - 12/2000 L

⁸⁷⁰ Mit der Gründung eines gemischtwirtschaftlichen Gesellschaftsmodells sollten ohne vorherige Ausschreibung langjährige Entsorgungsverträge abgeschlossen werden.

⁸⁷¹ Dieser Rechtsauffassung ist auch das BayObLG in München beigetreten. Nach seiner Meinung setzt ein vergabefreies Inhouse-Geschäft voraus, dass die öffentliche Rechtsperson über den Auftragnehmer eine Kontrolle wie über eine Dienststelle ausübt. Selbst wenn sie in der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft die Mehrheit hat, kommt es auf die Steuerungs- und Weisungsbefugnis in den Kernfragen, etwa der Geschäftsführerbestellung bzw. -abberufung, an (BayObLG, Beschluss vom 22.01.20002 – Verg. 8/01- NZBau 2002, 397).

⁸⁷² In analoger Anwendung des Art. 13 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 93/98/EWG des Rates vom 14.06.1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (Sektorenrichtlinie), welcher nach nationalem Recht in § 10 VgV umgesetzt wurde; dazu auch Jennert, in: WRP 2004, 1011, 1013

Dienstleistungsaufträge vom öffentlichen Vergaberecht ausgenommen, wenn das beauftragte Unternehmen während der letzten drei Jahre mindestens 80 % seines durchschnittlichen Umsatzes mit Dienstleistungen für den Sektorenauftraggeber erwirtschaftete. Analog dazu sollte auch außerhalb des Sektorenbereichs die Beauftragung eines ausgegründeten Unternehmens dann eine Inhouse-Vergabe sein, wenn es 80 % und mehr seiner Leistungen an den öffentlichen Auftraggeber erbringt.⁸⁷³

Gegen diese Auffassung sprach jedoch, dass die Sektorenrichtlinie eng ausgelegt werden muss. Weil sie sich dezidiert nur auf bestimmte Sektoren bezieht, kann sie konsequent nur auf Dienstleistungsaufträge angewandt werden, die durch Sektorenauftraggeber erfolgen.⁸⁷⁴

Schließlich hat der EuGH in der Rechtsache „Carbotermo“ zu Art. 13 der Sektorenkoordinierungsrichtlinie 93/38/EWG Stellung genommen und mit der Ablehnung der analogen Anwendung letztlich auch der genannten 80 % Grenze eine Absage erteilt.⁸⁷⁵ Demnach ist eine Tätigkeit nur dann für den Anteilseigner „wesentlich“, wenn das Unternehmen hauptsächlich für den öffentlichen Verwaltungsträger tätig wird und jede andere Tätigkeit rein nebensächlich ist.⁸⁷⁶ Dabei betont der EuGH, dass für die Bejahung eines vergaberechtsfreien Inhouse-Geschäfts weniger auf eine prozentuale Umsatzgrenze als auf die qualitativen und quantitativen Umstände des Einzelfalles abzustellen ist.⁸⁷⁷

2. Der Paradigmenwechsel beim Inhouse-Geschäft⁸⁷⁸

2.1. Inhouse-Geschäft bei Minderheitsbeteiligung

Mit Urteil vom 11.2.2005 hat der EuGH in der Rechtssache „Stadt Halle“ erneut zu den Merkmalen der Kontrolle „wie über eine eigene Dienststelle“ im Zusammenhang mit einem Inhouse-Geschäft Stellung bezogen.⁸⁷⁹

Während im Vorlagebeschluss das Gericht die Auffassung vertreten hatte, dass ein Inhouse-Geschäft trotz privater Beteiligung an einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen zulässig sei, hat der EuGH eine Inhouse-Vergabe nur dann anerkannt, wenn der öffentliche Auftraggeber

⁸⁷³ Vgl. Wirner, in: LKV 2004, 294, (297); Endler, in: NZBau 2002, 125, (132); Faber, in: DVBl. 2001, 248, (254 f.)

⁸⁷⁴ Vgl. Wirner, in: LKV 2004, 294, (297)

⁸⁷⁵ EuGH, Urteil vom 11.5.2006, Rs. C-340/04, (Carbotermo), NZBau 2006, 452

⁸⁷⁶ EuGH, Urteil vom 11.5.2006, Rs. C-340/04, (Carbotermo), NJW 2006, 2679, (2682)

⁸⁷⁷ Vgl. Ziche/Wehnert, Konkretisierung der Voraussetzungen eines vergaberechtsfreien Inhouse-Geschäfts, in: Ernst & Young – Public Services Newsletter – Nr. 72, Dezember 2006, S. 3

⁸⁷⁸ EuGH, Urteil vom 11.1.2005, Rs. C-26/03, (Stadt Halle), NZBau 2005, 111 ff.

⁸⁷⁹ In diesem Verfahren war über das Vorhaben der Stadt Halle zu befinden, einen Abfallentsorgungsauftrag an die RPL Lochau GmbH zu vergeben, ohne dass ein förmliches Vergabeverfahren durchgeführt wurde. Die Stadt Halle war über ihre 100%ige Tochter „Stadtwerke GmbH“ mit 75, 1% an der RPL Lochau GmbH beteiligt. Der private Kooperationspartner hielt die restlichen 24,9 %. Gegen diese Auftragsvergabe setzte sich die TREA Leuna als private Mitbewerberin auf dem Gebiet der Abfallentsorgung mittels eines Nachprüfungsantrags zur Wehr und bekam vor der VK Halle Recht. Gegen den Beschluss legte die Stadt Halle Beschwerde zum OLG Naumburg ein, das die Sache dem EuGH zur Entscheidung vorlegte. Vgl. EuGH, Urteil vom 11.1.2005, Rs. C-26/03, (Stadt Halle), NZBau 2005, 111 f.

ber zu 100 % an der ausführenden Gesellschaft beteiligt ist.⁸⁸⁰ Damit hat er einer ausschreibungsfreien Beauftragung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens unter privater Beteiligung eine klare Absage erteilt. Er führt aus, dass gem. Art. 1 lit. c der Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EWG jede Dienstleistung unter diese Richtlinie fällt, auch wenn es sich beim Bieter um eine öffentliche Einrichtung handelt.⁸⁸¹ Die öffentliche Rechtsperson habe nämlich die Möglichkeit, mit ihren eigenen administrativen, technischen und organisatorischen Mitteln die öffentliche Aufgabe zu erfüllen, ohne dass sie dazu externe Einrichtungen einzuschalten braucht. In diesem Fall bedürfe es keiner öffentlichen Ausschreibung. Jede externe Einschaltung einer solchen Einrichtung führe prinzipiell zur öffentlichen Ausschreibungspflicht, sofern nicht eng zu bestimmende Ausnahmetatbestände vorlägen, etwa wenn der öffentliche Auftraggeber über die fragliche externe Einrichtung eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen. Auch wenn ein privates Unternehmen nur minderheitlich am Kapital einer Gesellschaft beteiligt sei, an der auch der öffentliche Auftraggeber Anteile hält, könne der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft keine ähnliche Kontrolle ausüben wie über seine eigenen Dienststellen.

Mit diesem Urteil hat der EuGH seine Rechtsprechung in der Teckal-Entscheidung fortgesetzt: Während eine öffentliche Dienststelle ihre öffentlichen Aufgaben allein erledigt, können über die private Beteiligung an einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen auch private Zielsetzungen verfolgt werden, die durchaus konträr zu den öffentlich-rechtlichen Aufgabenstellungen sein können. Wenn dann die Beteiligung an einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil begründet, der sich in nachfolgenden Auftragsvergaben realisiert, diskriminiert bereits die „de-facto“ Auftragsvergabe bei der Aufgabenübertragung die Mitbewerber und verhindert auf diese Weise den angestrebten Wettbewerb auf dem freien Markt.⁸⁸² Hierzu sei angemerkt, dass es sich der EuGH „etwas leicht“ macht, wenn er die Ausschreibungspflicht auf das Argument stützt, der öffentliche Auftraggeber und der private Kooperationspartner würden unterschiedliche Interessen verfolgen. Das trifft sicherlich auch zu, weil sich der öffentliche Verwaltungsträger am Gemeinwohl orientieren muss, während der private Partner wirtschaftliche Zielsetzungen verfolgt. Jedoch ist durch die Kooperation ein neues Unternehmen entstanden, in welchem die Partner ihre konträren Motive zu dem übergeordneten Ziel einer gemeinsamen und erfolgreichen Unternehmensführung verbunden haben. Mei-

⁸⁸⁰ OLG Naumburg, NZBau 2003, 224, (228 f.); „Ausschreibungspflicht von In-house-Vergaben an Unternehmen mit Beteiligung Privater“, in: NJW-Spezial 2005, 121/122. Auch die Generalanwältin Stix-Hackl war in ihren Schlussanträgen vom 23.9.2004 (Rs. C-26/03) der Auffassung, dass bei einer Beteiligung eines privaten Dritten an einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen ein (ausschreibungsfreies) Inhouse-Geschäft vorliegen könnte (Hattig/Ruhland, in: VergabeR 2005, 425, (427)).

⁸⁸¹ Vgl. NJW-Spezial 2005, 121, (122)

⁸⁸² EuGH, Urteil vom 11.1.2005, Rs. C-26/03, (Stadt Halle), NZBau 2005, 111, (115), Rn. 51; Frenz, in: WRP 2006, 874, (876); Hausmann/Bultmann, in: NVwZ 2005, 377, (378)

ner Ansicht nach hätte sich deshalb der EuGH zur Begründung der Ausschreibungspflichtigkeit nicht primär auf das Argument der konträren Zielsetzung zu stützen brauchen, weil damit die realen Umstände des wirtschaftlichen Handelns nicht hinreichend berücksichtigt werden,⁸⁸³ da zunächst beide Kooperationspartner den wirtschaftlichen Erfolg ihres gemeinsamen Unternehmens erwarten. Konträre Zielsetzungen treten in der Regel nicht schon zu Beginn einer Kooperation auf, sondern erst dann, wenn einer der Partner der Ansicht ist, das gemeinsame Projekt führe zum Misserfolg.⁸⁸⁴

Deshalb hätte der EuGH auch in dieser Begründung mehr Gewicht auf das funktionale Verständnis des öffentlichen Vergaberechts legen sollen, das - im Hinblick auf die Stärkung des freien Wettbewerbs im Gemeinschaftsgebiet - die Flucht in das Privatrecht verhindern will. Unter diesem Gesichtspunkt ist – wie bereits dargelegt - ein PPP-Gesellschaftsmodell mit privatwirtschaftlicher Beteiligung von vornherein nicht vergleichbar mit einer öffentlichen Verwaltungseinheit, so dass die Kriterien des vergabefreien Inhouse-Geschäfts bei einer PPP prinzipiell nicht greifen können.

Des Weiteren hat der EuGH in der Rechtssache „Parking Brixen“ vom 13.10.2005 festgestellt,⁸⁸⁵ dass über die vertragliche Ausgestaltung der gesellschaftsrechtlichen Beziehungen die Kontrollfunktion der öffentlichen Rechtsperson derart erschwert sein kann, dass von einer dienststellenähnlichen Kontrolle selbst dann nicht mehr gesprochen werden könne, wenn das beauftragte Tochterunternehmen zu 100 % der öffentlichen Rechtsperson gehört.⁸⁸⁶ Dies sei dann der Fall, wenn die am Gesellschaftsmodell beteiligte öffentliche Rechtsperson lediglich auf ihre gesetzlichen Gesellschafterrechte beschränkt ist, ohne dass sie über besondere Stimm- und Kontrollrechte gegenüber den Leitungsorganen verfügt.⁸⁸⁷ In diesem Fall hat das gemischtwirtschaftliche Unternehmen eine Rechtsposition erlangt, die eine wirksame Kontrolle durch die Kommune als Gesellschafter in hohem Maße erschwert, wenn nicht gar unmöglich macht.⁸⁸⁸

Freilich haben diese Rechtsprechung des EuGH und die aus dem Gemeinschaftsrecht abgeleitete Interpretation des Vergaberechts zur Konsequenz, dass sich die öffentlichen (kommunalen) Rechtspersonen künftig bei der Auswahl und Beteiligung ihrer privaten Kooperationspartner eines PPP-Gesellschaftsmodells, denen sie öffentliche Aufträge übertragen wollen,

⁸⁸³ Vgl. dazu auch Krohn, in: NZBau 2005, 92, (95)

⁸⁸⁴ Allerdings leitet sich aus diesen widersprüchlichen Interessen das „Kontrollkriterium“ bzw. die Notwendigkeit von Eingriffsrechten ab.

⁸⁸⁵ EuGH, Urteil vom 13.10.2005, Rs. C-458/03, (Parking Brixen), NZBau 2005, 644 ff.

⁸⁸⁶ Bestätigt durch EuGH, Urteil vom 11.5.2006, Rs. C-340/04, (Carbotermo), NZBau 2006, 452

⁸⁸⁷ Vgl. Jennert, In-house-Vergabe nach „Carbotermo“: Bei der kommunalen GmbH möglich, beim Zweckverband nicht ?, in: NZBau 2006, 421

⁸⁸⁸ Der EuGH nennt die Umwandlung in eine AG, die Ausweitung des Gesellschaftszwecks auf neue Bereiche, die vorgeschriebene (aber noch nicht erfolgte) baldige Öffnung der Gesellschaft für Fremdkapital, die Ausweitung des geographischen Tätigkeitsbereichs (vgl. Steinberg, in: NZBau 2007, 150, (158)).

darüber im Klaren sein müssen, ob sie tatsächlich wie rechtlich eine dienststellenähnliche Kontrolle über das Tochterunternehmen ausüben können.⁸⁸⁹

Künftig hat in der Praxis die Prüfung des Merkmals der dienststellenähnlichen Kontrolle anhand der Kriterien zu erfolgen, die der EuGH in der „Parking Brixen“ Entscheidung aufgestellt hat. Sie sind im Wesentlichen zu beurteilen

- an der Natur der zugrunde liegenden Gesellschaftsform,
- an der sachlichen Ausrichtung des Gesellschaftszwecks und seiner über die der kommunalen Daseinsvorsorge hinausgehenden Bereiche,
- am (über-) örtlichen Tätigkeitsbereich,
- an der Möglichkeit der Aufnahme privater Anteilseigner und Investoren, und
- am Umfang der an die Geschäftsführung übertragenen Vollmachten, die ohne Kontrolle des öffentlichen Anteilseigners ausgeübt werden können.⁸⁹⁰

2.2. Substantiierung des Kriteriums dienststellenähnliche Kontrolle im Einzelfall

Das öffentliche Vergaberecht ist vom funktionalen Verständnis der Europäischen Vergaberichtlinien geprägt. Unter diesem Blickwinkel sollten auch Grenzfallkonstellationen gelöst werden. Dabei darf die Einordnung der konkreten Problematik des Einzelfalles in das Schema des öffentlichen Vergaberechts nicht außer Acht gelassen werden.⁸⁹¹ Zwar hat der EuGH den öffentlichen Auftraggebern für die Beurteilung eines Inhouse-Geschäfts Anwendungskriterien an die Hand gegeben, er hat diese aber nicht immer eindeutig substantiiert.⁸⁹² Das hat in der Praxis immer wieder zu Rechtsunsicherheiten und zu unterschiedlichen Interpretationen geführt.

Allerdings hat der EuGH in der „Parking Brixen“-Entscheidung diese Rechtsunsicherheit hinsichtlich des (erörterten) Kontrollkriteriums beendet,⁸⁹³ wenn er sagt, dass prinzipiell jede Beteiligung an einem privatrechtlichen Auftragnehmer ein vergabefreies Inhouse-Geschäft abschließen kann.⁸⁹⁴ Er hat damit explizit erklärt, dass das Kriterium der Kontrolle wie über die eigene Dienststelle sehr eng auszulegen ist, wobei er gleichermaßen auf Inhalt und Bedeutung des Begriffs Dienststelle sowie auf die Möglichkeit der umfassenden Einflussnahme auf das neue Unternehmen abstellt.

⁸⁸⁹ Vgl. Hausmann/Bultmann, in: NVwZ 2005, 377, (380); Schimanek, in: NZBau 2005, 304, (308/309)

⁸⁹⁰ Vgl. NZBau 2005, 644 ff.; Jennert, in: NZBau 2005, 623, (625)

⁸⁹¹ Vgl. Hausmann/Bultmann, in: NVwZ 2005, 377, (378)

⁸⁹² NZBau 2006, 452

⁸⁹³ Vgl. Hattig/Ruhland, in: VergabeR 2005, 425, (427)

⁸⁹⁴ Vgl. Gabriel, Abfallrechtliche Pflichtenübertragung als Ausnahme von der Ausschreibungspflicht? – Zu Folgen der „Stadt Halle“ - Entscheidung des EuGH für unzulässige In-House-Vergaben aus Sicht der Abfallwirtschaft, in: LKV 2005, 285; Krohn, in: NZBau 2005, 92, (94)

Das Ergebnis dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung ist ein Paradigmenwechsel dergestalt, dass eine öffentliche Rechtsperson das von ihr ausgegründete Unternehmen nur noch dann „vergaberechtsfrei“ beauftragen kann, wenn es ihr zu 100 % gehört und sie unmittelbaren Einfluss auf die Leitungsorgane nehmen kann, wie es bei einer verwaltungsinternen Dienststelle der Fall ist. Demnach führt jede Minderbeteiligung zur vergaberechtlichen Ausschreibungspflichtigkeit.⁸⁹⁵

2.3. Auswirkung auf die (möglichen) Privatisierungsformen von öffentlichen Einrichtungen

Im Falle der formalen Organisationsprivatisierung wird eine öffentlich-rechtliche Einrichtung in eine Eigengesellschaft des privaten Rechts umgewandelt. Hier behält die öffentliche Rechtsperson grundsätzlich die Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle, so dass sich das ausgegründete Tochterunternehmen als Verwaltungseinheit darstellt. Wenn diese Eigengesellschaft in der Hauptsache für die öffentliche Rechtsperson tätig wird, ist in dieser Auftragsvergabe prinzipiell kein vergabepflichtiger Vorgang zu sehen.⁸⁹⁶

In den Fällen einer materiellen Privatisierung hingegen wird eine öffentliche Aufgabe zur Gänze einem Privaten übertragen. Nach der Veräußerung der bisher öffentlichen Einrichtung an den Privaten kann das neue Unternehmen schon de jure nicht mehr vom öffentlichen Verwaltungsträger wie eine eigene Dienststelle beherrscht werden,⁸⁹⁷ weil es dann wie alle privaten Unternehmen auf dem freien Markt tätig wird.

Im Falle der funktionalen Privatisierung wie bei einem PPP-Gesellschaftsmodell mit Minderheitsbeteiligung ist ein vergaberechtsfreies Inhouse-Geschäft prinzipiell ausgeschlossen, weil der EuGH die 100 % Beteiligung der öffentlichen Rechtsperson an der Eigengesellschaft fordert. Wird also die gemischtwirtschaftliche PPP-Gesellschaftsform gewählt, scheitert die Annahme eines vergabefreien Inhouse-Geschäfts an der fehlenden dienststellenähnlichen Kontrollmöglichkeit.

2.4. Auswirkung bei mittelbarer Beteiligung an so genannten Enkelgesellschaften

Die Grundsätze der EuGH-Rechtsprechung zur Inhouse-Vergabe müssen auch für die mittelbare Beteiligung von öffentlichen (kommunalen) Rechtspersonen an PPP-

⁸⁹⁵ Diese Rechtsprechung wird erhebliche Auswirkungen auf die Vergabepraxis der öffentlichen Verwaltungsträger haben, die bisher im Rahmen einer kommunalen Public Private Partnership öffentliche Aufgaben an gemischtwirtschaftliche Tochterunternehmen, an denen sie als Gesellschafter beteiligt sind, ausschreibungsfrei i.S.v. Inhouse-Geschäften übertragen haben. Zur Klarstellung wird der Gesetzgeber de lege ferenda nicht an einer entsprechenden Neufassung der § 97 ff. GWB vorbeikommen (vgl. Ziekow/Spiegel, Die Vergaberechtspflichtigkeit von Partnerschaften der öffentlichen Hand – Neue Entwicklungstendenzen im Bereich der In-House-Geschäfte und der In-State-Geschäfte, in: VergabeR 2005, 145, (147)).

⁸⁹⁶ Vgl. Schimanek, in: NZBau 2005, 304, (309)

⁸⁹⁷ Vgl. Schimanek, in: NZBau 2005, 304, (309)

Gesellschaftsmodellen im Sinne so genannter Enkelgesellschaften gelten.⁸⁹⁸ Hierunter wird eine Konstellation verstanden, bei der sich die öffentliche Rechtsperson an einer Holding beteiligt, die ihrerseits als Zwischengesellschaft an der ausführenden PPP-Gesellschaft beteiligt ist. Im Rahmen dieser mittelbaren Beteiligung kann die öffentliche Rechtsperson die Enkelgesellschaft entweder direkt oder indirekt über eine mehrstufige Auftragskette über weitere zwischengeschaltete Tochterunternehmen mit der öffentlichen Aufgabendurchführung beauftragen.

Weil der EuGH in seinen „Teckal“ und „Parking Brixen“-Entscheidungen lediglich dienststellenähnliche Kontroll- und Einwirkungsrechte verlangt und keine unmittelbare Entscheidungsbeeinflussung, kommt es für die Annahme eines Inhouse-Geschäfts darauf an, ob die öffentliche Rechtsperson als Auftraggeber auf die ausführende PPP-Gesellschaft eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben kann. Sie muss auch über die gesellschaftsvertragliche Ausgestaltung auf die strategischen Ziele und auf die grundlegenden Entscheidungen der beauftragten Enkelgesellschaft ausschlaggebenden Einfluss nehmen können.⁸⁹⁹

Das öffentliche Vergaberecht ist nur dann nicht anzuwenden, wenn Tochter- und Enkelgesellschaft im Wesentlichen für die öffentliche (kommunale) Rechtsperson tätig werden.⁹⁰⁰ Wenn aber die Organe der PPP-(Enkel-)Gesellschaft in ihren Entscheidungen weitgehend unabhängig sind, fehlt es an der dienststellenähnlichen Kontrolle und das öffentliche Vergaberecht findet Anwendung.⁹⁰¹

II. Inhouse-Geschäfte durch Public Public Partnerships

Die Rechtsprechung des EuGH zum öffentlichen Vergaberecht und insbesondere zum Inhouse-Geschäft hat Auswirkungen auf die Privatisierungsvorhaben der öffentlichen Hand im Wege von (kooperativen) Public Private Partnerships, weil sich die öffentlichen (kommunalen) Verwaltungsträger dadurch in ihren Organisations- und Gestaltungsmöglichkeiten eingeschränkt fühlen.⁹⁰² Die Kommunen werden künftig sorgfältig abwägen müssen, ob sie eine Partnerschaft mit privaten Dritten eingehen, wenn bei der Übertragung der öffentlichen Aufgabe an die PPP bzw. bei deren nachfolgenden Beschaffungsaufträgen im laufenden Betrieb das öffentliche Vergaberecht zur Anwendung zu bringen ist, jedenfalls sobald die entspre-

⁸⁹⁸ Vgl. im Einzelnen dazu: Orłowski, Zulässigkeit und Grenzen der In-House-Vergabe, in: NZBau 2007, 80, (82 ff.); „Wie viele Stufen und Gesellschaftsgründungen“ dabei der öffentliche Auftraggeber „zwischenaltet“, ist vergaberechtlich ohne Bedeutung (VK Baden-Württemberg, NZBau 2001, 340). Dazu auch Säcker/Wolf, in: WRP 2007, 282, (286)

⁸⁹⁹ EuGH, Urteil vom 11.5.2006, Rs. C-340/04, (Carbotermo), NZBau 2006, 452, (454), Rn. 36

⁹⁰⁰ Vgl. Orłowski, in: NZBau 2007, 80, (83). In Anbetracht der restriktiven Rechtsprechung des EuGH erscheint es allerdings fraglich, ob die Ausgestaltung der Einwirkungsrechte den Kontrollbegriff wirksam ausfüllen können (vgl. Steinberg, in: NZBau 2007, 150, (158)).

⁹⁰¹ EuGH, Urteil vom 11.5.2006, Rs. C-340/04, (Carbotermo), NZBau 2006, 452, (455), Rn. 47

⁹⁰² Vgl. Krohn, in: NZBau 2005, 93

chenden Schwellenwerte erreicht bzw. überschritten sind.⁹⁰³ Diese Entwicklung bedeutet für die Praxis der kommunalen Rechtspersonen eine Zunahme des Ausschreibungsregimes. Des Weiteren befürchtet man nicht nur die Verzögerung von Projekten, sondern sieht auch ein Erschwernis der von politischer Seite verfolgten Tendenz, im Wege des „New Public Managements“ die öffentliche Verwaltung in Richtung einer kooperativen und partnerschaftlichen Verwaltung zu verändern.⁹⁰⁴ Insbesondere sehen die Kommunen einen negativen Effekt darin, dass es ihnen nahezu unmöglich gemacht werde, durch gezielte Auftragsvergaben die heimische Wirtschaft zu fördern.

Angesichts solcher Überlegungen könnte es für die öffentlichen Verwaltungsträger eine Option darstellen, sich alternativ anderer öffentlicher Verwaltungsträger als Kooperationspartner zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben zu bedienen, um über eine so genannte Public-Public-Partnership diejenigen Vorteile, die sie sich im Falle einer Public Private Partnership erhofft hatten, nutzen zu können, sofern für diese Kooperationsform die Anwendung des öffentlichen Vergaberechts nicht zwingend sein sollte.

1. Public-Public Partnership und das Vergaberecht

Gründet eine öffentliche Rechtsperson ein Gemeinschaftsunternehmen mit mehreren öffentlichen Rechtspersonen und beauftragt sie dieses mit der Erledigung öffentlicher Aufgaben, stellt sich die Frage, ob es sich bei dieser Public Public Partnership um ein ausschreibungsfreies Inhouse-Geschäft handeln kann.⁹⁰⁵ In diesem Fall kooperieren nämlich mehrere öffentliche Rechtspersonen als öffentliche Auftraggeber in der Absicht, den „inneren Bereich“ ihrer gemeinsamen öffentlichen Verwaltung nicht zu verlassen.⁹⁰⁶

Schrifttum und Rechtsprechung haben sich bislang nur wenig mit der vergaberechtlichen Problematik aus Anlass einer Public Public Partnership auseinandergesetzt.⁹⁰⁷ Jedoch hat der EuGH unter Hinweis auf den funktionalen Auftraggeberbegriff festgestellt, dass öffentlich-rechtliche Partnerschaften nicht per se vom Vergaberecht ausgenommen sind.⁹⁰⁸ Es reiche nämlich für die Annahme eines vergaberechtspflichtigen Vorgangs aus, dass zwischen einer

⁹⁰³ Vgl. Frenz, in: WRP 2006, 874, (876)

⁹⁰⁴ Kapitel 2, I. 3.

⁹⁰⁵ Vgl. Krohn, in: NZBau 2005, 93, (95)

⁹⁰⁶ Vgl. Krohn, in: NZBau 2005, 93, (96); Marx, Verlängerung bestehender Verträge und Vergaberecht, in: NZBau 2002, 311, (314)

⁹⁰⁷ Vgl. ausführlich zum Thema Public Public Partnership und Vergaberecht: Ziekow/Spiegel, Public Public Partnerships und Vergaberecht: Vergaberechtliche Sonderbehandlung der „Instate-Geschäfte?“, in: VerwArch 2005, 119 ff.

⁹⁰⁸ EuGH, Urteil vom 13.1.2005, Rs. C-84/03, (Vertragsverletzungsverfahren, Kommission/Spanien), NZBau 2005, 232 f.

öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaft und einer hiervon unabhängigen Rechtsperson ein entgeltlicher Vertrag zur Beschaffung von Waren oder Dienstleistungen geschlossen wird.⁹⁰⁹

Die Europäische Kommission hat sich dieser Rechtsauffassung des EuGH angeschlossen und zum Ausdruck gebracht, dass das Gemeinschaftsrecht auch für Verträge zwischen öffentlichen Rechtspersonen gilt, und sie will Ausnahmen davon restriktiv nur dann zulassen, wenn sich die beauftragende öffentliche (kommunale) Rechtsperson Einwirkungsrechte vorbehält oder wenn die öffentlichen Aufgaben durch entsprechende Hoheitsakte aufgrund bestehender Gesetze, Verordnungen oder Satzungen mitsamt Rechten und Pflichten vollständig auf die neue Public Public Gesellschaft übertragen werden.⁹¹⁰

Diese Rechtsauffassung der Kommission verdeutlicht, dass öffentlich-rechtliche Kooperationen grundsätzlich nicht vom Vergaberecht ausgeschlossen sind, so dass im konkreten Einzelfall zu prüfen ist, ob bei der Gründung bzw. im Zusammenhang mit der Gründung von interkommunalen Kooperationen ein ausschreibungspflichtiger öffentlicher Auftrag i.S.d. § 99 Abs. 1 GWB vorliegt.

Auch auf nationaler Ebene hat sich in jüngerer Zeit die Rechtsprechung zu diesen öffentlich-rechtlichen Kooperationen geäußert.⁹¹¹ Sie kommt zu dem Ergebnis, dass z.B. die Übertragung einer Aufgabe der kommunalen Daseinsvorsorge auf eine Nachbargemeinde im Wege einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung dem öffentlichen Vergaberecht unterliegt.⁹¹²

Das OLG Düsseldorf ist der Ansicht, dass ein öffentlicher Auftrag i.S.d. § 99 GWB dann vorliegt, wenn eine Gemeinde außerhalb ihres Gemeindegebiets bei der Nachbargemeinde gegen Entgelt tätig wird und dabei funktional wie ein privater Marktteilnehmer auftritt, zumal kommunale Rechtspersonen grundsätzlich nur auf gemeindeeigenem Gebiet tätig werden sollen. Weil kein Ausnahmetatbestand i.S.d. § 100 Abs. 2 GWB vorlag,⁹¹³ hat das OLG Düsseldorf ein ausschreibungsfreies Inhouse-Geschäft verneint, wenn sich die Gemeinde bei der Abfallentsorgung einer anderen kommunalen Rechtsperson (außerhalb ihres Gemeindegebiets) bedient.⁹¹⁴ Soweit also die Gemeinde einen Auftrag an eine Nachbargemeinde vergibt und von

⁹⁰⁹ Vgl. Hattig/Ruhland, in: VergabeR 2005, 425, (431)

⁹¹⁰ Vgl. Hattig/Ruhland, in: VergabeR 2005, 425, (431); vgl. auch Kommission: Vertragsverletzungsverfahren Gemeinde Hinte (Stellungnahme der EU-Kommission vom 30.3.2004 (2000/4433, C [2004] 1202). Siehe dazu auch die Pressemitteilung vom 31.3.2004 (IP/04/428)).

⁹¹¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5.5.2004; NZBau 2004, 398 ff.. Das OLG Düsseldorf hatte über einen Sachverhalt zu entscheiden, in dem eine Gemeinde einen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsvertrag mit einer Nachbargemeinde abgeschlossen hat, wonach letztere gegen Entgelt die Altpapierentsorgung der Gemeinde vornahm. Die Gemeinde hatte sich das Recht vorbehalten, gegenüber den Bediensteten der Nachbargemeinde Anordnungen treffen zu können. Das OLG Frankfurt a.M. hat in einem ähnlich gelagerten Fall ebenfalls einen öffentlichen Auftrag nach § 99 GWB angenommen (vgl. OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 7.9.2004 - 11 Verg. 11 und 12/04).

⁹¹² Vgl. Ziekow/Spiegel, in: VerwArch 2005, 119, (120)

⁹¹³ Vgl. Hattig/Ruhland, in: VergabeR 2005, 425, (434)

⁹¹⁴ Vgl. Ziekow/Spiegel, in: VerwArch 2005, 119, (120). Zudem verneinte das OLG Düsseldorf eine vergaberechtsfreie Rekommunalisierung und den Ausnahmetatbestand des § 100 Abs. 2 lit. g. GWB.

dieser eine Leistung gegen Entgelt bezieht, erbringt sie keine Eigenleistung mehr und es liegt nach Inhalt und Zielsetzung des öffentlichen Vergaberechts ein öffentlicher Auftrag vor.⁹¹⁵

Mithin müssen bei der Beantwortung der Frage nach der Anwendbarkeit des öffentlichen Vergaberechts im Falle einer Public-Public-Partnership die Grundsätze der „Teckal“ und „Stadt Halle“ Entscheidung herangezogen werden. Dort hatte der EuGH für die Annahme eines In-house-Geschäfts gefordert, dass die vereinbarte Aufgabenerfüllung innerhalb der öffentlichen Verwaltung abgewickelt wird.⁹¹⁶ Das kann aber nicht schon deswegen der Fall, wenn zwei rechtlich selbständige Kommunen auf der Basis eines öffentlich-rechtlichen Entsorgungsvertrags eine Public Public Partnership eingehen wollen. Auch wenn von der kommunalen Praxis immer wieder gefordert wird, die öffentlich-rechtlichen Vertragsabschlüsse nicht dem öffentlichen Vergaberecht zu unterwerfen,⁹¹⁷ weil diese vertraglichen Beziehungen nicht den Bereich der öffentlichen Verwaltung verlassen würden, sind diese Verträge dennoch als öffentliche Aufträge gem. § 99 GWB einzustufen, weil es nach dem funktionalen Begriffsverständnis des EuGH auf die Rechtsform nicht ankommt.⁹¹⁸

Die Inhouse-Rechtsprechung des EuGH verlangt aber, dass die beauftragende Kommune zumindest eine dienstähnliche Kontrolle ausübt, wenn die Public Public Partnership ausnahmslos oder im Wesentlichen für eine kommunale Rechtsperson tätig wird.⁹¹⁹

Ohne Zweifel würde ein Inhouse-Geschäft vorliegen, wenn eine rechtlich unselbständige Dienststelle des öffentlichen Auftraggebers mit der Durchführung beauftragt wird. Hier besitzt der Auftraggeber die uneingeschränkte Kontrollmöglichkeit.⁹²⁰

Bei einer Public Public Partnership kooperieren aber zwei selbständige öffentlich-rechtliche Rechtspersonen mit jeweils eigener Entscheidungskompetenz, wobei eine der beiden Kommunen außerhalb ihres Hoheitsgebietes tätig wird.⁹²¹ Die Eigenständigkeit jeder dieser Kommunen ist durch die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG gewährleistet, so dass die Beherrschung der anderen Kommune gegen deren kommunales Selbstverwaltungsrecht verstoßen würde.⁹²² Soweit die Kommunen innerhalb ihres eigenen Hoheitsgebiets tätig werden, handeln sie jeweils im öffentlichen Interesse. Es stellt sich aber die Frage, ob es sich auch dann um ein Inhouse-Geschäft handeln kann, wenn zwei kooperierende Kommunen dasselbe öffentliche Interesse (der Aufgabenerfüllung) verfolgen. Weil jede Kommune dem Interesse

⁹¹⁵ Vgl. Hattig/Ruhland, in: VergabeR 2005, 425, (434)

⁹¹⁶ Vgl. Wirner, in: LKV 2004, 294, (296)

⁹¹⁷ Vgl. etwa Dreher, in: DB 1998, 2579, (2587)

⁹¹⁸ Vgl. Ziekow/Spiegel, in: VerwArch 2005, 119, (124/125); Schimanek, in: NZBau 2005, 304, (310)

⁹¹⁹ Vgl. Wirner, in: LKV 2004, 294, (296)

⁹²⁰ Vgl. Michaels, Vergabefreiheit der Rekommunalisierung von Versorgungsleistungen, in: NZBau 2004, 27 f. bzw. Müller, in: NZBau 2001, 416, (418)

⁹²¹ Vgl. Zirbes, Anmerkung zum Beschluss des OLG Düsseldorf vom 5.5.2004 – VII- Verg 78/03-, in: VergabeR 2004, 622, (623)

⁹²² Vgl. Ziekow/Spiegel, in: VerwArch 2005, 119, (126)

ihres eigenen Hoheitsgebietes verpflichtet ist, würde sich das öffentliche Interesse dieser beiden Kommunen zwar in seiner generellen Tendenz entsprechen, jedoch regelmäßig nicht in seiner konkreten Ausgestaltung.⁹²³ Deshalb kann bei derartigen vertraglichen Kooperationen öffentlicher Verwaltungsträger grundsätzlich nicht von einem gemeinsamen öffentlichen Interesse ausgegangen werden.

Dagegen wird eingewandt, dass die kommunalen Partner zumindest ein gemeinsames ökonomisches Interesse an der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe haben. Man könne deshalb der Ansicht sein, dass die Kooperation mehrerer öffentlicher Auftraggeber dem Leitbild einer „gemeinsamen Dienststelle“ nahe kommt.⁹²⁴ Allerdings muss hier differenziert werden, dass dem Grunde nach nur einer kommunalen Rechtsperson als öffentlicher Auftraggeber an der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe gelegen ist und dass die andere im Rahmen der Public Public Partnership tätige Kommune regelmäßig aus Gründen der Einnahmenerzielung an dieser Aufgabenerfüllung interessiert ist. Deshalb muss auch bei dieser Kooperationsform von konträren Zielsetzungen der beteiligten kommunalen Partner gesprochen werden.

Dazu wird die Ansicht vertreten, dass die Bündelung gemeinsamer kommunaler Interessen durch die Gründung der Eigengesellschaft der „dienststellenähnlichen Kontrolle“ deshalb entspreche, weil hier keiner der beiden kommunalen Partner mehr über eine eigene Entscheidungsgewalt verfüge.⁹²⁵ Aber auch diese Überlegung ändert nichts daran, dass ohne gesetzliche Grundlage keine kommunale Rechtsperson über eine andere rechtlich selbständige kommunale Rechtsperson wie über ihre eigene Dienststelle bestimmen kann.

Auch der Einwand, dass in diesen Fällen alle Kooperationspartner innerhalb der öffentlichen Verwaltung angesiedelt bleiben und insoweit eine öffentliche Verwaltungseinheit bilden, vermag nichts an der Tatsache zu ändern, dass hier „selbständige“ öffentliche (kommunale) Rechtspersonen partnerschaftlich agieren. Diese (kommunale) Selbständigkeit ist vom Grundgesetz gewollt und ein prägendes Prinzip des föderativen Staats- und Verwaltungsaufbaus in Deutschland. Ein Verstoß verletzt Art. 28 Abs. 2 GG.

Vereinzelt wird im Schrifttum die Meinung vertreten, dass eine kommunale Zusammenarbeit in der Form einer Public Public Partnership deshalb als Inhouse-Geschäft möglich sein müsse, weil es sich hier nicht um einen Beschaffungsvorgang auf dem privaten Markt handelt, sondern um eine originäre interne Organisationsmaßnahme der öffentlichen Hand, so dass es auf das Kriterium der dienststellenähnlichen Kontrolle gar nicht ankomme.⁹²⁶ Dagegen spricht

⁹²³ Vgl. Hausmann/Bultmann, in: NVwZ 2005, 377, (380)

⁹²⁴ Vgl. Hausmann/Bultmann, in: NVwZ 2005, 377, (380)

⁹²⁵ Vgl. Krohn, in: NZBau 2005, 92, (95/96); Hausmann/Bultmann, in: NVwZ 2005, 377, (380)

⁹²⁶ Vgl. Krohn, in: NZBau 2005, 92, (96); Marx, Verlängerung bestehender Verträge und Vergaberecht, in: NZBau 2002, 311, (314); so auch: Burgi, Warum die „kommunale Zusammenarbeit“ kein vergabepflichtiger Beschaffungsvorgang ist, in: NZBau 2005, 208 ff.

aber, dass nach Art. 6 der EG-Richtlinie 92/50/EWG (DKR) und § 100 Abs. 2 lit. g GWB die bloße Funktion eines öffentlichen Verwaltungsträgers als Auftraggeber nicht ausreicht, dass das Vergaberecht nicht zur Anwendung kommt. Dafür wäre erforderlich, dass der beauftragte öffentliche Verwaltungsträger ein auf Gesetz bzw. Verordnung beruhendes Recht zur Leistungserbringung besitzt.⁹²⁷

Der Vergleich mit einer internen Organisationsmaßnahme kann schon deshalb nicht überzeugen, weil das Vergaberecht vom funktionalen Auftraggeberbegriff des § 98 Nr. 2 GWB geprägt ist.⁹²⁸ Dieser stellt auch ein privates Unternehmen aufgrund des Gründungszwecks und der engen Verbindung zu den Aufgaben der öffentlichen Hand dem öffentlichen Auftraggeber gleich.⁹²⁹ Dem funktionalen Verständnis des öffentlichen Auftraggebers steht also spiegelbildlich ein funktionaler Unternehmerbegriff gegenüber.⁹³⁰ Demzufolge ist das Vergaberecht immer dann anzuwenden, wenn der öffentliche Auftraggeber im Wettbewerb auf dem freien Markt wie ein privater Teilnehmer agiert. Deshalb ist zu prüfen, ob die kommunale Rechtsperson bei der Kooperation (mit einer anderen kommunalen Rechtsperson) wie ein privater Dritter am Markt auftritt. Das folgt aus den Bestimmungen des § 98 Nr. 1 und Nr. 3 GWB, die die (klassischen) öffentlichen Auftraggeber dem öffentlichen Vergaberecht unterwerfen.

Meiner Ansicht nach kann die Kooperationsform der Public Public Partnership nur dann nicht der Teilnahme auf dem privaten Markt gleichgesetzt werden, wenn aufgrund von Rechtsvorschriften ein Wettbewerb auf dem freien Markt eindeutig ausgeschlossen ist. Ein Wettbewerb wie unter privaten Dritten wäre aber nur dann nicht möglich, wenn eine öffentliche Aufgabe der Daseinsvorsorge ausschließlich innerhalb der öffentlichen Hand im Sinne eines Verwaltungsmonopols erfüllt werden muss. In diesem Fall wären aus Gründen einer gleich- und rechtmäßigen Versorgung die privaten Dritten ausgeschlossen.⁹³¹ Kann dagegen auch ein privates Unternehmen die Leistung erbringen, so existiert ein privater Wettbewerb. Dann wird auch eine Public Public Partnership wie ein privater Dritter auf dem freien Markt tätig, so dass im Sinne des funktionalen Unternehmerbegriffs das öffentliche Vergaberecht zur Anwendung kommt. Wenn und sobald ein Wettbewerb real möglich ist, kann die Aufgabenübertragung an die Public Public Partnership nicht mehr einem ausschreibungsfreien internen Organisationsakt gleichgesetzt werden.

Somit ist dem zitierten Beschluss des OLG Düsseldorf im Ergebnis zuzustimmen, weil es bei der Abfallentsorgung private Mitbewerber auf dem freien Markt gibt, weshalb bei dieser Pub-

⁹²⁷ Vgl. Krohn, in: NZBau 2005, 92, (96)

⁹²⁸ Vgl. Ziekow, Der funktionale Auftraggeberbegriff des § 98 Nr. 2 GWB – ein Arkanum?, in: VergabeR 2003, 483 ff., m.w.N.

⁹²⁹ Vgl. Ziekow/Spiegel, in: VerwArch 2005, 119, (129)

⁹³⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5.5.2004, in: NZBau 2004, 398, (399); OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 7.9.2004 – 11 Verg 11 und 12/04, S. 21 des Beschlussumdrucks

⁹³¹ Vgl. Ziekow/Spiegel, in: VerwArch 2005, 119, (129)

lic Public Partnership das öffentliche Vergaberecht anzuwenden war.⁹³² Jede andere Beurteilung würde dem funktionalen Begriffsverständnis des öffentlichen Auftraggebers zuwider laufen.

Weiteres Kriterium für die Anwendbarkeit des öffentlichen Vergaberechts ist das Vorliegen eines Beschaffungsvorgangs auf dem freien Markt. Das ist der Fall, wenn im Rahmen der Public Public Partnership Leistungen gegen Entgelt erbracht werden. Es macht dann keinen Unterschied, ob die Ausgangskommune eine Ware oder Dienstleistung unmittelbar selbst am Markt nachfragt oder sich lediglich einer anderen öffentlichen Einrichtung als Lieferanten bedient.⁹³³

Ein solcher Beschaffungsvorgang kann aber nicht im isolierten Gründungsakt oder in der Veräußerung der Gesellschaftsanteile anlässlich der Gründung einer Public Public Partnership gesehen werden, sondern liegt erst dann vor, wenn gleichzeitig mit der Gründung oder der Anteilsveräußerung ein öffentlicher Auftrag verbunden ist.⁹³⁴

Diese Rechtsauffassung ist in einer Entscheidung des OLG Naumburg vom 3.11.2005 bekräftigt und auf interkommunale, vertragliche Zweckvereinbarungen zur entgeltlichen Leistungserbringung ausgedehnt worden, unabhängig davon, ob es sich um eine delegierende oder mandatorische Aufgabenübertragung handelt.⁹³⁵ Damit hat erstmals ein deutsches Gericht die Ausschreibungspflicht pauschal für die Fälle interkommunaler Partnerschaften bejaht, so dass das öffentliche Vergaberecht dann zur Anwendung kommt, wenn innerhalb eines bereits existierenden Wettbewerbsmarktes ein entgeltlicher Beschaffungsvorgang über öffentliche (kommunale) Kooperationspartner erfolgen soll.⁹³⁶

Zusammenfassend lässt sich sagen: Wenn eine öffentliche (kommunale) Rechtsperson wie ein privater Dritter eine Kooperation mit einer anderen öffentlichen Rechtsperson eingeht, sich insbesondere an einer Eigengesellschaft mit anderen öffentlichen Rechtspersonen beteiligt, ist diese Kooperations- bzw. Gesellschaftsform entsprechend dem funktionalen Verständnis ausschreibungspflichtig. Nur wenn der öffentliche Auftraggeber zu 100 % die Anteile an der Eigengesellschaft hält, ist ein Inhouse-Geschäft möglich. Beteiligt sich eine weitere selbständige öffentliche (kommunale) Rechtsperson vergleichbar einem privaten Dritten an der Eigengesellschaft, kann der öffentliche Auftraggeber keine dienststellenähnliche Kontrolle mehr aus-

⁹³² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5.5.2004; NZBau 2004, 398 ff.; so auch OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 7.9.2004 -11 Verg. 11 und 12/04

⁹³³ Vgl. Hattig/Ruhland, in: VergabeR 2005, 425, (434)

⁹³⁴ Vgl. ausführlich dazu: Ziekow/Spiegel, in: VerwArch 2005, 119, (131/132); Kapitel 7, II. 3.2.

⁹³⁵ OLG Naumburg, Beschluss vom 3.11.2005 – 1 Verg. 9/05, in: NZBau 2006, 58 ff.. So deuten des Weiteren die Ausführungen des EuGH im „Spanien-Urteil“ vom 13.1.2005, Rs. C-84/03, (Vertragsverletzungsverfahren, Kommission/Spanien), NZBau 2005, 232 f. darauf hin, dass auch die Gründung eines Zweckverbandes ausschreibungspflichtig sein kann (vgl. Ziekow/Spiegel, in: VergabeR 2005, 145, (154)).

⁹³⁶ Vgl. ausführlich: Ruhland, „Schlupfloch geschlossen“, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 30. November 2005, S. 23

üben.⁹³⁷ Jede Beteiligung einer Kommune entsprechend einem privaten Marktteilnehmer innerhalb einer Public Public Partnership schließt daher ein vergabefreies Inhouse-Geschäft aus.⁹³⁸

2. Vergaberechtliche Auswirkungen bei einer Public Public Partnership zur Umsetzung eines eGovernment-Projekts

Noch bis zur „Stadt-Halle“-Entscheidung sind viele öffentliche Verwaltungsträger Public Public Partnerships mit anderen öffentlichen Auftraggebern ohne Anwendung des öffentlichen Vergaberechts eingegangen.⁹³⁹ Nunmehr scheiden vergaberechtsfreie Inhouse-Geschäfte auch dann aus, wenn Kommunen im Rahmen einer Public Public Partnership kooperieren, wenn sie wie ein privater, externer Marktteilnehmer außerhalb ihres Hoheitsgebietes tätig werden wollen.⁹⁴⁰

Das gilt auch für die Umsetzung von eGovernment. Die öffentlichen Kooperationspartner können nicht geltend machen, dass sich die Kooperationsform als einheitliche Verwaltungsorganisation ausweist. Zwar verbleibt die Aufgabenverantwortlichkeit beim öffentlichen (kommunalen) Verwaltungsträger, der eGovernment innerhalb seines Hoheitsgebietes durchführen will. Die Aufgabenerledigung durch die kommunale Betreibergesellschaft entzieht sich jedoch dem öffentlichen Verwaltungsmonopol, weil längst zahlreiche private Dienstleistungsunternehmen derartige Aufgaben durchführen und hier einen freien Wettbewerbsmarkt geschaffen haben. Weil die Public Public Partnership dann auf einem bereits existierenden freien Markt agieren würde, muss sie sich dem öffentlichen Vergaberegime unterwerfen.⁹⁴¹ Nur dieses Ergebnis wird dem funktionalen Auftraggeberbegriff des europäischen Vergaberechts gerecht.⁹⁴²

III. Die Dienstleistungskonzession⁹⁴³

Im Gegensatz zu den Dienstleistungsaufträgen sind die Dienstleistungskonzessionen im GWB nicht erwähnt. Deshalb könnte die Übertragung des eGovernment als öffentliche Aufgabe auf eine PPP-Gesellschaft dann nicht im Sinne des öffentlichen Vergaberechts ausschreibungs-

⁹³⁷ Selbst im Fall einer Zweckverbandsgründung als originärem staatsorganisatorischem Akt besteht die Vergaberechtsfreiheit entsprechend dem funktionalen Auftragsverständnis nur in den Fällen eines Verwaltungsmonopols (vgl. Hattig/Ruhland, in: VergabeR 2005, 425, (435)).

⁹³⁸ Eine Ausnahme könnte allenfalls durch einen Gesetzesvorbehalt ermöglicht werden, wenn die Kommune die Aufgabenerfüllung im Sinne einer Zuständigkeitsverlagerung vollständig auf eine andere Kommune überträgt. Aber auch diese - bisher herrschende - Ansicht ist im Sinne der funktionalen Betrachtungsweise fraglich, solange kein eindeutiges rechtmäßiges Verwaltungsmonopol besteht (vgl. Burgi, in: NZBau 2005, 208 ff.).

⁹³⁹ Vgl. Ziekow/Spiegel, in: VergabeR 2005, 145, (148)

⁹⁴⁰ Vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 3.11.2005 – 1 Verg. 9/05, in: NZBau 2006, 58, (61)

⁹⁴¹ Vgl. Ziekow/Spiegel, in: VergabeR 2005, 145, (152)

⁹⁴² Vgl. Ziekow/Spiegel, in: VergabeR 2005, 145, (149)

⁹⁴³ Vgl. zum Vergabeverfahren auch Burgi, Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen: Verfahren, Vergabekriterien, Rechtsschutz, in: NZBau 2005, 610 ff.

pflichtig sein, wenn sich die Rechtsbeziehung zwischen der öffentlichen (kommunalen) Rechtsperson und dem Kooperationspartner nicht als Dienstleistungsauftrag, sondern als Dienstleistungskonzession erweist.⁹⁴⁴

Diese Rechtsfolge hat der EuGH in der Streitsache „Teleaustria“ mit Urteil vom 07.12.2000 angenommen.⁹⁴⁵ Dort hatte die (staatliche) Telekom Austria die Herstellung und Herausgabe elektronisch nutzbarer Teilnehmerverzeichnisse (Telefonbücher) mittels einer Dienstleistungskonzession an einen privaten Dritten vergeben. Als Gegenleistung sollte ausschließlich der private Kooperationspartner diese Telefonverzeichnisse wirtschaftlich verwerten dürfen. Die Vergabe war jedoch von der Fa. Teleaustria mit der Begründung angefochten worden, dass auch diese Beauftragung gemeinschaftsrechtlich hätte ausgeschrieben werden müssen.

Auf Vorlage des österreichischen Bundesvergabeamts gem. Art. 234 EG hat der EuGH entschieden, dass die Dienstleistungskonzession grundsätzlich nicht dem Vergaberecht unterliegt. Das Gericht begründete dies im Wesentlichen mit der Entstehungsgeschichte der Dienstleistungskoordinerungsrichtlinie (93/38/EWG). Dienstleistungskonzessionen seien vom Rat der EG bewusst nicht in die Richtlinie aufgenommen worden, weil die Konzessionen in den jeweiligen europäischen Mitgliedsstaaten unterschiedlich geregelt sind und einzelne Staaten das Konzessionsmodell gar nicht kennen.⁹⁴⁶ Im Falle der Aufnahme der Dienstleistungskonzession habe der Rat einen ungleichen Zugang der Marktteilnehmer im Gemeinschaftsgebiet zu den Dienstleistungskonzessionen befürchtet.⁹⁴⁷

Bei der Umsetzung von eGovernment über eine PPP könnte sich das Konzessionsmodell sachlich deshalb anbieten, weil hier der private Plattformbetreiber eigenständig alle kostenpflichtigen elektronischen Transaktionen mit den Nutzern abwickeln und abrechnet, während die Gewährleistung der (elektronischen) Verwaltungsleistungen weiterhin im Verantwortungsbereich der öffentlichen Rechtsperson verbleibt.⁹⁴⁸

Grundlage für die Errichtung und Installierung einer kommunalen Verwaltungsplattform ist regelmäßig eine individuelle Software, die im Rahmen eines Werkvertrages (§§ 631 ff. BGB) programmiert wird, wodurch die Plattform die „graphische Darstellung“ im virtuellen Raum

⁹⁴⁴ Vgl. Schimanek, in: NZBau 2005, 304, (309/310); Endler, in: NZBau 2002, 125, (126); Hattig/Ruhland, in: VergabeR 2005, 425, (429)

⁹⁴⁵ EuGH, Urteil vom 7.12.2000, Rs. C-324/98, (Teleaustria Verlags GmbH u.a.), NZBau 2001, 148

⁹⁴⁶ Der EuGH hat festgestellt, dass die Sektorenrichtlinie 93/38/EWG die Dienstleistungskonzession nicht erwähnt, während Konzessionen in anderen Richtlinien, bspw. im Baubereich, ausdrücklich genannt sind (vgl. Schalast, Rechtliche Rahmenbedingungen für Public Private Partnerships und Dienstleistungskonzessionen im TK-Sektor, in: MMR 2005, 581, (582); ähnlich auch: VÜA Bayern, Beschluss vom 28.8.1998, VÜA 16/97 – „Flugbetriebsstoffversorgung“).

⁹⁴⁷ Vgl. Jennert, Der Begriff der Dienstleistungskonzession im Gemeinschaftsrecht – Zugleich ein Beitrag zum Entgeltlichkeitsbegriff des Dienstleistungsauftrags, in: NZBau 2005, 131

⁹⁴⁸ Die Informations- und Technologieleistungen können auch über entsprechende Dienstleistungsverträge mit dem privaten Sektor vollzogen werden (vgl. Schalast, in: MMR 2005, 581; Endler, in: NZBau 2002, 125, (126)).

des Internets erhält.⁹⁴⁹ Es geht hier um ein Datenverarbeitungssystem, das mittels des Datenaustausches Kommunikationen und Transaktionen zwischen der öffentlichen Verwaltung und den diversen Nutzern ermöglicht. Grundsätzlich wird man die Lieferung und die Installation eines solchen Datensystems als vergabepflichtigen Lieferauftrag i.S.v. § 99 Abs. 2 GWB und nicht als Dienstleistungsauftrag gem. § 99 Abs. 4 GWB einordnen, auch wenn in einem solchen Vertragsverhältnis weitere Leistungen wie die Wartung oder Fortentwicklung der Systeme beinhaltet sind, solange der Wert derartiger Nebenleistungen nicht den Wert des Hauptsystems wesentlich übersteigt.⁹⁵⁰ Bei einem auf Dauer angelegten eGovernment-Projekt liegt aber der Schwerpunkt der vertraglichen Leistungen regelmäßig nicht in der erstmaligen Programmierung bzw. Lieferung der Software, sondern in der Instandhaltung, Fortentwicklung und Betreuung, also im Betrieb der virtuellen Plattform. Der Wert dieser Dienstleistungen wird hier den Wert der gelieferten Systeme in der Regel wesentlich übersteigen, so dass regelmäßig ein vergabepflichtiger Dienstleistungsauftrag gem. § 99 Abs. 4 GWB vorliegt.

Nachfolgend bleibt zu prüfen, ob und wie eGovernment rechtswirksam auch über ein Dienstleistungskonzessionsmodell umgesetzt werden kann:

1. Abgrenzung der Dienstleistungskonzession vom Dienstleistungsauftrag

Für einen öffentlichen (kommunalen) Verwaltungsträger ist die Abgrenzung der Dienstleistungskonzession vom Dienstleistungsauftrag deshalb von Bedeutung, weil es bei einer rechtswirksamen Konzession im Gegensatz zum Liefer- bzw. Dienstleistungsauftrag genügt, dass die Vergabe (lediglich) den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts entspricht.⁹⁵¹ Andererseits würde die fehlerhafte Annahme einer Dienstleistungskonzession einen Verstoß gegen §§ 97 ff. GWB mit Konsequenzen im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren bedeuten.⁹⁵²

1.1. Definition des Konzessionsmodells

Früher existierte weder im europäischen Gemeinschaftsrecht noch im nationalen Recht eine Legaldefinition der Dienstleistungskonzession. Solange sich der EuGH noch nicht dazu geäu-

⁹⁴⁹ Vgl. Sprau, in: Palandt, a.a.O., Einf. vor § 631, Rn. 22; Zahrt, Überlassung von Software-Produkten, in: NJW 1996, 1798, (1800)

⁹⁵⁰ Vgl. Hailbronner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 99, Rn. 515 f.; auch EuGH, Urteil vom 5.12.1989, Rs. C-3/88 (Datenverarbeitungssysteme), NVwZ 1991, 356 ff.

⁹⁵¹ Vgl. Kallmayer, Dienstleistungskonzessionen als Alternative zur Auftragsvergabe, Speyerer ÖPP-Tage 2006

⁹⁵² Vgl. Jennert, in: NZBau 2005, 131. Dieselben Auswirkungen drohen auch dann, wenn sich im Laufe der Geschäftsbeziehungen die Vertragskomponenten derart verändern, dass anstelle eines ursprünglichen Auftrages eine Dienstleistungskonzession vorliegt (vgl. Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endgültig vom 30.4.2004, Tz. 34).

bert hatte,⁹⁵³ bestand für die öffentlichen Verwaltungsträger große Rechtsunsicherheit bei der Abgrenzung eines entgeltlichen Dienstleistungsauftrags von der Dienstleistungskonzession.⁹⁵⁴ Das Schrifttum hat das Konzessionsmodell in der Weise beschrieben, dass hier öffentliche Leistungen durch einen privaten Konzessionär erbracht werden, der im Gegenzug für eine bestimmte Laufzeit das Recht und das Risiko der wirtschaftlichen Verwertung seiner eigenen (Dienst-)Leistungen gegenüber dritten Nutzern eingeräumt erhält.⁹⁵⁵

Die öffentliche (kommunale) Rechtsperson behält hier die öffentliche Aufgabenverantwortung, hat aber die Möglichkeit, über die Konzessionsvergabe zunächst ihre (oftmals bestehenden) Haushaltsdefizite zu minimieren, um nach Vertragsablauf erneut über eine weitere Eigen- oder Fremderfüllung der öffentlichen Aufgabe entscheiden zu können.⁹⁵⁶

Mittlerweile hat der europäische Gesetzgeber in Art. 1 Abs. 4 Richtlinie 2004/18/EG folgende Legaldefinition für Dienstleistungskonzessionen aufgenommen:

„Dienstleistungskonzessionen sind Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.“

Der öffentliche (kommunale) Verwaltungsträger muss daher im Lichte dieser Definition und der im Schrifttum aufgestellten Abgrenzungskriterien die Anwendbarkeit des Dienstleistungskonzessionsmodells auf eGovernment prüfen.⁹⁵⁷

1.2. Aufgabenübertragung

Es wird die Ansicht vertreten, dass für eine Dienstleistungskonzession die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe der Daseinsvorsorge zur Durchführung an ein privates Unternehmen kennzeichnend sei.⁹⁵⁸ Diese Meinung basiert auf der Vorstellung, dass für den öffentlichen Verwaltungsträger aus Gründen der Kostenreduzierung und des Bürokratieabbaus eine freihändige Partnerauswahl in einem vereinfachten bzw. flexiblen Verfahren zulässig sein müsse. Dagegen spricht jedoch, dass bisher weder in den Mitteilungen der Europäischen Kommission⁹⁵⁹ noch in den Entscheidungen des EuGH⁹⁶⁰ zu Dienstleistungskonzessionen ein derartig

⁹⁵³ Anhaltspunkte für die vergaberechtliche Behandlung der Dienstleistungskonzessionen fanden sich lediglich in der Rechtsprechung des EuGH sowie in einzelnen Mitteilungen oder im „Grünbuch“ der Kommission. Vgl. Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endgültig vom 30.4.2004, Tz. 29-33

⁹⁵⁴ Vgl. Theobald/Kafka, Vergabe von Verkehrsverträgen im Rahmen des SPNV, in: NZBau 2002, 604/605

⁹⁵⁵ Vgl. auch Legaldefinition in Art. 1 Abs. 4 Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG; Gröning, in: NZBau 2001, 123; Schimanek, in: NZBau 2005, 304, (309/310)

⁹⁵⁶ Vgl. Hattig/Ruhland, in: VergabeR 2005, 425, (429)

⁹⁵⁷ Vgl. Jennert, in: NZBau 2005, 131

⁹⁵⁸ Vgl. Schimanek, in: NZBau 2005, 304, (310); Jennert, in: NZBau 2005, 131

⁹⁵⁹ ABIEG Nr. C 121 vom 29.4.2000, S. 4, Nr. 3

⁹⁶⁰ EuGH, Urteil vom 7.12.2000, Rs. C-324/98, (Teleaustria Verlags GmbH u.a.), EuZW 2001, 90, (92), Rn. 42

vereinfachtes Vergabeverfahren deshalb für zulässig erachtet worden ist, weil der Gegenstand der Aufgabenübertragung der öffentlichen Daseinsvorsorge zuzurechnen sei. Hätte jedoch der EuGH explizit ein „flexibleres“ Verfahren an die Übertragung einer Aufgabe der Daseinsvorsorge knüpfen wollen, dann hätte er mit diesem Kriterium einen unbestimmten Rechtsbegriff entwickelt, der ein weites, kaum eingrenzbare Anwendungsfeld eröffnet hätte. Nachdem aber die einzelnen Mitgliedsstaaten selbst bestimmen können, welche Aktivitäten in den Bereich der Daseinsvorsorge fallen sollen, wäre dadurch das Tor für eine uneinheitliche Rechtsanwendung im EG-Raum geöffnet worden. Das wiederum hätte einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz des „effet utile“ i.S.d. Art. 12 EG bedeutet.⁹⁶¹

Der EuGH will aber in ständiger Rechtsprechung eine ungleiche Gesetzgebung in den Mitgliedsstaaten verhindern und erwähnt aus diesem Grund den Begriff der Aufgabenübertragung überhaupt nicht. Daher mag zwar die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe der Daseinsvorsorge für das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession sprechen, eine notwendige Voraussetzung ist sie indes nicht.⁹⁶² Jedenfalls ist die Übertragung einer Aufgabe der Daseinsvorsorge auch im Wege eines entgeltlichen Dienstleistungsauftrags möglich, solange die öffentliche Aufgabenübertragung kein definitives Kriterium der Dienstleistungskonzession ist. Eine andere Auslegung lässt Art. 1 Abs. 4 Richtlinie 2004/18/EG nicht zu.

1.3. Vertragsbeziehungen außerhalb des Konzessionsvertrags

Des weiteren stellt sich die Frage, ob der Empfänger der Dienstleistung ein dritter Nutzer außerhalb der Vertragsbeziehungen des Konzessionsgebers und des Konzessionsnehmers sein muss,⁹⁶³ weil dem Konzessionsmodell immanent ist, dass der Konzessionsnehmer mit einem Dritten Rechtsbeziehungen eingeht, um seine Investitionen amortisieren zu können.

Jedoch kann auch das Vorliegen einer Vertragsbeziehung außerhalb des Konzessionsvertrages zwischen Konzessionsnehmer und Dritten kein zwingendes Kriterium einer Dienstleistungskonzession sein. Selbst wenn eine solche Vertragsbeziehung bestünde, muss der Konzessionsnehmer nicht das wirtschaftliche Verwertungsrisiko der übertragenen Aufgabe übernehmen. Ähnlich sieht dies der EuGH, der in verschiedenen Fällen einen Dienstleistungsvertrag angenommen hat, obgleich der private Anbieter mit den (dritten) Nutzern ein Vertragsverhältnis eingegangen war.⁹⁶⁴ Mag dieses Kriterium durchaus das Wesen der Konzession charakterisieren, eine unabdingbare Tatbestandsvoraussetzung für das Vorliegen einer Dienstleistungskon-

⁹⁶¹ Vgl. Jennert, in: NZBau 2005, 131, (132)

⁹⁶² Vgl. Opitz, Die Entwicklung des EG-Vergaberechts in den Jahren 2001 und 2002 – Teil 2, in: NZBau 2003, 252, (255); Jennert, in: NZBau 2005, 131, (132)

⁹⁶³ Vgl. Jennert, in: NZBau 2005, 131

⁹⁶⁴ Vgl. VK Düsseldorf, NZBau 2001, 46, (47); OLG Düsseldorf, NZBau 2002, 634 f.

zession stellt es nicht dar. Auch Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG greift nicht auf dieses Abgrenzungsmerkmal zurück.

1.4. Nutzungsrecht

Zu prüfen bleibt, ob das entscheidende Kriterium der Abgrenzung einer Dienstleistungskonzession vom Dienstleistungsauftrag und damit der Anwendbarkeit des Vergaberechts die Einräumung eines entgeltlichen Nutzungsrechts ist,⁹⁶⁵ wie es in Art. 1 Abs. 4 Richtlinie 2004/18/EG normiert ist.

1.4.1. Einräumung eines Nutzungsrechts

Allein die Einräumung eines entgeltlichen Nutzungsrechts als Abgrenzungskriterium zum Entgeltbegriff eines Dienstleistungsauftrags i.S.d. § 99 Abs. 1 GWB bringt nicht unbedingt Rechtsklarheit, weil auch über das Nutzungsrecht Leistungsentgelte erwirtschaftet werden.

Zwar wird die Auffassung vertreten, dass der Entgeltbegriff des öffentlichen Auftrags i.S.d. § 99 Abs. 1 GWB lediglich Geldzahlungen beinhalte, weil der öffentliche Auftrag die Dienstleistungskonzession und die ihr innewohnende Gewährung eines Nutzungsrechts nicht erfasse.⁹⁶⁶ Jedoch ist im heutigen komplexen Wirtschaftsgefüge die Ausgliederung einer geldwerten Leistung vom Entgeltbegriff des öffentlichen Auftrags nicht möglich, weil dies geradezu dazu einladen würde, das Vergaberecht durch gesellschaftsvertragliche Gestaltungsformen zu umgehen.⁹⁶⁷

Diese Gefahr würde auch bei der Umsetzung von eGovernment durch ein PPP-Gesellschaftsmodell drohen. Hier wird ein privater Partner integriert, der nicht nur die virtuelle Plattform errichtet, sondern sie auch betreibt. Als Gegenleistung bietet er im Rahmen eines langfristigen Nutzungsvertrags die entgeltliche Verwertung möglicher Applikationen an.

Legt man diese Überlegungen zu Grunde, steht dem privaten Kooperationspartner mit dem langfristigen Nutzungsrecht vertraglich ein entgeltgleicher Ratenzahlungsanspruch gegen den öffentlichen Verwaltungsträger zu. Die bewusste Ausgliederung einer geldwerten Leistung vom Entgeltbegriff des Vergaberechts bei einem derartigen Kooperationsvertrag würde dem funktionalen Verständnis des Vergaberechts zuwider laufen. Deshalb muss der Entgeltbegriff

⁹⁶⁵ Vgl. Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endgültig vom 30.4.2004, Tz. 36; Jennert, in: NZBau 2005, 131, (133/134); Kallmayer, Speyerer ÖPP-Tage 2006

⁹⁶⁶ Vgl. Hailbronner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 99, Rn. 340

⁹⁶⁷ Ähnlich auch Werner/Köster, Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „entgeltlich“ i.S. von § 99 Abs. 1 GWB, in: NZBau 2003, 420, (421)

des öffentlichen Auftrags i.S.d. § 99 GWB alle geldwerten Leistungen umfassen,⁹⁶⁸ also prinzipiell auch ein entgeltgleiches Nutzungsrecht.

Im Ergebnis führt die Einräumung eines entgeltlichen Nutzungsrechts i.S.d. Art. 1 Abs. 4 Richtlinie 2004/18/EG als Abgrenzungskriterium gegenüber dem Entgeltbegriff des öffentlichen Auftrags i.S.d. § 99 Abs. 1 GWB noch nicht zur eindeutigen Unterscheidung zwischen einer Dienstleistungskonzession und einem Dienstleistungsauftrag. Es lässt sich aber wenigstens die Aussage treffen, dass jede Leistung, die nur in einem bestimmten Geldbetrag erfolgt, kein Nutzungsrecht und damit auch keine Dienstleistungskonzession sein kann.

1.4.2. Übertragung des wirtschaftlichen Risikos auf den Konzessionär

Das entscheidende Abgrenzungskriterium zum Dienstleistungsauftrag könnte aber die gleichzeitig erfolgende Übertragung bzw. Verlagerung des mit der Verwertung verbundenen wirtschaftlichen Risikos sein. Ist nämlich zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die vereinbarte Gegenleistung für den privaten Kooperationspartner in Umfang, Höhe und Dauer wirtschaftlich nicht kalkulierbar, dann spricht dies für eine ausschreibungsfreie Dienstleistungskonzession im Sinn des GWB.⁹⁶⁹ Kann der private Kooperationspartner hingegen zu diesem Zeitpunkt bereits mit einer bestimmten oder bestimmbarer Gegenleistung rechnen, dann ist der Entgeltcharakter i.S.d. § 99 Abs. 1 GWB gegeben und es wird ein vergaberechtpflichtiger Dienstleistungsauftrag abgeschlossen.⁹⁷⁰

Bislang war strittig, wie das wirtschaftliche Risiko ausgestaltet sein muss.⁹⁷¹ Der EuGH hatte sich zwar in der Rechtsache „Teleaustria“ mit einer Dienstleistungskonzession beschäftigt, dazu aber noch keine eindeutige Definition abgegeben. In der Entscheidung „Parking Brixen“ liefert er nun mit dem Begriff des Betriebsrisikos erstmals ein konkretes Abgrenzungskriterium zum Dienstleistungsauftrag.⁹⁷² Darunter versteht der EuGH das Risiko von Einnahmeausfällen, die verschuldensunabhängig infolge von Betriebsstörungen - bspw. bei technischen Störungen, Witterungsbedingungen oder Problemen mit Subunternehmen - entstehen. Nach Ansicht des EuGH rechtfertigt dieses verschuldensunabhängige Betriebsrisiko die vergaberechtliche Ungleichbehandlung zwischen Konzession und Dienstleistungsauftrag.⁹⁷³ Dabei hat das Gericht aber offen gelassen, welche Qualität das wirtschaftliche Risiko haben muss, damit eine Dienstleistungskonzession in Betracht kommt.

⁹⁶⁸ Vgl. Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 99, Rn. 35 f.

⁹⁶⁹ Ein wirtschaftlich nicht kalkulierbares Risiko würde im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz kein formalisiertes Vergabeverfahren erfordern, da hier alle dem gleichen Risiko ausgesetzt sind.

⁹⁷⁰ Vgl. Jennert, in: NZBau 2005, 131, (134); OLG Düsseldorf, NZBau 2004, 343, (344)

⁹⁷¹ Vgl. Hattig/Ruhland, Die Rechtsfigur der Dienstleistungskonzession, in: NZBau 2005, 626, (629)

⁹⁷² EuGH, Urteil vom 13.10.2005, Rs. C- 458/03, (Parking Brixen), NZBau 2005, 644 ff.

⁹⁷³ Der BGH freilich hat sich zum Begriff des Vergütungsrisikos und zum Merkmal der Übertragung einer öffentlichen Aufgabe bisher nicht klarstellend geäußert (vgl. Jennert, in: NZBau 2005, 623, (624)).

Deshalb will eine Ansicht im Schrifttum unter dem wirtschaftlichen Risiko nicht nur ein bestehendes Leistungs-, Erfolgs- oder Kalkulationsrisiko verstehen, weil solche Risiken jedem Handelsgeschäft immanent seien. Vielmehr müsse zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine wesentliche und nicht bestimmbare Unsicherheit über die aus dem Nutzungsrecht erzielbaren Erträge in Abhängigkeit von der eigenen unternehmerischen Leistung bzw. der damit verbundenen Akzeptanz der Dienstleistung am Markt bestehen.⁹⁷⁴

Meiner Ansicht nach ist auch dieser Abgrenzungsversuch noch nicht eindeutig genug. So wird z.B. bei der Vergabe eines Mautsystems für die Benutzung von Autobahnen eine Konzession angenommen, obgleich hier das Verkehrsaufkommen und damit die erzielbaren Einnahmen ziemlich sicher kalkulierbar sind.

Wenn aber nicht mit hinreichender Sicherheit bestimmt werden kann, zu welchem Zeitpunkt ein wirtschaftliches Risiko vorliegen und welche Qualität ein derartiges Risiko aufweisen muss,⁹⁷⁵ sollte bereits das herkömmliche wirtschaftliche Unternehmensrisiko für die Annahme einer Dienstleistungskonzession ausreichen.⁹⁷⁶ Letztlich entscheidet der Verbraucher über den erreichbaren Erfolg und damit über das Risiko der angebotenen Leistung, auch wenn mit Hilfe einer betriebswirtschaftlichen Kosten- und Leistungsrechnung durchaus fundierte Aussagen über die Marktakzeptanz neu einzuführender Produkte getroffen werden könnten. Bestehen also wirtschaftliche Risiken bei der Amortisation der Leistungen bzw. Risiken, die sich aus der Verwaltung oder dem Konzessionsbetrieb ergeben, muss eine Dienstleistungskonzession zulässig sein.

Anderes könnte nur dann gelten, wenn ein Verlustrisiko nahezu ausgeschlossen ist. Ist allerdings der Konzessionär bestrebt, bestehende Risiken durch staatliche Garantien oder Einstandspflichten zu mindern, um sie auf diese Weise gleichsam an den Auftraggeber zurückzureichen, kann begrifflich keine Dienstleistungskonzession vorliegen.⁹⁷⁷

2. Keine Inhouse-Vergabe einer Dienstleistungskonzession ohne Ausschreibung

Bereits in der Streitsache „Teleaustria“ hat der EuGH mit Urteil vom 07.12.2000 klargestellt, dass sich auch die Vergabe einer Dienstleistungskonzession nicht im rechtsfreien Raum bewegen kann.⁹⁷⁸ Neben dem nationalen Vergaberecht müsse in jedem Fall das allgemeine (primäre) europäische Gemeinschaftsrecht beachtet werden. Das gelte im besonderen Maße für die primärrechtlichen Grundsätze des Verbots der Ungleichbehandlung und der Diskriminierung

⁹⁷⁴ Vgl. Jennert, in: NZBau 2005, 131, (134)

⁹⁷⁵ Vgl. auch Eschenbruch, in: Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 99, Rn. 216

⁹⁷⁶ So auch in den Schlussanträgen des GA Fenelly im Verfahren „Teleaustria Verlags GmbH“ vom 18.5.2000, C-324/98, Slg. 2000, I-10747, Rn. 40; Steinberg, in: NZBau 2007, 150, (155)

⁹⁷⁷ Vgl. Endler, in: NZBau 2002, 125, (128)

⁹⁷⁸ EuGH, Urteil vom 7.12.2000, Rs. C-324/98, (Teleaustria Verlags GmbH u.a.), NZBau 2001, 148

(bspw. wegen der Staatsangehörigkeit).⁹⁷⁹ Nur bei einem transparenten Verfahren könnten Diskriminierungen rechtzeitig erkannt und unterbunden werden.⁹⁸⁰

Aus diesen Überlegungen hat der EuGH die Verpflichtung des Auftraggebers abgeleitet, zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit herzustellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und der die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabe unparteiisch erfolgt ist.⁹⁸¹ Deshalb habe der öffentliche Auftraggeber auch bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ein formales Vergabeverfahren durchzuführen, das die Belange der Nichtdiskriminierung und der Transparenz gebührend berücksichtige.⁹⁸²

Auch die Europäische Kommission hat sich in ihrem Grünbuch über öffentlich-rechtliche Partnerschaften der Meinung des EuGH in der Rechtsache „Teleaustria“ angeschlossen und fordert bei der Vergabe von Konzessionen ein entsprechendes Verfahren, das die Teilnahme einer Mindestzahl von Bewerbern sicherstellt.⁹⁸³ Die Kommission verweist darauf, dass eine gemeinschaftsweite Öffnung der Märkte nicht gelingen werde, solange die jeweiligen einzelstaatlichen Vorschriften nicht entsprechend koordiniert sind. Die Folgen wären Rechtsunsicherheit bei den Marktteilnehmern und möglicherweise eine Kostensteigerung durch den Bürokratieaufwand. Dies aber sei nicht mit den gemeinschaftsrechtlichen Zielen eines freien und gleichen Wettbewerbs zu vereinbaren.⁹⁸⁴

Diese Rechtsauffassung ist durch die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Parking Brixen“ vom 13.10.2005 C - 458/03 - bekräftigt worden.⁹⁸⁵ Obgleich die Vergabe einer Dienstleistungskonzession an eine 100 %ige Tochter der öffentlichen Rechtsperson nach der EG-Richtlinie 92/50/EWG (DKR) vom öffentlichen Vergaberecht nicht erfasst ist,⁹⁸⁶ war nach Ansicht des EuGH im konkreten Fall ein Vergabeverfahren entsprechend den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung der Bieter (Art. 43 und 49 EG) geboten.⁹⁸⁷ Das Gericht begründete seine Ansicht mit der Umwandlung des Sonderbetriebs in eine Aktiengesellschaft und der gesellschaftsrechtlichen Natur dieser AG, ferner mit der Ausweitung

⁹⁷⁹ Vgl. Schalast, in: MMR 2005, 581, (582)

⁹⁸⁰ Vgl. Gröning, in: ZIP 2001, 497, (503)

⁹⁸¹ EuGH, Urteil vom 7.12.2000, Rs. C-324/98, (Teleaustria Verlags GmbH u.a.), NZBau 2001, 148, Rn. 62

⁹⁸² Vgl. Mitteilung der Kommission zu Konzessionen im Gemeinschaftsrecht vom 12.4.2000, ABl. EG C 121/2, 6; Gröning, Public Private Partnerships bei Dienstleistungskonzessionen, in: NZBau 2001, 123, (125); Burgi, in: DVBl. 2003, 949, (955)

⁹⁸³ Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endgültig vom 30.4.2004, Tz. 29-33

⁹⁸⁴ Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endgültig vom 30.4.2004, Tz. 32/33

⁹⁸⁵ Der EuGH hatte über die Vergabe einer kommunalen Dienstleistungskonzession an eine 100 %-ige Stadtwerke-Tochter zu entscheiden. Nach Umwandlung eines im Eigentum der Stadt Brixen (Italien) stehenden Sonderbetriebs in eine „Stadtwerke Brixen AG“, betrieb diese mehrere Parkplätze in der Stadt gegen Entgelt. Gegen die Auftragsvergabe des Parkplatzbetriebes an die Stadtwerke AG klagte eine private Gesellschaft mit der Begründung, dass die Bestimmungen über die öffentliche Auftragsvergabe, auf jeden Fall aber die Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsätze Anwendung finden müssten.

⁹⁸⁶ Vgl. Jennert, in: NZBau 2005, 623

⁹⁸⁷ So nun auch EuGH, Urteil vom 6.4.2006, Rs. C-410/04, (Gemeinde Bari), NVwZ 2006, 555

des Gesellschaftszwecks, insbesondere auf die Bereiche der Informatik und der Telekommunikation, ferner mit der Ausweitung des Tätigkeitsbereiches über die Gemeindegrenzen hinaus, mit der baldigen Öffnung der Gesellschaft für Fremdkapital sowie mit den dem Verwaltungsrat übertragenen Vollmachten, die seitens der Geschäftsführung ohne Kontrolle durch die kommunale Rechtsperson ausgeübt werden konnten.⁹⁸⁸ Diese Grundsätze würden zu einem transparenten Vergabeverfahren verpflichten, das „zugunsten der potenziellen Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellt, um die Dienstleistungskonzession dem Wettbewerb zu öffnen und die Nachprüfung der unparteilichen Durchführung des Vergabeverfahrens zu ermöglichen.“⁹⁸⁹ Dabei hat der EuGH angemerkt, dass die Stadtwerke Brixen AG in ihrer konkreten Geschäftsausformung bereits eine Marktausrichtung erreicht hatte, die die Kontrolle durch die Stadt Brixen wesentlich erschwert habe.⁹⁹⁰

Im Ergebnis hat der EuGH mit der „Parking Brixen“-Entscheidung die Grenzen für ausschreibungsfreie Inhouse-Vergaben nach der „Stadt-Halle“-Entscheidung weiter eingengt.⁹⁹¹

3. Anwendung auf eine PPP-Gesellschaftsform bei eGovernment

Wie die Europäische Kommission im Grünbuch ausführt, kann die Übertragung einer Dienstleistungskonzession entweder auf vertraglicher Grundlage erfolgen⁹⁹² oder es wird ein Gemeinschaftsunternehmen mit einem privaten Partner als PPP-Gesellschaftsmodell zur Umsetzung von eGovernment gegründet und die Dienstleistungskonzession auf dieses übertragen.⁹⁹³

In Abgrenzung zum Dienstleistungsauftrag kann eine Dienstleistungskonzession aber nur dann vorliegen, wenn ein Nutzungsrecht unter gleichzeitiger Übertragung des wirtschaftlichen Risikos besteht. Meiner Ansicht nach beinhaltet die Umsetzung von eGovernment ein solches wirtschaftliches Risiko. Die breite Masse der Bürger ist es nämlich gewohnt, dass die öffentlichen Verwaltungsleistungen über den herkömmlichen Behördenweg des öffentlichen Verwaltungsträgers angeboten werden. Zwar steigt die Akzeptanz der elektronischen Medien stetig, sie bedarf aber eines aufgeschlossenen Kundenverhaltens und -sachverstands. Jedenfalls derzeit ist nur unzureichend kalkulierbar, in welchem Umfang die Bürger das elektronische Ver-

⁹⁸⁸ Vgl. Portz, In-House-Geschäfte, interkommunale Zusammenarbeit und Anwendung des Vergaberechts, Vergabeforum 2006, Band II; Dokumentation Norbert Portz, S. 9/10

⁹⁸⁹ EuGH, Urteil vom 13.10.2005, Rs. C - 458/03, (Parking Brixen), NZBau 2005, 644, (648)

⁹⁹⁰ EuGH, Urteil vom 13.10.2005, Rs. C - 458/03, (Parking Brixen), NZBau 2005, 644 ff.. Anzumerken ist, dass der EuGH lediglich infolge der konkreten Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen der öffentlichen Rechtsperson zu der privaten Stadtwerke Brixen AG eine Ausnahme von seinen in der Stadt-Halle Entscheidung aufgestellten Inhouse-Kriterien gemacht hat.

⁹⁹¹ Vgl. Jennert, Das Urteil „Parking Brixen“: Übernahme des Betriebsrisikos als rechtssicheres Abgrenzungsmerkmal für die Dienstleistungskonzession ?, in: NZBau 2005, 623

⁹⁹² Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endgültig vom 30.4.2004, Tz. 21 ff.

⁹⁹³ Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endgültig vom 30.4.2004, Tz. 53 ff.; Säcker/Wolf, in: WRP 2007, 282, (289)

waltungsangebot nutzen werden. Die langfristige Investition des privaten Kooperationspartners ist daher mit einem erheblichen wirtschaftlichen Risiko verbunden. Das hätte wiederum zur Folge, dass bei der Umsetzung des eGovernment im Wege eines PPP-Gesellschaftsmodells eine Dienstleistungskonzession prinzipiell ohne förmliche Ausschreibung gem. §§ 97 ff. GWB möglich ist.

Gleichwohl hat die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nach Maßgabe der „Teleaustria“-Entscheidung wegen des Grundsatzes der Subsidiarität des nationalen Rechts in einem Vergabeverfahren zu erfolgen, das dem europäischen Gemeinschaftsrecht und hier insbesondere dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung Rechnung trägt. Will also die kommunale Rechtsperson gemeinsam mit einem privaten Partner eGovernment in Form eines PPP-Gesellschaftsmodells umsetzen, sind die Vorgaben der „Teleaustria“-Entscheidung und des „Grünbuchs“ zu beachten und es ist bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession auf jeden Fall ein formales und transparentes Verfahren anzuwenden. Die kommunale Rechtsperson kann dabei auf die förmlichen Vergabeverfahren im Sinne des GWB zurückgreifen.⁹⁹⁴ Zumindest müssen die Bestimmungen des EG-Vertrags und die Mitteilungen der Europäischen Kommission beachtet werden. Das bedeutet die Festlegung der Regeln für die Auswahl des privaten Partners; die angemessene Bekanntmachung der Absicht der Konzessionserteilung und der Regeln für die Auswahl, um die Unparteilichkeit im Verfahren nachprüfen zu können; einen Aufruf an die interessierten Wirtschaftsunternehmen zur Teilnahme am Wettbewerb, die auch in der Lage sind, die anstehenden öffentlichen Aufgaben auszuführen; die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gegenüber allen Teilnehmern während der gesamten Verfahrensdauer und schließlich die Vergabe auf der Grundlage objektiver Kriterien, die niemanden benachteiligen.⁹⁹⁵

Damit kommen die vergaberechtlichen Grundsätze bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, bei der Geschäftsanteilsveräußerung oder der Übernahme der Kontrolle eines bereits bestehenden Unternehmens sowohl bei der Auswahl des Kooperationspartners als auch bei den Verhandlungen über die Übertragung der Nutzungsrechte zur Anwendung, auch wenn dann nach Sichtung der Bieterangebote nicht das Gemeinschaftsunternehmen, sondern ein Mitbewerber den Zuschlag für die Dienstleistungskonzession erhalten muss.⁹⁹⁶ Schließlich verfolgt das öffentliche Vergaberecht die Zielsetzung des freien Wettbewerbs auf dem gemeinschaftlichen Markt und dient nicht dem Schutz der öffentlichen Hand.⁹⁹⁷

⁹⁹⁴ Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endgültig vom 30.4.2004, Tz. 33

⁹⁹⁵ Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endgültig vom 30.4.2004, Tz. 30

⁹⁹⁶ Vgl. Schalast, in: MMR 2005, 581, (583)

⁹⁹⁷ Vgl. Schalast, in: MMR 2005, 581, (584)

Kapitel 10: Weitere rechtlich relevante Gesichtspunkte bei der Umsetzung von eGovernment über PPP-Gesellschaftsmodelle

I. Privatisierung als versteckte Beihilfe im Zuge der PPP- Gesellschaftsgründung

Regelmäßig lassen öffentliche Infrastrukturprojekte im Rahmen einer PPP für die privaten Partner nur geringe Renditen erwarten. Weil sich solche allenfalls nach einer längeren Investitionsphase einstellen, versuchen die öffentlichen Verwaltungsträger durch gezielte Fördermaßnahmen Investoren für eine PPP zu gewinnen,⁹⁹⁸ die von Projekt zu Projekt bspw. als jährlicher Investitionszuschuss, als Betreiberkonzession oder als eine zum tatsächlichen Gegenwert günstigere Auftragsvergabe variieren.⁹⁹⁹ In diesen Fällen ist zu prüfen, ob derartige Vergünstigungen – wenn sie für ein PPP-eGovernment-Projekt gewährt werden - dem Europäischen Beihilferecht unterfallen, und auf welche Weise die kommunale Rechtsperson einen privaten Investor in das Projekt ohne Verstoß gegen das EG-Beihilferecht einbeziehen kann.¹⁰⁰⁰

1. eGovernment als Infrastrukturmaßnahme

War man lange Zeit einhellig der Auffassung, dass öffentliche Infrastrukturmaßnahmen Unternehmen bzw. Wirtschaftszweige überhaupt nicht begünstigen würden, wird dies heute differenzierter gesehen, wenn über Organisationsprivatisierungen private Dritte an Infrastrukturprojekten beteiligt werden sollen.¹⁰⁰¹

1.1. Der Begriff Infrastruktur

Der Begriff Infrastruktur ist vielschichtig und wird im Schrifttum definiert als Gewährleistung sozialer Entwicklung und Entfaltung wirtschaftlicher Aktivitäten durch Einrichtungen, die in der Regel eine gleichmäßige und flächendeckende Versorgung mit Leistungen von allgemeinem Interesse zu angemessenen Konditionen erfüllen können.¹⁰⁰² Das BVerfG¹⁰⁰³ und das Europäische Parlament¹⁰⁰⁴ stellen nicht auf eine definitorische Bestimmbarkeit einer Infrastruktureinrichtung ab, sondern klassifizieren diese anhand einer weitreichenden und nicht abschließenden Aufzählung von Einrichtungen der Daseinsvorsorge. Demzufolge ist offen, ob

⁹⁹⁸ Vgl. Koenig/Pfromm, Die Förderlogik des EG-beihilferechtlichen Ausschreibungsverfahrens bei PPP-Daseinsvorsorge-Infrastrukturen, in: NZBau 2004, 275

⁹⁹⁹ Vgl. auch Schimaneck, in: NZBau 2005, 304, (308); Eggers/Malmendier, in: NJW 2003, 780, (781/782)

¹⁰⁰⁰ Vgl. Koenig/Kühling, Infrastrukturförderung im Ausschreibungsverfahren - EG-beihilferechtlicher Königsweg der Kompensation von gemeinwirtschaftlichen Pflichten, in: DVBl. 2003, 289, (290)

¹⁰⁰¹ Vgl. Koenig/Kühling, EG-beihilferechtliche Beurteilung mitgliedstaatlicher Infrastrukturförderungen im Zeichen zunehmender Privatisierung, in: DÖV 2001, 881

¹⁰⁰² Vgl. Koenig/Kühling, in: DÖV 2001, 881

¹⁰⁰³ BVerfGE 38, 258, (270 f.)

¹⁰⁰⁴ Europäisches Parlament, Entschließung vom 17.3.1989, ABIEG 1989 Nr. C 96, 243, (244)

neben den klassischen Infrastruktureinrichtungen wie z.B. der Energie-, Wasser- oder Abfallversorgung auch eine öffentliche Verwaltungsplattform im Sinne des eGovernment zu den Infrastruktureinrichtungen gezählt werden kann.

1.2. eGovernment als Infrastrukturmaßnahme

Die Schaffung von Einrichtungen für öffentliche Verwaltungsleistungen stellt schon begrifflich eine öffentliche Infrastrukturmaßnahme dar. Es liegt nahe, dies auch für jene öffentlichen Einrichtungen gelten zu lassen, die in Form eines PPP-Gesellschaftsmodells die Verwaltungshandlungen über eine öffentliche Verwaltungsplattform elektronisch darstellen und umsetzen. Zwar könnte man fragen, ob die von einer kommunalen Rechtsperson angestrebte Elektronicisierung der Verwaltungshandlungen überhaupt eine notwendige Einrichtung der Daseinsvorsorge darstellt, weil die bisherigen traditionellen Verfahrensweisen der Ämter und Behörden die Versorgung der Bevölkerung hinreichend gewährleisten. Dieses Argument vermag jedoch angesichts der fortschreitenden Modernisierung und Technisierung aller Lebenslagen und der zwangsläufigen Anpassung der öffentlichen Hand an diese aktuellen Entwicklungen nicht zu überzeugen. Es erscheint nämlich für eine effiziente Standortförderung geradezu unerlässlich, dass sich eine Kommune auch medial über das Internet der Außenwelt präsentiert und deshalb ihren Bürgern und der Privatwirtschaft eine Internet-Plattform anbietet.¹⁰⁰⁵ Gerade das eGovernment mit all seinen Ausprägungen kann die soziale Entwicklung und die Entfaltung wirtschaftlicher Aktivitäten fördern und eine gleichmäßige und flächendeckende Versorgung mit öffentlich-rechtlichen Verwaltungsleistungen gewährleisten. eGovernment sollte deshalb im modernen Wirtschaftsleben als Infrastruktureinrichtung nicht fehlen.

1.3. Die Begünstigung im Zusammenhang mit der öffentlichen Infrastruktureinrichtung

Öffentliche Investitionen in solche Infrastruktureinrichtungen, die keine bestimmten Unternehmen bevorzugen, sondern ihre Leistungen diskriminierungsfrei für die Allgemeinheit erbringen, werden vom Europäischen Beihilferecht als unbedenklich eingestuft. Voraussetzung ist, dass die betreffende Infrastruktur von allen potentiellen Nutzern unter gleichen Bedingungen in Anspruch genommen werden kann. Das ist beim eGovernment der Fall, weil hier die angebotenen Leistungen einer Vielzahl von potenziellen Nutzern und Verbrauchern zugänglich sind.

¹⁰⁰⁵ Vgl. Koenig/Kühling, in: DÖV 2001, 881, (882)

1.4. Unternehmensspezifische Begünstigung

Begünstigt jedoch die Infrastrukturmaßnahme der öffentlichen (kommunalen) Rechtsperson ein ganz bestimmtes Unternehmen, kommt das Europäische Beihilferecht (Art. 87 bis 89 EG) zur Anwendung.¹⁰⁰⁶ Dies geschieht durch die so genannte Begünstigungsprüfung i.S.v. Art 87 Abs. 1 EG. Diese ist im Zuge einer PPP-Organisationsprivatisierung vor allem dann geboten, wenn ein Wettbewerb der Infrastrukturanbieter (Ersteller bzw. Betreiber) möglich ist¹⁰⁰⁷ und über die Infrastrukturmaßnahme die PPP bzw. deren Anteilinhaber begünstigt werden.¹⁰⁰⁸

Nur wenn zweifelsfrei feststeht, dass bei Errichtung und Betrieb der Infrastruktureinrichtung überhaupt kein Wettbewerb entstehen kann, erübrigt sich die Begünstigungsprüfung. Da die Umsetzung des eGovernment mit seinen diversen Ausprägungen eine Vielzahl von potenziellen Nutzern erreichen kann und insoweit einen künftigen Wachstumsmarkt darstellt, werden auch viele private Anbieter an dieser Entwicklung durch eine Beteiligung an der PPP-Gesellschaft (als gemischtwirtschaftliches Unternehmen) partizipieren wollen, und zwar schon wegen der möglichen Folgeaufträge der öffentlichen (kommunalen) Rechtsperson.

Sollen nun im Rahmen dieses Privatisierungsvorgangs Zuschüsse oder sonstige Unterstützungen gewährt werden, so sind die jeweiligen Fördermaßnahmen wie bspw. Eigenkapitalausstattung, Bürgschaften, Darlehen oder Verlustübernahmen auf ihre begünstigende Wirkung zu prüfen. Schließlich könnte es sich dabei auch um eine zulässige Kapitalzuführung seitens des öffentlichen Verwaltungsträgers in seiner Eigenschaft als Unternehmensinhaber handeln.¹⁰⁰⁹

2. Der Beihilfetatbestand

Zur Verwirklichung des einheitlichen europäischen Wettbewerbs beinhaltet der EG-Vertrag in Art. 87 ff. EG so genannte Beihilferegelungen, die eine einseitige Förderung nationaler Unternehmen durch die nationalen öffentlichen Verwaltungsträger und damit die Ungleichbehandlung ausländischer Unternehmen verhindern sollen. Nach Art. 87 Abs. 1 EG liegt ein Beihilfetatbestand insbesondere dann vor, wenn ein bestimmtes Unternehmen durch eine staatliche Maßnahme oder durch Inanspruchnahme staatlicher Ressourcen derart begünstigt wird, dass der innergemeinschaftliche Handel beeinträchtigt oder verfälscht wird oder zu verfälschen droht.¹⁰¹⁰

¹⁰⁰⁶ Vgl. Oppermann, Europarecht, Rn. 1112

¹⁰⁰⁷ Vgl. dazu auch: Schroeder, Die Privatisierung öffentlicher Unternehmen und das EG-Beihilfenrecht, in: EWS 2002, 174 ff.

¹⁰⁰⁸ Vgl. Koenig/Kühling, in: DÖV 2001, 881, (886)

¹⁰⁰⁹ Vgl. Schroeder, in: EWS 2002, 174, (177)

¹⁰¹⁰ EuGH, Urteil vom 24.7.2003, Rs. C-280/00, (Altmark Trans GmbH), NZBau 2003, 503, (507), dort Rn. 75, 78, 84; Koenig, EG-beihilferechtskonforme Beteiligung privater Gesellschaften an gemischt öffentlich-privaten Gemeinschaftsunternehmen, in: EuZW 2006, 203

Der Tatbestand der Begünstigung ist weit auszulegen und umfasst jede Form eines wirtschaftlichen Vorteils. So kann bereits die Beteiligung eines privaten Partners an einer gemischt-wirtschaftlichen PPP-Gesellschaft eine Begünstigung darstellen, wenn diese Beteiligung unter Marktwert hingegeben wird.¹⁰¹¹ Andernfalls könnte sich die öffentliche Hand durch gezielte Ausgliederungen von begünstigten Einheiten aus dem Bereich der öffentlichen Verwaltung dem Anwendungsbereich des Art. 87 Abs. 1 EG entziehen.¹⁰¹²

Ein Beihilfetatbestand liegt jedoch nicht vor, wenn ein privater Unternehmer in einer vergleichbaren Lage ebenso wie die kommunale Rechtsperson einen Kapitaleinsatz bzw. eine entsprechende Maßnahme zugunsten des PPP-Gesellschaftsmodells erbringen würde.¹⁰¹³

Förderzuschüsse oder vergleichbare Handlungen der kommunalen Rechtsperson beim Privatisierungsvorgang zur Errichtung eines PPP-Kooperationsmodells lösen auch dann nicht die Anwendung der Art. 87 ff. EG aus, wenn Ausnahmetatbestände i.S.d. Art. 87 Abs. 3 EG gegeben sind.¹⁰¹⁴ Nur wenn ein Beihilfetatbestand gem. Art. 87 Abs. 1 EG vorliegt, muss sich (auch) die kommunale Rechtsperson dem Notifizierungsverfahren gem. Art. 88 EG stellen, das über den rechtlichen Bestand der Beihilfeleistung entscheidet.¹⁰¹⁵

3. Europäisches Beihilferecht im Verhältnis zum Vergaberecht

Die Notifizierung ist jedoch nicht erforderlich, wenn die allgemeinen Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts nicht verletzt werden und keine einseitig bevorzugende Beihilfe vorliegen kann.¹⁰¹⁶ Das ist der Fall, wenn der Organisations- bzw. Privatisierungsakt - etwa der Verkauf von Gesellschaftsanteilen - im Rahmen eines offenen, transparenten und nicht diskriminierenden Verfahrens erfolgt, bei dem diese Anteile an den Meistbietenden veräußert werden.¹⁰¹⁷ Das gemeinschaftsrechtliche Vergabeverfahren mit allen seinen Alternativen und die gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze der Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Wettbewerbsoffenheit korrespondieren in ihren Inhalten dergestalt,¹⁰¹⁸ dass das vergaberechtliche Ausschreibungsverfahren bereits die Kriterien des EG-Beihilferechtes erfüllt¹⁰¹⁹ und nicht eigens zur Anwendung kommt.¹⁰²⁰

¹⁰¹¹ Vgl. Koenig, in: EuZW 2006, 203, (204)

¹⁰¹² Vgl. Koenig, in: EuZW 2006, 203, (207)

¹⁰¹³ Vgl. Schroeder, in: EWS 2002, 174, (177)

¹⁰¹⁴ Vgl. Eggers/Malmendier, in: NJW 2003, 780, (781)

¹⁰¹⁵ Vgl. Koenig/Kühling, in: DVBl. 2003, 289; Schroeder, in: EWS 2002, 174, (179). Die begünstigende Beteiligung eines Privatinvestors könnte zu einem Verstoß gegen Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG führen und damit die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gem. § 134 BGB hervorrufen (vgl. Koenig, in: EuZW 2006, 203, (208)).

¹⁰¹⁶ Vgl. Koenig, in: EuZW 2006, 203, (204)

¹⁰¹⁷ Vgl. Schimanek, in: NZBau 2005, 304, (308)

¹⁰¹⁸ Vgl. Koenig/Kühling, in: NVwZ 2003, 779 ff.; Koenig/Kühling, in: DVBl. 2003, 289, (291/292/298)

¹⁰¹⁹ Vgl. Eggers/Malmendier, in: NJW 2003, 780, (782)

¹⁰²⁰ Vgl. Koenig/Kühling, in: DVBl. 2003, 289, (290)

4. Zwischenergebnis

Bei der Privatisierung von Einrichtungen bzw. Unternehmen der öffentlichen Hand ist anerkannt, dass ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren den Begünstigungstatbestand bei demjenigen Unternehmen, das den Zuschlag erhält, entfallen lässt.¹⁰²¹ Deshalb muss jeder Organisationsprivatisierungsvorgang auf seine beihilferechtliche Relevanz geprüft werden. Wird im Rahmen der Privatisierung zur Infrastrukturförderung bei der Umsetzung von eGovernment eine PPP-Gesellschaft gegründet, dient die Durchführung des vergaberechtlichen Verfahrens auch der Absicherung der Gesellschaftskonstruktion und der Förderzuschüsse mit den Erfordernissen des EG-Beihilferechts.¹⁰²² Andernfalls bedarf es entweder eines Notifizierungsverfahrens (Art. 88 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 EG) oder einer Genehmigung. (Art. 88 Abs. 2 EG).¹⁰²³

II. Vertragsänderungen vor und während einer Public Private Partnership

Bei der Umsetzung eines eGovernment-Projekts als PPP-Gesellschaftsmodell kann sich die Ausschreibungspflichtigkeit auch durch eine inhaltliche Änderung bereits bestehender Vertragsbeziehungen ergeben.

So kann es bei der Gründung des PPP-Gesellschaftsmodells notwendig werden, bereits bestehende Ausführungsverträge zu ändern,¹⁰²⁴ um das wirtschaftliche Interesse eines privaten Investors an der PPP zu wecken. In der Regel entsprechen nämlich die für die jeweilige Aufgabenerledigung existierenden Entgeltstrukturen der öffentlichen (kommunalen) Rechtsperson und ihrer bisher tätigen Eigengesellschaft nicht den Konditionen, zu denen ein privater Investor bereit wäre, das beabsichtigte eGovernment in Kooperation mit dem öffentlichen Verwaltungsträger umzusetzen.¹⁰²⁵ Daher führt die Veräußerung eines Gesellschaftsanteils an einen Kooperationspartner häufig zu einem Anpassungsbedarf der zwischen dem öffentlichen Verwaltungsträger und der Eigengesellschaft bestehenden Vertragsbeziehungen.¹⁰²⁶

Es kann sich zudem als notwendig erweisen, dass bestehende Verträge inhaltlich geändert oder sogar aufgelöst und unter Umständen mit neuen Vertragspartnern geschlossen werden müssen, da gerade im Hinblick auf die rasant fortschreitende Entwicklung im Hard- und Softwarebereich neue vertragliche Konditionen - bspw. bei den Nutzungsgebühren, im Bereich der Instandhaltung, Leistungserbringung oder Qualitätssicherung - erforderlich werden.

In diesem Zusammenhang sind insbesondere folgende Modifizierungen vergaberechtlich relevant:

¹⁰²¹ Vgl. Koenig/Kühling, in: NVwZ 2003, 779; Koenig/Kühling, in: DVBl. 2003, 289, (291)

¹⁰²² Vgl. Koenig/Pfromm, in: NZBau 2004, 375

¹⁰²³ Vgl. Schimanek, in: NZBau 2005, 304, (308)

¹⁰²⁴ Die u. U. bereits selbst ein Ausschreibungsverfahren durchlaufen haben.

¹⁰²⁵ Vgl. Schröder, in: NJW 2002 1831, (1832)

¹⁰²⁶ Vgl. Schröder, in: NJW 2002 1831, (1832). Das gilt m. E. auch bei den übrigen PPP-Betreiberformen.

1. Zulässige Vertragslaufzeiten

Verträge mit langer Laufzeit oder ohne Beschränkung der Vertragslaufzeit können erfahrungsgemäß die diskriminierungsfreie Vergabe von Aufträgen behindern und den freien Wettbewerb beschränken.¹⁰²⁷

Allerdings sind in den gesetzlichen Bestimmungen (z.B. GWB, VgV, VOL/A) für öffentliche Aufträge, die keine Rahmenvereinbarungen sind,¹⁰²⁸ keine zeitlichen Grenzen für die Vertragslaufzeit normiert. Grundsätzlich bedeutet dies, dass auch langfristige Vertragslaufzeiten im Sinne des Vergaberechts vereinbart werden können, soweit hinreichende Gründe dies rechtfertigen.¹⁰²⁹ Sollten jedoch bestehende Verträge geändert werden, gilt Folgendes:

1.1. Befristete Vertragsverhältnisse

Nach den allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen erfordert die Verlängerung eines zeitlich befristeten Vertrags die Neuvergabe des Auftrags.¹⁰³⁰ Das neue Vergabeverfahren wird deshalb notwendig, weil die Tatsache, dass der aktuelle Kooperationspartner, der bei Vertragsabschluss der wirtschaftlich vorzugswürdigste Bieter war, nicht automatisch bedeutet, dass dies auch noch im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung gelten muss.¹⁰³¹ Deshalb verlangen im Kommunalwesen die Grundsätze der wirtschaftlichen Haushaltsführung (Art. 61 BayGO) die Ausschreibung von Vertragsverlängerungen. Andernfalls würden geschlossene Beschaffungsmärkte geschaffen und der wirtschaftlich vorzugswürdigste Bieter könnte gezielt von der Auftragsvergabe ausgeschlossen werden. Das hätte zur Folge, dass der öffentlichen (kommunalen) Rechtsperson ein Nachteil widerfährt, wenn sie nicht das wirtschaftlichste Angebot anstrebt.

1.2. Unbefristete Vertragsverhältnisse

Anders ist die Rechtslage bei einem unbefristeten Vertragsverhältnis. Infolge des hier fehlenden Vertragsablaufs kann kein neuer Auftrag vergeben werden. Regelmäßig ist bereits der Ursprungsvertrag nach Maßgabe der vergaberechtlichen Bestimmungen abgeschlossen worden, so dass er weder neu vereinbart noch verlängert werden muss.¹⁰³² Allerdings ist hier der im Schrifttum vertretene Meinung zuzustimmen, dass derartige langfristige oder unbefristete Verträge durch besondere Umstände in der spezifischen Auftrags- und Leistungsbeziehung

¹⁰²⁷ Vgl. Spiegel, Zulässige Vertragslaufzeiten im Vergaberecht, in: ZfBR 2006, 554 f.

¹⁰²⁸ Zu Rahmenvereinbarungen vgl. Kapitel 10, II. 5.

¹⁰²⁹ Vgl. Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 39, Rn. 38

¹⁰³⁰ Vgl. Stickler, in: Reidt/Stickler/Glahs, a.a.O., § 99, Rn. 4 b

¹⁰³¹ Vgl. Frenz, in: DÖV 2002, 186, (192)

¹⁰³² Vgl. Frenz, in: DÖV 2002, 186, (193)

gerechtfertigt sein müssen, damit nicht bereits beim Vertragsabschluss die Grundsätze des Vergaberechts umgangen werden.¹⁰³³

Entsprechendes muss auch für den Fall von Vertragsoptionen gelten, wenn die Verlängerung bereits im Ursprungsvertrag vorgesehen ist und bereits im Ausschreibungsverfahren bekannt gemacht war.¹⁰³⁴ In diesem Fall handelt es sich nicht um eine ausschreibungspflichtige Neuvergabe, da der ursprüngliche Vertrag fortgesetzt wird.¹⁰³⁵ Neue übereinstimmende Willenserklärungen zur Begründung eines weiteren Vertragsverhältnisses sind hier nicht gewollt.¹⁰³⁶ Auch die Nichtausübung bestehender Gestaltungsrechte wie eines Kündigungsrechts führt nach dieser Ansicht nicht dazu, dass unbefristete Ursprungsverträge dem Vergaberecht unterfallen.¹⁰³⁷ Diese Auffassung stützt sich auf den Grundsatz, dass das öffentliche Vergaberecht die Vertragsanbahnung und nicht die Vertragsmodalitäten reglementieren will.

Eine andere Meinung dagegen lehnt dies ab, da die automatische Verlängerung durch eine vertraglich geregelte Option die Umgehung der ausschreibungspflichtigen Neuvergabe nach Ablauf der Vertragslaufzeit bedeuten würde.¹⁰³⁸ Auch wenn diese Option bereits einem regulären Vergabeverfahren unterworfen war, so behindert sie doch später den freien Wettbewerb, weil künftig keine Neuvergabe zu möglicherweise besseren Konditionen erfolgen kann. Die Gleichbehandlung der Wettbewerber wäre hier nicht mehr gewährleistet.

Für diese Meinung spricht vor allem, dass die öffentliche (kommunale) Rechtsperson gegen den Grundsatz der ökonomischen Haushaltsführung verstößt, wenn sie nach Ablauf eines Vertrags die weitere Aufgabenerfüllung nicht neu ausschreibt. Es ist möglich und im Zuge der Europäisierung des freien Marktes auch wahrscheinlich, dass ein anderer Wettbewerber ein wirtschaftlich günstigeres Angebot bei gleicher Qualität unterbreiten kann. Die optionale Vertragsverlängerung zu den ursprünglichen Konditionen würde dagegen zu einer unökonomischen Verwendung öffentlicher Haushaltsmittel führen. Deshalb sollte im Falle einer Option die Ausschreibungspflicht dann zum Tragen kommen, wenn zum Zeitpunkt der Ausübung Inhalt und Umfang des Projekts einer Neuvergabe gleichkommen.¹⁰³⁹

2. Unwesentliche Abweichungen

Übereinstimmung besteht darüber, dass unwesentliche Abweichungen und Vertragsmodifizierungen nicht als eigenständige Beschaffungsvorgänge gewertet werden. Ist die geschuldete

¹⁰³³ Vgl. Schröder, in: NJW 2002, 1831, (1833) m.w.N.; Säcker/Wolf, in: WRP 2007, 282, (294 f.)

¹⁰³⁴ OLG Celle, Beschluss vom 04.05.2001 – 13 Verg-5/00

¹⁰³⁵ Vgl. Stickler, in: Reidt/Stickler/Glahs, a.a.O., § 99, Rn. 4 b

¹⁰³⁶ Vgl. Häfner, in: Ax/Schneider/Bischoff, a.a.O., § 99, Rn. 25

¹⁰³⁷ Vgl. Hailbronner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 99, Rn. 450; OLG Celle, Beschluss vom 04.05.2001 – Az. 13 Verg 5/00

¹⁰³⁸ Vgl. VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 16.11.2004 – 1 VK 69/04; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.02.2001, VergabeE C-10-13/00

¹⁰³⁹ Vgl. Hailbronner, in: Byok/Jaeger, a.a.O., § 99, Rn. 450

Leistung ihrer Natur nach zeitlich begrenzt wie z.B. die Herstellung oder Lieferung einer Sache, dann ist, wenn sie sich entgegen einem festen Abgabetermin verzögert, die nachträgliche zeitliche Festlegung der Fertigstellung lediglich eine vergaberechtsfreie unwesentliche Vertragsanpassung. Der Zeitpunkt der Leistung ist hier nur eine untergeordnete Modalität.

Hingegen könnte ein Dauerschuldverhältnis anders zu beurteilen sein, wenn es sich um eine zeitlich nicht begrenzte Vertragsleistung handelt. Im Bereich des eGovernment wird ein solches langfristiges Dauerschuldverhältnis mit einem privaten Kooperationspartner die Regel sein. Der Private wird nicht nur das elektronische System errichten, sondern er wird dieses über Jahre hinweg warten und ggf. erweitern wollen, um auf diese Weise seine Investitionen erwirtschaften zu können.

In diesem Fall stellt die Zeitkomponente keine nur untergeordnete Modalität des Gesamtvertrages dar, sondern ist selbst ein wesentlicher Vertragsgegenstand. Sobald daher die Vertragsparteien ein befristetes Dauerschuldverhältnis in ein unbefristetes umwandeln, begründet die Änderung des Vertragsgegenstandes einen eigenständigen Beschaffungsvorgang.¹⁰⁴⁰ Wird daher der bisherige Eigenbetrieb der kommunalen Rechtsperson oder die entsprechende Eigengesellschaft mit einem befristeten Auftrag im Bereich des eGovernment betraut und wird sodann im Rahmen der Organisationsprivatisierung die Aufgabenerfüllung unbefristet auf einen privaten Kooperationspartner übertragen, dann stellt dieser Vorgang schon aufgrund dieser wesentlichen Änderung der ursprünglichen Vertragsmodalitäten einen eigenständigen Beschaffungsvorgang dar, der wiederum dem öffentlichen Vergaberecht unterworfen sein muss.

3. Vertragsänderungen

Grundsätzlich ist eine Vertragsänderung nicht ausschreibungspflichtig, soweit es sich um eine unbedeutende Änderung handelt. Die wesentlichen Vertragsinhalte waren hier bereits einem vergaberechtlichen Verfahren ausgesetzt und bleiben gleich.¹⁰⁴¹ Entsprechendes gilt, wenn die Vertragsänderung aus einer Rechtsnorm resultiert.¹⁰⁴²

Ist dagegen die Vertragsänderung in ihrem inhaltlichen Umfang nicht unbedeutend, ist zu prüfen, ob sie als Vertragskündigung verbunden mit einem Neuabschluss nach den Grundsätzen des § 150 Abs. 2 BGB im Sinne eines neuen Angebots einzuwerten ist.¹⁰⁴³ So ist z.B. die Vertragsverlängerung eines auf fünf Jahre befristeten Vertrags um ein weiteres Jahr gleichzusetzen mit der Ausweitung eines Vertrags um 20 Prozent, so dass Umfang und Wert der Änderung keinesfalls als wirtschaftlich unbedeutend bezeichnet werden können. Da eine derarti-

¹⁰⁴⁰ Vgl. Häfner, in: Ax/Schneider/Bischoff, a.a.O., § 99, Rn. 23

¹⁰⁴¹ Vgl. Häfner, in: Ax/Schneider/Bischoff, a.a.O., § 99, Rn. 20

¹⁰⁴² Vgl. Stickler, in: Reidt/Stickler/Glahs, a.a.O., § 99, Rn. 4 c

¹⁰⁴³ Vgl. Häfner, in: Ax/Schneider/Bischoff, a.a.O., § 99, Rn. 22

ge Vertragsverlängerung den Auftragswert erhöht, stellt sie prinzipiell eine ausschreibungspflichtige Vertragsverlängerung dar.¹⁰⁴⁴

4. Vertragsübernahmen

Übernimmt auf der Auftragnehmerseite ein anderes Unternehmen die Erfüllung der Aufgabe, wird der Inhalt des Vertrags in seinen Wesenszügen nicht berührt, so dass keine Neuvergabe vorliegt. Der öffentliche Auftrag wurde bereits im ursprünglichen Vergabeverfahren geprüft, so dass eine Vertragsübernahme aus diesem Grund keinen neuen Auftrag darstellt. Hier bleibt lediglich sicherzustellen, dass das übernehmende Unternehmen dieselbe Bieterqualität aufweist wie es im Ursprungsverfahren gefordert worden ist.¹⁰⁴⁵

5. Rahmenverträge

Im Bereich der modernen Informations- und Telekommunikationstechnologien sind Rahmenverträge üblich, da sie sowohl die künftige betriebswirtschaftliche Sichtweise unter Wahrung der technischen Flexibilität ermöglichen als auch eine juristische Absicherung darstellen.¹⁰⁴⁶

Derartige Rahmenverträge werden regelmäßig in der Vertragsbeziehung der öffentlichen (kommunalen) Rechtsperson mit dem privaten Kooperationspartner bei der Umsetzung des eGovernment zur Anwendung kommen.

Eine Rahmenvereinbarung, die nun in § 3a Nr. 4 VOL/A normiert ist, beinhaltet für den öffentlichen Auftraggeber einen erheblichen Vorteil. Soweit sie nach den vergaberechtlichen Bestimmungen wirksam zustande gekommen ist, können einzelne Verträge, die auf der Rahmenvereinbarung basieren, ohne weitere Vergabeverfahren mit dem Kooperationspartner abgeschlossen werden.¹⁰⁴⁷ Da aber auch Rahmenverträge nicht dazu missbraucht werden dürfen, den freien Wettbewerb zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen, dürfen sie im Gegensatz zu den sonstigen Verträgen zeitlich nicht unbeschränkt abgeschlossen werden.¹⁰⁴⁸ Die Laufzeit darf nach § 3a Nr. 4 Abs. 8 VOL/A grundsätzlich nicht 4 Jahre überschreiten, es sei denn besondere Umstände, wie es bei der langfristigen Umsetzung von elektronischen Verwaltungsleistungen (eGovernment) durch ein PPP-Gesellschaftsmodell als technisch komplexes Projekt der Fall sein kann, rechtfertigen die Ausnahme.¹⁰⁴⁹

¹⁰⁴⁴ Vgl. Häfner, in: Ax/Schneider/Bischoff, a.a.O., § 99, Rn. 21; Stemmer/Aschl, in: VergabeR 2005, 287, (293); Vergabekammer Baden-Württemberg, Beschluss vom 16.11.2004 – 1 VK 69/04

¹⁰⁴⁵ Vgl. Stickler, in: Reidt/Stickler/Glahs, a.a.O., § 99, Rn. 4 d

¹⁰⁴⁶ Vgl. Söbbing, Flexible Vertragsmodelle im IT-Umfeld und IT Contract Management, in: NJW-CoR 2000, 359 ff.

¹⁰⁴⁷ Vgl. Stickler, in: Reidt/Stickler/Glahs, a.a.O., § 99, Rn. 4 e; Steinberg, in: NZBau 2007, 150, (153)

¹⁰⁴⁸ Vgl. Stickler, in: Reidt/Stickler/Glahs, a.a.O., § 99, Rn. 4 e

¹⁰⁴⁹ Vgl. Spiegel, in: ZfBR 2006, 554

6. Zwischenergebnis

Grundsätzlich sind Vertragsänderungen bzw. -verlängerungen nicht ausschreibungspflichtig, wenn der Ursprungsvertrag nur unerheblich modifiziert wird und in den Hauptleistungspflichten mit demselben Inhalt und denselben Vertragspartnern fortbesteht.¹⁰⁵⁰

Die Änderung bestehender Verträge ist dann ausschreibungspflichtig, wenn es sich bei wirtschaftlicher Betrachtung inhaltlich um eine Neuvergabe der Leistung handelt oder wesentliche Vertragsinhalte neu geregelt werden sollen.¹⁰⁵¹ Diese Beurteilung erfolgt am konkreten Einzelfall.¹⁰⁵² Als wesentliche Vertragsinhalte kommen die Hauptleistungspflichten als so genannte essentialia negotii in Betracht.¹⁰⁵³ Werden daher bestehende Verträge zwischen einer kommunalen Rechtsperson und ihrer Eigengesellschaft mit dem Ziel geändert, einen privaten Kooperationspartner aufnehmen zu können, geht es um einen neuen Vertragspartner zur Leistungserfüllung, so dass hier nicht mehr von einer unerheblichen Modifikation gesprochen werden kann. Entsprechendes gilt, wenn an bestehenden Verträgen eines PPP-Gesellschaftsmodells Änderungen oder Konkretisierungen, die die Hauptleistungspflichten beeinflussen, vorgenommen werden: sie unterliegen dem Vergaberecht.¹⁰⁵⁴ Vertragliche Gestaltungen wie Rahmenverträge oder die Einräumung von Optionsrechten auf Vertragsverlängerung können zwar eine erneute Auftragsvergabe vermeiden, sie setzen aber nicht die vergaberechtlichen Grundsätze außer Kraft, die bei der gestuften Organisationsprivatisierung gelten.

III. Die Eignung des wettbewerblichen Dialogs als Vergabeverfahren

Kommt das Vergaberecht im Rahmen der Organisationsprivatisierung zur Anwendung, ist zu prüfen, ob sich das Vergabeverfahren des wettbewerblichen Dialogs als adäquate Alternative zu den herkömmlichen Vergabeverfahren bei der Installierung von eGovernmentplattformen im Rahmen der Kooperationsformen einer PPP anbietet.¹⁰⁵⁵ Nach Ansicht der Europäischen Kommission soll sich nämlich der neu in das Vergaberecht eingeführte wettbewerbliche Dialog besonders für die Durchführung technisch komplexer PPP-Infrastrukturprojekte, bspw. bei der Auslagerung von großen Computernetzwerken, eignen.¹⁰⁵⁶

¹⁰⁵⁰ Schließlich will das Vergaberecht die Vertragsanbahnung regulieren und nicht die inhaltliche Gestaltung der zugrunde liegenden Verträge (vgl. Frenz, in: DÖV 2002, 186, (192)).

¹⁰⁵¹ Vgl. Byok, Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2002, in: NJW 2004, 198, (202); Eschenbruch, in: Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 99, Rn. 33, 38; OLG Rostock, NZBau 2003, 457, (458)

¹⁰⁵² Vgl. OLG Rostock, NZBau 2003, 457, (458); Die Einbeziehung in den neuen vergaberechtlichen Auftrag erfolgt sodann durch beidseitige Willenserklärungen.

¹⁰⁵³ Vgl. Byok, Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2004, in: NJW 2006, 2076, (2079)

¹⁰⁵⁴ Vgl. Schröder, in: NJW 2002, 1831, (1833)

¹⁰⁵⁵ Bisher sind nur wenige IT-Vergabeverfahren, bspw. die Vergabe der eGovernment-Plattform Würzburg, in der Form des wettbewerblichen Dialogs von öffentlichen Auftraggebern durchgeführt worden.

¹⁰⁵⁶ Vgl. Rechten, in: NZBau, 2004, 366, (368). Zwar wird in der Vergabekoordinierungsrichtlinie (2004/18/EG) die PPP nicht ausdrücklich erwähnt. Jedoch sind im Grünbuch in Ziffer 31 der Präambel besonders schwierige Projekte wie Verkehrsinfrastrukturprojekte, große Computernetzwerke oder strukturierte Finanzierungen bei-

1. Der wettbewerbliche Dialog

Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz¹⁰⁵⁷ hat nach Maßgabe der Richtlinie 2004/18/EG¹⁰⁵⁸ neben den drei klassischen Vergabeverfahren des offenen, nichtoffenen und des Verhandlungsverfahrens als weiteres eigenständiges Verfahren den so genannten wettbewerblichen Dialog über § 101 Abs. 1 und 5 GWB i.V.m. § 6a VgV¹⁰⁵⁹ als ein Verfahren zur Vergabe besonders komplexer Aufträge durch staatliche Auftraggeber eingefügt,¹⁰⁶⁰ ohne dass damit auf die allgemein geltenden vergaberechtlichen Grundsätze der Nichtdiskriminierung, der Transparenz sowie des freien und fairen Wettbewerbs verzichtet wurde.¹⁰⁶¹

Zwar brauchte das Verfahren des wettbewerblichen Dialogs von Deutschland nicht zwingend in das nationale Recht übernommen zu werden.¹⁰⁶² Es existierte dazu kein Umsetzungsbefehl der EG, weil die unterschiedlichen Gegebenheiten der einzelnen Mitgliedsstaaten und ihrer nationalen Verwaltungsverfahren Berücksichtigung finden sollten.¹⁰⁶³ Gleichwohl hat der Gesetzgeber jetzt mit diesem neuen Vergabeverfahren Elemente aus dem Ausschreibungsverfahren mit Elementen des Verhandlungsverfahrens verbunden.¹⁰⁶⁴ Die strikte Trennung von Auslobung und Verhandlung wurde aufgehoben.¹⁰⁶⁵ Nach der Legaldefinition des Art. 1 Abs. 11 lit. c der neuen Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG¹⁰⁶⁶ ist der wettbewerbliche Dialog ein Vergabeverfahren, bei dem sich alle interessierten Unternehmer um die Teilnahme bewerben können und bei dem der öffentliche Auftraggeber einen Dialog mit den zu diesem Verfahren zugelassenen Bewerbern führt, um mit mindestens drei Unternehmen eine oder mehrere seinen Bedürfnissen entsprechende Lösung in strikt voneinander getrennten Einzelverhandlungen herauszuarbeiten, auf deren Grundlage die ausgewählten Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.¹⁰⁶⁷

spielhaft für den Anwendungsbereich des wettbewerblichen Dialogs genannt (vgl. Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endgültig vom 30.4.2004, S. 11).

¹⁰⁵⁷ Artikelgesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften (ÖPP-Beschleunigungsgesetz), BGBl. I 2005 S. 2676 vom 1.9.2005

¹⁰⁵⁸ Vgl. Art. 1 Abs. 11 lit. c und Art. 28/29 Richtlinie 2004/18/EG

¹⁰⁵⁹ Vgl. Kronberg, Wettbewerblicher Dialog eingeführt, in: VergabeR 2005, 685, (687)

¹⁰⁶⁰ VK Lüneburg, Beschluss vom 5.11.2004 – 203 - VgK – 48/2004;

¹⁰⁶¹ Vgl. Mader, in: EuZW, 2004, 425, (426); Rechten, in: NZBau 2004, 366, (368); Knauff, in: EuZW 2004, 141, (142); Knauff, Im wettbewerblichen Dialog zur Public Private Partnership ?, in: NZBau 2005, 249 ff.

¹⁰⁶² Vgl. Schröder, Voraussetzungen, Strukturen und Verfahrensabläufe des Wettbewerblichen Dialogs in der Vergabepraxis, in: NZBau 2007, 216

¹⁰⁶³ Vgl. Rechten, in: NZBau 2004, 366, (367)

¹⁰⁶⁴ Vgl. Meißner, Speyerer ÖPP-Tage 2006. Der wettbewerbliche Dialog verknüpft die Elemente der drei klassischen Vergabeverfahren wie Bekanntmachung, Teilnahmewettbewerb, Verhandlungen, Zuschlagserteilung auf das wirtschaftliche Angebot mit neuen Verfahrensabläufen wie dem Dialog mit den Wettbewerbern (vgl. Schröder, in: NZBau 2007, 216, (217)).

¹⁰⁶⁵ Vgl. Knauff, in: NZBau 2005, 249

¹⁰⁶⁶ Vergaberichtlinie für Bau-, Liefer- und Dienstleistungen (Vergabe)RL 2004/18/EG

¹⁰⁶⁷ Vgl. Hausmann/Mutschler-Siebert, in: Weber/Schäfer/ Hausmann, a.a.O., § 6, S. 258

Die Vergabe des öffentlichen Auftrags erfolgt nach den Grundsätzen des wirtschaftlich günstigsten Angebotes (gem. § 6a Abs. 6 S. 1 VgV).¹⁰⁶⁸ Dabei ist nicht allein auf den niedrigsten Preis abzustellen, sondern auch auf die Qualität der Leistungserbringung im speziellen Einzelfall.¹⁰⁶⁹

Die Kommission begründet das neue Verfahren mit der Überlegung, dass die bisherigen Vergabeverfahren keine ausreichenden Dialogmöglichkeiten für den öffentlichen Auftraggeber vorgesehen hatten, wenn er Projekte verwirklichen wollte, die in technischer, rechtlicher oder finanzieller Hinsicht besonders komplex sind.¹⁰⁷⁰ Der wettbewerbliche Dialog soll als flexibles Verfahren der ansonsten starken Formalisierung des öffentlichen Auftragswesens entgegenwirken.¹⁰⁷¹

2. Die Anwendbarkeit des wettbewerblichen Dialogs

Das neue Verfahren des wettbewerblichen Dialogs kommt nach Art. 28 der Richtlinie 2004/18/EG und § 101 Abs. 6 GWB im Rahmen der Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge grundsätzlich subsidiär zum offenen bzw. zum nichtoffenen Verfahren zur Anwendung.¹⁰⁷²

Gemäß § 6a Abs. 1 VgV kann der staatliche Auftraggeber¹⁰⁷³ das Verfahren oberhalb der Schwellenwerte lediglich bei besonders komplexen Aufträgen (§ 101 Abs. 5 GWB i.V.m. Art. 1 Abs. 11 UA 2 der Richtlinie 2004/18/EG) anwenden,¹⁰⁷⁴ wenn er der begründeten Ansicht ist, dass das offene bzw. das nichtoffene Verfahren nicht erfolgsversprechend sein werden.¹⁰⁷⁵ Jedoch können Sektorenauftraggeber nicht auf dieses Vergabeverfahren zurückgreifen.¹⁰⁷⁶

Um einen besonders komplexen Auftrag handelt es sich gem. Art. 1 Abs. 11 UA 2 der Richtlinie 2004/18/EG (§ 6a Abs. 1 VgV) dann, wenn der öffentliche Auftraggeber objektiv nicht in der Lage ist, die geeigneten technischen Mittel zur bedarfsgerechten Aufgabenerfüllung zu bestimmen oder ein Projekt rechtlich und/oder aus finanziellen Gründen umzusetzen.¹⁰⁷⁷

Nach der europaweiten Bekanntgabe (§ 6a Abs. 2 VgV) verläuft die Vergabe in sukzessiven Phasen. Dem vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb (§ 6a Abs. 3 S. 1 VgV) mit Bekanntmachung der Zuschlagskriterien und Vorauswahl unter bestimmten Bewerbern folgt gem. § 6a

¹⁰⁶⁸ Vgl. Meißner, Speyerer ÖPP-Tage 2006

¹⁰⁶⁹ Vgl. Knauff, in: EuZW 2004, 141, (142)

¹⁰⁷⁰ Begründung des Richtlinienvorschlages vom 10.05.2000, KOM (2000), 275 endgültig

¹⁰⁷¹ Vgl. Knauff, Neues europäisches Vergaberecht. Der wettbewerbliche Dialog, in: VergabeR 2004, 287

¹⁰⁷² Vgl. Meißner, Speyerer ÖPP-Tage 2006; ähnlich: Schmidt, in: Ax/Schneider/Bischoff, a.a.O., § 11, VgV-E, Rn. 4 u. 5; Hausmann/Mutschler-Siebert, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 6, S. 269

¹⁰⁷³ I.S.d. § 98 GWB (öffentlicher Auftraggeber), vgl. dazu Kapitel 8

¹⁰⁷⁴ Vgl. Kronberg, in: VergabeR 2005, 685, (688). Gem. Art. 28 S. 3, 29 VergabeRL 2004/18/EG kann dagegen der staatliche Auftraggeber das Verfahren sowohl oberhalb, als auch unterhalb der Schwellenwerte bei lediglich „besonders komplexen“ Aufträgen (§ 101 Abs. 5 GWB) anwenden.

¹⁰⁷⁵ Vgl. Knauff, in: NZBau 2005, 249, (250)

¹⁰⁷⁶ Vgl. Schmidt, in: Ax/Schneider/Bischoff, a.a.O., § 11 VgV-E, Rn. 4

¹⁰⁷⁷ Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endgültig vom 30.4.2004, S. 10

Abs. 3, 4 VgV die Dialogphase, in der mit ausgewählten Bietern die optimale Lösung anhand der Zuschlagskriterien erarbeitet werden soll. Nach der folgenden Bietphase (§ 6a Abs. 5 VgV) bildet die Zuschlagserteilung gem. § 6 Abs. 6 VgV den Abschluss.¹⁰⁷⁸

3. Vergaberechtliche Fragestellungen

Die allgemeinen Vergabegrundsätze der Wettbewerbsfreiheit, Transparenz und Gleichbehandlung verlangen im öffentlichen Beschaffungswesen ein formalisiertes Vergabeverfahren. Die bisherigen klassischen Vergabeverfahren mit Ausnahme des subsidiären Verhandlungsverfahrens waren nämlich dahingehend kritisch bewertet worden, dass sie keine flexiblen Verhandlungen zwischen der öffentlichen Hand und den privaten Bietern zuließen, wenn eine komplexe Auftragsvergabe anstand.

Obgleich strenge allgemeine Vergabegrundsätze gelten und ein formalisiertes Verfahren anzuwenden ist,¹⁰⁷⁹ kam bisher überwiegend das Verhandlungsverfahren i.S.d. § 101 Abs. 4 GWB zur Anwendung, wenn bei komplexen Ausschreibungsgegenständen wie im Falle von Dienstleistungsaufträgen oder Betreibermodellen¹⁰⁸⁰ eine größere Verhandlungsflexibilität erforderlich wurde als dies das offene bzw. das nichtoffene Verfahren bieten konnte.¹⁰⁸¹ Diese bevorzugte Anwendung des Verhandlungsverfahrens ist darauf zurückzuführen, dass hier - im Gegensatz zu den offenen und nichtoffenen Verfahren - Verhandlungen überhaupt möglich sind.

Zwar gilt auch im Verhandlungsverfahren der Subsidiaritätsgrundsatz des § 101 Abs. 6 S. 1 GWB und somit der Vorrang des offenen Verfahrens. Ein Abweichen davon ist nur dann zulässig, wenn es durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist. Andernfalls droht bei der Wahl des falschen Vergabeverfahrens die Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens durch einen nicht berücksichtigten Bieter wegen eines Ausschreibungsfehlers.¹⁰⁸² Derartige Ausnahmegründe liegen aber nur bei Umständen vor, die bei der Vergabe nicht vorhersehbar waren und insbesondere bei der Durchführung von technisch, rechtlich und finanziell komplexen Projekten auftreten können. Mit einer sachlichen Begründung ließe sich dann auch die Anwendung des Verhandlungsverfahrens im Zusammenhang mit der Errichtung und dem Betrieb von PPP-Modellen rechtfertigen. Nunmehr ist nach der Einfügung des wettbewerblichen Dialogs in § 101 Abs. 5 GWB i.V.m. § 6a VgV zu klären, ob es sich bei einem PPP-Projekt zur Umsetzung des eGovernment um einen besonders komplexen Auftrag handelt, der anstelle des bisher üb-

¹⁰⁷⁸ Vgl. Meißner, Speyerer ÖPP-Tage 2006

¹⁰⁷⁹ Vgl. Willenbruch, Die Praxis des Verhandlungsverfahrens nach § 3 a Nr. 1 VOB/A und VOL/A, in: NZBau 2003, 422 f., (426)

¹⁰⁸⁰ Vgl. Kulartz, in: Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., (2006), § 101, Rn. 16

¹⁰⁸¹ Vgl. Willenbruch in: NZBau 2003, 422, (423)

¹⁰⁸² Vgl. Häfner, in: Ax/Schneider/Bischoff, a.a.O., § 101, Rn. 26-28

lichen Verhandlungsverfahrens im Rahmen eines wettbewerblichen Dialogs vergeben werden kann.

3.1. Der persönliche Anwendungsbereich

Rechtsunsicherheit besteht hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs. Zwar ist der wettbewerbliche Dialog gem. § 101 Abs. 5 GWB, § 6a VgV von staatlichen Auftraggebern anzuwenden. Wer aber „staatlicher“ Auftraggeber ist, ist weder dem GWB noch der VgV oder der Begründung des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes¹⁰⁸³ zu entnehmen.¹⁰⁸⁴

Aus § 101 Abs. 6 S. 2 GWB ergibt sich zunächst, dass reine Sektorenauftraggeber nach § 98 Nr. 4 GWB das offene, das nichtoffene und das Verhandlungsverfahren anwenden können und insoweit vom wettbewerblichen Dialog ausgeschlossen sind.¹⁰⁸⁵ Da jedoch das neue Verfahren des wettbewerblichen Dialogs in das bestehende Vergaberecht eingefügt worden ist, liegt es nahe, dass auch für PPP-Gesellschaftsmodelle der funktionale Auftraggeberbegriff des § 98 Nr. 2 GWB gilt, so dass auch die privatrechtlich organisierten öffentlichen Auftraggeber den wettbewerblichen Dialog anwenden können.¹⁰⁸⁶

3.2. Die Einwertung der Public Private Partnership als besonders komplexen Auftrag

Ob ein PPP-Projekt besonders komplex ist, ergibt erst die Einzelfallprüfung. Der Tatbestand des besonders komplexen Auftrags ist nämlich rechtstechnisch höchst unbestimmt und bedarf der Auslegung.¹⁰⁸⁷

Ein Vorgang ist dann als komplex anzusehen, wenn er vielschichtig ist. Bezogen auf diese Begriffserklärung ergeben sich aber weitere Probleme. Es fehlen nämlich Anhaltspunkte für die Abgrenzung, wann ein Vorhaben „besonders“ vielschichtig und damit besonders komplex ist. Zudem ist mit dem Begriff komplex die Schwierigkeit verbunden, das Vorhaben in seiner Gesamtheit zu verstehen bzw. seine inhaltlichen Strukturen auseinander zu halten. Dabei stellt sich die Frage, zu welchem Zeitpunkt ein solches Verständnisproblem auftreten kann, denn auch im wettbewerblichen Dialog müssen objektive Merkmale (vgl. § 6a Abs. 1 VgV) bei der Verfahrenseinwertung die Gleichbehandlung aller Verfahrensteilnehmer gewährleisten.

¹⁰⁸³ Vgl. Gesetzesbegründung BT-Ds. 15/5668

¹⁰⁸⁴ Vgl. Hausmann/Mutschler-Siebert, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 6, S. 265; Kronberg, in: VergabeR 2005, 685, (687)

¹⁰⁸⁵ Allerdings steht ihnen frei, ein Verhandlungsverfahren zu wählen und es wie einen wettbewerblichen Dialog auszugestalten (vgl. Gesetzesbegründung BT-Ds. 15/5668, S. 11).

¹⁰⁸⁶ Vgl. Hausmann/Mutschler-Siebert, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 6, S. 266. Kronberg ist der Ansicht, dass mangels öffentlicher Auftraggebereigenschaft der wettbewerbliche Dialog zumindest den Auftraggebern nach § 98 Nr. 5 GWB verwehrt bleibt (vgl. Kronberg, in: VergabeR 2005, 685, (687)). A.A. Schröder, in: NZBau 2007, 216, (218). Auch staatlich subventionierte Auftraggeber gem. § 98 Nr. 5 GWB können mit Hilfe des wettbewerblichen Dialogs Aufträge vergeben.

¹⁰⁸⁷ Vgl. Meißner, Speyerer ÖPP-Tage 2006

Obgleich die unter Ziffer 3.1 der Erwägungsgründe im „Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften“ angeführten Beispiele für Public Private Partnerships keine legaldefinitorischen Umschreibungen für den Tatbestand „besonders komplex“ festlegen, setzen sie dennoch Maßstäbe.¹⁰⁸⁸ Mit den dort genannten Projekten verbindet man weitreichende technische, rechtliche, organisatorische und finanzielle Probleme. Ein allgemein gültiger Rückschluss kann daraus jedoch nicht gezogen werden.¹⁰⁸⁹

Gleichwohl ist eine Auftragsvergabe für die öffentliche Verwaltung dann als besonders komplex anzusehen, wenn Fragestellungen auftauchen (§ 6a Abs. 1 VgV), die in der Vorbereitungsphase des Projekts aufgrund der finanziellen¹⁰⁹⁰ und personellen Situation auch bei nachhaltigem Bemühen objektiv nicht hinreichend geklärt werden können, und wenn dem öffentlichen Auftraggeber dieses Defizit nicht anzulasten ist.¹⁰⁹¹ Anders verhält es sich, wenn die öffentliche (kommunale) Rechtsperson sich zwischen verschiedenen möglichen Lösungen entscheiden kann, die im Rahmen des Vergabevorgangs zu bewerten und auszuwählen sind. Hier ist keine besonders komplexe Auftragsvergabe anzunehmen, weil die möglichen Folgen und Lösungen vorhersehbar und bewertbar sind, und weil es sich um einen Beurteilungsvorgang handelt, der ohnehin jeder Auftragsvergabe immanent ist. Sieht die öffentliche Verwaltung aber keine Lösungsmöglichkeiten und besteht ein Bedarf für neue innovative Lösungsmodelle, ohne dass auf Erfahrungsansätze zurückgegriffen werden könnte, dann spricht diese Situation für eine besonders komplexe Auftragsvergabe.¹⁰⁹² Schwierigkeiten, die in der mangelnden Aus- und Durchführung des Vergabeverfahrens liegen oder auf subjektiven Defiziten der Verwaltung beruhen, fallen dagegen nicht unter eine besonders komplexe Auftragsvergabe.¹⁰⁹³ Dazu würde auch der Fall gehören, dass die öffentliche Verwaltung nicht in der Lage ist, die von ihr gewünschte Lösung hinreichend zu definieren. Das Vergabeverfahren ist nämlich kein Instrument der Bedürfniserkennung.¹⁰⁹⁴

Somit hat der Gesetzgeber die Beurteilung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs den Vollzugsorganen überlassen. Solange aber rechtssichere Maßstäbe für die Bewertung fehlen, ist die Interpretation des Tatbestands „komplexer Auftrag“ erschwert und die Anwendbarkeit des Verfahrens eines wettbewerblichen Dialogs bleibt bis zu einer definitiven Klärung durch den EuGH im Ungewissen. Andererseits ist zu bedenken, dass der wettbewerbliche Dialog ledig-

¹⁰⁸⁸ Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endgültig vom 30.4.2004

¹⁰⁸⁹ Vgl. Knauff, in: NZBau 2005, 249, (253)

¹⁰⁹⁰ Vgl. Schmidt, in: Ax/Schneider/Bischoff, a.a.O., § 11, VgV-E, Rn. 6. Der öffentliche Auftraggeber ist in der Initialisierungsphase des Projekts nicht in der Lage zu entscheiden, ob die Finanzierung durch die öffentliche Hand, durch den Privaten oder in Risikoteilung getragen werden soll.

¹⁰⁹¹ Vgl. Gesetzesbegründung BT-Ds. 15/5668 S. 13, Erwägungsgrund 31 der RL 2004/18/EG

¹⁰⁹² Vgl. Knauff, in: NZBau 2005, 249, (254)

¹⁰⁹³ Vgl. Hausmann/Mutschler-Siebert, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 6, S. 266

¹⁰⁹⁴ Vgl. Knauff, in: NZBau 2005, 249, (254)

lich ein subsidiäres Verfahren darstellt (vgl. § 101 Abs. 1 GWB und 6a VgV). Im Vordergrund des öffentlichen Vergabewesens stehen nämlich nach wie vor das offene und das nichtoffene Verfahren, weil hier der vergaberechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz in höchstem Maße Beachtung findet. Dem öffentlichen Verwaltungsträger sollte mit dem wettbewerblichen Dialog zwar ein Instrument an die Hand gegeben werden, das besonders komplexe Probleme löst, dagegen sollte aber nicht die Möglichkeit eröffnet werden, vergaberechtliche Grundsätze nach eigenem Ermessen zu umgehen.

Wenn nun ein eGovernment-Projekt einer kommunalen Rechtsperson im Wege eines PPP-Gesellschaftsmodells umgesetzt werden soll, liegt es nahe, dass auch der wettbewerbliche Dialog das geeignete Vergabeverfahren darstellt, weil derartige PPP-Projekte in technischer und rechtlicher Hinsicht von vornherein sehr komplex angelegt sind.¹⁰⁹⁵ So stehen bei diesen Projekten die konkreten rechtlichen und finanziellen Einzelheiten zu Beginn der Privatisierung, sei es bei einer Anteilsveräußerung oder im Rahmen einer vertraglichen Zusammenarbeit, regelmäßig noch gar nicht fest. Auch können künftige Transaktionen die Vorabfestlegung von Einzelheiten erschweren, weil eGovernment ein neuartiges Betätigungsfeld der öffentlichen Verwaltung ist und auf Erfahrungswerte nur bedingt bzw. unzureichend zurückgegriffen werden kann.¹⁰⁹⁶ Zudem hat eine kommunale Rechtsperson in der Regel nicht das technische und personelle Know-how, PPP-Projekte im Bereich des eGovernment zu installieren und zu betreiben. Besonders schwierig ist es, die Soft- und Hardware unter Berücksichtigung der rechtlichen Voraussetzungen für die Abbildung der elektronischen Verwaltungsverfahren unter Beachtung des Datenschutzes zu entwickeln und zu installieren. Darüber hinaus erfordern PPP-Projekte im Bereich des eGovernment regelmäßig hohe finanzielle Investitionen für die Hard- und Software sowie für umfangreiche Infrastruktureinrichtungen. Weil eGovernment von der breiten Bevölkerung noch akzeptiert werden muss, ist mit einer Rekapitalisierung der getätigten Investitionen erst nach längeren Zeiträumen zu rechnen. Gerade diese langen Projektzeiträume erschweren für den öffentlichen Verwaltungsträger eine sichere ökonomische, rechtliche und technische Abwägung.

Sofern sich diese Kriterien beim konkreten Projekt substantiieren lassen, ist eGovernment als „besonders komplexer Auftrag“ einzuwerten, und das Verfahren des wettbewerblichen Dialogs bei der Umsetzung über ein PPP-Gesellschaftsmodell ist möglich. Es kann als Mittel der Wahl gelten, solange noch keine gegenteiligen Erfahrungen gemacht worden sind.¹⁰⁹⁷ Der wettbewerbliche Dialog ist auch beim Betrieb des eGovernment anwendbar, wenn die späteren

¹⁰⁹⁵ Vgl. entsprechende technische und rechtliche Problemstellungen bei der Erstellung und dem Betrieb des satellitengestützten Mautsystems für Landfahrzeuge in Deutschland (vgl. Schröder, in: NZBau 2007, 216, (219).

¹⁰⁹⁶ Vgl. Krutisch, in: NZBau 2003, 650, (653)

¹⁰⁹⁷ Vgl. Schröder, in: NZBau 2007, 216, (220)

Auftragsvergaben entsprechend den oben beschriebenen Kriterien als besonders komplex gelten.¹⁰⁹⁸

3.3. Der wettbewerbliche Dialog in Konkurrenz zum Verhandlungsverfahren

Bis zur Einführung des wettbewerblichen Dialogs war allerdings das Verhandlungsverfahren das geeignete und zulässige Verfahren bei der Auswahl des PPP-Kooperationspartners, weil auch hier die Möglichkeit existierte, in Verhandlungen mit den beteiligten Akteuren einzutreten, wenn keine hinreichende Klarheit über Art und Umfang der Leistungen im Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens bestand.¹⁰⁹⁹ Nachdem nun der wettbewerbliche Dialog für die Fälle der besonders komplexen Auftragsvergaben geschaffen worden ist, erscheint es auf dem ersten Blick ungewiss, in welchem Verhältnis der wettbewerbliche Dialog zum klassischen Verhandlungsverfahren steht. Es stellt sich die Frage, warum überhaupt ein neues Verfahrensmodell in das öffentliche Beschaffungswesen eingefügt worden ist, wenn mit dem Verhandlungsverfahren bereits ein arriviertes Vergabeverfahren existierte, und welcher Anwendungsbereich jetzt noch für das Verhandlungsverfahren verbleibt, wenn regelmäßig auch die Kriterien des wettbewerblichen Dialogs vorliegen. In der Realität könnte dem Verhandlungsverfahren nur noch die Funktion einer alternativen Notlösung dann zukommen, wenn eine öffentliche Auftragsvergabe nicht zweifelsfrei als besonders komplex eingewertet werden kann.

Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz und seine Umsetzung in § 101 Abs. 1 und 5 GWB i.V.m. § 6a VgV sprechen nicht ausdrücklich von der Subsidiarität des Verhandlungsverfahrens gegenüber dem wettbewerblichen Dialog.¹¹⁰⁰ Wenn daher die Voraussetzungen vorliegen, kann der öffentliche Auftraggeber statt des wettbewerblichen Dialogs grundsätzlich auch weiterhin ein Verhandlungsverfahren durchführen.¹¹⁰¹ Keine Vorrangfrage besteht im Hinblick auf das offene und nichtoffene Verfahren (§ 101 Abs. 6 S. 1 GWB).¹¹⁰² Da das offene und das nichtoffene Verfahren jeweils eine funktionale Leistungsbeschreibung erfordern, kommen diese Verfahren bei besonders komplexen Sachverhalten, die von der öffentlichen Hand nicht beschrieben werden können, nicht zur Anwendung.

Im Übrigen gleicht der wettbewerbliche Dialog in vielen Punkten dem Verhandlungsverfahren. Im Gegensatz zu diesem kombiniert er jedoch Elemente des Ausschreibungsverfahrens (öffentliche Bekanntmachung oder Formalisierung der Vergabe) und des Verhandlungsverfahrens

¹⁰⁹⁸ PPP-Projekte zur Umsetzung von eGovernment werden zumindest solange als komplex einzustufen sein, bis es eine Anzahl an vergleichbaren Referenzprojekten gibt, die eine standardisierte Umsetzung erlaubt.

¹⁰⁹⁹ Vgl. Koenig/Kühling, Verfahrensvielfalt und Wahl des richtigen Vergabeverfahrens - Fallstricke bei der Ausschreibung von Infrastrukturaufträgen, in: NZBau, 126, (131); Krutisch, in: NZBau 2003, 650, (653)

¹¹⁰⁰ Vgl. Hausmann/Mutschler-Siebert, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 6, S. 269

¹¹⁰¹ Vgl. ausführlich: Hausmann/Mutschler-Siebert, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 6, S. 269

¹¹⁰² Vgl. BT-Ds. 15/5668 S. 11

rens (Subsidiarität).¹¹⁰³ Für das Verhandlungsverfahren spricht, dass noch während des Verfahrens im Verlauf der Verhandlungen das Angebot geändert werden kann. Abgesehen von Ergänzungen und unwesentlichen Korrekturen (§ 6a Abs. 5 S. 4 und 5; Abs. 6 S. 2 u. 3 VgV) ist dagegen die Änderung der Angebote nach Beendigung der Dialogphase im wettbewerblichen Dialog nicht mehr möglich.

Ein großes Problem liegt darin, dass die Konzeption des wettbewerblichen Dialogs potenzielle Bieter von der Teilnahme an einem eGovernment-Projekt abhalten könnte. Das gestufte Verfahren fordert nämlich die Teilnehmer bereits in der Dialogphase auf, die optimale Lösung zu erörtern und damit alle Konzepte offen zulegen. In der Dialogphase werden aber bereits Bieter ausgesondert. Die öffentliche (kommunale) Rechtsperson geht dann mit diesem Wissen in die Bietphase (§ 6a Abs. 5 S. 2 VgV) und bewertet die Angebote nach den festgelegten Zuschlagskriterien. Obgleich die Lösungsvorschläge der einzelnen Bieter gem. § 6a Abs. 3 S. 5 VgV der Vertraulichkeit unterliegen,¹¹⁰⁴ muss ein privater Anbieter im Fall der Nichtberücksichtigung bereits während der Dialogphase befürchten, dass sein Know-how einem Konkurrenten offenkundig wird.¹¹⁰⁵ Infolge dieser Kenntnis über Lösungsvorschläge anderer Bieter besteht auf Seiten der öffentlichen Rechtsperson ein überlegener Wissensvorsprung bei der Erörterung der Vergabe, das dem Prinzip einer partnerschaftlichen Zusammenarbeit „auf gleicher Höhe“ im Wege einer PPP entgegenstehen könnte.¹¹⁰⁶

Dennoch erweist sich der wettbewerbliche Dialog für die vergaberechtliche Umsetzung eines komplexen PPP-eGovernment-Projekts als geordnetes Gesamtverfahren, weil er als nicht-offenes Verfahren über den vorangestellten technischen Dialog die Vorteile eines formalisierten Vergabeverfahrens mit der Flexibilität technischer und kaufmännischer Lösungen kombiniert.¹¹⁰⁷ Für den wettbewerblichen Dialog spricht vor allem, dass der Auftrag mit jedem Teilnehmer gesondert erörtert wird, so dass die optimale Bedürfniserfüllung des Auftraggebers eruiert werden kann und nichtfinanzierbare oder nichtmachbare Lösungen im Laufe des Verfahrens ausgeschlossen werden können (vgl. § 6a Abs. 3 und 4 VgV).¹¹⁰⁸ Dagegen spricht, dass der wettbewerbliche Dialog dem Auftraggeber zwar eine stärkere Einflussnahme auf die Bieter als potentielle Auftragnehmer gewährt, allerdings nach Abschluss des Verfahrens keine Nachverhandlungen mehr möglich sind. Zweifelhaft ist, ob dieses Verfahren von den Bietern angenommen wird, wenn diese befürchten müssen, dass betriebsinternes Know-how den Mit-

¹¹⁰³ Vgl. Meißner, Speyerer ÖPP-Tage 2006; Hausmann/Mutschler-Siebert, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 6, S. 269

¹¹⁰⁴ Vgl. Hausmann/Mutschler-Siebert, in: Weber/Schäfer/Hausmann, a.a.O., § 6, S. 267

¹¹⁰⁵ Vgl. Meißner, Speyerer ÖPP-Tage 2006

¹¹⁰⁶ Vgl. Meißner, Speyerer ÖPP-Tage 2006

¹¹⁰⁷ Vgl. Meißner, Speyerer ÖPP-Tage 2006

¹¹⁰⁸ Im Dialog mit dem Bieter sollen die technischen und rechtlichen Unwägbarkeiten bereinigt werden.

konkurrenten offenbart wird, ohne dafür im Gegenzug den Zuschlag für den Auftrag zu erhalten.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der wettbewerbliche Dialog ein alternatives Vergabeverfahren ist, wenn das gesamte eGovernment-Projekt ausgeschrieben werden soll, da regelmäßig komplexe und höchst komplizierte elektronische und organisatorische Fragestellungen betroffen sind. Werden dagegen einfache Aufträge ausgeschrieben, für die eine funktionale Leistungsbeschreibung erstellt werden kann, wird das Verhandlungsverfahren das adäquate Vergabeverfahren sein, da in diesem Fall weiterhin Nachverhandlungen zugelassen sind.

Soweit noch Rechtsunsicherheiten bei der Einwertung der Kriterien der Komplexität oder Subsidiarität bestehen, wird man die gerichtlichen Klärungen abwarten müssen.

4. Die Projektantenhaftung im Vorfeld des wettbewerblichen Dialogs

Regelmäßig gehen jedem Beschaffungsvorgang umfangreiche Überlegungen auf Seiten der kommunalen öffentlichen Rechtsperson voraus.¹¹⁰⁹ Gerade der ITK-Sektor erfordert im Vorfeld die rechtliche wie betriebswirtschaftliche Prüfung der Notwendigkeit und der technischen und finanziellen Machbarkeit des beabsichtigten PPP-Projekts. Mangels eigener Erfahrungen ziehen kommunale Rechtspersonen im Vorstadium häufig externe Berater hinzu, die regelmäßig eine Machbarkeitsstudie für die Entscheidungsfindung der öffentlichen Hand vorlegen. Dann stellt sich bei der Vergabe von IT-Leistungen über den wettbewerblichen Dialog die Frage der so genannten Projektantenhaftung, wenn das private Beratungsunternehmen, das sich im nachfolgenden Vergabeverfahren selbst um die Beauftragung der Aufgabendurchführung bemüht, wegen seiner Beratungsleistungen im Vorstadium über ein wettbewerbsverzerrendes Insiderwissen verfügt.

Mit dem ÖPP-Beschleunigungsgesetz wurden auch die §§ 4 und 6 VgV geändert, die bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bzw. Bauaufträgen auf die entsprechenden Verdingungsverordnungen verweisen.¹¹¹⁰ Insbesondere der neu eingeführte § 4 Abs. 5 VgV regelt nun die Projektantenhaftung. Projektanten sind Bieter und mit dem Bieter verbundene Unternehmen, die bereits im Vorfeld des Vergabevorganges beratend für den öffentlichen Auftraggeber tätig waren¹¹¹¹ und sich nunmehr um den konkreten Auftrag bewerben.¹¹¹²

¹¹⁰⁹ Vgl. Steinberg, Die Entwicklung des Europäischen Vergaberechts seit 2004 – Teil 2, in: NZBau 2007, 225, (226)

¹¹¹⁰ BGBl. I S. 2676 vom 7.9.2005, in Kraft getreten am 8.9.2005

¹¹¹¹ Vgl. Otting, Das ÖPP - Beschleunigungsgesetz – Aufwind für innovative Projekte im öffentlichen Hochbau, in: Kommunalwirtschaft, Sonderausgabe Facilitymanagement/Immobilienmanagement 2005, S. 13 ff. Punkt 2.1.d.

¹¹¹² Vgl. Jasper, Die Auswahl der zur Verhandlung aufzufordernden Bewerber im VOF-Verfahren, in: NZBau 2005, 494, (495)

Bisher war der Fall der Projektantenhaftung im Gesetz nicht geregelt. Auch die Befangenheitsvorschrift des § 16 VgV reglementierte lediglich die Beratungstätigkeit im Vergabeverfahren, nicht jedoch den Fall der beratenden Tätigkeit vor Einleitung des Beschaffungsverfahrens.¹¹¹³

Die Rechtsprechung¹¹¹⁴ hat (teilweise) dem § 6 Nr. 3 VOL/A bzw. § 6 Abs. 2 VOF¹¹¹⁵ ein generelles Beteiligungsverbot von Projektanten an der späteren Ausschreibung entnommen, während der EuGH¹¹¹⁶ dann keinen Ausschluss des mit vorbereitenden Aufgaben befassten Projektanten im nachfolgenden Vergabeverfahren annahm, wenn dieser nachweisen konnte, dass seine Teilnahme den freien Wettbewerb nicht behindert hat.¹¹¹⁷

Eine Regelung, die grundsätzlich einen Projektanten auf der Bieterseite vom Vergabeverfahren ausnimmt, wäre jedenfalls nach Auffassung des EuGH unverhältnismäßig.¹¹¹⁸ Diese Ansicht hat jetzt auch über das ÖPP-Beschleunigungsgesetz Eingang in die VgV gefunden.

Gemäß § 4 Abs. 5 VgV muss nun der öffentliche Auftraggeber gewährleisten, dass der Wettbewerb nicht durch die Beteiligung des Projektanten als Bieter oder Bewerber verfälscht wird, wenn dieser vor Einleitung des Vergabeverfahrens den Auftraggeber beraten oder sonst unterstützt hat. Solange nachgewiesen wird, dass die Teilnahme des Projektanten den Vergabewettbewerb nicht verzerrt, kann kein Beteiligungsverbot per se angenommen werden.¹¹¹⁹ Die Beteiligung eines Projektanten als Bieter im Vergabeverfahren zur Umsetzung von eGovernment-Projekten ist daher möglich, wenn eine Einwirkung auf die Verdingungsunterlagen ausgeschlossen ist und die Informationsvorsprünge des mitbietenden Projektanten durch die Herausgabe seiner wesentlichen Vorarbeiten an die mitbietenden Konkurrenten ausgeglichen werden bzw. sich die Informationsvorsprünge durch ausreichend lange Angebotsfristen kompensieren lassen. Es gilt der Grundsatz, dass alle projektbezogenen, relevanten Ergebnisse der Tätigkeit des Projektanten allen anderen Bietern rechtzeitig zugänglich gemacht werden.¹¹²⁰

¹¹¹³ Vgl. Uechtritz/Otting, in: NVwZ 2005, 1105, (1108); zu der Diskussion nach § 16 VgV auch: Horn, Projektantenstatus im VOF-Verfahren?, in: NZBau 2005, 28 ff.

¹¹¹⁴ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.10.2003, VII Verg. 57/03; OLG Jena, Beschluss vom 8.4.2003, 6 Verg.9/02

¹¹¹⁵ Ein generelles Beteiligungsverbot für Projektanten wäre jedenfalls nicht nach § 6 Abs. 2 VOF gerechtfertigt, wodurch nur diejenigen vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden sollen, die bei der Beschreibung der Aufgabenstellung bzw. bei der Anfertigung der Ausschreibungsunterlagen (§ 6 I VOF) als „Sachverständige“ beteiligt und tätig waren. Soweit jemand im Vorfeld eines Ausschreibungsverfahrens tätig geworden ist, ist er kein Sachverständiger i.S.d. § 6 VOF, sondern allenfalls ein Projektant. Anderer Ansicht ist OLG Jena, Beschluss vom 4.8.2003 – 6 Verg 9/03; NZBau 2003, 624 – „Stadttheater Hildburghausen“

¹¹¹⁶ EuGH, Urteil vom 3.3.2005, Rs. C-34/03, (Fabricom), VergabeR 2005, 319

¹¹¹⁷ Vgl. Otting, in: Kommunalwirtschaft, Sonderausgabe Facilitymanagement/Immobilienmanagement 2005, S. 13 ff., Punkt 2.1.d.

¹¹¹⁸ Vgl. Kulartz, Vergabeforum 2006, Band II, Dokumentation Hans-Peter Kulartz, S. 328, (330)

¹¹¹⁹ Vgl. Jasper, in: NZBau 2005, 494, (495)

¹¹²⁰ Vgl. Kulartz, Vergabeforum 2006, Band II, Dokumentation Hans-Peter Kulartz, S. 328, (331). Dazu werden aber die jeweiligen Unternehmen nur widerwillig bereit sein.

IV. Verhältnis des kommunalen Wirtschaftsrechts zum allgemeinen Wettbewerbsrecht

Soweit kommunale Rechtspersonen mittels PPP auf privatwirtschaftlichen Märkten agieren wollen, stellen sich im Zusammenhang mit dem Vergaberecht unter dem Gesichtspunkt der kommunalrechtlichen Zulässigkeit auch Fragen des allgemeinen Wettbewerbsrechts.¹¹²¹ Zwar verfolgt die PPP als primäre Zielsetzungen die Nutzung privater Investitionsmittel und des privaten Know-how für eine erfolgreiche Umsetzung des beabsichtigten eGovernment, aber sie wird darüber hinaus auch zusätzliche Einnahmequellen generieren wollen.¹¹²² Ein privater Investor ist regelmäßig nur dann für eine Kooperation im Rahmen der PPP bereit, wenn er zumindest mittelfristig seine Investitionen amortisieren kann. Um aber einen privaten Investor und Kooperationspartner gewinnen zu können, wird das gemeinschaftliche Unternehmen über seine Plattform nicht nur öffentliche Leistungen anbieten, die dem Äquivalenz- und dem Kostendeckungsprinzip unterliegen, sondern auch nichtöffentliche, also private Mehrwertdienste. Beteiligen sich insoweit die Kommunen an diesem allgemeinen Wirtschaftsverkehr, haben sie dieselben Schranken des allgemeinen Wettbewerbsrechts zu beachten wie die sonstigen privaten Marktteilnehmer. Das Wettbewerbsrecht gilt nämlich rechtsformunabhängig immer dann, wenn Rechtspersonen miteinander im Wettbewerb stehen und am Markt frei wählbare Leistungen für jedermann anbieten.¹¹²³

Deshalb muss sich auch die zur Umsetzung des eGovernment gegründete PPP-Gesellschaft mit wettbewerbsrechtlichen Konsequenzen auseinandersetzen, wenn sie entgeltliche Leistungen aus einem Angebotsspektrum anbietet,¹¹²⁴ das unter dem Gesichtspunkt der kommunalrechtlichen Zulässigkeit möglicherweise in Konflikt mit dem Wettbewerbsrecht gerät.¹¹²⁵

Zum einen stellt sich hier die Frage, ob eine Überschreitung der gem. Art. 87 BayGO kommunalrechtlich zulässigen wirtschaftlichen Betätigung gegen eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. § 1 UWG verstoßen kann, zum anderen ist zu prüfen, inwieweit ein solcher Verstoß im Rahmen der Partnerauswahl das Vergaberecht beeinflusst.

Nach dem so genannten Gelsengrün-Urteil¹¹²⁶ ist die Auffassung vertreten worden, dass sich Verstöße gegen das Erfordernis des öffentlichen Zwecks in Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayGO, gegen die Subsidiaritätsklausel in Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO oder gegen das Örtlichkeitsprinzip nach Art. 87 Abs. 2 BayGO als „sittenwidrig“ (wettbewerbswidrig) i.S.d. § 1

¹¹²¹ Art. 86 ff. BayGO

¹¹²² Vgl. Otting, Die Aktualisierung öffentlich-rechtlicher Schranken kommunalwirtschaftlicher Betätigung durch das Wettbewerbsrecht, in: DÖV 1999, 549

¹¹²³ Vgl. Otting, in: DÖV 1999, 549

¹¹²⁴ Vgl. Schink, Wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen, in: NVwZ 2002, 129. Bspw. Software oder das Know-how zur Umsetzung von eGovernment mittels einer PPP.

¹¹²⁵ Vgl. Badura, in: DÖV 1998, 818 f.; Zeiss, Wechselwirkungen zwischen kommunalem Wirtschaftsrecht und Vergaberecht, in: NZBau 2003, 475, (476)

¹¹²⁶ OLG Hamm, Urteil vom 23.9.1997 – 4 U 99-97, in: NJW 1998, 3504

UWG¹¹²⁷ erweisen und damit die Rechtsvorschriften über Zulässigkeit und Grenzen kommunaler Wettbewerbssteilnahme verletzen.¹¹²⁸ Deshalb hat auch das OLG München aus diesem „sittenwidrigen, kommunalrechtswidrigen öffentlich-rechtlichen Handeln“ einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch des privaten Mitbewerbers abgeleitet.¹¹²⁹

1. Die so genannte Elektroarbeiten-Entscheidung¹¹³⁰

Der BGH hat diese wettbewerbsrechtliche Streitfrage zwischenzeitlich durch zwei Urteile einer Klärung zugeführt:¹¹³¹

In der Elektroarbeiten-Entscheidung vom 25.4.2002 - I ZR 250/00 - befasst sich der BGH schwerpunktmäßig mit dem Verhältnis des kommunalen Wirtschaftsrechts zum allgemeinen Wettbewerbsrecht. In dieser Streitsache war darüber zu entscheiden, ob den privaten Konkurrenzunternehmen Abwehransprüche gegen den Markteintritt kommunaler Unternehmungen zustehen, deren erwerbswirtschaftliche Tätigkeit kommunalrechtlich untersagt ist.¹¹³² Fraglich war vor allem, ob eine kommunale Eigengesellschaft gegen § 1 UWG verstößt, sobald sie die Grenzen der rechtmäßigen kommunalen Betätigung überschreitet.¹¹³³

Anlass des BGH-Urteils war ein Rechtsstreit zwischen einem Elektrohandwerksbetrieb und der Stadtwerke-GmbH der Stadt München. Letztere hatte den Privatabnehmern nicht nur Strom geliefert, sondern für sie auch Stromanschlüsse verlegt. Gegen diese privatwirtschaftliche Tätigkeit hatte ein Mitbewerber vor dem LG und OLG erfolgreich auf Unterlassung gem. § 1 UWG i.V.m. Art. 87 BayGO mit der Begründung geklagt, dass die erwerbswirtschaftliche Betätigung der Beklagten nicht der Daseinsvorsorge und damit nicht dem öffentlichen Interesse diene.¹¹³⁴ Damit liege ein vorsätzlicher und planmäßiger auf Dauer angelegter Verstoß gegen Art. 87 Abs. 1 BayGO vor, der gem. § 1 UWG sittenwidrig sei.¹¹³⁵

Der BGH jedoch hat das Urteil des OLG München aufgehoben und die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass ein Unterlassungsanspruch gem. § 1 UWG nur bei einem „unlauteren Wettbewerbsverhalten“ angenommen werden könne.¹¹³⁶ Er führte aus, dass Art. 87 BayGO die Zulassung von Gemeinden zum Wettbewerb regeln würde und nicht die Lauterkeit des

¹¹²⁷ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 03. Juli 2004, BGBl. I S. 1414

¹¹²⁸ Vgl. Hillermeier/Bloeck, Kommunales Vertragsrecht – Handbuch für die Vertragsgestaltung und Sammlung von Vertragsmustern mit Erläuterungen, Privatisierung, Kapitel 24.20, 4.1

¹¹²⁹ OLG München Urteil vom 20.04.2000 – 6 U 4072/99, in: NVwZ 2000, 835

¹¹³⁰ Vgl. Hillermeier/Bloeck, a.a.O., Kapitel 24.20, 4.1

¹¹³¹ Vgl. Zeiss, in: NZBau 2003, 475 f.

¹¹³² BGH, Urteil vom 25.4.2002, NJW 2002, 2645 – „Elektroarbeiten“

¹¹³³ Zu diesem Urteil auch: Dreher, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25.4.2002 – I ZR 250/00, in: ZIP 2002, 1645; Köhler, Wettbewerbsrecht im Wandel: Die neue Rechtsprechung zum Tatbestand des Rechtsbruchs, in: NJW 2002, 2761, (2762)

¹¹³⁴ Vgl. Zeiss, in: NZBau 2003, 475, (476)

¹¹³⁵ Vgl. Hillermeier/Bloeck, a.a.O., Kapitel 24.20, 4.1

¹¹³⁶ Vgl. Hillermeier/Bloeck, a.a.O., Kapitel 24.20, 4.1

Marktverhaltens öffentlicher Körperschaften, so dass ein Verstoß gegen Art. 87 Abs. 1 BayGO allein noch nicht sittenwidrig (wettbewerbswidrig) im Sinn des § 1 UWG a.F. sei.¹¹³⁷

In der so genannten Altaufo-Entscheidung vom 26.9.2002 - I ZR 293/99 - hat der BGH diese Rechtsprechung fortgeführt.¹¹³⁸ Ein Anspruch aus § 1 UWG sei nicht schon dann gegeben, wenn Kommunen gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen, die ihnen die Teilnahme am Wettbewerb verbieten. Vielmehr könne erst der Gesamtcharakter des kommunalen Handelns das wettbewerbsrechtlich unlautere Handeln begründen. Die verletzte Vorschrift müsse den Normzweck des § 1 UWG verfolgen und im selben Maße die Lauterkeit des Wettbewerbs schützen.¹¹³⁹ Unter diesem Gesichtspunkt habe jedoch Art. 87 Abs. 1 BayGO nicht den unmittelbaren Schutz des Wettbewerbs zum Ziel.¹¹⁴⁰

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, dass nach diesen beiden höchstrichterlichen Entscheidungen die rechtswidrige Überschreitung einer wirtschaftlichen Betätigung durch eine kommunale PPP nicht automatisch sittenwidrig ist und auch keine unmittelbar wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweise i.S.d. § 1 UWG darstellt.

2. Auswirkungen der so genannten Elektroarbeiten-Entscheidung auf das Vergaberecht

2.1. Das Public Private Partnerschaft-Gesellschaftsmodell als Bieter im Sinne des Vergaberechts

Jedoch könnte die „Elektroarbeiten-Entscheidung“ vergaberechtliche Konsequenzen für ein PPP-Gesellschaftsmodell haben.

Nach der Rechtsprechung des EuGH zu den Inhouse-Geschäften muss auch das PPP-Gesellschaftsmodell dann als Anbieter in einem Vergabeverfahren auftreten, wenn es von der kommunalen Rechtsperson den Auftrag zur Umsetzung von eGovernment erhalten möchte. Auch könnte der Fall eintreten, dass sich das PPP-Gesellschaftsmodell entschließt, ihr im Zuge der Umsetzung des eGovernment entwickeltes Know-how zukünftig auch anderen Nachfragern anzubieten. In beiden Fällen muss sich das PPP-Gesellschaftsmodell als potentieller Bieter dem Vergabeverfahren stellen. Wenn hier aber ein kommunalrechtlicher Verstoß gegen Art. 87 BayGO bei der Gründung oder im laufenden Betrieb des gemischtwirtschaftlichen PPP-Gesellschaftsmodells vorliegt, könnte dies zum Ausschluss des Bieters in einem späteren Vergabeverfahren führen.¹¹⁴¹ Diese Folge wäre jedoch obsolet, wenn die Grundsätze der „Elektroarbeiten-Entscheidung“ auch im Vergaberecht Anwendung finden.

¹¹³⁷ Vgl. Köhler, in: NJW 2002, 2761; Emmerich, Kein Schutz der Privatwirtschaft gegen kommunale Unternehmen über § 1 UWG (Elektroarbeiten-Urteil), in: JuS 2002, 1233 f.

¹¹³⁸ BGH, Urteil vom 26.9.2002 - I ZR 293/99 (Düsseldorf), in: NJW 2003, 586

¹¹³⁹ Vgl. Hillermeier/Bloeck, a.a.O., Kapitel 24.20, 4.1

¹¹⁴⁰ So schon: BGHZ 144, 255, (267) = NJW 2000, 3351

¹¹⁴¹ Vgl. Zeiss, in: NZBau 2003, 475, (477)

2.2. Beurteilung

Im Rahmen des Vergabeverfahrens sind die jeweiligen Dienstleistungsangebote zu bewerten und ggf. nach § 25 Nr. 1 Abs. 2b VOL/A i.V.m. § 7 Nr. 5c VOL/A auszuschließen. Daher muss sich die kommunale Rechtsperson fragen, ob ein kommunalrechtlicher Verstoß bei der Gründung und im Zuge der Tätigkeit des PPP-Gesellschaftsmodells als wettbewerbsbeeinträchtigendes unlauteres Verhalten gem. §§ 1 ff. UWG (i.V.m. § 25 Nr. 1 Abs. 2 b, § 7 Nr. 5c VOL/A) zu werten ist und ob sich hieraus die Unzuverlässigkeit des Antragstellers i.S.d. § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A ergibt.¹¹⁴²

2.2.1. Der Bieterausschluss gem. § 25 Nr. 1 Abs. 2 b VOL/A

Das PPP-Gesellschaftsmodell könnte als Bieter dann vom Vergabeverfahren ausgeschlossen sein, wenn es nach § 25 Nr. 1 Abs. 2b i.V.m. § 7 Nr. 5c VOL/A nachweislich eine schwere Verfehlung begangen hat, die die Zuverlässigkeit des Bieters in Frage stellt. Als schwere Verfehlungen zählen sämtliche Gesetzesverstöße mit wettbewerbsbeschränkenden oder unlauteren Verhaltensweisen i.S.d. § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A. Da im Vergaberecht diese wettbewerbsbeschränkenden unlauteren Verhaltensweisen nicht exakt definiert sind, muss auf die Rechtsprechung zu § 1 UWG zurückgegriffen werden.¹¹⁴³ Danach kommt § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A als Generalklausel zur Anwendung, wenn das Vergaberecht ein gesetzwidriges Handeln untersagt, das nach dem Wettbewerbsrecht verboten ist.¹¹⁴⁴ Das bedeutet, dass auch im Vergaberecht § 1 UWG beachtet werden muss. Ist daher eine Handlung gem. §§ 1 ff. UWG wettbewerbsrechtlich unzulässig, würde dies als schwere Verfehlung im Sinne des Vergaberechts gem. § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A zu bewerten sein, und das Angebot wäre gem. § 25 Nr. 1 Abs. 2b i.V.m. § 7 Nr. 5c VOL/A auszuschließen. Das gilt auch, wenn gegen das kommunale Wirtschaftsrecht (Art. 87 BayGO) verstoßen wird. Das hätte zur Folge, dass sich auch ein PPP-Gesellschaftsmodell bei der Umsetzung von eGovernment-Projekten nicht mehr als Bieter in einem Vergabeverfahren beteiligen könnte.

Mag auch das so genannte Gelsengrün-Urteil in einem kommunalrechtlichen Betätigungsverbot eine wettbewerbsschützende Funktion gesehen haben, so hat die „Elektroarbeiten-Entscheidung“ des BGH klar gestellt, dass es sich bei kommunalrechtlichen Betätigungsverboten regelmäßig nicht um wettbewerbsschützende Bestimmungen i.S.d. § 1 UWG handelt,¹¹⁴⁵ weil diesen Vorschriften keine dem UWG entsprechende Kontrollfunktion über wettbewerbs-

¹¹⁴² Vgl. dazu die aktuellen Paragraphen in: Lamm/Ley/Weckmüller, VOL/A, Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen, a.a.O.

¹¹⁴³ Vgl. Zeiss, in: NZBau 2003, 475, (477); dazu auch: OLG Düsseldorf, NZBau 2002, 626, (628-631)

¹¹⁴⁴ Vgl. Zeiss, in: NZBau 2003, 475, (477)

¹¹⁴⁵ Vgl. Meyer, Wettbewerbsrecht und wirtschaftliche Betätigung der Kommunen, in: NVwZ 2002, 1075, (1077)

gerechtes Verhalten innewohnt.¹¹⁴⁶ Als Ergebnis bleibt deshalb festzuhalten, dass allenfalls in Ausnahmefällen eine kommunalrechtswidrige wirtschaftliche Betätigung eine unlautere Handlung im Sinn des § 1 UWG sein kann, bspw. wenn öffentliche Aufgaben so eng mit erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit verbunden werden,¹¹⁴⁷ dass die Amtsautorität missbraucht¹¹⁴⁸ oder das Gleichgewicht des Wettbewerbs gefährdet wird.¹¹⁴⁹ Daher muss bei der Gestaltung und beim Betrieb öffentlicher (Verwaltungs-) Portale in besonderer Weise darauf geachtet werden, dass die öffentlich-rechtlichen Dienstleistungen streng von den zusätzlich angebotenen Mehrwertdiensten zu unterscheiden sind und nicht als Einheit angeboten werden.

Außerdem ist bei der Auswahl zusätzlicher Mehrwertdienste zu beachten, dass dadurch nicht bestimmte Märkte oder Anbieter im Wettbewerb bevorzugt werden. Keinesfalls darf beim Portal-Nutzer der Eindruck entstehen, dass die kommunale Rechtsperson kraft ihrer Amtsautorität bestimmte Angebote fördern will.

Somit ist ein Verstoß gegen die kommunalrechtlich zulässige wirtschaftliche Betätigung regelmäßig nicht i.S.d. §§ 1 ff. UWG wettbewerbswidrig und stellt auch keinen Ausschlussgrund gem. § 25 Nr. 1 Abs. 2b VOL/A i.V.m. § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A dar.¹¹⁵⁰

2.2.2. Der Bieterausschluss gem. § 25 Nr. 2 Abs.1 VOL/A wegen Unzuverlässigkeit

Anders könnte die Rechtslage zu beurteilen sein, wenn die erwerbswirtschaftliche Betätigung des PPP-Gesellschaftsmodells bei der Umsetzung von eGovernment deswegen gegen das geltende kommunale Wirtschaftsrecht verstößt, weil das Angebot eines Bieters gem. § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A i.V.m. § 2 Nr. 3 VOL/A wegen „Unzuverlässigkeit“ vom Vergabeverfahren auszuschließen ist.¹¹⁵¹

Die Verdingungsordnungen gehen nicht bei jedem Gesetzesverstoß zwingend von einem unzuverlässigen Bieterverhalten aus, sondern setzen in der Regel einen Gesetzesverstoß nur dann einem unzuverlässigen Verhalten gleich, wenn dieser konkrete Auswirkungen auf die ordnungsgemäße Vertrags- und Leistungserfüllung haben kann.¹¹⁵² Die ordnungsgemäße Erfüllung zukünftiger Leistungen ist regelmäßig dann gefährdet, wenn ein Verhalten gegen öffentlich-rechtliche Normen verstößt.¹¹⁵³ Die Verletzung des öffentlich-rechtlichen kommunalen Wirtschaftsrechts, hier des Art. 87 Abs. 1 BayGO, durch eine regelwidrige erwerbswirtschaft-

¹¹⁴⁶ BGH, NJW 2003, 586, (587); BGH, NZBau 2002, 517 = NJW 2002, 2645, (2647) – „Elektroarbeiten“

¹¹⁴⁷ BGH, NJW-RR 1999, 1490 = GRUR 1999, 594, (597) – „Holsteiner Pferd“

¹¹⁴⁸ BGH, NJW 2002, 1718 = GRUR 2002, 550 – „Elternbriefe“

¹¹⁴⁹ Vgl. Zeiss, in: NZBau 2003, 475, (478)

¹¹⁵⁰ BGH, NZBau 2002, 517 = NJW 2002, 2645, (2647) – „Elektroarbeiten“; Tomerius, Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen zwischen Gemeindegewirtschaft und Wettbewerbsrecht, in: LKV 2000, 41, (46 f.); Köhler, a.a.O., in: NJW 2002, 2761 f.

¹¹⁵¹ Vgl. Zeiss, in: NZBau 2003, 475, (479)

¹¹⁵² Vgl. Boesen, a.a.O., § 97, Rn. 84 f.

¹¹⁵³ Vgl. Zeiss, in: NZBau 2003, 475, (479)

liche Tätigkeit der Kommune, würde jedoch die ordnungsgemäße Vertragserfüllung gefährden, weil die Kommune infolge des Eingreifens der Kommunalaufsicht oder aufgrund einer Unterlassungsklage seitens privater Mitkonkurrenten gezwungen sein könnte, diese Tätigkeit aufzugeben und sich aus dem PPP-Gesellschaftsmodell zurückzuziehen.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass ein kommunalrechtlicher Verstoß gegen die erwerbswirtschaftliche Betätigung zum Ausschluss des Bieters aus dem Vergabeverfahren gem. § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A wegen „Unzuverlässigkeit“ führen kann da dieser Rechtsfolge die „Elektroarbeiten-Entscheidung“ nicht entgegensteht.

Kapitel 11: Zusammenfassung dieser Arbeit in Thesen

I. Einleitung

1. Die kommunalen Verwaltungsträger suchen in Zeiten knapper Haushaltslagen nach neuen ökonomischen und effizienten Verwaltungsformen und –strukturen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben (Kapitel 1 - 1.).

2. Als Mittel der Wahl bieten sich elektronische Einrichtungen mit Internet gestützter Nutzung an, die als eGovernment die traditionellen Organisationsstrukturen und Verwaltungsleistungen der Kommunalverwaltung von Grund auf reformieren (Kapitel 1 - 1.). Zur Realisierung sind große Fachkompetenz und erhebliche investive Mittel erforderlich.

3. Die Kooperation mit privaten Dritten in Form der Public Private Partnership (PPP) ist angesichts der kommunalen Finanzkrise ein geeigneter Lösungsansatz für die Umsetzung des eGovernment in der Kommunalverwaltung (Kapitel 1 - 1.1.).

II. eGovernment

1. Die überkommenen hierarchischen Strukturen und die formalisierte Kommunikation der kommunalen Verwaltungsträger haben zu langwierigen „bürokratischen“ Entscheidungsprozessen geführt (Kapitel 2 - I. 2). Die Forderung der modernen Leistungsgesellschaft nach Effizienz und Kostenminimierung veranlasst die kommunalen Rechtspersonen, ihre öffentlichen Verwaltungs- und Dienstleistungen den Bürgern und Wirtschaftsunternehmen künftig sukzessive interaktiv über ein elektronisches Verwaltungsportal anzubieten (Kapitel 2 - I. 3.).

2. Mit der Abkehr von der Papierakte und der Hinwendung zur elektronischen Aktenführung verkörpert eGovernment einen Medienbruch in der öffentlichen Verwaltung und entwickelt

das traditionelle „verwaltungsorientierte Zuständigkeitsdenken fort zum bürgerorientierten Lebenslagenkonzept (Kapitel 2 - I. 3.), das alle relevanten Verwaltungs- und Dienstleistungen der kommunalen Rechtsperson über öffentliche Verwaltungsportale unabhängig von Zeit, Ort, Organisation und Personaleinsatz abzubilden vermag (Kapitel 2 – II. 1.).

3. Im eGovernment informieren, kommunizieren und agieren die Kommunalverwaltungen mit ihren Bürgern und der Privatwirtschaft über elektronische Verwaltungsportale (Kapitel 2 – III./IV.).

4. Das elektronische Verwaltungsportal wird die Leistungsangebote der Kommunalverwaltung abbilden und als „Leitbild“ der kommunalen Rechtsperson fungieren (Kapitel 2 – V.).

5. Technisch ermöglicht eGovernment den Bürgern und der Privatwirtschaft die Bündelung aller öffentlichen Verwaltungs- und Dienstleistungen auf einem einzigen elektronischen Knotenpunkt. Weil dies (teilweise) noch mit der geltenden öffentlich-rechtlichen Zuständigkeitsordnung im Widerspruch steht, müssen die geltenden örtlichen und sachlichen Zuständigkeiten der öffentlichen Verwaltungsträger neu strukturiert werden (Kapitel 2 – VI.).

6. eGovernment wird sich zu einer effizienten Verwaltungsform aus personalen und technischen Ressourcen, neuartigen Verwaltungsstrukturen und -organisationen entwickeln. Das elektronische Medium wird zu einem grundlegend neuen Verwaltungsverständnis der öffentlichen Hand führen (Public Management und Neue Steuerungsmodelle) und die öffentliche (kommunale) Verwaltung nachhaltig reformieren.

III. Public Private Partnership (PPP)

1. PPP ist Ausdruck der so genannten Gewährleistungsverwaltung, die künftig nach ökonomischen Prinzipien in Kooperation mit privaten Dritten die öffentlichen Aufgaben erfüllen will, wobei Bürger und Privatwirtschaft in diese neuartige Form der öffentlichen Aufgabenerfüllung mit eingebunden werden (Kapitel 3 – I.).

2. PPP soll die überkommenen Kooperationsformen der kommunalen Verwaltungsträger im Sinne einer innovativen, effizienteren und kostengünstigeren Erledigung der öffentlichen Aufgaben im Wege einer (Teil-) Privatisierung weiterentwickeln (Kapitel 3 – II.).

3. eGovernment ist eine öffentliche Aufgabe, die im Rahmen einer funktionalen Privatisierung über eine PPP umgesetzt werden kann (Kapitel 3 – II.).

4. PPP-Modelle sind bisher nicht ausdrücklich kodifiziert. Sie weisen sich als komplexe Rechtsgebilde aufgrund von allgemein gültigen Rechtsnormen aus. Lediglich Rahmengesetze wie das ÖPP-Beschleunigungsgesetz versuchen die Realisierung zu vereinfachen und zu beschleunigen (Kapitel 3 – III. 1.).

5. Das kommunale Unternehmensrecht (Art. 86 ff. BayGO) steht der Einführung von eGovernment als umfassendes IT-Dienstleistungsangebot für Verwaltungsleistungen und Mehrwertdienste in Form eines PPP-Modell nicht entgegen. eGovernment als Unternehmensgegenstand eines PPP-Modells ist „funktional“ privatisierbar (Kapitel 4). Die kommunalen Verwaltungsträger müssen dabei insbesondere die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben durch Eingriffsvorbehalte sicherstellen.

6. PPP-Modelle sollen nicht nur der Finanzierung dienen, sondern auch das private Know-how in den Aufgabenvollzug einbringen. Dabei erweist sich das PPP-Gesellschaftsmodell in der Rechtsform einer GmbH gegenüber den PPP-Vertragsmodellen wegen seiner Rechtsform, den Bindungswirkungen und der individuell gestaltbaren Gesellschaftsrechte sowie wegen der Haftungsmodalitäten als die geeignete Rechts- und Organisationsform zur Realisierung von eGovernment.

Das PPP-Gesellschaftsmodell ist ein zukunftsorientierter Ansatz für modernes und effizientes Verwaltungshandeln durch Kooperation zwischen dem öffentlichem Sektor und der Privatwirtschaft (Kapitel 5).

IV. Vergaberecht

Das europäische Vergaberecht will im europäischen Gemeinschaftsgebiet einen Wirtschaftsraum schaffen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist. Hersteller und Leistungserbringer sollen in der Europäischen Gemeinschaft wettbewerbsorientiert ohne Diskriminierung agieren können und alle Verbraucher sollen auf alle Angebote Zugriff haben. Bei der Erreichung dieser Zielsetzung kommt nach dem Willen der EU den öffentlichen Auftraggebern eine Vorbildfunktion zu.

1. Das große wirtschaftliche Potential der öffentlichen Hand bedarf eines in besonderer Weise normierten Vergabewesens, damit bei der Erfüllung der vielschichtigen öffentlichen Aufgaben

die wirtschaftliche und sparsame Verwendung von Steuermitteln gewährleistet ist. Das gilt für alle Bereiche der öffentlichen Verwaltungsträger, insbesondere auch für die Daseinsvorsorge oder die Schaffung moderner Infrastruktureinrichtungen (Kapitel 6 – I.).

2. Die öffentlichen Auftragsvergaben erfolgen nach Maßgabe der EG-Richtlinien und deren Umsetzung in das nationale Recht (GWB, VgV, VOL/VOB, u.a.). Das so genannte Kaskadenprinzip besteht unter den neuen EG-Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG weiter (Kapitel 6).¹¹⁵⁴

3. Das öffentliche Vergaberecht ist auf nationaler Ebene traditionell vom Haushaltsrecht der öffentlichen Hand geprägt. Erst beim Überschreiten der so genannten Schwellenwerte (Auftragssummen) wird es vom Europarecht (EG-Vertrag und EG-Richtlinien) bestimmt (Kapitel 6).

4. Im Zusammenhang mit der Gründung einer PPP ist die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf drei Ebenen zu prüfen: Bei der Auswahl des Kooperationsunternehmens, bei der Vergabe von Aufträgen und Leistungen an den privaten Kooperationspartner und im Rahmen der Beschaffungsvorgänge während der Betriebsphase der PPP (Kapitel 7 – II.).

5. Weder die Neugründung einer PPP noch die Beteiligung des kommunalen Verwaltungsträgers an einer Rechtsform der PPP unterliegen als reine Organisationsmaßnahmen dem öffentlichen Vergaberecht, weil es sich hier nicht um einen entgeltlichen Beschaffungsvorgang handelt (Kapitel 7 – II.).

6. Das öffentliche Vergaberecht kommt zur Anwendung, wenn im zeitlichen und funktionalen Sachzusammenhang mit der Gründung einer PPP eine öffentliche Auftragsvergabe i.S.d. § 99 GWB an die PPP erfolgt. Die zeitversetzte Auftragsvergabe an eine PPP-Gesellschaft darf nach der so genannten Gesamtbetrachtungstheorie nicht zur Umgehung des Vergaberechts führen (Kapitel 7 – II.). Vielmehr ist in diesen Fällen ein Beschaffungsvorgang anzunehmen.

7. Die funktionale Privatisierung öffentlicher Aufgaben fordert im Vorfeld eine fundierte betriebswirtschaftliche und strategische Planung, um frühzeitig abzuklären, ob der öffentliche

¹¹⁵⁴ Vgl. dazu Einführungserlass zur Dritten Änderungsverordnung der Vergabeverordnung (VgV) und der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) und der Verdingungsordnungen für Freiberufliche Leistungen (VOF) vom 30.10.2006; B15 – O 1095- 524

Verwaltungsträger mit einem privaten Partner kooperieren kann und soll. Ist die öffentliche Aufgabenerfüllung bisher ohne private Beteiligung erfolgt, ist die Aufnahme des privaten Dritten ausschreibungspflichtig, solange die öffentliche Aufgabe noch nicht erfüllt ist und nicht zweifelsfrei begründbar ist, dass kein sachlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen der Organisationsmaßnahme und der Aufgabenübertragung besteht (Kapitel 7 – II.).

8. Der öffentliche Auftraggeberbegriff i.S.d. § 98 GWB ist im Falle der Neugründung oder Beteiligung eines gemischtwirtschaftlichen PPP-Gesellschaftsmodells der Einstieg in das öffentliche Vergaberecht (Kapitel 8).

9. eGovernment stellt als Unternehmensgegenstand eine im Allgemeininteresse liegende öffentliche Aufgabe nicht gewerblicher Art dar. Das PPP-Gesellschaftsmodell ist kraft eigener Rechtspersönlichkeit ein ausschreibungspflichtiger Auftraggeber gem. § 98 Nr. 2 GWB, soweit er während der Betriebsphase selbst Aufträge vergibt (Kapitel 8 – IV.).

10. Nach der so genannten Inhouse-Rechtsprechung des EuGH stellt jede Beteiligung eines privaten Partners an einer kommunalen Eigengesellschaft unter gleichzeitiger Aufgabenübertragung durch die Kommunalverwaltung einen ausschreibungspflichtigen Vorgang im Sinne des öffentlichen Vergaberechts dar. Dieses kommt nur dann nicht zur Anwendung, wenn die kommunale Rechtsperson als Auftraggeber über die PPP als rechtlich selbständigen Auftragnehmer die Kontrolle „wie über eine eigene Dienststelle“ ausübt und die PPP ihre Leistungen im Wesentlichen für die beauftragende kommunale Rechtsperson erbringt (Kapitel 9 – I.).

11. Die Grundsätze der Inhouse-Rechtsprechung des EuGH gelten auch für Public Public Partnerships zur Umsetzung von eGovernment. Die kommunalen Verwaltungsträger treten hier wie private Marktteilnehmer auf (Kapitel 9 - II).

12. Obwohl die Dienstleistungskonzession dem Grunde nach von der Ausschreibungspflicht des öffentlichen Vergaberechts ausgenommen ist, muss ein vergaberechtsähnliches Auswahlverfahren durchgeführt werden, um nicht gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung des EG-Vertrags zu verstoßen (Kapitel 9 – III.).

13. Staatliche Subventionen der PPP-Gesellschaftsmodelle fallen nicht unter das europäische Subventions- bzw. Beihilfeverbot, wenn vor der Gründung vergaberechtliche Verfahren durchgeführt werden (Kapitel 10 – I.).

14. Wesentliche Vertragsänderungen vor, während und nach der Gründung einer Public Private Partnership sind nach Maßgabe des öffentlichen Vergaberechts ausschreibungspflichtig (Kapitel 10 – II.).

15. Der wettbewerbliche Dialog ist ein geeignetes Vergabeverfahren für die Umsetzung von eGovernment über ein PPP-Gesellschaftsmodell, weil diese eine besonders komplexe Auftragsvergabe darstellt (Kapitel 10 – III.).

16. Die Beteiligung eines Projektanten als Bieter im Vergabeverfahren ist möglich, wenn allen Bietern die relevanten Ergebnisse der Tätigkeit des Projektanten zugänglich gemacht werden (Kapitel 10 – III.).

17. Verstöße gegen das kommunale Wirtschaftsrecht stellen allein noch keine unlautere Wettbewerbshandlung i.S.d. UWG dar, die zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führen (Kapitel 10 IV.).

18. Die Übertragung des Verwaltungsportals auf das PPP-Gesellschaftsmodell beinhaltet regelmäßig das Angebot des öffentlichen (kommunalen) Verwaltungsträgers an das private Unternehmen, die ihr zugeordnete Domain zu nutzen. Damit ist die Verpflichtung verbunden, die öffentliche Aufgabe zu erfüllen. Dies spricht für eine Dienstleistungskonzession, die (nach überwiegender Ansicht) im Falle einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe nicht unter das normierte nationale Vergaberecht (GWB) fällt. Jedoch müssen auch hier die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts beachtet werden.