Inhaltsverzeichnis


A. Einleitung 11

B. Grundlagen 16

I. Begriff der Öffentlich-Privaten Partnerschaft 16
1. Definitionsansätze 17
2. Abgrenzung zum Privatisierungsbegriff 19
3. Pragmatische Definition 21
II. Vergaberechtlicher Untersuchungsansatz 23

C. Gesellschaftsvertragliche Modelle 27

I. Gründungsebene 27
1. Gründungsmodelle und Anwendbarkeit des Vergaberechts 28
a) Gründungsmodelle und Ausgangspunkt einer Anwendbarkeit des Vergaberechts 28
b) Generelle Unanwendbarkeit des Vergaberechts? 30
c) Ansätze für eine Anwendbarkeit des Vergaberechts 32
d) Funktionaler Auftragsbegriff 32
2. Voraussetzung einer Anwendbarkeit des Vergaberechts: der Beschaffungsbezug 34
a) Neugründung einer gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaft 36
b) Eintritt eines öffentlichen Gesellschafters in eine bereits bestehende privatwirtschaftliche Gesellschaft 37
c) Eintritt eines privaten Gesellschafters in die bestehende Eigengesellschaft eines staatlichen Auftraggebers 37
aa) Eintritt in eine „unbeauftragte" Eigengesellschaft 37
bb) Eintritt in eine bereits „beauftragte" Eigengesellschaft 38
(1) Ansätze einer eingeschränkten Anwendbarkeit des Vergaberechts 39
(2) Zweckmäßigkeit einer uneingeschränkten Anwendbarkeit des Vergaberechts 40
II. Beauftragungsebene, insbesondere In-house-Geschäfte 45
1. Regel und Ausnahme einer ausschreibungspflichtigen Beauftragung: das In-house-Geschäft 45

a) Grundsatz: Auftraggeber und Auftragnehmer als unterschiedliche Rechtspersönlichkeiten 45
b) Ausnahme: das In-house-Geschäft nach der Teckal-Rechtsprechung des EuGH 47
2. In-house-Geschäfte bei ÖPP? – die Diskussion in der Literatur 49
a) Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber 50
aa) Literaturansätze: 80 % analog Art. 23 Abs. 3 lit. a-c SKR 50
bb) Stellungnahme: keine feste Quote 52
b) Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle 55
aa) Einzelfragen zum Kontrollbegriff 55
bb) Vergleichbarkeit der Kontrolle: Literaturansätze zu Gesellschaftsanteil und Gesellschaftsform 58
3. Keine In-house-Geschäfte bei ÖPP – Stellungnahme und Folgerechtsprechung des EuGH 64
a) Die Beauftragung einer gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaft als Beschaffungsvorgang 64
b) Das Kontrollkriterium als Ausschlusskriterium für eine In-house-Ausnahme 66
c) Die Folgerechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Stadt Halle 68
III. Gesellschaftsebene 72
1. „Einrichtungen des öffentlichen Rechts" (§ 98 Nr. 2 GWB) 74
a) Juristische Person 77
aa) Vorgesellschaften und Vorgründungsgesellschaften 77
bb) Personengesellschaften 78
b) Besonderer Gründungszweck 80
aa) „im Allgemeininteresse liegende Aufgabe" 81
(1) Begriffskern 83
(2) Randbereich 84
(3) Vermutungsregeln 87
(4) Teilweise Tätigkeit im Allgemeininteresse 88
(5) Unvermeidbarkeit einer kasuistischen Einzelfallbetrachtung 90
bb) „nichtgewerblicher Art" 91
cc) Gründungsintention 97
c) Besondere Staatsgebundenheit 101
aa) Finanzierungsbeherrschung 103
bb) Aufsichtsbeherrschung 106
cc) Organbeherrschung 109
2. Sektorenauftraggeber (§ 98 Nr. 4 GWB) 110
a) „Staatsferne" Sektorenauftraggeber (aufgrund Rechtsgewährung, Alt. 1) 111
b) „Staatsnahe" Sektorenauftraggeber (aufgrund Beherrschung, Alt. 2) 113

3. Unternehmen im Bereich öffentlich geförderter Bauvorhaben (§ 98 Nr. 5 GWB) 114
4. Baukonzessionäre (§ 98 Nr. 6 GWB) 118
5. Ausnahmen (§ 100 Abs. 2 GWB) 118
a) Normativ vorgegebenes ausschließliches Leistungsrecht (§ 100 Abs. 2 lit. g GWB) 119
b) Ausnahmen für Sektorenauftraggeber 121
aa) Aufträge im Bereich der Sektorentätigkeit (§ 100 Abs. 2 lit. f GWB) 122
bb) Aufträge an verbundene Unternehmen (§ 100 Abs. 2 lit. i GWB) 122
IV. Ergebnis 123

D. Leistungsvertragliche Modelle 126

I. Konzessionen und Betreiber- bzw. Betriebsführungsmodelle 126
1. Konzessionen und Anwendbarkeit vergaberechtlicher Vorgaben 127
a) Konzessionsbegriff 127
b) Anwendbarkeit des Vergaberechts und EG-primärrechtlicher Vorgaben 131
2. Abgrenzungsfragen 138
a) Konzessionen – konventionelle Aufträge 139
aa) Tatbestandliche Differenzierung 140
(1) Ausgangspunkt: Das Verwertungsrecht im Verhältnis zum zusätzlich entrichteten Preis 140
(2) Die Risikoübernahme durch den Konzessionär als zentrales Differenzierungsmerkmal 141
(3) Erfordernis einer wirtschaftlichen Einzelfallbetrachtung 143
bb) Rechtsnatur der Konzession gegenüber dem Auftragsbegriff: Unterfall oder Aliud? 146
(1) Ausgangspunkt: denkbare Sichtweisen 147
(2) Tatbestandliche Näherung: Verwertungsrecht als Entgelt? 148
(3) Auslegung des Entgeltbegriffs 150
(4) Entgeltlichkeit und Beschaffungsbezug 154
(5) Rechtsprechungsansatz des EuGH zum Entgeltbegriff und Schlussfolgerung 158
b) Baukonzessionen – Diensleistungskonzessionen 160
aa) Ausgangspunkt: Trennungsgebot 160
bb) Tatbestandliche Ansätze aus den Richtlinienvorgaben 161
cc) Die Schwerpunkttheorie des EuGH: Gleichgewicht oder Übergewicht von Bauleistungen? 163

dd) Bestimmung des Vertragsschwerpunkts: Hauptgegenstand oder größter Wertanteil? 165
3. Betreiber- und Betriebsführungsmodelle 166
a) Begriff 167
b) Abgrenzung zu Konzessionen und Anwendbarkeit des Vergaberechts 168
II. Öffentlich-rechtliche Verträge und Beleihung 169
1. Öffentlich-rechtliche Verträge im Allgemeinen und Beleihung 169
a) Anwendbarkeit des Vergaberechts auf öffentlich-rechtliche Verträge 170
b) Anwendbarkeit des Vergaberechts auf Beleihungen 173
aa) Ausnahme von Beleihungen aufgrund von Art. 45 EGV i.V.m. Art. 55 EGV? 173
bb) Beleihungen durch Verwaltungsakt oder durch Gesetz 176
2. Städtebauliche Verträge 178
a) Erschließungsverträge (§ 124 BauGB) 180
aa) Vertragsgegenstand 180
bb) Kein Konzessionscharakter 181
cc) Entgeltlichkeit 182
dd) Unechte Erschließungsverträge 185
b) Verträge nach § 11 BauGB 186
aa) Bauplanungs-, Baureifmachungs- und Baurealisierungsverträge 186
bb) Folgekostenverträge 187
c) Durchführungsverträge (§ 12 Abs. 1 Satz 1 BauGB) 189
d) Sanierungs- (§§ 157 ff. BauGB) und Entwicklungsträgerverträge (§ 167 BauGB) 190
III. Ergebnis 191

E. Fazit und Ausblick 193

F. Thesen 197

Literaturverzeichnis 201

Bezüglich der verwendeten Abkürzungen wird verwiesen auf *Kirchner*, Hildebert/ *Butz*, Cornelie: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Auflage Berlin 2003.