

## Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Inhaltsverzeichnis .....	IX
<b>A. Das PPP-Gesellschaftsmodell als Organisationsstruktur für einen partnerschaftlichen Weg der öffentlichen Beschaffung .....</b>	<b>1</b>
I. Die gemischtwirtschaftliche Projektgesellschaft im Fokus der Untersuchung.....	3
II. Der Gang der Untersuchung in der Chronologie des Beschaffungsprozesses .....	7
<b>B. Einführung in die Thematik.....</b>	<b>11</b>
I. Konventionelle Beschaffungsansätze der öffentlichen Hand.....	13
II. Beteiligung des Privatsektors bei der Aufgabenwahrnehmung der öffentlichen Hand .....	16
III. Der PPP-Beschaffungsprozess als Alternative.....	17
IV. Vergleich der Beschaffungsvarianten mittels einer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung .....	33
V. Zusammenfassung.....	35
<b>C. Grundlagen des Instituts PPP .....</b>	<b>37</b>
I. Regelungsgegenstand und wirtschaftliche Bedeutung von	

VII

Public Private Partnership .....	37
II. Rechtshistorische Entwicklung .....	40
III. Der Ablauf des PPP-Beschaffungsprozesses .....	49
IV. Die Interessen der Projektparteien .....	54
V. Die Projektgesellschaft im PPP-Beschaffungsprozess.....	57
VI. Zusammenfassung.....	66
<b>D. Die gemischtwirtschaftliche Projektgesellschaft .....</b>	<b>69</b>
I. Rechtsvoraussetzungen für die Beteiligung der öffentlichen Hand an einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen .....	71
II. Vergaberecht und PPP.....	107
III. Wählbare Gesellschaftsformen für gemischtwirtschaftliche Unternehmen .....	123
IV. Die Vertragsstruktur im Gesellschaftsmodell .....	157
V. Zusammenfassung.....	211
<b>E. Gesamtbewertung der gemischtwirtschaftlichen Projektgesellschaft .....</b>	<b>213</b>
I. Bewertung der rechtlichen und projektbezogenen Anforderungen.....	214
II. Bewertung der gesellschaftlichen und der politischen Entwicklungstendenzen.....	224
III. Zusammenfassung .....	231
<b>F. Konklusion in Form ausgewählter Thesen .....</b>	<b>235</b>
 Literaturverzeichnis.....	 XVII
 Verzeichnis häufig verwendeter Abkürzungen .....	 XXXIII

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Inhaltsverzeichnis .....	IX

## **A. Das PPP-Gesellschaftsmodell als Organisationsstruktur für einen partnerschaftlichen Weg der öffentlichen Beschaffung..... 1**

I. Die gemischtwirtschaftliche Projektgesellschaft im Fokus der Untersuchung.....	3
II. Der Gang der Untersuchung in der Chronologie des Beschaffungsprozesses.....	7

## **B. Einführung in die Thematik ..... 11**

I. Konventionelle Beschaffungsansätze der öffentlichen Hand.....	13
II. Beteiligung des Privatsektors bei der Aufgabenwahrnehmung der öffentlichen Hand .....	16
III. Der PPP-Beschaffungsprozess als Alternative.....	17
1. Begriff der PPP.....	17
2. Realisierungskonzepte.....	19
a) Vertragliche Modelle.....	20
aa) Das Erwerbermodell.....	20
bb) Das Inhabermodell .....	22
cc) Die PPP-Leasingmodelle.....	23
(1) Das Facility-Management-Leasingmodell .....	25
(2) „ Sale-and-lease-back-Verträge“ .....	26
(3) Negativbeispiel „Cross-Border-Leasing“ .....	27
dd) Das Vermietungsmodell.....	28
b) Das Konzessionsmodell .....	29
c) Das Gesellschaftsmodell .....	30
d) Kurzzusammenfassung der PPP-Modelle.....	31

IV. Vergleich der Beschaffungsvarianten mittels einer Wirtschaftlichkeitsuntersuchung .....	33
V. Zusammenfassung .....	35
<b>C. Grundlagen des Instituts PPP .....</b>	<b>37</b>
I. Regelungsgegenstand und wirtschaftliche Bedeutung von Public Private Partnership .....	37
1. „Beschaffung“ .....	37
2. „Ansatz“ .....	38
3. „alternativ“ .....	39
II. Rechtshistorische Entwicklung .....	40
1. In Deutschland.....	40
a) Bund .....	40
b) Länder .....	44
c) Kommunen .....	45
2. International.....	45
a) Europäische Kommission.....	45
b) In Europa mit Hauptaugenmerk auf Großbritannien .....	47
3. Zusammenstellung der Rechtsquellen.....	48
III. Der Ablauf des PPP-Beschaffungsprozesses .....	49
1. Bedarfsfeststellung und Maßnahmenidentifizierung.....	50
2. Vorbereitung und Konzeption .....	51
3. Ausschreibung und Vergabe .....	52
4. Implementierung und Projektrealisation .....	52
5. Verwertung.....	53
IV. Die Interessen der Projektparteien .....	54
1. Die Interessen der „Public“-Vertragspartei.....	54
2. Die Interessen der „Private“-Vertragspartei.....	55
3. Das dritte P: Der „Partnership“-Gedanke.....	56
V. Die Projektgesellschaft im PPP-Beschaffungsprozess.....	57
1. Entstehung der Projektgesellschaft .....	58
a) Ursprünge der späteren Projektgesellschaft .....	58
aa) Die Bietergemeinschaft .....	59
bb) Die Parteien in der Bietergemeinschaft .....	61

b) Die Vorrats-Projektgesellschaft .....	63
c) Vertragliche Strukturen .....	64
d) Das Recht der öffentlichen Förderung .....	64
e) Risikomanagement im PPP-Projekt .....	65
f) Zwischenergebnis zur Entstehung und allgemeinen Bedeutung .....	65
VI. Zusammenfassung .....	66

**D. Die gemischtwirtschaftliche Projektgesellschaft .....69**

I. Rechtsvoraussetzungen für die Beteiligung der öffentlichen Hand an einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen .....	71
1. Verfassungsrecht .....	71
a) Das Sozialstaatsprinzip .....	71
b) Das Demokratieprinzip .....	72
c) Das Rechtsstaatsprinzip.....	74
d) Die bundeseigene Verwaltung aus Art. 86 ff. GG .....	75
e) Der Beamtenvorbehalt aus Art. 33 Abs. 4 GG.....	76
f) Zwischenergebnis .....	77
2. Haushaltsrecht .....	78
a) § 65 BHO/LHO .....	79
b) Überprüfungsrechte durch den Bundesrechnungshof.....	80
aa) Mehrheitsbeteiligung der öffentlichen Hand.....	81
bb) Minderheitsbeteiligung der öffentlichen Hand .....	81
3. Kommunalrecht.....	82
a) Die Schrankentrias bei wirtschaftlicher Betätigung.....	83
aa) Öffentlicher Zweck.....	84
bb) Leistungsfähigkeit der Gemeinde .....	85
cc) Subsidiaritätsklausel.....	85
b) Einschränkungen für Unternehmen in Privatrechtsform .....	86
aa) Sicherstellung der Erfüllung des öffentlichen Zwecks.....	86
bb) Wahrung eines angemessenen Einflusses.....	87
cc) Begrenzung der Haftung .....	87
dd) Weitere Einschränkungen .....	88
4. Arbeitsrecht .....	89
a) Problemhorizont im Arbeitsrecht .....	90
aa) Betriebsübergang nach § 613a BGB .....	90
bb) Personalgestellung .....	93
cc) Formen der Arbeitnehmerüberlassung .....	94

b) Sonderfall Beamtenrecht.....	96
c) Zwischenergebnis.....	98
5. Steuerrecht.....	99
a) Steuerrechtliche Restriktionen .....	100
b) Abbau der steuerbedingten Wettbewerbsnachteile .....	101
6. Zusammenfassung der öffentlichen Rechtsvoraussetzungen .....	102
II. Vergaberecht und PPP .....	107
1. Grundlagen des deutschen Vergaberechts.....	107
2. Feststellung der Ausschreibungspflicht.....	109
a) Adressaten des Vergaberechts nach § 98 GWB.....	109
b) Öffentlicher Auftrag i.S.v. § 99 GWB .....	110
c) Sonderfall: Öffentlicher Auftrag im Falle der gemischt- wirtschaftlichen Projektgesellschaft.....	112
aa) Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs bei der Entstehung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens .....	113
bb) Ausnahme von der Ausschreibungspflicht bei Anwendbarkeit der Grundsätze der In-house-Vergabe.....	114
(1) Die Rechtsprechung zum In-house-Geschäft bis 2005.....	115
(2) Die „Stadt-Halle“-Entscheidung des EuGH .....	116
cc) Konsequenz für die gemischtwirtschaftliche Projektgesellschaft .....	118
3. Zwischenergebnis .....	121
III. Wählbare Gesellschaftsformen für gemischtwirtschaftliche Unternehmen .....	123
1. Kapitalgesellschaften.....	125
a) Die gemischtwirtschaftliche GmbH.....	125
aa) Absicherbarkeit des öffentlichen Zwecks .....	126
bb) Ingerenzpflichten der öffentlichen Hand .....	127
(1) Vorgaben aus dem öffentlichen Recht.....	127
(2) Reichweite der Einwirkungs- und Kontrollpflichten.....	128
(3) Sicherung des „angemessenen Einflusses“.....	129
(a) Weisungsrechte.....	130
(b) Informationsrechte.....	130
(c) Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers.....	131
(d) Grenzen der Einwirkung.....	132
(4) Einrichtung eines Aufsichtsorgans .....	133
cc) Beschränkbarkeit der Haftung.....	134
dd) Zwischenergebnis zur GmbH .....	134

b) Die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft.....	135
aa) Subsidiarität der Aktiengesellschaft auf kommunaler Ebene.....	137
bb) Geltung des Aktienrechts.....	138
cc) Beachtung der besonderen Interessen der öffentlichen Hand.....	140
(1) Entsenderechte in den Aufsichtsrat.....	140
(2) Weisungsrechte.....	141
(3) Informations- und Prüfungsrechte.....	143
(a) §§ 394 und 395 AktG.....	143
(b) §§ 53 und 54 HGrG.....	144
(4) Beschränkbarkeit der Haftung.....	145
dd) Zwischenergebnis zur AG.....	145
2. Personengesellschaften.....	147
a) Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR).....	147
b) Die offene Handelsgesellschaft (OHG).....	148
c) Die Kommanditgesellschaft (KG).....	149
d) Zwischenergebnis zu den Personengesellschaften.....	150
3. Gesellschaftsrechtliche Sonderformen.....	151
a) Die GmbH & Co. KG.....	151
aa) Das Wesen der GmbH & Co. KG.....	151
bb) Übertragung auf die PPP-Projektgesellschaft.....	152
cc) Zwischenergebnis zur GmbH & Co. KG.....	154
b) Die Societas Europaea und die Societas Privata Europaea.....	155
c) Zwischenergebnis zu den Sonderformen.....	156
IV. Die Vertragsstruktur im Gesellschaftsmodell.....	157
1. Der Gesellschaftsvertrag.....	159
a) Verfolgung eines öffentlichen Zwecks.....	160
b) Die Organe der Gesellschaft.....	161
aa) Die Geschäftsführung.....	161
(1) Sonderweisungsrechte.....	162
(2) Informationspflichten.....	162
(3) Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers.....	162
(4) Grenzen der Einwirkung.....	163
(5) Zwischenergebnis zur GmbH-Geschäftsführung.....	163
bb) Die Gesellschafterversammlung.....	164
(1) Gebotene Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung.....	164

(2) Die Vertretung der öffentlichen Hand in der Gesellschafterversammlung .....	165
cc) Einrichtung eines Aufsichtsorgans .....	167
(1) Aufgabenbereich des Überwachungsorgans .....	167
(2) Bestellung und Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern .....	168
(3) Bindung an Weisungen der Gesellschafter .....	169
(4) Verschwiegenheitspflicht der entsandten Aufsichtsratsmitglieder .....	171
(5) Zwischenergebnis zum fakultativen Aufsichtsrat .....	172
c) Gesellschaftervereinbarung zum Gesellschaftsvertrag .....	173
d) Zwischenergebnis zum Gesellschaftsvertrag .....	174
2. Der Projektvertrag .....	176
a) Bedeutung und Einordnung des Projektvertrags .....	176
b) Typischer Aufbau eines Projektvertrags .....	177
aa) Rahmenvereinbarungen und übergeordnete Regelungen .....	177
(1) Präambel .....	178
(2) Projektdefinition und Zielsetzung .....	178
(3) Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben .....	179
(4) Vertragliche Risikoverteilung .....	179
(5) Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen .....	180
(6) Sicherung der Vertragserfüllung .....	183
(a) Bürgschaften und Eigenkapitalausstattung .....	184
(b) Informationsrechte, Weisungs- und Kontrollrechte .....	185
(c) Regelungen für den Insolvenzfall .....	185
(aa) Primärziel Insolvenzvermeidung .....	187
(bb) Maßnahmenbewährte Informationspflichten .....	188
(cc) Eintritts- und Kündigungsrechte .....	189
(dd) Zwischenergebnis zum Insolvenzfall .....	189
(d) Streitlösungsmechanismen .....	190
(aa) Die Zulässigkeit von Schiedsvereinbarungen .....	190
(bb) Sonderfall Mehrparteienschiedsverfahren bei PPP .....	192
(cc) Der Inhalt der Schiedsklausel .....	193
(dd) Das institutionelle Schiedsgericht .....	194
(ee) Die gesellschaftspolitische „Zulässigkeit“ .....	195
(ff) Weitere Konfliktlösungsmethoden für PPP .....	196
(7) Zwischenergebnis zu den Rahmenvereinbarungen .....	197
bb) Regelungen zur Planung und Bauleistung .....	197
(1) Funktionaler Leistungsumfang .....	197
(2) Vergütung .....	198

(3) Vertragsfristen und -strafen .....	200
(4) Qualitätssicherung .....	200
cc) Regelungen zu den Betriebsleistungen.....	200
(1) Gegenstand und Ziele der Betriebsleistungen .....	201
(2) Leistungsumfang und Optimierungsziele .....	201
(3) Vergütung und Malus- bzw. Bonusregelungen .....	202
c) Zwischenergebnis zum Projektvertrag .....	203
3. Weitere Verträge der Projektgesellschaft.....	205
a) Allgemeine Anforderungen an weitere Verträge .....	205
b) Finanzierungsverträge .....	206
c) Nachunternehmerverträge .....	207
4. Zwischenergebnis zur Vertragsstruktur im Gesellschaftsmodell.....	209
V. Zusammenfassung.....	211

**E. Gesamtbewertung der gemischtwirtschaftlichen Projektgesellschaft ...213**

I. Bewertung der rechtlichen und projektbezogenen Anforderungen .....	214
a) Erfüllbarkeit der gesetzlichen Vorgaben im Kooperationsmodell .....	214
b) Bedeutung der Rechtsformwahl und der Vertragsgestaltung .....	218
c) Wahrung der Interessen aller Projektparteien .....	222
II. Bewertung der gesellschaftlichen und der politischen	
Entwicklungstendenzen.....	224
a) Akzeptanz von PPP in der Form des Gesellschaftsmodells.....	224
b) Harmonisierung der Rechtslage .....	227
c) Standardisierung und Institutionalisierung.....	229
III. Zusammenfassung.....	231

**F. Konklusion in Form ausgewählter Thesen .....235**

Literaturverzeichnis ..... XVII

Verzeichnis häufig verwendeter Abkürzungen ..... XXXIII