

## Deutsch-Russische Tagung

### „Public Private Partnership im kommunalen Bereich:

### Durchführung, Finanzierung, Kontrolle“,

Regensburg, 11.-13. April 2012

#### I. Rahmen und Motiv der Veranstaltung

Vom 11. bis 13. April 2012 fand am Wissenschaftszentrum Ost- und Südosteuropa in Regensburg eine Deutsch-Russische Tagung zum Thema „Public Private Partnership im kommunalen Bereich: Durchführung, Finanzierung, Kontrolle“ statt. Die Veranstaltung war Teil des Kooperationsprojekts „Kommunale Daseinsvorsorge durch Public Privat Partnership in Russland und Deutschland“. Bereits im November 2011 wurde in diesem Rahmen eine Konferenz in St. Petersburg abgehalten, die sich mit den grundlegenden rechtlichen Voraussetzungen der Einbindung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben befasste. Auf der Regensburger Tagung standen nun einzelne Teilaspekte der praktischen Durchführung von PPPs im Mittelpunkt. Durchgeführt wurde diese Projektreihe von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg in Zusammenarbeit mit dem Institut für Ostrecht München sowie der Juristischen Fakultät der Staatlichen Universität St. Petersburg im Rahmen des „Deutsch-Russischen Jahres der Bildung, Wissenschaft und Innovation“ mit Unterstützung des Bundesministeriums für Bildung und Forschung.

Aufgrund ihrer geographischen Lage in Ostbayern versteht sich die Universität Regensburg bereits seit ihrer Gründung im Jahr 1962 als Brückenbauerin zwischen Ost- und Westeuropa. Dass unter Federführung von *Prof. Dr. Gerrit Manssen*, Universität Regensburg, sowie von *Prof. Dr. Elena Gricenko*, Staatliche Universität St. Petersburg, der rechtsvergleichende Diskurs neu belebt werden konnte, hob im Zuge der Veranstaltung insbesondere der Dekan der Regensburger Fakultät für Rechtswissenschaft, *Prof. Dr. Thorsten Kingreen*, positiv hervor. Für den hochaktuellen und praxisrelevanten Bereich der PPP erhofften sich die Tagungsteilnehmer vom internationalen Austausch neue Ansätze und Impulse für aktuelle Problemstellungen.

#### II. Keynotes

Eröffnet wurde die Konferenz mit einem Vortrag von *Prof. Dr. Udo Steiner*, Richter am Bundesverfassungsgericht a.D., Regensburg. Er beleuchtete die öffentliche Aufgabenerfüllung durch Private aus Sicht des Verfassungsrechts. *Steiner* stellte dabei zunächst klar, dass es sich bei der Einbindung Privater in die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben keineswegs um ein neuartiges Phänomen handle. So hätten sich bereits in früheren Jahrhunderten derartige Tendenzen abgezeichnet, die mit den Rechtsfiguren des Beliehenen sowie des Verwaltungshelfers schließlich auch begrifflich Einzug in die deutsche Rechtswissenschaft gehalten hätten. Mit der Entgrenzung der Staatsaufgaben hätten die zunehmend überforderten Hoheitsträger insbesondere seit den 1990er Jahren verstärkt auf die Einbindung Privater zurückgegriffen und sich in vielen Bereichen auf eine bloße Gewährleistungsverantwortung zurückgezogen. Im Hinblick auf das Verfassungsrecht führte *Steiner* aus, dass das Grundgesetz die Verlagerung von Aufgaben auf nichtstaatliche Stellen nicht ausschließe. Jedoch wohne dem Verfassungsrecht, vor allem dem Be-

amtenvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG, insofern eine einschränkende Wirkung inne, als beispielsweise die Übertragung von öffentlich-rechtlichen Kompetenzen auf Private zur Wahrung der staatlichen Gewährleistungsverantwortung einer besonderen gesetzlichen Legitimation sowie eines sachlichen Grundes bedürfe. In Bezug auf PPP schloss *Steiner* mit der Erkenntnis, dass eine – erforderliche und wünschenswerte – differenzierte rechtliche Betrachtung in vielen Teilbereichen noch ausstehe. Auf jeden Fall sei bei der Frage nach der Sinnhaftigkeit einer Einbindung Privater die Form der Aufgabe im Einzelfall von entscheidender Bedeutung.

Mit *Martin Schneider*, Geschäftsstellenleiter des Bayerischen Bauindustrieverbands Ostbayern, bezog im Anschluss ein Vertreter der Praxis Stellung zur PPP. Unter dem Titel „Gemeinsame Chancen bei fairer Risikoverteilung“ stellte *Schneider* das bayerische Kooperationsmodell vor. In diesem Forum sucht die Oberste Baubehörde des Freistaats gemeinsam mit Vertretern von Verbänden, Verwaltung, Wirtschaft und Banken nach Lösungen für Probleme, die in Zusammenhang mit PPP entstehen können. Auch wurden bereits Leitfäden entwickelt und als Hilfestellung für potenzielle Partner herausgegeben.

Als Vorzüge der öffentlich-privaten Kooperation machte *Schneider* die Planungssicherheit und die Möglichkeit einer schnellen, effizienten und kostengünstigen Projektrealisierung aus. Trotzdem dürfe PPP nicht als Möglichkeit zum „Bauen ohne Geld“ und mithin als reine Finanzierungsalternative verstanden werden. Klammern Kommunen helfe auch die Einbindung Privater durch PPP nicht aus ihren monetären Engpässen. Öffentlich-rechtliche Partnerschaften stellten vielmehr einen umfassenden alternativen Beschaffungsansatz mit dem Vorteil einer von vornherein lebenszyklusorientierten Planung dar. Bei seriöser, wohlüberlegter Nutzung von PPP-Modellen und fairer Risikoverteilung sei die auf Auftraggeberseite oft vorhandene Skepsis gegenüber entsprechenden Konzepten unbegründet und PPP ein aussichtsreiches Geschäftsmodell gerade auch für mittelständische Bauunternehmen.

### III. Vertragsgestaltung bei PPP-Projekten

Das erste Panel zur „Vertragsgestaltung bei PPP-Projekten“ eröffnete *Prof. Dr. Vladimir Popondopulo*, Staatliche Universität St. Petersburg, mit seinem Vortrag zum Thema „Gesetzliche Vorgaben für die Vertragsgestaltung von PPP-Projekten in Russland“. Im Hinblick auf die russische PPP-Praxis stellte *Popondopulo* eine klare Präferenz für zivilrechtliche Vertragsvarianten gegenüber öffentlich-rechtlichen Verträgen fest, wobei faktisch dennoch meist die öffentliche Hand die dominantere Rolle in den Vertragsverhandlungen innehatte. Die Erarbeitung von Musterverträgen, welche die erfahrungsgemäß erforderlichen Vertragsgegenstände exemplarisch regeln, und PPP-Gesetzen könnte deshalb zur Investitionssicherheit und zur Stabilität etwaiger Partnerschaften beitragen, auch weil bisher legislative Initiativen vor allem von den Föderationssubjekten wie der Stadt St. Petersburg ausgingen und auf Föderationsebene die Gesetzesstruktur für PPP durchaus noch ausbaufähig sei.

Im Anschluss widmete sich *RA Dr. Ilia Rachkov, LL.M.*, Moskau, mit der vertraglichen Gestaltung von Verträgen zwischen Investor und Kommune einem weiteren Problemfeld in der russischen PPP-Praxis. Aufgrund mangelnder Bereitschaft staatlicher Stellen, PPP als Kooperationsmodell zu begreifen und bei der Vertragsgestaltung auch die Interessen privater Investoren zu berücksichtigen, stellten sich die Partnerschaften vor allem für den privaten Teil oftmals als riskantes Unterfangen dar. Die teilweise umstrittene demokratische Legitimation von Hoheitsträgern, eine oftmals einseitige Vertragsgestaltung zu-

gunsten der öffentlichen Hand sowie die Gefahr der Korruption schreckten viele private Unternehmer ab. Als Lösungsansatz für ausländische Investoren schlug *Rachkov* vor, Verträge unter Heranziehung einer neutralen Rechtsordnung abzuschließen.

Nach diesem Überblick über relevante Konfliktherde in der russischen PPP-Praxis leitete *Prof. Dr. Burkhard Breig*, Freie Universität Berlin, in seinem Vortrag „Rechtsvergleichende Aspekte zum Einsatz von Verträgen im Rahmen von PPP-Projekten in Deutschland und Russland“ zu Streitpunkten innerhalb der deutschen Diskussion über. Auch hier werde die Schaffung eines allgemeinen PPP-Gesetzes auf Bundesebene diskutiert, um die Attraktivität der Partnerschaften weiter zu erhöhen. Im deutschen Recht herrsche eine weitgehende Wahlfreiheit bei der Entscheidung zwischen einer öffentlich- oder privatrechtlichen Umsetzung von PPP-Projekten, wobei unter anderem die gerichtliche Zuständigkeit an die jeweilige Vertragsnatur anknüpfe.

Das berechnete Anliegen, beide Vertragsvarianten in einem allgemeinen PPP-Gesetz regeln zu wollen, erschwere den Gesetzgebungsprozess deutlich. Dass im russischen Recht quasi jedwede Schlechterfüllung des Privaten dem öffentlichen Partner ohne Weiteres ein Recht zur Vertragskündigung einräume und ein PPP-Vertrag – anders als ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im deutschen Recht – niemals unmittelbar eine öffentlich-rechtliche Genehmigung ersetzen könne, wurde auch von *Breig* als Hemmnis ausgemacht. Ob jedoch das deutsche Modell eines öffentlich-rechtlichen Vertrages angesichts der vielen noch bestehenden Unklarheiten ein Vorbild für die russische Rechtsentwicklung sein könne, sei äußerst fraglich.

Den Abschluss des ersten Panels bildete ein Referat zum Thema „Der öffentliche Vertrag als Form zur Durchführung von PPP“ von *Dr. Sergej Belov*, Staatliche Universität St. Petersburg. In Bezug auf die fast einhellig diagnostizierte Schlechterstellung des privaten Partners bei der russischen PPP stellte *Belov* positive Tendenzen fest. Ein Entgegenkommen der staatlichen Seite zu Gunsten einer ausgeglichenen Vertragsgestaltung sei in letzter Zeit durchaus zu beobachten. Schwierigkeiten bereite der russischen Rechtswissenschaft die Tatsache, dass sich für öffentlich-rechtliches Handeln in Vertragsform im russischen Recht eigentlich keine gesetzliche Grundlage finde.

In der Rechtswirklichkeit sei jedoch zu beobachten, dass Konzessionsverträge immer häufiger öffentlich-rechtliche Elemente enthielten. Zudem gewährleiste die Wahl der Vertragsform die für private Investoren essentiell wichtige Rechtssicherheit. Insbesondere die russischen Gerichte seien deshalb bestrebt, das Rechtsinstitut des öffentlich-rechtlichen Vertrages anzuerkennen. Die Differenzierung zwischen zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher PPP führe jedoch auch innerhalb der russischen Rechtswissenschaft zu zahlreichen Folgeproblemen, sodass sich die Klassifizierung der Rechtsnatur von PPP-Verträgen – ungeachtet der unterschiedlichen nationalen Konsequenzen – als ein gemeinsames Kernproblem im deutschen wie auch im russischen Recht herauskristallisiere.

#### IV. Beratung von Kommunen bei PPP-Projekten

Zu Beginn des zweiten Panels zur „Beratung von Kommunen bei PPP-Projekten“ sprach *Stefan Papsthart*, Leiter des Sachgebiets Kommunale Angelegenheiten bei der Regierung von Schwaben, zum Thema „Die Zusammenarbeit von Privaten mit Kommunen aus der Sicht der Rechtsaufsicht“. *Papsthart* stellte das bayerische System der Kommunalaufsicht dar und betonte die entscheidende Rolle des Wirtschaftlichkeitsvergleichs zwischen konventionellen Modellen und PPP. Neben dem Grundsatz der Wirtschaftlich-

keit und Sparsamkeit seien auch bei PPP-Projekten stets die Bewahrung der dauernden Leistungsfähigkeit einer Kommune und die Einhaltung ihres Aufgabenbereichs im Blick zu behalten. Anhand konkreter Beispiele zeigte *Papsthart* typischerweise genehmigungsbedürftige Elemente von PPP-Verträgen auf und verwies auf die Vorteile von PPP-Projekten. Die öffentlich-private Partnerschaft zeichne, im Vergleich zur klassischen Bauleistung durch Private, eine erhöhte Beziehungsintensität zwischen den Parteien aus. Den mit der Beratung betrauten Juristen obliege es in diesem Zusammenhang, Probleme möglichst vorherzusehen und Regeln für Schlechtleistungen zu definieren.

Dass der Sektor der Privatisierung für Kommunen auch in Bezug auf grundsätzliche Überlegungen Konfliktpotential bereithält, zeigte *Jeanine Greim*, Universität Regensburg, mit ihrem Vortrag zum Thema „Grenzen der Privatisierbarkeit von kommunalen Aufgaben im deutschen Recht“. Während die herrschende Meinung in der Literatur bislang davon ausging, dass Verfassungs- und Unionsrecht „privatisierungsneutral“ seien und materielle Privatisierungsverbote im Wesentlichen nur in den Bereichen der Eingriffsverwaltung und der kommunalen Pflichtaufgaben in der Leistungsverwaltung existierten, habe das Bundesverwaltungsgericht in der Offenbach-Entscheidung aus dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht nach Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG im Prinzip ein materielles Privatisierungsverbot von öffentlichen Einrichtungen mit kulturellem, sozialem und traditionsbildendem Hintergrund abgeleitet, welches umso stärker wirke, je länger die kommunale Verantwortung für eine öffentliche Einrichtung andauere.

Die in der Literatur scharf kritisierte Umdeutung des Selbstverwaltungsrechts zur Selbstverwaltungspflicht durch das Bundesverwaltungsgericht stehe im Widerspruch zum Gesetzesrecht. Zudem seien die herangezogenen Kriterien des Gerichts nicht praxistauglich. Auch wenn sie das Grundanliegen des Bundesverwaltungsgerichts, die Kommunen an die Verantwortung für ihre Bürgerschaft zu erinnern, begrüßte, befand *Greim* die konkret gefundene Lösung für zu restriktiv. Kommunale Gewährleistungsverantwortung könne auch bei materieller Privatisierung sichergestellt werden.

*RA Angelique Weikum-Groß*, Nürnberg, und *RA Oleg Zhabskij, LL.M.*, Moskau, widmeten sich gemeinsam dem Thema „Beratung bei der Planung und Umsetzung von kommunalen PPP-Projekten aus anwaltlicher Sicht“. *Weikum-Groß* ging auf die rechtlichen Rahmenbedingungen für PPP-Projekte und die Struktur des für einen PPP-Vertrag typischen Beziehungsgeflechts zwischen Kommunen, Bauunternehmen und Bank sowie Grundstücksverwaltungs- und Baumanagement-GmbHs ein.

Nach ihren Erfahrungen in der Beratung von Kommunen eigneten sich Projekte für eine Umsetzung in Form einer PPP vor allem dann, wenn die langfristige Finanzierbarkeit durch die Kommune gesichert sei, es ihr aber selbst am erforderlichen Know-how fehle und es um Objekte mit hohen Betriebs- und Erhaltungskosten gehe. *Zhabskij* stellte im direkten Vergleich Beispiele für in Russland praktizierte Gestaltungsformen von PPP-Verträgen vor. Grundlegend sei die Unterscheidung zwischen BOLT- und BOOT-Modellen, wobei bei der letztgenannten Variante der private Investor während des gesamten Lebenszyklus in größerem Umfang auch operative Aufgaben wahrnehme. Große Schwierigkeiten bereite aus Beratersicht aber die Tatsache, dass sich die Beteiligung des Staates insgesamt nur in stark formalisierten und regulierten Bahnen vollziehen könne.

*RA Philipp-Christian Scheel*, Stuttgart, behandelte mit seinen Ausführungen zu einzelnen vergaberechtlichen Aspekten eine weitere von Kommunen zu beachtende Rechtsmaterie. Von Bedeutung sei in erster Linie der am projektspezifischen Finanzvolumen orientierte Schwellenwert. Dieser entscheide über die europaweite oder lediglich nationale Ausschreibungspflichtigkeit eines Auftrags. Mit Ausnahme reiner Gesellschaftsgründungen müssten PPP-Projekte zumeist ausgeschrieben werden. Zur Durchführung des

Vergabeverfahrens gebe es mehrere Varianten, wobei sich für PPP-Projekte insbesondere die gerade hierfür geschaffenen Mechanismen des wettbewerblichen Dialogs sowie des Verhandlungsverfahrens anböten. Aus rechtsvergleichender Sicht merkte *Scheel* an, dass in Russland Vergabeverfahren in der Regel unter ausschließlicher Beachtung des Preisgebots durchgeführt würden, während in Deutschland auch Aspekte wie die angestrebte Energieeffizienz entscheidungsrelevant sein könnten.

Anknüpfend an die Darstellung der vergaberechtlichen Regelungen ging *Dr. Stephan Wagner, M. Jur. (Oxford), M.A.*, Flughafen München GmbH, auf die Rechtsfolgen von Vergabeverstößen bei PPP-Projekten ein. In Deutschland stünden sowohl nationale als auch EU-weite Rechtsschutzmechanismen zur Verfügung, derer sich Betroffene bedienen können, um vergaberechtliche Verstöße zu beanstanden. Dabei müsse je nach Rechtsschutzziel zwischen Klagen auf Primärrechtsschutz, die die Vereitelung eines Vertragsschlusses mit dem Konkurrenten anstreben, und Sekundärrechtsschutz, welcher auf die Erlangung von Schadensersatz gerichtet ist, unterschieden werden. Uneinheitlich gestalteten sich die zivilrechtlichen Folgen von vergaberechtlichen Verstößen. Je nach Art des Verstoßes könne sich die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Vertrages ergeben oder einem Vertragspartner ein Recht zur ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung zukommen.

## V. Finanz- und Haushaltsrecht bei kommunalen PPP-Projekten

Das dritte Panel beleuchtete finanz- und haushaltrechtliche Aspekte bei kommunalen PPP-Projekten. *Azar Aliyev, LL.M.*, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, befasste sich aus rechtsvergleichender Perspektive mit Fragen der Investitionssicherheit bei PPP-Projekten. Dem mit Blick auf die Investitionssicherheit berechtigtem Interesse an stabilen Vertragsverhältnissen stehe das Erfordernis gegenüber, während der langen Laufzeit von PPP-Projekten auf unvorhergesehene Veränderungen äußerer Umstände oder vertraglicher Rahmenbedingungen durch eine Vertragsanpassung reagieren zu können, um bei Vertragsschluss unabsehbare und unzumutbare Härten für eine Partei zu vermeiden. Dieses Spannungsverhältnis zwischen den Grundsätzen *pacta sunt servanda* und *clausula rebus sic stantibus* gelte es, orientiert an einer angemessenen Risikoverteilung zwischen den Projektpartnern, aufzulösen.

Anders als in Deutschland existieren hierfür in Russland in Art. 13 und 20 des föderalen Gesetzes über Konzessionsvereinbarungen, Art. 15 Abs. 2 des Gesetzes über die Investitionstätigkeit sowie Art. 9 des Gesetzes über ausländische Investitionen neben den Instrumenten des allgemeinen Schuldrechts eine Reihe spezialgesetzlicher Regelungen für PPP-Projekte. Darüber hinaus sind bei grenzüberschreitenden Investitionen bilaterale Investitionsschutzabkommen zu berücksichtigen. Grundsätzlich seien, so *Aliyev*, Vertragsstabilität und die Möglichkeit einer Vertragsanpassung durch eine Vielzahl von Instrumenten ausreichend gewährleistet. Die praktische Inanspruchnahme sei aber größtenteils ungeklärt, weil und solange es kaum gefestigte, obergerichtliche Rechtsprechung gebe und das Verhältnis zwischen den einzelnen Instrumenten vor allem im russischen Recht unklar bleibe.

Mit *RA Mathias Oberndörfer*, Nürnberg, und *Dr. Robert Grassner*, stellvertretender Leiter der Stadtkämmerei Regensburg, berichteten sodann zwei Praktiker von ihren Erfahrungen mit konkreten kommunalen PPP-Projekten.

Während *Oberndörfer* am Beispiel eines Schulhausneubaus, anhand dessen er die Herangehensweise an ein PPP-Projekt und dessen verschiedene Phasen näher darstellte,

vehement die Vorteile kommunaler PPP-Projekte unterstrich, zog *Grasser* in seinem unter dem Titel „Lohnen sich PPP-Projekte für Kommunen?“ stehenden Vortrag ein eher skeptisches Fazit.

*Oberndörfer* verwies vor allem darauf, dass bei PPP-Projekten der private Projektpartner den gesamten Lebenszyklus im Blick habe und über Erfahrung, Know-how und Marktenntnis verfüge, um eine effiziente und zuverlässige Realisierung zu gewährleisten. Durch die integrierte Planung von Bau und Bewirtschaftung über die gesamte Lebensdauer eines Objekts seien eine Schnittstellenreduktion und eine Abstimmung aller während der Projektlaufzeit anfallenden Teilleistungen möglich. Die beteiligte Kommune profitiere von diesen Effizienzgewinnen, die laut *Oberndörfer* regelmäßig bei etwa 15 bis 20% liegen, könne sich einer gleichmäßigen Qualität der Leistungserbringung in allen Projektphasen sicher sein und sich auf ihre eigentlichen Kernaufgaben konzentrieren. Bei konventioneller Realisierung hingegen stehe sie selbst einer Vielzahl von Auftragnehmern der Einzelgewerke gegenüber und sei der Gefahr für sie versteckter Kosten ausgesetzt. Weiterhin stellte *Oberndörfer* rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten und den typischen Ablauf der verschiedenen Phasen eines PPP-Projekts vor. Für den Erfolg entscheidend sei dabei vor allem eine faire Risikoverteilung zwischen den Projektpartnern sowie die Einbindung und Information der politischen Entscheidungsgremien und der gegenüber PPP-Projekten oftmals kritischen Öffentlichkeit.

*Grasser* hingegen betonte, dass Public Private Partnership kein Allheilmittel sei, „um unerfüllbare Wünsche erfüllbar zu machen“. Zwar sprächen einige theoretische Vorzüge wie Effizienzgewinne, eine für Kommunen günstige Risikostruktur und eine frühzeitige Kosten- und Terminsicherheit durchaus für PPP-Projekte. Die Frage, ob sich PPP für Kommunen lohne, sei aber für jede Maßnahme nach den konkreten Umständen des Einzelfalls und den individuellen Rahmenbedingungen der jeweiligen Kommune gesondert festzustellen. So sei die Stadt Regensburg im Falle des Neubaus des Alten- und Pflegeheims „Bürgerheim Kumpfmühl“ nach anfänglicher Favourisierung der PPP-Variante zu dem Ergebnis gekommen, dass eine konventionelle Realisierung des Neubaus vorzugswürdig sei. Ausschlaggebend hierfür war im konkreten Fall vor allem, dass auch bei einer Forfaitierung mit Einredevorzicht und einer Bürgerschaftsübernahme durch die Stadt Regensburg kein Investor imstande gewesen wäre, die Finanzierung wirtschaftlicher zu gestalten als bei einer Eigenfinanzierung durch die Stadt Regensburg. Die aufgrund der Komplexität eines PPP-Verfahrens anfallenden Transaktionskosten hätten zu einer weiteren Verteuerung des Projekts geführt.

Die lange Laufzeit eines PPP-Vertrages habe es vorliegend zudem unmöglich gemacht, die sich verändernden rechtlichen, medizinischen und sozialen Anforderungen im Bereich der Altenpflege für die gesamte Projektlaufzeit abzusehen. Eine angemessene Risikobeteiligung des privaten Projektpartners wäre daher mit einem aus Sicht der Stadt Regensburg unverhältnismäßigen Entgeltaufschlag verbunden gewesen. Das Beispiel „Bürgerheim Kumpfmühl“ zeige somit, dass PPP-Projekte Kommunen zwar die Verteilung der finanziellen Belastung über viele Jahre hinweg ermöglichen, die tatsächliche und dauernde Leistungsfähigkeit aber dennoch Vorbehalt und Maßstab für Investitionsentscheidungen bleiben müsse und dass nicht PPP, sondern nur sparsames und wirtschaftliches Handeln Gewähr für kommende Herausforderungen biete.

Ein alternatives Modell zur Finanzierung von Gemeindeaufgaben, bei dem sich Kommunen Kapital direkt bei ihren Bürgern besorgen, ohne dabei den regulären Bankenmarkt ansprechen zu müssen, stellte *Stefan Friedrich*, Kandler Gruppe GmbH Straubing, vor. Die Bürger treten dabei als Darlehensgeber auf und gewähren ihrer Kommune einen „Bürgerkredit“ in Form eines Darlehens. Durch die Aufteilung des Zins-Spreads zwi-

schen den Zinserträgen für die Anlage von Fest- oder Termingeld und den Zinsverpflichtungen für einen Kommunalkredit auf Bürger und Kommune erzielen die Bürger als Darlehensgeber höhere Zinserträge als bei einer herkömmlichen Geldanlage, während sich eine Gemeinde günstiger als durch Aufnahme eines Kommunalkredits refinanzieren kann. Eine Refinanzierung mit ähnlichen Modellen sei bereits in Quickborn und Pforzheim versucht worden, letztlich aber an der mangelnden Akzeptanz der Bevölkerung und an der für die Abwicklung derartiger Geschäfte erforderlichen Banklizenz, welche Kommunen aus kommunalrechtlichen Gründen gar nicht erwerben dürften, gescheitert, berichtete *Friedrich*. Sein Unternehmen verfolge deshalb das Ziel, eine bankenaufsichtsrechtlich zulässige und erlaubnisfreie Gestaltung zu finden, die im Hinblick auf Kostenstruktur, Ertragschancen, Anlagesicherheit, Flexibilität und eine möglichst einfache und verständliche Vertragsgestaltung dennoch den Anforderungen kommunaler Investitionsfinanzierung genügt. *Friedrich* zeigte sich zuversichtlich, dass die derzeit laufende Abstimmung mit der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und kommunalen Rechtsaufsichtsbehörden ergeben werde, dass mit dem von ihm entwickelten Modell diese Vorgaben erfüllt werden könnten.

## VI. Innovation und Transparenz bei PPP-Projekten

„Innovation und Transparenz bei PPP-Projekten“ war schließlich der Titel des abschließenden vierten Panels. Über Erfahrungen, Entwicklungen und Perspektiven von PPP in Bayern sprach *Ministerialrätin Gabriele Engel* von der Obersten Baubehörde im Bayerischen Staatsministerium des Innern, München. In der Beratung von Kommunen, die den Schwerpunkt der Arbeit der Obersten Baubehörde ausmache, habe sich gezeigt, dass sich PPP-Modelle sehr wohl zur Umsetzung öffentlicher Aufgaben der Daseinsvorsorge eigneten. Insbesondere trat sie auch einer weit verbreiteten Befürchtung entgegen, PPP-Projekte könnten nur von großen Projektgesellschaften verwirklicht werden. Vielmehr belegten die Erfahrungen in Bayern, dass gerade mittelständische Unternehmen gut für den Wettbewerb im PPP-Bereich gerüstet seien.

Zudem sei das Ziel der Förderung mittelständischer Unternehmen gem. § 97 III GWB bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu beachten. Trotzdem dürften Kommunen über die Nachteile von PPP-Projekten nicht hinwegsehen, sondern müssten sich die Vor- und Nachteile für jeden Einzelfall bewusst und zur Grundlage einer einzelfallorientierten Entscheidung für oder gegen ein PPP-Projekt machen. Von höchster Bedeutung sei dabei der Aspekt der Qualitätssicherung. Ausgehend von diesen Erkenntnissen aus ihrer praktischen Tätigkeit plädierte *Engel* für die Entwicklung und den vermehrten Einsatz variabler Modelle, welche als Kompromisslösung die Vorteile von PPP und konventionellen Methoden vereinen.

Die Praxistauglichkeit von PPP-Modellen gerade auch für den Bereich innovativer Tätigkeiten unterstrich *Prof. Dr. Oleg Gorodov*, Staatliche Universität St. Petersburg, am Beispiel der russischen Gesetzgebung über Sonderwirtschaftszonen. Auf Grundlage dieser Gesetze würden in Russland Wirtschaftszonen geschaffen, die sich vom Konzept und den Rahmenbedingungen her am Vorbild des „Silicon Valley“ in den USA orientierten. Die öffentliche Hand stelle in diesen Sonderwirtschaftszonen jungen, technologieorientierten Unternehmen Grundstücke und maßgeschneiderte Rahmenbedingungen für innovative Tätigkeiten zur Verfügung, könne Steuer- und Zollvergünstigungen bieten und bürokratische Angelegenheiten flexibel lösen. Die Vertragspartner als zukünftige Residenten dieser Sonderwirtschaftszonen verpflichteten sich im Gegenzug zu Investitionen, was sich letztlich vorteilhaft auf die

gesamtwirtschaftliche Entwicklung auswirke und deshalb im Interesse des Staates liegen müsse.

An den in den vorangegangenen Vorträgen und Diskussionen fast einhellig vertretenen Befund, dass PPP-Projekten eine umfassende und neutrale Abwägung aller relevanten Vor- und Nachteile vorausgehen müsse und ihr Erfolg wesentlich von der Akzeptanz in der Öffentlichkeit abhängen, knüpften *Andreas Bäuml*, Universität Regensburg, sowie *RA Sabri D. Kamiloglu, LL.M.*, Frankfurt, in ihren abschließenden Vorträgen an. Übereinstimmend bezeichneten sie größtmögliche Transparenz bei der Entscheidung zwischen PPP und konventioneller Realisierung, der Auswahl der Partner und der anschließenden Umsetzung und Bewertung als wichtigste Voraussetzung hierfür, welche aber ihre Grenze im berechtigten Interesse der beteiligten Akteure am Schutz ihrer Privat- und Geschäftsgeheimnisse finden müsse. Diesem Spannungsverhältnis widmete sich *Bäuml* aus Sicht des deutschen Rechts, *Kamiloglu* aus rechtsvergleichender Perspektive unter Bezugnahme auf das türkische Recht.

Im deutschen Recht gibt es nach dem durch die Arkantradition geprägten Grundsatz der Vertraulichkeit der Verwaltung einen Informationsanspruch des Bürgers nur, sofern ein solcher durch eine Rechtsnorm begründet wird. Gegenüber der teilweise erwogenen Idee, einen Informationsanspruch gestützt auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG unmittelbar aus Verfassungsrecht abzuleiten, zeigte sich *Bäuml* skeptisch. Mit der wohl überwiegend vertretenen Ansicht genieße der Bürger den Schutz der Informationsfreiheit nur, wenn eine allgemein zugängliche Quelle bereits existiere, das heißt erst nach Herstellung der allgemeinen Zugänglichkeit durch den einfachen Gesetzgeber. Hierzu seien auf Bundesebene und in elf Bundesländern Informationsfreiheitsgesetze erlassen worden.

Allerdings lasse diese einfachgesetzliche Ausgestaltung den Behörden derzeit einen zu großen Spielraum, die diesen ohne weitere Konkretisierung der Ausschlussstatbestände des grundsätzlich bestehenden Informationsanspruchs zumeist zu einer informationsunfreundlichen Interpretation nutzten. Kritisch äußerte sich *Bäuml* auch dazu, dass in fünf der 16 Bundesländer kein Informationsfreiheitsgesetz existiere, somit etwa die Hälfte der Bundesbürger keinen Informationszugangsanspruch nach Landesrecht besitze und letztlich nur der Ausweg über eine zweifelhafte informationsfreundlichere Interpretation des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG bleibe.

*Kamiloglu* betonte, dass das Streben nach Transparenz bereits im Stadium des Vergabeverfahrens ansetzen und die Öffentlichkeit bereits in der Planungsphase eines Projekts einbinden müsse. Er begrüßte daher das für Herbst 2012 geplante Inkrafttreten des Gesetzes zur „Verbesserung der Öffentlichkeitsbeteiligung und Vereinheitlichung von Planfeststellungsverfahren“ sowie die Erarbeitung eines „Handbuchs Bürgerbeteiligung“ für Behörden. Dem stellte er die Rechtslage in der Türkei gegenüber, welche nicht nur enge wirtschaftliche Beziehungen sowohl zu Deutschland als auch zu Russland pflege, sondern auch einer der am schnellsten wachsenden PPP-Märkte in Europa sei.

Zur Sicherstellung von Transparenz existiere in der Türkei eine umfangreiche Gesetzgebung. Anders als in Deutschland, wo Transparenz vor allem dem wirtschaftlichen und effektiven Einsatz öffentlicher Mittel diene, verfolge die Türkei damit hauptsächlich das Ziel der Korruptionsbekämpfung. Trotz eines allgemein zufriedenstellenden Niveaus an Transparenz bestünden aber gerade in komplexen PPP-Verfahren noch erhebliche Defizite, welche es wie auch in Deutschland und Russland zu minimieren gelte, um Public Private Partnership zu einem akzeptierten und erfolgreichen Modell zur Erfüllung staatlicher Aufgaben zu machen.



## VII. Fazit

Die Ergebnisse dieses deutsch-russischen Projekts sind ein Beleg für den Wert der Rechtsvergleichung auch für die Praxis. Durch die Vielzahl an Referenten aus unterschiedlichen Rechtsordnungen und Tätigkeitsfeldern sowie die Mischung aus Beiträgen von Praktikern und Wissenschaftlern ist es den Organisatoren gelungen, im Rahmen der Tagung nicht nur einzelne Probleme bei der Realisierung von PPP-Projekten im kommunalen Bereich aufzuzeigen, sondern durch den rechtsvergleichenden Ansatz des Projekts auch im jeweils anderen Land teils sogar bereits erprobte Lösungsmöglichkeiten zur Diskussion zu stellen.

Die Beiträge, die demnächst in einem Tagungsband erscheinen, sollten daher für die weitere Entwicklung öffentlich-rechtlicher Partnerschaften im kommunalen Bereich bei allen beteiligten Akteuren auf Interesse stoßen.

*Sonja Heitzer und Stefan Reiter, Regensburg*